

الجمهورية العربية السورية

جامعة حلب

كلية الحقوق

قسم القانون الدولي

# تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني

بحث اعد لنيل درجة الماجستير في القانون الدولي

إعداد الطالبة

**أمل صوراني**

بإشراف الدكتور

**علي قلعجي**

الأستاذ المساعد في قسم القانون الدولي

كلية الحقوق \_ جامعة حلب

٢٠١٣ - ١٤٣٤

الجمهورية العربية السورية

جامعة حلب

كلية الحقوق

قسم القانون الدولي

# تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني

بحث اعد لنيل درجة الماجستير في القانون الدولي

إعداد الطالبة

أمل صوراني

لجنة الحكم لمناقشة الرسالة:

مشرفا ورئيسا

١\_ الدكتور: علي قلعجي

عضوا

٢\_ الدكتور: جمعة شباط

عضوا

٣\_ الدكتورة غيداء بوادقجي

قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات نيل درجة الماجستير في الحقوق (قسم القانون الدولي) في جامعة حلب .

This thesis has been submitted in partial fulfillment of the requirements for the degree of Master Science in the law (department of the international law ) , Aleppo University.

## شهادة

نشهد بأن العمل المقدم في هذه الرسالة هو نتيجة بحث علمي قام به المرشح امل صوراني بإشراف الدكتور علي

قلعجي (المشرف الرئيسي) الأستاذ في

المشرف) في قسم القانون الدولي من كلية الحقوق جامعة حلب والدكتور

المشارك) الأستاذ في قسم القانون الدولي كلية الحقوق جامعة حلب .

إن أية مراجع أخرى ذكرت في هذا العمل موثقة في نص الرسالة وحسب ورودها في النص .

المشرف الرئيس

المشرف المشارك

المرشح

## Testimony

We witness that the described work in this treatise the result of scientific search  
under the supervision of doctor                      professor at the department of  
Faculty of

University                      of                      Aleppo                      and doctor  
professor at the department of                      faculty                      of university of  
any other references mentioned in this work are documented in the text of the  
treatise .

Candidate

Assistant supervisor

Main supervisor

## تصريح

أصرح بأن هذا البحث بعنوان " تطبيق القانون الاجنبي امام القضاء الوطني " لم يسبق ان قبل للحصول على اية شهادة ولا هو مقدم حاليا للحصول على شهادة اخرى .

المرشح

امل صوراني

## Declaration

I hereby certify that work has not been accepted for any degree or it is not submitted to other degree .

Candidate

امل صوراني

## الإهداء

الى شريك حياتي ورفيق دربي وسندي وحببي

زوجي

الى نبع الحنان الذي لا ينضب وبحر العطاء الذي لا يبخل

والداي

الى فلذة كبدي ونور عيوني ومهجة فؤادي

ولداي

إلى إخوتي الأحباء وأصدقائي الأعزاء وأساتذتي الفضلاء

# كلمة شكر وتقدير

الحمد لله الذي وفقني لهذا وفتح لي الأبواب ومكن لي الأسباب للقيام بهذا العمل المتواضع .

أتقدم بجزيل الشكر وخالص التقدير إلى أستاذي المشرف :

## الدكتور: علي قلعجي

الذي كان لي نعم الموجه ونعم المشرف والمرشد ، وكذلك عميد كلية الحقوق ونائبه المحترمين وأساتذتي الفضلاء في قسم القانون الدولي الذين لم يدخروا جهدا في مساعدتي والوقوف إلى جانبي رغم كل التحديات التي نعيشها وتمر على بلدنا الحبيبة والى أعضاء لجنة التحكيم الموقرين لكم مني كلمة ملؤها الاحترام والشكر .

## وجزاكم الله ألف خير

كما لا انسي أحبائي وأصدقائي وكل من كان له ولو جزء بسيط في انجاز هذا العمل

وما توفيقني إلا بالله

عليه توكلت

وبه استعين

## المقدمة:

ارتبط فقه القانون الدولي الخاص بظاهرة الحدود السياسية والاجتماعية فهو يقوم على افتراض انقسام المجتمع الدولي الى عدة دول ذات حدود اقليمية وتميزها عن غيرها ولكل دولة نظامها القانوني المستقل الذي يطبق على افرادها بمناسبة نشوء علاقات اقتصادية واجتماعية بينهما، فكانت كل دولة تطبق على القضايا المعروضة على محاكمها قانونها الداخلي في سائر المجالات ولم يكن هناك مجالاً لتنازع القوانين ويتطور وسائل الاتصال انتشرت واتسعت العلاقات التجارية والاجتماعية بين الدول عامة والاربية خاصة وهذه العلاقات العابرة للحدود الوطنية تتطلب بالضرورة وجود قانون تخضع له ينظم هذه العلاقات من جهة ويقوم القاضي بتطبيقه في حالة حدوث نزاع من جهة اخرى ، ولما كانت هذه العلاقات مرتبطة باكثر من دولة واحدة فانه من غير المناسب اخضاعها كلها للقانون الوطني خاصة وان هذا الاخير يكون غير مناسب ولا يتلائم مع خصوصياتها لهذا فان جميع الدول في عالمنا المعاصر افسحت المجال لتطبيق القوانين الاجنبية امام قضائها الوطني ، والمقصود بالقانون الاجنبي : مجموعة القواعد التي تصدر عن السلطة التشريعية في البلد الاجنبي وتتصف بالالزام سواء كانت مدونة كالقوانين والمراسيم او غير مدونة مصدرها العرف او الفقه او الاجتهاد القضائي ، ويحدد كل قانون مصادره الخاصة واهمية كل مصدر حيث يلزم الرجوع اليها عند تطبيق القانون الاجنبي (١) .

وبعد مدة من التطور في قبول المحاكم الوطنية تطبيق القوانين الاجنبية اخذت تظهر في دول هذه المحاكم مجموعة من القواعد على هامش مجموعة القوانين الداخلية تنظم الحلول التي تبناها القضاة او فقهاء القانون في حقل تنازع القوانين وهذه الحلول بعضها مكرسا بنصوص تشريعية والبعض الآخر مايزال اجتهاد محاكم . ان العلاقات المشتملة على عنصر اجنبي تثير امام القاضي الوطني مشكلة تنازع القوانين الذي يتم حله عن طريق تطبيق القاضي لقاعدة الاسناد الوطنية التي هي عبارة عن قاعدة قانونية يضعها المشرع الوطني وهدفها ارشاد القاضي الى القانون المختص الذي يطبق على المسألة القانونية المشتملة على عنصر اجنبي وتتركب هذه القاعدة من عنصرين هما الفئة المسندة وهي عبارة عن مجموعة من المسائل القانونية المتشابهة والمتقاربة وضعها المشرع نظرا لكثرة المسائل القانونية ثم ربط هذه الفئة بضابط خاص يدعى ضابط الاسناد لتحديد القانون المختص لذا فهو اداة ربط بها المشرع بين الفئة المسندة والقانون المسند اليه (٢) .

لجأت كل دولة الى وضع تشريع يطبق على اقليمها سواء بالنسبة للعلاقات الوطنية او بالنسبة للعلاقات ذات العنصر الاجنبي عن طريق قواعد الاسناد .

من مميزات بعض قواعد الاسناد انها قواعد مزدوجة الجانب ويقصد بالصفة المزدوجة لقاعدة الاسناد انها تجعل الاختصاص اما للقانون الوطني او القانون الاجنبي ويتم اختيار هذا القانون على اساس منطقي يراعي فيه المشرع الوطني اعتبارات العدالة ومتطلبات العلاقات الخاصة الدولية .

فالقانون الاجنبي اصبح محل تطبيق من القاضي الوطني متى كان هذا الاخير امام علاقة قانونية مشتملة على عنصر اجنبي متى اشارت قاعدة الاسناد الوطنية باختصاصه بوصفه القانون الانسب في نظر المشرع لحكم

(١) د. محمد وليد المصري \_ الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص \_ عمان \_ الطبعة الاولى \_ ٢٠٠٢ \_ ص ٢٤٩ .

(٢) د. اعراب بلقاسم \_ القانون الدولي الخاص الجزائري \_ الجزء الاول \_ تنازع القوانين \_ دار هومه \_ الجزائر \_ ٢٠٠٦ \_ ص ٦٧ \_ ٦٨ .



النزاع فقواعد الاسناد تضطلع بتحديد القانون المختص على العلاقات ذات الطابع الدولي فاذا اشارت باختصاص قانون دولة القاضي فانه يتعين على القاضي الوطني تطبيق القواعد الموضوعية في قانونه للتوصل الى الحل النهائي للنزاع ولا يجد القاضي اية مشكلة في ذلك اما اذا عقدت الاختصاص للقانون الاجنبي فان القاضي يجد امامه عدة مشاكل للتوصل الى الحل النهائي فأول مشكلة تثور في هذا الصدد تتعلق بكيفية التوصل الى معرفة قواعد القانون الاجنبي المختص لحكم النزاع . القاضي الوطني يجد نفسه امام قانون لا يعرفه ويعتبر غريبا عنه فقواعد القانون الاجنبي غير معروفة من القاضي اذ هي ليست جزء من النظام القانوني الذي ينتمي اليه كما انها لم يتم نشرها في دولة القاضي ومن ثم يتعين بيان كيفية التعرف على هذه القواعد ومن بين هذه المشاكل ايضا مشكلة تفسير القانون الاجنبي ومدى خضوعه لرقابة المحكمة العليا لسوء تفسيره من قبل قضاة الموضوع .

فانثبات القانون الاجنبي وتفسيره من المسائل التي لقيت اهتماما لدى فقهاء القانون الدولي الخاص فلقد جرت عادة فقهاء القانون الدولي الخاص على اثاره عدة اسئلة تحت عنوان تطبيق القانون الاجنبي مرتبط بعضها ببعض ذلك انه اذا تعلق الامر بالقانون الوطني وجب على القاضي ان يطبق حكم هذا القانون من تلقاء نفسه على الوقائع التي يقوم الخصوم باثباتها ودون ان يتوقف هذا التطبيق على طلب الخصوم للقاضي ليس له ان يفصل في الوقائع الا في حدود ما يطرحه الخصوم امامه من وقائع يكفون بإقامة الدليل عليها واخيرا فاذا حصل ان اخطأ قضاة الموضوع التوفيق في تطبيق القانون الاجنبي كان حكمهم خاضعا لرقابة المحكمة العليا التي تسهر على صون وحدة القضاء كل هذا على افتراض ان القانون المختص هو القانون الوطني لكن هل تجري الامور على هذا النحو فيما اذا كان القانون المختص قانون اجنبي بناء على قاعدة الاسناد الوطنية ؟ .

مسألة تطبيق القانون الاجنبي امام القضاء الوطني تثير التساؤلات عن كيفية هذا التطبيق والظروف المحيطة بمعاملة هذا القانون ، هذه الكيفية تعتبر من المسائل التي لم يستقر فيها فقه القانون الدولي الخاص على رأي والتي لا تزال الى حد الآن محلا للجدل فبعدها تشير قاعدة الاسناد الوطنية بتطبيق قانون اجنبي معين ينهض معه التساؤل عن كيفية التعامل مع هذا القانون وطرق معاملته امام القضاء الوطني ويتفرع عن هذا التساؤل اسئلة اخرى عما اذا كان القاضي ملزما بتطبيقه والبحث عن مضمونه من تلقاء نفسه ام انه يجب على الخصم التمسك بتطبيقه واقامة الدليل على احكامه ؟ واذا طبق القانون الاجنبي امام القضاء الوطني فهل على المحكمة العليا ان تفرض رقابتها على تفسيره ام لا ؟ .

واجه الفقه المشاكل التي يثيرها تطبيق القانون الاجنبي اعمالا لقاعدة الاسناد الوطنية في ميدان قانون المرافعات ثم بحث في هذا الميدان عما يطلقون عليه المعاملة الاجرائية للقانون الاجنبي لدى القاضي الوطني وهم يعرضون في هذا الصدد ما يجري لدى القضاء من حيث دور كل من القاضي والخصوم في مختلف جوانب الخصومة ويعقدون خلال هذا العرض مقارنة بين القانون الوطني والقانون الاجنبي<sup>(١)</sup> .

يرى البعض من الفقهاء وساندهم قضاء بعض الدول في ذلك انه من المتعذر ان يطبق القانون الاجنبي في غير

(١) د. عز الدين عبد الله \_ القانون الدولي الخاص \_ الجزء الثاني في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين \_ القاهرة \_ ١٩٨٦ \_

بلده الاصيلي بقوة الزامه باعتباره امرا صادرا من المشرع الاجنبي فهذا المشرع لا يستطيع ان يوجه اوامره إلا الى قضاءه ولا سلطان له على غيره من القضاة وعليه فالقانون الاجنبي لا يعتبر في نظر القضاة الوطنيين قانونا بالمعنى الصحيح وانما هو واقعة من وقائع الدعوى<sup>(١)</sup> .

وإذا جرد القانون الاجنبي المختص من وصف القانون واعتبر مجرد واقعة فان قاضي الموضوع لا يلزم بالبحث عنه واثبات مضمونه من تلقاء نفسه بل يقع ذلك على عاتق الخصم الذي يتمسك بتطبيقه ، ان الاخذ بهذا الرأي يؤدي الى اعتبار تفسير القانون الاجنبي مسألة متعلقة بالوقائع ومن ثم يكون النظر فيها من اختصاص محكمة الموضوع والذي لا يخضع لرقابة المحكمة العليا في دولة قانون القاضي .

بينما يذهب البعض الآخر من الفقه وتبعه بعض القضاة الى اعتبار القانون الاجنبي من حيث تطبيقه مسألة من المسائل القانونية وان كان يفقد عنصر الالتزام بانتقاله من بلد الى آخر الا ان قاعدة الاسناد الوطنية هي التي تعيد له هذه القوة الالزامية فالبحث عن مضمون القانون الاجنبي حسب هذا الرأي مهمة تقع على عاتق القاضي لا على عاتق الخصوم مثلما يلتزم بالبحث عن قواعد قانونه الوطني كما ان احتفاظ القانون الاجنبي بالصفة القانونية يقتضي بالضرورة اخضاع الخطأ في تطبيقه لرقابة المحكمة العليا في دولة القاضي .

وبناء على ما تقدم تطرح الاشكالية التالية :

اثر اعتبار القانون الاجنبي مسألة واقع على اثباته وتفسيره عند الاتجاه الذي يعتبره كذلك ؟ واثر اعتباره قانونا عند الاتجاه الآخر .

عالج الفقه هذه الاشكالية بتحديد اولا طبيعة القانون الاجنبي امام القاضي الوطني فيما اذا كان يعتبر واقعة ام قانون وعلى هذا الاساس قسمنا بحثنا الى فصلين هما :

الاتجاه الذي يعتبر القانون الاجنبي مسألة واقع ( الفصل الاول )

الاتجاه الذي يعتبر القانون الاجنبي مسألة قانون ( الفصل الثاني )

اعتمدنا في هذه الدراسة على المنهج التحليلي المقارن ، معتمدين على الى احكام القضاء وآراء الفقهاء بالاستناد الى بعض النصوص القانونية الواردة في هذا المجال واضعة هذا البحث المتواضع بين ايديكم راجية الله تعالى ان يكون لبنة في صرح تطوير القانون الدولي الخاص ومجال للاستفادة في هذا الموضوع واتقدم بالشكر الجزيل لعمادة كلية الحقوق وسانتنتي الكرام في القانون الدولي الذين وقفوا الى جانبي ومدوا لي يد المساعدة والعطاء رغم جميع الصعوبات التي عانينا منها لانهاء هذا البحث .

وما توفيقي الا بالله

(١) د. ماجد الحلواني \_ القانون الدولي الخاص واحكامه في القانون الكويتي \_ الكويت \_ ١٩٧٣ \_ ١٩٧٤ \_ ص ٣٤٦ .

## الفصل الاول

### الاتجاه الذي يعتبر القانون الاجنبي مسألة واقع

يتجه بعض الفقه والقضاء الى ان تطبيق القانون الاجنبي امام القاضي الوطني يعتبر من المسائل الواقعية المادية ومعنى الواقعة في هذا المقام هو وجود القاعدة القانونية<sup>(١)</sup>.

حيث يتجه اصحاب هذا الاتجاه الى ان القانون الاجنبي ليس له نفس قوة القانون الوطني وانما مجرد واقعة لان هذا الاخير يستمد قوته في الدولة المشرعة له ويجد هذا الاتجاه التقليدي مبرراته في الفارق الموجود بين القانونين من حيث افتراض العلم بهما وان افتراض علم القاضي الوطني بالقانون الاجنبي تكتنفه صعوبات عملية خاصة اذا كان هذا القانون غير مكتوب او عندما تكون الحلول القضائية بشأن مسألة واحدة مختلفة واذا كان القانون الوطني لا يحتاج الى اثبات فان القانون الاجنبي يجب اثباته واعتباره واقعة مادية<sup>(٢)</sup>.

فاذا طبقنا هذا الاتجاه على قانون اجنبي أي اعتبرناه مجرد واقعة بعد ان اشارت قاعدة الاسناد الوطنية باختصاصه بحكم النزاع المشتمل على عنصر اجنبي فان هذا له اثر سواء من حيث اثباته (المبحث الاول) او من حيث تفسيره (المبحث الثاني).

---

(١) د. عز الدين عبد الله \_ القانون الدولي الخاص \_ القاهرة \_ ١٩٨٦ \_ ص ٥٧٨ .

(٢) د. قاشي علال \_ اساس تطبيق القانون الاجنبي ومركزه امام القاضي الوطني \_ الملتقى الاول حول تطبيق القانون الاجنبي \_ جامعة الاغواط \_ الجزائر \_ ٢٠٠٦\_٢٠٠٧ \_ ص ٧ .

## المبحث الاول

### أثر اعتبار القانون الاجنبي مسألة واقع على اثباته

في المنازعات الداخلية يجد القاضي الادعاء بحق معين يتضمن عنصرين هما : عنصر الواقع وعنصر القانون، فالعنصر الاول يتكفل الخصوم بايضاحه للقاضي ويقع عليهم عبء اثباته اما العنصر الثاني فهو من اختصاص القاضي الذي يقوم بتطبيقه على ما ثبت لديه من وقائع أي على القاضي ان يثبت من تلقاء نفسه القواعد القانونية الواجبة التطبيق على ما ثبت لديه من وقائع (١).

اما اذا انتقل الادعاء بعنصره الواقع والقانون من النزاعات الداخلية الى النزاعات الخاصة الفردية الدولية فيثور السؤال حول مدى تتبع نفس الطريقة ؟

ففي القانون الدولي الخاص وبعد اعمال القاضي قاعدة الاسناد على النزاع المشتمل على عنصر اجنبي والتي قد تشير باختصاص قانون القاضي ففي هذه الحالة لا توجد اية مشكلة حيث يقوم القاضي بتطبيقه لكونه عالما بمضمونه ففي هذا الصدد يرى الاتجاه الذي يعتبر القانون الاجنبي مجرد واقعة بان مشكلة البحث عن مضمون هذا الاخير واثباته يقع على عاتق الخصوم (٢) (المطلب الاول) ، واذا كان يقع على عاتق الخصوم عبء اثبات مضمون القانون الاجنبي فان هذا يعني انه يقع على عاتقهم تقديم الوثائق المثبتة لمحتواه وهذا بلا شك يقودنا للتساؤل عن طريقة اثبات الخصوم لمضمون القانون الاجنبي (المطلب الثاني) .

---

(١) د. عز الدين عبد الله \_ القانون الدولي الخاص \_ مرجع سابق \_ ص ٥٧٨ \_ ٥٧٩ .

(٢) د. جابر جاد عبد الرحمن \_ القانون الدولي الخاص العربي \_ الجزء الثالث في تنازع القوانين \_ معهد الدراسات العربية \_ بيروت \_ ١٩٦١ \_

## المطلب الاول

### دور الخصوم في اثبات مضمون القانون الاجنبي

تعد مشكلة اثبات مضمون القانون الاجنبي والتعرف على مضمونه من ابرز المشاكل في القانون الدولي الخاص التي تطرق اليها الفقه والقضاء من مختلف انحاء الدول ، فالفقه والقضاء الذي جعل القانون الاجنبي مجرد واقعة ثم ربط طبيعته هذه بالاثبات جعل عبء اثبات مضمونه واقعا على عاتق الخصوم .

ان معاملة القضاء القانون الاجنبي معاملة الوقائع يرجع الى تأثر هذا الاخير بالفقه الذي لا يعتبر القانون الاجنبي قانونا بالمعنى الصحيح وانما هو واقعة من وقائع الدعوى التي يتوجب على الخصوم اثارته والتمسك به واثبات مضمونه (الفرع الاول) ، ولكن أي من الخصوم يقع عليه هذا العبء فهناك قضاء بعض الدول من رأى ان عبء اثباته يقع على الخصم الذي يدعي اختلاف مضمون القانون الاجنبي عن احكام القانون الوطني (الفرع الثاني) ، اما قضاء البعض الآخر فجعل عبء اثباته يقع على عاتق الخصم الذي يتمسك بتطبيقه (الفرع الثالث)

## الفرع الاول

### المدارس الفقهية التي تعتبر القانون الاجنبي مجرد واقعة

ان مسألة تطبيق القانون الاجنبي امام القاضي الوطني واسباس هذا التطبيق اثارت جدلا في الفقه المقارن وبرزت عدة آراء ونظريات بهذا الصدد حيث ان البعض يرى ان تطبيق القانون الاجنبي امام القضاء الوطني من المسائل الواقعية وهذا ظهر في كل من المدرسة الفرنسية ونظرية الحقوق المكتسبة وفيما يلي سنبين مضمون كل منها والنقد الموجه اليها .

#### أولا \_ المدرسة الفرنسية :

**أ\_ مضمون النظرية :** يجب ان نشير اولا الى ان الفقه الفرنسي عالج مشكلة تطبيق القانون الاجنبي بطريقة مختلفة فهو لم يهتم باسباب تطبيق القانون الاجنبي بقدر ما اهتم بالبحث عن طبيعة القانون الاجنبي امام القضاء الوطني مقارنة مع القانون الفرنسي .

المبدأ الذي تقوم عليه هذه المدرسة هو ان القانون الاجنبي ليس له قوة القانون الوطني وان كان القاضي الوطني يطبقه فليس لوصفه قانونا يلزمه به المشرع الاجنبي فهو لا يدعن الا لاوامر المشرع الوطني ولكنه يطبقه بصفته واقعة فقط دون ان يكون له أي صفة للالزام خارج حدود دولته<sup>(١)</sup> .

وقد تزعم هذا الاتجاه في فرنسا الاستاذ باتيفول الذي يرى ان كل قاعدة قانونية تتكون من عنصرين :

١\_ عنصر مادي او عقلي : يتمثل في مضمون القاعدة ومن كونها قاعدة عامة ومجردة .

٢\_ عنصر معنوي : وهو عنصر الامر والالزام الذي يكسب القاعدة قوتها الملزمة<sup>(٢)</sup> .

والقاعدة القانونية تتمتع بهذين العنصرين في بلد المشرع الذي اصدرها ولكن متى خرجت هذه القاعدة خارج

(١) د. محمد وليد المصري \_ الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص \_ عمان \_ الاردن \_ ٢٠٠٧ \_ ص ٢٥٣ .

(٢) د. محمد عكاشة عبد العال \_ تنازع القوانين (دراسة مقارنة) \_ بيروت \_ ٢٠٠٧ \_ ص ٣٦٠ .

حدود دولتها وطرحته امام قاضي آخر بوصفها قانونا اجنبيا فانها تحتفظ بالعنصر المادي فقط وتفقد العنصر الثاني وهو عنصر الالتزام وتصبح بمثابة حكم عام يطبقه القاضي بوصفه واقعة ثبت وجودها امامه<sup>(١)</sup> . ويشبه الاستاذ باتيفول تطبيق القاضي للقاعدة الاجنبية بتطبيقه للوائح الشركات حيث ان كلاهما قواعد عامة تطبق في حالات خاصة ولكنها قواعد غير صادرة عن المشرع الوطني ويعوزها عنصر الامر وبالتالي ليس لها صفة القانون<sup>(٢)</sup> .

ويترتب على معاملة القانون الاجنبي كواقعة حسب الاستاذ باتيفول النتائج التالية :

- ١\_ لا يطبقه القاضي من تلقاء نفسه بل لابد من تمسك الخصوم به واثارته صراحة امامه .
- ٢\_ تقع على عاتق الطرف الذي تمسك بتطبيق القانون الاجنبي مهمة اثبات مضمونه كاثباته لاي واقعة في الدعوى والا طبق القاضي القانون الفرنسي .
- ٣\_ لا يجوز للمحكمة ان تحكم بعلمها الشخصي بمضمون القانون الاجنبي .
- ٤\_ لا يجوز للمحكمة ان تحكم بسلطة كاملة في اثبات وتفسير القانون الاجنبي ولا تخضع في ذلك لرقابة محكمة النقض الفرنسية<sup>(٣)</sup> .

**ب\_ نقد النظرية :** من أبرز الانتقادات التي وجهت الى هذه النظرية :

\_ هي انها تقوم على اساس خاطئ فمن غير المعقول ان القاعدة القانونية تفقد صفتها كقانون وتتحول الى مجرد واقعة بمجرد عبورها الحدود وتطبيقها من طرف قاضي ينتمي الى نظام قانوني آخر فهذا كلام يقوم على الفرض والمجاز ولا يصح التسليم به فالقاعدة القانونية تحتفظ بجوهرها ولا تتغير طبيعتها سواء طبقها القاضي الذي تنتمي اليه القاعدة ام لا ، وعلى فرض تسليمنا بهذا التصور الخيالي وقرارنا بأن القاعدة تفقد صفتها القانونية وتتحول الى واقعة فلماذا لا نسلم بأن هذه القاعدة تسترد هذه القوة بمقتضى قاعدة الاسناد الوطنية؟<sup>(٤)</sup>

\_ كما أخذ على هذه النظرية تشبيه الاستاذ باتيفول القانون الاجنبي بلوائح الشركات او العقود فهذا تشبيه خاطئ وذلك انه رغم كون القاعدة القانونية الاجنبية تستمد قوتها الملزمة من قاعدة الاسناد الا انها قاعدة عامة ومجردة ولا تتغير طبيعتها اذا ما طبقت امام القضاء الوطني ام لا ، اما لوائح الشركات تستمد قوتها القانونية من مبدأ العقد شريعة المتعاقدين وبهذا لا تكون قواعد عامة ومجردة يخضع لها كافة الناس<sup>(٥)</sup> .

فبالرجوع الى المادة /١٣٤/ مدني فرنسي والمادة (١/١٤٧) قانون مدني مصري نجد ان العقد يستمد قوته الالتزامية من خلال هذه المواد والتي تنص على ان العقد شريعة المتعاقدين<sup>(٦)</sup> .

\_ كما ان الأخذ بهذا الحل سيؤدي الى نتائج ضارة بالعلاقات الخاصة الدولية فهو يستتبع بالضرورة اهدار قاعدة الاسناد وذلك لان القاضي الوطني لن يطبق القانون الاجنبي من تلقاء نفسه بالاضافة الى ندرة تطبيق

(١) د. عكاشة محمد عبد العال \_ تنازع القوانين \_ مرجع سابق \_ ص ٣٦٠ .

(٢) د. سعيد يوسف البستاني \_ الجامع في القانون الدولي الخاص \_ بيروت \_ ٢٠٠٩ \_ ص ٦٩٨ .

(٣) د. محمد وليد المصري \_ الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص \_ مرجع سابق \_ ص ٢٥٤ .

(٤) د. عكاشة محمد عبد العال \_ المرجع نفسه \_ ص ٣٦١ .

(٥) د. هشام علي صادق \_ الموجز في القانون الدولي الخاص \_ الاسكندرية \_ ١٩٩٣ - ص ١٣٣ .

(٦) د. هشام علي صادق \_ المرجع نفسه \_ ص ١٣٤ .

القانون الاجنبي خاصة وان تطبيقه وتفسيره لن يخضع لرقابة المحكمة العليا حسب هذا المذهب<sup>(١)</sup>. ان جل هذه الانتقادات ادت بالاستاذ باتيفول الى التراجع عن موقفه في اعتبار القانون الاجنبي مجرد واقعة مقرر انه كان يقصد من وراء ذلك معاملة القانون الاجنبي من ناحية اثباته معاملة الوقائع وقد ايدته جانب آخر من الفقه في هذه النقطة قائلين بأن القانون يظل محتفظا بطبيعته القانونية ولكن مع معاملة هذا الاخير معاملة الوقائع نظرا للصعوبات التي يلقاها القاضي في البحث عن مضمونه<sup>(٢)</sup>.

ويرجع سبب اعتبار الفقه التقليدي القانون الاجنبي مجرد واقعة نظرا لادراج القانون الاجنبي تحت التقسيم الاجرائي المشهور لعناصر القضية الوقائع من جهة والقانون (الوطني) من جهة اخرى ذلك انه لما تبين لهذا الفقه ان القضاء لا يعامل القانون الاجنبي معاملة مشابهة تماما للقانون الوطني استخلص من ذلك انه لا يعتبره قانون ومن ثم فهو عنصر من عناصر الواقع غير ان التقسيم المطلق لعناصر الدعوى الى فئتين واعتبار كل ما لا تشمله احدهما يدخل بالضرورة في الفئة الاخرى هو تقسيم متعلق بالمنازعات الداخلية فقط واعماله في نطاق المنازعات الدولية يؤدي الى تجاهل طبيعة هذه المنازعات وما يترتب عليها من ظهور عنصر جديد لم يكن في حساب الفقه التقليدي وهو القانون الاجنبي<sup>(٣)</sup>.

ان هذا الفقه يرتكز على مبدأ السيادة الدولية فهو يرى ان تطبيق القاضي الوطني للقانون الاجنبي فيه اهدار لسيادة الدولة واذعان لاوامر المشرع الاجنبي الا ان هذه الفكرة لا تتسجم مع طبيعة العلاقات الدولية الخاصة ومصالح الافراد<sup>(٤)</sup>.

## ثانيا \_ نظرية الحقوق المكتسبة :

أ\_ مضمون النظرية : لقد عرفت هذه النظرية رواجها في سنة /١٩٣٠/ حيث قال بها بعض الفقهاء الانكليز والامريكان حيث يرى الفقه الانكليزي ان القانون الاجنبي امام القضاء الانكليزي يعتبر من المسائل الواقعية البحتة ومفاد هذه النظرية هو عدم السماح للقاضي بالتعرض من جديد لنزاع متعلق بحقوق اكتسبت في الخارج تضطره بان يعود الى القوانين الاجنبية التي نشأت هذه الحقوق في ظلها وبناء على ذلك يكون الهدف الاساسي من تطبيق القانون الاجنبي الذي عينته قاعدة الاسناد هو الاعتراف بالحقوق الذي تم اكتسابه بموجب هذا القانون<sup>(٥)</sup> فمثلا اذا طرحت امام القاضي الانكليزي مسألة الاعتراف بزواج كان قد ابرم وفقا للقانون السوري فانه لا يستطيع ان يعترف بهذا الزواج وبشرعيته الا في ضوء الشروط والايضاح التي يحددها القانون السوري ذاته للاعتراف بهذا الزواج .

وهذا يقتضي انه اذا اشارت قاعدة الاسناد بتطبيق قانون اجنبي فهي تهدف الى الاعتراف بالحقوق الذي نشأ وفق

(١) د. عكاشة محمد عبد العال \_ تنازع القوانين - مرجع سابق \_ ص ٣٦١ .

(٢) د. هشام علي صادق \_ الموجز في القانون الدولي الخاص \_ مرجع سابق \_ ص ١٣٧ .

(٣) د. هشام علي صادق \_ المرجع نفسه \_ ص ١١٨ - ١٢٠ .

(٤) د. محمد وليد المصري \_ الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص \_ مرجع سابق \_ ص ٢٥٤ .

(٥) د. محمد وليد المصري \_ مدى تلازم النظرة الالزامية الى قاعدة الاسناد والقانون الاجنبي امام القاضي الوطني \_ مجلة الشريعة والقانون \_

العدد/٣٥/ - ٢٠٠٨ \_ ص ٢٤٦ .

هذا القانون فالقانون الاجنبي لا يخرج عن كونه عنصر من عناصر هذا الحق (الذي نشأ في الخارج ) او الواقعة التي ادت الى اكتسابه ومن يتمسك من الخصوم بنشأة هذا الحق في الخارج يكون عليه ان يثبت امام القاضي الانكليزي او الامريكي وجوده وذلك بان يثبت القانون الاجنبي المعترف سببا في اكتسابه ومتى استطاع الخصم ان يقيم الدليل على حقه الذي نشأ وفقا للقانون الاجنبي فانه يكون على القاضي الوطني ان يعترف بهذا الحق<sup>(١)</sup> .  
فالفكرة المحورية التي تقوم عليها هذه النظرية هي ان القاضي لا يطبق في حقيقة الامر القانون الاجنبي وكل ما يفعله انه يعترف بالحقوق التي اثبت الخصوم اكتسابهم لها وفق قانون اجنبي معين<sup>(٢)</sup> .

**ب\_ نقد النظرية :** في البداية يجب التأكيد على حقيقتين :

الاولى : ان مسألة الاعتراف بالحقوق المكتسبة في الخارج والتي تنشأ صحيحة وفقا للقانون الذي قامت في ظله مسألة ليست محل جدل متى كان هذا الحق المكتسب لا يخالف النظام العام في دولة القاضي .  
الثانية : ان مسألة الاعتراف بحق ما نشأ في الخارج لا تستقل عن مسألة الاعتراف بالقانون الاجنبي ذاته الذي نشأ في ظله هذا الحق<sup>(٣)</sup> .

الا ان هذه النظرية تعرضت للنقد واخذ عليها انها غير شاملة وقاصرة وانها غير منطقية من ناحية اخرى ، فهي غير شاملة لانها تجعل تطبيق القاضي الوطني للقانون الاجنبي محصور في نطاق واحد فقط هو احترام الحقوق المكتسبة كما انها لا تشمل اساس تطبيق القانون الاجنبي في الفرض المتعلق بنشوء حق او مركز قانوني في دولة القاضي ووفقا لاحكام القانون الاجنبي ؟

فمثلا لو اراد زوجان فرنسيان الطلاق امام القاضي الانكليزي بمقتضى اتفاق مشترك بينهما نزولا على حكم القانون الفرنسي نفسه فان هذا يطرح امام القاضي الانكليزي انشاء مركز قانوني جديد وفق احكام القانون الاجنبي وهذا الامر لا تغطيه النظرية ويظهر قصورها<sup>(٤)</sup> .

كما ان القاضي لا يقتصر دوره على الاعتراف بالحق الذي نشأ في الخارج كما يرى بعض الفقه بل ان القاضي يمتد دوره الى انشاء مراكز قانونية ابتداء ووفقا لاحكام القانون الاجنبي فحصر مهمة القاضي في التأكد ومعرفة ما اذا صار الحق مكتسبا ام لا بمعنى مدى احترام الاطراف القانون الاجنبي الذي نشأ الحق في ظله ولمعرفة هذا لابد من رجوع القاضي الوطني لاحكام القانون الاجنبي الذي يكسبه هذه الصفة فهذا كله يجعل القانون الاجنبي مجرد واقعة يبحث القاضي عن وجودها في حين ان مهمة القاضي تكمن في انشاء الحق والاعتراف به وذلك ليطبق عليه القانون المختص<sup>(٥)</sup> .

وهي غير منطقية لان الاعتراف بالحق المكتسب في الخارج وفق قانون اجنبي يعني في واقع الامر اعتراف بالقانون الاجنبي ذاته الذي نشأ وفقا له هذا الحق والذي طبقه القاضي الوطني<sup>(٦)</sup> .

(١) د. عكاشة محمد عبد العال \_ تنازع القوانين \_ مرجع سابق \_ ص ٣٥٧ .

(٢) د. عكاشة محمد عبد العال \_ المرجع نفسه \_ ص ٣٥٨ .

(٣) د. عكاشة محمد عبد العال \_ المرجع نفسه \_ ص ٣٥٨ .

(٤) د. عكاشة محمد عبد العال \_ المرجع نفسه \_ ص ٣٥٨ .

(٥) د. اعراب بلقاسم \_ القانون الدولي الخاص الجزائري \_ مرجع سابق \_ ص ١٤١ \_ ١٤٢ .

(٦) د. سعيد البستاني \_ الجامع في القانون الدولي الخاص \_ مرجع سابق \_ ص ٦٩٦ .



## الفرع الثاني

### اثبات مضمون القانون الاجنبي يقع على من يدعي اختلاف مضمونه عن احكام القانون الوطني

في النظام الانكليزي لا يوجد ما يلزم القاضي صراحة بالامتناع عن تطبيق قاعدة الاسناد في حالة عدم تمسك الخصوم بها الا ان القضاء لجأ الى حيلة قانونية من شأنها منع القاضي من تطبيق القانون الاجنبي وهي افتراض تطابق وتشابه احكام القانون الاجنبي مع القانون الانكليزي حيث يطبق القاضي الاحكام الموضوعية في قانونه الوطني مباشرة على النزاع وعلى الفريق الذي يرغب في تجنب تطبيق القانون الانكليزي على النزاع ان يثبت مضمون القانون الاجنبي اما اذا عجز عن ذلك فيعتبر القانون الاجنبي مطابق للقانون الانكليزي ويتم الفصل في النزاع على اساسه (١).

الا ان هذه القرينة قابلة لاثبات العكس فهي مقبولة من جهة ان الفقه والاجتهاد يعترفان بصلاحيه قانون قاضي النزاع عندما لا يكون بالمستطاع التوصل الى معرفة واثبات مضمون القانون الاجنبي رغم استنفاد كل الوسائل الممكنة الا ان هذه القرينة غير مقبولة من جهة اخرى وهي ان يستغرق تطبيق القانون الوطني تطبيق القانون الاجنبي فالقانون سواء كان وطني ام اجنبي لا يجب تطبيقه الا اذا كان مختصا ومعينا اما القول بغير ذلك يتنافى مع تقنية تنازع القوانين حيث لا وجود لقرينة لمصلحة قانون على حساب قانون آخر (٢).

وقد اخذ بهذا الحل القضاء الفرنسي في مرحلة سابقة حيث اعتبرت محكمة النقض الفرنسية ان عبء اثبات مضمون القانون الاجنبي الذي عينته قاعدة الاسناد يقع على عاتق الخصم الذي يدعي اختلاف مضمون هذا القانون عن احكام القانون الوطني الفرنسي حيث رأت انه لا تثريب على قضاة الموضوع تطبيقهم القانون الفرنسي على النزاع وعدم تطبيقهم القانون الاجنبي الذي اثار تطبيقه المدعى عليه لانه لم يقم باثبات اختلاف مضمون القانون الاجنبي المختص عن احكام القانون الفرنسي (٣).

محكمة النقض المصرية تعرضت لهذه المشكلة في حكمها الصادر بتاريخ ٧/ايلول/١٩٥٥ والذي جاء فيه :  
" ان التمسك بتشريع اجنبي امام هذه المحكمة لا يعدو ان يكون واقعة يجب اقامة الدليل عليها ولا يغني في اثباتها تلك الصورة العرفية التي استند اليها الطاعنان بملف الطعن "

واستنتج الفقه المصري من هذا الحكم ان على من يتمسك بنص تشريعي اجنبي تقديم دليل رسمي لاثبات هذا التشريع (٤).

اتجاه المحاكم اللبنانية يتفق مع موقف القضاء المصري رغم ان هذا الحكم يخالف اتجاه غالبية الفقهاء الا ان محكمة النقض اللبنانية تمسكت برأيها هذا في حكم لها بتاريخ ٢٦/تموز/١٩٧٦ وجاء فيه :  
" ان الاستناد الى قانون اجنبي لا يعدو ان يكون مجرد واقعة وهو ما يوجب على الخصوم اقامة الدليل عليها اذا كان ذلك ممكنا وكان الطاعنون لم يبينوا القانون اللبناني الذي يتمسكون به اكتفاء بقولهم انه القانون

(١) د. سامي بديع منصور \_ الوسيط في القانون الدولي الخاص \_ بيروت \_ ١٩٩٤ \_ ص ٦٧٢ .

(٢) د. سامي بديع منصور \_ المرجع نفسه \_ ص ٦٧٣ .

(٣) ALEXANDRE DANIEL , " Conflits of lois , la loi étrangère devant les tribunaux français , établissement du contenu de la loi étrangère " JURISS \_ CLASSEUR , PARIS , 1997 , Face . 539 \_ 20 , ART.3 , 62 , P6 .

(٤) د. هشام علي صادق \_ الموجز في القانون الدولي الخاص \_ مرجع سابق \_ ص ١٤٧ .

الاحير الخاص بالوصية ولم يقدموا دليلا عليه فان النعي بهذا السبب يكون غير مقبول<sup>(١)</sup>.  
وهذا ما اخذت به محكمة النقض الفرنسية في قضية (BISBAL) في ١٢/أذار/١٩٥٩ حيث قررت ان :  
" قواعد تنازع القوانين لا تتعلق بالنظام العام على الاقل حين تشير باختصاص قانون اجنبي بمعنى ان على  
الخصوم التمسك بتطبيق هذا القانون وعلى ذلك فلا مؤاخذة على قضاة الموضوع عدم تطبيقهم القانون الاجنبي  
من تلقاء انفسهم ورجوعهم الى القانون الفرنسي الداخلي والذي له الصلاحية لحكم جميع علاقات القانون  
الخاص<sup>(٢)</sup>".

ويبدو من هذا القرار ان قواعد تنازع القوانين لا تتعلق بالنظام العام اذا اشارت باختصاص قانون اجنبي وهذا  
يعني ان قاضي الموضوع غير ملزم بتطبيقه من تلقاء نفسه

وفي اطار القاء عبء اثبات مضمون القانون الاجنبي على الخصم الذي يدعي اختلاف مضمونه عن احكام  
القانون الوطني ذهبت محكمة النقض الفرنسية مؤخرا الى التمييز بين نوعين من الحقوق هما<sup>(٣)</sup> :

١\_ **الحقوق التي لا يجوز للاطراف التصرف فيها** : وهي المواد المتعلقة بالاحوال الشخصية كالاهلية ، حالة  
الاشخاص ، الزواج .... فالقاضي هنا ملزم بتطبيق قاعدة الاسناد حتى ولو ادت الى تطبيق قانون اجنبي وملزم  
بالبحث عن مضمونه .

٢\_ **الحقوق التي يجوز للاطراف التصرف فيها** : وهي المواد التي يكون للاطراف حرية التصرف فيها فعلى  
الطرف الذي يثير مسألة تطبيق القانون الاجنبي المختص بموجب قاعدة الاسناد الوطنية عندما يتعلق الامر  
بحقوق يجوز التصرف فيها ، عليه ان يثبت ان احكام هذا القانون تؤدي الى نتيجة مختلفة عن النتيجة التي يؤدي  
اليها القانون الفرنسي وفي غياب ذلك فان القانون الفرنسي هو الذي يطبق بسبب طابعه الثانوي .  
اما بالنسبة لموقف المشرع الجزائري فقد ميز المشرع بين القانون الاجنبي المتعلق بقانون الاسرة وبين القانون  
الاجنبي غير المتعلق به حيث تنص المادة (٦/٣٥٨) من قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري ان من بين  
الحالات التي يبني عليها الطعن بالنقض حالة مخالفة القانون المتعلق بقانون الاسرة<sup>(٤)</sup> ، وبمفهوم المخالفة لهذه  
المادة يفهم ان المشرع يعتبر القانون الاجنبي المتعلق بقانون الاسرة والقانون غير المتعلق به مجرد واقعة  
مما يؤدي الى عدم اعتبار قاعدة الاسناد من النظام العام عندما يتعلق الامر بنزاع غير متعلق بقانون الاسرة  
وبالتالي يتوجب على الخصوم اثارة تطبيقه واثبات مضمونه اما اذا كان النزاع متعلق بقانون الاسرة فان القضاة  
ملزمين بتطبيقه والبحث عن مضمونه<sup>(٥)</sup> .

وإذا بحثنا عن الفرق بين القانون الجزائري والقانون الفرنسي نجد انه : محكمة النقض الفرنسية توجب على الخصم  
الذي يتمسك باختصاص قانون اجنبي اثبات مضمونه واثبات اختلاف مضمونه عن احكام القانون الفرنسي عندما  
يتعلق الامر بحقوق يمكن للاطراف التصرف فيها .

اما المشرع الجزائري فلم يشترط اثبات اختلاف احكام القانون الاجنبي المختص عن احكام القانون الجزائري

(١) د. سعيد البستاني \_ الجامع في القانون الدولي الخاص \_ مرجع سابق \_ ص ٧١٣ \_ ٧١٤ .

(٢) د. كمال قريوع عليوش \_ القانون الدولي الخاص الجزائري \_ تنازع القوانين \_ الجزء الاول \_ دار هومه \_ الجزائر \_ ٢٠٠٧ \_ ص ١٢١

(٣) د. موسى عبود \_ الموجز في القانون الدولي الخاص المغربي \_ المركز العربي الثقافي العربي الدار البيضاء \_ ١٩٩٤ \_ ص ٢٠١ .

(٤) قانون رقم ٠٨ \_ ٠٩ \_ مؤرخ في ٢٥ شباط \_ ٢٠٠٨ \_ جريدة رسمية عدد ٢١ \_ مؤرخ /٢٣/ نيسان/٢٠٠٨/ .

(٥) د. اعراب بلقاسم \_ القانون الدولي الخاص الجزائري \_ مرجع سابق \_ ص ١٥٧ .

عندما يتعلق الامر بغير قانون الاسرة واشترط فقط تمسك الخصم بتطبيق القانون الاجنبي واثبات مضمونه. المشرع التونسي اخذ بالتمييز الذي جاء به القضاء الفرنسي وميز بين الحقوق التي يجوز التصرف فيها والحقوق التي لايجوز التصرف فيها والزم الخصم باثبات القانون الاجنبي اذا تعلق الامر بحقوق يجوز التصرف فيها دون ان يشترط وجود اختلاف بين القانونين<sup>(١)</sup>.

### الفرع الثالث

#### اثبات مضمون القانون الاجنبي يقع على عاتق الخصم الذي يتمسك بتطبيقه

هناك قضاء بعض الدول من جعل عبء اثبات مضمون القانون الاجنبي واقع على الخصم الذي يتمسك بتطبيقه<sup>(٢)</sup>، مع اختلاف هذا القضاء في تحديد الخصم الذي يقع عليه هذا العبء (اولا) غير انه ونظرا للانتقادات الموجهة الى اصحاب هذا الاتجاه نجد ان كل من الفقه والقضاء حاول التخفيف من شدته بالسماح للقاضي بالبحث عن مضمون القانون الاجنبي واثباته اذا كان عالما به دون ان يرقى ذلك الى حد الالتزام (ثانيا) **اولا \_ الخصم الذي يقع عليه عبء اثبات مضمون القانون الاجنبي** : بعض القضاء ذهب الى ان اثبات مضمون القانون الاجنبي يقع على الخصم الذي يدعي الحق المطالب به (أ) ، بينما ذهب البعض الآخر الى ان اثباته يقع على عاتق الخصم الذي يتمسك بتطبيقه دون تحديد (ب) .

**أ\_ اثبات مضمون القانون الاجنبي يقع على الخصم الذي يدعي الحق المطالب به** : بعض الاحكام الفرنسية ذهبت الى القاء عبء اثبات مضمون القانون الاجنبي على عاتق المدعي بالحق المطالب به أي صاحب المصلحة في النزاع حيث ان محكمة التمييز الفرنسية نقضت قرار محكمة استئناف "كان" الذي طبق القانون الفرنسي في دعوى المسؤولية عن فعل الاشياء مع ان القانون الواجب تطبيقه هو قانون مكان وقوع الحادث الضار وهو في هذه القضية القانون الاسباني على اساس ان المدعى عليه لم يثبت مضمون القانون الاسباني الذي تمسك بتطبيقه وجاء في حيثيات قرار محكمة النقض<sup>(٣)</sup> :

" لا يحق لقضاة الموضوع نقل عبء اثبات القانون الاجنبي وابعاد قراراته المتعلقة بتنظيم التنازع عن رقابة محكمة النقض بحجة عدم اثبات المدعى عليه لنصوص القانون الاسباني الذي يسند اليه ادعاءاته في حين ان الضحية طالبة التعويض والتي يقع عليها عبء اثبات ان القانون الواجب التطبيق يمنحها حق المطالبة بالتعويض لم تنازع في تفسير القانون الاسباني كما تمسك به المدعى عليه واكتفت باسناد دفاعها الى احكام المادة /١٣٨٤/ من القانون المدني الفرنسي<sup>(٤)</sup> ."

ان هذا القرار الصريح الذي يحدد الفريق الذي يقع عليه اثبات مضمون القانون الاجنبي عادت المحكمة الى اعتماده في قرار (thinet) بتاريخ ٢٥/كانون الاول/١٩٨٤<sup>(٥)</sup>.

(١) م/٢٨ من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي .

(٢) HENRI BATEFFOL , " Aspects , philosophiques , du droit international prive " , DALLOZ , PARIS , 2002 ,p

105 .

(٣) د. سامي بديع منصور \_ الوسيط في القانون الدولي الخاص \_ مرجع سابق \_ ص ٦٧٥ .

(٤) د. سامي بديع منصور \_ المرجع نفسه \_ ص ٦٧٥ .

(٥) د. سامي بديع منصور \_ المرجع نفسه \_ ص ٦٧٦ .

ويفهم من قرار لوتور انه ارتقى الى الالزام الذي يستوجب التمسك به في كل حالة غير ان هذا قد يؤدي الى تحايل المدعى عليه وذلك بأن يتمسك بتطبيق القانون الاجنبي بهدف ارهاق المدعي وتكليفه بعبء اثبات مضمون القانون الاجنبي وتأخير البت في الدعوى في حين ان القضاء اللبناني وان كلف الجهة المدعية باثبات مضمون القانون الاجنبي كعنصر في الحق المطالب به إلا انه لم يرتق بهذا التكاليف الى حد الالزام (١) .  
وعندما يستحيل على المدعي اثبات مضمون القانون الاجنبي الذي يقع عليه عبء ذلك فان النتيجة تختلف حسب نية المدعي :

- ان كان المدعي حسن النية كما لو اصطدم بصعوبات جدية تتجاوز كل حد وحالت دون تحقيق ذلك الاثبات فهنا يطبق قاضي النزاع قانونه الوطني .
- اما ان كان المدعي سيء النية كتفاعسه وعدم اثباته أي مبرر لسبب الاستحالة فعلى القاضي ان يعلن ان الطلب موضوع الدعوى هو غير مؤسس للعجز الغير مبرر في اثبات قانونية ذلك الادعاء وبذلك تتجنب المحكمة كل موقف سلبي وارادي للمدعي عندما تكون مصلحته هي تطبيق قانون قاضي النزاع فهنا نقترح من حالة التحايل على القانون بمحاولة استبعاد القانون الاجنبي الواجب التطبيق اراديا مع الفارق انه في التحايل على القانون يكون الموقف الذي يتخذه المتحايل ايجابيا اما هنا فالموقف هو سلبي وهو عدم اثبات مضمون القانون الاجنبي (٢) .

وقرار محكمة النقض الفرنسية (لوتور) الذي القى عبء اثبات مضمون القانون الاجنبي على عاتق المدعي يكون قد اكد على ان القانون الاجنبي يعتبر مجرد واقعة وذلك لان القواعد العامة في اثبات الوقائع تؤدي الى القول بان من يدعي بحق فعليه ان يثبت العناصر اللازمة لنشأته فالمدعي في دعوى المسؤولية عليه ان يثبت الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما اما ان كنا بصدد نزاع اجنبي فعلى المدعي ان يثبت الخطأ والضرر والعلاقة السببية بالاضافة الى اثباته للقانون الاجنبي بوصفه احد العناصر اللازمة للحصول على حق التعويض الذي نشأ في الخارج (٣) .

**ب\_ اثبات مضمون القانون الاجنبي يقع على الخصم الذي يتمسك بتطبيقه دون تحديد :** الاتجاه الغالب في القرارات القضائية هو القاء عبء اثبات مضمون القانون الاجنبي على الخصم الذي يتمسك بتطبيقه دون تحديد سواء كان مدعي او مدعى عليه وهذا هو موقف القضاء الفرنسي الغالب حيث تبنت محكمة النقض الفرنسية هذا المبدأ في المجال التعاقدية في قرار صادر عنها في ٢١/حزيران/١٩٨٨ وتبنت نفس المبدأ في /١٩٩٠/ و /١٩٩١/ (٤) ، حيث جاء في حيثياتها ان عبء اثبات مضمون القانون الاجنبي يقع على الطرف الذي يتمسك بتطبيقه وهذا يعود الى اعتبار القضاء الفرنسي القانون الاجنبي مسألة واقع متأثراً بذلك بالفقه الفرنسي وخاصة برأي باتيفول .

(١) د.سامي بديع منصور \_ الوسيط في القانون الدولي الخاص \_ مرجع سابق \_ ص ٦٧٧ .

(٢) د. سامي بديع منصور \_ المرجع نفسه \_ ص ٦٧٥\_ ٦٧٦ .

(٣) د. هشام علي صادق \_ مركز القانون الاجنبي امام القضاء الوطني \_ مرجع سابق \_ ص ١٩٩ .

(٤) ALEXANDRE DANIEL , Conflits de lois la loi étrangère devant les tribunaux français , Etablissement du contenu de la loi étrangère , Jusiss – classeur, PARIS , 1997 , FASE , 539 – 20 , ART.3, FASE.62, P.6.

ان جعل عبء اثبات مضمون القانون الاجنبي على الخصم الذي يتمسك بتطبيقه يعني ان قاعدة الاسناد لا تتعلق بالنظام العام عندما تشير باختصاص قانون اجنبي وما على الخصوم الا التمسك بها واثبات مضمون القانون الاجنبي المختص .

هذا الاتجاه قام باعتماده قضاء وتشريعات كثير من الدول بل يعتبر المبدأ الغالب عند القضاء حيث ان قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري في المادة (٦/٣٥٨) منه السابق ذكرها يفهم منها انه في غير قانون الاسرة يعتبر القانون الاجنبي مجرد واقعة مما يستوجب التمسك بتطبيقه ومن يتمسك بذلك عليه اثبات مضمونه وبهذا يكون القضاء الجزائري قد سلك مسلك القضاء الفرنسي .

وكذلك اخذ بهذا الموقف القضاء المصري في حكم صادر عن محكمة النقض المصرية في ٧/ايلول/١٩٥٥ والذي قضت فيه بان التمسك بتشريع اجنبي لا يعدو ان يكون مجرد واقعة يجب اقامة الدليل عليها ولا مؤاخذه في اثباته تقديم صورة عرفية تحتوي احكام هذا التشريع (١) .

وكذلك تنص المادة /٧٦/ من قانون اصول المحاكمات المدنية التركي على :  
" يطبق القاضي القانون التركي مباشرة من تلقاء نفسه على ما يعرض عليه من منازعات واذا تقرر تطبيق قانون اجنبي على نزاع معروض عليه فإن عبء اثبات ذلك القانون الاجنبي يقع على عاتق من يتمسك به واذا عجز من تمسك به عن اثباته واقامة الدليل على وجوده فيجب تطبيق القانون التركي (٢) ."  
كما تنص المادة /١٣٤/ من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني القديم على :  
" لا تطلب البينة على وجود القانون اللبناني ولكن يجب اقامة البينة لدى المحاكم اللبنانية على مضمون كل قانون اجنبي (٣) ."

اما القضاء الكويتي وبالرجوع الى محكمة التمييز الكويتية في قرارها الصادر في ١٤/١/١٩٨١ وقرار آخر صادر عنها في ٩/٢/١٩٧٧ اعتبرت القانون الاجنبي مجرد واقعة ومن يتمسك بتطبيقه عليه ان يثبت مضمونه (٤) .  
اما القانون السوري فلم يبين مركز القانون الاجنبي إلا ان القضاء السوري قرر ان القانون الاجنبي واقعة وبالتالي فان عبء الاثبات يقع بكامله على الخصوم حيث قررت محكمة النقض السورية :  
" لا وجه لتخطئة الحكم المطعون فيه ان هو رفض تطبيق القانون الاجنبي لعدم ابراز نصوصه لان المحكمة غير ملزمة بتكليف الخصوم لتقديم ادلتهم على دفوعهم (٥) ."

حيث لا يكفي لتطبيق القانون الاجنبي الذي اشارت قاعدة الاسناد الوطنية باختصاصه ان يطلب الخصوم او احدهم ذلك بل لابد لمن يتمسك بتطبيق هذا القانون ان يثبت مضمونه بابراز نصوصه للمحكمة وبذلك فان المحكمة قد اعفت القاضي من اي جهد للكشف عن مضمون القانون الاجنبي وحتى من مجرد تكليف الخصوم

(١) د. عز الدين عبد الله \_ القانون الدولي الخاص \_ مرجع سابق \_ ص ٥٨٩ .

(٢) د. غالب علي الداودي \_ القانون الدولي الخاص \_ عمان \_ ٢٠٠٥ \_ ص ٢٦٠ .

(٣) د. عكاشة محمد عبد العال \_ تنازع القوانين \_ مرجع سابق \_ ص ٣٧٠ .

(٤) د. احمد ضاغن السمدان \_ نظرة حول موقف القضاء الكويتي من القانون الاجنبي \_ مجلة الحقوق \_ جامعة الكويت \_ السنة العاشرة \_ العدد الاول \_ الكويت \_ ١٩٨٦ \_ ص ٢١ \_ ٢٢ .

(٥) د. فؤاد ديب \_ القانون الدولي الخاص \_ تنازع القوانين \_ جامعة حلب \_ ١٩٨٨ \_ ص ١٢٩ .

تقديم ادلتهم عن القانون الذي يتمسكون بتطبيقه وكأن التزام القاضي بتطبيق القانون الاجنبي الذي امرته بتطبيقه قاعدة الاسناد الوطنية لا يسري الا اذا وجد نص هذا القانون في ملف الدعوى وبين يديه (١) .

ولاشك ان من واجب القاضي في مثل هذه الحالات ان يسعى للتعرف على احكام القانون الاجنبي بالوسائل المتاحة له في التعامل الدولي وبموجب الاتفاقيات الدولية للتعرف على احكام القانون الاجنبي وكما ان من واجبه ان يعمل معارفه الشخصية ولو لم يكن ملزم بتطبيقه اصلا لانه لا يمكن ترك تحديد مضمون القواعد القانونية لمشئنة الافراد ولا مانع من لجوء الخصوم الى شهادة الخبراء والمختصين في القانون الاجنبي ومؤلفات الفقهاء من اجل اثباته (٢) .

وان كان عبء اثبات مضمون القانون الاجنبي يقع على عاتق الخصم الذي يتمسك بتطبيقه هو موقف القضاء الغالب الا انه لا يجوز لاحد ان يتمسك بتطبيق القانون الاجنبي لاول مرة امام المحكمة العليا وان كان يجوز ذلك امام محكمة الاستئناف لان التمسك بقانون اجنبي يعتبر ابداء لوجه دفاع جديد ولا يعتبر طلبا جديدا والقاعدة انه يجوز امام محكمة الاستئناف ابداء اوجه دفاع جديدة دون الطلبات الجديدة (٣) .

اما امام المحكمة العليا فلا يجوز ابداء طلبات جديدة ولا اوجه دفاع جديدة لان الاصل في نظام النقض ان المحكمة العليا لا تفصل في الدعوى ولكنها تحكم في الدعوى بالحالة التي كانت عليها امام قاضي الموضوع فضلا عما جرت عليه محكمة النقض الفرنسية بان التمسك بقانون اجنبي لاول مرة امامها يعتبر وجه دفاع جديد غير انها استتدت في بعض احكامها الى تعليل آخر فقضت بان التمسك بقانون اجنبي لاول مرة امام المحكمة العليا يعتبر وجه دفاع جديد يمتزج فيه الواقع بالقانون وهو امر غير مقبول (٤) .

الا ان هذه الحجة غير سليمة لان اعتبار القانون الاجنبي مجرد واقعة لا يمنع من نقض الحكم على اساس الاخلال بقاعدة الاسناد الوطنية والتي يخضع القاضي في تطبيقه لها لرقابة محكمة النقض ويكون قراره عرضة للنقض عند اخلاله بها .

---

(١) د. مجد الدين خربوط \_ القانون الدولي الخاص (تنزاع القوانين) \_ جامعة حلب \_ ٢٠٠٨ \_ ص ١٤٩ .

(٢) د. مجد الدين خربوط \_ المرجع نفسه \_ ص ١٥٠ .

(٣) يقصد بوسيلة دفاع ( الواقعة او الحجة التي التي يستند اليها المدعي في تأييد ما يزعمه دون اي تغيير في دعواه اويستند اليها المدعي عليه في انكار دعوى خصمه ) د. عز الدين عبد الله \_ القانون الدولي الخاص \_ مرجع سابق \_ ص ٥٩١ .

(٤) د. محمد كمال فهمي \_ اصول القانون الدولي الخاص \_ مرجع سابق \_ ص ٤٩٠ .

**ثانياً \_ حق القاضي في البحث عن مضمون القانون الاجنبي :** ان القول فقها وقضاء ان القانون الاجنبي يعتبر من المسائل الواقعية البحتة او يعامل على الاقل من الناحية الاجرائية معاملة الوقائع يؤدي بالنتيجة الى لقاء عبء اثباته على عاتق الخصم فهذا استسلام للصعوبات العملية التي تعترض القاضي عند البحث عن مضمونه لذلك يتهربون من مسألة تنازع القوانين الا انه حصل تطور ملموس على موقف القضاء بشأن لقاء عبء اثبات مضمون القانون الاجنبي على عاتق الخصوم وهو تخويل القاضي حق تطبيق القانون الاجنبي متى كان عالماً به دون ان يصل هذا الاستثناء الى حد الالزام<sup>(١)</sup>. وعليه ففي حالة عجز الخصوم عن اثبات القانون الاجنبي واذا اخفق القاضي في ذلك اذا ما اثار مسألة تنازع القوانين من تلقاء نفسه بموجب مبدأ تخويل القاضي حق تطبيق القانون الاجنبي فان قواعد القانون الفرنسي هي الواجبة التطبيق على النزاع على اساس ما يسمى بالاختصاص الاحتياطي العام لقانون القاضي<sup>(٢)</sup>.

فقد جاء بهذا الحق المخول للقاضي القضاء الفرنسي في مرحلة سابقة والذي امتد الى ان اعتمده قضاء بعض الدول الاخرى فحق القاضي الفرنسي في تطبيق القانون الاجنبي لا يقابله التزام قانوني بذلك ما لم يطلب الخصوم تطبيقه وان تمسكوا بتطبيقه فيقع عليهم واجب اثباته<sup>(٣)</sup>.

وهذا يرجع الى اعتبار القضاء الفرنسي قاعدة الاسناد لا تتعلق بالنظام العام حين تشير باختصاص قانون اجنبي على عكس ما اذا اشارت الى اختصاص القانون الفرنسي فتعتبر من النظام العام .

الا انه عيب على هذا الاتجاه انه يؤكد خطأ الرأي القائل ان القانون الاجنبي يعتبر واقعة او يعامل على الاقل من الناحية الاجرائية معاملة الوقائع لان من المبادئ المستقر عليها في قانون المرافعات انه لا يجوز للقاضي ان يقضي بعلمه الشخصي عن وقائع الدعوى<sup>(٤)</sup>.

ومع هذا فلقد حاول بعض الفقهاء تبرير ذلك بان حق القاضي في تطبيق القانون الاجنبي لا يتعارض مع القول بان هذا القانون يعتبر واقعة او يعامل معاملة الوقائع وقد ذهب الاستاذ باتيفول تبريراً لذلك الى القول بان القانون الاجنبي يعتبر من الوقائع العامة التي لا يجوز للقاضي ان يبني حكمه بموجبها وليس بوقائع المنازعة المتعلقة بالخصوم (أ) كما ان قضاء كثير من الدول حول للقاضي هذا الحق (ب) .

**أ\_ القانون الاجنبي والوقائع العامة:** لقد ذهب الاستاذ باتيفول الى التفرقة بين ما اسماه بوقائع القضية وبين الوقائع العامة او المشهورة فعلى حد تعبيره القاضي يمنع عليه التصدي الى الوقائع الخاصة المتعلقة بالخصوم بينما يحق له القضاء بعلمه الشخصي على الوقائع العامة التي تكون مشهورة ويكون العلم بها ميسوراً ويستطيع الكافة التعرف عليها ولما كان العلم بالقانون الاجنبي امراً ميسوراً للجميع عن طريق الاطلاع على نصوصه وتفسيراته في المؤلفات الفقهية وغيرها اذاً فهو يعتبر في حكم الوقائع المشهورة ومن ثم فان قضاء القاضي بناء على علمه الشخصي به لا يصطدم بالمبادئ العامة في اثبات الوقائع<sup>(٥)</sup>.

(١) د. شمس الدين الوكيل \_ دراسة مقارنة في اثبات القانون الاجنبي ورقابة المحكمة العليا على تفسيره \_ مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية \_ كلية الحقوق \_ الاسكندرية \_ العددان الاول والثاني \_ ١٩٦٤ \_ ص ٣٨ .

(٢) د. شمس الدين الوكيل \_ المرجع نفسه \_ ص ١١٠ .

(٣) د. شمس الدين الوكيل \_ المرجع نفسه \_ ص ١١٠ .

(٤) د. هشام علي صادق \_ د. حفيظة السيد حداد \_ دروس في القانون الدولي الخاص \_ الاسكندرية \_ ١٩٩٩ \_ ص ١٦٢ \_ ١٦٣ .

(٥) د. هشام علي صادق \_ مركز القانون الاجنبي امام القضاء الوطني \_ مرجع سابق \_ ص ٢١٧ \_ ٢١٨ .

ان التقسيم الذي جاء به باتيفول كان محل نقد فهو غريب عن القواعد العامة في اثبات الوقائع اذ انه لا يجوز للقاضي ان يقضي بعلمه الشخصي عن الوقائع التي لم يتمسك بها الخصوم والتي لم يقوموا باثباتها وفقا للطرق التي حددها القانون فهذا يستند الى ما يسمى بقاعدة حياذ القاضي في الدعوى .

كل هذه الانتقادات لم يناع فيها الاستاذ باتيفول ولكنه لا يرى مانعا من قضاء القاضي بعلمه الشخصي عن الوقائع العامة فهو يضرب مثلا بالقوانين العلمية المختلفة حيث يمكن التعرف عليها بسهولة لكل من يريد البحث عنها وعليه فلا نستطيع ان ننكر على القاضي العلم بالبداهيات او حرمانه من الاستفادة من خبرته العامة ولعل في حرمانه من ذلك ما يتعارض مع واجبه في القضاء السديد (١) .

القواعد العامة في الاثبات في كل من فرنسا ومصر لا تعرف التفرقة بين الوقائع العامة والوقائع الخاصة وانما تقام التفرقة بين الوقائع التي اثارها الخصوم في الدعوى سواء كانت قريبة ام بعيدة عن الواقعة التي يرتب عليها القانون آثاره والتي تشكل موضوع النزاع وبين الوقائع التي يحتجزها القاضي كاساس لحكمه والتي لايجوز له الاستناد اليها اذا كانت محل نزاع الا اذا اثبتت بالطرق التي نص عليها القانون ولا يجوز للقاضي ان يقضي بعلمه الشخصي في شأنها سواء كانت وقائع عامة ام خاصة .

ان اتجاه القضاء الفرنسي الى تخويل القاضي حق تطبيق القانون الاجنبي من تلقاء نفسه يتبين انه لا يعامله معاملة الوقائع الخاصة او العامة وهكذا يتبين الخطأ الذي وقع فيه باتيفول عندما اقر ان القضاء الفرنسي يعامل القانون الاجنبي معاملة الوقائع (٢) .

#### ب\_ موقف القضاء من تخويل القاضي حق البحث عن مضمون القانون الاجنبي :

لقد حدث تطورا او استثناء على موقف قضاء الدول التي كانت ترى ان القانون الاجنبي مجرد واقعة يلزم من يتمسك بتطبيقه اثبات مضمونه ، وهذا التطور يتمثل في تخويل القاضي حق تطبيق القانون الاجنبي من تلقاء نفسه اذا كان عالما بمضمونه دون ان يصل ذلك الى حد الالزام اي ان القاضي يطبق القانون الاجنبي المختص على النزاع ويقوم باثباته اذا كان عالما بمضمونه ، اما اذا لم يكن عالما بمضمونه فيترك امر ذلك الى الخصوم (٣)

ومن بين الدول التي حولت القاضي هذا الحق القضاء الفرنسي فكأنه توصل الى نتيجة مفادها ان تطبيق قاعدة الاسناد هو امر جوازي للقاضي فيطبقها من تلقاء نفسه وله ان لا يطبقها الا في حالة اذا تمسك الخصوم بها فهنا يجب عليه تطبيقها واستناده في ذلك ان قواعد الاسناد لا تعتبر من قواعد النظام العام وهذا ما اعتمدته محكمة النقض الفرنسية في قضية (BISBAL) في ١٢/مارس/١٩٥٩ (٤) .

كما قضت محكمة النقض الفرنسية في ١٢/مارس/١٩٦٠ بانه : " يسوغ لقضاة الموضوع ان يعتمدوا من تلقاء انفسهم الى البحث عن احكام القانون المختص وتحديدها " ، ولكنها لم تتوصل حتى الآن الى تقرير مبدأ التزام القاضي باعمال قاعدة الاسناد والبحث عن مضمون القانون الاجنبي من تلقاء نفسه (٥) .

(١) د. نادية فضيل \_ تطبيق القانون الاجنبي امام القضاء الوطني \_ دار هومه \_ الجزائر \_ ٢٠٠٤ \_ ص ٤٩ .

(٢) د. نادية فضيل \_ المرجع نفسه \_ ص ٥١ \_ ٥٢ .

(٣) د. سعيد البستاني \_ الجامع في القانون الدولي الخاص \_ مرجع سابق \_ ص ٧٠٦ .

(٤) د. سعيد البستاني \_ المرجع نفسه \_ ص ٧٠٧ .

(٥) د. محمد كمال فهمي \_ اصول القانون الدولي الخاص \_ مرجع سابق \_ ص ٤٨٠ .



اما محكمة التمييز اللبنانية فلم تقف عند حرفية نص المادة/١٣٤/ من قانون اصول المحاكمات القديم والتي تنص على انه : " التي توجب اقامة البيئة على مضمون القانون الاجنبي تلقي على عاتق من يدلي بهذا القانون عبء اثباته بحيث لا يؤاخذ القاضي على عدم اخذه المبادرة في البحث عنه الا انها لا تحظر عليه هذا البحث سيما وان قواعد تنازع القوانين قد تلزمه غالبا بتطبيق قانون غير قانون بلاده (١) ."

حيث ان القضاء اللبناني تابع تطوره بشأن عبء اثبات مضمون القانون الاجنبي بالحلل المتطورة في القضاء الفرنسي كما ان قاعدة حرية القاضي في البحث عن مضمون القانون الاجنبي تجد تكريسا لها في ما نصت عليه الفقرة ٢/ من مادة ٩/ من القرار /١٤١/ تاريخ ٣/١٠/١٩٣٣ المتعلق بإرث الاجانب على ان "السلطة الناظرة في منازعات الارث هذا تتوجه مباشرة الى السلطات القنصلية للاستحصال على الايضاحات اللازمة حول مضمون القانون المختص (٢) ."

وهذه الحرية التي يتمتع بها القاضي لا تتعارض مع احكام المادة/١٣٥/ من اصول المحاكمات المدنية التي تحظر عليه اسناد قراراته الى ما يعرفه شخصا عن القضية وذلك لان ما تقصده هذه المادة هو المعرفة الشخصية لعناصر القضية الواقعية اما القانون الاجنبي فليس واقع مادي وانما هو قاعدة مادية عامة ترعى الاوضاع الواقعية والمادية واذا كان القانون الاجنبي يفقد مبدئيا قوته الالزامية خارج حدود بلاده الا انه يستعيد هذه القوة عندما تفرض تطبيقه قواعد تنازع القوانين (٣) .

اما القضاء الكويتي فلقد اورد استثناء على المبدأ العام في اعتبار القانون الاجنبي مجرد واقعة يقع عبء اثباته على عاتق الخصوم ، بحيث حول قضاة الموضوع حق اثاره تطبيق القانون الاجنبي من تلقاء انفسهم مع اثبات مضمونه دون طلب من الخصوم وهذا ما صدر عن محكمة الاستئناف العليا الكويتية تحت رقم ١٩٧٤/٥٣٦ حيث توصلت فيه المحكمة الى ان القانون المصري هو المختص بشأن الشروط الموضوعية لانعقاد الزواج والآثار التي تترتب على هذا العقد (٤) .

محكمة التمييز المصرية اعتنقت هذا التخفيف حيث قضت في حكم لها بتاريخ ٦/فبراير/١٩٨٤ انه : " اذا كان من المقرر في قضاء هذه المحكمة ان التمسك بقانون اجنبي لا يعدو ان يكون مجرد واقعة يجب اقامة الدليل عليها وكان مرد هذا القضاء هو الاستجابة للاعتبارات العملية التي لا يتيسر معها للقاضي الامام باحكام هذا القانون فان مناط تطبيق هذه القاعدة ان يكون القانون الاجنبي غريبا عن القاضي يصعب عليه الوقوف على احكامه والوصول الى مصادره اما اذا كان القاضي يعلم بمضمونه او كان علمه به مفترضا فلا محل للتمسك بتطبيق القاعدة (٥) ."

(١) د. عكاشة محمد عبد العال \_ تنازع القوانين \_ مرجع سابق \_ ص ٣٧٣ \_ ٣٧٤.

(٢) د. عكاشة محمد عبد العال \_ المرجع نفسه \_ ص ٣٧٤ .

(٣) د. سامي بديع منصور \_ الوسيط في القانون الدولي الخاص \_ مرجع سابق \_ ص ٦٧٩ .

(٤) د. احمد ضاغن السمدان \_ نظرة حول موقف القضاء الكويتي من القانون الاجنبي \_ مرجع سابق \_ ص ٣٢.

(٥) د. هشام علي صادق \_ الموجز في القانون الدولي الخاص \_ مرجع سابق \_ ص ١٥١ .

اي ان هذا الحكم يمكّن القاضي من اثاره تطبيق القانون الاجنبي واثبات مضمونه اذا كان عالما به ويرى الاستاذ هشام علي صادق ان محكمة التمييز المصرية ألتقت على القاضي واجب اثبات مضمون القانون الاجنبي مادام من المستطاع الوصول الى مصادره فمثلا يستطيع القاضي العلم بذلك فيما لو كان القانون الذي استقى منه القانون الوطني احكامه مثل القانون الفرنسي والقانون السويسري في بعض الامور والوضع لا يختلف بالنسبة للقوانين التي يعرف انها استقت احكامها من القانون المصري ذاته كالقانون السوري والعراقي اما اذا كان القانون الاجنبي غريبا عن القاضي فيصعب عليه معرفته واثباته مما يقع عبء ذلك على عاتق الخصوم وتلك مسألة تخضع لرقابة محكمة النقض التي تقيّم علم القاضي بالقانون الاجنبي على معيار موضوعي يقاس بمسلك القاضي المجتهد في مثل ظروف وملابسات الدعوى<sup>(١)</sup> .

لقد انتقد الفقه الفرنسي الحديث موقف القضاء الفرنسي في شأن تخويل القاضي حق تطبيق القانون الاجنبي دون الزامه بذلك اذ ان هذا يؤدي الى تحكم القضاء الذي يصبح له ان يطبق او لا يطبق القانون الاجنبي وفق هواه او على حسب المعلومات المتوفرة لدى كل محكمة عن هذا القانون اوداك مما يؤدي الى تحايل الخصوم على قاعدة الاختصاص المحلية واختيار المحكمة التي سوف تحكم لصالحهم في الدعوى<sup>(٢)</sup> .

---

(١) د. هشام علي صادق \_الموجز في القانون الدولي الخاص \_ مرجع سابق \_ ص ١٥٣ .

(٢) د. هشام علي صادق \_ المرجع نفسه \_ ص ١٤٧ .

## المطلب الثاني

### كيفية اثبات الخصوم لمضمون القانون الاجنبي

ان اعتبار القانون الاجنبي مجرد واقعة يجعل عبء اثباته يقع على عاتق الخصوم الا في حالة ما اذا كان القاضي عالما بمضمونه، ويقصد بالاثبات هنا اقامة الدليل على محتوى القانون الاجنبي وبيان احكامه الحقيقية، والقانون الاجنبي يكون بحاجة للاثبات بالمعنى اللغوي وليس الاثبات القضائي ، فالقاضي في كشفه عن مضمون القانون الاجنبي انما يبحث عن الحقيقة الموضوعية وليس عن الحقيقة القضائية التي يعرفها الخصوم<sup>(١)</sup>.

وفي مجال اثبات القانون الاجنبي فان التشريع لم يحدد طرق معينة للاثبات الا ان القضاء لم يقف مكتوف اليدين امام هذا النقص حيث اعتمد على أصل واستثناء :

اما الاصل : فهو حرية الخصوم في اللجوء الى كافة طرق الاثبات دون تقييدهم بالطرق المنصوص عليها في القانون الداخلي لاثبات الوقائع دون ان يكون هناك ما يمنع من الاستئناس بهذه الطرق من اجل الكشف عن مضمون القانون الاجنبي .

والاستثناء : فهو استبعاد اليمين والاقرار من بين الوسائل الممكنة لاثبات مضمون القانون الاجنبي وتبرير ذلك انه "لا يجوز للقاضي ان يأخذ باعتراف الخصوم واتفاقهم على مضمون معين للقانون الاجنبي لأن من واجبه تطبيق القانون الاجنبي الكائن فعلا في الخارج لا ان يطبق قانونا وهميا فرضته عليه ارادة الخصوم او مصلحتهم في الدعوى"<sup>(٢)</sup> .

الا انه يحق للطرفين الاتفاق على استبعاد تطبيق القانون الاجنبي اذا كانت احكامه ليست من النظام العام بحسب القانون الوطني اي عندما يكون الحق موضوع المنازعة المتعلق به القانون الاجنبي مما يملك الاطراف حرية التصرف فيه ، وهذا ما جاءت به المادة (٣/٣٧٠) من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني والتي تنص على: " يحق للخصوم باتفاقهم الصريح وبشأن حقوق يملكون حرية التصرف فيها ان يقيدوا القاضي بوصف نقاط قانونية أرادوا حصر المناقشة فيها "<sup>(٣)</sup> .

وان كان اتفاق الاطراف هذا لا يلزم القاضي الا انه ليس ثمة ما يمنع من ان يعول عليه بوصفه قرينة بالاضافة الى عناصر الاثبات الاخرى .

ويمكن للخصوم في سبيل اثبات مضمون القانون الاجنبي عندما يكون عبء الاثبات واقعا على عاتقهم تقديم نصوص القانون الاجنبي نفسها او ترجمتها ، تقديم المؤلفات الفقهية او الاحكام القضائية التي يمكن ان يستخلص منها احكامه الحقيقية ، بالاضافة الى طرق الاثبات الاخرى ماعدا اليمين والاقرار<sup>(٤)</sup> .

وقد جرت العادة خاصة في فرنسا على اثبات الخصوم للقانون الاجنبي بواسطة الشهادة العرفية (الفرع الاول)، وبالرغم من الوسائل المتاحة للخصوم لاثبات مضمون القانون الاجنبي الا انه قد تعترضهم صعوبات تحول

(١) د. سعيد البستاني \_ الجامع في القانون الدولي الخاص \_ مرجع سابق \_ ص ٧١٠ \_ ٧١١

(٢) د. عكاشة محمد عبد العال \_ تنازع القوانين (دراسة مقارنة) \_ مرجع سابق \_ ص ٣٨٦ \_ ٣٨٧

(٣) د. عكاشة محمد عبد العال \_ المرجع نفسه \_ ص ٣٨٧

(٤) د. اعراب بلقاسم \_ القانون الدولي الخاص الجزائري \_ مرجع سابق \_ ص ١٤٩

دون ذلك فقد اختلف الفقه والقضاء في ذلك بشأن الحل الواجب الاتباع عند استحالة اثبات مضمون القانون الاجنبي (الفرع الثاني) .

## الفرع الاول

### الشهادة العرفية

يعود اصطلاح الشهادة العرفية الى ماحرى العمل به في فرنسا قديما قبل تقنين نابليون حيث كانت كل مدينة يحكمها عرف محلي خاص بها ، وكانت وسيلة اثبات هذه الاعراف امام المحاكم تتم عن طريق شهادة يحررها بعض المختصين في العلم بها (١) .

وقد جرى العمل في فرنسا على ان يطلب من الخصوم اثبات مضمون القانون الاجنبي بواسطة الشهادة العرفية (اولا) ولكن هذا لا يعني انها الوسيلة الوحيدة المستعملة من طرف الخصوم لاثبات مضمون القانون الاجنبي حيث يحق لهم اللجوء الى استعمال المستندات العامة المكتوبة في ذلك (ثانيا) .

#### اولا: مضمون الشهادة العرفية :

هذه الشهادة هي عبارة عن مستند مكتوب يصدر عن شخصية متخصصة محيطية علما باحكام القوانين الاجنبية، وبدقة تكون عالمة بالقانون الاجنبي موضوع الاثبات وغالبا ما تكون هذه الشهادة محررة بلغة دولة القاضي الذي يتم امامه اثبات القانون الاجنبي، وقد تصدر هذه الشهادة عن احدى الجهات الرسمية كالقنصلية او السفارة التابعة للدولة الاجنبية المطلوب منها اثبات مضمون قانونها (أ)، وقد تصدر عن شخصية عادية متخصصة في القانون الاجنبي (ب) (٢) .

#### أ\_ صدور الشهادة العرفية عن السفارة او القنصلية التابعة للدولة المراد اثبات قانونها :

ان اثبات القانون الاجنبي بواسطة شهادة عرفية رسمية محررة من القنصل امر بالغ الاهمية وذلك لان القنصل يعطي معلومات جد واسعة عن القانون الاجنبي ويشير الى النصوص الواجبة التطبيق مع ترجمتها ترجمة رسمية مدققة (٣) ، غير انه لا حاجة لترجمة هذه الشهادة إلا ان كانت صادرة عن جهة قنصلية تابعة لدولة غير عربية ، ومن المتعارف عليه دوليا ان القنصل عندما يصادق على شهادة عرفية تحمل مضمون القانون الاجنبي لا يشترط ان يذكر فيها ان هذا القانون هو الساري المفعول فيكفي ان يذكر ان هذه الشهادة مطابقة للاصل فقط .  
واذا كان القانون الاجنبي الوارد في الشهادة العرفية محل تعديل او إلغاء فان القنصل يشير الى ذلك صراحة عند مصادقته على هذا القانون اضافة لذلك لا يجوز التمسك بتعديل قانون اجنبي امام المحكمة العليا (٤) .  
اذا كان العمل يجري على ان تكون الشهادة الصادرة من هذه الجهات مصدقة وانما ذلك بقصد اضاء المصادقية عليها امام القاضي الوطني (٥) .

(١) د. نادية فضيل \_ تطبيق القانون الاجنبي امام القضاء الوطني \_ دار هومه \_ الجزائر \_ ٢٠٠٤ \_ ص ٦٨

(٢) د. عكاشة محمد عبد العال \_ تنازع القوانين (دراسة مقارنة) \_ مرجع سابق \_ ص ٣٨٩

(٣) ALEXANDERE DANIEL conflits de lois ,la loi étranger devant les tribunaux français ,Etablissement du contenu de la loi étrangère , op.cit,p11.

(٤) د. سامي بديع منصور \_ الوسيط في القانون الدولي الخاص \_ مرجع سابق \_ ص ٦٨١ .

(٥) د. عكاشة محمد عبد العال \_ المرجع نفسه \_ ص ٣٩٠ .

إن الطريقة المعتمدة في القضاء اللبناني عند اثبات مضمون القانون الاجنبي هي اثباته بواسطة القنصل وهذا ما اخذت به محكمة التمييز اللبنانية حيث أخذت بالبيئة المستمدة من القنصل العراقي في بيروت لاثبات مضمون القانون العراقي مقدرة في ذلك :

" إن محكمة الاستئناف باعتبارها ان القانون الاجنبي يشكل واقعة مادية يجوز اثباتها بجميع الطرق القانونية تكون قد احسنت تطبيق القانون ولا سيما المادة /١٣٤/ مدنية التي تجيز اقامة البيئة لدى المحاكم اللبنانية على مضمون كل قانون اجنبي كما انها بأخذها بالبيئة المستمدة من افادة القنصل العراقي في بيروت لاثبات مضمون القانون العراقي تكون قد استعملت سلطتها التقديرية في هذا السبيل وتقديرها هذا لا يقع تحت رقابة محكمة التمييز<sup>(١)</sup> ."

كما ان قضاء بعض الدول قد اشترط في الخصم المتمسك بتطبيق القانون الاجنبي اثبات مضمونه عن طريق ورقة او صورة رسمية والا رفض طلبه وهذا ما اخذت به محكمة التمييز الكويتية عندما رأت ان مجرد التمسك بالقانون الاجنبي او التمسك به وتقديم صورة غير رسمية عنه او تقرير خبير فيه لا يكفي لتطبيقه في المحاكم الكويتية بل يجب ان يصحب التمسك به تقديم صورة رسمية<sup>(٢)</sup> .

ويرى الاستاذ سامي بديع منصور انه اذا كانت المحاكم تفرض وثيقة رسمية مصدقة من المرجع المختص لاثبات قائلون الاجنبي الا ان ذلك لا يغير من مبدأ الاثبات الحر للقانون الاجنبي فطلب ابراز وثيقة رسمية مصدقة لا يعني اشتراط المصدر الرسمي للاثبات او اشتراط وسائل معينة لا يقبل الاثبات الا بها<sup>(٣)</sup> .

**ب\_ صدور الشهادة العرفية عن شخصية عادية متخصصة في القانون الاجنبي :** قد تصدر هذه الشهادة عن شخصية متخصصة كمحام او خبير او فقيها اجنبي او مواطن على دراية واطلاع بمضمون القانون الاجنبي ويختلف محتوى الافادة الموجودة على متن هذه الشهادة من دولة لاخرى فقد يقتصر الامر على مجرد ذكر نصوص القانون الاجنبي المراد اثباته او على تفسير نصوص القانون الاجنبي مع التمثيل بنماذج من احكام القضاء كما يشترط ومن الضروري ان تحتوي هذه الشهادة ليس فقط على مضمون القواعد المادية للقانون الاجنبي محل الاثبات وانما يجب ان تحوي ايضا لقواعد التنازع الموجودة في القانون الاجنبي لمعرفة ما اذا كان القاضي امام احالة ام لا<sup>(٤)</sup> .

ان اثبات القانون الاجنبي بالشهادة العرفية الصادرة من اشخاص متخصصين مسألة لا يرتاح اليها الفقه وينظر اليها بعين الشك والارتياب والتحفظ لانه يخشى ان يكون الشخص الذي حررها متحيزا للطرف الذي يطلب منه تحريرها وانه حتى ولو طلب الخصم تحريرها من طرف خبير فقد يكتم الخصم عن احدى الوقائع الجوهرية فتأتي الشهادة في النهاية محررة وفق مصالح هذا الخصم لذا رأت محكمة النقض الفرنسية ان اثبات القانون الاجنبي من طرف محام غير كاف في غياب ذكر نص القانون الاجنبي مع احكام القضاء<sup>(٥)</sup> .

(١) د. عكاشة محمد عبد العال \_ تنازع القوانين \_ مرجع سابق \_ ص ٣٨٩ .

(٢) د. احمد ضاغن السمدان \_ نظرة حول موقف القضاء الكويتي من القانون الاجنبي \_ مرجع سابق \_ ص ٢٩ \_ ٣٠ .

(٣) د. سامي بديع منصور \_ الوسيط في القانون الدولي الخاص \_ مرجع سابق \_ ص ٣٩١ .

(٤) د. عكاشة محمد عبد العال \_ المرجع نفسه \_ ص ٣٩١ .

(٥) د. عكاشة محمد عبد العال \_ المرجع نفسه \_ ص ٣٩٢ .

والجدير بالذكر أنه يمكن للقاضي في اطار سلطته التقديرية ان يستبعد هذه الشهادة ان قدر ان ما بها من قضاء يثبت مضمون القانون الاجنبي هو قضاء مهجور أو أن هناك ما يعارضه من قضاء أحدث او انه لم يورد بدقة عبارات الحكم الاجنبي وانما اوردها بطريقة مبتسرة او اضى عليه مضمونا ليس له او اذا قدر ان ما جاء في الشهادة لا يعدو ان يكون كلاما ليس له ما يسنده من احكام القضاء وآراء الفقهاء<sup>(١)</sup> .

تقترب الشهادة العرفية بوصفها سند مكتوب محرر من طرف خبير متخصص من الخبرة المكتوبة الا انها تختلف عنها حيث ان الشهادة العرفية تصدر بناء على طلب الخصوم عادة اما تقرير الخبير فيتم في فرنسا بناء على طلب المحكمة وبهذا تظهر مزايا الخبرة التي تتجنب عيوب الشهادة العرفية التي يعتبر محرروها مدفوعين بمصلحة عملائهم الخصوم فهم يقترحون الى المحامين اكثر منهم الى الخبراء المحايدين<sup>(٢)</sup> .

كما انه يجب على المحكمة ووفقا للقواعد العامة في قانون المرافعات تمكين الخصوم من مناقشة ما انتهى اليه الخبير في تقريره وابداء ملاحظتهم ويعتبر ذلك تطبيقا للمبدأ العام المقرر لوجوب احترام حقوق الدفاع اذ لا يجوز للقاضي ان يستند في حكمه على وقائع لم تكن محل مناقشة من الخصوم<sup>(٣)</sup> .

ويبقى لقاضي الدعوى السلطة التقديرية حول وسائل الاثبات المقدمة سواء كانت هذه الوسائل رسمية ام لا فله حق تقدير الخبرة المعروضة وله أن يرجح الشهادة الشفهية على الشهادة المكتوبة وله عند تعدد الشهادات المبرزة ان يعتمد على احداها وله ان يفضل الشهادة الصادرة عن مرجع خاص على الشهادة الصادرة عن مرجع رسمي فالشهادة رسمية او خاصة ليست هي المقصودة في هذا الصدد ، وانما مضمون هذه الشهادة في اطار الاثبات الحر في مادة القانون الاجنبي هو الذي يكون موضع اعتبار<sup>(٤)</sup> .

وفي مطلق الاحوال يبقى لمحاكم الاساس ان تقدر قيمة الوسائل المدلى بها وهذه مسألة تدخل في تقدير محكمة الموضوع المطلق الذي لا رقابة للمحكمة العليا عليه<sup>(٥)</sup> .

## ثانيا \_ المستندات العامة المكتوبة لاثبات القانون الاجنبي :

الشهادة العرفية ليست الوسيلة الوحيدة لاثبات مضمون القانون الاجنبي كما هو الحال في النظام الانكليزي الذي لا يقبل اثبات مضمون القانون الاجنبي إلا بالشهادة الشفوية المحررة من طرف الخبراء المتخصصين وانما يجوز للقاضي قبول اية وسيلة للعلم بالقانون الاجنبي وهذه الوسائل تتمثل في المستندات العامة المكتوبة فهي تتضمن معلومات تيسر للقاضي العلم باحكام القانون الاجنبي بصفة عامة واهم هذه المستندات تتمثل في ثلاثة عناصر<sup>(٦)</sup> ، هي نصوص القانون الاجنبي (أ) ، المؤلفات الفقهية(ب) ، الاحكام القضائية (ج) .

(١) د. عكاشة محمد عبد العال \_ تنازع القوانين \_ مرجع سابق \_ ص ٣٩٢ .

(٢) د. هشام علي صادق \_ مركز القانون الاجنبي امام القضاء الوطني \_ مرجع سابق \_ ص ٢٩٢ .

(٣) د. هشام علي صادق \_ المرجع نفسه \_ ص ٢٩٣ .

(٤) د. عكاشة محمد عبد العال \_ المرجع نفسه \_ ص ٢٩٣ .

(٥) د. سامي بديع منصور \_ الوسيط في القانون الدولي الخاص \_ مرجع سابق \_ ص ٦٨٤ .

(٦) ALEXANDRE DANIEL, Conflits de lois, la loi étrangère devant les tribunaux français , Etablissement du

contenu de la loi étrangère , op.cit , p 13 .

أ\_ **نصوص القانون الاجنبي** : اقر القضاء الفرنسي و المصري اثبات مضمون القانون الاجنبي عن طريق تقديم نصوص القانون الاجنبي نفسها او ترجمتها وان كان من الافضل ان تستلزم المحكمة ان تكون الترجمة واردة بصفة رسمية وهذا ما جاء في نص المادة (١/٧٩) من قانون اصول المحاكمات المدنية الاردني رقم /٦٤/ لعام /١٩٨٨/ (١).

وكما كانت هذه النصوص او ترجمتها صادرة عن هيئة متخصصة او منشورة في مؤلف علمي معتمد كلما ازدادت مصداقيتها في الاثبات الا ان هذا ليس شرطا لازما في الاثبات حيث ان للقاضي دائما السلطة التقديرية في الأخذ او عدم الأخذ بها (٢).

ب\_ **المؤلفات الفقهية** : يتجه بعض الفقه والقضاء في القانون المقارن الى إمكانية أخذ القاضي بالمؤلفات الفقهية والمراجع التي يقدمها الخصوم في الدعوى من اجل اثبات مضمون القانون الاجنبي والتي تحتوي على شرح وتفسير لهذا القانون (٣) ، وتطبيقا لذلك استندت المحكمة الشرعية الجعفرية العليا في لبنان على اطروحة مؤلفة باللغة الفرنسية سنة /١٩٣٦/ لنيل شهادة الدكتوراة لاثبات مضمون قانون الاحوال الشخصية في ايران وتحديد طبيعته (٤).

وقد اخذت محكمة النقض الفرنسية بهذا الحل في حكم صادر عنها في ٢٦/نيسان/١٩٥٠ حيث نقضت القرار الصادر عن محكمة الموضوع التي طبقت القانون الفرنسي رغم ان القانون المختص هو القانون الامريكي فلقد رفضت محكمة الموضوع الاستناد الى مؤلف فقهي في القانون الامريكي الذي قدمه احد الخصوم كدليل وحيد لاثبات مضمون القانون الاجنبي المختص بموجب قواعد الاسناد بحجة ان المدعي لم يقدم اي مستند لاثبات مضمون القانون الاجنبي وبصفة خاصة لم يقدم نص القانون الاجنبي الذي تمسك بتطبيقه او شهادة رسمية صادرة عن السلطة المختصة فنقضت محكمة النقض الفرنسية هذا الحكم لان محكمة الموضوع لم تتعرض في حكمها لبيان قيمة الدليل الذي قدمه الخصوم وعليه فان الحكم مشوب بقصور التسبيب لانه رفض المؤلف الفقهي كدليل لاثبات القانون الاجنبي دون ان يبرر اسباب هذا الرفض (٥).

فبالرغم من أن القاضي له مطلق السلطة في الأخذ بالدليل من عدمه إلا انه يجب عليه في حالة رفضه الأخذ بالدليل المقدم اليه لاثبات مضمون القانون الاجنبي أن يوضح اسباب العدول أي تسبيب حكمه (٦).

(١) د. محمد وليد المصري \_ الوجيز في القانون الدولي الخاص \_ مرجع سابق \_ ص ٢٥٨ .

(٢) د. عكاشة محمد عبد العال \_ تنازع القوانين \_ مرجع سابق \_ ص ٣٩٤ .

(٣) د. عكاشة محمد عبد العال \_ المرجع نفسه \_ ص ٣٩٤ \_ ٣٩٥ .

(٤) د. سامي بديع منصور \_ الوسيط في القانون الدولي الخاص \_ مرجع سابق \_ ص ٦٨٢ .

(٥) د. هشام علي صادق \_ مركز القانون الاجنبي امام القضاء الوطني \_ مرجع سابق \_ ص ٢٩٨\_٢٩٩ .

(٦) PIERRE MAYER, Droit international prive , DELTA , LIBON , 5 eme , édition , 1994 , p 134 .

**ج\_ الاحكام القضائية :** يمكن للخصوم الاستناد الى الاحكام القضائية الصادرة عن القضاء للكشف عن مضمون القانون الاجنبي فقضاء الموضوع يمكنهم الاستعانة بالاحكام القضائية الصادرة في منازعات مماثلة لتلك المطروحة امام القضاء الوطني، ويستوي في ذلك ان تكون هذه الاحكام صادرة عن القضاء الوطني تطبيقاً لقانون اجنبي معين او عن القضاء الاجنبي في دولة القانون الاجنبي موضوع الاثبات ، او عن قضاء دولة اجنبية اخرى كأن يستعين القاضي السوري مثلاً بحكم صادر عن القاضي الفرنسي متضمناً اثباتاً لمضمون القانون الالمانى بخصوص نزاع معين<sup>(١)</sup> .

فلا يجوز للقاضي الاعتراض وعدم الأخذ بالاحكام القضائية لاثبات مضمون القانون الاجنبي بحجة تعديل القانون الاجنبي في الفترة اللاحقة لصدور الحكم الاول فالإستناد الى حكم سابق لا يعد خطأ فيكفي فقط ان يتحرى عن صحة المعلومات الواردة فيه<sup>(٢)</sup> .

ان الاستناد الى الاحكام القضائية السابقة يؤدي الى خطورة تشويه القانون الاجنبي وهذا التشويه ينجم من خلال احتمال عدم تطابق الواقعة محل النزاع في الحكم السابق مع الواقعة المعروضة امام القاضي كما ان المحكمة تضطر دائماً لتفسير الحكم السابق الذي سبق له ان فسر بدوره القانون الاجنبي مما يجعل هذا الحكم محلاً للتفسير على مستويين وهذا كله يؤدي الى تشويه القانون الاجنبي<sup>(٣)</sup> .

ورغم هذه الخطورة ليس هناك ما يمنع من استناد القاضي الى الاحكام القضائية وتفادياً لهذه الخطورة يعتمد القاضي على الاحكام القضائية السابقة بحسب الظروف والملابسات التي تعاصر كل حالة على حدة . ويبقى ان نشير في خلاصة هذا الفرع على ان كل الوسائل المقدمة تخضع لتقدير القاضي ويستعين بها على سبيل الاستدلال سواء كانت صادرة من جهة رسمية ام لا إلا انه يجب على القاضي ان يتقيد بمجموعة من الاحكام<sup>(٤)</sup> :

- ١\_ ان يضمن القاضي حكمه الوسائل التي اعتمد عليها في اثبات مضمون القانون الاجنبي والا أمكن الطعن في الحكم على اساس القصور في التسبيب .
- ٢\_ اذا استبعد القاضي الاخذ بالدليل المقدم اليه من قبل الخصوم فيجب عليه ان يسبب ذلك والا تعرض حكمه للنقض لقصور التسبيب كذلك .
- ٣\_ اذا قدمت له شهادتان او رأيان لخبيرين بشأن اثبات قانون اجنبي وكان التعارض بين الشهادتين او الرأيين ظاهراً فللقاضي ان يستبعد ما لا يطمئن اليه ويأخذ ما يراه سليماً على ان يبين سبب الاستبعاد .

(١) د. عكاشة محمد عبد العال \_ تنازع القوانين \_ مرجع سابق \_ ص ٣٩٦ .

(٢) د. هشام علي صادق \_ مركز القانون الاجنبي امام القضاء الوطني \_ مرجع سابق \_ ص ٣٠٠ .

(٣) د. هشام علي صادق \_ نفسه \_ ص ٣٠٠\_٣٠١ .

(٤) د. عكاشة محمد عبد العال \_ المرجع نفسه \_ ص ٣٩٧ .



## الفرع الثاني

### الحل الواجب الاتباع عند استحالة اثبات مضمون القانون الاجنبي

قد يستحيل على الخصوم اثبات مضمون القانون الاجنبي بسبب الصعوبات التي تحول دون ذلك اي استحالة اثباته ماديا ، ويقصد بالاستحالة المادية : " استبعاد تطبيق القانون الاجنبي لتعذر الكشف عن مضمونه الذي يأتي بفعل عامل واقعي وهذا عكس الاستحالة القانونية التي تمنع تطبيق القانون الاجنبي باسم فكرة النظام العام وعدم الاعتراف والقبول بمضمون هذا القانون (١) ، بعد استفاد كل الوسائل ، ان هذه الاستحالة ولدت مجموعة من الآراء الفقهية محاولين إيجاد حل للنزاع المطروح فاختلّفوا في ذلك عن الحل المتبع عند استحالة اثبات مضمون القانون الاجنبي فمنهم من رأى ان على القاضي رفض الطلب (اولا) ، والبعض الآخر يرى تطبيق القانون الاقرب في احكامه للقانون المختص (ثانيا) والبعض الآخر فيرى تطبيق قانون القاضي (ثالثا) .

**اولا \_ رفض الدعوى او الطلب :** هذه النظرية تقول انه يتعين على القاضي رفض طلبات المدعي عند استحالة التوصل الى اثبات مضمون القانون الاجنبي فالدعوى تنهار لانها مبنية عليه وجودا وعندما (٢) . ولقد اخذ بهذا الحل القضاء الانكليزي في قضية (WALTON) وتتلخص وقائع هذه القضية ان مواطنا امريكيا يدعى والتون اصيب بحادث مرور على اثر تصادم سيارته مع احدى عربات النقل التابعة لشركة اميركية (آرامكو) في المملكة العربية السعودية كان يقودها مهندسان اميركيان فرفع ضدها دعوى تعويض امام محكمة نيويورك وفي المراحل الاولى للدعوى لم يتمسك الخصوم بتطبيق القانون السعودي باعتباره قانون محل وقوع الفعل الضار ولكن القاضي الامريكي اثار من تلقاء نفسه مسألة تنازع القوانين وتطبيق القانون السعودي المختص غير انه لما كان يجهل مضمونه طلب من السيد والتون اثباته فعجز عن ذلك وتمسك بدفوع واهية ومنها انه لا يوجد قانون هناك فقررت المحكمة رفض الطلب لعدم تمكن المدعي من اثبات مضمون القانون الاجنبي المختص وتم تأييد هذا الحكم استئنافا (٣) .

وفي هذا الخصوص يتجه القضاء الفرنسي حديثا والذي يلقي عبء اثبات مضمون القانون الاجنبي على عاتق الطرف الذي يتمسك بتطبيقه الى التفرقة بين وضعين هما :

١ \_ حالة تعمد وتقاعس الخصم عن اثبات مضمون القانون الاجنبي سواء عن سوء نية او بسبب اهمال على الرغم من قيام القاضي بتكليفه بذلك ففي هذه الحالة يقوم القاضي برد طلبه (٤) .

والقضاء اللبناني يرى كذلك امكانية رد طلب المدعي في حالة ما اذا تقاعس الخصم عن عمد في البحث عن مضمون القانون الاجنبي المختص بموجب قاعدة الاسناد الوطنية في مسألة تتعلق بالنظام العام ولا يجوز للافراد التصرف فيها اذ ان هذا التقاعس يهدف من وراءه المدعي الى تطبيق القانون اللبناني دون ان يقيم دليل

(١) د. سعيد البستاني \_ القانون الدولي الخاص ، تطور وتعدد طرق حل النزاعات الخاصة الدولية \_ منشورات الحلبي \_ بيروت \_ ٢٠٠٢ \_ ص ٦١٧ .

(٢) د. محمد وليد المصري \_ الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص \_ مرجع سابق \_ ص ٢٥٩ .

(٣) د. محمد وليد المصري \_ مدى تلازم النظرة الالزامية الى قاعدة الاسناد والقانون الاجنبي امام القاضي الوطني \_ مجلة الشريعة والقانون \_ العددان الخامس والثلاثين \_ ٢٠٠٨ \_ ص ٢٥٤ .

(٤) د. اعراب بلقاسم \_ القانون الدولي الخاص الجزائري \_ مرجع سابق \_ ص ١٥٢ هامش /٣/ .

على استحالة اثباته لمضمون القانون الاجنبي وهذا ينطوي على غش نحو القانون وهذا ما يجب منعه<sup>(١)</sup>.

٢\_ حالة عجز الخصم فعلا عن اثبات مضمون القانون الاجنبي فان القاضي يكون امام عذر مبرر ادى الى عدم اثبات مضمون القانون الاجنبي لذا يجب سد الفراغ المترتب عن هذه الاستحالة بتطبيق قانون القاضي<sup>(٢)</sup>.

وللقاضي سلطة رفض الطلب او الدعوى في الحالات التي يرجع فيها عدم اثبات مضمون القانون الاجنبي الى تقاعس او سوء نية المدعي الذي يقع عليه عبء ذلك بشرط تسبب حكمه والا كان محلا للنقض<sup>(٣)</sup>.

ان نظرية رفض الدعوى او الطلب عند تعذر الكشف عن مضمون القانون الاجنبي تؤكد مرة اخرى ان القانون الاجنبي يعتبر عنصر من عناصر الواقع فالقاضي يرفض طلبات المدعي كلما عجز هذا الاخير عن اثبات الوقائع المؤيدة لدعواه . هذه النظرية واجهت نقدا من الفقه الامريكي حيث ان توقف القاضي عن الفصل في النزاع ورفض الدعوى بحجة عدم تمكن الخصم من اثبات مضمون القانون الاجنبي يؤدي به الى انكار العدالة<sup>(٤)</sup>، وهو امر غير مقبول في قواعد المرافعات فالقاضي دائما ملزم بالفصل في النزاع بتطبيق القانون المختص وليس له ان يتوقف عن الفصل في النزاع بل يجب عليه الفصل في الدعوى المطروحة امامه ففي المنازعات الداخلية وعند غياب اي قاعدة قانونية واجبة التطبيق فهو يطبق القواعد العامة او المبادئ المستقرة فاذا كان الامر كذلك في المنازعات الداخلية فهو واجب الاتباع من باب اولى في المنازعات الدولية حيث يزداد احتمال تعذر اثبات مضمون القانون الاجنبي المختص بموجب قاعدة الاسناد فيثار التساؤل هنا عن الحدود التي يجوز للقاضي التصرف فيها لانتهاء النزاع عند استحالة التوصل الى اثبات مضمون القانون الاجنبي وهذا ما اجاب عنه الفقه حيث رأى امكانية تطبيق القانون الاقرب في احكامه للقانون المختص والبعض الآخر يرى تطبيق قانون القاضي<sup>(٥)</sup>.

**ثانيا \_ تطبيق القانون الاقرب في احكامه الى القانون الذي تعذر اثباته :** يتعين على قاضي الموضوع ان يعمل القانون الاقرب في احكامه الى القانون المختص اصلا بحكم العلاقة والتي يتعذر اثباته ويتحدد القانون الاقرب بطريقتين :

١\_ اما ان يؤخذ بالقانون الاكثر اتصالا بالعلاقة محل النزاع وهو القانون الذي يأتي بالدرجة الثانية بعد القانون المختص الذي تعذر اثباته كأن يطبق قانون محل الإقامة عند استحالة اثبات قانون الموطن واحلال قانون موطن الشخص بشأن اهلية الاشخاص محل قانون الجنسية وهكذا يمكن ان يلجأ القاضي الى بديل آخر<sup>(٦)</sup>.

هذا الاتجاه طبقه القضاء الالمانى وما يزال له انصار عديدة من الفقه وهو اتجاه يجد ارضا خصبة للنجاح كلما تقدمت الدراسات للمقارنة وميد زته انه يرمى الى تطبيق قانون قريب في احكامه من القانون المختص اصلا الذي تعذر اثباته<sup>(٧)</sup>.

(١) د. عكاشة محمد عبد العال \_ تنازع القوانين \_ مرجع سابق \_ ص ٤٣١ .

(٢) د. محمد وليد المصري \_ الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص \_ مرجع سابق \_ ص ٢٦٠ .

(٣) د. عكاشة محمد عبد العال \_ المرجع نفسه \_ ص ٤٣٢ .

(٤) د. هشام علي صادق \_ الموجز في القانون الدولي الخاص \_ مرجع سابق \_ ص ١٥٨ \_ ١٥٩ .

(٥) د. هشام علي صادق \_ د. حفيظة السيد حداد \_ دروس في القانون الدولي الخاص \_ مرجع سابق \_ ص ١٧٤ \_ ١٧٥ .

(٦) د. محمد وليد المصري \_ الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص \_ مرجع سابق \_ ص ٢٦٠ .

(٧) د. عكاشة محمد عبد العال \_ المرجع نفسه \_ ص ٤٣٣ \_ ٤٣٤ .

٢\_ او تطبيق القانون الذي يفترض فيه انه قريب في احكامه من القانون الذي تعذر اثباته بحكم انهما ينتميان نفس العائلة او بفعل التأثير المتبادل بينهما<sup>(١)</sup> .

ومثال ذلك احلال القانون الامريكي محل القانون الانكليزي المختص باعتباره من نفس العائلة القانونية . هذا الرأي يتميز في محاولته ان يتماشى قدر المستطاع مع حكمة التشريع في تطبيق القانون الاقرب في احكامه الى القانون المختص بحكم النزاع<sup>(٢)</sup> .

ان هذا الاتجاه يصطدم بصعوبات عملية تحول دون اعماله فمسألة تحديد القانون الاقرب هي مسألة صعبة ومعقدة اذ انه من المستحيل التأكد من مدى التقارب بين التشريعات المختلفة فالمرجع غالباً ما يستوحي احكام قواعده القانونية من عدة قوانين مختلفة بحيث لا يمكن القطع بالقانون الاقرب الى احكام القانون الذي استحال الكشف عن مضمونه<sup>(٣)</sup> .

**ثالثاً \_ تطبيق قانون القاضي :** في حالة عجز الخصوم عن اثبات مضمون القانون الاجنبي فعلى القاضي

تطبيق قانونه بدل القانون المختص ، لكن اصحاب هذا الاتجاه اختلفوا فيما بينهم حول اساس تطبيقه :  
- فيقول البعض ان تطبيق قانون القاضي يقوم على اساس افتراض التمثال بينه وبين القانون الاجنبي المختص ، وهذا ما اخذ به القضاء الانكليزي حيث انه يطبق على النزاع مباشرة القانون الانكليزي على اساس تطابق احكامه مع احكام القانون الاجنبي المختص وعلى من يدعي عكس ذلك عليه ان يقيم الدليل فكأن القانون الوطني لا يطبق من الوجهة النظرية بصفته هذه بل باعتباره قانوناً اجنبياً<sup>(٤)</sup> ، الا ان هذا الرأي كان محلاً للنقد على نحو ما ذكرنا سابقاً .

اما البعض الآخر فيرى ان تطبيق قانون القاضي يكون على اساس الاختصاص العام لكافة علاقات القانون الدولي الخاص او على اساس الاختصاص الاحتياطي لقانون القاضي<sup>(٥)</sup> ، وكلا هذين الاساسين كانا محلاً للنقد وان كان الاخير هو الاحسن .

لقد انتقد الاختصاص العام على ان طبيعة العلاقات الدولية تتنافى مع القول بالولاية العامة لقانون القاضي فالاصل هو تطبيق القانون المختص الذي تشير باختصاصه قواعد الاسناد ، كما انتقد الاختصاص الاحتياطي على ان قاعدة الاسناد لما تعقد الاختصاص لقانون معين فقد نفتت في نفس الوقت اختصاص قانون اخر ولا مجال في ذلك لافتراض ان قاعدة الاسناد قد احتفظت لقانون القاضي باختصاص احتياطي<sup>(٦)</sup> .

- اما القضاء الفرنسي فقد اتجه اتجاهاً عملياً بشأن هذه المسألة ، فقد نصت بعض احكام محكمة النقض الفرنسية برفض طلبات الخصم الذي يقع عليه عبء اثبات مضمون القانون الاجنبي وعجز عن ذلك ، وهذا ما صدر عنها في قرار ( لوتور ) السابق ذكره ، وقد فسر بعض الفقه هذا الموقف لمحكمة النقض الفرنسية بكون

(١) د. اعراب بلقاسم \_ القانون الدولي الخاص الجزائري \_ مرجع سابق \_ ص ١٥٠ .

(٢) د. هشام علي صادق \_ د. حفيظة السيد حداد \_ دروس في القانون الدولي الخاص \_ مرجع سابق \_ ص ١٦٠ .

(٣) د. هشام علي صادق \_ د. حفيظة السيد حداد \_ المرجع نفسه \_ ص ١٦٠ .

(٤) د. سعيد البستاني \_ الجامع في القانون الدولي الخاص \_ مرجع سابق \_ ص ٢٣٠ .

(٥) د. محمد وليد المصري \_ الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص \_ مرجع سابق \_ ص ٢٦١ .

(٦) د. اعراب بلقاسم - القانون الدولي الخاص الجزائري - مرجع سابق - ١٥٢ .

الخصم الذي يقع عليه عبء اثبات مضمون القانون الاجنبي لم يحم بالجهود الكافي في البحث عنه <sup>(١)</sup> .

غير ان هذا المبدأ لم يطبق الا في حالات نادرة فقد نصت محكمة النقض الفرنسية بتطبيق قانون القاضي اي القانون الفرنسي في احكام اخرى لذا يرى جانب من للفقهاء ان قانون القاضي لا يطبق الا في الحالات التي يعجز الخصم فيها عن اثبات مضمون القانون الاجنبي رغم كل الجهود التي بذلها <sup>(٢)</sup> .

فتطبيق قانون القاضي على اساس الاختصاص الاحتياطي لهذا الاخير هو المبدأ الغالب في فرنسا وقد ذهبت غالبية التشريعات الى النص صراحة على تطبيق قانون القاضي عند استحالة اثبات مضمون القانون الاجنبي وهذا ما كرسه المشرع التركي مادة /٧٦/ اصول مدنية والقانون السويسري لعام /١٩٨٧/ مادة /١٦/ والقانون النمساوي والقانون العراقي مادة /٢٩/ مدني <sup>(٣)</sup> .

وقد اخذ بهذا الحل المشرع الجزائري في المادة /٢٣/ مكرر من القانون المدني الجزائري <sup>(٤)</sup> .

وكذلك المشرع اللبناني في المادة (٢/١٤٢) اصول مدنية والتي تنص : " اذا تعذر اثبات مضمون القانون الاجنبي فعلى القاضي ان يحكم وفقا للقانون اللبناني <sup>(٥)</sup> " .

اما القضاء المصري ففي مشروع القانون المدني المصري والمادة /٢٤/ منه كانت تنص على انه :

" في جميع الحالات التي يتقرر فيها ان قانونا اجنبيا هو الواجب التطبيق يطبق القانون المصري اذا كان وجود القانون الاجنبي او مدلوله غير ممكن اثباته " ، الا ان هذا النص لم يظهر في التقنين <sup>(٦)</sup> .

ومن جانب آخر فان الفقه المصري لم يعالج مشكلة استحالة التوصل الى اثبات القانون الاجنبي لانه افترض علم القاضي به ولكن يمكن للقاضي كذلك ان يستحيل عليه ذلك مما يقتضي ايجاد حل لهذا الاشكال لذا ذهب الفقه المصري الحديث الى تطبيق قانون القاضي على النزاع على اساس الاختصاص الاحتياطي لقانون القاضي <sup>(٧)</sup> .

وكذلك اخذ به القانون الدولي الخاص التونسي في المادة /٣٢/ من مجلة القانون الدولي الخاص <sup>(٨)</sup> .

ان الهدف من قاعدة الاسناد الوطنية هي تحديد القانون المختص بحكم النزاع غير انه في حالة تعذر اثبات مضمون هذا الاخير لا يجب تطبيق قانون القاضي مباشرة وانما يعتبر هذا حلا بعد استفاد الاتجاهات اللاتينية<sup>(٩)</sup> :

أ\_ تطبيق القانون الأقرب في احكامه الى القانون الذي تعذر الكشف عنه .

ب\_ البحث عن اكثر القوانين ارتباطا بالمسألة بعد القانون الذي تعذر تطبيقه .

ج\_ البحث في القانون الذي يتعين تطبيقه بمقتضى قاعدة الاسناد الاحتياطية في قانون القاضي مثل تطبيق قانون الموطن محل قانون الجنسية .

(١) د. اعراب بلقاسم \_ القانون الدولي الخاص الجزائري \_ المرجع نفسه \_ ص ١٥٢ \_ ١٥٣ .

(٢) د. اعراب بلقاسم \_ المرجع نفسه \_ ص ١٥٣ .

(٣) د. محمد وليد المصري \_ الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص \_ مرجع سابق \_ ص ٢٦٢ .

(٤) تنص المادة /٢٣/ مكرر من القانون المدني الجزائري " يطبق القانون الجزائري اذا تعذر اثبات القانون الاجنبي الواجب تطبيقه " .

(٥) د. عكاشة محمد عبد العال \_ تنازع القوانين \_ مرجع سابق \_ ص ٤٣٨ .

(٦) د. عز الدين عبد الله \_ القانون الدولي الخاص \_ مرجع سابق \_ ص ٥٩٢ \_ ٥٩٣ .

(٧) د. هشام علي صادق \_ د. حفيظة السيد حداد \_ دروس في القانون الدولي الخاص \_ مرجع سابق \_ ص ١٧٦ \_ ١٧٧ .

(٨) تنص المادة /٣٢/ من القانون الدولي الخاص التونسي " وان تعذر اثبات محتوى القانون الاجنبي فانه يقع العمل بالقانون التونسي " .

(٩) د. عكاشة محمد عبد العال \_ المرجع نفسه \_ ص ٤٣٩ \_ ٤٤٠ .

الغالب ان القاضي يتوصل الى مضمون القانون الاجنبي الذي تعذر اثباته من القانون الاكثر اقترابا الى طبيعة العلاقة وقد يكون قانون القاضي نفسه كما ان تطبيق قانون القاضي قد لا يكون اصلح القوانين لحكم العلاقة محل النزاع ولايضاح ذلك نضرب مثلين :

١\_ قد لا تكون الصلة بين العلاقة وقانون القاضي من القوة التي تؤهل هذا القانون للانطباق<sup>(١)</sup> :

كأن يبرم عقد دولي بين الماني وسويدي ويتم تنفيذ هذا العقد في البلدين معا فقد يحدث ان يترافع الاطراف امام القضاء الفرنسي وتوصل هذا الاخير الى ان القانون السويدي هو المختص فلم يفلح الخصوم في اثبات مضمونه فتطبيق القانون الفرنسي هنا بما له من اختصاص احتياطي يفتقد الى سند يبرره فالعقد مرتبط ايضا بالقانون الالمانى فالغاية من قاعدة الاسناد في العقود الدولية ترمي الى اعمال القانون الالمانى لا الفرنسي الذي لا يمكن تطبيقه الا بعد تعذر اثبات مضمون القانون الالمانى .

٢\_ قد لا يكون قانون القاضي ملائما لحكم العلاقة<sup>(٢)</sup> : فتطبيق قانون القاضي لا بد ان يكون له صلة بالنزاع المطروح امامه لاحتمال ان تطبيقه يؤدي الى نتائج غير مقبولة لعدم وجود صلة بينه وبين وقائع الدعوى ومثال ذلك الحادث الواقع بين سيارتين في السويد والذي التجأ الخصم على اثره الى المحاكم الفرنسية للفصل في النزاع اذ لو تعذر على الخصوم الكشف عن احكام القانون السويدي المختص باعتباره مكان وقوع الفعل الضار وطبق القاضي قانونه فقد يترتب على ذلك اعتبار قائد السيارة الذي كان يسير على يسار الطريق مخطئ في حين ان العكس تماما هو الصحيح لان لوائح المرور في السويد كانت تفرض السير خلافا لما عليه الحال في فرنسا ومعظم دول العالم<sup>(٣)</sup> . ومهما يكن في تطبيق القانون الاقرب الى النزاع او تطبيق قانون القاضي يتنافى مع الراي القائل بان القانون الاجنبي مجرد واقعة فلو كان ذلك صحيحا لترتب على فشل الخصوم في اثبات مضمون القانون الاجنبي رفض الطلب كما هو الحال في اثبات الوقائع<sup>(٤)</sup> .

فالمنطق يجيز اللجوء الى قانون القاضي كآخر حل وما تجدر الاشارة اليه انه في حالة تعذر اثبات مضمون القانون الاجنبي يتعين على القاضي تسببب حكمه تسبببيا كافيا كأن يشير الى عدم كفاية الدليل او عدم وجوده لاثبات مضمون القانون الاجنبي وتطبيق قانون القاضي محله ويخضع هذا التسببب لرقابة المحكمة العليا وهذا ما اخذ به القضاء الفرنسي<sup>(٥)</sup> .

(١) د. عكاشة محمد عبد العال\_ تنازع القوانين (دراسة مقارنة) \_ مرجع سابق \_ ص ٤٤١ .

(٢) د. عكاشة محمد عبد العال\_ المرجع نفسه \_ ص ٤٤٢ .

(٣) د. هشام علي صادق \_ د. حفيظة السيد حداد \_ دروس في القانون الدولي الخاص \_ مرجع سابق \_ ص ١٧٨ .

(٤) د. هشام علي صادق \_ د. حفيظة السيد حداد \_ المرجع نفسه \_ ص ١٧٩ .

(٥) FAUVARQUE \_ COSSON (BENEDICTE), " Conflits de lois, le juge français et droit étrangère " , RECEUIL

DE DALLOZ , N8 , 24 FEVRIER , 2000 , P 128 .

## المبحث الثاني

### اثر اعتبار القانون الاجنبي مسألة واقع على تفسيره

يقوم القاضي الوطني بتفسير القانون الاجنبي المختص بعد ان يتم اثبات الخصوم لمضمونه كي يطبقه على النزاع ، ويقصد بالتفسير هنا : تحديد معنى النص الذي تتضمنه القاعدة القانونية وتحديد نطاقه وشروط تطبيقه وحقيقة المراد به وذلك بالكشف عن حدود الفرض الذي تناوله النص والكشف عن مضمون الحكم المقرر لهذا الفرض في لفظ النص وفحواه حتى يمكن مطابقته على الظروف الواقعية التي تثار بصدد تطبيق هذه القاعدة<sup>(١)</sup> تعرض الحاجة الى التفسير بمناسبة تطبيق اي قاعدة قانونية ايا كان مصدرها وان كان المجال الغالب هو التشريع غير ان الدول قد اختلفت فيما بينها في كيفية تفسير القانون الاجنبي (المطلب الاول) او فيما يتعلق بالامر المترتب على اعتبار القانون الاجنبي مسألة واقع فانه يكمن في مدى بسط محكمة النقض رقابتها على التفسير المعتمد من طرف قضاة الموضوع للقانون الاجنبي (المطلب الثاني) .

---

(١) د. سامي بديع منصور \_ الوسيط في القانون الدولي الخاص \_ مرجع سابق \_ ص ٦٨٤ .

## المطلب الاول

### كيفية تفسير القانون الاجنبي

تفسير القانون الاجنبي يعني تفسير قواعده واحتراما لقاعدة الاسناد التي اشارت بتطبيق القانون الاجنبي يتعين على القاضي تطبيق هذا القانون بنفس الطريقة التي يطبق بها امام محاكم الدولة المشرعة له والقول بغير ذلك يعني انحرافا بقاعدة الاسناد عن هدفها واعطاء القانون الاجنبي معنى ليس له مما قد يؤدي الى تشويبه لذا يجب على القاضي التقيد بالتفسير القضائي السائد في الدولة التي صدر فيها (الفرع الاول) غير ان هناك فروض تعترض امام القاضي عند تفسيره القانون الاجنبي مما قد يؤدي الى امتلاكه قدرا من الحرية اي اعطائه حرية نسبية في تفسير النصوص الاجنبية المختصة وهذا ما يعرف بالدور الايجابي للقاضي الوطني في تفسير القانون الاجنبي (الفرع الثاني) .

### الفرع الاول

#### تقيد القاضي الوطني بالتفسير القضائي السائد في دولة القانون الاجنبي

يرى الفقه الغالب بان القاضي الوطني يتقيد في تفسيره للقانون الاجنبي بالتفسير السائد في الدولة التي صدر فيها فحكمة التشريع تقضي بتقيد القاضي بالحلول القضائية المستقرة في الدولة التي يطبق قانونها حتى ولو لم يكن القضاء هناك مصدرا رسميا لقواعد القانون<sup>(١)</sup>، فالمشرع عندما ينص في قواعد الاسناد الوطنية على تطبيق قانون اجنبي يريد بذلك حقيقة اتباع نفس الحلول القانونية السائدة في دولة هذا القانون لان القاعدة القانونية لا تعني النص القانوني وحده فقط وانما تتضمن مبادئ واتجاهات وتفسيرات خاصة بها ولا بد من الرجوع اليها ككل<sup>(٢)</sup>، لذلك فمن الضروري التقيد في تفسير القانون الاجنبي سواء في الدول التي تنتظر اليه كمجرد واقعة ام قانون فانه يتوجب على القاضي اتباع اسلوب التفسير المطبق امام محاكم الدول التي ينسب اليها هذا القانون لا اسلوب التفسير الذي تاخذ به المحاكم الوطنية ومعنى ذلك انه يتوجب على القاضي الوطني تطبيق القانون الاجنبي كما هو مطبق في بلاده الاصلية آخذا بعين الاعتبار ليس فقط نصوص قوانينها وانما ايضا ما استقر عليه قضاؤها<sup>(٣)</sup> هذا الحل اخذ به الفقه اللبناني والقضاء المصري كما اكد القضاء الفرنسي في كثير من احكامه بانه على القاضي الوطني ان يحترم تفسير القضاء الاجنبي لنصوص قانونه<sup>(٤)</sup>.

كما اخذ به القانون الدولي الخاص التونسي فنص: " يطبق القاضي القانون الاجنبي كما وقع تأويله في النظام القانوني المنتمي اليه"<sup>(٥)</sup>.

يرى الاستاذ باتيفول ان ما استقر عليه القضاء الفرنسي في شأن التقيد بالحلول القضائية السائدة في الخارج عند تفسير القانون الاجنبي يعد دلالة على ان هذا القانون يعتبر بحكم الواقع او انه يعامل على الاقل معاملة

(١) د. هشام علي صادق \_ الموجز في القانون الدولي الخاص \_ مرجع سابق \_ ص ١٦٣ .

(٢) د. ممدوح عبد الكريم حافظ \_ القانون الدولي الخاص وفق القانون العراقي والمقارن \_ بغداد \_ ١٩٧٧ \_ ص ٣٥٣ .

(٣) د. سعيد البستاني \_ الجامع في القانون الدولي الخاص \_ مرجع سابق \_ ص ٧١٧ .

(٤) د. سعيد البستاني \_ الجامع في القانون الدولي الخاص \_ المرجع نفسه \_ ص ٧١٨ .

(٥) مجلة القانون الدولي الخاص التونسية الفصل /٣٤/ .

الوقائع فالقاضي في نظره ينقل الحلول القضائية السائدة في الخارج فهو يقوم بعمل مشابه لما يقوم به المراقب الاجتماعي الذي يسجل ما هو كائن دون ان تكون له وظيفة تقرير ما يجب ان يكون (١) .

ان هذا التحليل لا يقوم على اساس صحيح لانه يخلط بين الوقائع حسب المعنى العام لهذا الاصطلاح وبين الوقائع حسب الصيغة الفنية في العلوم القانونية فعادة تكون التفرقة بين الوقائع والقانون من حيث تحديد دور القاضي والخصوم في الدعوى اذ ان القاضي يطبق القانون والخصوم يقدمون الوقائع فالفرق بين الوقائع والقانون يتحدد بكون القاعدة القانونية تشتمل على خصائص تتمثل في العمومية والتجريد مع اشتغالها على عنصر الالزام ومن ثم فالقاعدة القانونية سواء كانت وطنية ام اجنبية فهي تعتبر قانونا وليست واقعا بينما كل ما لا يتوافر فيه هذه الخصائص يعتبر بمثابة واقع والواقع هو تعبير عما هو كائن فعلا اما لو اخذنا بالمعنى العام لاصطلاح الوقائع فيدرج تحته بالإضافة الى الوقائع قواعد القانون باعتبارها تعبيراً عما هو كائن في مجتمع معين لانه تعبير عن واقع اجتماعي سواء تعلق الامر بالقانون الوطني او القانون الاجنبي ومن هنا جاء القول بان القانون وطنيا ام اجنبيا هو تعبير عن الواقع الاجتماعي (٢) .

اذا كان التزام القاضي بالتفسير القضائي السائد في دولة القاضي هو رأي الفقه الغالب الا ان هناك جانب آخر من الفقه يرى بوجود اتباع القاضي نفس الاسلوب في تفسير القانون الوطني عند تفسير القانون الاجنبي المختص باعتبار ان القانون الاجنبي اذا تقرر تطبيقه بامر من قواعد الاسناد الوطنية ، فانه يمتزج مع القانون الوطني ويصبح جزءا منه ولا تقييد لحرية القاضي الوطني في تفسيره في الاساليب القضائية السائدة في الخارج الا اذا كان القضاء مصدرا رسميا للقانون المراد تفسيره (٣) .

غير ان دور القاضي عند تفسير القانون الاجنبي يختلف عن دوره في تفسير القانون الوطني ففي الحالة الاخيرة فإن له ان يعدل عن التفسير الذي يعتمده القضاء الوطني اذا اقتنع بان التفسير الذي ياخذ به هو الاكثر تحقيقا للعدالة ، فالقاضي لا يكون ملزما بالتفسيرات التي يعطيها القضاء السابق عليه في المسائل المماثلة ولو كان صادر عن المحكمة العليا ذاتها بالنسبة للانظمة التي لا تاخذ بنظام السوابق القضائية كالجزائر ، فرنسا ومصر ، اما في الحالة الاولى فانه يطبق القانون الاجنبي كما هو عليه في الخارج بدون ان يعطيه تفسيراً مغايراً (٤) .

فلا يمكن عزل النص القانوني عن جملة المبادئ والحلول السائدة في مجتمع الدولة الاجنبية التي وضعته حيث يجب ان ينظر اليه في مجمله او مجموعه سواء في مصادره او في الحلول التي يكرسها له القضاء (٥) .

(١) د. هشام علي صادق\_ د. حفيظة السيد حداد \_ دروس في القانون الدولي الخاص \_ مرجع سابق\_ص ١٨١

(٢) د. هشام علي صادق \_ الوجيز في القانون الدولي الخاص \_ مرجع سابق \_ ص ١٦٤ \_ ١٦٥

(٣) اخذ بهذا الاتجاه على سبيل المثال قوانين ايطاليا \_ النمسا \_ البرتغال \_ روسيا \_ تركيا \_ د. غالب علي الداودي \_ القانون الدولي الخاص \_ مرجع سابق \_ ص ٢٦٨ .

(٣) ENRI BATIFFOL , LAGARDE , Droit international prive , tome , L.G.D.J , PARIS , septime édition , 1981 , p 388 .

(٤) د. عبده جميل غزوب \_ دروس في القانون الدولي الخاص \_ مرجع نفسه \_ ص ١٥٤ .



## الفرع الثاني

### الدور الايجابي للقاضي الوطني عند تفسير القانون الاجنبي

اذا كان القاضي مقيدا بتفسير القانون الاجنبي وفقا للتفسير القضائي السائد في دولة القانون الاجنبي الا انه قد يتمتع بقدر من الحرية وبدور ايجابي في تفسير القانون الاجنبي فالقاضي يكون له دور ايجابي عند اختلاف القضاء الاجنبي حول تفسير القانون الاجنبي او عند عدم تعرضه لذلك (اولا) ، كما يكون له دور ايجابي عند سكوت القانون الاجنبي عن تكريس حل صريح للمنازعة المطروحة امام القاضي (ثانيا) .

**اولا \_ اختلاف القضاء الاجنبي حول تفسير القانون الاجنبي او عدم تعرضه لذلك :** قد يحدث ألا يكون القضاء الاجنبي مستقرا على اتجاه معين في شأن تفسير القاعدة الاجنبية المختصة لحكم النزاع بموجب قاعدة الاسناد امام القضاء الوطني مما يستدعي تدخل القاضي الوطني في ذلك بقدر نسبي من الحرية (أ) ، كما انه قد لا يتعرض القضاء الاجنبي لتفسير القاعدة القانونية المختصة بحكم النزاع في حال ما اذا كان القضاء الاجنبي لم يسبق له ان تعرض لتفسير القاعدة القانونية عندئذ يتدخل القاضي الوطني في ذلك بسلطة اوسع (ب) .

**أ\_ اختلاف القضاء الاجنبي حول تفسير القاعدة القانونية المختصة بحكم النزاع :** قد يكتشف القاضي ان القاعدة القانونية الاجنبية المختصة لها تفسيرات متضاربة ومتباينة في القضاء الاجنبي كما لو اختلفت المحاكم الاستئنافية فيما بينها حول تفسيرها دون ان يسبق للمحكمة العليا الاجنبية ان تصدت لتفسير هذه القاعدة (١) . في هذه الحالة يرى جانب من الفقه ان من حق القاضي التخلي عن احكام القضاء الاجنبي ويتولى بنفسه تفسير القانون الاجنبي المختص دون قيود وان كان هناك من يرفض منح القاضي حرية مطلقة في هذا الصدد اذ يجب على القاضي الوطني ألا يخرج عن اطار المبادئ العامة في القانون الاجنبي ومن المستحسن ان يأخذ بالحلول القضائية الاجنبية التي يراها اكثر اتقا مع المبادئ السائدة في الدولة التي يطبق قانونها (٢) .

(١) د. عكاشة محمد عبد العال \_ تنازع القوانين \_ مرجع سابق \_ ص ٤٠٨ .

(٢) د. سامي بديع منصور \_ الوسيط في القانون الدولي الخاص \_ مرجع سابق \_ ص ٦٩٣ .

ومن اجل ذلك يمكن للقاضي الوطني الاستعانة بخبير بعينه لاختيار انسب الحلول المتفككة والمبادئ العامة في الدولة الاجنبية خاصة عندما يكون القانون الاجنبي غربيا عنه كليا كالقانون الهندي والصيني (١) . كما انه في اطار الحرية المقيدة للقضاء الوطني في تفسير القانون الاجنبي في حال اختلاف القضاء الاجنبي على تفسير القاعدة القانونية المختصة نميز بين حالتين (٢) :

١\_ وجود قرار من المحكمة العليا تبدي فيه رأيا في الموضوع مع وجود تفسيرات قديمة لمحاكم الموضوع ، في هذه الحالة يفترض الاخذ بالتفسير الذي قرره المحكمة العليا تفسيرا للنص الاجنبي المختص الا اذا كانت هناك اعتراضات فقهية جامعة ضد هذا الحكم او انه لقي مقاومة قوية من طرف محاكم الموضوع مما يمكن اعتبارها سابقة منعزلة لا تعبر عن حقيقة القانون الوضعي السائدة في الخارج فهنا يمكن للقاضي الوطني ان يتجاهل حكم المحكمة العليا الاجنبية وبتبنى التفسير الذي يتفق مع الرأي السائد في الدولة التي يطبق قانونها

٢\_ وجود قرارات قديمة من المحكمة العليا تفسر هذه القاعدة مع وجود تفسيرات حديثة لمحاكم الموضوع ، هنا يمكن للقاضي الوطني ان يتجاهل تفسير المحكمة العليا الاجنبية للنص المختص امامه اذا ما تبين له ان هذا التفسير قد صدر منذ زمن طويل واكدت له الظروف انه لم يعد معبرا عن تطور الظروف المحيطة بالمجتمع الاجنبي فللقاضي ان يأخذ بالحلول التي استقرت عليها محاكم الموضوع الاجنبية عند رفع النزاع اليها وهذا الرأي يستند الى حكمة التشريع التي تلزم القاضي الرجوع الى القواعد السائدة فعلا في الدولة التي يطبق قانونها عند النظر في النزاع (٣) .

يضيف البعض انه يحق للقاضي الوطني ايضا ان يستبعد الحلول القضائية الصادرة عن المحكمة العليا الاجنبية ولو كانت صادرة عن قضاء مستقر اذا تبين له ان هذه الحلول تتعلق بمنازعات داخلية بحتة وان المحكمة العليا نفسها لم تكن لتحكم بها اذا كانت المنازعة المعروضة تتضمن عنصرا اجنبيا ومثال ذلك ان محكمة النقض الفرنسية رغم استقرارها على بطلان شرط الدفع بالذهب الذي قد ينص عليه المتعاقدان في العقد المبرم بينهما الا انها قد ذهبت في بعض احكامها الى عكس هذا الاتجاه اذا كان العقد محل النزاع من العقود الدولية حيث قررت صحة هذا الشرط (٤) .

على كلٍ مهما كان الدور الايجابي للقاضي الوطني عند تفسير القانون الاجنبي فلا يجب عليه ان يبتعد عن القضاء المستقر في الدولة الاجنبية التي يطبق فيها قانونها .

**ب\_ عدم تعرض القضاء الاجنبي لتفسير القاعدة القانونية المختصة بحكم النزاع :** قد يحدث في بعض الفروض ان تكون القاعدة الاجنبية هي النص القانوني وحده دون ان تكون له تطبيقات قضائية تحدد تفسيرها فهنا تزداد حرية القاضي الوطني في تفسير القانون الاجنبي فيقوم بنفسه بتفسير النص القانوني المختص ولكن عليه ألا يخرج عن اطار المبادئ العامة السائدة في الدولة التي يطبق فيها قانونها أي عليه ان يتقيد بقواعد التفسير التي كان سيتبعها القاضي الاجنبي لو كانت الدعوى رفعت اليه ابتداءً (٥) .

(١) د. عكاشة محمد عبد العال \_ تنازع القوانين \_ مرجع سابق \_ ص ٤٠٨ .

(٢) د. سامي بديع منصور \_ الوسيط في القانون الدولي الخاص \_ مرجع سابق \_ ص ٦٩٣ \_ ٦٩٤ .

(٣) د. هشام علي صادق \_ مركز القانون الاجنبي امام القضاء الوطني \_ مرجع سابق \_ ص ٣٩٩ \_ ٤٠٠ .

(٤) د. نادية فضيل \_ تطبيق القانون الاجنبي امام القضاء الوطني \_ مرجع سابق \_ ص ٨٧ .

(٥) د. عكاشة محمد عبد العال \_ المرجع نفسه \_ ص ٤٠٦ .

هناك جانب آخر من الفقه من يستلزم تقييد القاضي بالنص التشريعي والتزام ارادة المشرع الحقيقية فاذا كان النص مبهما كان عليه الاستعانة بالاعمال التحضيرية والمناقشات التي صاحبت اعداد النص بينما يرى جانب آخر من الفقه انه ليس من الضروري ان نبحث دائما عن ارادة المشرع وإنما من الافضل القيام بتفسيره على ضوء المبادئ التي تتضمنها مجموع النصوص وفي حال غياب النص فللقاضي ان يلجأ الى العرف والا كان عليه ان يبتدع الحل العادل<sup>(١)</sup>.

مهما اختلفت الطرق في تفسير القانون الاجنبي فعلى القاضي ان يلتزم بالطرق السائدة في الدولة التي يطبق قانونها حتى لا يخاطر باعطاء القانون الاجنبي معنى يختلف عن المضمون الحقيقي لهذا القانون وقد ادت هذه الحقيقة الى القول بأنه :

" لو كان على القاضي ان يطبق قانونا اجنبيا اذعانا لامر المشرع بموجب قواعد التنازع الوطنية فعليه ان يفصل بالضرورة في مسألة تنازع المناهج الواجب اتباعها تفسيراً لهذا القانون<sup>(٢)</sup> ."

ويترتب على ذلك انه لا يجوز للقاضي ان يستعين بالاعمال التحضيرية والمناقشات التي اثيرت عند اعداد النص الاجنبي المختص ليفسر مضمون القاعدة القانونية المختصة طالما كان من المحظور على القضاء الاجنبي نفسه اتباع هذا المنهج او المسلك كما انه قد يستحيل على القاضي التوصل الى الطريقة المأخوذ بها في تفسير القوانين في الدولة التي يطبق قانونها فقد ذهبت المحاكم الانكليزية في ذلك الى افتراض تطابق طرق التفسير الاجنبية مع الطرق المتبعة في قانون القاضي مما يخول لها ان تأخذ في تفسيرها للقانون الاجنبي بالطرق السائدة في انكلترا و يستحسن تبني مثل هذا الاتجاه عوضا من استبعاد القانون الاجنبي بصفة كاملة وتطبيق قانون القاضي لان الحلول التي يستخلصها القضاء الوطني من النص التشريعي الاجنبي المختص ستكون اقرب غالبا الى القواعد السائدة في الدولة التي يطبق قانونها من قواعد القانون الوطني<sup>(٣)</sup>.

### ثانيا \_ سكوت القانون الاجنبي عن تكريس حل صريح للنزاع المطروح امام القاضي الوطني :

قد يحدث في بعض الحالات ألا يجد القاضي الوطني قاعدة اجنبية صريحة لحكم النزاع امامه كما لو سكتت النصوص التشريعية في ذلك اوان القضاء الاجنبي لم يسبق له بعد ان تعرض للمسألة محل النزاع المطروح امامه فالاشكال الذي يثار في هذا الفرض ليس مسألة تفسير نص القاعدة القانونية المختصة لحكم النزاع فالنص المطلوب تطبيقه غير موجود اصلا بينما عملية التفسير تفترض ان هناك نصا غامضا يحتاج تطبيقه الى تفسيره وإنما البحث عن القاعدة القانونية التي يتعين على القاضي ان يطبقها على النزاع لا ان يفسرها<sup>(٤)</sup>. في هذه الحالة نجد ان قضاء بعض الدول ذهب الى تطبيق قانون القاضي (أ) ، والبعض الآخر ذهب الى تطبيق المبادئ العامة التي يتضمنها القانون الاجنبي في مجموعه (ب) .

(١) د. نادية فضيل \_ تطبيق القانون الاجنبي امام القضاء الوطني \_ مرجع سابق \_ ص ٨٨ .

(٢) د. نادية فضيل \_ المرجع نفسه \_ ص ٨٩ .

(٣) د. هشام علي صادق \_ مركز القانون الاجنبي امام القضاء الوطني \_ مرجع سابق \_ ٤٠٤ \_ ٤٠٦ .

(٤) د. عكاشة محمد عبد العال \_ تنازع القوانين \_ مرجع سابق \_ ص ٤٠٧ .

أ\_ **تطبيق قانون القاضي**: اتجهت بعض الاحكام الفرنسية الى تطبيق قانون القاضي اذا ما تبين لها سكوت القانون الاجنبي عن اعطاء حل صريح للنزاع المطروح امامها وهذا ما اخذت به محكمة (سايجون) في حكمها الصادر في ٢٧/آذار/١٩٠٨ في نزاع بالتعويض المستحق لضحايا حادث شركة حديدية فرنسية تباشر نشاطها في الصين فطبقت المحكمة القانون الفرنسي بدل القانون الصيني المختص لحكم النزاع بموجب قاعدة الاسناد الفرنسية باعتباره مكان محل الحادث بحجة ان القانون الصيني لا يتضمن نصا قانونيا ينظم صراحة التعويض المستحق عن حوادث العمل كما اخذت به محكمة النقض الفرنسية في ٨/تشرين الاول/١٩٦٨ بحجة ان القانون الامريكي المختص لحكم النزاع لم يشتمل على حكم خاص بالآثار المترتبة على الخطأ الجسيم للموظف<sup>(١)</sup>. ولقد أيد بعض الفقه هذا الاتجاه بحجة ان تطبيق القوانين الاجنبية تهدف الى غاية محددة هي تناسق النظم القانونية المتنازعة لحكم العلاقة محل النزاع فاذا كان القانون الاجنبي لا يتضمن حكما صريحا لذلك فانه ولتحقيق التناسق بين النظم الحل هو تطبيق قانون القاضي بصفته احد القوانين المتنازعة لحكم العلاقة غير ان فكرة تناسق النظم لا تصلح كأساس سليم لتطبيق القانون الوطني فقاعدة الاسناد الوطنية تعقد الاختصاص لقانون اجنبي لحكم النزاع نظرا لكونه الاصلح لذلك اما القول بالرجوع الى قانون القاضي لكون القانون الاجنبي لا يتضمن نصا صريحا فهو امر يتنافى مع واقع الامور فكل نظام قانوني يكون في مجموعه كلا متكاملما ويتضمن الحلول اللازمة لما قد يسفر عنه التطور الاجتماعي من مشاكل متجددة كما ان فكرة تناسق النظم تصطدم بحكمة التشريع والهدف الذي يسعى اليه المشرع من وراء تنظيم التناسق في دولته<sup>(٢)</sup>.

ب\_ **تطبيق المبادئ العامة التي يتضمنها القانون الاجنبي في مجموعه**: يقتضي من القاضي ان يتبع اذا ما تبين له سكوت القانون الاجنبي عن اعطاء حل صريح للنزاع المطروح امامه نفس المسلك الذي يتبعه القاضي الاجنبي عادة اذا تعرض لمثل هذا الموقف وان يرجع الى القواعد العامة التي تحكم مثل هذا الفرض في القانون الاجنبي نفسه، فهناك بعض التشريعات من نصت صراحة على ذلك منها م /١/ من القانون المدني الجزائري التي تنص على انه: " يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها او في فحواها واذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية فاذا لم يوجد بمقتضى العرف فاذا لم يوجد بمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة"<sup>(٣)</sup>.

ولعل القيد الوحيد على سلطة القاضي في هذه الحالة هو وجوب ان يكون الحل الذي يأتي به متفقا مع مجموع الافكار والمبادئ العامة السائدة في الدولة الاجنبية لانه لا يجوز للقاضي ان يحكم تطبيقا لقانون اجنبي معين اعتقادا منه انه الاصول وانما عليه ان يحكم وفقا لما هو سائد في الدولة التي يطبق قانونها أي يجب على القاضي كقاعدة عامة ان يتخذ نفس المسلك الذي يتخذه القاضي الاجنبي في الدولة التي امرته قواعد الاسناد بتطبيق قانونها<sup>(٤)</sup>. وهذا ما نص عليه المشرع اللبناني كذلك في المادة /٤/ من القانون المدني والتي توجب على القاضي البحث في النصوص التشريعية فان لم يجد يرجع الى المبادئ العامة للقانون ثم إلى العرف

(١) د. نادية فضيل \_ تطبيق القانون الاجنبي امام القضاء الوطني \_ مرجع سابق \_ ص ٩١ .

(٢) د. هشام علي صادق \_ مركز القانون الاجنبي امام القضاء الوطني \_ مرجع سابق \_ ص ٤١٠ \_ ٤١٢ .

(٣) القانون المدني الجزائري \_ معدل ومتمم بموجب قانون ٠٥ \_ ٠١٠ \_ جريدة رسمية عدد ٤٤ لعام ٢٠٠٥ .

(٤) د. نادية فضيل \_ المرجع نفسه \_ ص ٩٤ .

وقواعد العدالة<sup>(١)</sup> .

ونفس الحل اعتمده القانون المدني السويسري في م / ١/ منه<sup>(٢)</sup> ، وكذلك القضاء المصري<sup>(٣)</sup> .  
اما اذا لم يستطع القاضي التوصل الى حل يتفق مع المبادئ السائدة في القانون الاجنبي المختص فلا مناط من تطبيق اقرب القوانين الى طبيعة العلاقة محل النزاع على الوجه السالف ذكره عندما تطرقنا الى الحل الواجب الاتباع عند استحالة التوصل الى مضمون القانون الاجنبي<sup>(٤)</sup> .

## المطلب الثاني

### رقابة محكمة النقض على تفسير القانون الاجنبي

ان مسألة رقابة محكمة النقض على تفسير القانون الاجنبي مسألة واسعة فكلما كانت التزامات قضاة الموضوع اكثر كلما مارست محكمة النقض رقابتها فهذه الرقابة تختلف بحسب الالتزامات الملقاة على قضاة الموضوع كالالتزام المتمثل في عبء اثبات مضمون القانون الاجنبي والالتزام باعمال قاعدة الاسناد الوطنية<sup>(٥)</sup> .  
فاذا قام قضاة الموضوع بتطبيق القانون الاجنبي المختص بحكم العلاقة المشتملة على عنصر اجنبي ثم اخطأوا وأسأعوا في تفسيره ورفع الطعن امام محكمة النقض لخطأ في تفسير القانون الاجنبي وتأويله فان هذه الاخيرة ترفض بسط رقابتها ( الفرع الاول) ، غير ان القضاء الفرنسي قد اورد استثناءات من مبدأ الرفض المطلق لرقابة محكمة النقض تسمح بامكانية اجراء رقابة على قضاة الموضوع في مجال تفسير القانون الاجنبي (الفرع الثاني) .

## الفرع الاول

### رفض الرقابة على تفسير القانون الاجنبي

لقد كرسست محكمة النقض الفرنسية قاعدة قضائية مفادها ان تفسير القانون الاجنبي مسألة يستقل بها قضاة الموضوع وتخضع لتقديرهم المطلق ونتيجة لذلك فان محكمة النقض ترفض بسط رقابتها في تفسير القانون الاجنبي من طرف قضاة الموضوع<sup>(٦)</sup> .

وهذا الرفض مقبول بما ان قضاء النقض الفرنسي قد رفض مراقبة تفسير القاعدة الاجنبية المحال اليها على اساس ان قاعدة الاحالة هي قاعدة اجنبية وان احالة قانون اجنبي الى القضاء الفرنسي باعتباره القانون المختص لحكم النزاع لا يعتبر ذلك اختصاص احتياطي لقانون القاضي<sup>(٧)</sup> . اخذ قضاء بعض الدول بمبدأ رفض رقابة المحكمة العليا على تفسير القانون الاجنبي غير ان هناك نوعين من الحجج في رفض الرقابة هما رفض الرقابة وطبيعة القانون الاجنبي (اولا) ورفض الرقابة ووظيفة المحكمة العليا (ثانيا) .

(١) د. عكاشة محمد عبد العال \_ تنازع القوانين \_ مرجع سابق \_ ص ٤٠٩ .

(٢) د. هشام علي صادق \_ مركز القانون الاجنبي امام القضاء الوطني \_ مرجع سابق \_ ص ٤١٢ .

(٣) د. هشام علي صادق \_ المرجع نفسه \_ ص ٤١٣ .

(٤) د. هشام علي صادق \_ المرجع نفسه \_ ص ٤١٥ .

(٥) د. هشام علي صادق \_ المرجع نفسه \_ ص ٣٠٠ .

(٦) DANIEL GUTMAN, Droit international prive, op.cit, p833 .

(٧) HENRI BATIFFOL, PAUL LAGARDE, Droit international prive, 1981, op.cit, p 395, 396.

**اولا \_ رفض الرقابة وطبيعة القانون الاجنبي :** ففي معظم الدول الاوربية مثل فرنسا ، هولندا ، سويسرا واليونان اقر القضاء على ان الخطأ في تفسير القانون الاجنبي لا يخضع لرقابة المحكمة العليا على اساس ان القانون الاجنبي واقعة<sup>(١)</sup> ، وهذه الحجة رددتها محكمة التمييز اللبنانية حيث رأت ان مخالفة القانون الاجنبي واساءة تفسيره لا تشكلان سببا تمييزيا مادام القانون الاجنبي ليس سوى واقعة يعود لقضاة الاساس ان يتحققوا منها ويقدروها تقديرا يخضع لسلطانهم المطلق<sup>(٢)</sup> .

وقد كانت محكمة النقض الفرنسية اسبق من غيرها في اعتناق مبدأ انعدام الرقابة على تفسير القوانين الاجنبية ففي ظل نظام النقض الفرنسي تحتل المحكمة العليا مركز القمة بالنسبة لجهة القضاء العادي ومهمتها العمل على توحيد القانون عن طريق توحيد القضاء فبمقتضى هذا النظام لا تعتبر محكمة النقض درجة ثالثة من درجات التقاضي وانه ليس لمحكمة النقض ان تتعرض لوقائع النزاع ولكنها تسلم بالوقائع كما قررتها محكمة الموضوع ثم تنتظر فيما اذا كانت تلك المحكمة قد اصابت او اخطأت في تطبيق القانون على تلك الوقائع<sup>(٣)</sup> .

فالقانون الاجنبي لا يعدو ان يكون مجرد واقعة مادية يجب اقامة الدليل عليها ومادام هو كذلك فانه لا يخضع لرقابة المحكمة العليا التي هي محكمة قانون لا محكمة واقع .

اما في انكلترا فيمكن للمحكمة العليا ان تعيد النظر في اثبات مضمون القانون الاجنبي وتفسيره على الرغم من اعتبار ذلك من المسائل المتعلقة بالوقائع ويجوز للخصوم التمسك بها امامها لاول مرة ويعود ذلك الى ان المحكمة العليا الانكليزية تعتبر بمثابة درجة ثالثة من درجات المحاكم وليست محكمة توحيد اجتهاد<sup>(٤)</sup> .

وبالرجوع الى المادة /٣٥٨/ من قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري والتي حددت اوجه الطعن بالنقض نجد ان الوجه /٦/ مأخوذ من مخالفة القانون الاجنبي المتعلق بقانون الاسرة الامر الذي يستبعد القوانين الاجنبية غير المتعلقة بقانون الاسرة من رقابة المحكمة العليا لان القانون الاجنبي غير المتعلق بهذا القانون يعد في حكم الوقائع بمفهوم المخالفة لنص المادة<sup>(٥)</sup> .

كما ان القضاء التونسي في مرحلة سابقة ونظرا للجدل الذي عرفته طبيعة القانون الاجنبي فان محكمة التعقيب التونسية لا ترى من الزام في فرض الرقابة على تفسير القانون الاجنبي الا اذا كان هناك تحريف واضح في القانون الاجنبي<sup>(٦)</sup> .

- 
- (١) د. الطيب زروتي \_ القانون الدولي الخاص الجزائري \_ الجزائر \_ ٢٠٠٥ \_ ص ٢٣٦ \_ ٢٣٧ .
  - (٢) د. عكاشة محمد عبد العال \_ تنازع القوانين \_ مرجع سابق \_ ص ٤٥١ .
  - (٣) د. محمد كمال فهمي \_ رقابة المحكمة العليا على تطبيق القانون الاجنبي في نطاق التنازع الدولي للقوانين \_ مجلة القانون والاقتصاد للبحث في الشؤون القانونية والاقتصادية \_ جامعة القاهرة \_ العدد الثاني \_ السنة ٣٣ \_ ١٩٦٣ \_ ص ٤٣ .
  - (٤) د. سعيد البستاني \_ الجامع في القانون الدولي الخاص \_ مرجع سابق \_ ص ٧٢٢ .
  - (٥) د. اسعاد موحد \_ القانون الدولي الخاص \_ الجزائر \_ ١٩٨٩ \_ ص ٢٣٤ .
  - (٦) د. مبروك بنموسي \_ القانون الاجنبي من خلال المجلة التونسية للقانون الدولي الخاص \_ المجلة العربية للفقهاء والقضاء \_ عدد ٣٢ \_ ٢٠٠٥ \_ ص ١٧٨ .

**ثانيا \_ رفض الرقابة ووظيفة المحكمة العليا :** يرى بعض الفقهاء ان رفض المحكمة العليا بسط رقابتها على تفسير القانون الاجنبي لا يرجع الى كونها تعتبره مسألة واقع<sup>(١)</sup> ، فوظيفة المحكمة العليا هي المحافظة على وحدة الاجتهاد في تطبيق القانون الوطني وتحقيق انسجام احكامها وليس الاشراف على تنسيق احكام القوانين الاجنبية<sup>(٢)</sup> فاذا اعطت المحكمة العليا نفس التفسير المعطى للقانون الاجنبي في البلد الذي صدر فيه فتكون بذلك تؤدي وظيفة غير وظيفتها اذ ان وظيفتها فحص ما اذا كان قضاة الموضوع قد طبقوا على المسائل المطروحة عليهم القانون الذي تعرفه او تعمل على خلقه لا القانون الذي تجهله وتطالب باثبات مضمونه<sup>(٣)</sup> .

يحاول الاستاذ نبوييه من جانبه تدعيم موقف المحكمة العليا في رفض الرقابة لاعتبارين :  
الاول نظري : يتعلق بتاريخ انشاء محكمة النقض في فرنسا ، ذلك ان مرسوم /١/ديسمبر/١٩٧٠/ الذي انشأ هذه المحكمة ينص في مادته /٣/ على ان المحكمة تختص بالرقابة على كل مخالفة صريحة لنص القانون والمقصود بالقانون هنا هو القانون الفرنسي ففي ظل القانون الفرنسي القديم لم يكن التشريع موحد ولم تكن هناك محكمة عليا حتى اذا قام نزاع وتوطدت السلطة المركزية فكانت مهمة هذه السلطة تنحصر في امرين :

- تحقيق الوحدة التشريعية
- اقامة محكمة عليا تكفل توحيد القضاء الناتج عن اختلاف القضاء الفرنسي في تفسير القانون الاجنبي باختلاف الاقاليم .

الثاني عملي : هو انه كيف يطلب من المحكمة العليا للدول ان تكون في وضع يسمح لها بفرض رقابة جدية على تفسير قوانين العالم اجمع ، فالصعوبات الكبرى التي تثيرها تلك الرقابة عندما يتعلق الامر بالقانون الفرنسي ومع ذلك فالقضاة مارسوا هذا القانون وتفسيره طوال مدة عملهم اذ من الاحسن على محكمة النقض الفرنسية ان تبعد عن أي عمل قد تخرج منه منقوصة الهيئة<sup>(٤)</sup> ، فاذا مارست المحكمة العليا رقابتها واعطت القانون الاجنبي التفسير الذي تراه هو الاصوب فقد يتعارض هذا التفسير مع التفسير المعطى له في الخارج وهذا من شأنه ان يفقد احكامها مصداقيتها<sup>(٥)</sup> .

يبيرر الاستاذ باتيفول موقف محكمة النقض في رفض رقابتها على ضرورة حتمية لانعدام الخيار بين نتيجتين لا يمكن قبولهما لو اجمعت المحكمة العليا نفسها في تفسير القانون الاجنبي ذلك ان المحكمة العليا اما ان تفسر القانون الاجنبي وفق ما يروق لها من وجهة نظرها الشخصية الامر الذي يحتمل معه وجود تعارض بين التفسير الذي تعتقه والتفسير المأخوذ في البلد الاجنبي مما ينقص من هيبة آرائها ويتناقض مع الفكرة القائلة بان القانون المختص هو القانون المطبق فعلا في البلد الاجنبي ، واما ان تبحث المحكمة عن التفسير المتبع في البلد الاجنبي وهذا يتطلب منها القيام بتحقيقات تتجاوز مهمتها كم يحددها نظامها الحالي .

(١) د. اعراب بلقاسم \_ القانون الدولي الخاص الجزائري \_ مرجع سابق \_ ص ١٥٥ .

(٢) د. هشام علي صادق \_ د. حفيظة السيد حداد \_ دروس في القانون الدولي الخاص \_ مرجع سابق \_ ص ١٨٦ .

(٣) HENRI BATIFFOL, PAUL LAGARDE , Droit international prive , 1970 , p 404 , 405 .

(٤) د. محمد كمال فهمي \_ رقابة المحكمة العليا على تطبيق القانون الاجنبي في نطاق التنازع الدولي للقوانين \_ مرجع سابق \_ ص ٥٨ .

(٥) د. اعراب بلقاسم \_ المرجع نفسه \_ ص ١٥٦ .

ويلاحظ في الحقيقة ان تفسير القانون الاجنبي يختلف عن تفسير القانون الوطني فبالنسبة للقانون الوطني تقوم المحكمة العليا بعملية التفسير على اساس ما يجب ان يكون اما عن القانون الاجنبي فان التفسير مبناه ما هو كائن فعلا في البلد الاجنبي ومن هذه الناحية يجب ان ينظر الى القانون الاجنبي باعتباره مسألة واقع<sup>(١)</sup> . فلقد حددت محكمة التمييز اللبنانية حالات الخطأ في تفسير القانون الاجنبي والتي تشكل سببا من اسباب التمييز بنصها : " التفسير الخاطئ الذي يفتح طريق التمييز امام المتداعين هو تفسير القانون اللبناني دون تفسير القوانين الاجنبية فان ما يمنعه القانون الوطني هو مخالفة الاحكام القانونية دون سواه<sup>(٢)</sup> ". وهذه النظرة سبق وان اكدتها محكمة النقض الفرنسية .

ان هذا التأكيد على تقييد الرقابة على تفسير القوانين الوطنية فيه تجاهل لامرين هما :  
الاول : يتعلق بالنصوص القانونية ، حيث ان نص المادة /٦١/ من قانون التنظيم القضائي اللبناني والذي تقابله المادة /٣/ من مرسوم /١٩٧٠/ في فرنسا تتصان على ان مخالفة القانون او الخطأ في تطبيقه او تفسيره او مخالفة نص من نصوص القانون كسبب من اسباب النقض دون تحديد ، فالخطا في التفسير او مخالفة نص من نصوص يكون بالنسبة للقانون بشكل يتجرد من مصدره فالقانون الاجنبي وان بقي محتفظا بصفته كقانون اجنبي فهو يطبق امام القضاء الوطني كقانون يتمتع بخصائصه ، فالنظرة الاجرائية الى التطبيق لا تنفي الطبيعة القانونية للقانون الاجنبي<sup>(٣)</sup> .

الثاني : يتعلق بما يتجاوز النصوص ، فهو ما اتبعته محكمة النقض الفرنسية على رقابة تفسير العقود النموذجية والشروط الموحدة في وثائق التأمين مع ان المبدأ لا رقابة لمحكمة النقض على تفسير العقود ، وعليه فمن باب اولى التسليم برقابة المحكمة على تفسير القوانين الاجنبية كونها على الاقل كالعقود النموذجية وان اختلفت عنها في الطبيعة لكون القانون الاجنبي يتضمن قواعد عامة ومجردة<sup>(٤)</sup> .

والى جانب الفقه المؤيد لموقف المحكمة العليا في رفض رقابتها على تفسير القانون الاجنبي نظرا الى وظيفتها هناك من يرى ان هناك اعتبارات عملية املت عليها هذا الموقف وهي<sup>(٥)</sup> :

- ١ \_ مراقبة المحكمة العليا لعملية تفسير القوانين الاجنبية يتطلب منها ان تتصدى للبحث في مضمونها بما يستتبعه ذلك من ضرورة تعرضها لتحريات واقعية تخرج بطبيعة الحال عن سلطة المحكمة .
- ٢ \_ قبول هذه الرقابة فيه ارهاق للمحكمة العليا وتكليفها باعباء هي في غنى عنها يصعب مواجهتها نظرا لكثرة القضايا المطروحة عليها فوق ان هذا في ذاته يوجب عليها ان تراقب صحة تفسير كافة قوانين العالم وهو امر يخرج عن حدود التكليف المستطاع .
- ٣ \_ بالاضافة لذلك فان الاحكام الاجنبية عادة ما تتضمن فيما وراء النصوص المكتوبة اعرافا واجتهادات كثيرا ما يلحقها التطور وهذا ما يقحم المحكمة في مسائل واقعية بعيدة عن سلطانها ويعوزها جهد لا طائل منه .

(١) HENRI BATIFFOL , PAUL LAGARDE , Droit international prive , 1970 , op.cit , p 404 , 405 .

(٢) د. سامي بديع منصور \_ الوسيط في القانون الدولي الخاص \_ مرجع سابق \_ ص ٧٤١ .

(٣) د. سامي بديع منصور \_ المرجع نفسه \_ ص ٧٤٢ .

(٤) د. سامي بديع منصور \_ المرجع نفسه \_ ص ٧٤٢ .

(٥) د. عكاشة محمد عبد العال \_ تنازع القوانين \_ مرجع سابق \_ ص ٤٥٥ .



٤\_ هناك ايضا الصعوبات المتعلقة بالترجمة واحتمال انعدام الدقة او وقوع تحريف فيها .  
واخيرا وكخلاصة لكل من هذه الحجج فان الاستاذ غالب علي الداوودي يرى بوجوب اخضاع تفسير القانون الاجنبي لرقابة المحكمة العليا في دولة قاضي الموضوع شأنه شأن القانون الوطني تماما لان مهمة المحكمة العليا هي المحافظة على وحدة التفسير والحلول وسلامة تطبيق القانون وان فهمها لقضاء المشرع في القانون الاجنبي المختص قد يكون اكثر من فهم القاضي المنفرد بسبب الخبرة الطويلة المتوفرة لدى قضاتها ولأن القاضي الوطني قد يهمل التحري عن القانون الاجنبي المختص وتفسيره اذا كان يعلم ان قراره يعد باتا ونهائيا وغير قابل للطعن وفي هذا ضرر محقق لصاحب الحق ومخالفة لروح العدالة وقواعد الاسناد الوطنية التي امرت بتطبيق القانون الاجنبي المختص (١) .

## الفرع الثاني

### تطور القضاء الفرنسي باتجاه مراقبة تفسير القانون الاجنبي

نظرا للانتقادات الموجهة لمحكمة النقض الفرنسية بشأن رفضها رقابة تفسير القانون الاجنبي من قبل قضاة الموضوع والتي خولت لهم مطلق الحرية في ذلك فلقد لجأت اخيرا ولتدارك النتائج السلبية المترتبة على ذلك وكاستثناء الى فرض رقابتها ولكن في مجال محدد هو مراقبة تفسير القانون الاجنبي من خلال فكرة التشويه (اولا) ومراقبة تفسير القانون الاجنبي من خلال فكرة مراقبة تسبيب الاحكام القضائية (ثانيا).

#### اولا\_ مراقبة تفسير القانون الاجنبي من خلال فكرة التشويه :

تشويه القانون الاجنبي او تحريفه او مسخه هو من بين الوسائل التي ابتدعتها محكمة النقض الفرنسية لسيط رقابتها على اساءة تفسير القانون الاجنبي في الحالة التي يخرج فيها قضاة الموضوع عن المعنى الواضح المحدد لنصوص القانون الاجنبي المختص (أ)، لكن الاشكال المطروح هنا ما هو الفرق بين الرقابة من خلال فكرة التشويه والرقابة من خلال فكرة التفسير (ب) .

أ\_ **مضمون فكرة التشويه:** فكرة التشويه هي فكرة مستعارة من ميدان العقود والمستندات في الدعوى ففي ميدان العقود تواتر قضاء محكمة النقض على ان تفسير هذه العقود يخرج عن نطاق رقابتها الا اذا كانت شروطها تتصف بصفة العموم كما هو الحال بالنسبة للعقود النموذجية ووثائق التأمين بمعنى انه اذا وقع تشويه كأن يخرج قضاة الموضوع عن المعنى الواضح لشروط العقد دون ان يسببوا حكمهم تسببيا كافيا فان هذا التشويه يخضع لرقابة محكمة النقض (٢) .

ومع ذلك فلقد خرجت محكمة النقض عن مبدأ انعدام الرقابة على العقود وقررت استثناء حرصت على تأكيده مفاده انه اذا كان تفسير العقد يخضع لمطلق تقدير قضاة الموضوع الا انه لا يجوز لهذه الاخيرة ان تخرج عن معناه ذلك ان لقضاة الموضوع الحرية التامة في تفسير النصوص المبهمة في العقود للتوصل الى الارادة المشتركة للمتعاقدين دون ان يخضع قضاءها لرقابة محكمة النقض ، اما لو كان الشرط التعاقدية واضح ومحدد .

(١) د. غالب علي الداوودي \_ القانون الدولي الخاص \_ مرجع سابق \_ ص ٦٧٤ .

(٢) د. عكاشة محمد عبد العال \_ تنازع القوانين \_ مرجع سابق \_ ص ٤٧٤ .

فلا يجدر لمحكمة الموضوع ان تخرج عن معناه الظاهر لانها ان فعلت ذلك فكأنها مسخت ارادة المتعاقدين وتجاهلت نصوص العقد مما يشكل خرقا للمادة /١١٣٤/ من القانون المدني الفرنسي مما يستوجب اخضاع حكمها في هذا الشأن لرقابة محكمة النقض<sup>(١)</sup> .

ولقد اخذت محكمة النقض الفرنسية بفكرة التشويه اول مرة في قرار مونتيفور (MONTEFIORE) فنصت على انه : " القرار الذي يتجاهل ويشوه المعنى الواضح والمحدد للمستند التشريعي الاجنبي هو قرار يستوجب النقض"<sup>(٢)</sup>.

وحسب حيثيات القرار فلفقد كان قرار قضاة الموضوع محلا للنقض بحجة مسخه لنصوص القانون البلجيكي الصادر في ١٨/تشرين الاول/١٩٠٨ والذي ينص على منح مستعمرة الكونجو شخصية مستقلة عن بلجيكا واستقلال كل منهما بذمته المالية، فالحكم المطعون فيه قضى بمسؤولية بلجيكا عن القرض محل النزاع والذي ابرمته سنة /١٩٠١/ دولة الكونجو المستقلة عن بلجيكا يكون بذلك قد مسخ نص القانون البلجيكي ويبدو ان محكمة الموضوع وضعت في اعتبارها عند تفسيرها النص البلجيكي الحكم الوارد في م /٣/ من معاهدة /٢٠/تشرين الثاني/١٩٠٧ المتعلقة بضم دولة الكونجو الى بلجيكا والتي نصت على ان الضم يشمل جميع الالتزامات المالية التي في ذمة دولة الكونجو المستقلة وعلى هذا انتهت محكمة باريس الى انعقاد مسؤولية بلجيكا لانه لا يجوز الارتكاز الى قانون /١٩٠٨/ لكونه متعارضا مع حكم المعاهدة السابقة بما يتعين معه تطبيق هذه الاخيرة دون الاعتداد بالنصوص الداخلية التي صدرت مخالفة وعلى العكس رأّت محكمة النقض الفرنسية انه لا يجب الرجوع الى نصوص المعاهدة الذي يتحدد مجال تطبيقها باطار العلاقات الدولية البحتة فليس من شأن هذه المعاهدة تنظيم علاقة دولة الكونجو المستقلة بأحد الناس<sup>(٣)</sup> .

ففي هذا القرار استندت محكمة النقض في نقضها القرار الى تجاهل قضاة الموضوع ومسحهم المعنى الواضح والمحدد لمستند تشريعي بلجيكي .

المبررات التي استندت اليها المحكمة العليا في فرنسا لبسط رقابتها على تشويه العقود والمستندات استعارتها لتراقب احكام قضاة الموضوع في حالة تشويه القوانين الاجنبية وهي تتمثل في كل مرة يتجاهل قضاة الموضوع المعنى الواضح والمحدد لحكم يقرره القانون الاجنبي والمبرز كمستند في الدعوى<sup>(٤)</sup> .

وقد ايد الفقه في فرنسا موقف المحكمة العليا الصادر في /١٩٦١/ ولكن اختلفوا فيما بينهم حول طبيعة هذا القانون فالفقه المتمسك بوجوب معاملة القانون الاجنبي معاملة الوقائع ايد موقف محكمة النقض على اساس تشابه القانون الاجنبي مع العقود اما المتمسكون باحتفاظ القانون الاجنبي بطبيعته امام القضاء الوطني فقد وجدوا في ذلك الحكم خطوة نحو فتح المجال لمباشرة الرقابة الشاملة للقانون الاجنبي غير ان اتفاق الفقهاء هذا لم يمنعهم من الاختلاف كذلك حول حدود الرقابة التي يمكن ان تباشرها المحكمة فقد ذهب البعض الى ان الرقابة على مسخ القوانين الاجنبية ليست الا امتدادا لرقابة المسخ في نطاق العقود ومن ثم تتحدد بالحالات التي تخرج فيها المحكمة عن المعنى الواضح والمحدد للقاعدة المختصة والتي قدم الخصوم المستند المتضمن نصها

(١) د. سامي بديع منصور \_ الوسيط في القانون الدولي الخاص \_ مرجع سابق \_ ص ٧٤٦ \_ ٧٤٧ .

(٢) د. سامي بديع منصور \_ المرجع نفسه \_ ص ٧٤٦ .

(٣) د. هشام علي صادق \_ مركز القانون الاجنبي امام القضاء الوطني \_ مرجع سابق \_ ص ٥٠٥ .

(٤) د. عكاشة محمد عبد العال \_ تنازع القوانين \_ مرجع سابق \_ ص ٤٧٥ .

الى المحكمة ، بينما يرى البعض الآخر ان التضييق من رقابة المسخ على الوجه السالف ذكره وحصرها في اطار اوراق ومستندات الدعوى ما يقلل من فعاليتها بالاضافة الى ما يؤدي اليه ذلك من التعارض مع المعنى الصحيح للقانون الاجنبي كما فسره القضاء في بلده الاصلي وتقترب رقابة المسخ وفق هذا الرأي الفقهي الى رقابة التفسير<sup>(١)</sup>. ان التطورات الحديثة لمركز القانون الاجنبي امام القضاء الفرنسي ادى الى تطور قضاء المحكمة العليا ووسع من نطاق الرقابة على التشويه التي تمارسها وهذا التطور جاء من خلال قرار (Africatours)<sup>(٢)</sup> ، حيث لامت محكمة النقض قضاة الموضوع لانهم تجاهلوا المعنى الحرفي للقانون السنغالي عندما فسروه التفسير ذاته الموجود في القانون الفرنسي في النص المقابل له رغم ان عباراته ليست مطابقة لعبارة النص السنغالي ودون الرجوع الى اية مصادر فقهية او قضائية للقانون السنغالي وهو ما ينطوي على تشويه للقانون السنغالي<sup>(٣)</sup> . فبعد ان كانت تستند المحكمة العليا في فرض رقابتها على التشويه الى نص المادة /١١٣٤/ من القانون المدني الفرنسي في حالة تجاهل قضاة الموضوع القانون الاجنبي والمقدم كمستند في الدعوى تراجعت عنها واستت رقابتها على اساس المادة /٣/ من القانون المدني الفرنسي التي تعتبر رمزا لتطبيق القوانين الاجنبية في فرنسا مستندة في ذلك الى خرق قاعدة الاسناد الفرنسية فتشويه القانون الاجنبي يؤدي بطريقة غير مباشرة الى خرق قاعدة الاسناد<sup>(٤)</sup> .

#### ب\_ الفرق بين الرقابة من خلال فكرة التشويه والرقابة من خلال فكرة التفسير :

يستفاد من احكام محكمة النقض سواء في مجال العقود او القوانين الاجنبية ان معيار التفرقة بين اساءة التفسير من ناحية والتشويه او التحريف من ناحية اخرى ينصب على تجاهل المعنى الواضح المحدد للقاعدة محل التطبيق حيث يرى جانب من الفقه ان معيار هذه التفرقة يتحدد في رأي المحكمة بمدى وضوح القاعدة محل التفسير فاذا خرج القاضي عن المعنى المحدد للقاعدة الاجنبية فان حكمه يتعرض لرقابة التشويه بينما لو كانت نصوص القانون الاجنبي غامضة فان تفسيرها يفلت من الرقابة<sup>(٥)</sup> .

لكن صعوبة التفرقة بين النص الواضح والنص المبهم ليس بالامر السهل لذا يرى جانب من الفقه ان التفرقة التي اقامتها محكمة النقض الفرنسية بين الشرط الواضح والشرط الغامض في مجال العقود هي تفرقة لا تقوم على اساس سليم فكلما كان الشرط التعاقدى محلا للنزاع فهو يخضع للتفسير والقاضي يفسر هذا الشرط ويستخلص نية المتعاقدين من مجموع الظروف الواقعية الملازمة لتكوين العقد مما يخرج عن اختصاص محكمة النقض ولا يجوز الاعتراض على ذلك بالقول باحتمال ان يكون معنى العقد واضحا ذلك ان المادة /١١٥٦/ من القانون المدني الفرنسي تنص صراحة على وجوب البحث عن نية المتعاقدين دون التوقف عند المعنى اللغوي للعقد فليس هناك عند المشرع شرط واضح وشرط غير واضح<sup>(٦)</sup> .

(١) د. هشام علي صادق \_ مركز القانون الاجنبي امام القضاء الوطني \_ مرجع سابق \_ ص ٥٠٦\_ ٥٠٧ .

(٢) د. عكاشة محمد عبد العال \_ تنازع القوانين \_ مرجع سابق \_ ص ٤٧٧ .

(٣) د. عكاشة محمد عبد العال \_ المرجع نفسه \_ ص ٤٧٩ .

(٤) FAUVRGUE – COSSON (BENEDICTE), Conflit de lois, le juge , français et le droit étranger , op.cit , p131

(٥) د. هشام علي صادق \_ المرجع نفسه \_ ص ٥١٠ .

(٦) د. هشام علي صادق \_ المرجع نفسه \_ ص ٥١٠ .

فقد يكون هناك تعبير واضح في العقد ولكنه يتضمن لدى المتعاقدين معنى يختلف عن معناه الظاهر المحدد كما قد يتعارض الشرط الواضح مع مجموع الشروط الأخرى المنصوص عليها في العقد مما يستوجب من القاضي ان يبحث عن النية الحقيقية للمتعاقدين في كلتا الحالتين والامر لا يختلف بالنسبة للقوانين الأجنبية فمن الصعب التفرقة بين نصوصها الواضحة التي لا يجوز الخروج عن معناها الظاهر المحدد والا تعرض حكم قضاة الموضوع لرقابة التشويه وبين نصوصها الغامضة التي يصح ان تكون محلا للتفسير وتخضع بالتالي لمطلق تقدير قضاة الموضوع دون رقابة محكمة النقض في ذلك ، فنص القانون الاجنبي ليس سوى عنصر من العناصر المكونة للتنظيم القانوني الاجنبي في مجموعه ولا يمكن تفسيره إلا بالرجوع الى العناصر التي يتضمنها هذا التنظيم فليس من المستطاع ان يكشف عن حقيقة مضمون القاعدة الأجنبية المختصة الا بالرجوع الى مجموع القواعد القانونية الأجنبية الأخرى من ناحية والى القضاء الاجنبي المختص من ناحية أخرى، وعلى هذا تبدو خطورة الأخذ بالمعنى الظاهر للنص الاجنبي المختص كميّار لامتداد رقابة محكمة النقض على تشويبه فقد يكون معناه الظاهر مخالفا للتفسير السليم له والمستخلص من مجموع الاحكام الصادرة عن القضاء الاجنبي او من المبادئ العامة السائدة في الدولة التي يطبق القاضي قانونها<sup>(١)</sup>، بينما يتجه البعض الآخر من الفقه الى ان معيار هذه التفرقة يتمثل في الحدود التي يجوز مباشرة رقابة التشويه في نطاقها وان رقابة التشويه تنصب وتتحدد في اوراق الدعوى ومستنداتها فقط فلا يجوز للمحكمة العليا مباشرة رقابة التشويه إلا اذا تضمنت اوراق الدعوى المستند التشريعي الذي نسب الطعن اليه والذي قامت محكمة الموضوع بتحريفه<sup>(٢)</sup> . وهكذا ينتهي اصحاب هذا الرأي الى ضرورة التمييز بين رقابة المسخ ورقابة التفسير حيث تنصب رقابة التفسير على القوانين الأجنبية بوصفها تعبيراً عن الامر الصادر عن المشرع بتطبيقها ، اما رقابة المسخ فلا تنصب الا على مستندات الدعوى سواء تضمنت اتفاقاً او قانوناً اجنبياً وهذا ما برره بعض الفقه<sup>(٣)</sup> .

يرى الاستاذ هشام علي صادق انه لا يجب التركيز على هذا الرأي لان المحكمة لم تركز على المستند التشريعي الا بعد ان تبين لها انه لا وجه لتطبيق نصوص معاهدة /١٩٠٧/ والتي لم يتضمن المستند المقدم الى المحكمة نصوصها بمعنى ان محكمة الموضوع لم تمسح في واقع الامر المستند التشريعي وانما تجاهلت القاعدة الأجنبية التي تقضي بوجوب تفضيل احكام التشريع الداخلي على نصوص المعاهدات عند وقوع التعارض بينهما<sup>(٤)</sup> .

وكخلاصة لهذه الآراء الفقهية يبدو خطأ التفرقة بين الوضوح والغموض للتفرقة بين رقابة التشويه ورقابة التفسير كما يتبين ايضاً ان محكمة النقض الفرنسية لم تفرض رقابتها من خلال مسخ المستند التشريعي مما دفع بعض الفقه الفرنسي الى القول وبحق ان رقابة التشويه تعبر عن سلطة محكمة النقض التقديرية في فرض رقابتها على التفسير في بعض الفروض فمحكمة النقض وتحت ستار فكرة التشويه قد باشرت رقابتها على تفسير القانون الاجنبي المختص<sup>(٥)</sup> .

(١) د. عكاشة محمد عبد العال \_ تنازع القوانين \_ مرجع سابق \_ ص ٤٨١ .

(٢) د. هشام علي صادق \_ مركز القانون الاجنبي امام القضاء الوطني \_ مرجع سابق \_ ص ٥١٨ \_ ٥١٩ .

(٣) د. هشام علي صادق \_ المرجع نفسه \_ ص ٥١٩ .

(٤) د. هشام علي صادق \_ المرجع نفسه \_ ص ٥٢٠ .

(٥) د. هشام علي صادق \_ المرجع نفسه \_ ص ٥٢٦ \_ ٥٢٧ .

يتم تقدير هذا التشويه بالنظر الى القانون الاجنبي بصورته التي التي طرح بها امام قضاة الموضوع سواء كان ذلك في صورة رسمية ام لا<sup>(١)</sup> ، فمحكمة النقض الفرنسية قد استندت في قرار مونتييور الى مخالفة نص المادة ١١٣٤/ من القانون المدني الفرنسي لكن تشويه القانون الاجنبي اما ان ينظر اليه من خلال الاساءة الى قاعدة الاسناد الوطنية واما ان ينظر اليه من خلال نظرية اعم وهي نظرية تشويه المستندات والوقائع بمفهومها الواسع ومحكمة النقض الفرنسية اخذت بهذا نظرا لقرارها<sup>(٢)</sup> .

وبالرجوع الى قرار مونتييور انتهت محكمة النقض الفرنسية الى تشويه قضاة الموضوع لمستند تشريعي في عملية فصل ناجحة بين المستند التشريعي وبين النظام القانوني الذي ينتمي اليه فالمطلوب بالنتيجة تطبيق القانون الاجنبي في نظامه المتكامل وليس المستند التشريعي منفصلا عن ذلك القانون وهذا ما تداركه القضاء الفرنسي في ظل التطورات الحديثة لمركز القانون الاجنبي امام القضاء الفرنسي حيث وسع من نطاق الرقابة على التشويه التي تمارسه المحكمة العليا بصورة تضمن احترام التكامل المعنوي للقانون الاجنبي شريطة ان يأتي المستند مجسدا للحقيقة الوضعية للقانون الاجنبي<sup>(٣)</sup> .

**ثانيا \_ رقابة التسبب (التعليل) :** محكمة النقض الفرنسية تراقب عبر فكرة التسبب تطبيق القانون الاجنبي ولهذه الرقابة اهمية في تفادي الخطأ في تطبيق القانون الاجنبي بطريقة غير مباشرة فيتعين على قضاة الموضوع الرد على طلبات الخصوم في الدعوى وان يسببوا قرارهم ومحكمة النقض تراقب مدى كفاية هذا التسبب<sup>(٤)</sup> . اعتمدت محكمة النقض الفرنسية على قاعدة لمراقبة التسبب مفادها تفسير قضاة الموضوع القانون الاجنبي تفسيراً مخالفاً للاحكام التشريعية الاجنبية بل محكمة النقض لم تقف عند هذا الحكم بل ذهبت الى ابعد من ذلك عندما اقرت ان حكم قضاة الموضوع يكون محلاً للنقض اذا كان تسبب حكمهم غير كافي<sup>(٥)</sup> . والواقع من الامر ان رقابة التسبب تضمن الى حد ما قيام قضاة الموضوع بما عليهم من التزامات بالنسبة لتفسير القانون الاجنبي ويمكن الطعن بالنقض لعدم كفاية التسبب في الحالات التالية<sup>(٦)</sup> :

- ١\_ اذا قدم في الدعوى نص قانوني معين لاثبات مضمون القانون الاجنبي وكان النص يحتمل اكثر من تفسير معتمد في الدولة الاجنبية ذاتها التي ينتمي اليها هذا القانون واخذ القاضي بتفسير معين له فانه يكون ملزماً بالكشف عن بيان السبب الذي حملته على اعتناقه والقاضي يخضع في ذلك لرقابة المحكمة العليا .
- ٢\_ اذا قدم في الدعوى شهادة او مستند يحتوي تفسيراً معيناً لمضمون القانون الاجنبي المختص واعرض القاضي عن الاخذ بهذا التفسير فان عليه ان يوضح الاسباب التي حملته على هذا الاعراض وهو امر يخضع بشأته لرقابة محكمة النقض ونفس الشيء في حالة ما اذا اخذ بتفسير نص القانون الاجنبي المقدم في الدعوى والذي يحتمل انه متناقض مع المعنى الواضح للنص فهذا المعنى يدخل في اطار فكرة التشويه .

(١) د. عكاشة محمد عبد العال \_ تنازع القوانين \_ مرجع سابق \_ ص ٤٧٦ .

(٢) د. سامي بديع منصور \_ الوسيط في القانون الدولي الخاص \_ مرجع سابق \_ ص ٧٤٧ .

(٣) د. عكاشة محمد عبد العال \_ تنازع القوانين \_ مرجع سابق \_ ص ٤٧٧ .

(٤) HENRI BATIFFOL , PAUL LAGARDE , Droit international prive , 1970 , op.cit , p 408 .

(٥) HENRI BATIFFOL , PAUL LAGARDE , ibid , p 398 .

(٦) د. عكاشة محمد عبد العال \_ المرجع نفسه \_ ص ٤٦٧ .

٣\_ عندما يطبق القاضي الوطني القانون الاجنبي فانه لا يكون وحسب ملزما باحترام التفسير الذي يعطيه له قضاء الدولة الاجنبية وانما يتعين عليه ان يبحث عن هذا التفسير في الحالة التي لا يقدم فيها الاطراف الادلة المثبتة لتفسيره بطريقة واضحة وكافية فاذا لم يتوصل الى معرفة هذا التفسير وتبنى تفسيراً معيناً فان عليه ان يوضح ذلك ويسبب حكمه والا كان حكمه مشوباً بالقصور في التسبب .

٤\_ من المسلم به ان قضاة الموضوع لهم مطلق الحرية في تفسير القانون الاجنبي وان كان عليهم ان يسببوا حكمهم تسبباً كافياً وهذا التسبب يخضع لرقابة المحكمة العليا وقد رأى جانب من الفقه المصري ان هذه الرقابة على التسبب تسمح بتفادي الخطأ في تطبيق القانون الاجنبي بطريقة غير مباشرة فمثل هذه الرقابة تنقيد بتقدير المحكمة في نطاق الاوراق والمستندات المقدمة كدليل على مضمون القانون الاجنبي (١) .

يستقر القضاء الفرنسي ويتابعه بعد ذلك القضاء اللبناني الحديث على ان هناك ارتباط بين التزام القاضي الوطني باثارة قاعدة الاسناد والبحث عن مضمون القانون الاجنبي المختص فاذا كان ملزماً باثارة قاعدة الاسناد عندما يتعلق الامر بحقوق لا يجوز للخصوم التصرف فيها فان على القاضي الوطني الفرنسي ان يبحث عن مضمون القانون الاجنبي عكس ما اذا كان الامر يتعلق بحقوق يجوز للخصوم التصرف فيها فانه يتعين عليهم التمسك بتطبيق القانون الاجنبي واثبات مضمونه والا طبق القانون الوطني كما اشرنا سابقاً ، وبالرجوع الى حالة التزام القاضي بالبحث عن مضمون القانون الاجنبي اذا ما تعلق الامر بحقوق لا يجوز التصرف فيها نجد ان هذا الالتزام هو التزام بوسيلة وليس بتحقيق نتيجة فاذا ما عجز القاضي عن اثبات مضمون هذا القانون طبق قانونه ولكن بشرط ان يسبب حكمه تسبباً كافياً والا كان محلاً للنقض (٢) .

لاشك ان رقابة التسبب تقلل من مخالفة قضاة الموضوع لتفسير القانون الاجنبي ولكن هذا لا يمنع ولا يحول دون وقوعها وان هذه الرقابة تضمن حسن تطبيق القانون الاجنبي وتفسيره طالما كانت الاحكام مسببة تسبباً كافياً الا ان المخاطر تبقى قائمة فالنص الواحد الموجود في القانون الاجنبي يمكن ان تفسره محاكم الموضوع تفسيرات متباينة عندما يقدم امامها ومن غير ان يكون محلاً لرقابة المحكمة العليا ما دامت ان كل محكمة قد عللت حكمها بصورة كافية (٣) .

(١) د. عكاشة محمد عبد العال \_ تنازع القوانين \_ مرجع سابق \_ ص ٤٦٩ .

(٢) FAUVARQVE – COSSON ( BENDICTE ) , Conflit de lois , le juge francais et droit etranger , op,cit , p 129.

(٣) د. عبده جميل غزوب \_ دروس في القانون الدولي الخاص \_ مرجع سابق \_ ص ١٦٩ .

## الفصل الثاني

### الاتجاه الذي يعتبر القانون الأجنبي مسألة قانون

يذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى أن القانون الأجنبي يظل قانونا بمعنى الكلمة ويحتفظ بطبيعته القانونية ليس فقط داخل حدود الدولة التي صدر فيها وإنما أيضا عندما يعبر هذه الحدود ويطبقه قاضي دولة أخرى فالقانون الأجنبي عندما تقوم المحكمة بتطبيقه على النزاع يعامل كقانون وليس كواقعة حيث يرى العديد من الفقهاء أن القانون الأجنبي من حيث وجوده وتطبيقه وتفسيره هو مسألة من المسائل القانونية فإن كان يفقد عنصر الإلزام بانتقاله من بلد لآخر إلا أن قاعدة الإسناد الوطنية تأمر القاضي الوطني بإعماله معيدة للقانون الأجنبي القوة الإلزامية .

فالقانون الأجنبي يظل محتقضا بصفته القانونية ولو في غير بلده الأصلي مع احتفاظه بالصفة الأجنبية باعتبار كونه صادرا عن مشرع غير المشرع الوطني ولا يبرر عدم الاعتراف له بهاتين الصفتين الصعوبات التي يلقاها القاضي الوطني بصدد البحث عن مضمونه وتفسيره<sup>(١)</sup> .

إن اعتبار القانون الأجنبي قانونا له اثر سواء من حيث إثباته (المبحث الأول) أو من حيث تفسيره (المبحث الثاني) وذلك على التفصيل الآتي بيانه .

---

(١) د. ماجد الحلواني \_ القانون الدولي الخاص وأحكامه في القانون الكويتي \_ الكويت \_ ١٩٧٣/١٩٧٤ \_ ص ٣٤٦\_٣٤٧

## المبحث الأول

### اثر اعتبار القانون الأجنبي مسألة قانون على إثباته

تشير قواعد الإسناد الوطنية باختصاص قانون أجنبي معين في نزاع مشتمل على عنصر أجنبي فعلى القاضي الوطني أن يرجع إلى هذا القانون ويقوم بإثباته وتطبيقه من تلقاء نفسه دون طلب من احد الخصوم سواء كان هذا قانون دولة بسيطة أو قانون ولاية من ولايات دولة مركبة وليس للقاضي أن يمتنع عن تطبيق هذا القانون بحجة عدم إمكان الاهتداء إلى أحكامه والا عدّ ممتنعاً عن تحقيق العدالة ، فالبحث عن القانون الأجنبي المختص والتثبت من وجوده وتطبيقه مهمة تقع على عاتق القاضي لا على عاتق الخصوم مثلما يقع عليه التزام البحث عن قواعد قانونه الوطني والتثبت من وجودها تماماً<sup>(١)</sup> .

وسنبحث موقف الفقه والقضاء من التزام القاضي بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي في (المطلب الأول) ، ثم نبحث التزام القاضي بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي في (المطلب الثاني) .

---

(١) د. غالب علي الداودي \_ القانون الدولي الخاص \_ مرجع سابق \_ ص ٢٦١ .



## المطلب الأول

### موقف الفقه والقضاء من التزام القاضي بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي

يميل الفقه الغالب إلى الاعتراف للقانون الأجنبي بصفته القانونية أمام القضاء الوطني فهو يرفض اعتبار القانون الأجنبي من قبيل الوقائع حيث يكاد يجمع الفقه المعاصر على احتفاظ القانون الأجنبي بطبيعته القانونية والتزام القاضي بتطبيقه من تلقاء نفسه والبحث عن مضمونه (الفرع الأول) ، لقد تأثر قضاء كثير من الدول بموقف الفقه السابق وذهب هذا القضاء إلى اعتبار القانون الأجنبي مسألة قانون يقع على القاضي عبء إثباته حتى القضاء الذي كان يعتبر القانون الأجنبي مجرد واقعة يقع على الخصوم عبء إثباتها كالقضاء المصري والفرنسي خاصة تراجع عن موقفه هذا ، وهكذا اتجه القضاء إلى إلزام القاضي بتطبيق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه والبحث عن مضمونه (الفرع الثاني) .

## الفرع الأول

### موقف الفقه

يرى الفقه الايطالي إن القانون الأجنبي يعامل معاملة القانون الوطني فالقانون الأجنبي الذي أشارت قاعدة الإسناد باختصاصه يندمج في القانون الوطني ويصبح جزء منه وبالتالي يقع على القاضي عبء إثباته وهذا ما يعرف بنظرية الاستقبال والاستيعاب (أولا) بينما استند غالبية الفقه في فرنسا وألمانيا في احتفاظ القانون الأجنبي بطبيعته القانونية الى أن المشرع الوطني يفوض بواسطة قاعدة الإسناد الوطنية مشرعي الدول الأجنبية في وضع القاعدة القانونية الملائمة للنزاع المطروح وهذا ما يعرف بنظرية التفويض (ثانيا) .

**أولا \_ نظرية الاستقبال والاستيعاب :** تبنت المدرسة الايطالية التطورات الحديثة التي وصل إليها الفقيه (انزيلوتي) في بداية القرن العشرين والمتمثل في الأزواج المطلق للنظام الداخلي والنظام الدولي<sup>(١)</sup> . ومن خلال هذا ظهرت الفكرة التي تنادي بخصوصية النظام القانوني الذي يقصد به اقتصار الطبيعة القانونية على كل ما يدخل في هذا النظام وانكارها عن كل ما يخرج عنه<sup>(٢)</sup> ، وبالتالي لا يتصور تقرير قيمة قانونية لأي نص أجنبي الا باندماجه في النظام القانوني الداخلي واستغراقه فيه حيث يجب منح الصفة الوطنية لكل قاعدة قانونية يطبقها القاضي الوطني حتى ولو كانت من أصل أجنبي<sup>(٣)</sup> .

(١) د. الطيب زروتي \_ القانون الدولي الخاص الجزائري \_ مرجع سابق \_ ص ٢٥٤ .

(٢) د. سعيد البستاني \_ الجامع في القانون الدولي الخاص \_ مرجع سابق \_ ص ٧٠٠ .

(٣) د. عكاشة محمد عبد العال \_ تنازع القوانين \_ مرجع سابق \_ ص ٣٦٢ .

سندا لذلك لا يمكن الاعتراف للقانون الأجنبي بطبيعته القانونية الا اذا تم دمجها بالقانون الوطني وهذا الاندماج هو الذي يحفظ للقانون الأجنبي طبيعته القانونية ويزوده بقوة النفاذ في بلد القاضي<sup>(١)</sup> .

فتطبيق القانون الأجنبي من طرف القاضي الوطني لا يمكن تفسيره إلا باعتبار هذا القانون اندمج في النظام القانوني الوطني وأصبح جزء منه<sup>(٢)</sup> ، فالفقه الايطالي عنده ان قاعدة الاسناد تشير أولاً باختصاص قانون أجنبي ثم تقوم ثانية بجذب هذا القانون فتدمجه في القانون الوطني فالقانون الاجنبي المختص لا تكون له أي قيمة إلا بإدماجه في النظام القانوني الداخلي واستغراقه فيه ومن ثم فان القاضي لا يطبق القاعدة التي يتضمنها القانون الأجنبي وانما يقوم بتطبيق تلك القاعدة الوطنية التي يتطابق مضمونها مع قواعد القانون الأجنبي<sup>(٣)</sup> .

اختلف الفقهاء الايطاليون حول طبيعة هذا الاندماج فبعضهم يقول بأنه اندماج مادي والبعض الآخر يقول اندماج شكلي .

١\_ **الاستقبال المادي** : يقصد به أن قانون دولة القاضي يتلقى ويستقبل القانون الأجنبي ويلحقه بقواعده فتدوب فيها وتصبح جزء منه حيث تفقد القاعدة صفتها الأجنبية ويندمج محتواها في قانون القاضي الوطني اندماجا ماديا<sup>(٤)</sup> .

فمحتويات القانون الأجنبي تدوب في وعاء القانون الوطني وتصبح جزء منه بمعنى أن القانون الوطني يعترف بالنسبة للحالة المعروضة أمامه قواعد موضوعية مماثلة للقواعد المقررة في القانون الأجنبي المختص وكأن القاضي يتبنى الفصل في النزاع المعروض عليه قاعدة شبيهة بالقاعدة القانونية الأجنبية فقاعدة الإسناد وهي تقضي بتطبيق قانون أجنبي تنشأ في ذات الوقت أحكاما قانونية وطنية مطابقة لأحكام هذا القانون الأجنبي ويكون معنى ذلك ان القانون الأجنبي المختص هو القانون الوطني المنفق مع القانون الأجنبي ومقتضى هذا الرأي ان القانون الأجنبي يفقد مقوماته بمجرد إدماجه في قانون القاضي<sup>(٥)</sup> .

وينتج عن هذا التصوير ان القاضي يفسر تلك القاعدة لا كما يقع تفسيرها في البلاد الأجنبية بل على ضوء قانونه الوطني باعتباره جزء منه<sup>(٦)</sup> .

ان نظرية الاندماج المادي ترى ان قاعدة الأسناد هي قاعدة بيبضاء او فارغة المضمون تمتص وتستقبل مضمون القوانين الاجنبية التي تشير بتطبيقها فهذه النظرية تجعل من قاعدة الاسناد قاعدة مادية أو موضوعية اسوة بالقواعد المادية الاخرى في القانون الداخلي فقاعدة الاسناد وفق هذا التصوير لا تعد قاعدة غير مباشرة

(١) د. سعيد البستاني\_ الجامع في القانون الدولي الخاص \_ مرجع سابق \_ ص ٧٠٠ .

(٢) د. أعراب بلقاسم \_ القانون الدولي الخاص الجزائري \_ مرجع سابق \_ ص ١٤٢ .

(٣) د. عكاشة محمد عبد العال \_ تنازع القوانين \_ مرجع سابق \_ ص ٣٦٢ .

(٤) د. سعيد البستاني \_ المرجع نفسه \_ ص ٧٠٠ .

(٥) د. عز الدين عبد الله \_ القانون الدولي الخاص \_ مرجع سابق \_ ص ٥٧٥ .

(٦) د. موسى عبود \_ الوجيز في القانون الدولي الخاص العربي \_ مرجع سابق \_ ص ١٩٨ .

وانما هي قاعدة موضوعية تنطبق على النزاع مباشرة<sup>(١)</sup> .

يسلم هذا الاتجاه بجميع النتائج المترتبة على اعتبار القانون الأجنبي جزء من القانون الوطني اذ يلتزم القاضي بتطبيق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه كما يفترض فيه العلم بأحكامه أسوة بالقانون الوطني وأخيرا يخضع القاضي في تفسيره القانون الأجنبي لرقابة محكمة القضاة<sup>(٢)</sup> .

**نقد النظرية :** تعرضت هذه النظرية للنقد من قبل الفقه حيث يرى ان هذه النظرية اقرب إلى الخيال منها إلى الواقع حيث تقوم على تصور إمكان احتواء قانون القاضي لقوانين كافة دول العالم رغم ما قد يوجد بينها من تنافر أو اختلاف<sup>(٣)</sup> .

هذا فضلا على انه من غير المقبول القول بإمكان احتواء قانون القاضي لقاعدة أجنبية اذا كانت هذه القاعدة تتنافى مع الأسس التي يقوم عليها قانون القاضي<sup>(٤)</sup> .

كما عيب على هذا المفهوم ان القاعدة الأجنبية باعتبار أنها قد أصبحت قاعدة قانونية وطنية فإنها تخضع في تفسيرها إلى المفاهيم السائدة في بلد القاضي الأمر الذي يؤدي لا محالة إلى تشويهاها<sup>(٥)</sup> .

**٢\_ الاستقبال الشكلي :** لتجنب النقد السابق الموجه إلى الاندماج الشكلي اتجه الفقه الايطالي الحديث إلى القول

بان الاندماج المقصود به هو الاندماج الشكلي أي ان القاعدة الأجنبية تبقى محتفظة بمعناها ومقوماتها التي تتمتع بها أصلا في بلادها<sup>(٦)</sup> . بمقتضى هذا التصور تدخل القاعدة القانونية الأجنبية ضمن قواعد القانون الوطني لكن مع احتفاظها بالمعنى الذي يعطيها إياه نظامها الأجنبي وبذلك يحافظ القانون الأجنبي على مقوماته التي يتمتع بها في بلاده مما يعني احتفاظه بصفته الأجنبية وطبيعته القانونية في نفس الوقت مع ما يترتب على ذلك من استمرار احتفاظ قاعدة الإسناد بطابعها الخاص الذي يميزها عن القواعد المادية الموضوعية<sup>(٧)</sup> .

**نقد النظرية :** يعاب على نظرية الاستقبال الشكلي على الرغم من كونها جعلت القاضي الوطني يفسر القانون الأجنبي وفقا للمفاهيم السائدة في البلد الذي صدر فيه إلا أنها تنقصها الواقعية كونها تقتضي بإدماج كافة قوانين العالم في القانون الوطني رغم التنافر والاختلاف بينها<sup>(٨)</sup> .

(١) د. هشام علي صادق \_ د حفيظة السيد حداد \_ دروس في القانون الدولي الخاص \_ مرجع سابق \_ ص ١٤٩ \_ ١٥٠ .

(٢) د هشام علي صادق \_ د حفيظة السيد حداد \_ المرجع نفسه \_ ص ١٥٠ .

(٣) د. سعيد البستاني \_ الجامع في القانون الدولي الخاص \_ مرجع سابق \_ ص ٧٠١ .

(٤) د سامية راشد \_ قاعدة الإسناد أمام القضاء \_ مجلة العلوم القانونية والاقتصادية \_ كلية الحقوق \_ عين شمس \_ القاهرة \_ العدد الثاني \_ السنة الرابعة عشر \_ يوليو \_ ١٩٧٢ \_ ص ٨٠٤ .

(٥) د اعراب بلقاسم \_ القانون الدولي الخاص الجزائري \_ مرجع سابق \_ ص ١٤٣ .

(٦) د. اعراب بلقاسم \_ المرجع نفسه \_ ص ١٤٣ .

(٧) د. سعيد البستاني \_ المرجع نفسه \_ ص ٧٠١ .

(٨) د. سعيد البستاني \_ المرجع فسه \_ ص ٧٠١ .

وأخيرا ان نظرية الاستقبال بنوعها المادي والشكلي تعرضت للنقد فهي غير مقبولة منطقيا في الفرض الذي يكون فيه القانون الأجنبي متناقرا وأحكام قانون القاضي تناقرا لا يصل إلى حد مخالفة النظام العام فكيف يمكن وقوع هذا الاستقبال رغم وجود هذا التباين ؟ إضافة لذلك لم يثبت في الأنظمة القانونية في القانون المقارن ان فكرة الاستقبال مقبولة ومكرسة وضعيا <sup>(١)</sup> . كما عيب على هذه النظرية في مجملها أنها تنزع عن القانون الأجنبي طبيعته الاجنبية لا لشيء إلا لان قاضيا اجنبيا هو الذي يطبقها <sup>(٢)</sup> .

**ثانيا \_ نظرية التفويض :** يرى جاب من الفقه الألماني والفرنسي ان المشرع الأجنبي يأمر القاضي الوطني بناء على تفويض من قواعد الاسناد الوطنية بتطبيق القانون الأجنبي <sup>(٣)</sup> . فهم يرون ان القانون الأجنبي لا يفقد طبيعته لدى القاضي الوطني فهو يظل قانونا ولا يفقد صفته الاجنبية ولا غرابة في انصياح القاضي الوطني لأمر المشرع الأجنبي اذ ان هذا الأمر يصدر من المشرع الأجنبي بمقتضى تفويض للمشرع الوطني بموجب قاعدة الاسناد الوطنية <sup>(٤)</sup> . ان المشرع الأجنبي يصبح عن طريق قاعدة الاسناد مصدرا لقواعد قانونية يقوم القاضي بتطبيقها على المنازعات ذات الطابع الدولي <sup>(٥)</sup> ، فقاعدة الاسناد عندما تشير بتطبيق قانون اجنبي معين فمعنى ذلك ان المشرع الوطني قد عهد للمشرع الأجنبي المفوض تنظيم النزاع المطروح بدلا عنه ففي كل حالة يثبت الاختصاص لقانون اجنبي طبقا لقاعدة الاسناد يتخلى المشرع الوطني عن الاختصاص التشريعي للمشرع الاجنبي بناء على تفويض الذي ينوب عنه في التشريع بالنسبة للنزاع المطروح أمامه <sup>(٦)</sup> . نظرية التفويض تقوم على الاحتفاظ للقانون الأجنبي بكامل صفته التي تكون له في الدولة المصدرة له مع التزام القاضي الوطني بتطبيقه بتلك الصفة <sup>(٧)</sup> .

**نقد النظرية :** عيب على هذه النظرية انه من العصي أولا ان نتصور ان يأتمر القاضي الوطني بغير أوامر مشرعه ولا يسوغ القول بان مشرع دولة القاضي يفوض سلطة تشريعية اجنبية للتشريع بدلا عنه فهذا يتعارض مع المبادئ العامة التي لا تقر بتفويض سلطة التشريع لدولة اجنبية <sup>(٨)</sup> . وعيب عليها ان التفويض لا يكون إلا لمفوض معين والمفوض هنا غير معين ومعلوم فمن غير المعقول ان

(١) د. عكاشة محمد عبد العال \_ تنازع القوانين \_ مرجع سابق \_ ص ٣٦٣ .

(٢) د. علي سليمان علي \_ مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري \_ الجزائر \_ ٢٠٠٣ \_ ص ١٣٧ .

(٣) HENRI BATEFFOL , PAUL LAGARDE , Droit international prive , 1981 , op.cit , p 391 .

(٤) د. عز الدين عبد الله \_ القانون الدولي الخاص \_ مرجع سابق \_ ص ٥٧٦ .

(٥) د. نادية فضيل \_ تطبيق القانون الأجنبي امام القضاء الوطني \_ مرجع سابق \_ ص ٢٥ .

(٦) د سامية راشد \_ قاعدة الاسناد امام القضاء \_ مرجع سابق \_ ص ٨٢ .

(٧) د. عكاشة محمد عبد العال \_ المرجع نفسه \_ ص ٣٦٤ .

(٨) د. عز الدين عبد الله \_ المرجع نفسه \_ ص ٥٧٧ .

يقوم المشرع بتفويض مشرع أجنبي دون ان يكون معروفا مسبقا<sup>(١)</sup> .  
وأبضا من غير المعقول القول بوجود تفويض للمشرع الأجنبي لأنه غير معروف مقدما ويختلف باختلاف  
المنازعات المطروحة على القاضي ولا علم للمشرع الأجنبي بتفويض المشرع الوطني له فهو تفويض ان صح  
يكون على غير إرادة المفوض وهذا نوع جديد من التفويض لا يعرفه القانون الوضعي<sup>(٢)</sup> .  
وكخلاصة لهذه الآراء نجد ان غالبية الفقه والاجتهاد في القانون المقارن يؤكد الطبيعة القانونية للقانون الأجنبي  
ويركز بالحاح على صفته الأجنبية ولا يعتبره عنصرا من عناصر الواقع بل انه قانون يطبقه القاضي الوطني نزولا  
على أمر مشرعه الذي أودعه قاعدة الاسناد الوطنية دون حاجة إلى خلق مبررات غير منطقية وأفكار خيالية وبما  
انه قانون ولكن أجنبي فأمر طبيعي بان يلقى معاملة إجرائية تختلف عن تلك التي يتلقاها القانون الوطني<sup>(٣)</sup> .  
ونرى ان القول بان القانون الأجنبي يفقد صفته الإلزامية وطبيعته القانونية بمجرد عبوره الحدود ويعتبر واقعة  
تطبق أمام القاضي الوطني هو امر غير منطقي وكأن القاضي يطبق واقعة على وقائع وهذا ما لا معنى له .  
وإذا كان القانون الأجنبي يتمتع بهذه الخصوصية فانه حتما لا يعامل مثل القانون الوطني فحتما بينهما فوارق  
ومن الصعب افتراض علم القاضي الوطني بمضامين كافة القوانين الأجنبية زيادة على ذلك فان القانون الأجنبي  
لا يصدر ولا ينشر في دولة القاضي أي يجب عدم إنكار الصفة القانونية للقانون الأجنبي لكن يخضع لمعاملة  
تختلف عن القانون الوطني ، وبالتالي فان القاضي ملزم بتطبيق القانون الأجنبي متى أشارت إليه قاعدة الاسناد  
الوطنية وعليه اثباته والبحث عن مضمونه بوسائله المتاحة دون ان يترك ذلك إلى مشيئة الخصوم .

---

(١) د. علي سليمان علي \_ مذكرات في القانون الدولي الخاص \_ مرجع سابق \_ ص ١٥٣ .

(٢) د. عكاشة محمد عبد العال \_ تنازع القوانين \_ مرجع سابق \_ ص ٣٦٤ .

(٣) د. عكاشة محمد عبد العال \_ المرجع نفسه \_ ص ٣٦٥ .

## الفرع الثاني

### موقف القضاء

ذهب قضاء كثير من الدول إلى اعتبار القانون الأجنبي قانون وهذا يعني ان على القاضي وحده مهمة إثارة تطبيقه من تلقاء نفسه والبحث عن مضمونه لتطبيقه على النزاع (أولاً) ، وعلى عكس الدول الأخرى التي كان لها موقفا واحدا في اعتبار القانون الأجنبي واقعة فان القضاء الفرنسي ومن خلال قرارات صادرة عن محكمة النقض الفرنسية اعتبر القانون الأجنبي قانون يقع على القاضي عبء اثباته ولكن بصفة مترددة بين الإلزام والنفي في بعض الحالات (ثانياً) .

**أولاً \_ موقف قضاء بعض الدول :** بعض الدول اعتبرت القانون الأجنبي قانون وليس واقعة ومن بين هذه الدول الاتحاد السوفييتي سابقا ، تشيكوسلوفاكيا ، وبعض قوانين أمريكا اللاتينية<sup>(١)</sup> ، اما القضاء الايطالي وحسب الفقه السائد فيها والمأخوذ به عند القضاء في جزء من أحكامه يقر بأن على القاضي ان يطبق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه ومن واجبه السعي إلى التعرف على احكامه مع إمكانية الاستعانة بالخصوم<sup>(٢)</sup> . لقد كان الاتجاه الأول في القضاء الايطالي اعتبار قواعد القانون الأجنبي من قبيل الوقائع والفكرة الأساسية التي كانت تظهر من احكام هذا القضاء هو ان قوانين الدولة الأجنبية تعتبر في ايطاليا في حكم الوثائق والأوراق المقدمة في الدعوى أو في حكم العقود وبالتالي فلا يعتد بها إلا اذا قام الخصم باثبات وجودها وبالرغم من ذلك فالفقه الايطالي الحديث يرى ان التعمق في احكام هذا القضاء يؤدي إلى تأكيد ان القضاء يعتبر القانون الأجنبي مسألة قانونية ويرى هذا الفقه ان التأمل في بعض احكام هذا القضاء الهامة واستخلاص منها بعض المبادئ نجد أنها تتماشى مع معاملة القانون الأجنبي معاملة القواعد القانونية وما يبين هذه المبادئ ان احكام القضاء الايطالي قد تواترت على تطبيق القاضي القانون الأجنبي من تلقاء نفسه دون طلب الخصوم<sup>(٣)</sup> . استقرت محكمة النقض الايطالية في اعتبار القانون الاجنبي قانون مذ عام ١٩٦٦/١<sup>(٤)</sup> وكانت هي اول من اعتنق الاتجاه نحو الزام القاضي بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي مستخدما كافة الوسائل بما في ذلك طلب معاونة الخصوم وهذا ما انتهت إليه في حكمها الصادر بدوائرها المجتمعة في ٢٦ / فبراير / ١٩٦٦ وتابعتها

(١) د. الطيب زروتي \_ القانون الدولي الخاص الجزائري \_ مرجع سابق \_ ص ٢٣٤ .

(٢) د. عز الدين عبد الله \_ القانون الدولي الخاص \_ مرجع سابق \_ ص ٥٨٥ .

(٣) د. شمس الدين الوكيل \_ دراسة مقارنة في اثبات القانون الأجنبي ورقابة المحكمة العليا على تفسيره \_ مرجع سابق \_ ص ١٠٣ \_ ١٠٤ .

(٤) د. هشام علي صادق \_ د. حفيظة السيد حداد \_ دروس في القانون الدولي الخاص \_ مرجع سابق \_ ص ١٧٠ .

محكمة النقض البلجيكية في هذا الاتجاه في حكم صادر عنها في ٢٣/فبراير/١٩٨٤<sup>(١)</sup> .

أما بالنسبة لموقف محكمة النقض المصرية فإنها استجابت للاتجاهات الفقهية الحديثة في شأن اثبات مضمون القانون الاجنبي ، وبعد تردد القضاء بين الشدة والتخفيف انتهى في حكم صادر عنه في ٦/ فبراير / ١٩٨٤ إلى ان القانون الاجنبي يعتبر قانون يقع على القاضي عبء اثباته<sup>(٢)</sup>. ويرى الفقه المصري ان محكمة التمييز المصرية في هذا الحكم ألفت على عاتق القاضي عبء اثبات مضمون القانون الأجنبي في حالتين<sup>(٣)</sup> :

١\_ اذا كان القانون الأجنبي من القوانين المعروفة لدى القاضي انها استقت احكامه من القانون المصري .

٢\_ اذا كان القانون الأجنبي من القوانين التي استقى القانون الوطني احكامه منها . اما اذا كان القانون الاجنبي غريبا عن القاضي فان عبء اثباته يقع على عاتق الخصوم ليس لان هذا الاخير يعتبر واقعة وانما لصعوبة التعرف عليه وتكليف القاضي الخصوم بتقديم مضمون القانون الأجنبي هو إذعان لأمر المشرع بموجب قاعدة الاسناد الوطنية<sup>(٤)</sup> . اشرنا في الفصل الأول ان القضاء الكويتي يعامل القانون الأجنبي معاملة الوقائع كقاعدة عامة كما يتعامل مع قاعدة الاسناد على انها غير ملزمة بل اختيارية غير ان المشرع الكويتي لم يتعامل مع الموضوع بصورة صريحة لكن طريقة صياغة قواعده ومعالجته لمسألة اثبات القانون الأجنبي امام القضاء في قانون المرافعات كل هذه الامور تدل على انه يعامل القانون الأجنبي معاملة قانون بصفة تختلف عن القانون الوطني<sup>(٥)</sup> . والحجج التي يمكن الاستدلال بها في اعتبار القانون الأجنبي قانون في ظل التشريع الكويتي هي معالجة مسألة تنازع القوانين بقانون خاص هو قانون رقم ٥/ لعام ١٩٦١/عكس الدول الاخرى التي تنظم عادة مسألة تنازع القوانين في القانون المدني كذلك طريقة صياغة قواعد الاسناد حيث استعمل المشرع كلمت مثل (يسري ، يطبق ، يرجع ،.....) فهي عبارات أمرة لا توحى ان تطبيق القانون الأجنبي يتوقف على إرادة الخصوم أو إرادة القاضي وأخيرا فان نص المادة ٧٤/ من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي تنص : " في احوال تطبيق قانون اجنبي يجوز للمحكمة ان تكلف الخصوم بتقديم النصوص التي يستندون اليها مشفوعة بترجمة رسمية من وزارة العدل أو بترجمة من الجهة التي تحددها المحكمة<sup>(٦)</sup> ".

وفي هذا دلالة واضحة على التزام القاضي بعبء اثبات مضمون القانون الأجنبي ولكن نظرا للصعوبات التي تواجهه في ذلك أجاز المشرع للقاضي تكليف الخصوم باثبات مضمونه لكن دون إعفاء القاضي من ذلك حيث ان نص المادة ٧٤/ من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي يؤيد الرأي الفقهي القائل بأن القانون

(١) د. هشام علي صادق \_ د. حفيظة السيد حداد \_ دروس في القانون الدولي الخاص \_ مرجع سابق \_ ص ١٧٠ .

(٢) د. هشام علي صادق \_ د. حفيظة السيد حداد \_ المرجع نفسه \_ ص ١٧٠ .

(٣) د. هشام علي صادق \_ د. حفيظة السيد حداد \_ المرجع نفسه \_ ص ١٦٨ .

(٤) د. هشام علي صادق \_ د. حفيظة السيد حداد \_ المرجع نفسه \_ ص ١٦٨ \_ ١٦٩ .

(٥) د. هشام علي صادق \_ الموجز في القانون الدولي الخاص \_ مرجع سابق \_ ص ١٥٤ .

(٦) د. احمد ضاغن السمدان \_ نظرة حول موقف القضاء الكويتي من القانون الأجنبي \_ مرجع سابق \_ ص ٤٩ .

الأجنبي قانون ولكنه ليس قانون وطني يفترض علم القاضي به بل يبقى اجنبي ويعامل معاملة خاصة<sup>(١)</sup>.  
يعتبر القانون الألماني حسب نص المادة /٢٩٣/ من قانون المرافعات المدنية القانون الأجنبي قانون ويرفض  
اعتباره مجرد واقعة وبهذا يكون القانون الألماني حسب هذا النص من بين القوانين القليلة التي عالجت مشكلة  
اثبات مضمون القانون الأجنبي بقاعدة تشريعية حيث رأى المشرع الألماني ان الإحاطة بقواعد القانون الأجنبي  
ليس بالأمر السهل في كافة الاحوال ومن اجل ذلك وضع قاعدة تنظيمية لاثباته تسمح باشتراك الخصوم فيه دون  
ان تعفي القاضي من هذا الواجب<sup>(٢)</sup>.

اما بالنسبة لموقف المشرع الجزائري ومن خلال نص المادة (٦/٣٥٨) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية  
السابق ذكرها وبمفهوم المخالفة لنص المادة فانه اعتبر فقط القانون الاجنبي المتعلق بقانون الأسرة كقانون الذي  
يقوم القاضي بمهمة تطبيقه والبحث عن مضمونه اذا تعلق الأمر به .

نفس التمييز اخذ به المشرع المغربي حيث ميز بين القوانين الاجنبية المتعلقة بالاحوال الشخصية في ظل ظهير  
/١٩٥٧/ حيث نص في الفصل /١٣/ من الظهير المؤسس للمجلس الأعلى الصادر بتاريخ /١٩٥٧/ في فقرته  
الاولى على ان من جملة الأسباب التي يمكن ان يبنى عليها الطعن بالنقض :

" خرق قانون اجنبي خاصا بالاحوال الشخصية " مع العلم ان قانون المسطرة المدنية المغربي الصادر سنة  
/١٩٧٤/ حذف عبارة الاحوال الشخصية وما دام خرق هذا القانون يشكل سببا من اسباب الطعن بالنقض ينتج  
عن ذلك ان تطبيقه في الحالات التي تعينها قاعدة الاسناد المغربية أمر إلزامي لان عدم تطبيق ذلك القانون هو  
خرق له فضلا عن كونه خرقا لقاعدة الاسناد التي هي قانون مغربي داخلي<sup>(٣)</sup>.

ويترتب على اعتبار القانون الأجنبي قانون النتائج التالية<sup>(٤)</sup> :

- ١\_ لا يجوز للمتخاصمين استبعاده ولو اتفقوا على ذلك .
- ٢\_ المحكمة ملزمة بتطبيقه ولو لم يطلب ذلك المتقاضون .
- ٣\_ المحكمة ملزمة بالبحث مباشرة عن مضمون القانون الأجنبي كما تبحث عن القانون الوطني بمختلف الوسائل  
ولا يعتبر المتقاضون ملزمين بان يثبتوا امامها مضمون القانون الأجنبي واذا قدموا لها مضمونه لا تكون مقيدة بما  
قدموه .

٤\_ يجوز ان يثار لأول مرة امام المحكمة العليا عدم تطبيق القانون الأجنبي .

(١) د احمد ضاغن السمدان \_ نظرة حول موقف القضاء الكويتي من القانون الأجنبي \_ مرجع سابق \_ ص ٥٠ .

(٢) د. شمس الدين الوكيل \_ دراسة مقارنة في اثبات القانون الأجنبي ورقابة المحكمة العليا على تفسيره \_ مرجع سابق \_ ص ٩٠ \_ ٩١ .

(٣) د. موسى عبود \_ الموجز في القانون الدولي الخاص المغربي \_ مرجع سابق \_ ص ٢٠٦ \_ ٢٠٧ .

(٤) د. موسى عبود \_ المرجع نفسه \_ ص ٢٠٧ .



**ثانياً \_ موقف القضاء الفرنسي :** قررت محكمة النقض الفرنسية بعد ان كانت ترى القانون الأجنبي مجرد واقعة انه يعتبر قانون وان القاضي ملزم بتطبيقه والبحث عن مضمونه من تلقاء نفسه وهذا من خلال قرارات صادرة عنها في / ١١ ، ١٨ / اكتوبر / ١٩٨٨ / حيث نحت باللوم على قضاة الموضوع لأنهم لم يفصلوا في النزاعين المطروحين عليها على مقتضى القانون الأجنبي الواجب التطبيق كأثر للتزام الواقع على عاتقهم بان يطبقوا قاعدة الإسناد فقضاة الموضوع كما قررت المحكمة قد حادوا عن جادة الصواب لانهم لم يطبقوا تلقائيا قاعدة التنازع الفرنسية الامر الذي استتبع تطبيقهم للقانون الفرنسي بدلاً من القانون المختص أصلاً<sup>(١)</sup> . ويتأمل هذا القرار نلاحظ أن المحكمة تلزم القاضي بتطبيق قاعدة الإسناد في جميع المواد مهما كان القانون المختص سواء كان القانون الفرنسي أو الأجنبي .

وفي قرار آخر صادر عن محكمة النقض الفرنسية في ٢٤ / نوفمبر / ١٩٩٨ في قضية ( LAVAZZA ) رأيت أن تطبيق القانون الأجنبي يعتبر قانوناً واستندت في ذلك إلى المادة /٣/ من القانون المدني الفرنسي السابقة الذكر التي تعتبر رمزاً لتطبيق القوانين الاجنبية ، حيث رأيت المحكمة أن القاضي ملزم بتطبيق القانون الأجنبي مثلما يقع عليه التزام تطبيق القانون الفرنسي<sup>(٢)</sup> .

لكن بعد أن قررت محكمة النقض الفرنسية أن قاضي الموضوع ملزم بالتطبيق التلقائي للقانون الأجنبي تراجع وقررت أن قاعدة الاسناد لا تكون ملزمة إلا اذا كان القانون الأجنبي المختص من المسائل التي لا يكون للأطراف حرية التصرف فيها أو اذا كانت قاعدة الاسناد مصدرها اتفاقية دولية<sup>(٣)</sup> . بالنسبة لدولية قاعدة الاسناد فلقد أخذت محكمة النقض الفرنسية في قضية ( cove co ) حيث جاء في حيثيات هذا القرار : " عندما لا يثير الأطراف قوانين أخرى إلا التي تكون مأخوذة خاصة من القانون الفرنسي في مادة لا تكون خاضعة لأية اتفاقية دولية وحيث يكون لها حرية التصرف لا يمكن ان يؤخذ على قاضي الموضوع عدم البحث تلقائياً عن القانون الواجب التطبيق في الموضوع<sup>(٤)</sup> .

يبدو من هذا القرار ان قاعدة تنازع القوانين تبقى ملزمة اذا كانت تتعلق باتفاقية دولية وفي غياب الاتفاقية الدولية يكون لها طابع اختياري الا في المواد التي لا يكون لها حرية التصرف فيها لكن ووفقاً لقضية ( societe hannoverinter national ) الصادرة في ٦ / ماي / ١٩٩٧ والتي جاء في حيثيات هذا القرار :

(١) د. عكاشة محمد عبد العال \_ تنازع القوانين \_ مرجع سابق \_ ص ٣٧٥ .

(٢) LARPVANICHAR RATCHANEKORN , Le statut loi étrangère selon la cour de cassation , Mémoire présentée vue de o obtention du master droit " recherche " mention " droit international " , 2005 , 2006 , p 22 .

(٣) ALEXANDERE DANIL , Conflit de loi , la loi étrangère devant , les tribunaux français , op.cit , p 6 , 7 .

(٤) د. كمال قريوع عليوش \_ القانون الدولي الخاص الجزائري \_ مرجع سابق \_ ص ١٤٣ .

" في الحقوق التي يكون لها حرية التصرف فيها يمكن للأطراف ان تتفق على تطبيق قانون القاضي رغم وجود اتفاقية دولية أو شرط تعاقد يعين قانونا مختصا يمكن ان ينجم مثل هذا الاتفاق من ادعاءات الأطراف التي تثير قانونا آخر غير القانون المعين من طرف معاهدة أو عقد (١) ."

فيبدو من ذلك ان محكمة النقض الفرنسية قد ألغت الصفة الإلزامية لقاعدة الاسناد ذات المصدر اتفاقية دولية مما يؤدي إلى عدم تطبيق القانون الأجنبي تلقائيا من طرف القاضي والبحث عن مضمونه ولكنها في نفس الوقت أبقت على المسائل التي لا يمكن للأطراف التصرف فيها واعتبرتها مسألة ملزمة للقاضي في البحث عنها وتطبيقها ولكن هذا الرأي غير مؤكد (٢) . فبعد الغاء محكمة النقض الفرنسية الزامية قاعدة الاسناد ذات المصدر اتفاقية دولية ابقت على الصفة الالزامية للحقوق التي لا يجوز للخصوم التصرف فيها .

يستنتج من ذلك ان طابع الالزامية قد تغير فبعدها كانت قاعدة الاسناد تتعلق بالنظام العام ام لا حسب ما اذا عينت القانون الفرنسي أو الأجنبي اصبح هذا الطابع مرتبطا بطبيعة المسألة موضوع النزاع اذا كان للأطراف حرية التصرف في حقوقها تكون قاعدة الاسناد اختيارية اما اذا كان العكس فتكون ملزمة للقاضي يكون ملزما بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي اذا تعلق الامر بحقوق لا يمكن التصرف فيها فقط .

التمييز الذي قامت به محكمة النقض الفرنسية بين الحقوق التي يجوز التصرف فيها والحقوق التي لا يجوز التصرف فيها يطرح المشاكل التالية :

- كيف يتم تحديد الحقوق التي يجوز للأطراف التصرف فيها هل يتم ذلك عن طريق قاضي الدعوى أو القانون الأجنبي المختص بحكم النزاع وفقا لقاعدة الاسناد ؟

يرى جانب من الفقه انه اذا كانت قاعدة الاسناد ثنائية يكون اللجوء إلى قانون قاضي الدعوى لان القانون الاجنبي لا يطبق من تلقاء نفسه ولكن بواسطة قاعدة تنازع القوانين لقاضي الدعوى وبالتالي فهو الذي يحدد اذا كانت المواد أمرة ام لا (٣) .

اذا كانت قاعدة الاسناد منفردة ولا تعطي الاختصاص للقانون الفرنسي بل للقانون الأجنبي فقط فان هذا الأخير يرجع له الاختصاص لتحديد ما اذا كانت المواد أمرة يمكن التصرف فيها ام لا (٤) .

اما البعض الآخر من الفقه فيرى ان تحديد المواد التي تتسم بالطبيعة الأمرة يكون من طرف القانون الذي يحكم الاطراف أي القانون الذي عين من قبل قاعدة الاسناد أي هو القانون الاجنبي وحسب رأي الأستاذ كمال قريوع عليوش فانه يرى ان هذا الحل هو المناسب لانه اذا اعتبر القانون الأجنبي كقانون لا كواقعة فمن

(١) د. كمال قريوع عليوش \_ القانون الدولي الخاص الجزائري \_ مرجع سابق \_ ص ١٤٥ \_ ١٤٦ .

(٢) LARPVANICHAR RATCHANEKORN , Les statut de la loi étrangère , selon , la cour de cassation , op.cit , p 32

(٣) د. كمال قريوع عليوش \_ المرجع نفسه \_ ص ١٣٩ .

LARPVANICHAR RATCHANEKORN , IBID , P 31 , 32 .

(٤)

المنطقي ان يحدد هو نفسه المواد التي يمكن ان يكون للأطراف حرية التصرف فيها (١) .

– هل يجب ان يكون التنازل صريحا ؟

اذا كان المبدأ هو إلزامية قاعدة الاسناد بالنسبة للقاضي مع إلزامية البحث عن مضمونه فإذا لاحظ القاضي ان النزاع يتعلق بحقوق يمكن للخصوم التصرف فيها وتبين له انها تنازلت عن تطبيق القانون المختص فيأخذ القاضي بارادة الاطراف غير انه اذا ما تبين له ان التنازل غير مؤكد كما في حالة سكوت الأطراف مثلا فان على قاضي الموضوع تطبيق القانون المختص وعليه ان يعلم الاطراف بذلك لانه قد يكون سكوت الاطراف نتيجة لجهلهم بقواعد القانون الدولي الخاص وبالتالي لا يصرحوا عن إرادتهم بالتنازل عن تطبيق القانون المختص وان هذا الحل الوسط بين التنازل وعدم التنازل يؤدي الى التوفيق بين المواد التي يكون للأطراف حرية التصرف فيها وتطبيق القواعد القانونية (٢) .

– هل التنازل عن القانون المختص يكون عندما يتعلق الأمر بالقانون الاجنبي ام انه يخص كذلك قانون قاضي الدعوى؟

انطلاقا من مبدأ إلزامية قاعدة الاسناد سواء عينت قانون القاضي ام قانون اجنبي مع انها لا تكون أمرة إلا عندما يتعلق الامر بحقوق لا يجوز التصرف فيها فعلى هذا الأساس يمكن القول انه يجوز للأطراف التنازل عن القانون المختص اذا تعلق الامر بحقوق يجوز التصرف فيها سواء كان القانون الفرنسي هو المختص ام القانون الاجنبي ، يتطلب التنازل اختيار قانون آخر يلزم القاضي ويؤدي عدم تعيينه الى تطبيق قانون القاضي كقانون ثانوي (٣) . التمييز الذي قامت به محكمة النقض الفرنسية بين الحقوق التي يجوز التصرف فيها والحقوق التي لا يجوز التصرف فيها لم تأخذ به المحكمة بصفة مطلقة ولم يرق الى درجة المبدأ ، اذ ذهبت محكمة النقض بعد ذلك الى اعتبار القانون الاجنبي كقانون يقع على القاضي عبء اثباته في جميع الأحوال سواء تعلق الأمر بحقوق يجوز التصرف فيها ام لا وذلك في قرار صادر عنها في ٢٨/جوان/٢٠٠٥ (٤) فالغرفة التجارية للمحكمة العليا بعد ان ألغت القضاء الذي تبنته في ١١/مارس/٢٠٠٣ (٥) والذي لم تلم فيه قضاة الموضوع على عدم اثباته مضمون القانون الاجنبي والغرفة المدنية كذلك للمحكمة العليا وحدوا قضائهم في يوم واحد بشأن التناقض في

(١) د. كمال قريوع عليوش \_ القانون الدولي الخاص الجزائري \_ مرجع سابق \_ ص ١٣٩

(٢) د. كمال قريوع عليوش \_ المرجع نفسه \_ ص ١٤٠ .

(٣) كمال قريوع عليوش \_ المرجع نفسه \_ ص ١٤٠ .

(٤) COUR DE CASSATION (1RE CH . CIV ) 28 JUN 2005 COUR DE CASSATION (CH.COM ) 28 JUN 2005 NTE  
HORATIA MUIR WATT REVUE CRITIQUE DE DROIT INTERATIONAL PRIVE NA TRMESTRIALLE . DALLOZ . OARIS.  
OCTOBER- DECEMBERE . 2005 PP645- 659 .

LARPVANICHAR RATCHANEKORN , LE STATUT DE LA LOI , ETRANGERE SELON LA COUR DE CASSATION , (٥)

OP.CIT , P 34 .

الحكم الصادر عن الغرفة التجارية والغرفة المدنية لقضاة الموضوع وكان الامر يتعلق بحقوق يجوز التصرف فيها حيث رأت الغرفة التجارية ان قضاة الموضوع لم يقوموا بتطبيق القانون الاجنبي المختص بحجة ان الخصم لم يقم باثبات مضمونه اما الغرفة المدنية رأت ان قضاة الموضوع قاموا بتطبيق القانون الفرنسي بصفة الاختصاص الاحتياطي لقانون القاضي بسبب ان الخصم الذي قام بإثارة تطبيق القانون الالمانى لم يستطع اثبات مضمونه لذا فكلا القرارين كانا محلا للنقض وقضت الغرفتين بالمحكمة العليا ان القاضي يطبق القانون الاجنبي ويبحث عن مضمونه سواء طبقه من تلقاء نفسه او تمسك الخصوم به ، وسواء تعلق الامر بحقوق يجوز التصرف فيها ام لا .

القاضي ملزم بتطبيق القانون الاجنبي في كلتا الاحوال ولكن يجب التأكيد على مدى الزامية قاعدة الاسناد بالنسبة للقاضي :

\* اذا تعلق الامر بحقوق لا يجوز التصرف فيها والتي تكون محلا للنزاع فان على المدعى عليه التمسك بتطبيق القانون الاجنبي ولكن دون ان يرقى ذلك الى حد الالزام لأنه في جميع الاحوال القاضي ملزم بتطبيقها .  
\* اما اذا تعلق الأمر بحقوق يجوز التصرف فيها فان المدعى عليه ملزم بإثارة تطبيق القانون الاجنبي المختص الذي يجعل قاعدة الاسناد ملزمة للقاضي (١) .

على ان تأكيد التزام القاضي بالبحث عن احكام القانون الاجنبي من تلقاء نفسه لا يعني تجنب الخصوم كل دور في هذا الخصوص فلا مانع بل قد يكون من الملائم استعانة القاضي بهؤلاء اذا كان من بينهم من يسمح له مركزه بتقديم معلومات او وثائق مفيدة في الكشف عن احكام القانون الاجنبي بل ان للقاضي ان يطلب تلك المساعدة حتى في حالة معرفته لتلك الاحكام من تلقاء نفسه لأنه قد يكون لدى الخصوم ما يثبت عكس ما يعرفه ويتفق وصحيح النظام القانوني الاجنبي كل ذلك تحت رقبته وإشرافه .  
كما يتفق الفقه حول ضرورة التعاون بين كل من القاضي والخصوم وصولا الى معرفة احكام القانون الاجنبي واجب التطبيق وهو تعاون يبدو في خصوص كيفية بيان تلك الاحكام والكشف عنها (٢) .

(١) . COUR DE CASSATION ( 1 RE ch . civ) 28 juin 2005 , cour de cassation ( ch.com) . 28 juin 2005 , op.cit , p 659 .

(٢) مجد الدين خربوط \_ القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين) \_ مرجع سابق \_ ص ١٤٠ .

## المطلب الثاني

### التزام القاضي بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي

ان اعتبار القانون الاجنبي قانون يستوجب قيام القاضي وحده بمهمة إثارة تطبيقه من تلقاء نفسه والسعي الى التعرف على احكامه واثبات مضمونه فهذا الالتزام تمليه عليه القواعد العامة في قانون المرافعات والتي تقضي بان يطبق القاضي قواعد القانون على وقائع الدعوى دون حاجة الى تمسك الخصم باحكامه او الكشف عن مضمونه وفي سبيل ذلك يمكن للقاضي الاستعانة بالخصوم في اثبات مضمون القانون الاجنبي<sup>(١)</sup> .

يحاول بعض الفقه تبرير التزام القاضي بالبحث عن مضمون القانون الاجنبي بمبدأ المحكمة تعرف القانون (الفرع الاول) فاذا تم تأكيد التزام القاضي بالبحث عن مضمون القانون الاجنبي نتيجة للصفة القانونية لهذا الاخير فان الاشكال الذي يثار هنا هو حول حدود التزام القاضي بالبحث عن مضمون القانون الاجنبي (الفرع الثاني) ولما كان عبء اثبات مضمون القانون الاجنبي واقعا على عاتق القاضي فان الخصم غير ملزم بتقديم معلومات عن هذا القانون فهذا يقود الى التساؤل عن طريقة اثبات القاضي لمضمون القانون الاجنبي (الفرع الثالث) .

## الفرع الأول

### مبدأ المحكمة تعرف القانون<sup>(٢)</sup>

من المبادئ المستقر عليها في قانون المرافعات مبدأ المحكمة تعرف القانون ويفترض علمها بأحكامه وقواعد تفسيره فقواعد القانون ليست محلا للإثبات ولا يلتزم الخصوم بالكشف عن مضمونها للقاضي او تفسيرها فاذا اثبت الخصم الواقعة القانونية التي تعتبر مصدرا لحقه فان القاضي يحكم له بما يدعيه دون ان يكلفه باثبات القاعدة القانونية التي تقرر الحق كأثر لواقعة قانونية اذ الأصل ان القاعدة القانونية ليست محلا للإثبات لان القاضي يعلم بها وواجبه ان يطبقها على ما ثبت لديه من وقائع الدعوى ولا فرق في ذلك بين قاعدة تشريعية او قاعدة عرفية والقاضي في علمه هذا يخضع لرقابة المحكمة العليا فأساس هذا المبدأ هو ان تطبيق القانون الاجنبي يعتبر من اختصاص القاضي الا ان هذا المبدأ كان محل تقدير (اولا) ونظرا للانتقادات الموجهة الى هذا المبدأ حاول الفقه تبرير التزام القاضي بالبحث عن مضمون القانون الاجنبي من خلال تشبيه القانون الاجنبي بالقواعد العرفية (ثانيا) .

(١) د. اعراب بلقاسم \_ القانون الدولي الخاص الجزائري \_ مرجع سابق \_ ص ١٤٨ .

(٢) د. هشام علي صادق \_ مركز القانون الاجنبي امام القضاء الوطني \_ مرجع سابق \_ ص ٢٣٨

**أولاً \_ أساس مبدأ المحكمة تعرف القانون وتقديره :** أساس هذا المبدأ هو ان تطبيق القانون الاجنبي يعتبر من اختصاص السلطة القضائية ومن ثم فان مهمتها الكشف عن احكامه لتطبيقه على وقائع النزاع وان قيام الخصوم عادة بالكشف عن احكامه هو ليس سوى معاونة منهم للمحكمة تدفعهم اليها مصلحتهم في الدعوى وان هذه المعاونة لا تعفي القاضي من التزامه الأصيل في الكشف عن مضمون القانون الاجنبي يذهب في ذلك جانب من الفقه المصري الغالب وجانب من الفقه الفرنسي الى ان القاضي يفترض فيه العلم باحكام القوانين الاجنبية اسوة بما عليه الحال بالنسبة للقانون الوطني ويبدو ان هذا الرأي تأثر بالنظريات الايطالية التي ترى ان المشرع الوطني بمقتضى قاعدة الاسناد يدمج احكام القانون الاجنبي بالقواعد الوطنية ويعتبر جزء منها في القضية التي يطبق فيها<sup>(١)</sup> ، كما تم شرحه سابقا .

هذا المبدأ كان محل نقد من طرف الفقه لذا يرى الفقه الفرنسي الغالب وجانب من الفقه المصري انه لا يجوز افتراض علم القاضي بالقوانين الاجنبية لا على اساس معاملة هذا الاخير معاملة الوقائع وانما لصفته الاجنبية ولكونه غير منشور في دولة القاضي . فالرأي الراجح هو احتفاظ القانون الاجنبي بصفته الاجنبية مع الإبقاء على طبيعته القانونية وهو الحل الذي يتفق مع حكمة التشريع فالمشرع الوطني اذ يقضي بتطبيق قانون اجنبي على نزاع مشوب بعنصر اجنبي فهو يهدف الى الاحتفاظ بصفته الاجنبية لكونه أصلح القوانين لحكم النزاع وهذا له اثر من حيث معاملته الاجرائية<sup>(٢)</sup> .

القانون الاجنبي ولكونه لم يندمج بقاعدة الاسناد الوطنية لا يختلط بها ولا يأخذ حكمها وبالتالي فلا يفترض في القاضي العلم به فاذا كان يفترض في القاضي العلم بالتشريع الوطني فأساس ذلك هو ان احكام هذا التشريع منشورة بالجريدة الرسمية في دولة القاضي . ان قرينة النشر تقوم كغيرها من القرائن على امر يغلب وقوعه في العمل اي الاحتمال الغالب والغالب ان القاضي يعلم بالقانون الذي تم نشره في دولته اما القانون الاجنبي فلا يفترض العلم به لان الاحتمال الغالب انه لا يعلمه<sup>(٣)</sup> .

عدم معرفة القاضي للقانون الاجنبي لا يعني اعتبار هذا الاخير من عناصر الواقع فعلم القاضي ليس هو معيار التفرقة بين الواقع والقانون فالقاضي قد لا يعرف القانون ولا يعفيه هذا من البحث عن مضمونه ومن جهة اخرى فقد يعرف القاضي الوقائع ولا يجوز له القضاء بناء على علمه الشخصي بها<sup>(٤)</sup> .

بصرف النظر عن افتراض علم القاضي بمضمون القانون الاجنبي من عدمه فهذا الافتراض مبني على واقعة النشر والنشر ليس من مقومات القاعدة القانونية فان كان من الصعب ان يفترض في القاضي ابتداء العلم

(١) د. هشام علي صادق \_ مركز القانون الاجنبي امام القضاء الوطني \_ مرجع سابق \_ ص ٢٣٨ .

(٢) د. هشام علي صادق \_ المرجع نفسه \_ ص ٢٣٩ .

(٣) د. هشام علي صادق \_ المرجع نفسه \_ ص ٢٤١ .

(٤) د. هشام علي صادق \_ المرجع نفسه \_ ص ٢٤٢ \_ ٢٤٣ .

بقاعدة قانونية غير تشريعية وما دامت لم تنتشر في الجريدة الرسمية يتعذر العلم بها ومع ذلك لا يجوز القول بصدها بعدم التزام القاضي بتطبيقها أو العلم بها (١) .

إذا كان لا يفترض في القاضي العلم بالقوانين الأجنبية إلا أنه يلتزم بتطبيقها من تلقاء نفسه إعمالاً لإرادة المشرع بموجب قواعد الإسناد الوطنية ذلك أن قاعدة الإسناد الوطنية تصدر من اعتبارات خاصة تتعلق بسيادة التشريع فإذا قرر المشرع مثلاً إخضاع فكرة مسندة معينة لأحكام قانون معين فمعنى ذلك أن القانون هذا في نظر المشرع هو أكثر القوانين ملائمة لحكم الفكرة المسندة وتحقيقاً لتلك الاعتبارات يلتزم القاضي بأعمال قاعدة الإسناد تلقائياً بوصفها أمراً صادراً إليه من مشرعه كلما تبين له أن الحالة المعروضة عليه تشتمل على عنصر أجنبي فقاعدة الإسناد تظل محتفظة بقوتها الملزمة بوصفها أمراً موجهاً إلى القاضي من مشرعه بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي وتطبيقه على النزاع دون أن يتوقف هذا التطبيق على طلب الخصوم (٢) .

**ثانياً \_ القانون الأجنبي والقواعد العرفية :** يشبه الفقه القانون الأجنبي بالعرف فرغم أن القاضي لا يفترض فيه العلم بالعرف بوصفه قانون غير مكتوب وغير منشور في الجريدة الرسمية إلا أنه يلتزم بتطبيقه من تلقاء نفسه فالقاعدة العرفية هي قاعدة قانونية أسوة بالقاعدة التشريعية (٣) .

ذهب بعض الفقه إلى افتراض علم القاضي بمضمون القواعد العرفية أسوة بالقواعد التشريعية لكن سرعان ما تنبه بعد ذلك إلى الصعوبات العملية التي تعترض هذا فالقواعد العرفية تنشأ من اعتياد الناس على سلوك معين فهي صعبة التحديد نسبياً أما التشريع فهو عبارة عن قواعد مكتوبة ومنشورة يسهل للقاضي العلم به ولهذا استقر الفقه الحديث على أنه لا وجه لإعمال مبدأ المحكمة تعرف القانون في مجال القواعد العرفية واستبعاد هذا المبدأ لا يعني اعتبار القواعد العرفية مجرد واقعة وإنما هذا راجع إلى اعتبارات عملية تتمثل في عدم كونها محلاً للنشر ومع ذلك فإن هذا لا يعفي القاضي من الالتزام بتطبيق القواعد العرفية إذا كان لا يعلم بها كما يمكن له ونظراً للصعوبات العملية أن يطلب من الخصم الذي يتمسك بها إثبات مضمونها (٤) .

غير أنه لا يعني ذلك أن القواعد العرفية تكون محلاً للإثبات لأن الإثبات بمعناه القانوني لا يرد إلا على الوقائع ، ولذا استقر الرأي الغالب على أن القاضي يكون امتناعه في شأن العرف دون التقيد بالقواعد الإجرائية التي حددها القانون لإثبات الوقائع (٥) .

وتقترب القاعدة العرفية من القانون الأجنبي حسب رأي الأستاذ شمس الدين الوكيل في غياب السند الرسمي

(١) د. شمس الدين الوكيل \_ دراسة مقارنة في إثبات القانون الأجنبي ورقابة المحكمة العليا على تفسيره \_ مرجع سابق \_ ص ١٣٦ .

(٢) د. هشام علي صادق \_ مركز القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني \_ مرجع سابق \_ ص ٢٥٦ .

(٣) د. هشام علي صادق \_ المرجع نفسه \_ ص ٢٥٠ .

(٤) د. محمد صبري السعدي \_ الواضح في شرح القانون المدني الجزائري \_ دار هوم \_ الجزائر \_ ٢٠٠٩ \_ ص ٢٢ \_ ٢٣ .

(٥) د. هشام علي صادق \_ المرجع نفسه \_ ص ٢٤٨ .

المكتوب<sup>(١)</sup> وفي هذا الصدد ليس هناك ما يمنع القاضي من طلب معاونة الخصوم في اثبات مضمون القانون الاجنبي اسوة بما يتبع عملا في الكشف عن القواعد العرفية حديثة النشأة دون ان يكون ذلك سببا في نفي الصفة القانونية للقواعد العرفية والقواعد الاجنبية<sup>(٢)</sup>.

المعاونة التي يقدمها الخصوم للقاضي للكشف عن مضمون القانون الاجنبي لا ترقى لحد الالزام فما يقدمه الخصوم لا تنفي الصفة القانونية للقانون الاجنبي ولا تعفي القاضي من التزامه في البحث عن مضمون القانون الاجنبي<sup>(٣)</sup>.

كما ان القانون الاجنبي مثل القواعد العرفية وان تعذر القول بافتراض علم القاضي بها الا انه يلتزم بالكشف عن مضمونها بصفتها قواعد قانونية فالقاضي باعتباره مكلفا بتطبيق القانون من مصادره الرسمية المختلفة فانه ملزم بتطبيق العرف من تلقاء نفسه دون ان يشترط التمسك به من ذي المصلحة وهذا عكس العادة الاتفاقية التي لا بد من تمسك الخصوم بها امام القاضي .

ينتهي اصحاب هذا الاتجاه الى ان القاضي ملزم بتطبيق القانون الاجنبي دون حاجة لتمسك الخصوم به والفرق الموجود بين القواعد التشريعية الوطنية عن غيرها من قواعد القانون سواء كانت عرفية ام اجنبية هو عدم جواز افتراض علم القاضي ابتداء بالقواعد العرفية او قواعد القانون الاجنبي وان كان يفترض فيه العلم دائما بالقواعد التشريعية فالقاضي ملزم بتطبيق القانون الاجنبي على وقائع النزاع دون حاجة تمسك الخصم بها وان كان القانون الاجنبي غير منشور في دولة القاضي فلا يفترض علمه به لكن دون ان ينفي هذا التزامه بالبحث عنه ويقتررب القانون الاجنبي هنا من العرف والذي وان لم يفترض في القاضي العلم به فهو ملزم بتطبيقه والكشف عن مضمونه من تلقاء نفسه<sup>(٤)</sup>.

شبه المشرع الالمانى القانون الاجنبي بالقواعد العرفية في المادة /٢٩٣/ من قانون المرافعات المدنية الالمانى والتي تنص : " القواعد العرفية والقانونية المعمول بها في بلد آخر لا تحتاج الى اثبات من قبل المحكمة ولا تنقيد المحكمة في سبيل تحديد مضمون هذه القواعد بما قام الخصوم ببيانه واما لها ان تلجأ الى مصادر اخرى للعلم بها وان تأمر بما تراه ضروريا لادراك هذه الغاية<sup>(٥)</sup> .

فأفقد احسن المشرع صنعا حين قام بتقريب معاملة القانون الاجنبي من حيث الاثبات بمعاملة القواعد العرفية فهما يشتركان في طبيعتهما القانونية من ناحية وفي صعوبة افتراض علم القاضي باحكامها مسبقا من ناحية اخرى لهذا السبب استبعد المشرع الالمانى مبدأ المحكمة تعرف القانون من مجال القوانين الاجنبية والقواعد

(١) د. شمس الدين الوكيل \_ دراسة مقارنة في اثبات القانون الاجنبي ورقابة المحكمة العليا في تفسيره \_ مرجع سابق \_ ص ١٣٦ .

(٢) د. شمس الدين الوكيل \_ المرجع نفسه \_ ص ١٣٦ .

(٣) د. هشام علي صادق \_ د. حفيفة السيد حداد \_ دروس في القانون الدولي الخاص \_ مرجع سابق \_ ص ١٦٧ .

(٤) د. هشام علي صادق \_ مركز القانون الاجنبي امام القضاء الوطني \_ مرجع سابق \_ ص ٢٥٧ .

(٥) د. سعيد البستاني \_ الجامع في القانون الدولي الخاص \_ مرجع سابق \_ ص ٧٠٨ .



العرفية نظرا للصعوبات التي تعترض القاضي في ذلك مع التزام هذا الأخير بالبحث عن مضمونها ويخضع في ذلك لرقابة المحكمة العليا ولا يستفاد من طلب القاضي معاونة الخصوم انه قد ألقى بعبء اثبات القانون الاجنبي على عاتقهم ولهذا استقر الفقه والقضاء على انه لا يجوز استبعاد المحكمة لاحكامها بحجة فشل الخصوم في اثبات مضمونه فاذا كان القاضي على علم بالقانون الاجنبي فلا تثار المشكلة اما اذا لم يكن على علم به فانه يستخدم في سبيل الكشف عنه كل طرق الاستعلام وقد ذهب القضاء الالمانى في ذلك الى امكانية الاستعانة بالخصوم<sup>(١)</sup> .

## الفرع الثاني

### حدود التزام القاضي بالبحث عن مضمون القانون الاجنبي

ان استبعاد مبدأ المحكمة تعرف القانون ليس من شأنه ان يخل بالقوة الملزمة لقاعدة الاسناد فاذا قرر المشرع مثلا اخضاع فكرة مسندة لاحكام قانون معين فان معنى هذا ان ذلك القانون في نظر المشرع هو اكثر القوانين ملائمة لحكم الفكرة المسندة وتحققا لتلك الاعتبارات يلزم القاضي باعمال قاعدة الاسناد تلقائيا بوصفها امرا صادرا اليه من مشرعه . فاذا عقدت قاعدة الاسناد الوطنية الاختصاص لقانون القاضي طبقه هذا الاخير كما لو كان يطبقه بشأن حالة قانونية وطنية اما اذا عقدت الاختصاص لقانونا أجنبيا فان القاضي وكما سبق ذكره ليس مفترضا فيه العلم بالقانون الاجنبي ومع ذلك فان قاعدة الاسناد تظل محتفظة بقوتها الملزمة امام القاضي الوطني بتطبيق القانون الاجنبي والبحث عن مضمونه دون تمسك الخصوم به والقول بغير ذلك تفويت للاعتبارات التي يعتد بها المشرع عند وضعه قاعدة الاسناد فاللتزام القاضي بالبحث عن مضمون القانون الاجنبي هو نتيجة منطقية للالتزامه بتطبيق قواعد الاسناد الوطنية<sup>(٢)</sup> . فعلى القاضي ان يبحث في مدى صفة القانون وفقا للمبادئ العامة في الدولة الاجنبية (اولا) ويبحث في مدى دستورية القانون الاجنبي (ثانيا) وهل هذا القانون هو النافذ من حيث الزمان (ثالثا) ، ثم نرى طبيعة التزام القاضي بالبحث عن مضمون القانون الاجنبي (رابعا) .

**أولا \_ التحقق من الصفة القانونية للقاعدة الواجبة التطبيق :** هنا القاضي يتحرى عن حقيقة القاعدة القانونية المطروح امر تطبيقها امامه فالقانون الاجنبي لا يتكون من التشريع فقط بل من كل ما يعتبره المشرع الاجنبي قانون فلو كان لا يعتد بالعرف كمصدر للقانون فعلى القاضي ألا يأخذ بالعرف<sup>(٣)</sup> .

(١) د. هشام علي صادق \_ مركز القانون الاجنبي امام القضاء الوطني \_ مرجع سابق \_ ص ٣٦٠ \_ ٣٦١ .

(٢) د. محمد كمال فهمي \_ اصول القانون الدولي الخاص \_ مرجع سابق \_ ص ٤٨٧ \_ ٤٨٨ .

(٣) د. جابر جاد عبد الرحمن \_ القانون الدولي الخاص العربي \_ مرجع سابق \_ ص ٥٥ .

**ثانياً \_ تحقق القاضي من دستورية القانون الاجنبي :** في هذه الحالة هل القاضي الوطني يبحث في مدى دستورية القانون الاجنبي الواجب التطبيق وفقاً للدستور في الدولة التي أصدرته ، فمثلاً لو عرض نزاع امام القاضي السوري وكان القانون الواجب التطبيق هو القانون الفرنسي واثار الخصوم عدم دستورية هذا القانون الواجب التطبيق بمقتضى قاعدة التنازع فهل يبحث القاضي مسألة الدستورية رغم ان القاضي السوري لا يملك هذه السلطة نحو قواعد قانونه الوطني<sup>(١)</sup> ؟

الجواب عن هذا يقتضي التمييز بين الرقابة الشكلية (أ) والرقابة الموضوعية (ب)

**أ\_ الرقابة الشكلية على دستورية القانون الاجنبي :** بعض الدساتير تتطلب شروطاً شكلية لصحة القاعدة القانونية الاجنبية الواجبة التطبيق سواء من جهة وجودها او من جهة نفاذها كالتصديق او النشر او مرور مدة زمنية من تاريخ صدورهما لتدخل حيز النفاذ وهذه الاجراءات والشكليات لا تثير مشكلة لدى الفقه والقضاء فالقاضي يجب عليه ان يتيقن من استيفاء هذه الامور التي يفرضها دستور الدولة الصادر عنها هذا القانون واذا تخلف احد شروط القاعدة القانونية يعني عدم وجودها .

**ب\_ الرقابة الموضوعية على دستورية القانون الاجنبي :** في هذه الحالة القاضي المعروض عليه النزاع والذي يفصل فيه بموجب قاعدة اجنبية عليه ان يعطي حلاً مماثلاً للحل المعمول به فعلاً في الدولة الاجنبية المصدرة له وفي هذه الحالة على القاضي مراعاة مايلي :

\_ اذا كان القانون الاجنبي للدولة المثار تطبيق قانونها امام القضاء الوطني لا يسمح بمراقبة دستورية القوانين موضوعياً فليس للقاضي ان يتصدى لرقابة القانون الاجنبي حتى ولو ظهر له ان النص الذي يطبقه مخالف لدستور الدولة الاجنبية .

\_ اما لو كان النظام القانوني الاجنبي يمنح الرقابة على دستورية القوانين لجهة خاصة معينة فليس للقاضي ان يبحث في مدى دستوريته مالم تكن الجهة المعنية قد فصلت في دستوريته اما لو كان القانون الاجنبي يسمح للقضاء العادي بالرقابة على دستورية القوانين وفي هذا الصدد هناك اتجاهين متعارضين :

الاتجاه الاول : لا يملك القاضي حق الرقابة على دستورية القانون الاجنبي وحبثهم في ذلك منح القاضي الرقابة على الدستورية يعني في نهاية المطاف التدخل في ممارسة السلطة التشريعية الاجنبية وهذا امر يخالف مبدأ سيادة واستقلال كل دولة كذلك منح الرقابة للقاضي معناه التحلل الى مبادرة سياسية تهدف الى رفض تطبيق الامر الصادر من السلطة التشريعية الاجنبية .

الاتجاه الثاني : القاضي يملك حق الرقابة على دستورية القانون الاجنبي اذ ان الفقه الغالب يذهب الى القول بإعطاء دور للقاضي في رقابة الدستورية متى كانت المحاكم العادية في الدولة الاجنبية التي يطبق قانونها تستطيع مباشرة هذه الرقابة وذلك في الفرض حيث لا يكون القضاء الاجنبي قد فصل فعلاً في دستورية

(١) د. جابر جاد عبدالرحمن \_ القانون الدولي الخاص العربي \_ مرجع سابق \_ ص ٥٥ .

القانون (١) .

**ثالثا \_ تحقق القاضي من نفاذ القانون الاجنبي :** في هذه الحالة نبحث عن القانون الاجنبي الواجب التطبيق الذي أشارت اليه قاعدة الاسناد خاصة اذا كانت المسألة المطروحة تعاقب عليها قانونان في الفترة ما بين تاريخ نشوئها وتاريخ الفصل في الدعوى المتعلقة بها فما هو القانون الواجب التطبيق لحسم مشكلة التنازع الزمني ما بين القوانين الأجنبية ؟ وبخصوص هذه المسألة هناك اتجاهين متعارضين (٢) :

أ\_ حل المشكلة يكمن في تطبيق قواعد التنازع الزمني في القانون الاجنبي : يرى الفقه والقضاء في القانون المقارن بان حسم اي قاعدة موضوعية اجنبية تطبق من حيث الزمان مسألة تتحدد بالرجوع الى المبادئ السائدة في الدولة الاجنبية التي يطبق قانونها اذاً الحل لهذه المسألة يكون واحدا لا يختلف باختلاف القاضي المختص من الوجهة الدولية فالتطبيق السليم للقانون الاجنبي يوجب مراعاة عناصره الثلاثة : الاشخاص والمكان والزمان التي منحها اياه واضعه اي المشرع الاجنبي .

ب\_ حل المشكلة في الرجوع الى قواعد القانون الدولي الخاص في قانون دولة القاضي : يعتبر بعض الفقهاء المعاصرين بأن التنازع الزمني في القانون الاجنبي يحل بالرجوع الى قانون القاضي والمقصود بذلك قواعد القانون الدولي الخاص به معنى ذلك بان فكرة تنازع القوانين مكانيا تؤثر على حل التنازع الزمني بين القواعد الموضوعية في القانون الاجنبي وهذا الرأي مرجوح ، اما الرأي الاول فهو الراجح .

**رابعا \_ طبيعة التزام القاضي بالبحث عن مضمون القانون الاجنبي :** ان تأكيد التزام القاضي بالبحث عن مضمون القانون الاجنبي رغم افتراض علمه باحكامه يثير التساؤل حول حدود ومدى هذا الالتزام ولما كان القاضي لا يفترض فيه العلم بالقوانين الاجنبية اصبح من الضروري التوفيق بين هذه النتيجة وبين القوة الملزمة لقاعدة الاسناد الوطنية الذي اشارت قاعدة الاسناد باختصاصه ، يذهب البعض الى القول ان التزام القاضي بالبحث عن مضمون القانون الاجنبي هو التزام بوسيلة وليس التزام بتحقيق نتيجة ففي حالة استحالة اثبات مضمون القانون الاجنبي يستطيع القاضي تطبيق قانونه شرط تسبب حكمه تسببا كافيا تحت رقابة المحكمة العليا (٣) .

فالقاضي ان يستخدم ما يملكه من وسائل في سبيل التعرف على احكام القانون الاجنبي وتطبيقها فالقاضي لا يعتبر مخلا بالتزامه بمجرد عدم تطبيقه القانون الاجنبي المختص طبقا لقاعدة الاسناد الوطنية ولكنه يعتبر

---

(١) د. قاشي علال \_ اساس تطبيق القانون الاجنبي ومركزه امام القاضي الوطني \_ الملتقى الاول حول تطبيق القانون الاجنبي \_ جامعة الاغواط

\_ الجزائر \_ ٢٠٠٦ \_ ٢٠٠٧ \_ ص ١٥ .

(٢) د قاشي علال \_ المرجع نفسه \_ ص ١٨ .

(٣) د. محمد كمال فهمي \_ اصول القانون الدولي الخاص \_ مرجع سابق \_ ص ٤٨٧ \_ ٤٨٨ .

مخلا بالتزامه اذا لم يبذل ما لديه من الوسائل في اثبات احكام القانون الاجنبي وتطبيقها<sup>(١)</sup> . يتفق الاستاذ هشام علي صادق مع هذا الرأي فيما تصوره ان القاضي لا يستطيع التوصل عملا الى الكشف عن مضمون القانون الاجنبي لاسباب لا دخل لارادته فيها رغم الجهد المبذول منه في ذلك ، ذلك انه لو قلنا ان القاضي يكون مقصرا في تطبيق قاعدة الاسناد الوطنية على اساس عدم تمكنه من اثبات مضمون القانون الاجنبي المختص الذي أشارت قاعدة الاسناد باختصاصه فانه تجاهل للصعوبات العملية التي تعترض القاضي في ذلك والتي لا يمكن ان يتجاهلها المشرع لان القاضي كذلك يواجه مشكلات من هذا القبيل عند تطبيق العرف الداخلي ، فسواء تعلق الامر بتحديد مضمون القانون الاجنبي او العرف فان الصعوبات العملية التي تعترض القاضي في هذا المجال حقيقة لا يمكن ان يتجاهلها المشرع او الفقه<sup>(٢)</sup> .

غير انه لا يتفق مع الرأي السابق لانه يفضل جعل التزام القاضي في البحث عن مضمون القانون الاجنبي هو التزام بتحقيق نتيجة لان هذا التكيف هو الأفضل ، فالمشرع قصد من وراء وضعه قواعد الاسناد تحقيق نتيجة معينة هي تطبيق القانون المختص وفقا لهذه القواعد ، والتزام القاضي وفق هذا التكيف لا يعد تجاهلا للاعتبارات العملية فقد يستحيل على القاضي عملا ان يتوصل الى مضمون القانون الاجنبي لاسباب لا دخل لارادته فيها وبالتالي فانه يبرئ من هذا الالتزام<sup>(٣)</sup> .

النظرة الى التزام القاضي على انه التزام بوسيلة يجعل هذا الالتزام منصبا وفقا للقواعد العامة على مسلكه الشخصي ومدى بذله لعناية الشخص المعتاد ولا شك ان هذا التحليل يتنافى مع حكمة المشرع الذي لم يقصد من وراء وضع قواعد الاسناد قياس مدى سلوك القاضي في أعمالها كما لم يقصد ان يكتفي القاضي ببذل عناية الشخص المتوسط اسوة بالتزام المحامي في كسب الدعوى فحكمة التشريع تؤدي على العكس الى القول بان التزام القاضي بمقتضى قاعدة الاسناد هو التزام بتحقيق نتيجة وهي تطبيق القانون الاجنبي مع اثباته وعلى القاضي ان يحقق هذه النتيجة التي تمليها اعتبارات النظام العام ما لم يكن استحال عليه تطبيقها لاسباب لا دخل لارادته فيها وفقا للمبادئ العامة في الاستحالة اضافة الى تسبب حكمه تسببيا كافيا تحت رقابة المحكمة العليا<sup>(٤)</sup> .

وبالتالي فان القاضي يرجع الى احكام قانونه عند استفاد وسائل البحث عن مضمون القانون الاجنبي وهو الرأي السائد<sup>(٥)</sup> .

(١) د. محمد كمال فهمي \_ اصول القانون الدولي الخاص \_ مرجع سابق \_ ص ٤٨٧ .

(٢) د. هشام علي صادق \_ مركز القانون الاجنبي امام القضاء الوطني \_ مرجع سابق \_ ص ٢٦٣ .

(٣) د. هشام علي صادق \_ المرجع نفسه \_ ص ٢٦٣ .

(٤) د. هشام علي صادق \_ المرجع نفسه \_ ص ٢٦٣ \_ ٢٦٤ .

(٥) د. محمد كمال فهمي \_ المرجع نفسه \_ ص ٤٨٨ .

## الفرع الثالث

### طرق إثبات مضمون القانون الأجنبي

من المقرر ان اثبات مضمون القانون الاجنبي جائز بكل الطرق ما عدا اليمين والاقرار وبالتالي يجوز للقاضي الالتجاء الى افادة الاخصائيين في القوانين الاجنبية الشفهية او التحريرية والى الوثائق الرسمية المعطاة من ممثلية قنصلية او سياسية او التي استحصلت بواسطة الممثلين القنصليين والدبلوماسيين اضافة الى الوثائق المكتوبة الاخرى<sup>(١)</sup> .

عامة للقاضي ان يلجأ الى كافة الطرق المعتمدة من طرف الخصوم عندما يكون عبء الاثبات واقعا على عاتقهم . لما كان عبء اثبات مضمون القانون الاجنبي واقعا على عاتق القاضي فمن الاحسن السعي بوسائله الخاصة او وسائل حكومته للتوصل الى مضمونه<sup>(٢)</sup> ، غير انه يتعين الا يترك القاضي وحده يتحمل عبء اثبات مضمون القانون الاجنبي بوسائله الخاصة كما قد لا يكون الاعتماد على الخصوم في معاونة القاضي في البحث عن مضمون القانون الاجنبي كما تعتمد بعض الانظمة كالنظام القانوني الالمانى هو الطريق الامثل لاحتمال ان تكون هذه الوثائق متأثرة بمصلحتهم<sup>(٣)</sup> .

ومن اجل تقادي ذلك اقترح الفقه وسائل ميسرة لتوفيق العلم بالقانون الاجنبي وتتقسم هذه الوسائل الى قسمين وسائل مقترحة للعلم بالقانون الاجنبي على الصعيد الدولي (اولا) ووسائل مقترحة للعلم بالقانون الاجنبي على الصعيد الداخلي (ثانيا) .

**اولا \_ وسائل مقترحة للعلم بمضمون القانون الاجنبي على الصعيد الدولي :** من بين هذه الوسائل الانابة القضائية (أ) ، وعقد الاتفاقيات الدولية (ب) .

**أ\_ الإنابة القضائية :** تعرف الانابة القضائية بصفة عامة بانها :

" طلب من السلطة القضائية المنبئة الى السلطة المناوبة قضائية كانت او دبلوماسية اساسه التبادل باتخاذ اجراء من اجراءات التحقيق او جمع الادلة في الخارج وكذا اي اجراء قضائي آخر يلزم باتخاذها للفصل في مسألة منظورة امام القاضي المنيب ليس في مقدوره ان يقوم به بنفسه في نطاق اختصاصه<sup>(٤)</sup> ."

مما لا شك فيه ان فتح الطريق امام القاضي الوطني للجوء الى الانابة القضائية بهدف البحث عن مضمون القانون الاجنبي في الدولة المناوبة يعتبر من بين الوسائل الميسرة للعلم بمضمونه<sup>(٥)</sup> .

(١) د. جابر جاد عبد الرحمن \_ تنازع القوانين \_ مرجع سابق \_ ص ٦٠٩ .

(٢) د. اعراب بلقاسم \_ القانون الدولي الخاص الجزائري \_ مرجع سابق \_ ص ١٤٩ .

(٣) د. شمس الدين الوكيل \_ دراسة مقارنة في اثبات القانون الاجنبي ورقابة المحكمة العليا على تفسيره \_ مرجع سابق \_ ص ١٤١ .

(٤) د. عكاشة محمد عبد العال \_ تنازع القوانين \_ مرجع سابق \_ ص ٣٩٩ .

(٥) د. عكاشة محمد عبد العال \_ المرجع نفسه \_ ص ٣٩٩ .

ان تقرير امكانية اللجوء الى الانابة القضائية لإرسال نصوص القانون الاجنبي او احكام القضاء في دولة القاضي المناب للفصل في المسألة امام القاضي المنيب يجب التأكيد معه على عدة وسائل في هذا الاطار (١) :

١\_ اللجوء الى الانابة القضائية لا يكون مقبولاً إلا حيث يكون القاضي الوطني المنيب غير عالم بمضمون القانون الاجنبي ويتعذر عليه العلم به او عندما يجد القاضي فيما قدمه له الخصوم من مساعدة تعارضاً او تناقضاً .

٢\_ التزام القاضي بتطبيق القانون وطنياً كان ام اجنبياً ليس اجراء قضائياً بالمعنى الدقيق ذلك ان جوهر وظيفة القاضي هو تطبيق القانون على المنازعة .

٣\_ القاضي الاجنبي الذي يرسل بمقتضى الانابة مضمون القانون الاجنبي انما هو يقوم بذلك بوصفه خبيراً .

٤\_ اذا كان البحث عن مضمون القانون الاجنبي هو التزام يقع على عاتق القاضي فله ان يلجأ الى الانابة القضائية للبحث عن مضمون القانون الاجنبي عندما يتعذر عليه ذلك كما له ان يلجأ اليه من تلقاء نفسه ولو لم يطلب من الخصوم على ان يحيطهم علماً بذلك احتراماً لمبدأ الجاهية في الخصومة .

وبالرجوع الى القانون اللبناني يفهم ان المشرع اللبناني فتح الباب واسعاً امام القاضي اللبناني في اللجوء الى الانابة القضائية لحل مشكلة اثبات مضمون القانون الاجنبي من خلال المادة /١٤٠/ من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني والتي تنص :

" ومن الجائر انابة محكمة اجنبية لاتخاذ اجراءات اثبات يقتضيها نظر الدعوى (٢) ."

**ب\_ عقد الاتفاقيات الدولية :** الاتفاقيات الدولية ثنائية كانت او جماعية من ايسر الوسائل تحقيقاً للتعرف على مضمون القانون الاجنبي حيث تتعهد فيه الدولة بتقديم المعلومات المطلوبة عن قانونها مقابل التزام الدول المتعاهدة بتلبية اي طلب في هذا الشأن في كل مرة يثور امام قضاء احدى هذه الدول مشكلة البحث عن مضمون قانون دولة متعاقدة اخرى فهذه المعاهدات تشكل سبيلاً لتبادل المعلومات عن القوانين الخاصة في الدول الموقعة عليها فهي اذاً من احدى الوسائل المؤدية الى الكشف عن مضمون قانون دولة اجنبية موقعة على اتفاقية دولية (٣) .

هذه الاتفاقيات الدولية تضي على تنظيم اثبات القوانين الاجنبية الفاعلية اللازمة لانها تجعل من تقديم معونة الدولة الاجنبية للدولة طالبة التزاماً دولياً على عاتقها فلا يجوز الاكتفاء حسب رأي الاستاذ هشام علي صادق بما هو متبع في القانون السوفيتي سابقاً حسب نص المادة /٨/ من قانون المرافعات المدنية التي تقضي بانه يكون للمحكمة ان تطلب من وزارة الخارجية الاتصال بالحكومات المعنية لسؤالها عن رأيها في شأن حكم

(١) د. عكاشة محمد عبد العال \_ تنازع القوانين \_ مرجع سابق \_ ص ٣٩٩ \_ ٤٠٠ .

(٢) د. عكاشة محمد عبد العال \_ المرجع نفسه \_ ص ٤٠٠ .

(٣) د. عكاشة محمد عبد العال \_ المرجع نفسه \_ ص ٤٠١ .

القانون الاجنبي في المنازعات التي تعرض امام المحاكم الروسية (١) ، مواصلا الاستاذ هشام علي صادق في رأيه قائلا انه يفضل ان ينص في الاتفاقيات الدولية على ان تتولى السلطات القضائية المختصة في كل دولة الرد على استفسارات الهيئات القضائية او الادارية في الدول الاخرى المتعاقدة لان تفسيرات الهيئات الادارية لا يرتاح لها لعدم تخصصها من جهة ولتأثرها في الغالب بالاعتبارات السياسية مما يجعلها تفسر قوانين الدولة التي تتبعها بما يتفق وهذه الاعتبارات كما ان التآلف القانوني في الاطار العربي يبسر عقد مثل هذه الاتفاقيات بين دول الجامعة العربية بل ان الجامعة يجب ان تقوم بدور فعال في تقديم معهدها العالي للدراسات العربية وانشاء مركز عربي مهمته تعريف كل دولة عربية بقوانين الدول العربية الاخرى بطريق رسمي (٢) .

من المفيد ان تعقد الاتفاقيات الدولية التي تهدف الى تبادل المعلومات القانونية والمؤلفات الفقهية والمجموعات القضائية حتى يتيسر الإلمام بكافة التعديلات التي تطرأ على كافة القوانين الاجنبية ولا شك ان مثل هذا التعاون سهل التحقق لان من مصلحة كل دولة ان تعرف الدول الاخرى بالقوانين السائدة فيها حتى يطبق قانونها كما هو تفاديا لتشويه (٣) .

## ثانيا \_ وسائل مقترحة للعلم بمضمون القانون الاجنبي على الصعيد الداخلي : اقترح بعض الفقه في

مصر (٤) بعض الوسائل في هذا الشأن منذ فترة وتتمثل في انشاء مركز علمي للقوانين الاجنبية (أ) وانشاء معهد للقانون المقارن (ب) .

أ\_ إنشاء مركز علمي للقوانين الاجنبية : تشرف عليه وزارة العدل وتكون مهمته جمع كافة البيانات والمراجع عن مختلف القوانين الاجنبية خاصة القوانين الشائعة التطبيق ويلحق به خبراء يختصون بتقديم المعلومات الرسمية عن القانون الاجنبي بناء على طلب القضاة او اصحاب المصلحة بل يمكن كذلك استدعاء الخبراء المتخصصين في القوانين الاجنبية وطنيين كانوا ام اجانب امام القضاة لمناقشتهم لاثبات مضمون القانون الاجنبي متى رأى القاضي ضرورة لذلك لتدعيم عمله ببعض المسائل الغامضة او المجهولة بالنسبة له (٥) .

ب\_ إنشاء معهد للقانون المقارن : يشرف عليه نخبة من اساتذة الجامعات والمتخصصين اضافة الى الخبراء المتخصصين في القوانين الاجنبية فهذا المعهد يمكن من اسداء خدمات في سبيل التعرف على مضمون القانون الاجنبي سواء عن طريق البحث وتكوين القضاء في هذا الشأن او بواسطة المؤلفات العلمية التي يتولى

(١) د. هشام علي صادق \_ مركز القانون الاجنبي امام القضاء الوطني \_ مرجع سابق \_ ص ٣٠٧ .

(٢) د. هشام علي صادق \_ المرجع نفسه \_ ص ٣٠٧ .

(٣) د. هشام علي صادق \_ المرجع نفسه \_ ص ٣٠٨ .

(٤) د. شمس الدين الوكيل \_ دراسة مقارنة في اثبات القانون الاجنبي ورقابة المحكمة العليا على تفسيره \_ مرجع سابق \_ ص ١٤٢ .

(٥) د. عكاشة محمد عبد العال \_ تنازع القوانين \_ مرجع سابق \_ ص ٤٠٨ .

اصدارها مستعينا بأراء الفقهاء من مختلف الدول (١) .

كما ان تزويد هذا المعهد بجهاز ترجمة من اصحاب المعارف القانونية من شأنه ان يدعم المعرفة بالقوانين الاجنبية والإلمام بها (٢) .

وبهذا يتيسر العلم بكافة القوانين الاجنبية تقريبا ولا يبقى مجال لاستبعاد قانون اجنبي من التطبيق عندما يكون هو المختص لحكم النزاع بموجب قاعدة الاسناد الا في حالة كان مخالفا للنظام العام سواء كان المكلف باثبات هذا القانون هو الخصوم او القاضي .

كما يمكن للدول جميعها ان تقوم بوضع قواعد اسناد موضوعية وموحدة تطبق على النزاع مباشرة فتعطي حلا نهائيا له دون حاجة لان يبحث القاضي الوطني عن قوانين اجنبية يجهلها ولا يعلم بمضمونها وبذلك تتوحد آلية ومنهج تنازع القوانين بين جميع الدول دون ان يمس ذلك سيادة اي دولة او قانونها الوطني .

---

(١) د. شمس الدين الوكيل \_ دراسة مقارنة في اثبات القانون الاجنبي ورقابة المحكمة العليا على تفسيره \_ مرجع سابق \_ ص ١٤٢ .

(٢) د. عكاشة محمد عبد العال \_ تنازع القوانين \_ مرجع سابق \_ ص ٤٠١ .



## المبحث الثاني

### اثر اعتبار القانون الأجنبي مسألة قانون على تفسيره

إذا عمل القاضي القانون الاجنبي الذي اشارت قاعدة الاسناد الوطنية باختصاصه واطأ في تأسيس حكمه على قاعدة غير نافذة في النظام القانوني الاجنبي او على ترجمة غير دقيقة او على تفسير غير صحيح لاحكام ذلك القانون وقواعده ثم رفع الطعن بذلك امام المحكمة العليا لخطأ في تفسيره فان هذه الاخيرة تبسط رقابتها على قضاة الموضوع حيث يؤمن اصحاب هذا الاتجاه بضرورة خضوع الخطأ في تفسير القانون الاجنبي لرقابة المحكمة العليا نتيجة للطبيعة القانونية للقانون الاجنبي ولاحتفاظه بصفته القانونية رغم عبوره الحدود ولا يؤثر على اعماله بعض الصعوبات الواقعية التي تواجه المحكمة عند مباشرتها لهذا العمل<sup>(١)</sup>.

فلا بد من فرض الرقابة على تفسير القانون الاجنبي (المطلب الاول) كما يكاد يجمع الفقه في كافة الدول تقريبا على ضرورة رقابة المحكمة العليا على تفسير القانون الاجنبي ويستند الفقه في تأييده لرقابة المحكمة العليا الى العديد من الحجج (المطلب الثاني).

---

(١) د. عكاشة محمد عبد العال \_ تنازع القوانين \_ مرجع سابق \_ ص ٤٥٦ .

## المطلب الأول

### فرض الرقابة على تفسير القانون الأجنبي

احتفاظ القانون الاجنبي بالصفة القانونية رغم تجاوزه حدود الدولة التي أصدرته يستلزم بالضرورة إخضاع الخطأ في تفسيره لرقابة المحكمة العليا<sup>(١)</sup> .

فاذا كانت قاعدة التنازع قاعدة وطنية يلتزم القاضي بتطبيقها باعتبارها خطاباً من مشرعه فلو حصل خطأ في تطبيق قاعدة التنازع فان الرأي في الفقه المقارن يقول بإخضاع ذلك لرقابة المحكمة العليا فلو تمسك المدعي بأن الحكم المطعون فيه لم يطبق القاضي فيه القانون المختص نتيجة عدم التفسير الصحيح لقاعدة التنازع فإن المحكمة تراقب ذلك التفسير وكمثال على ذلك انحراف القاضي بتفسير القاعدة ويطبق قانونه بدلا من القانون الاجنبي او يطبق قانون الموطن في مسألة من الاحوال الشخصية بدلا من قانون الجنسية ففي هذه الفروض يمكن التمسك بالخطأ في التطبيق او الإساءة في التفسير ونشير الى ان رقابة المحكمة العليا على الخطأ في أعمال قاعدة الاسناد او إساءة تفسيرها تعد رقابة عامة تحكم كل القواعد المتعلقة بالمعاملات المالية او الاحوال الشخصية<sup>(٢)</sup> .

فيجب إخضاع تفسير القانون الاجنبي المختص في جميع الحالات لرقابة المحكمة العليا في دولة القاضي شأنه في ذلك شأن القانون الوطني تماما لان مهمة المحكمة العليا هي المحافظة على وحدة التفسير والحلول وسلامة تطبيق القانون وسنبحث في موقف التشريع المقارن حول اشكالية رقابة محكمة النقض على تفسير القانون الاجنبي ثم نتطرق الى موقف المشرع السوري (الفرع الاول)، وقد تم إخضاع القانون الاجنبي لرقابة المحكمة العليا في قضاء كثير من الدول (الفرع الثاني) .

(١) د. محمد وليد المصري \_ الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص \_ مرجع سابق \_ ص ٢٦٦ .

(٢) د. محمد كمال فهمي \_ رقابة المحكمة العليا على تطبيق القانون الاجنبي \_ مرجع سابق \_ ص ٣٥٦ .

## الفرع الأول

### موقف التشريع المقارن والمشرع السوري

اختلاف الدول حول طبيعة القانون الاجنبي امام القضاء الوطني ادى الى تباينها في فرض الرقابة على تطبيقه وتفسيره الا ان الاتجاه الذي يحتفظ للقانون الاجنبي بصفته القانونية رغم عبوره حدود الدولة التي صدر فيها ادى الى ان ينص المشرع صراحة او ضمنا على اخضاع تفسير القانون الاجنبي لرقابة محكمة النقض وذلك في ظل غياب اجتهاد لمحكمة النقض في ذلك الخصوص ومنها المشرع الجزائري (اولا) اما الاتجاه الذي يعتبر القانون الاجنبي مجرد واقعة فلم ينص المشرع على طبيعة القانون الاجنبي في حين تصدت محكمة النقض لهذا الموضوع في اجتهاد لها ومنها محكمة النقض السورية (ثانيا) .

**اولا \_ موقف المشرع الجزائري :** في ظل غياب اجتهاد المحكمة العليا في الجزائر حول مسألة فرض رقابتها على تفسير القانون الاجنبي فان المادة /٣٥٨/ من قانون الاجراءات المدنية والادارية السابق ذكرها التي تنص على ان احد اطراف الطعن بالنقض امام المحكمة العليا هو مخالفة القانون الاجنبي المتعلق بقانون الاسرة فحسب نص هذه المادة يفهم ان المشرع الجزائري اعتبر القانون الاجنبي المتعلق بقانون الاسرة كقانون يخضع لتفسيره لرقابة المحكمة العليا (أ) ، ان هذا التمييز الذي اقامه المشرع الجزائري بين القانون الاجنبي المتعلق بقانون الاسرة وبين القانون الاجنبي غير المتعلق بقانون الاسرة قد يضع القاضي الجزائري امام منازعات يصعب عليه حلها لذا فان موقف المشرع الجزائري هذا كان محل تقدير (ب) .

**أ\_ رقابة المحكمة العليا على تفسير القانون الاجنبي المتعلق بقانون الاسرة :** اعتبر المشرع الجزائري القانون الاجنبي المتعلق بقانون الاسرة قانون انطلقا من نص المادة /٣٥٨/ من قانون الاجراءات المدنية والادارية فاذا مارس القاضي الجزائري تطبيق القانون الاجنبي وارتكب مخالفة في تفسيره يمكن للخصوم ان تبني الطعن بالنقض امام المحكمة العليا على هذا الوجه<sup>(١)</sup> ، وبمفهوم المخالفة لنص المادة /٣٥٨/ من قانون الاجراءات المدنية والادارية يفهم انه في غير هذه الحالة لا تخضع المخالفة في تفسير القانون الاجنبي لرقابة المحكمة العليا<sup>(٢)</sup> . غير ان المادة /٣٦٠/ من نفس القانون تنص : " يجوز للمحكمة العليا ان تشير من تلقاء نفسها وجها من عدة أوجه للنقض " .

(١) د. كمال قريوع عليوش \_ القانون الدولي الخاص \_ مرجع سابق \_ ص ١٤٨ .

(٢) د. اعراب بلقاسم \_ القانون الدولي الخاص الجزائري \_ مرجع سابق \_ ص ١٥٧ .

أي أنها تسمح للمحكمة العليا أن تنقض الحكم من تلقاء نفسها اذا خالف قضاة الموضوع أحد الاوجه الواردة في المادة/٣٥٨/ لذلك فليس ثم مانع أساسي من الاعتراف للقانون الاجنبي المتعلق بقانون الاسرة بهذا الحق ايضاً<sup>(١)</sup>.  
خضوع القانون الاجنبي المتعلق بقانون الاسرة الى رقابة المحكمة العليا راجع الى اعتبار هذا الاخير كقانون وبالرجوع الى قانون ٨٩-٢٢ المتعلق بصلاحيات المحكمة العليا وتنظيمها وسيورها نجد أن المادة /٤/ منه تنص على " تعتبر المحكمة العليا محكمة قانون وتجازي كل انتهاك له " وبما أن القانون الاجنبي المتعلق بقانون الاسرة يعتبر كقانون فان المحكمة العليا تجازي كل انتهاك له ، اضافة الى بسط المحكمة العليا رقابتها على تفسير القانون الأجنبي المتعلق بقانون الاسرة من طرف قضاة الموضوع فانه ومن خلال نص المادة /٦/ <sup>(٢)</sup> من قانون ٨٩-٢٢ يبدو أن المحكمة العليا تراقب ايضاً انتهاك القانون الاجنبي المتعلق بقانون الاسرة عندما يتعلق الأمر بالتكييف والتسبيب <sup>(٣)</sup> .

ميز المشرع الجزائري بين القانون الاجنبي المتعلق بقانون الاسرة وبين القانون الاجنبي غير المتعلق به وبسط الرقابة فقط على تفسير القانون الاجنبي المتعلق بقانون الاسرة الذي يستلزم على قضاة الموضوع تطبيقه من تلقاء انفسهم مع السهر على حسن تطبيقه وتفسيره والا تعرض قضائهم للنقض ، وتعود الاهمية التي ولاها المشرع الجزائري للقانون الاجنبي المتعلق بقانون الاسرة الى ارتباط مسائل هذا الاخير بالنظام العام . اما اذا تعلق الامر بقانون اجنبي غير متعلق بقانون الاسرة فبمفهوم المخالفة لنص المادة /٣٥٨/ من قانون الاجراءات المدنية والادارية فان هذه القوانين تعتبر مجرد واقعة ولا تخضع في تفسيرها لرقابة المحكمة العليا <sup>(٤)</sup> .

**ب- تقدير موقف المشرع الجزائري :** ان التمييز بين القانون الاجنبي المتعلق بقانون الاسرة وبين القوانين الاخرى واجه انتقاداً على أساس أن القاضي يعتبر القانون الاجنبي المتعلق بقانون الاسرة قانون يخضع لتفسيره لرقابة المحكمة العليا ومرة أخرى يعتبر القانون الاجنبي غير المتعلق به كواقعة ولا يخضع لتفسيره لرقابة المحكمة العليا ، مما يجعل القاضي يقوم بدور البهلوان ، مرة يعتبره قانون ومرة العكس <sup>(٥)</sup> .  
الاستاذ الطيب زروتي أنه لو كانت وسيلة الرقابة غير مباشرة كما هو معمول به في قضاء محكمة النقض الفرنسية احسن - رقابة التشويه والتسبيب \_ فانه يؤيد هذا الاتجاه للحد من حالات مسخ وتشويه القانون الاجنبي والتقليل من نسبة الاخطاء في تطبيقه وتفسيره وبشكل وسيلة مهمة لحث القضاة على تسبيب احكامهم

(١) د. اسعاد موحند - القانون الدولي الخاص - مرجع سابق - ص ٢٣٤ .

(٢) تنص المادة /٦/ من ق ٨٩-٢٢ المتعلق بصلاحيات المحكمة العليا وتنظيمها وسيورها "بصفتها جهازاً موقماً لأعمال المجالس القضائية والمحاكم وفقاً للأحكام المنصوص عليها في القواعد العامة للإجراءات التي تمارس المحكمة العليا رقابة على تسبيب احكام القضاء ورقابة معيارية تأخذ بعين الاعتبار تكييف الوقائع على ضوء القاعدة القانونية "

(٣) د. كمال قريوش - القانون الدولي الخاص الجزائري \_ مرجع سابق - ص ١٤٤ .

(٤) د. اسعاد موحند - المرجع نفسه - ص ٢٣٨ .

(٥) د. اسعاد موحند \_ المرجع نفسه \_ ٢٣٨ .

بما فيه الكفاية ولا داع لاستثناء قانون الأسرة وحده من نص المادة (٦/٣٥٨) عن غيرها من المسائل الاخرى الآمرة<sup>(١)</sup> .

وعليه فمن الأحسن ان يلغى هذا التمييز كي يلزم قاضي الموضوع بتطبيق كل القوانين الأجنبية على قدم المساواة وحتى تتمكن المحكمة العليا من رقابة تفسير كل القوانين الأجنبية<sup>(٢)</sup> .

للإشارة ان المشرع الجزائري كان ينص في قانون الإجراءات المدنية الملغى فيما يخص القانون الاجنبي الذي يكون محلا للنقض في المادة (٢/٢٣٣) منه على :

" مخالفة او خطأ في تطبيق القانون الداخلي او الاجنبي المتعلق بقانون الأحوال الشخصية " فالنص الجديد حذف فيه المشرع عبارة الخطأ الواردة في المادة الملغاة وأبقى عبارة المخالفة واستبدل قانون الأحوال الشخصية بقانون الاسرة كما قام بفصل القانون الداخلي الذي خصص له الوجه /٥/ من أوجه الطعن بالنقض عن القانون الاجنبي المتعلق بقانون الاسرة .

بعض التشريعات تستعمل عبارتي: " مخالفة القانون او الخطأ في تطبيقه " وان الاولى بمعنى عام تشمل معنى الثانية وانه عند التفريق ما بين العبارتين والمقابلة بينهما يكون معنى مخالفة القانون هو إنكار القاعدة القانونية واعطاؤها معنى غير صحيح فمشروع قانون المرافعات الايطالي لسنة /١٩٢٦/ قد فرق بين مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه في قوله : " يكون الحكم مخالفة للقانون اذا ما أخذ القاضي بقاعدة قانونية غير موجودة او أنكر قاعدة قانونية موجودة او اخذ بقاعدة قانونية غير القاعدة الموجودة ويكون الحكم منطويا على الخطأ في تطبيق القانون اذا ما طبق القاضي القانون على وقائع تختلف عن الوقائع التي يقصدها القانون وتكون مخالفة اية قاعدة قانونية او الخطأ في تطبيقها مثل مخالفة التشريع او الخطأ في تطبيقه<sup>(٣)</sup> ."

ففي النص الملغى كأن المشرع الجزائري تأثر بالمشرع الايطالي حيث فرق بين المخالفة والخطأ في تطبيق القانون الاجنبي ثم تراجع عن ذلك في النص الجديد وحذف كلمة الخطأ و أبقى على المخالفة بمعناها الواسع التي تشمل الخطأ كذلك وما يمكن ملاحظته ايضا هو ان المشرع في النص الملغى سوى بين المخالفة والخطأ في تطبيق القانون الداخلي وبين القانون الاجنبي المتعلق بالاحوال الشخصية من حيث إمكانية الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا فكأن المشرع في هذه النقطة قد تأثر بالفقه والقضاء الايطالي الذي يسوي بين القانون الوطني والقانون الاجنبي من حيث المعاملة الاجرائية لكنه بعد الغاء القانون القديم وبصدور قانون الاجراءات المدنية والإدارية فصل المشرع القانون الداخلي عن القانون الأجنبي فكأن المشرع اخذ برأي الفقه الراجح في اعتبار القانون الاجنبي قانون لكن مع اختلافه عن القانون الوطني .

(١) د. الطيب زروتي \_ القانون الدولي الخاص الجزائري \_ مرجع سابق \_ ص ٢٣٨ .

(٢) د. كمال قريوع عليوش \_ القانون الدولي الخاص الجزائري \_ مرجع سابق \_ ص ١٤٨ .

(٣) د. عز الدين عبد الله \_ القانون الدولي الخاص \_ مرجع سابق \_ ص ٥٧٠ هامش (٢) .

واخيرا فان المشرع في النص الملغى نص على ان القانون الاجنبي الذي يكون محلا للنقض هو القانون المتعلق بالاحوال الشخصية<sup>(١)</sup>، فكأن المشرع حدد مجالات تطبيق القانون الاجنبي امام المحاكم الجزائية في مجال الاحوال الشخصية فقط لكنه في القانون الجديد استبدل القانون الاجنبي المتعلق بالاحوال الشخصية الذي يكون محلا للنقض بالقانون الاجنبي المتعلق بقانون الاسرة فكأن المشرع زاد من تحديد هذا القانون لأن الاحوال الشخصية اوسع من قانون الاسرة .

**ثانيا \_ موقف المشرع السوري :** اذا قمنا بنظرة سريعة الى نصوص القانون السوري نجدها خالية من اي نص يبين مركز القانون الاجنبي امام القضاء السوري او اي نص يبين كيفية اعماله او عبء اثباته ومدى خضوع القاضي لرقابة محكمة النقض في تطبيقه للقانون الاجنبي فالمشرع السوري اقتصر على ذكر قواعد الاسناد وتنظيمها دون ان ينتقل الى المرحلة التي تلي مرحلة تطبيق قاعدة الاسناد المختصة على النزاع فلم يبين لقاضي النزاع الخطى التي يجب ان يسير عليها والقواعد التي يجب ان يتبعها في تطبيقه للقانون الاجنبي الذي اشارت قاعدة الاسناد الوطنية باختصاصه لذلك سوف نبحث في موقف محكمة النقض السورية (أ) وتقدير هذا الموقف(ب) .

**أ\_ موقف محكمة النقض السورية :** بالنسبة لموقف محكمة النقض السورية من مسألة القوة الملزمة لقواعد الاسناد الوطنية أولا نرى انها تعرضت لهذه المسألة بصورة عرضية في بعض القرارات الصادرة عنها في هذا الشأن من دون ان تتخذ موقفا واضحا وصريحا منها ويتضح من ذلك انها لم تعترف لقاعدة الاسناد بأية قوة تلزم القاضي على تطبيقها وعلقت تطبيقها على طلب الخصوم وتمسكهم بتطبيق القانون الاجنبي الذي تشير اليه حيث جاء في قرار لها انه: "اذا كان للقاضي الوطني ان يطبق قانونا أجنبيا فان ذلك لا يتم الا بناء على طلب احد اطراف الدعوى واثباته وجوب تطبيق القانون الاجنبي<sup>(٢)</sup> . "

اي اثبات وجود قاعدة اسناد في قانون القاضي تشير بتطبيقه وقد سوغت محكمة النقض السورية مسلكها هذا بالقول ان تطبيق القانون الوطني هو الأصل واما الاستثناء فهو تطبيق القانون الاجنبي كما أكدت هذا الموقف وبصورة عرضية أيضا بصدد تحديد دور القاضي الوطني في اعمال القانون الاجنبي بقولها :  
" ان القانون الاجنبي لا يجوز تطبيقه من قبل المحاكم الوطنية في حال جواز تطبيقه إلا بطلب من الخصوم وتمسكهم بنصوصه<sup>(٣)</sup> . "

(١) د.مصطفى عبد النبي \_ د. الخضر شعاشعية \_ مجالات تطبيق القانون الاجنبي امام المحاكم الجزائية والاستثناءات الواردة عليها \_ الملتقى

الاول حول تطبيق القانون الاجنبي \_ جامعة الاغواط \_ الجزائر \_ ٢٠٠٦ \_ ٢٠٠٧ \_ ص ١ \_ ٤ .

(٢) د. مجد الدين خربوط \_ القانون الدولي الخاص \_ تنازع القوانين \_ مرجع سابق \_ ص ٧٩ \_ ٨٠ .

(٣) د. مجد الدين خربوط \_ المرجع نفسه \_ ص ٨٠ .

وبرأي بعض الثقات في الفقه السوري ان محكمة النقض لربما ارادت بقولها هذا ان تخلع على قواعد الاسناد الصفة الجوازية اي التكميلية الا انها تراجعت عن ذلك مباشرة عندما اشترطت بصورة ضمنية لتطبيقها تمسك الخصوم بها ولو بصورة غير مباشرة فمن المعلوم ان القواعد التكميلية تكون واجبة التطبيق مالم يستبعدا الخصوم<sup>(١)</sup> . ولدى هذا الفريق فان قواعد الاسناد كما تنظر اليها محكمة النقض السورية لا تتعلق بالنظام العام ، ذلك أنها ليست بالقواعد الآمرة وليست بالقواعد التكميلية التي تكون واجبة التطبيق مالم يستبعدا الخصوم صراحة فهي ملك الخصم صاحب المصلحة في تطبيقها<sup>(٢)</sup> .

ان هذا الموقف يخالف الطبيعة الحقوقية لقواعد الاسناد ولوظيفتها الاساسية ولا ينسجم مع الاتجاهات السائدة حاليا ، ولا سيما مع موقف محكمة النقض المصرية ، حيث تعرضت هذه المحكمة الاخيرة لمدى القوة الالزامية لاحدى قواعد الاسناد بالذات ، وذلك في نزاع يتعلق بتطبيق المادة /١٤/ من القانون المدني المصري ، المقابلة للمادة /١٥/ من القانون المدني السوري حيث قررت المحكمة أن: " نص المادة /١٤/ نص أمر يتعلق بالنظام العام يسري بأثر فوري" على الرغم من تشكك الفقه المصري حول امكانية استخلاص اتجاه واضح من هذا الحكم ، نظرا لعدم تعرض الحكم للأساس الذي بنت عليه المحكمة اعتبار نص المادة /١٤/ نص أمر يتعلق بالنظام العام ، حيث ان المحكمة لم توضح ما اذا كان هذا الوصف مرجعه اعتبار جميع قواعد الاسناد من القواعد الآمرة المتعلقة بالنظام العام ام ان هذا الوصف يرجع الى اعتبارات تتعلق بحكم المادة /١٤/ ذاته<sup>(٣)</sup> . فالموقف الذي يقول بالزامية قواعد الاسناد هو ما يؤكد الفقه الراجح ويسير عليه القضاء الحديث وهو ما كرسته التشريعات الحديثة المتعلقة بالقانون الدولي الخاص المقارن ومنها مجموعة القانون الدولي الخاص التركي لعام /١٩٨٢/ التي قضت في المادة /٢/ الفقرة الاولى على انه : " يطبق القاضي من تلقاء نفسه القواعد التركيبية لتنازع القوانين والقانون الاجنبي المختص وفقا لهذه القواعد"<sup>(٤)</sup> .

وكذلك المادة /١٢/ فقرة /٦/ من قواعد القانون الدولي الخاص الاسباني الوارد بالقانون المدني لعام /١٩٧٤/ حيث جاء بها ان : " المحاكم والسلطات تطبق من تلقاء نفسها قواعد التنازع في القانون الاسباني . " وهو ما قضت به المادة الثانية من مجموعة القانون الدولي الخاص النمساوي لعام /١٩٧٩/ . كذلك فان معظم قواعد الاسناد السورية جاءت بالصيغة الوجوبية لا التخيرية وهو دليل على الزاميتها<sup>(٥)</sup> .

(١) د. فؤاد ديب \_ القانون الدولي الخاص \_ تنازع القوانين \_ مرجع سابق \_ ص ٦٦ .

(٢) د. فؤاد ديب \_ المرجع نفسه \_ ص ٦٦ .

(٣) د. مجد الدين خربوط \_ القانون الدولي الخاص \_ مرجع سابق \_ ص ٨١ .

(٤) د. مجد الدين خربوط \_ المرجع نفسه \_ ص ٨١ .

(٥) د. مجد الدين خربوط \_ المرجع نفسه \_ ص ٨٢ .

اما بالنسبة لموقف محكمة النقض السورية من دور القاضي في اثبات القانون الاجنبي ورقابتها على تفسيره فقد استقرت في اجتهاداتها على معاملة القانون الاجنبي معاملة الوقائع حيث جاء في قرار لها في ١٠/٢٧/١٩٨٢ : " ان التثبت من القانون الاجنبي وتفسيره وتطبيقه هو من مسائل الواقع التي يستقل بها قاضي الموضوع ولا رقابة لمحكمة النقض عليه في ذلك فليس على القاضي ان يطبق القانون الاجنبي من تلقاء نفسه بل يجب على الخصوم انفسهم التمسك به ويقع عليهم عبء اثباته شأنه في ذلك شأن اية واقعة يدعيها احد الخصوم وينكرها الآخر لان قاعدة " لا يعذر احد في الجهل بالقانون "هي قاعدة لا تطبق الا على القانون الوطني فليس في استطاعة القاضي الإلمام بكل القوانين الاجنبية حتى يطبقها من تلقاء نفسه كما ان وظيفة المحكمة هي تقرير القواعد الصحيحة في القانون الوطني وتثبت القضاء الوطني بشأنها ولا رقابة على تطبيق القوانين الاجنبية<sup>(١)</sup> . يتضح من هذا القرار ان محكمة النقض السورية تعتبر القانون الاجنبي مجرد واقعة ويبدو انها اقامت موقفها هذا على اساس التقسيم الإجرائي التقليدي لعناصر الدعوى في المنازعات الداخلية الوقائع من جهة والقانون من جهة اخرى دون ان تأخذ بعين الاعتبار طبيعة منازعات الافراد ذات الطابع الدولي والتي تنطوي على عنصر لا يظهر في المنازعات الداخلية وهو القانون الاجنبي<sup>(٢)</sup> .

فالذي يفرق ويميز المنازعات الداخلية عن المنازعات الفردية الدولية الخاصة هو القانون الاجنبي ومن الاولى اعطاء هذا الحد الفاصل بينهما اهمية بما تجعله لا يفقد طبيعته القانونية ويتحول الى مجرد واقعة شأنه شأن الوقائع التي يتولى الخصوم اثباتها وتقديمها للقاضي .

الا ان الفقه السوري لم يؤيد موقف محكمة النقض السورية حيث ان الاستاذ فؤاد ديب يرى انه من غير المنطق القانوني معاملة القانون الاجنبي الذي يحكم منازعات الافراد الفردية الخاصة الدولية معاملة الوقائع لاننا بهذا ننتهي الى تطبيق واقعة على وقائع الدعوى من اجل حل النزاع وهذا لا يمكن التسليم به اطلاقا ولا يمكن التسليم ايضا بان القانون الاجنبي يفقد طبيعته القانونية وصفته الاجنبية ويتحول الى مجرد واقعة بمجرد تجاوزه حدود السيادة الإقليمية لبلاده<sup>(٣)</sup> .

وبعض الفقه السوري يرى انه بمفهوم المخالفة لقرار محكمة النقض فان القاضي الوطني يجوز له ان يطبق القانون الاجنبي من تلقاء نفسه اذا كان عالما به ومطلعا عليه بصورة أكيدة وان سبق له ان اعلم احكامه في دعوى سابقة وهذا لا يعتبر من قبيل الحكم بالمعارف الشخصية للقاضي لان الامر لا يتعلق بوقائع الدعوى وانما بمعارف عامة يمكن الوصول اليها بمختلف السبل<sup>(٤)</sup> .

(١) د. مجد الدين خربوط \_ القانون الدولي الخاص \_ مرجع سابق \_ ص ١٤٨ .

(٢) د. فؤاد ديب \_ القانون الدولي الخاص \_ مرجع سابق \_ ص ١٢٨ .

(٣) د. فؤاد ديب \_ المرجع نفسه \_ ص ١٢٨ .

(٤) د. مجد الدين خربوط \_ المرجع نفسه \_ ص ١٤٩ .



فمحكمة النقض السورية لم تقرض رقابتها على تطبيق القانون الاجنبي وقررت انه :  
" لا رقابة على تطبيق القوانين الاجنبية " الا ان هذا الموقف المتشدد يختلف عن موقف محكمة النقض المصرية المتطور نسبيا فعلى الرغم من حرص محكمتنا العليا الوطنية على الاقتداء بمحكمة النقض المصرية في كثير من الاحيان إلا انها لم تساير التطور الذي لحق اجتهاد هذه الاخيرة بهذا الشأن فلقد رفضت محكمة النقض في مصر رغم قناعتها بان القانون الاجنبي مجرد واقعة التسليم بكافة النتائج المترتبة على ذلك والتي اشارت اليها محكمة النقض السورية اذ اجازت لنفسها بسط رقابتها على تفسير القانون الاجنبي (١) .

والفقه السوري يختلف في هذه النقطة على رأيين حيث ان :

\* الاستاذ نعم السيوفي يرى بعدم رقابة محكمة النقض السورية على تفسير القانون الاجنبي وذلك لانه لا يمكن لمحكمة النقض ان تاخذ على عاتقها مراقبة تفسير القوانين الاجنبية المختلفة فهذا عمل يفوق طاقتها فضلا عن ان رقابتها لا تفيد في الحقيقة وان القاضي في تطبيقه وتفسيره للقانون الاجنبي لا يتوخى ما هو عادل ومنطقي ومفيد كما يفعل في تفسيره للقانون الوطني بل عليه اتباع ما يجري في البلد الذي صدر فيه هذا القانون والاخذ بنفس الاجتهادات التي تاخذ بها محاكم هذا البلد ويرى ان القانون الاجنبي واقعة ورقابة محكمة النقض لا تشمل تقدير الوقائع فيجب ايضا ان لا تشمل الرقابة الخطأ في تفسير القوانين الاجنبية ومخالفتها (٢) .

\* اما الدكتور فؤاد ديب فيرى انه يجب رقابة محكمة النقض سواء لجهة مخالفة القانون ام لجهة الخروج على معناه الحقيقي ومسخه ام لجهة نقص التعليل او التسبب وذلك لتوفير الاحترام لقواعد الاسناد الوطنية لان اية مخالفة لاحكام القانون الاجنبي تعد بمثابة مخالفة لقواعد الاسناد بحد ذاتها التي عينته وايضا لابد من الرقابة من اجل ازالة اسباب التباين والاختلاف بين احكام المحاكم الوطنية عند تكرار تطبيقها للقوانين الاجنبية لان حرية القاضي في تطبيقه للقانون الاجنبي وتفسيره له قد تؤدي الى تباين الاحكام الصادرة بصدد تطبيق قانون معين مما يتوجب ازالته عن طريق رقابة المحكمة العليا (٣) .

صحيح ان مثل هذا الامر يمكن ان يكون عبئا ثقيلًا على محكمة النقض الا انها يجب ان تضطلع به ذلك لان عملها لا يقتصر على توحيد الاجتهاد بصدد تطبيق القواعد الوطنية وانما ايضا تحقيق الانسجام بين احكام المحاكم الوطنية بصدد تطبيق قانون اجنبي معين (٤) .

(١) د. فؤاد ديب \_ القانون الدولي الخاص \_ مرجع سابق \_ ص ١٢٩ .

(٢) أ. نعم السيوفي \_ محاضرات في القانون الدولي الخاص \_ جامعة حلب \_ ١٩٦٨ \_ ص ١٨٩ .

(٣) د. فؤاد ديب \_ المرجع نفسه \_ ص ١٣٢ .

(٤) د. فؤاد ديب \_ المرجع نفسه \_ ص ١٣٣ .

ب\_ تقدير موقف القانون السوري : نرى انه من المسلم به انه لا يمكن القول بمساواة القانون الاجنبي مع القانون الوطني حيث ان القاعدة الوطنية لا تحتاج الى اثبات للعمل بها لسهولة الاطلاع عليها ومعرفتها من قبل القاضي بينما يبقى القانون الاجنبي من حيث المبدأ مجهولاً وغريباً عن القاضي الوطني مما يوجب عليه البحث عن مضمونه واثباته وتفسيره وهذا بالطبع يضيف مهام اخرى الى وظيفة القاضي الا ان هذا لا يعني ان القول بان القانون الاجنبي مجرد واقعة ونسلم بنزع الصفة القانونية عنه فهو وان كان صادر عن سلطة غير وطنية يظل متمتعاً بطبيعته كقانون ويتضمن مجموعة قواعد قانونية ملزمة وان كان هناك من يرى القانون الاجنبي مجرد واقعة ويعامله على هذا الاساس فان هذا يعود الى صعوبة اثبات هذا القانون وهذا سبب تقليدي يعود الى قلة الدعاوى المتضمنة لعنصر اجنبي قديماً وطبعاً هذا السبب اجرائي اي ان اعتبار القانون الاجنبي واقعة من الناحية الاجرائية فقط .

وفي الوقت الحالي وفي ظل هذا التطور والسرعة في تبادل المعلومات بوسائل حديثة ومتطورة اصبح من غير المقبول التذرع بصعوبة الاطلاع على مضمون القانون الاجنبي والاكتفاء بوصفه واقعة والقاء عبء اثباته على الخصوم او الانتظار حتى يتمسك الاطراف به ليطبقه القاضي والا فانه يطبق القانون الوطني ملقياً وراء ظهره وجود عنصر اجنبي في النزاع المعروف عليه وهذا يؤدي الى إلغاء آلية تنازع القوانين برمتها وبالتالي قيام باقي الدول بالمعاملة بالمثل وعدم تطبيق القانون السوري في اي نزاع يُطرح امام قاضي اجنبي يكون احد الاطراف فيه سوريا ، فالقاضي الوطني اذ يطبق القانون الاجنبي فانه يطبقه بناء على امر صادر اليه من مشرعه الوطني من خلال قاعدة الاسناد الوطنية التي وضعها المشرع السوري والتي تتضمن معنى الالتزام للقاضي حيث اننا اذا نظرنا الى عبارات قواعد الاسناد السورية نجد انها عبارات ملزمة تبدأ ب ( يسري \_ يطبق \_ يخضع ....) وهذا يعني انها قواعد أمرية يلتزم القاضي بتطبيقها امتثالاً لامر مشرعه الوطني وليس المشرع الاجنبي ، لذا كان حرياً بالمشرع السوري ان يواكب التطور في هذا المجال سواء في تشريعات او قضاء غيرنا من الدول كمحكمة النقض المصرية التي عدلت عن موقفها القديم ولطفت من حدته بشأن طبيعة القانون الاجنبي وكذلك محكمة النقض الفرنسية اوان يخطو خطى المشرع الجزائري الذي جاء بنص يبين فيه مركز القانون الاجنبي واعتبره قانوناً عندما يتعلق بقانون الاسرة وان كان هذا لا يكفي الا انها خطوة ايجابية كان عليه القيام بها .

## الفرع الثاني

### موقف القضاء المقارن

مبدأ الرقابة على تفسير القانون الاجنبي هو المبدأ الذي ساد في كثير من الدول مها محكمة النقض الايطالية التي تقوم على التسوية بين القانون الاجنبي والقانون الايطالي من حيث خضوع الخطأ فيهما لرقابتهما وذلك لان مذهب القضاء والفقهاء الايطالي يرى القانون الاجنبي يندمج في القانون الايطالي فكأن القاضي الايطالي وهو يطبق القانون الاجنبي يطبق قاعدة الاسناد في قانونه ويجب ان يكون تطبيقها سليما والا كان حكمه قد خالف القانون الايطالي<sup>(١)</sup>.

في الاتحاد السوفيتي والنمسا يخضع الخطأ في تفسير القانون الاجنبي لرقابة المحكمة العليا كما اخذ بمبدأ الرقابة مجموعة بوستامنت في القانون الدولي الخاص في ص المادة /٤١٢/ منه والتي تنص :  
" في كل دولة من الدول المتعاقدة يوجد بها نظام الطعن بالنقض او اي نظام آخر يشبهه يمكن الطعن امامه بسبب مخالفة قانون دولة اخرى متعاقدة او للخطأ في تفسيره او تطبيقه وكذلك بنفس الشروط وذات الحالات الخاصة بالقانون الوطني<sup>(٢)</sup> ."

اما محكمة النقض الالمانية فتقبل الطعن بالنقض لخطأ في تفسير القانون الاجنبي للتأكد من ان تطبيقه كان صحيحا طبقا لاحكام القانون الالمانى<sup>(٣)</sup> .

اتجهت محكمة النقض المصرية الى فرض رقابتها على تفسير القانون الاجنبي فاستقام قضاؤها في هذا الشأن مع الاتجاه الصحيح الذي تحتمه طبيعة رقابة النقض وواجب المحكمة العليا الاصيل في توحيد الحلول القضائية في الدولة<sup>(٤)</sup> .

فالقهاء المصري الغالب أيد موقف المحكمة العليا في فرض رقابتها على تفسير القانون الاجنبي على اساس ان كلمة القانون الواردة بالمادة /٤٢٥/ من قانون المرافعات والتي تعدد الاحوال التي يجوز فيها الطعن بالنقض تشمل القوانين الوطنية والاجنبية على حد سواء فالحكم الذي يخطئ في تطبيق القانون الاجنبي او تفسيره يجوز الطعن فيه امام المحكمة العليا<sup>(٥)</sup> .

(١) د. عز الدين عبد الله \_ القانون الدولي الخاص \_ مرجع سابق \_ ص ٥٩٦ .

(٢) د. عز الدين عبد الله \_ المرجع نفسه \_ ص ٥٩٦ .

(٣) د. علي سليمان علي \_ منكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري \_ مرجع سابق \_ ص ١٤١ .

(٤) د. هشام علي صادق \_ د. حفيظة السيد حداد \_ دروس في القانون الدولي الخاص \_ مرجع سابق \_ ص ١٨٨ .

(٥) د. هشام علي صادق \_ د. حفيظة السيد حداد \_ المرجع نفسه \_ ص ١٨٩ \_ ١٩٠ .

كما اخذ بمبدأ الرقابة القضاء اليوناني والإمارات العربية المتحدة وكما يؤكد العمل به في المملكة الاردنية الهاشمية لعدة اسباب منها قبول المحكمة رقابة تفسير القانون الاجنبي هو نتيجة منطقية لصفته القانونية التي كرسها القضاء الأردني ومن هنا لا يمكن لأي محكمة اخرى عدا المحكمة العليا ان توفر له الضمانات اللازمة لحسن تطبيقه وتفسيره (١) .

كما اخذ به كذلك كل من القضاء في تركيا ولبنان والمغرب والكويت والذي قال به صراحة القانون التونسي الجديد لسنة /١٩٩٨/ في الفصل الرابع والثلاثين الذي نص على انه :

" يطبق القاضي القانون الاجنبي كما وقع تأويله في النظام القانوني المنتمي اليه ويخضع تأويل القانون الاجنبي لرقابة محكمة التعقيب (٢) ."

اما بالنسبة للقضاء الفرنسي حتى وفي فروض اعتبار القانون الاجنبي كقانون ومع ذلك فان محكمة النقض الفرنسية ترفض بسط رقابتها على تفسير القانون الاجنبي وهذا ما أخذت به في قضية (couke) حيث اعتبرت ان القانون الاجنبي قانون لا يخضع لنص المادة /٧/ من قانون الاجراءات المدنية التي تنص على ان القاضي لا يبني حكمه إلا على الوقائع التي تطرح امامه في الدعوى وبهذا ارادت المحكمة ان تقول ان القانون الاجنبي لا يدخل ضمن هذه الوقائع مما يعني الاعتراف ضمنا بصفته كقانون ومن خلال هذا القرار يستنتج انه بالرغم من اهتمام الفقه الفرنسي اكثر بطبيعة القانون الاجنبي واعتباره مجرد واقعة إلا انها لم تربط طبيعته هذه ببسط رقابتها لانه كما سبق واشرنا انها اعتبرته كقانون ومع ذلك فهي ترفض بسط رقابتها لاسباب اخرى لا لكونه واقعة (٣) . وفي هذا الصدد يقول الاستاذ هشام علي صادق انه لا ارتباط بين طبيعة القانون الاجنبي وبين رقابة المحكمة العليا على تفسيره فيجب الفصل بين طبيعته وبين معاملته الاجرائية فان كان صحيحا ان القانون الاجنبي يحتفظ امام القضاء الوطني بطبيعته القانونية الا انه يبقى مع ذلك اجنبيا يختلف عن معاملة القانون الوطني فيبدو ان مشكلة مدى الرقابة ترتبط بالدرجة الاولى بالتنظيم القضائي في الدولة والنظرة العامة لمهمة المحكمة العليا من ناحية ومدى قدرتها على مباشرة هذه الرقابة (٤) .

لعل ما يؤكد قول الاستاذ هشام علي صادق ما ذهب اليه القضاء الانكليزي فبالرغم من اعتبار القضاء الانكليزي القانون الاجنبي مجرد واقعة فقد استقر مجلس اللوردات على فحص تطبيق القانون الاجنبي وإعادة النظر في الاكام التي يُطعن فيها امامه ذلك ان المحكمة العليا الانكليزية تعتبر محكمة درجة ثالثة من درجات التقاضي لا يمنع عليها التعرض لوقائع الدعوى وبالتالي البحث في مضمون القانون الاجنبي (٥) .

(١) د. محمد وليد المصري \_ الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص \_ مرجع سابق \_ ص ٢٦٧ .

(٢) د. عكاشة محمد عبد العال \_ تنازع القوانين \_ مرجع سابق \_ ص ٤٥٦ \_ ٤٥٧ .

(٣) د. هشام علي صادق \_ مركز القانون الاجنبي امام القضاء الوطني \_ مرجع سابق \_ ص ٤٥٢ .

(٤) د. هشام علي صادق \_ المرجع نفسه \_ ص ٤٥٢ .

(٥) د. محمد كمال فهمي \_ رقابة المحكمة العليا على تطبيق القانون الاجنبي في نطاق النزاع الدولي للقوانين \_ مرجع سابق \_ ص ٣٦٨ .

وبالتالي فإن الخطأ الحاصل من قضاة الموضوع عند تفسيرهم للقانون الاجنبي يخضع لرقابة المحكمة العليا ويستند أنصار هذا المذهب الى الأسانيد التالية :

\_ منح المحكمة العليا لتراقب قضاة الموضوع في تفسيرهم وتطبيقهم لقاعدة الاسناد يستتبع لاكتمال حلقة المتابعة والرقابة على تفسير القانون الاجنبي .

\_ من وظائف المحكمة العليا توحيد الاجتهاد القضائي ولتحقيق تلك المهمة يتعين على المحكمة العليا فرض رقابتها على تفسير القانون سواء كان وطنيا ام اجنبيا .

\_ عملية اخضاع تفسير القانون الاجنبي لرقابة المحكمة العليا يتفق مع ما يلزم من ان يكون القانون الاجنبي قانونا بمعنى الكلمة فهو ليس واقعة مادية ولا يصح تجريده من سلامة التطبيق بتوفير رقابة المحكمة العليا على تفسيره (١) .

---

(١) د. محمد كمال فهمي \_ رقابة المحكمة العليا على تطبيق القانون الاجنبي في نطاق التنازع الدولي للقوانين \_ مرجع سابق \_ ص ٣٦٩.

## المطلب الثاني

### حجج الفقه المؤيد لفرض رقابة المحكمة العليا على تفسير القانون الاجنبي

القاضي بمجرد توصله الى تعيين القانون المختص وبعد معرفته مسبقاً بعدم خضوع تفسيره لرقابة المحكمة العليا يكون في وسعه بعد ذلك ان يطبق اي احكام يتوهمها بوصفها احكام القانون المختص وليس هذا هو ما يهدف اليه المشرع من تطبيق القانون الاجنبي فالمشرع عندما يأمر بتطبيق القانون الاجنبي انما يقصد بذلك تطبيقه على حقيقته مع التفسير السليم<sup>(١)</sup>.

فالحجج التي استند اليها الفقه هي عبارة عن رد لحجج الفقه الذي يرفض بسط المحكمة العليا رقابتها في تفسير القانون الاجنبي اما الفقه المؤيد لذلك فاستند الى نوعين من الحجج هي فرض الرقابة وطبيعة القانون الاجنبي (الفرع الاول) وفرض الرقابة ووظيفة المحكمة العليا (الفرع الثاني).

## الفرع الأول

### فرض الرقابة وطبيعة القانون الأجنبي

ان إخضاع تفسير القانون الاجنبي وتطبيقه لرقابة المحكمة العليا يتفق مع اعتباره كقانون عند تطبيقه من قبل القاضي الوطني فهو ليس واقعة او عنصراً من عناصر الواقع بل يطبق بأمر من المشرع الوطني ولا يصح تجريده من سلامة التطبيق اذ لا بد من توفير رقابة المحكمة العليا على تفسيره فلما كانت المحكمة العليا تراقب قضاة الموضوع في تطبيقهم قاعدة الاسناد الوطنية فان المنطق يقضي بضرورة متابعة الرقابة على تفسير القانون الاجنبي والقول بغير ذلك يجعل هذه الرقابة على قاعدة الاسناد عديمة الفائدة ما لم تشملها الرقابة على تفسير القانون الاجنبي المختص<sup>(٢)</sup>.

فلو توصل القاضي الوطني مثلاً الى تحديد مضمون القانون الاجنبي دون خضوعه لرقابة المحكمة العليا عند تفسيره فإنه يمكن تشويه احكام هذا القانون الاجنبي بتطبيقه احكام يعتقد انها احكام القانون المختص ، فلا شك ان هذا يخالف ما هدف اليه المشرع من وضع قواعد الاسناد وهو لا يتحقق الا اذا طبق القاضي القانون الاجنبي المختص تطبيقاً سليماً وأحسن تفسيره فلما كان تطبيق القانون الاجنبي امراً يقتضيه الاعمال السليم لقاعدة الاسناد

(١) د. محمد كمال فهمي \_ رقابة المحكمة العليا على تطبيق القانون الاجنبي في نطاق التنازع الدولي للقوانين \_ مرجع سابق \_ ص ٥٧ .

(٢) د. عكاشة محمد عبد العال \_ تطبيق القانون الاجنبي امام القاضي اللبناني \_ مجلة الدراسات القانونية \_ جامعة بيروت العربية \_ العدد الاول

\_ المجلد الثاني \_ ١٩٩٨ \_ ص ١١٨ \_ ١١٩ .

الوطنية فان عدم تطبيق القاضي لاحكام القانون الاجنبي ينطوي على مخالفة صريحة لقاعدة الاسناد اي ينطوي على مخالفة للقانون الوطني مما يؤدي الى نقض الحكم فحسب هذا الرأي ان الخطأ في تطبيق احكام القانون الاجنبي هو بمثابة خطأ في تطبيق قاعدة الاسناد الوطنية ذاتها مما يستوجب نقض الحكم<sup>(١)</sup>. ومثال ذلك اذا طبق القاضي الوطني احكام عقد البيع في القانون الاجنبي على النزاع المعروض امامه في حين انه كان يتعين تطبيق الاحكام الخاصة بعقد الايجار في هذا القانون فان من شأن ذلك حل النزاع بشكل مخالف لم تقضي به قاعدة الاسناد الوطنية اذ مقتضى هذه القاعدة الفصل في النزاع وفقاً للاحكام المطبقة في القانون الاجنبي فعلاً<sup>(٢)</sup>.

فحسب هذا المثال يفهم أن الخطأ في تفسير القانون الاجنبي ينطوي على خطأ في اعمال قاعدة الاسناد، ان التسليم بتفسير القاضي الوطني للقانون الاجنبي وفقاً للأصول المتبعة في نظام هذا الاخير هو نتيجة حتمية لتطبيق قاعدة الاسناد تطبيقاً سليماً مما يتعين معه خضوع تفسير القانون الاجنبي لرقابة المحكمة العليا<sup>(٣)</sup>. وعليه فان تطبيق القانون الاجنبي وتفسيره لا يمكن النظر اليه على انه من الوقائع وانما هو مسألة قانونية قبل كل شيء وعلى المحكمة العليا ان تراقب هذا التفسير حماية لحقوق الافراد ورعاية مصالحهم وهذا الرأي الراجح لدى الكثير من المحاكم الاجنبية<sup>(٤)</sup>.

## الفرع الثاني

### فرض الرقابة ووظيفة المحكمة العليا

ان وظيفة المحكمة العليا في البلاد هي توحيد الحلول القضائية السائدة في الدولة ويتعين على المحكمة في سبيل ذلك ان تفرض رقابتها على تفسير القانون الاجنبي وطنيا كان او اجنبيا ولا يصح القول بان وظيفة المحكمة العليا تقتصر على توحيد تطبيق احكام القانون الوطني وان ليس من مهمتها تحقيق التوافق بين تفسير القانون الاجنبي في دولة القاضي وتفسيره في الدولة الاجنبية التي يسري فيها هذا القانون فليس في نصوص قانون اصول المحاكمات اللبناني ما يستشف منه صراحة او ضمناً ان الطعن بالنقض في تفسير القانون الاجنبي وتطبيقه امر ينصرف وحسب الى القوانين الوطنية وحدها دون القوانين الاجنبية فلفظة القانون الواردة في المادة /٧٠٨/ من قانون اصول المحاكمات المدنية والتي أحصت الحالات التي يجوز الطعن فيها بالنقض تشمل القوانين الوطنية والاجنبية ولذا فان الطعن بالنقض يكون مفتوحاً امام المحكمة العليا لخطأ في تفسير

(١) د. سامية راشد \_ قاعدة الاسناد امام القضاء \_ مرجع سابق \_ ص ٩٩ .

(٢) د. سامية راشد \_ المرجع نفسه \_ ص ٩٩ \_ ١٠٠ .

(٣) د. سامية راشد \_ المرجع نفسه \_ ص ١٠٠ .

(٤) د. ماجد الحلواني \_ القانون الدولي الخاص واحكامه في القانون الكويتي \_ مرجع سابق \_ ص ١٣٩ .

القانون الوطني او الاجنبي (١) .

ان هيبية القضاء الوطني وسلامته سمعته خارج حدود البلاد تفتضي حرمان قضاة الموضوع من السلطان المطلق في تطبيق القانون الاجنبي وتفسيره والا ترتب على ذلك تناقض وتعارض في الاحكام التي قد تؤدي الى اهتزاز ثقة الخصوم بالقضاء (٢) .

محكمة النقض قد انشئت لضمان وحدة القانون الداخلي عن طريق وحدة القضاء ولكن هذه الوحدة يجب ان تتحقق ايضا بالنسبة للقانون الاجنبي كما هي بالنسبة للقانون الوطني فالقانون الاجنبي عندما يطبق في بعض القضايا التي تعرض امام القضاء الوطني فان قاعدة الاسناد الوطنية هي التي اشارت باختصاصه فاذا لم تراقب محكمة النقض تفسيره فقد تؤدي الى اختلاف محاكم الموضوع حول هذا التفسير او قد تخل به اخلا لا يخرجها عن معناه الحقيقي بل قد تشوّهه تشويها مما يؤدي الى الاختلال بأمر المشرع الوطني نفسه اي قد أخلت لا بالقانون الاجنبي وحده بل بالقانون الوطني نفسه (٣) .

اختلاف محاكم الموضوع في تفسير القانون الاجنبي يعني ان القضاء الوطني نفسه غير متفق على رأي واحد وهذا يعني عدم وحدته ولا يمكن تفادي مثل هذا الانقسام في وحدة القضاء الوطني الا عن طريق رقابة المحكمة العليا (٤) .

ان رقابة المحكمة العليا على تفسير القانون الاجنبي وتطبيقه أمر فيه ضمانة وصمام امان لان يحسن قضاة الموضوع فهم القانون الاجنبي وسلامته تطبيقه والقول بغير ذلك يؤدي الى التهاون وعدم الاكتراث وميلهم الى الحلول السهلة ولو كانت تشوّه القانون المختص مما يؤدي الى الحاق الضرر بالخصوم اجانب كانوا ام وطنيين (٥) .

ولا يجوز الاستسلام للصعوبات العملية التي قد تواجه المحكمة العليا وهي تباشر هذه الرقابة فالقول بالزام القاضي باثبات مضمون القانون الاجنبي والبحث عن مضمونه فمن باب اولي ان تفرض المحكمة العليا رقابتها على تفسيره سيما ان قضاءها اكثر خبرة والفرصة امامه اكبر وأوسع في تهيئة وسائل العلم بالقانون الاجنبي والكشف عن مضمونه (٦) .

(١) د.عكاشة محمد عبد العال \_ تطبيق القانون الاجنبي امام القاضي اللبناني \_ مرجع سابق \_ ص ١٢٠ .

(٢) د. شمس الدين الوكيل \_ دراسة مقارنة في اثبات مضمون القانون الاجنبي ورقابة المحكمة العليا على تفسيره \_ مرجع سابق \_ ص ١٣٩ .

(٣) د. محمد كمال فهمي اصول القانون الدولي الخاص \_ مرجع سابق \_ ص ٤٩٧ \_ ٤٩٨ .

(٤) د. ماجد الحلواني \_ القانون الدولي الخاص واحكامه في القانون الاردني \_ مرجع سابق \_ ٣٣٩ .

(٥) د. عكاشة محمد عبد العال \_ تنازع القوانين \_ مرجع سابق \_ ص ٤٥٩ .

(٦) د. شمس الدين الوكيل \_ المرجع نفسه \_ ص ١٣٩ .



ان القول بفرض رقابة المحكمة العليا على تفسير القانون الاجنبي يستوجب عليها القيام بتحريات واقعية بحثاً عن مضمون القانون الاجنبي وهو ما يخرج عن نطاق اختصاصها ويؤدي بها الى الخطأ أو الانحراف عن فهم مضمونه الحقيقي مما ينقص من هيبه آرائها ويتناقض مع الفكرة القائلة بان القانون المختص هو القانون المطبق فعلا في البلد الاجنبي فهذا القول غير مقبول من عدة نواحي :

\_ ان البحث عن مضمون العرف الذي هو قانون داخلي لا يقل صعوبة عن البحث عن مضمون القانون الاجنبي وبالرغم من هذه الصعوبة في البحث عن مضمون العرف فلم يقل احد ان الخطأ في تفسيره لا يخضع لرقابة المحكمة العليا كما ان ما ينقص من هيبه المحكمة العليا هو عدم مراقبتها محاكم الموضوع فيما يقع منهم من اساءة في تفسير القانون الاجنبي (١) .

\_ ان احتمال خطأ المحكمة العليا وارد لكنه غير مألوف بحكم خبرة قضائها وفضلا عن ذلك فان التفسير الذي تنتهي اليه يقتصر اثره في الاطار الوطني فقط ولن يعد سابقة قضائية في دولة القانون الاجنبي .

\_ واخيرا فان القول السابق يغفل اعتبارين اساسين هما :

\* انتشار مراكز دراسة القانون المقارن وخاصة مع ثراء فرنسا في المعلومات عن القوانين الاجنبية .

\* وان الخصم والدفاع يقدمون عادة مساعدات ايجابية في سبيل التعرف على القانون الاجنبي ومضمونه (٢) .

---

(١) د. عكاشة محمد عبد العال \_ تطبيق القانون الاجنبي امام القاضي اللبناني \_ مرجع سابق \_ ص ١٢٠ .

(٢) د. شمس الدين الوكيل \_ دراسة مقارنة في اثبات مضمون القانون الاجنبي ورقابة المحكمة العليا على تفسيره \_ مرجع سابق \_ ص ١٢٠ .

## الخاتمة :

العلاقات الفردية الدولية الخاصة تطرح اشكالية اختيار القانون المختص ليحكمها فقد يكون قانون القاضي او القانون الاجنبي وتحديد هذا القانون يكون من خلال اعمال قاعدة الاسناد الوطنية فاذا اشارت باختصاص قانون القاضي الوطني طبقه القاضي على النزاع اما اذا اشارت باختصاص قانون اجنبي التزم القاضي الوطني بتطبيقه نظرا للصفة القانونية لهذا القانون .

المشرع حين عقد الاختصاص بموجب قاعدة الاسناد لم يقد بذلك الا بعد ان فاضل بين قانونه وقوانين اخرى ورأى ان تلك القوانين هي الأنسب والاعدل للتطبيق على مسائل معينة فالمفاضلة هنا جرت بين قانون وقانون وليس بين قانون وواقع لذا يجمع الفقه المعاصر على اعتبار القانون الاجنبي قانونا مع احتفاظه بصفته الاجنبية ويعامل معاملة اجرائية خاصة مؤكدين بضرورة ترك الجدل الصاخب حول طبيعة القانون الاجنبي وصفته امام القضاء الوطني وان تتصرف العناية الى البحث عن أفضل الوسائل والاكثر ايجابية للتعرف على مضمون القانون الاجنبي وتمكين القاضي العلم به والتيسير للمحكمة العليا مهمة فرض رقابتها على تفسيره .

يذهب الاتجاه الغالب فقها وقضاء في القانون المقارن الى تأكيد الطبيعة القانونية للقانون الاجنبي من غير إهمال صفته الاجنبية فليس القانون الاجنبي عنصرا من عناصر الواقع بل هو قانون يطبقه القاضي الوطني نزولا على امر مشرعه استنادا الى قاعدة الاسناد الوطنية فالقانون الاجنبي يستمد قوة الالزام من قاعدة الاسناد الوطنية التي تلزم القاضي بتطبيق القانون المختص وبما انه قانون ولكنه اجنبي فمن الطبيعي ان يلقي معاملة اجرائية مختلفة عن تلك التي يلقاها القانون الوطني اذ بينهما اوجه اختلاف يفرضها الواقع من حيث صعوبة ان يفترض علم القاضي الوطني بمضمون كافة القوانين الاجنبية فوق هذا فالقانون الاجنبي لا يصدر ولا ينشر في دولة القاضي فهو ليس خطابا للقاضي الوطني .

بناء على ما تقدم ومن خلال دراسة متواضعة لهذا الموضوع نستخلص النتائج التالية :

١\_ يعتبر القانون الاجنبي قانون ولا يفقد لدى القاضي الوطني هذه الطبيعة ولا يتحول الى مجرد واقعة فليس ادل من ذلك ان المشرع الوطني وهو يضع قواعد الاسناد يجري المفاضلة ما بين مختلف القوانين الاجنبية فهو ينظر الى القانون الاجنبي بوصفه قانونا .

٢\_ القاضي يطبق القانون الاجنبي من تلقاء نفسه بأمر من قاعدة الاسناد الوطنية وانه يلتزم بالبحث عن مضمونه بكافة وسائل العلم الممكنة وان اشترك الخصوم في الاثبات مع القاضي هو أمر يستجيب الى ما هو متبع امام القضاء في شأن كافة القواعد القانونية غير التشريعية وبصفة خاصة اسوة بما جرى عليه العمل بالنسبة للقواعد العرفية .

٣\_ استعانة القاضي الوطني بالخصوم في اثبات مضمون القانون الاجنبي لا يغير من طبيعته وكونه قانونا فهو في ذلك يشبه بالمعاملة التي يلقاها العرف ومن غير ان ينفي عنه أحد وصف القاعدة القانونية .

- ٤\_ القانون الاجنبي وان كان لا يفقد صفته كقانون الا انه يختلف عن القانون الوطني من حيث تجرده بالنسبة لهذا القاضي من عنصر الامر وتجرد القانون الاجنبي من هذا العنصر لا يتعلق بطبيعته بل بقوة نفاذه بمعنى ان ليس من شأنه ان يفقد هذا القانون صفته كونه قاعدة عامة بل يفقد فقط قوة النفاذ او السريان وان قاعدة الاسناد هي التي ترد له هذه القوة اذا ما امرت القاضي الوطني بتطبيق القانون الاجنبي ومعنى ذلك ان القانون الاجنبي يعامل امام القاضي الوطني بوصفه قانونا اجنبيا .
- ٥\_ اذا كان القانون الاجنبي لا يفقد طبيعته فيظل قانونا ولا يفقد صفته فيظل اجنبيا الا انه مع ذلك لا يستوي مع قانون القاضي بل يختلف عنه من حيث بعض الوجوه وهو اختلاف يمليه واقع الحال .
- ٦\_ الواقعة المادية يجوز اثباتها بكافة طرق الاثبات بما في ذلك الاقرار واليمين بينما القانون الاجنبي لا يقبل الاثبات بهاتين الوسيلتين وهذا دليل على الصفة القانونية للقانون الاجنبي .
- ٧\_ الافراد يطرحون الوقائع والقاضي يطبق عليها حكم القانون فان تم القول بان القانون الاجنبي هو مجرد واقعة لكان القاضي طبق واقعة على واقعة وهو ما لا معنى له .
- ٨\_ عدم اثبات الواقعة يستتبع رد الدعوى اما عدم اثبات القانون الاجنبي فيستتبع تطبيق قانون القاضي بما له من اختصاص احتياطي عام فهذا يؤكد عدم اعتبار القانون الاجنبي واقعة .
- ٩\_ الزام القاضي باثبات مضمون القانون الاجنبي يتفق مع اعتبار القانون الاجنبي قانونا .
- ١٠\_ توفير وسائل العلم بالقانون الاجنبي والقضاء على العقبات العملية التي كانت الباعث الحقيقي على انكار طبيعته القانونية واعتباره في حكم الواقع من حيث الاثبات .
- ١١\_ يفسر القاضي الوطني القانون الاجنبي عند اللزوم وفق ما يفسر به عادة في بلده الاصلي وليس وفقا لرأيه الشخصي او لمفاهيمه الخاصة ولن الخطأ في التفسير او في تطبيق ذلك القانون يكون حكمه عرضة لرقابة المحكمة العليا .
- ١٢\_ الزام اخضاع تفسير القانون الاجنبي لرقابة المحكمة العليا يتفق مع اعتبار القانون الاجنبي قانونا عندما يطبقه القاضي الوطني فهو ليس واقعة او عنصرا من عناصر الواقع ولا يصح تجريده من سلامة التطبيق بتوفير رقابة المحكمة العليا على تفسيره .
- ١٣\_ الخطأ في تطبيق قاعدة الاسناد يخضع لرقابة المحكمة العليا لأنه خطأ في تطبيق قاعدة من قواعد القانون الوطني .
- ١٤\_ اخيرا كنا نأمل لو تطرق المشرع السوري الى موضوع اثبات مضمون القانون الاجنبي ورقابة المحكمة العليا على تفسيره بأكثر من التوضيحات واضعا في ذلك النصوص القانونية التي تعالجه ونظرا لاهمية الموضوع واحتمال اختصاص القانون الاجنبي ليحكم النزاع أمام المحاكم السورية وارجو ان اجتهاد محكمة النقض غير كاف لتغطية هذا الموضوع خاصة في ظل غياب نص تشريعي بهذا الموضوع كما كنا نأمل ان ينص المشرع على ان القانون الاجنبي لا يفقد طبيعته امام القاضي السوري وأنه يلتزم بتطبيقه من تلقاء نفسه ويخضع الخطأ في تطبيقه وتفسيره لرقابة المحكمة العليا دون ان يترك ذلك الامر لمشئنة الخصوم .
- كلي امل ورجاء من خلال هذا الجهد المتواضع والمكثف انني قد اديت الغرض المقصود من رسالة العلم النبيلة والرفيعة.
- والله ولي التوفيق

## قائمة المراجع

اولا\_ المراجع باللغة العربية :

أ\_ الكتب :

- ١- د. عز الدين عبد الله \_ القانون الدولي الخاص \_ القاهرة \_ ١٩٨٦ .
- ٢- د. جابر جاد عبد الرحمن \_ القانون الدولي الخاص العربي \_ الجزء الثالث في تنازع القوانين \_ معهد الدراسات العربية \_ بيروت \_ ١٩٦١ .
- ٣- د. محمد وليد المصري \_ الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص ( دراسة مقارنة ) \_ عمان\_ الاردن \_ ٢٠٠٧ .
- ٤- د. عكاشة محمد عبد العال \_ تنازع القوانين ( دراسة مقارنة ) \_ بيروت \_ ٢٠٠٧ .
- ٥- د. سعيد يوسف البستاني \_ الجامع في القانون الدولي الخاص \_ بيروت \_ ٢٠٠٩ .
- ٦- د. هشام علي صادق \_ الموجز في القانون الدولي الخاص \_ الإسكندرية \_ ١٩٩٣ .
- ٧- د. أعراب بلقاسم \_ القانون الدولي الخاص الجزائري \_ دار هومه \_ الجزائر \_ ٢٠٠٦ .
- ٨- د. هشام علي صادق \_ د. حفيظة السيد حداد \_ دروس في القانون الدولي الخاص الاسكندرية \_ ١٩٩٢ .
- ٩- د. هشام علي صادق \_ مركز القانون الاجنبي امام القضاء الوطني \_ الاسكندرية \_ ١٩٦٨ .
- ١٠- د. نادية فضيل \_ تطبيق القانون الاجنبي امام القضاء الوطني \_ دار هومه \_ الجزائر \_ ٢٠٠٤ .
- ١١- د. محمد كمال فهمي \_ اصول القانون الدولي الخاص \_ الاسكندرية \_ ١٩٩٢ .
- ١٢- د. سامي بديع منصور \_ الوسيط في القانون الدولي الخاص \_ بيروت \_ ١٩٩٤ .
- ١٣- د. كمال قريوع عليوش \_ القانون الدولي الخاص الجزائري (تنازع القوانين) \_ الجزء الاول \_ دار هومه \_ الجزائر \_ ٢٠٠٧ .
- ١٤- د. موسى عبود \_ الموجز في القانون الدولي الخاص المغربي \_ المركز الثقافي العربي \_ الدار البيضاء \_ ١٩٩٤ .
- ١٥- د. غالب علي الداودي \_ القانون الدولي الخاص ( دراسة مقارنة ) \_ عمان \_ ٢٠٠٥ .
- ١٦- د. فؤاد ديب \_ القانون الدولي الخاص ( تنازع القوانين ) \_ منشورات جامعة حلب \_ ١٩٨٨ .
- ١٧- د. سعيد البستاني \_ القانون الدولي الخاص تطور وتعدد طرق حل النزاعات الخاصة الدولية \_ منشورات الحلبي \_ بيروت \_ ٢٠٠٢ .
- ١٨- د. ممدوح عبد الكريم حافظ \_ القانون الدولي الخاص وفق القانون العراقي المقارن \_ بغداد \_ ١٩٧٧ .
- ١٩- د. عبده جميل غضوب \_ دروس في القانون الدولي الخاص \_ بيروت \_ ٢٠٠٨ .

- ٢٠- د. الطيب زروتي \_ القانون الدولي الخاص الجزائري \_ الجزائر \_ ٢٠٠٥ .
- ٢١- د. اسعاد موحد \_ القانون الدولي الخاص \_ الجزائر \_ ١٩٨٩ .
- ٢٢- د. ماجد الحلواني \_ القانون الدولي الخاص واحكامه في القانون الكويتي \_ الكويت \_ ١٩٧٣ \_ ١٩٧٤ .
- ٢٣- د. علي سليمان علي \_ مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري \_ الجزائر \_ ٢٠٠٣ .
- ٢٤- د. مجد الدين خربوط \_ القانون الدولي الخاص \_ تنازع القوانين \_ جامعة حلب \_ ٢٠٠٨ .
- ٢٥- د. محمد الصبري السعدي \_ الواضح في شرح القانون المدني الجزائري \_ دار هومه \_ الجزائر \_ ٢٠٠٩ .
- ٢٦- أ\_ نعموم السيوفي \_ محاضرات في القانون الدولي الخاص \_ جامعة حلب \_ ١٩٦٨ .

### ب\_ المقالات :

- ١\_ قاشي علال \_ اساس تطبيق القانون الاجنبي ومركزه امام القاضي الوطني \_ الملتقى الاول حول تطبيق القانون الاجنبي \_ جامعة الاغواط \_ الجزائر \_ ٢٠٠٦ \_ ٢٠٠٧ \_ ص ص ١ \_ ٢٢ .
- ٢\_ د. محمد وليد المصري \_ مدى تلازم النظرة الالزامية الى قاعدة الاسناد والقانون الاجنبي امام القاضي الوطني \_ مجلة الشريعة والقانون \_ العدد /٣٥/ \_ ٢٠٠٨ .
- ٣\_ د. شمس الدين الوكيل \_ دراسة مقارنة في اثبات القانون الاجنبي ورقابة المحكمة العليا على تفسيره \_ ملة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية \_ كلية الحقوق \_ الاسكندرية \_ العدد الاول والثاني \_ ١٩٦٤ \_ ص ص ٧٧ \_ ١٤٣ .
- ٤\_ د. احمد ضاغن السمدان \_ ظرة حول موقف القضاء الكويتي من القانون الاجنبي \_ مجلة الحقوق \_ الكويت \_ السنة العاشرة \_ العدد الاول \_ ١٩٨٦ \_ ص ص ١ \_ ١٧٩ .
- ٥\_ د. محمد كمال فهمي \_ رقابة المحكمة العليا على تطبيق القانون الاجنبي في نطاق التنازع الدولي للقوانين \_ ملة القانون والاقتصاد للبحث في الشؤون القانونية والاقتصادية \_ جامعة القاهرة \_ العدد الثاني \_ السنة ٣٣ \_ ١٩٦٣ \_ ص ص ١ \_ ٨٧ .
- ٦\_ مبروك بنموسي \_ القانون الاجنبي من خلال المجلة التونسية للقانون الدولي الخاص \_ المجلة العربية للفقه والقضاء \_ عدد/٣٢ \_ ٢٠٠٥ \_ ص ص ١ \_ ٥٢ .
- ٧\_ د. مصطفى عبد النبي \_ د. الخضر شعاشعية \_ مجالات تطبيق القانون الاجنبي امام المحاكم الجزائرية والاستثناءات الواردة عليها \_ الملتقى الاول حول تطبيق القانون الاجنبي \_ جامعة الاغواط \_ الجزائر \_ ٢٠٠٦ \_ ٢٠٠٧ \_ ص ص ١ \_ ١٠ .
- ٨\_ د. عكاشة محمد عبد العال \_ تطبيق القانون الاجنبي امام القاضي اللبناني \_ مجلة الدراسات القانونية \_ جامعة بيروت الغربية \_ العدد الاول \_ المجلد الثاني \_ تموز \_ ١٩٩٨ \_ ص ص ١ \_ ١٣٧ .

٩\_ سامية راشد \_ قاعدة الاسناد امام القضاء \_ بحث في القانون الدولي الخاص المصري المقارن \_ مجلة العلوم القانونية والاقتصادية \_ صادرة عن كلية الحقوق بجامعة عين شمس \_ القاهرة \_ العدد الثاني \_ السنة الرابعة عشرة \_ يوليو \_ ١٩٧٢ \_ ص ص ١ \_ ١١٩ .

### ج\_ النصوص القانونية :

١\_ قانون رقم ٠٨\_٠٩\_ مؤرخ في ٢٥/ فبراير / ٢٠٠٨ يتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية \_ جريدة رسمية \_ عدد ٢١\_ مؤرخ في ٢٣/ابريل/٢٠٠٨ .  
٢\_ المجلة التونسية للقانون الدولي الخاص .

٣\_ امر رقم ٨٩\_٢٢ المؤرخ في ١٢/ ديسمبر سنة/١٩٨٩/ ، جريدة رسمية عدد ٥٣/ ، مؤرخ في ١٣/ ديسمبر سنة/١٩٨٩/ معدل و متمم بموجب امر رقم ٩٦\_٢٥ مؤرخ /١٢/ غشت سنة /١٩٩٦/ ، جريدة رسمية عدد ٤٨/ ، مؤرخ في ١٤/ غشت سنة /١٩٩٦/ والمتعلق بصلاحيات المحكمة العليا وتنظيمها وسيرها .

٤\_ امر رقم ٧٥\_٥٨ مؤرخ في ٢٦ سبتمبر سنة ١٩٧٥ يتضمن القانون المدني الجزائري ، جريدة رسمية عدد ٧٨ معدل و متمم بموجب قانون ٠٥\_١٠ مؤرخ في ٢٠ يونيو سنة ٢٠٠٥ ، جريدة رسمية عدد ٤٤ ، مؤرخ في ٢٦ يونيو سنة ٢٠٠٥ .

### ثانيا \_ المراجع باللغة الفرنسية :

#### أ\_ الكتب :

١\_ HENRI BATIFFOL , " Aspects philosophiques du droit international prive " DALLOZ , PARIS , 2002 .

٢\_ PIERRE MAYER , Droit international prive , DELTA, LIBON , 5 eme , édition ,1994 .

٣\_ HENRI BTIFFOL , PUL LAGARDE , Droit international prive , tome , L. G.D.J , PARIS , septième édition , 1981 .

٤\_ DANIEL GUTMAN , Droit international prive , DALLOZ , PRIS , 5 eme edition , 2000 .

ب\_ الرسائل الجامعية :

LARPVANICHAR RACHNEEKORN , Le statut de la loi étrangère selon la cour de \_١  
cassation , Memoire présentée vie de abstention du master droit " recherché" mention  
. " droit international " 2005 , 2006 .

ج \_ المقالات :

ALEXANDER DANIEL , " Conflits de loi , l loi étrangère devant les tribunaux français , \_١  
établissement du contenu de l loi étrangère ." JURISS – CLASSEUR , PARIS , 1997 , face ,  
539 – 20 ,Art .3 , 62 .

FAUVARQUE \_ COSSON ( BENEDICTE) , Conflits de lois , le juge , français et le droit \_٢  
étrangère , RECEULT , DE , DALLOZ , N 8 , 24 février , 2000 , p 128.

د\_ الاحكام القضائية :

COUR DE CASSATION (1<sup>Re</sup> ch.civ) 28 juin 2005 , COUR DE CSSTION ( ch.com) 28 juin \_١  
2005 , Note , HORATIAMUIR WATT REVUE critique de droit international prive , Na ,  
Trimestrielle , DALLOZ , PARIS , Octobre \_ décembre, 2005 .

## الفهرس

| الموضوع                                                                                         | الصفحة |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------|--------|
| المقدمة                                                                                         | ص ٣    |
| الفصل الأول : الاتجاه الذي يعتبر القانون الأجنبي مسألة واقع                                     | ص ٦    |
| المبحث الأول: اثر اعتبار القانون الأجنبي مسألة واقع على إثباته                                  | ص ٧    |
| المطلب الأول: دور الخصوم في إثبات مضمون القانون الأجنبي                                         | ص ٨    |
| الفرع الأول: المدارس الفقهية التي تعتبر القانون الأجنبي مجرد واقعة                              | ص ٨    |
| الفرع الثاني: إثبات مضمون القانون الأجنبي يقع على من يدعي اختلاف مضمونه عن أحكام القانون الوطني | ص ١٢   |
| الفرع الثالث: إثبات مضمون القانون الأجنبي يقع على عاتق الخصم الذي يتمسك بتطبيقه                 | ص ١٤   |
| المطلب الثاني: كيفية إثبات الخصوم لمضمون القانون الأجنبي                                        | ص ٢٢   |
| الفرع الأول: الشهادة العرفية                                                                    | ص ٢٣   |
| الفرع الثاني: الحل الواجب الإلتباع عند استحالة إثبات مضمون القانون الأجنبي                      | ص ٢٨   |
| المبحث الثاني: اثر اعتبار القانون الأجنبي مسألة واقع على تفسيره                                 | ص ٣٣   |
| كيفية تفسير القانون الأجنبي                                                                     | ص ٣٤   |
| الفرع الأول: تقيد القاضي الوطني بالتفسير القضائي السائد في دولة القانون الأجنبي                 | ص ٣٤   |
| الفرع الثاني : الدور الايجابي للقاضي الوطني عند تفسير القانون الأجنبي                           | ص ٣٦   |
| المطلب الثاني : رقابة محكمة النقض على تفسير القانون الأجنبي                                     | ص ٤٠   |
| الفرع الأول: رفض الرقابة على تفسير القانون الأجنبي                                              | ص ٤٠   |



|       |                                                                                              |      |
|-------|----------------------------------------------------------------------------------------------|------|
|       | الفرع الثاني : تطور القضاء الفرنسي باتجاه مراقبة تفسير القانون الأجنبي ...                   | ص ٤٤ |
|       | <b>الفصل الثاني: الاتجاه الذي يعتبر القانون الأجنبي مسألة قانون.....</b>                     | ص ٥٠ |
|       | <b>المبحث الأول: اثر اعتبار القانون الأجنبي مسألة قانون على إثباته.....</b>                  | ص ٥١ |
|       | <b>المطلب الأول : موقف الفقه والقضاء من التزام القاضي بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي</b>    |      |
|       |                                                                                              | ص ٥٢ |
|       | <b>الفرع الأول: موقف الفقه .....</b>                                                         | ص ٥٢ |
|       | <b>الفرع الثاني : موقف القضاء .....</b>                                                      | ص ٥٧ |
|       | <b>المطلب الثاني : التزام القاضي بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي ...</b>                     | ص ٦٤ |
|       | <b>الفرع الأول: مبدأ المحكمة تعرف القانون .....</b>                                          | ص ٦٤ |
| الفرع | <b>الفرع الثاني: حدود التزام القاضي بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي .</b>                    | ص ٦٨ |
|       | <b>الثالث: طرق إثبات مضمون القانون الأجنبي .....</b>                                         | ص ٧٢ |
|       | <b>المبحث الثاني: اثر اعتبار القانون الأجنبي مسألة قانون على تفسيره .....</b>                | ص ٧٦ |
|       | <b>المطلب الأول : فرض الرقابة على تفسير القانون الأجنبي .....</b>                            | ص ٧٧ |
|       | <b>الفرع الأول : موقف التشريع المقارن والمشرع السوري .....</b>                               | ص ٧٨ |
|       | <b>الفرع الثاني : موقف القضاء المقارن .....</b>                                              | ص ٨٦ |
|       | <b>المطلب الثاني: حجج الفقه المؤيد لفرض رقابة المحكمة العليا على تفسير القانون الأجنبي..</b> | ص ٨٩ |
|       | <b>الفرع الأول : فرض الرقابة وطبيعة القانون الأجنبي.....</b>                                 | ص ٨٩ |
|       | <b>الفرع الثاني : فرض الرقابة ووظيفة المحكمة العليا .....</b>                                | ص ٩٠ |
|       | <b>الخاتمة: .....</b>                                                                        | ص ٩٣ |
|       | <b>قائمة المراجع: .....</b>                                                                  | ص ٩٥ |

Aleppo University

Faculty of Law

Department of international law

## **The Application of Foreign Law before National Courts**

This thesis has been submitted in partial fulfillment of the requirements for the degree of Master Science in the law.

By

**AMAL SOURANI**

Supervised by

**Dr. ALI KALAGEE**

2013 – 1434

Aleppo University

Faculty of Law

Department of international law

## **The Application of Foreign Law before National Courts**

This thesis has been submitted in partial fulfillment of the requirements for the degree of Master Science in the law.

By

**AMAL SOURANI**

Supervised by

**Dr. ALI KALAGEE**

2013 – 1434

