

المعاملة الإجرائية لتطبيق القانون الأجنبي في قواعد تنازع القوانين الجزائرية

ناتوري كريم⁽¹⁾

(1) أستاذ محاضرة قسم "أ"، مخبر البحث حول فعالية
القاعدة القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة
بجاية، 06000 بجاية، الجزائر.

البريد الإلكتروني: karim.natouri@univ-bejaia.dz

الملخص:

قاعدة التنازع تُرشد القاضي إلى تطبيق إما القانون الجزائري أو تطبيق قانون أجنبي، وتطبيق القانون الأجنبي يطرح مشاكل حقيقية، تتعلق بالمعاملة الإجرائية لتطبيق القانون الأجنبي في قواعد التنازع الجزائرية، سواء من الناحية النظرية لتحليل هذه العملية، أو من الناحية العملية من حيث معاملة القانون الأجنبي، معرفة مضمونه وإثبات وجوده، تعارض مضمونه مع القانون الجزائري، رفض الاختصاص (الإحالة)، الغش نحو القانون، ومدى الخضوع لرقابة المحكمة العليا عند تطبيق القانون الأجنبي.

الكلمات المفتاحية:

القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، القانون الأجنبي، إثبات القانون الأجنبي، عدم دستورية القانون الأجنبي، النظام العام، رقابة المحكمة العليا، قواعد تنازع القوانين في التشريع الجزائري.

تاريخ إرسال المقال: 2022/02/14، تاريخ قبول المقال: 2022/04/30، تاريخ نشر المقال: 2022/05/14.

لتهميش المقال: ناتوري كريم، "المعاملة الإجرائية لتطبيق القانون الأجنبي في قواعد تنازع القوانين الجزائرية"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 13، العدد 01، السنة 2022، ص ص. 287-319.

<https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72>

المقال متوفر على الرابط التالي:

المؤلف المراسل: ناتوري كريم، natourik@gmail.com

Procedural treatment of the application of foreign law in the rules of conflict of laws in Algeria

Summary :

The rule of conflict requires the judge to apply either Algerian law or a foreign law. The application of a foreign law poses specific problems, which concerns the procedural treatment of the foreign law in the Algerian rules of conflict of laws, both on the theoretical level of the analysis of this operation, and on the practical level of knowledge of the content of the foreign law and the difficulty of determining or knowing the foreign law, the incompatibility of its content with the Algerian law, the dismissal of jurisdiction, fraud against the law and the control of the Supreme Court

Keywords:

Private international law, conflict of laws, foreign law, proving foreign law, the unconstitutionality of foreign law, public order, Supreme Court review, Algerian conflict of laws rules.

Le traitement procédural de l'application du droit étranger dans les règles de conflits de lois Algérienne

Résumé:

La règle du conflit des lois oriente le juge quant à l'application, soit de la loi Algérienne, soit d'une loi étrangère. L'application d'une loi étrangère pose de réels problèmes, qui concerne le traitement procédural de la loi étrangère dans les règles de conflit de lois Algérienne, tant sur le plan théorique de l'analyse de cette opération, que sur le plan pratique de la connaissance de la teneur de la loi étrangère et de la difficulté de déterminer ou de connaître la loi étrangère, l'incompatibilité de son contenu avec la loi Algérienne, le renvoi de compétence, la fraude à la loi et le contrôle de la Cour suprême.

Mots Clés

Droit international privé, conflit de lois ,loi étrangère, prouver la loi étrangère, non constitutionnalité de la loi étrangère ,ordre public, contrôle de la Cour suprême, règles de conflit de lois Algérienne.

مقدمة

يُعد القانون الدولي الخاص موضوعاً حديثاً نسبياً مقارنةً مع باقي القوانين الأخرى، ويتميز بكونه ينظم العلاقات الخاصة بين الأفراد، والمشملة على عنصر أجنبي، هذا العنصر الأجنبي نجده إما في أحد أطراف العلاقة، موضوع العلاقة أو مكان قيام العلاقة القانونية، ويشمل مواضيع مختلفة كتنازع القوانين، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، مركز الأجانب، الجنسية، التحكيم التجاري الدولي.

يُعتبر تنازع القوانين أهم مواضيع القانون الدولي الخاص، حيث يقوم القاضي عندما يُعرض عليه أي نزاع مشتمل على عنصر أجنبي بعملية أولية ضرورية تتمثل في التكييف، ثم يبحث عن القانون الواجب التطبيق على النزاع (عملية الإسناد)، والمشرع الجزائري على غرار مختلف مشرعي الدول وضع قواعد التنازع (الإسناد) في القانون المدني من المادة 09 إلى المادة 24 من القانون المدني.

تُرشد قواعد الإسناد القاضي نحو القانون الواجب التطبيق على النزاع المشتمل على عنصر أجنبي، فهي لا تفصل فيه، وقد يكون القانون الواجب التطبيق قانون وطني فلا يثير أي مشكل حتى ولو لم يكن ملائماً، أو أجنبي من شأنه إثارة مشاكل قانونية، خاصةً أنّ القاضي قد يجد نفسه أمام قانون أجنبي لا يعرفه، أو يتوجب عليه تفسيره، أو يرفض الاختصاص (الإحالة)، أو تتعدد فيه التشريعات أو يكون مخالف للنظام العام والآداب العامة التي يعرفها في قانونه...الخ، فكيف للقاضي أن يتعامل مع هذا القانون الأجنبي الذي قد يؤدي به إلى الوقوع في مشاكل قانونية مختلفة؟

نطاق البحث: تتعلق هذه الدراسة بكيفية تعامل القاضي الوطني مع القانون الأجنبي المختص وفقاً لقواعد التنازع الجزائرية، مع الاستئناس بمختلف المواقف الفقهية والقضائية الأجنبية في هذه المسألة، وهو موضوع قانوني مُثار بكثرة في الدراسات الأكاديمية، ويمتد الحيز الزمني لهذه الدراسة ليغطي تطور تنازع القوانين حيث وضع الفقه حلول لمعاملة القاضي للقانون الأجنبي، مع مساهمة التحولات القانونية والتحديات التي عرفها مجال تنازع القوانين في التشريع الجزائري. أما من الناحية المكانية فلا تتطوي هذه الدراسة على مكان محدد لأنها تعود بنا إلى بعض الحلول الفقهية في مراكز بروزها على اختلاف دولها وأفكارها، لكننا سنركز على قواعد تنازع القوانين الجزائرية التي تضمنها القانون المدني الجزائري الصادر في 1975 والتي عرفت تعديلاً جوهرياً سنة 2005.

أهمية البحث: تحوز هذه الدراسة على أهمية بالغة لإبراز المواقف الفقهية المختلفة، لتعامل القاضي مع القانون الأجنبي، مع التوقف بشكل خاص على موقف المشرع الجزائري، لنستنتج مدى ملاءمة الحلول الفقهية لحل مشكلة تنازع القوانين، ومدى ملاءمة الحلول التي وضعها المشرع الجزائري، إذ رغم الاختلاف الفقهي وعدم الاستقرار في المواقف حول إلزامية القاضي بتطبيق قواعد الإسناد، بين من يرى أنّ القاضي غير ملزم بتطبيق

قواعد الإسناد تلقائياً إلا إذا تمسك الخصوم بتطبيقها مثل **الفقه الفرنسي والأنجلوساكسوني**¹، وتأرجح القضاء الفرنسي (محكمة النقض الفرنسية) بمناسبة قضية "بيسبال" 12 ماي 1959، قضية الزوجين السيدة بورتونسيني ضد السيد بورتونسيني بتاريخ 02 مارس 1960²، ومن يرى أن القاضي ملزم بتطبيقها حتى ولو لم يتمسك بها الخصوم لأنها جزء من التشريع الوطني (الرأي الراجح في الفقه والقضاء)، وهو ما أخذ به المشرع الجزائري الذي وضع قواعد الإسناد في القانون المدني من المادة 09 إلى المادة 24³، مما يوحي أنها مثل باقي القواعد القانونية في الإلزامية، بالرغم من عدم وجود نص صريح على هذه الإلزامية، خاصة إذا استحضرنا مغزى نص الفقرة الثانية من المادة 29 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية "...يفصل في النزاع وفقاً للقواعد القانونية المطبقة عليه" الذي يستفاد منه إلزامية تطبيق قواعد التنازع على النزاع إذا كان مشتملاً على عنصر أجنبي⁴.

أكدت المحكمة العليا في بعض القضايا على تطبيق وحسن تطبيق قواعد الإسناد الجزائرية، فمثلاً نقضت المحكمة العليا سنة 1998 قرار قضى بتطبيق القانون الإيطالي على قضية طلاق بين زوجين جزائرية وإيطالي بدلاً من تطبيق القانون الجزائري لكون الزوجة جزائرية الأصل لم يثبت نزع جنسيتها الأصلية منها رسمياً، بعد حصولها على الجنسية الإيطالية، ورأت المحكمة العليا أن القضية خالفوا القانون (قاعدة الإسناد وهي المادة 2/12 من القانون المدني) وهناك خطأ في تطبيقه، مما استوجب نقض القرار المطعون فيه⁵، كما

¹-BATIFFOL Henri et LAGARDE Paul, Traité De Droit International Privé, 8ème Edition Tome I, L.G.D.J, Paris, 1993, pp 531-533.

²-ANCEL Bertrand et LEQUETTE Yves, Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, 3ème édition, DALLOZ, Paris, 1998, PP 248-260. Concernant le revirement de la jurisprudence française:

-« Le revirement de la jurisprudence Bisbal : l'application obligatoire des règles de conflit de loi. Le revirement de la jurisprudence française a été amorcé dans un arrêt du 09 Mars 1983, et réalisé ensuite dans toute une série d'arrêts de 25 Novembre 1986, 25 Mai 1987, puis 11 et 18 Octobre 1988». Voir :

- MONEGER Françoise, Droit International Privé, 3ème édition, Lexis Nexis, Litec, Paris, 2005, p 40. Voir aussi :

- DERRUPPE Jean, Droit International Privé, 13ème édition, DALLOZ, Paris, 1999, p 81.

³- راجع المواد من 09 إلى 24 من الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني الجزائري، معدل ومتمم، جريدة رسمية عدد 78، صادرة بتاريخ 30 سبتمبر 1975. معدل بموجب قانون رقم 10-05 مؤرخ في 20 جوان 2005، يعدل ويتمم الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل والمتمم، جريدة رسمية عدد 44، صادرة بتاريخ 26 جوان 2005.

⁴- تنص المادة 29 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على ما يلي: "يكيف القاضي الوقائع والتصرفات محل النزاع التكيف القانوني الصحيح، دون التقيّد بتكليف الخصوم. يفصل في النزاع وفقاً للقواعد القانونية المطبقة عليه"، راجع:

-فضيل العيش، قانون الإجراءات المدنية والإدارية والقانون المدني، وفقاً للقانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المؤرخ في 25-02-2008، وفقاً لتعديل القانون المدني رقم 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007، مطبعة البدر، 2009، ص 08.

⁵- قرار المحكمة العليا رقم 170082، مؤرخ في 17 فيفري 1998، المجلة القضائية الصادرة عن المحكمة العليا، عدد 01، 2000، ص 167.

رفضت المحكمة العليا سنة 1994 طعن بالنقض في قضية متعلقة بالالتزامات غير التعاقدية، مفادها تطبيق القانون الفرنسي على تعويضات بسبب حادث مرور وقع في فرنسا أدى إلى حدوث أضرار بالغة بالضحية الجزائري⁶، ورأت المحكمة العليا بأنه من المقرر قانوناً وفقاً للمادة 20 من القانون المدني، سريان قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشأ للالتزام على الالتزامات غير التعاقدية، وهو فرنسا في القضية المطروحة أمامها، ولما تبين في موضوع النزاع أنّ المسألة تتعلق بتعويضات مدنية تتحملها الخزينة العمومية الفرنسية بصفتها مسؤولة مدنياً عن حادث مرور أدى إلى أضرار بالغة بالضحية، فإنّ قضاة الموضوع كانوا على صواب عندما اعتبروا القانون الفرنسي هو الواجب التطبيق، وطبقوا مضمونه على الوجه الأكمل⁷.

-إشكالية البحث: لما تمنح قاعدة الإسناد الوطنية الاختصاص لقانون أجنبي فهل القاضي ملزم بتطبيق القانون الأجنبي المختص أم لا، ثم هل يعامله كقانونه الوطني أو معاملة مغايرة؟ وإذا رفض القانون الأجنبي ذلك الاختصاص المسند إليه (موضوع الإحالة)، أو أثار مشاكل قانونية أخرى كعدم الدستورية، تعدد التشريعات، مخالفة النظام العام والغش نحو القانون، فما هو الحل؟
-فرضيات البحث:

-وجود مشاكل متعلقة بتنازع القوانين في ظل التطورات والتحويلات الدولية في مجال العلاقات الخاصة.

-مدى تقديم الفقه لحلول عملية جسدها المشرع الجزائري في قواعد التنازع.

-مدى ملائمة الحلول التي تبناها المشرع الجزائري.

-مناهج الدراسة: اعتمدنا في هذه الدراسة على بعض المناهج المتمثلة في:

1-المنهج التاريخي: بهدف تتبع مختلف التحويلات التي عرفها موضوع المعاملة الإجرائية للقانون الأجنبي في مجال تنازع القوانين لدى الفقه، والتشريع الجزائري، مع العودة إلى المصادر الأولية لمعظم الحلول.

2-المنهج التحليلي: لأغراض تجزئة وتقسيم إشكالية بحثنا، وفحص وتدقيق الحلول القانونية في مجال معاملة القانون الأجنبي، وتحليل أهم الآراء الفقهية وكذا قواعد تنازع القوانين في التشريع الجزائري.

-تقسيم البحث: نشير مبدئياً إلى أنّ موضوع البحث مفتوح على كثير من الاعتبارات خاصة أنّ دور الفقه في مجال تنازع القوانين يختلف من عصر لآخر، مع التركيز على الحلول في قواعد التنازع الجزائرية، لذلك قسمنا البحث إلى مبحثين القاضي والإلزامية القانون الأجنبي المختص (المبحث الأول)، ثم القاضي الجزائري وصعوبات تطبيق القانون الأجنبي (المبحث الثاني).

⁶- قرار المحكمة العليا رقم 107604، مؤرخ في 27 أبريل 1994، المجلة القضائية الصادرة عن المحكمة العليا، عدد 03، 1994، ص 33.

⁷- دليل البحث في مجلة المحكمة العليا، للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، قسم الوثائق والدراسات القانونية والقضائية، المحكمة العليا، الجزائر، 2021، ص 251-252.

المبحث الأول: القاضي وإلزامية القانون الأجنبي المختص

بعد التكيف تتم عملية الإسناد حيث تشير قاعدة الإسناد إما إلى اختصاص القانون الوطني، أو إلى اختصاص قانون أجنبي للفصل في النزاع وفي هذه الفرضية الثانية يجب الرجوع إلى القانون الأجنبي المختص بقواعده الموضوعية وتلك المتعلقة بتنازع القوانين، فعندما يتقرر أن قانوناً أجنبياً هو الواجب التطبيق فهل يُعامله القاضي معاملة مثل التي يعامل بها قانونه الوطني أو يُعامله معاملة مغايرة، ثم إذا كان لازماً تفسير القانون الأجنبي فكيف يتم هذا التفسير؟ ذلك أن القانون الأجنبي صادر من مشرع غير المشرع الوطني فالقاضي يخضع لمشرعه ولا للمشرع الأجنبي، وفي هذه المسألة اختلف الفقهاء.

تكتسي مسألة تحديد طبيعة القانون الأجنبي أهمية في تحديد المعاملة التي تلقاها قواعده الموضوعية من القاضي عند تطبيقها وتفسيرها، إذ عندما يتعرف قاضي الموضوع على القانون الأجنبي المختص وقواعده الموضوعية، ينتقل إلى مرحلة تطبيقها على النزاع المطروح أمامه، غير أنه قد يجد غموضاً أو لبساً في معناها، فيلجأ إلى تفسيرها لإعطائها المعنى الصحيح، لكن أي قانون يعتمد عليه في التفسير، وكيف يتم ذلك؟ لتوضيح هذه المسائل نتولى دراسة مدى إلزامية القانون الأجنبي (المطلب الأول)، ثم تفسير القانون الأجنبي (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مدى إلزامية القانون الأجنبي

أثارت مسألة كيفية معاملة القانون الأجنبي العديد من الاختلافات الفقهية الحادة، وتباينت مواقف القضاء والتشريعات في مختلف الدول، سواء ما يتعلق بالإلزامية تطبيقه أو تفسيره، مما أدلى إلى بروز العديد من النظريات التي تقترح أساساً لتطبيق القانون الأجنبي، كما حاول القضاء متأثراً بالفقه أو بطبيعة النظام السائد في دولته إيجاد تبرير لتطبيق القانون الأجنبي المختص، ونستطيع حصر هذا الخلاف في اتجاهين، الأول لا يعترف للقانون الأجنبي بالصفة القانونية وإنما يراه كمجرد واقعة فقط (الفرع الأول)، والثاني يرى بأن القانون الأجنبي يحتفظ بصفته القانونية، ويعامل بنفس الطريقة التي يعامل بها القانون الوطني (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الجانب الأول: معاملة القانون الأجنبي كواقعة

يرى هذا الاتجاه الذي يمثلته الفقه "الأنجلوساكسوني" أن القانون الأجنبي لا يعدو أن يكون مجرد واقعة، يجب على الأطراف التمسك به لتطبيقه، ومن المنتظر أن يبذلوا ما في وسعهم لإثباته أمام محكمة الموضوع⁸، بمعنى أن القانون الأجنبي ليس ملزم ولا يتمتع بقوة إلزامية في مواجهة القاضي الوطني، وإنما يُطبق على واقعة فقط فينظر إليه لا بصفته يتمتع بقوة ملزمة بل باعتباره مجرد واقعة، وهو ما أكد عليه مثلاً القضاء الفرنسي في العديد من المرات، وذلك لعدم إثقال كاهل القضاة الفرنسيين في البحث عن قوانين أجنبية يجهلونها-إلا في حالة

⁸ - قتال حمزة، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، القواعد العامة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2018، ص 232-237.

ما إذا كان تطبيق القانون الفرنسي متوقف على مضمون القانون الأجنبي - أين يجب على القاضي البحث عن القانون الأجنبي من تلقاء نفسه⁹، هذا الاتجاه ينكر القوة الإلزامية للقانون الأجنبي ويترتب على ذلك مجموعة من الآثار (أولاً)، ولقد حاول الفقه تقديم أسس لهذه المعاملة (ثانياً).

أولاً: الآثار القانونية المترتبة عن معاملة القانون الأجنبي كواقعة

يترتب على معاملة القانون الأجنبي كواقعة أنّ القاضي غير ملزم بالتمسك بتطبيق القانون الأجنبي ولا يُثيره القاضي من تلقاء نفسه¹⁰، إذن لا بد من إثارته من طرف الخصوم ويمكن لهم التنازل عن القانون الأجنبي لأنّ الوقائع يقدمها الخصوم وليس القاضي الذي يطبقها من تلقاء نفسه، كما أنّ القاضي لا يخضع لرقابة المحكمة العليا في تطبيق القانون الأجنبي، مع تمتع المحكمة بسلطة كاملة في إثبات وتفسير القانون الأجنبي، كما أنّ التمسك بجهل القانون الأجنبي مقبول، ولا يجوز للمحكمة الحكم بعلمها الشخصي بمضمون القانون الأجنبي¹¹، ويقع عبء إثبات القانون الأجنبي على الخصوم، ويكون ذلك في سائر وقائع الدعوى، وإذا أخطأ القاضي في تطبيق القانون الأجنبي أو في تفسيره فلا يخضع لأي رقابة، لقد أخذ جانب من الفقه المصري بهذا الاتجاه لأنّه من المستحيل على القاضي الوقوف على مضمون جميع القوانين الأجنبية¹².

وأكدت محكمة النقض الفرنسية سنة 1948 في قضية "لوتور" (Lautour) المتعلقة بالتعويض عن الخسائر التي نتجت عن حادث وقع في إسبانيا لمواطن فرنسي "لوتور" كان يقود شاحنة وقود دهسه قطار إسباني بإسبانيا، وتسبب ذلك الانفجار في وفاة السيد "جيرود" الفرنسي الذي كان يقود شاحنة أخرى تابعة لشركة فرنسية، فقامت الشركة الفرنسية بتعويض زوجة "جيرود" على أساس حادث عمل، لكنها اعتبرت ذلك قليلاً، فرفعت دعوى تعويض ضد "لوتور" أمام محكمة موطن المدعى عليه (بفرنسا)، ثم أمام محكمة النقض الفرنسية التي قضت بتاريخ 25 ماي 1948 على أنّ عبء إثبات القانون الأجنبي يقع على الخصوم، بل وبيّنت أنّ من الخصوم يقع عليه التمسك بإثبات القانون الأجنبي، فبعدما كان يقع على عاتق المدعى عليه، أصبح يقع على عاتق المدعي طالب التعويض إثبات أن طلبه مؤسسة وفقاً للقانون الإسباني الواجب التطبيق على النزاع، وفي قضية الحال هي زوجة السيد "بيجو" الفرنسي والمتوفى في حادث بإسبانيا¹³.

⁹ - أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص 492.

¹⁰ -MAYER Pierre et HEUZE Vincent, Droit International Privé, 9ème édition, Montchrestien, 2007, p 136.

¹¹ -رحاوي آمنة، "معاملة تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني"، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، المجلد 08، العدد 01، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة لحاج لخضر، باتنة 1، 2021، ص 360-361.

¹² -حمدان بن درويش الغامدي، "دور القاضي الوطني في إعمال القانون الأجنبي وإثباته، القضايا الفقهية بين الموروث والواقع المعاصر -نظرة في التجديد الفقهي-"، مجلة كلية الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، القاهرة، العدد الخامس والثلاثون، الجزء الأول، ص 763-764.

¹³ - ANCEL Bertrand et LEQUETTE Yves, op.cit, pp 145-155.

-« L'arrêt Lautour du 25 Mai 1948 est ainsi le premier arrêt ayant posé un principe général en matière de preuve de la loi étrangère... ». In :

- MONEGER Françoise, op-cit, p 45. Voir aussi :

سايرت محكمة النقض المصرية محكمة النقض الفرنسية، إذ في قرار صادر عنها في جوان 1955 رأت أن التمسك بتشريع أجنبي أمامها لا يعدوا أن يكون سوى مجرد واقعة يجب إقامة الدليل عليها من طرف صاحب المصلحة، لكن محكمة النقض الفرنسية غيرت موقفها الأول، واستقرت على مبدأ التمييز بين حالتين، المسائل التي تتعلق بحقوق لا يجوز للأطراف التصرف فيها حيث تعتبر القانون الأجنبي كقانون، والمسائل التي تتعلق بحقوق يجوز للأطراف التصرف فيها فتعتبر القانون الأجنبي كواقعة¹⁴، لكن كيف يطبق القانون الأجنبي كواقعة؟، لذلك نتساءل حول أساس تطبيق القانون الأجنبي باعتباره واقعة.

ثانياً: أسس معاملة القانون الأجنبي كواقعة

اختلفت وتعددت هذه الأسس التي برزت في شكل نظريات، نتناول أهمها نظرية الحقوق المكتسبة ونظرية الاستقبال المادي.

1- نظرية الحقوق المكتسبة: مفادها أن القاضي يطبق القانون الأجنبي على أساس نظرية الحقوق المكتسبة، فعندما يُعرض نزاع أمام القاضي ثم يعترف هذا الأخير بالحق المعروف أمامه، فإنّ هذا لا يعني بأنّ القاضي طبق القانون الأجنبي بل اعترف بالحق الذي كان مصدره القانون الأجنبي، هذا ما ذهب إليه الفقه الإنجليزي والأمريكي نظرية (vested rights)¹⁵، فالقاضي الأمريكي أو البريطاني يجد نفسه أمام واقع احترام حقوق مكتسبة وفقاً لقوانين أجنبية دون أن يتمكن من معرفة قيمة هذه الحقوق، لأنّ قيمتها الحقيقية تحدد وفقاً لقانون اكتسابها¹⁶، كأن يُطرح نزاع أمام قاضي جزائري بين شخصين يتنازعان حول منقول، أحدهم يقول أنّه صاحب المنقول اكتسبه في بريطانيا وفقاً للقانون البريطاني أي بتطبيق قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية، إذن من بين عناصر القضية الحق المكتسب وفقاً لقانون أجنبي فيقول الفقهاء أنّ القاضي يعترف بالحق وهذا الاعتراف تطبيق للقانون الأجنبي، لكن القاضي لا يُطلب منه فقط الاعتراف بالحقوق بل يُطلب منه أيضاً إنشاء الحقوق.

2- نظرية الاستقبال المادي (العنصر الواقعي): أنصار هذا الاتجاه هم جانب من الفقهاء الفرنسيين مثل « Batiffol »¹⁷، والفقهاء الإيطاليين الكلاسيكيين (Anzillotti)، ويقولون أنّ كل قاعدة قانونية تقسم إلى قسمين: القسم الأول هو العنصر المادي أو الواقعي الذي يقصد به مضمون القاعدة والقسم الثاني الذي هو عنصر الإلزام، فالمشرع عندما يضع القاعدة القانونية أصلاً ستطبق في دولته ولكن هذه القاعدة المتضمنة العنصرين

- BATIFFOL Henri et LAGARDE Paul, *op.cit*, p 538-539.

¹⁴ - قتال حمزة، المرجع السابق، ص ص 240-245.

¹⁵ - « La notion anglo-américaine des (vested-rights). L'application de la loi étrangère s'explique par le respect des droits acquis ». Voir : -BATIFFOL Henri et LAGARDE Paul, *op.cit*, p 526.

¹⁶ - أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 492.

¹⁷ - قتال حمزة، المرجع السابق، ص ص 236-237.

عندما تخرج من إقليم الدولة تفقد عنصر الإلزامية ويبقى لها فقط عنصر واحد وهو العنصر المادي، فتفقد العنصر الإلزامي وتحفظ فقط بمضمونها¹⁸.

لكن كيف تطبق القاعدة التي فقدت عنصر الإلزامية، يقولون أنّ قواعد الإسناد ستمنح لها القوة الإلزامية فمثلا نزاع مطروح على القاضي الجزائري حول الأهلية والمادة 10 من القانون المدني تنص على تطبيق قانون الجنسية والشخص إسباني، فإنّ القاعدة الاسبانية في الجزائر تكون فقط بمضمونها دون عنصر الإلزام، والمادة 10 من القانون المدني الجزائري هي التي تمنح لها الإلزامية.

الفرع الثاني: الجانب الثاني: معاملة القانون الأجنبي كقانون

يذهب الاتجاه الغالب في الفقه والقضاء والقانون المقارن إلى القول بأنّ القانون الأجنبي يحتفظ بصفته الإلزامية ويطبق كقانون، بمعنى أنّ القانون الأجنبي قانون ملزم يعامله القاضي الوطني بنفس الطريقة التي يعامل بها قانونه الوطني ويترتب عن ذلك مجموعة من الآثار القانونية¹⁹، مع الاستشهاد بالسوابق القضائية المساندة لهذا الرأي (أولاً)، وقد برزت العديد من النظريات الفقهية التي تتبنى هذا الموقف وتؤسس لمعاملة القانون الأجنبي كقانون (ثانياً)، وإبراز موقف المشرع الجزائري (ثالثاً)، وظهر اتجاه حديث يقول أن طبيعة القانون الأجنبي مستقلة عن معاملته الإجرائية، وهو محاولة من بعض الفقهاء والأساتذة أمثال "هشام علي صادق" و"عكاشة محمد عبد العال" التخفيف من سلبية موقف الفقه الفرنسي التقليدي-الذي يعتبر القانون الأجنبي مجرد واقعة، فأقرّ ضرورة معاملة القانون الأجنبي معاملة خاصة تعترف له بصفة القانون وتُعبده من اعتباره واقعة، حتى ولو اختلفت معاملته الإجرائية عن معاملة القانون الوطني²⁰.

أولاً: الآثار القانونية المترتبة على معاملة القانون الأجنبي كقانون: يكون القاضي ملزم بالتمسك بالقانون الأجنبي وبتطبيقه وإثباته من تلقاء نفسه، وعلى القاضي يقع عبء إثبات القانون الأجنبي، كما أنّه يخضع للرقابة في تطبيق القانون الأجنبي، كما أنّ العذر بجهل القانون الأجنبي غير مقبول²¹، ولقد تبني قضاء العديد من الدول الأوروبية هذا الاتجاه الذي يجعل القانون الأجنبي يحتفظ بطبيعته القانونية ويُطبق بهذه الصفة، مثل القضاء الإيطالي إذ استقرت محكمة النقض الإيطالية على اعتبار القانون الأجنبي قانون منذ الأحكام التي أصدرتها في 12 جويلية 1938 وفي 28 جويلية 1940 و 12 أوت 1946، وهو ما أخذ به أيضاً القضاء

¹⁸- DERRUPPE Jean, *op.cit*, p 80. Voir aussi :
- BATIFFOL Henri et LAGARDE Paul, *op.cit*, p 527.

¹⁹- عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 1977، ص 587.

²⁰- "على رأسهم الفقيه باتيفول الذي قرّر بأنّه لم يقصد تشبيه القانون الأجنبي بالواقع من حيث طبيعته، لكنّه يعني فقط أنّه يعامل أمام القضاء الوطني معاملة الوقائع"، راجع:

- رحابي أمانة، المرجع السابق، ص 658.

²¹- المرجع نفسه، ص 662.

الألماني، النمساوي، والقضاء السويسري منذ صدور القانون الدولي الخاص السويسري عام 1988، الذي جسد ضرورة تطبيق القاضي السويسري للقانون الأجنبي من تلقاء نفسه²²، أما القضاء الفرنسي فهناك أحكام لمحكمة النقض الفرنسية طبقت فيها القانون الأجنبي بوصفه كقانون، مثل الحكمين الصادرين في 11 و 18 أكتوبر 1988، عندما نقضت الحكم المطعون فيه بسبب الخطأ في تطبيق القانون، إذ طبق القانون الفرنسي في واقعة النزاع المتعلقة بدعوى نسب طفل مولود من أم جزائرية الجنسية، وكانت المادة 311 / 14 من القانون الفرنسي في مثل هذه الحالة، تنص على إخضاع النسب لقانون جنسية الأم وقت ميلاد الطفل، مما كان يستوجب تطبيق أحكام القانون الجزائري دون حاجة إلى تمسك المدعية بتطبيقه²³، وهناك أحكام اعتبرت فيها القانون الأجنبي واقعة وكأنها لا تريد إثقال كاهل القضاة في البحث عن القانون الأجنبي²⁴، ولما كان القاضي ملزم بتطبيق قاعدة الإسناد فإنه من الصعب إبعاد القاضي من إلزامية إثباته للقانون الأجنبي الذي حدّدته قواعد الإسناد، فإثبات القانون الأجنبي لا يقع فقط على عاتق الخصوم بل هو مسألة تخص القاضي أيضاً²⁵، وقد ظهرت نظريات تدافع على هذا الاتجاه.

ثانياً: أسس معاملة القانون الأجنبي كقانون: هناك عدّة نظريات تؤسس لتطبيق القانون الأجنبي كقانون، كنظرية المجاملة الدولية، نظرية تجنيس القانون الأجنبي (الاندماج)، نظرية التفويض، واتجاه فقهي حديث يرى بضرورة الفصل بين طبيعة القانون الأجنبي ومعاملته إجرائياً²⁶، سنتناول أهمّها (نظرية المجاملة الدولية، نظرية التفويض ونظرية الاندماج).

1- نظرية المجاملة الدولية: نشأت لدى الفقه الهولندي في القرن 17، ثم تبلورت في بريطانيا مع بداية القرن 18، ومن بعد ذلك إلى أمريكا ثم كندا، مفاد هذه النظرية أنّ أساس تطبيق القانون الأجنبي المجاملة، التي منها يستمد القاضي سلطة واسعة في تطبيق القانون الأجنبي، وتعتمد هذه النظرية على مبدأ إقليمية القوانين كقاعدة عامة، فالقانون له سلطة مطلقة في الدولة التي أصدرته، لكن الدولة تسمح بتطبيق القانون الأجنبي على إقليمها من باب المجاملة، وبطريق التبادل والمعاملة بالمثل، بهدف مراعاة لمصالح الأفراد واستقرار المعاملات، ويكاد يكون هذا التطبيق للقانون الأجنبي المبني على المجاملة، اتفاق ضمني بين الدول في تقدير بعض الفقهاء

²² - قتال حمزة، المرجع السابق، ص ص 257-259.

²³ - MONEGER Françoise, *op-cit*, p 40.

²⁴ - «...L'abandon de la jurisprudence Bisbal, même limité par la jurisprudence la plus récente...», a pu faire penser que la Cour de cassation étendrait à l'avenir l'office du juge, de l'application de la règle de conflit à l'établissement de la loi étrangère. La Cour de cassation soucieuse de ne pas alourdir la tâche des juges du fond, ne semble pas pour l'heure disposée à s'engager dans cette voie ». In : - BATIFFOL Henri et LAGARDE Paul, *op.cit*, p 538. Voir aussi:

-HENRY Laurence-Caroline, *L'essentiel du Droit International Privé*, Gualino éditeur, EJA- Paris, 2005, p 41.

²⁵ -« Il est très vite apparu qu'a partir du moment où le juge était tenu d'appliquer d'office les règles de conflit de lois, il serait difficile de justifier la mise à l'écart du juge dans la preuve de la loi étrangère désignée par ces règles de conflit. La preuve de la loi étrangère ne pouvait plus reposer seulement sur les parties. Elle était aussi l'affaire du juge ». In : - MONEGER Françoise, *op-cit*, p 45.

-أنظر أيضاً حول دور القاضي الفرنسي في إثبات القانون الأجنبي: - حمدان بن درويش الغامدي، المرجع السابق، ص 769.

²⁶ - قتال حمزة، المرجع السابق، ص 249.

أمثال: (Ulrice-Huber) و (Poul-Voet) و (Jean-Voet)، وتم انتقاد هذه النظرية كون الأخذ بها سيؤدي إلى القضاء على جوهر تنازع القوانين، لكن الفهم الصحيح لفكرة المجاملة هو التعبير عن حرية المشرع الوطني في السماح بتطبيق القانون الأجنبي من عدم السماح به²⁷.

2- نظرية التفويض: جاء بها جانب من الفقهاء الألمان والفرنسيين أمثال (بارتان وبيجونيني) الذين يقولون أنّ القاضي يطبق القانون الأجنبي على أساس نظرية التفويض، لأنّ حسبهم هناك عقد تفويض صوري بين المشرع الوطني والمشرع الأجنبي ويكون عقد التفويض هذا في قواعد الإسناد، فقاعدة الإسناد الوطنية هي التي فوّضت الاختصاص للقانون الأجنبي الذي يحكم العلاقة، ثم يأتي دور القاضي الذي سيطبق القانون الأجنبي فيكون بذلك قد خضع لإرادة مشرعه بالتفويض، وتضمن هذه النظرية استقلالية القانون الأجنبي كقانون كامل بكل صفته وهيئته التي كان عليها في دولته، والقاضي يلتزم بتطبيقه بتلك الصفة²⁸.

تعرّضت هذه النظرية للانتقادات من بينها أنّ التسليم بخضوع القاضي الوطني لأوامر غير أوامر مشرعه غير منطقي، كما أنّ القاعدة العامة للتفويض تقتضي معرفة المفوض مسبقاً، وهو ما لا يتحقق في قواعد التنازع لأنّ القانون الأجنبي قبل عملية الإسناد لا يمكن معرفته، ناهيك عن كونه يتغيّر حسب نوع وطبيعة النزاع.

3- نظرية الاندماج: تبناها جانب من الفقه الإيطالي أمثال الفقيه (Anzillotti)، مفادها أنّ القانون الأجنبي المختص يندمج في القانون الوطني بمضمونه ليصبح جزء منه، مما يؤدي إلى خلق قاعدة قانونية جديدة مستقلة عن النظام القانوني الأجنبي الذي استمد منه، وعليه فالقاضي الإيطالي يطبقها باعتبارها من القانون الإيطالي وليس القانون الأجنبي، بمعنى أنّ قواعد الإسناد قواعد ببيضاء فارغة المضمون فهي لا تفصل في النزاع، وعندما تمنح هذه القواعد البيضاء الاختصاص لقانون أجنبي فنذهب إلى هذا القانون الأجنبي والقاعدة الأجنبية هي التي تملأ الفراغ وتصبح جزء من القانون الوطني فتندمج فيه²⁹، ولقد انقسم أنصار هذه النظرية بشأن تحديد نوع الاندماج ومداه إلى رأيين، الأول يأخذ بالاندماج المادي والثاني بالاندماج الشكلي³⁰، مثلاً المادة 10 من القانون المدني الجزائري ترشدنا إلى تطبيق قانون الجنسية على أهلية الشخص³¹، وهذا الأخير من جنسية فرنسية، فالقاعدة القانونية التي تحكم الأهلية في القانون الفرنسي هي التي تطبق وتندمج في التشريع الوطني.

²⁷ - أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 217-218.

²⁸ - قتال حمزة، المرجع السابق، ص 253-254.

²⁹ - رحابي آمنة، المرجع السابق، ص 661-662. أنظر أيضاً: - حمدان بن درويش الغامدي، المرجع السابق، ص 765.

³⁰ - عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 494. راجع أيضاً:

- DERRUPPE Jean, *op.cit*, p 80.

³¹ - المادة 10 من القانون المدني الجزائري، السالف الذكر.

ثالثاً: موقف المشرع الجزائري: لم يتخذ المشرع الجزائري موقف صريح بشأن معاملة القاضي الجزائري للقانون الأجنبي، لكنه أشار في المادة 358/6 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية إلى الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا في حالة مخالفة القاضي الجزائري للقانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة، وأعطت المادة 360 من نفس القانون إمكانية للمحكمة العليا نقض الحكم من تلقاء نفسها لأحد الأوجه المذكورة في المادة 358 السابقة³².

يجب التذكير أنه هناك الكثير من القراءات الخاطئة حول هذه المادة التي يفهم من الوهلة الأولى بأن القاضي الجزائري يعامل القانون الأجنبي كواقعة عامة أو أنّ القانون الأجنبي ذو طبيعة مزدوجة، إلا في مسائل قانون الأسرة يعامله كقانون³³، لكن في اعتقادنا هذا خطأ لأن الغرض من هذه المادة ليس إلزام القاضي الجزائري بتطبيق القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة بل تشديد رقابة المحكمة العليا على القاضي في قضايا الأسرة حتى لا يطبق القانون الأجنبي المتعارض مع النظام العام أو مع قانون الأسرة الجزائري المستمد من الشريعة الإسلامية، لأنّ مسائل الأحوال الشخصية من المسائل الحساسة التي تدخل في النظام العام، فمثلاً نقضت المحكمة العليا سنة 1992 قرار بعدم الاختصاص المحلي، بشأن قضية متعلقة بإنحلال الرابطة الزوجية، إذا قالت أنه من المقرر قانوناً أنه يسري على انحلال الرابطة الزوجية القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى، وفقاً لأحكام المواد 2/12 من القانون المدني، (و28 من قانون الإجراءات المدنية آنذاك، 29 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية لعام 2008)، وموطن كل جزائري هو المحل الذي يوجد فيه سكناه الرئيسي وعند وجود سكن يحل محل الإقامة العادي، وفقاً للمادة 36 من القانون المدني، ولما ثبت للمحكمة أنّ المتخاصمان جزائريان يقيمان مؤقتاً ببلد أجنبي وطلبا التقاضي أمام محكمة جزائرية، فإنّ قضاة الموضوع عندما قضوا بعدم الاختصاص المحلي قد دفعوا الطرفين إلى التقاضي أمام القضاء الأجنبي، وأنّ المسألة تتعلق بسيادة القانون الوطني مما يتعين نقض وإبطال القرار المطعون فيه³⁴.

كما اعتبرت المحكمة العليا عام 1990 في قرار لها حول قضية متعلقة بوصية صادرة عن جزائري مقيم بفرنسا، تطبيق المجلس القضائي للقانون الفرنسي دون مراعاة قانون جنسية الهالك أو الموصى باعتباره جزائري مسلم، إعمالاً لأحكام المادة 16 من القانون المدني، خطأ في تطبيق القانون وخرق لأحكام الشريعة الإسلامية، مما استوجب نقض القرار المطعون فيه³⁵.

³² - راجع المادتين 358 و360 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، السالف الذكر. أنظر أيضاً:

- فضيل العيش، قانون الإجراءات المدنية والإدارية والقانون المدني، المرجع السابق، ص 42-43.

³³ - قتال حمزة، المرجع السابق، ص ص 259-264.

³⁴ - قرار المحكمة العليا رقم 86305، مؤرخ في 27 أكتوبر 1992، المجلة القضائية الصادرة عن المحكمة العليا، عدد 01، 1992، ص 123.

³⁵ - قرار المحكمة العليا رقم 63219، مؤرخ في 17 أكتوبر 1990، المجلة القضائية الصادرة عن المحكمة العليا، عدد 02، 1991، ص 79. راجع أيضاً:

ونصت الفقرة السابعة من المادة 358 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية دائماً على إمكانية الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا بسبب مخالفة القاضي لأحكام اتفاقية دولية نافذة في الجزائر³⁶، فالاتفاقية الدولية النافذة في الجزائري يجب على القاضي أن يعاملها بمركزها القانوني الدستوري الذي يسمو على القوانين الداخلية وفقاً للمادة 154 من الدستور (150 قبل التعديل) وفقاً لآخر تعديل في ديسمبر 2020³⁷.

كذلك حتى ولو لم يوجد طرف جزائري في العلاقة إلا أنه يمكن دائماً استبعاد تطبيق القانون الأجنبي، وهذا منطقي لأن فكرة النظام العام تسمح بالتصدي لبعض المخاطر التي تظهر عندما يؤدي تطبيق القانون الأجنبي إلى المساس بالمفاهيم الأساسية للنظام القانوني لدولة القاضي.

المطلب الثاني: تفسير القانون الأجنبي

عندما يتوصل القاضي إلى معرفة مضمون القانون الأجنبي المختص، ينتقل إلى مرحلة تطبيقه على النزاع المطروح أمامه، لكنه قد يجد غموض أو صعوبة في فهم مضمون القانون الأجنبي، فيلجأ إلى تفسيره للتوصل إلى المعنى الصحيح، وبالتالي التنسيق بين حقيقة الأثر القانوني في القاعدة القانونية الأجنبية والفرض في المسألة المعروضة أمامه³⁸، لكن ما هو القانون الواجب التطبيق في التفسير (الفرع الأول)، وما هي كيفية تفسيره؟ (الفرع الثاني).

الفرع الأول: القانون الذي يتم التفسير وفقاً له

يطرح تفسير القانون الأجنبي من طرف القاضي الوطني تساؤل حول القانون الذي يتم اعتماده في هذا التفسير، لأن ذلك يؤثر حتماً في نتيجة الفصل في النزاع، وعلى مصلحة الخصوم، وهذا ما كان محل خلاف في الفقه والقضاء بين من يقول أنه يجب على القاضي عند تفسير القانون الأجنبي الاعتماد على المبادئ والمفاهيم السائدة في قانونه الوطني (أولاً)، ومن يقول أنه يجب على القاضي الاعتماد على المبادئ القانونية والمفاهيم السائدة في الدولة التي صدر فيها (ثانياً).

أولاً: تفسير القانون الأجنبي وفقاً لقانون القاضي: يرى بعض من الفقه كالفقه الإيطالي القائل بنظرية الاندماج³⁹، أنه لا جدوى لتفسير القانون الأجنبي وفقاً لوسطه ودولته، لصعوبته عملياً وابتعاده عن المبادئ

- دليل البحث في مجلة المحكمة العليا، المرجع السابق، ص 251.

³⁶- المادة 358 / 07، من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، السالف الذكر.

³⁷- راجع المادة 154 من الدستور الجزائري، التعديل الدستوري المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر 2020، مرسوم رئاسي رقم 20/442، مؤرخ في 30 ديسمبر 2020، يتعلق بإصدار التعديل الدستوري، جريدة رسمية عدد 82، صادرة بتاريخ 30 ديسمبر 2020. وحول أولوية الاتفاقيات الدولية في مواد تنازع القوانين، إذ يتم استبعاد تطبيق قاعدة الإسناد في حالة وجود اتفاقية دولية نافذة في الجزائر، نجد نص المادة 21 من القانون المدني السالف الذكر.

³⁸- عكوش سهام، القانون الأجنبي إثباتاً وتفسيراً-دراسة مقارنة- مذكرة لنيل درجة الماجستير في الحقوق، مدرسة الدكتوراه، فرع: عقود الدولة، كلية الحقوق، جامعة أمجد بوكرة بومرداس، 2009-2010، ص 53.

³⁹- BATIFFOL Henri et LAGARDE Paul, *op.cit*, p 528-527.

العامة للقانون، لذا يجب إعطاء حرية للقاضي في تفسير القانون الأجنبي وفقاً لقانونه، حتى يضمن القاضي الوطني عدم تعارض تطبيق القانون الأجنبي مع النظام العام الوطني، هذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية سنة 1979⁴⁰، كما أنّ تفسيره للقانون الأجنبي وفقاً للقانون الوطني ليس فيه أي تجاوز على اختصاص ووظيفة قضاء الدولة الأجنبية للقانون المختص⁴¹.

فدور القاضي في تفسير القانون الأجنبي لا يختلف عن دوره في تفسير القانون الوطني، فهو يبحث في النهاية عن نية المشرع، والغاية من تلك القواعد، معتمداً في ذلك على قواعد العدالة وفقاً للمفاهيم السائدة في دولة القاضي، مع إمكانية استئناس القاضي في تفسيره للقانون الأجنبي بالآراء السائدة في الفقه والقضاء الأجنبي - دون يكون ملزماً بذلك - لأنه يحكم بالعدل باسم دولته وتحت مسؤوليتها⁴²، إلاّ فيما يتعلق بالأحكام القضائية عندما تكون مصدر رسمي للقانون الأجنبي موضوع التفسير⁴³، لكن يؤخذ على هذا الرأي أنّ القانون الأجنبي ثبت له الاختصاص وفقاً لقاعدة الإسناد الوطنية، وهي عندما أشارت إلى تطبيقه إنّما قصدت القانون الأجنبي كما هو سائد في الخارج، فلا يمكن فصل القانون الأجنبي عن بيئته التي نشأ فيها، كما أنّ المنطق القانوني يتطلب اعتماد القاضي للحلول السائدة في دولة القانون الأجنبي، ولو لم تكن الأحكام القضائية مصدر رسمي للقانون في الدولة الأجنبية⁴⁴.

ثانياً: تفسير القانون الأجنبي وفقاً لقانون دولته: يرى أصحاب هذا الرأي الغالب القائل بضرورة تفسير القانون الأجنبي وفقاً لما يُفسره قانون الدولة التي صدر فيها، ولقد تبنته العديد من التشريعات والقضاء في الكثير من الدول⁴⁵، ويقول معظم أصحاب هذا التوجه أنّه ما دام القانون الأجنبي لا يندمج في القانون الوطني ويبقى محتفظاً بطابعه الأجنبي، وبصفته القانونية التي صدر بها في دولته الأجنبية، فإنّه وجب تطبيق القانون الأجنبي بالصورة والكيفية التي يطبق بها أمام محاكم الدولة التي صدر فيها، ويجب أن يتقيد القاضي بالحلول القضائية في هذه الدولة، والاعتماد في تفسيره على المبادئ القانونية والنظم والمفاهيم السائدة في دولة صدور القانون الأجنبي، عدى هذا سينحرف القاضي بقاعدة الإسناد ويُبعدّها عن هدفها، فيكون بذلك خالف إرادة المشرع

⁴⁰ - « Par une jurisprudence constante et fournie, la Cour de cassation décide que l'interprétation du droit étranger relève de l'appréciation souveraine des juges du fond. Elle veille seulement à ce que la motivation soit suffisante... ». In : - DERRUPPE Jean, *op.cit*, p 83-84.

⁴¹ - اسعد محند، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول تنازع القوانين، ترجمة فائز أنجق، دار المنشورات الجامعية، المنشورات الجامعية والعلمية، 1989، ص 335-336.

⁴² - قتال حمزة، "تفسير القضاء للقانون الأجنبي تأثيراً وتأثيراً"، حوليات، العدد 27، الجزء الأول، جامعة الجزائر، 2015، ص 271.

⁴³ - عكوش سهام، المرجع السابق، ص 57.

⁴⁴ - قتال حمزة، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 349.

⁴⁵ - اسعد محند، المرجع السابق، ص 236.

الوطني، ويعطي للقانون الأجنبي معنى مختلف عن المعنى المقصود به، على نحو قد يؤدي إلى تطبيقه بصورة خاطئة، فيخالف بذلك إرادة المشرع الأجنبي⁴⁶.

فالقاضي ملزم في تفسيره للقانون الأجنبي بالألا يخرج عما هو مستقر عليه في قضاء دولة هذا القانون، ولا يسوغ له الاستناد إلى حكم بعينه بحجة أنه يُقرر ما ينبغي أن يكون، أو يأخذ بتفسير شاذ محل خلاف تضاربت بشأنه الأحكام، أو صادر من جهة غير رسمية أو غير مختصة في التفسير، فالقاضي ملزم باحترام القانون الأجنبي في مجموعه، بقواعده التشريعية، العرفية، حلوله القضائية، فعليه أن يخرج من النطاق الوطني وينظر إلى القانون الأجنبي كما يراه قضاة الدولة الأجنبية⁴⁷، فالقاضي طبقاً لذا الرأي لا يتمتع بحرية كاملة في تفسير القانون الأجنبي، لأنه مقيد بالتفسير المتبع في الدولة الأجنبية، بمعنى أن القانون الأجنبي له دور محوري في عملية تفسير قواعده، لكن هذا لا يعني أنه ليس للقاضي أي سلطة تقديرية في هذا التفسير⁴⁸.

الفرع الثاني: كيفية تفسير القانون الأجنبي

لما كان الراجع هو تفسير القانون الأجنبي وفقاً لذات القانون الأجنبي، والتفسير أنواع: فهناك التفسير التشريعي أو التفسير الوارد في اتفاقية، التفسير القضائي، التفسير الفقهي، كما توجد مناهج ومدارس للتفسير، واحتراماً لقاعدة الإسناد لدولة القاضي التي أسندت الاختصاص للقانون الأجنبي، يجب على القاضي تطبيق القانون الأجنبي بنفس الطريقة التي يطبق بها أمام محاكم الدولة المشرعة له، لذلك فالقاضي عند تفسيره للقانون الأجنبي يتقيد بالتفسير القضائي السائد في الدولة التي صدر فيها (أولاً)، لكن هناك معطيات تعترض تفسير القانون الأجنبي للقانون الأجنبي، مما يستوجب إعطاء نوع من الحرية للقاضي عند تفسيره للقانون الأجنبي المختص (ثانياً).

أولاً: تقيد القاضي بالتفسير السائد في دولة القانون الأجنبي: يرى الفقه الغالب أن القاضي ملزم باحترام وإتباع التفسير السائد في الدولة التي صدر فيها القانون الأجنبي، ويجب التمييز بين حالتين، حالة وجود هيئة أو جهة مختصة بتفسير القانون الأجنبي، وحالة عدم وجود هذه الهيئة أو الجهة.

عندما يكون المشرع الأجنبي قد أنشأ وحدد الهيئة أو الجهة المختصة بمسألة تفسير القوانين التي يصدرها، فهل القاضي الوطني يترئ في الفصل في النزاع إلى غاية قيام هذه الهيئة أو الجهة بالفصل في تفسير القانون الأجنبي؟ خاصة إذا لم يطلب الخصوم ذلك⁴⁹، ويختلف الأمر إذا ما كانت مراجعة الجهة المختصة بتفسير القانون الأجنبي إلزامية أم لا، وفيما إذا كان قرار هذه الجهة ملزماً أم لا، ومن بين الاحتمالات توجد حالة تلزم

⁴⁶ - أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 524.

⁴⁷ - عكوش سهام، المرجع السابق، ص 55. أنظر أيضاً:

- أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، تنازع القوانين، دار هومة، الجزائر، 2008، ص 154.

⁴⁸ - قتال حمزة، "تفسير القضاء للقانون الأجنبي..."، المرجع السابق، ص ص 266-269.

⁴⁹ - سامي بديع منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، دار العلوم العربية، بيروت، لبنان، 1994، ص 686.

القاضي تلقائياً أو بطلب من الخصوم إرجاء الفصل في النزاع إلى غاية قيام الهيئة بتفسير القانون الأجنبي، ويكون القاضي ملزماً بهذا التفسير، وتكون هذه الحالة عندما ينص التشريع الأجنبي على إلزامية مراجعة الهيئة المكلفة بالتفسير وإلزامية قراراتها بشأن التفسير، أما إذا لم يجعل التشريع الأجنبي مراجعة الهيئة التفسيرية إلزامية، حيث يكون القاضي الوطني غير ملزم بإرجاء الفصل في النزاع، إلا أنه لما يرجى الفصل فيه لأجل مراجعة الهيئة التفسيرية يكون ملزم بقرارها، لكن إذا لم يكن لتفسير الهيئة أية إلزامية بالنسبة للقضاء الأجنبي، فإن القاضي الوطني ليس ملزم كذلك بتفسيرها⁵⁰.

وفي حالة عدم وجود هيئة أو جهة مختصة بتفسير القانون الأجنبي في دولة القانون الأجنبي، فنكون أمام فرضيتين، فرضية وجود تفسير رسمي للقانون الأجنبي، وفرضية عدم وجود ذلك، ففي الفرضية الأولى قد يكون التفسير الرسمي ملزم أو غير ملزم، فإذا كان ملزماً قد يكون قضائي ويكون ملزماً عندما يكون القضاء مصدراً رسمياً للقانون، وفي هذه الحالة يجب على القاضي التقيد بالتفسير القضائي⁵¹، أو غير قضائي ملزم عندما يكون صادر عن السلطة التشريعية، ولا يمكن للقاضي الوطني الخروج عن هذا التفسير بما يخالف ما جرى عليه القضاء في الدولة التي يطبق قانونها.

أما بالنسبة للتفسير الرسمي غير الملزم، يكون إما صادر من جهة رسمية تابعة، أو صادر من جهة رسمية مستقلة، فالتابعة قد تكون جهة إدارية تابعة للوزارة، تختص في تقديم استشارات لتطبيق القوانين، أو جهة قضائية تستشار إدارياً في تطبيق القوانين، بينما الجهة الرسمية المستقلة فتكون دائماً قضائية، وحسب الرأي الراجح يكون القاضي الوطني ملزم بهذا التفسير بتنوع مصادره وعليه أن يتقيد به، وألا يخرج عنه بما يخالف القضاء في الدولة التي يطبق قانونها، وهذا التقيد يكون في حالة وجود تفسير قضائي مستقر في دولة القانون الأجنبي، وحالة عدم وجود مثل هذا التفسير⁵²، وعليه يظهر أن دور القاضي في تفسير القانون الأجنبي يختلف عن دوره في تفسير القانون الوطني، لأنه في تفسيره للقانون الأجنبي لا يمكن له أن يبحث في قيمة القانون الأجنبي، أو إعطائه تفسيراً مغايراً، فلا يحق له مخالفة التفسير القضائي المستقر عليه في القانون الأجنبي، ولا الخروج عن المبادئ العامة في هذا القانون.

بينما في حالة عدم وجود تفسير رسمي صادر من جهات رسمية، يتم اللجوء إلى التفسير غير الرسمي للقانون الأجنبي، والذي يكون إما صادر عن الأفراد، أو عن الإدارة العامة، وفي كلتا الحالتين يكون هذا التفسير غير ملزم للقاضي الوطني، إلا إذا وُجد نص في القانون الأجنبي يجعل له قيمة الإلزام في دولته⁵³.

⁵⁰ - قتال حمزة، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 356-367.

⁵¹ - سامي بديع منصور، المرجع السابق، ص 693. أنظر أيضاً:

- MAYER Pierre et HEUZE Vincent, *op.cit*, p 140.

⁵² - قتال حمزة، "تفسير القضاء للقانون الأجنبي..."، المرجع السابق، ص ص 268-270.

⁵³ - سامي بديع منصور، المرجع السابق، ص 694-695.

ثانياً: الدور الإيجابي للقاضي الوطني في تفسير القانون الأجنبي: يلعب القاضي الوطني دور مهم وإيجابي في تفسير قواعد القانون الأجنبي، بحيث تتداخل المفاهيم السائدة في القانون الوطني والمفاهيم الأجنبية، وذلك من خلال السلطة التي يتمتع بها القاضي الوطني في تقدير التفسير الملائم، إلى جانب رقابة المحكمة العليا لتفسير القانون الأجنبي، فبالرغم من أن المرجع في تفسير القانون الأجنبي هو ذات القانون الأجنبي -إلا أنه يبقى للقاضي الوطني سلطة تقديرية في التفسير- وفي تحديد التفسير الملائم للقانون الأجنبي.

تتمثل السلطة التقديرية للقاضي الوطني عند تفسير القانون الأجنبي في تقدير ذلك التفسير المعطى للقانون الأجنبي، عندما يكون هذا التفسير مقدم له من طرف أطراف الدعوى أو من الخبير الذي يمكن للقاضي أن يستعين به في حالة غموض قواعد القانون الأجنبي، ولم تكن هناك حلول قضائية تُوضح مضمونها، وكانت الحلول موجودة -كثرتها متضاربة- واستحال على القاضي الترجيح بينها وفقاً لأسس موضوعية ومنطقية، فالقاضي الوطني في هذه الحالة يحق له قبول التفسير المقدم من الخصوم أو الخبير إذا رآه ملائماً، أو رفضه إذا وجده يستند إلى قضاء أو فقه مهجور أو كان تفسيراً واسعاً يفوق محتوى قواعد القانون الأجنبي، كما تظهر سلطة القاضي أيضاً في عدم تقيده باتفاق الخصوم على تفسير معين⁵⁴، ولقد منح القضاء الفرنسي مثلاً لقاضي الموضوع سلطة واسعة في تفسير القانون الأجنبي، وهذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في قرارات عديدة، مثل قرارها لعام 1979 الذي نقض حكم الغرفة المدنية حول تفسير القانون الأجنبي⁵⁵.

تظهر كذلك سلطة القاضي عند تفسير القانون الأجنبي في تقدير المبادئ العامة التي ينظمها القانون الأجنبي في مجموعه، وذلك في حالة سكوت القانون الأجنبي عن إعطاء حل صريح للقاعدة واجبة التطبيق على النزاع المطروح أمام القاضي الوطني، وهو نفس المسلك الذي يتبعه القاضي الأجنبي عادةً إذا تعرض لمثل هذا الموقف، ويرجع إلى القواعد العامة التي تحكم مثل هذا الفرض في القانون الأجنبي نفسه، فهناك تشريعات نصّت صراحةً على ذلك⁵⁶، منها المادة الأولى من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه: "يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها. وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف. فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة"⁵⁷، فإذا فرضنا أن نزاع عُرض على قاضي فرنسي وكان القانون الجزائري هو المختص، فمن المفترض أن يبحث القاضي الفرنسي عن الحل الاحتمالي الذي كان يمكن للقاضي الجزائري أن يحكم به لو عرض النزاع عليه، وبالتالي يرجع إلى المادة الأولى من القانون المدني الجزائري

⁵⁴ - قتال حمزة، "تفسير القضاء للقانون الأجنبي..."، المرجع السابق، ص 271-272.

⁵⁵ - « Par une jurisprudence constante et fournie, la Cour de cassation décide que l'interprétation du droit étranger relève de l'appréciation souveraine des juges du fond. Elle veille seulement à ce que la motivation soit suffisante... ». In : - DERRUPPE Jean, *op.cit.*, p 83-84.

⁵⁶ - عكوش سهام، المرجع السابق، ص 62.

⁵⁷ - المادة 01 من القانون المدني الجزائري، السالف الذكر.

وإراعي الترتيب الوارد فيها، ويستبعد التفسيرات المخالفة للنظام العام الفرنسي-إن وجدت- إلى أن يصل إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، وإذا لم يتمكن من الوصول إلى حل يتفق مع المبادئ السائدة في القانون الأجنبي وجب عليه البحث عن أقرب القوانين يتفق مع المبادئ السائدة في القانون الأجنبي⁵⁸.

أما ما يتعلق بالرقابة على تفسير القانون الأجنبي فمعظم قضاء الدول يرفضها، كالقضاء الفرنسي الذي جعل من تفسير القانون الأجنبي مسألة يستقل بها قضاة الموضوع وتخضع لتقديرهم المطلق، ونتيجة لذلك فإن محكمة النقض الفرنسية ترفض بسط رقابتها على تفسير القانون الأجنبي من طرف قضاة الموضوع⁵⁹، لكنها تُقر بالرقابة على تسبيب الحكم وهي رقابة شكلية، وتكييفه وكذلك تمارس الرقابة عندما يكون التفسير المعتمد يؤدي إلى تشويه أو تحريف القانون الأجنبي⁶⁰، أما موقف المشرع الجزائري فهو ليس بصريح لأنّ التمعن في أحكام المادة 6/358 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁶¹، يجعلنا نستنتج أنّ المغزى الحقيقي من هذه المادة ليس إلزام القاضي الجزائري بتطبيق القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة ومعاملته كقانون كما يرى البعض، لأنّه لو كان الأمر كذلك لوجد القاضي الجزائري نفسه ملزم بتطبيق قوانين أجنبية واعتماد تفسيرات لها تتعارض مع النظام العام الجزائري وقانون الأسرة الجزائري، بل في قناعتنا الشخصية الهدف منها هو تشديد رقابة المحكمة العليا على القاضي الجزائري في قضايا الأحوال الشخصية، حتى لا يُطبق قوانين أجنبية أو يعتمد تفسيرات لها تتعارض مع النظام العام أو مع قانون الأسرة الجزائري المستمد من الشريعة الإسلامية، لأنّ مسائل الأحوال الشخصية من المسائل الحساسة التي تدخل في النظام العام.

ونصت الفقرة السابعة من المادة 358 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على إمكانية الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا بسبب مخالفة القاضي لأحكام اتفاقية دولية نافذة في الجزائر⁶²، ففي حالة وجود اتفاقية دولية نافذة في الجزائر واعتمدت تفسير معين للقانون الأجنبي، وجب على القاضي أن يعتمد ذلك التفسير، فعليه معاملة الاتفاقية بمركزها القانوني الدستوري الذي يسمو على القوانين الداخلية وفقاً للمادة 154 من الدستور (150 قبل التعديل) وفقاً لآخر تعديل في ديسمبر 2020⁶³، كما يمكن لنا استنتاج النطاق الذي

⁵⁸ - عكوش سهام، المرجع السابق، ص 63-64.

⁵⁹ - « La Cour de cassation refuse, par principe, de contrôler l'interprétation de la loi étrangère donnée par les juges du fond. Cette jurisprudence constante... », Voir : - MONEGER Françoise, *op.cit*, p 48.

⁶⁰ - BATIFFOL Henri et LAGARDE Paul, *op.cit*, pp 355-358.

⁶¹ - راجع المادة 358 فقرة 06 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، السالف الذكر.

⁶² - المادة 358 / 07، من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، السالف الذكر.

⁶³ - راجع المادة 154 من الدستور الجزائري، السالف الذكر.

-رفضت المحكمة العليا طعن بالنقض بشأن دفع كفالة تخص الأجانب، حيث أكدت على وجوب الرجوع والتقيّد بالاتفاقية القضائية الجزائرية المصرية، التي نصّت على الإعفاء من دفع الكفالة وفقاً للمادة 41 منها، التي تعفي كل من المواطنين المصريين من دفع الكفالة أمام القضاء الجزائري، وكذا المواطنين الجزائريين أمام القضاء المصري". أنظر :

يمكن أن تشمل الرقابة على تفسير القانون الأجنبي في الجزائر، رقابة المحكمة العليا يمكن أن تمس الجوانب الشكلية الإجرائية، كاحترام مبدأ الوجاهية في الدعوى الذي ورد النص عليه في المادة 3/03 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وكذا المادة 1/26 من القانون نفسه، التي تنص على عدم إمكانية تأسيس حكم على وقائع لم تكن محل المناقشات والمرافعات⁶⁴، فمبدأ الوجاهية يطبق عندما يثير القاضي تلقائياً تطبيق القانون الأجنبي أو يجد أن النزاع مشتمل على عنصر أجنبي، كما تكون رقابة على تسبيب الأحكام في القضايا المشتملة على عنصر أجنبي، وذلك لتقادي الخطأ في تطبيق القانون الأجنبي بطريق غير مباشر، لأن هذه الرقابة تسمح بالوقوف على مدى قيام قاضي الموضوع بالتزاماته في صدد تطبيق القانون الأجنبي والبحث عن مضمونه، والأثر المترتب في حالة الإخفاق في التوصل إليه، أو اكتشاف تعارضه مع النظام العام الجزائري⁶⁵. ورد كذلك في المادة 12/358 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، بشأن أوجه الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا سواء بطلب من الخصوم أو من إثارة المحكمة من تلقاء نفسها وفقاً لأحكام المادة 360 من ذات القانون⁶⁶، مسألة تحريف المضمون الواضح والدقيق لوثيقة معتمدة في الحكم أو القرار، فتحريف أو تشويه القانون الأجنبي عند تفسيره من القاضي الوطني قد يشكل وجهاً من أوجه الطعن بالنقض، ويجوز للخصوم طلب نقض الحكم، كما يجوز للمحكمة العليا أن تثير ذلك من تلقائياً⁶⁷.

المبحث الثاني: القاضي الجزائري والصعوبات العملية في تطبيق القانون

الأجنبي: بعد عملية الإسناد يتحدد القانون المُسند إليه، تُثار مسألة تحديد نطاق هذا القانون من حيث قواعده القانونية التي تُعينها قاعدة الإسناد الوطنية، فيما إذا كانت تقتصر على قواعده الموضوعية، فيفصل القاضي في موضوع النزاع مباشرة بتطبيقها، أو يذهب قبل ذلك إلى قواعد الإسناد في القانون المُسند له ليستشيرها بدورها بشأن القانون المختص للفصل في النزاع، فإذا ما أخذ القاضي بالحل الأول فقد رفض الإحالة، أما إذا أخذ بالحل الثاني فقد قبل مبدئياً بفكرة الإحالة (المطلب الأول)، إلى جانب مجموعة من المشاكل الأخرى التي قد يجد القاضي الوطني نفسه أمامها، كتعذر إثبات القانون الأجنبي، تعدد التشريعات فيه، عدم دستوريته، مخالفته للنظام العام والغش نحو القانون (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الإحالة

-قرار المحكمة العليا بتاريخ 15 جويلية 1998، الغرفة المدنية، ملف رقم 168374، دفع الكفالة من الأجنبي، التقيّد بالاتفاقية القضائية الجزائرية المصرية، المجلة القضائية عن قسم الوثائق للمحكمة العليا، الديوان الوطني للأشغال التربوية، العدد 01، 2000، ص 79.

⁶⁴ - راجع المادتين 3/03 و 1/26 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، السالف الذكر.

⁶⁵ - قتال حمزة، "تفسير القضاء للقانون الأجنبي..."، المرجع السابق، ص 274-276.

⁶⁶ - راجع المادتين 12/358، و 360 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، السالف الذكر.

⁶⁷ - قتال حمزة، "تفسير القضاء للقانون الأجنبي..."، المرجع السابق، ص 275-276.

تقتضئ الإحالة أن يرجع القاضي الوطني إلى قواعد الإسناد في القانون الأجنبي الذي ثبت له الاختصاص وفقاً لقاعدة الإسناد الوطنية، وتكون قاعدة الإسناد الوطنية مختلفة عن قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي المختص⁶⁸، ولقد برزت مواقف مختلفة حول الإحالة، لتوضيح ذلك نتناول كيفية وقوع الإحالة (الفرع الأول)، ثم مختلف المواقف بشأن الإحالة ومن بينها موقف المشرع الجزائري (الفرع الثاني).

الفرع الأول: كيفية وقوع الإحالة

قاعدة الإسناد الوطنية يمكن أن تُحدث مع قاعدة الإسناد الأجنبية في القانون المختص بحكم النزاع إما تنازع إيجابي (أولاً) أو تنازع سلبي (ثانياً).

أولاً: التنازع الإيجابي لقواعد الإسناد: يحدث عندما تكون كل من قاعدة الإسناد الوطنية وقاعدة الإسناد الأجنبية تمنحان الاختصاص لنفس القانون، كأن يتعلق الأمر بالأهلية فقاعدة الإسناد الجزائرية تنص على تطبيق قانون الجنسية وقاعدة الإسناد الأجنبية المختصة وفقاً لقاعدة الإسناد الجزائرية لأن الشخص يحمل جنسيتها تنص أيضاً على أن الاختصاص يؤول لقانون الجنسية، بمعنى أن كل قاعدة إسناد تمنح الاختصاص لقانونها.

ثانياً: التنازع السلبي لقواعد الإسناد : يكون عندما ترفض كل قاعدة إسناد في القانون الوطني وفي القانون الأجنبي المختص وفقاً لقاعدة الإسناد الوطنية، الاختصاص المخول لها⁶⁹، مثال شخص يحمل جنسية انجليزية موطنه الجزائر، طرح نزاع حول أهليته أمام القاضي الجزائري حسب المادة 10 من القانون المدني نطبق قانون الجنسية⁷⁰، وفي هذه الحالة القانون الإنجليزي، لكن قاعدة الإسناد الانجليزية تنص على أنه نطبق على الأهلية قانون الموطن وليس قانون الجنسية، وهنا موطن الشخص الجزائر فنكون أمام مشكلة الإحالة (إحالة من درجة أولى أو الرجوع أو الرد)، ولو فرضنا أن موطن الشخص ليس الجزائر في هذا المثال بل بلجيكا فنكون أمام إحالة من الدرجة الثانية، بمعنى أن قاعدة الإسناد الأجنبية المختصة وفقاً لقاعدة الإسناد الجزائرية ترفض الاختصاص المخول لها وتُسند لقانون آخر، فإذا ردت الاختصاص للقانون الجزائري فنكون أمام إحالة من درجة أولى، أما إذا أحالت الاختصاص لقانون أجنبي آخر فنكون أمام إحالة من درجة ثانية، ثم هذا القانون الأجنبي قد يحيلنا إلى قانون أجنبي آخر فنكون أمام إحالة من الدرجة الثالثة... الخ.

⁶⁸ - دربال عبد الرزاق، الوافي في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، النظرية العامة في تنازع القوانين في التشريع الجزائري والمقارن، دار العلوم للنشر والتوزيع، عناية، 2010، ص 84-85.

⁶⁹ - حول تعريف الإحالة وأنواعها، أنظر: - أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 437-438. أنظر أيضاً: =

= عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 21.

- MELIN François, Droit International Privé, Cours intégral et synthétique, Gualino, Lextenso, France, 2019, p 101-102.

⁷⁰ - المادة 10 من القانون المدني الجزائري، السالف الذكر.

الفرع الثاني: مختلف المواقف بشأن الإحالة

بالرغم أن الفقه يستشهد بصدد الإحالة بقضية فصل فيها القضاء الإنجليزي سنة 1841 وأخرى فصل فيها القضاء الألماني سنة 1861، إلا أن الإحالة لم تظهر ولم تحدد ولم يفصل فيها بوضوح إلا بقرار شهير صادر عن محكمة النقض الفرنسية في قضية "فورغو" *Forgo* بتاريخ 24 جوان 1878⁷¹، ثم تباينت مواقف الفقهاء والتشريعات بشأنها.

أولاً: موقف الفقه: لقد اختلفت التشريعات بين مؤيدين ورافضين للإحالة ونفس الشيء للفقه والقضاء أيضاً، وسنحاول أن نقدم الحجج التي قدمها الفقه لتبرير الأخذ بالإحالة، وتلك المتعلقة برفض الإحالة.

1- حجج أنصار الإحالة: يرى المدافعين (الفقه المعاصر) عن الإحالة أنه عندما تشير قاعدة الإسناد الوطنية إلى تطبيق قانون أجنبي، فإنه يجب النظر في القانون الأجنبي كله بقواعد إسناده وقواعده الموضوعية لأن القانون الأجنبي كل لا يتجزأ، وأن قبول الإحالة إنما هو احترام لسيادة المشرع الأجنبي وعدم الاعتداء عليها لأن القانون الأجنبي يرفض الفصل في ذلك النزاع فلا يمكن إلزامه بذلك.

كما أن قبول الإحالة من الدرجة الأولى هو تطبيق لقانون القاضي وبذلك تسهيل لمهمة القاضي وتيسير لتنفيذ الأحكام القضائية الوطنية في الدول الأجنبية، ذلك أن الحل الذي يعطيه المشرع الوطني للنزاع الدولي يتفق مع ذلك الذي يقضي به القانون الأجنبي بمعنى أن الإحالة تساعد على تعميم الحلول.

2- حجج رافضي الإحالة: يرى (الفقه الكلاسيكي) الذي يُمثله "بارتان" أن قاعدة الإسناد الوطنية عندما تشير إلى تطبيق القانون الأجنبي فيجب الرجوع إلى القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي لا قواعد التنازع، لأن قاعدة الإسناد الوطنية حينما تحدد القانون الأجنبي الواجب التطبيق تكون قد فصلت في مشكلة تنازع القوانين وليس من المنطق الرجوع لهذه المسألة.

الأخذ بالإحالة قد يؤدي بنا إلى الدوران في حلقة مفرغة فقواعد الإسناد الأجنبية في الدولة "ب" قد تحيلنا إلى الدولة "ج" وهذه الأخيرة إلى الدولة "د" وهكذا ندور في حلقة مفرغة⁷²، وأن الدولة التي أخذت بالإحالة ليس عن قناعة وإنما أخذت فقط بالإحالة من الدرجة الأولى التي تعني تطبيق القانون الوطني وتلعب نفس دور النظام العام.

ثانياً: موقف المشرع الجزائري من الإحالة: قبل تعديل القانون المدني بموجب قانون رقم 10-05 لم يتطرق المشرع الجزائري إلى فكرة الإحالة على غرار مختلف التشريعات التي تباينت مواقفها بين مؤيدين ورافضين لنظرية الإحالة، لكن بعد تعديل القانون المدني في 2005 وضع المشرع الجزائري نصاً صريحاً يقضي

⁷¹ - MELIN François, *op.cit*, p 103-104.

-La cour de Toulouse devant qui revient l'affaire se prononça dans le même sens le 22 mai 1880...et le pourvoi formé par les collatéraux fut rejeté par la chambre des requêtes le 22 février 1882. Voir :

-ANCEL Bertrand et LEQUETTE Yves, *op.cit*, p 54.

⁷² - MONEGER Françoise, *op.cit*, p 36-37.

بقبول الإحالة من الدرجة الأولى وهو نص الفقرة الثانية من المادة 23 مكرر 1، بينما يرفض في الفقرة الأولى من نفس المادة الإحالة من الدرجة الثانية " إذا تقرر أن قانوناً أجنبياً هو الواجب التطبيق فلا تطبق منه إلا أحكامه الداخلية دون تلك الخاصة بتنازع القوانين من حيث المكان. غير أنه يطبق القانون الجزائري إذا أحالت عليه قواعد تنازع القوانين في القانون الأجنبي المختص"⁷³.

1-الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى: نلاحظ أن المشرع حسم موقفه بالأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى فقط دون الإحالة من الدرجة الثانية فما فوق، فمثلاً إذا عُرِض نزاع على القاضي الجزائري حول أهلية مواطن إنجليزي متوطن بالجزائر، فإن القاضي الجزائري سيطبق قانون جنسية هذا الشخص وفقاً للمادة 10 من القانون المدني، فيذهب القاضي الجزائري إلى القانون الإنجليزي (قانون جنسية الشخص) ويجد أن قاعدة الإسناد الانجليزية تنص على تطبيق قانون الموطن على الأهلية وليس قانون الجنسية، فإن القاضي الجزائري في هذه الحالة يطبق القانون الجزائري لأن موطن الشخص هو الجزائر وهذه هي الإحالة من الدرجة الأولى أو ما يُعرف بالرجوع أو الرد الذي جسده المشرع الجزائري بموجب الفقرة الثانية من المادة 23 مكرر 1، أما إذا فرضنا أن موطن الشخص هو فرنسا وليس الجزائر فإن القاضي الجزائري لا يذهب إطلاقاً إلى القانون الفرنسي بل يطبق مباشرة القواعد الموضوعية في القانون الإنجليزي وفقاً للفقرة الأولى من المادة 23 مكرر 1 من القانون المدني، لأن المشرع الجزائري يرفض الإحالة من الدرجة الثانية فما فوق.

2-اقتراح تعديل ترتيب فقرتي المادة 23 مكرر 1 من القانون المدني: نلاحظ أنه كان على المشرع الجزائري تقديم الفقرة الثانية من المادة 23 مكرر 1 على الفقرة الأولى، لأن في هذه الأخيرة يلزم القاضي بتطبيق مباشرة القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي دون النظر في تلك المتعلقة بتنازع القوانين، أي يفصل مباشرة في النزاع بتطبيق القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي الذي أشارت إلى اختصاصه قاعدة الإسناد الجزائرية، وإذا ذهب مباشرة إلى القواعد الموضوعية فلم يعد داعي للنظر في قاعدة التنازع الأجنبية، لذلك من المستحسن أن يُصبح نص المادة 23 مكرر 1 كما يلي:

" إذا تقرر أن قانوناً أجنبياً هو الواجب التطبيق، وجب الرجوع أولاً إلى قواعد تنازع القوانين في القانون الأجنبي المختص، فإذا أحالت الاختصاص على القانون الجزائري يطبق القانون الجزائري. أما في غير هذه الحالة فتطبق القواعد الموضوعية (الأحكام الداخلية) في القانون الأجنبي المختص".

⁷³ - المادة 23 مكرر 1 من القانون المدني، السالف الذكر. أنظر أيضاً:

- ناتوري كريم، "دور قواعد الإحالة في حماية النظام العام"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، عدد خاص 2015، ص 336-367.

المطلب الثاني: القاضي الجزائري والصعوبات الأخرى في تطبيق القانون الأجنبي

يتعامل القاضي مع القضايا المطروحة أمامه وفقاً للقانون ومجال سلطته في الدعوى المدنية هو القانون، فهو يُطبقه على ما يثبت من الوقائع، لكن ونظراً لكون هذه القواعد أجنبية فلا يُفترض في القاضي العلم بها، وبالإضافة إلى تكيف الوقائع ومشكلة الإحالة قد يجد القاضي نفسه أمام قانون أجنبي لا يعرف مضمونه، أو تتعدد فيه التشريعات، أو يتعارض مع الدستور، فكيف يتعامل القاضي مع هذه المسائل؟ هذا ما سنحاول توضيحه في فرعين، الإشكالات العملية لتطبيق القانون الأجنبي (الفرع الأول)، ثم حالات استبعاد تطبيق القانون الأجنبي والغش نحو القانون (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الإشكالات العملية لتطبيق القانون الأجنبي

يبحث القاضي في بعض الحالات على القانون الأجنبي الذي أشارت إلى اختصاصه قاعدة الإسناد الوطنية ولا يجده (أولاً)، فما هو الحل؟، فهل نرفض الدعوى ونكون أمام إنكار للعدالة كالموقف الذي أخذ به القضاء الأمريكي في قضية والتون «Walton»⁷⁴، وقد يجد القاضي أن القانون الأجنبي تتعد فيه التشريعات (ثانياً) فأَيّ تشريع يُطبق، أو يجد أن القانون الأجنبي غير دستوري (ثالثاً).

أولاً: تعذر إيجاد القانون الأجنبي: في بعض الحالات قد يبحث القاضي على القانون الأجنبي الذي أشارت إلى اختصاصه قاعدة الإسناد الوطنية ولا يجده⁷⁵، فهل نرفض الدعوى ونكون أمام إنكار للعدالة، قدم لنا الفقهاء مجموعة من الحلول لتقادي الجمود، وبهدف حل هذا الإشكال القانوني، برزت مواقف ترفض تطبيق القانون الوطني للقاضي وأخرى تنادي بتطبيق القانون الوطني، لقد قدم لنا الفقهاء مجموعة من الحلول لتقادي الجمود، وبهدف حل هذا الإشكال القانوني، برزت مواقف ترفض تطبيق القانون الوطني للقاضي (1)، وأخرى تنادي بتطبيق القانون الوطني (2).

1- تطبيق قوانين غير القانون الوطني للقاضي: لقد برزت بعض المواقف التي رفضت العودة إلى تطبيق القانون الوطني ما دام أن هذا الأخير رفض الاختصاص وأسند لقانون أجنبي، أهمها:

- أ- **تطبيق قواعد الدول المتمدينة والمشاركة بين الدول:** بمعنى القواعد المشتركة والمقبولة من طرف جميع الدول، لكن القضاة لم يترتبوا في نفس العدالة والبيئة القانونية ولا يتمتعون بنفس المستوى.
- ب- **تطبيق القوانين المتشابهة:** بمعنى أنه إذا لم نجد القانون الجزائري نطبق القانون المغربي أو المصري، لأنهما يتشابهان مع القانون الجزائري، وبعبارة أخرى فإن كل قانون لدي بديل يتمثل في القانون الذي يشابهه، بل في بعض الأحيان بعض القوانين تمثل مصادر لأخرى⁷⁶.

⁷⁴ - قتال حمزة، القانون الدولي الخاص...، المرجع السابق، ص 310-311.

⁷⁵ - MELIN François, *op.cit*, p 116-117.

⁷⁶ - أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 575-577.

2-تطبيق القانون الوطني للقاضي وهو موقف المشرع الجزائري: ففي حالة عدم إيجاد القانون الأجنبي، على القاضي تطبيق القانون الوطني هذا ما أخذ به القضاء البريطاني سابقاً⁷⁷، لكن هل القانون الوطني يكون دائماً ملائماً لحكم العلاقة؟.

تطرق المشرع الجزائري بعد تعديل القانون المدني سنة 2005 في المادة 23 مكرر إلى هذه المسألة حيث نص المشرع بصريح العبارة على أنه " يطبق القانون الجزائري إذا تعذر إثبات القانون الأجنبي الواجب تطبيقه"⁷⁸، بمعنى أن القاضي الجزائري في حالة عدم إيجاده القانون الأجنبي الواجب التطبيق يطبق القانون الجزائري، لكن هل القانون الجزائري يكون دائماً ملائماً ولماذا لا يمنح المشرع السلطة التقديرية للقاضي للبحث عن القانون المناسب والملائم، يبدو أن المشرع الجزائري يبحث دائماً عن تطبيق القانون الجزائري، علماً أنه هناك اتجاه فقهي ينادي بتطبيق القانون الأكثر ارتباطاً بالنزاع، لأنه يضمن القانون الملائم ويضمن غاية قواعد الإسناد.

ثانياً: تعدد التشريعات وموقف المشرع الجزائري: لما يتقرر وفقاً لقواعد الإسناد الوطنية أن القانون الواجب التطبيق هو قانون أجنبي تتعدد فيه التشريعات، فما هو القانون الذي سيطبق في هذه الحالة؟ يُجيب المشرع الجزائري عن هذا الإشكال عن طريق نص المادة 23 من القانون المدني المعدلة في 2005، ونميز بين حالتين:

1-حالة وجود نص في القانون الأجنبي يُحدد أي قانون يُطبق: فعندما يظهر بعد تطبيق قواعد الإسناد أن القانون الواجب التطبيق هو قانون أجنبي تعدد فيه التشريعات، وكان في هذا القانون الأجنبي نص يُحدد أي قانون يجب تطبيقه فإنه يجب تطبيق القانون الذي تم تحديده هذا ما أكد عليه المشرع الجزائري من خلال نص المادة 1/23 من القانون المدني⁷⁹، بمعنى أن القواعد الداخلية للقانون الأجنبي هي التي تحدد أي قانون من تشريعات ذلك البلد يجب تطبيقه.

2-حالة عدم وجود نص في القانون الأجنبي يحدد أي قانون يُطبق: إذا لم يوجد أي نص في القانون الأجنبي يحدد التشريع الذي يُطبق، فإنه يجب أن نميز بين التعدد الطائفي (أ) والتعدد الإقليمي (ب).

أ-حالة التعدد الطائفي: عندما لا يحدد القانون الأجنبي الواجب التطبيق المتعدد التشريعات التشريع الذي سيطبق، ويكون التعدد طائفي مثلما هو الحال مثلاً في مصر والعراق الذي يعرف تشريعات طائفية الشيعة والأكراد والمسلمين...الخ، فإنه سيتم تطبيق القانون الغالب في ذلك البلد.

ب-حالة التعدد الإقليمي: أما عندما يكون التعدد إقليمي مثلما هو الحال في الولايات المتحدة الأمريكية مثلاً، فإنه سنطبق قانون عاصمة ذلك البلد، هذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من المادة 23

⁷⁷ - BATIFFOL Henri et LAGARDE Paul, *op.cit*, p 544.

⁷⁸ - المادة 23 مكرر من القانون المدني الجزائري، السالف الذكر.

⁷⁹ - المادة 1/23 من المرجع نفسه.

بنصها على ما يلي: " إذا لم يوجد في القانون المختص نص في هذا الشأن، طبق التشريع الغالب في البلد في حالة التعدد الطائفي، أو التشريع المطبق في عاصمة ذلك البلد في حالة التعدد الإقليمي"⁸⁰.

ثالثاً: عدم دستورية القانون الأجنبي: تتبني بعض الدول نظام رقابة القضاء على دستورية القوانين، فيجوز للقضاء استبعاد القانون الأجنبي المخالف للدستور⁸¹، نفترض أنّ القاضي ذهب إلى القانون الأجنبي الواجب التطبيق فوجده غير دستوري مع ذات دستور القانون الأجنبي، مثال: قاعدة الإسناد الجزائية تنص على تطبيق قانون جنسية الشخص، ذهب القاضي الجزائري إلى قانون جنسية الشخص المعني وهو (القانون النمساوي) ووجد أنّ القاعدة الواجبة التطبيق في القانون النمساوي تتعارض مع الدستور النمساوي، فكيف يتعامل القاضي مع هذه المسألة؟ لم يتخذ المشرع الجزائري موقف بهذا الشأن لكن هناك حلول فقهية ونمّيز بين حالتين، ثم نبين موقف المشرع الجزائري.

1- حالة عدم سماح الدولة الأجنبية بإثارة مشكلة عدم دستورية القوانين: إذا كان دستور الدولة الأجنبية التي يجب تطبيق قانونها لا يسمح بإثارة مشكلة عدم دستورية القوانين، ففي هذه الحالة على القاضي أن يطبق القانون الأجنبي كما هو ويسكت لأنه لا يحق له التدخل في شأن يرفضه دستور الدولة الأجنبية⁸².

2- حالة سماح دستور الدولة الأجنبية بإثارة مشكلة عدم دستورية القوانين: بمعنى أنّ دستور الدولة الأجنبية يسمح بالنظر في مسألة عدم دستورية القوانين، وفي هذه الحالة نمّيز بين ثلاثة أوضاع، ثم نبين موقف المشرع الجزائري.

أ-الفرضية الأولى: عندما تكون المادة محل عدم دستورية القوانين قد سبق النظر بشأن عدم دستورتها في الدولة الأجنبية، ففي هذه الحالة على القاضي أن يطبق الحل الذي توصل إليه قضاء الدولة الأجنبية.

ب-الفرضية الثانية: أنّ المادة محل عدم دستورية القوانين هي في نفس الوقت محل النظر بشأن عدم دستورتها أمام الجهات المعنية في القضاء الأجنبي، وفي هذه الحالة على القاضي أن ينتظر إلى غاية الفصل في مسألة عدم دستورية تلك المادة ثم يفصل في النزاع وفقاً لما تم التوصل إليه.

ج-الفرضية الثالثة: عندما تكون المادة محل عدم الدستورية لم يسبق النظر في مدى دستورتها في الدولة الأجنبية، بالرغم من أنّ دستور الدولة الأجنبية يسمح بذلك، في هذا الوضع انقسم الفقهاء إلى اتجاهين:

⁸⁰ - الفقرة الثانية من المادة 23، من القانون المدني الجزائري، السالف الذكر.

⁸¹ - سامي بديع منصور، المرجع السابق، ص ص 727-730.

⁸² - قتال حمزة، القانون الدولي الخاص...، المرجع السابق، ص ص 342-343. أنظر أيضاً:

- «...Les tribunaux Français écartent l'application d'une loi d'un Etat étranger déclarée inconstitutionnelle par les tribunaux de ce pays. Mais certains vont plus loin et estiment que le juge Français pourrait prononcer lui-même l'inconstitutionnalité non encore déclarée à l'étranger... ». In :

- BATIFFOL Henri et LAGARDE Paul, *op.cit.*, p 547.

ج/1-الإتجاه الأول: يقول أنه يجب أن ننظر إلى المادة محل عدم دستورية القوانين ونشير مشكلة عدم دستورتها، حتى ولو لم تُثر في الدولة الأجنبية ثم يفصل في النزاع، لأنّ دور القضاء هو تطبيق القوانين المطابقة للدساتير وليس القوانين المتعارضة مع الدساتير.

ج/2-الإتجاه الثاني: يقول أنّ على القاضي أن يطبق المادة كما هي دون التدخل في عدم دستورتها، لأنّه لا يحق له أن يفصل في عدم دستورية مادة قانونية أجنبية بالنسبة لذات الدستور الأجنبي فهذا من صلاحيات قضاء تلك الدولة وحدها، بمعنى أنّه على القاضي تطبيق المادة كما هي ولا يحق له التدخل في السيادة التشريعية الأجنبية⁸³.

3-موقف المشرع الجزائري: لم يتطرق المشرع الجزائري لمسألة عدم دستورية المادة القانونية الأجنبية الواجبة التطبيق على النزاع مع دستور ذات الدولة الأجنبية، ولم ينص على حل معيّن إذا ما وجد القاضي الجزائري نفسه أمام مثل هذه الحالة، لكن بتصفح القانون المدني المعدل في 2005 نجد نص المادة 23 مكرر 2 التي مفادها أنّه " تطبق المبادئ العامة للقانون الخاص فيما لم يرد بشأنه نص في المواد الخاصة بتنازع القوانين"⁸⁴، بمعنى أنّ المسائل والمواضيع التي تُعتبر من المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص والتي لم يضع المشرع الجزائري نص في قواعد التنازع يحكمها، تطبق عليها المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص، وبما أنّ الحلول الفقهية السابقة المتعلقة بمشكلة عدم دستورية القوانين تُعد من المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص، فإنّه بإمكان القاضي الجزائري تطبيقها إعمالاً لأحكام المادة 23 مكرر 2 من القانون المدني.

الفرع الثاني: حالات استبعاد تطبيق القانون الأجنبي نظراً لمخالفته للنظام العام والآداب العامة، والغش نحو القانون

تعددت أسباب عدم تطبيق القانون الأجنبي المختص بحكم النزاع لعدم معرفة هذا القانون، منها استحالة إعمال قاعدة الإسناد الوطنية، تعذر إيجاد أو إثبات القانون الأجنبي...الخ، لكن هناك حالتين يتم فيهما استبعاد تطبيق القانون الأجنبي رغم التعرف على أحكامه وهذا لتعارضه مع فكرة النظام العام (أولاً) من جهة، أو لثبوت الغش نحو القانون من جهة أخرى (ثانياً).

أولاً : استبعاد تطبيق القانون الأجنبي لمخالفته للنظام العام والآداب العامة: يُعتبر النظام العام أعقد المسائل المهمة في الفكر القانوني، لأنّه لا يزال فكرة يكتنفه الغموض من جهة، ومفهومه يتميز بالمرونة من جهة أخرى، الأمر الذي يحول دون التمكن من الوصول إلى تعريف دقيق له، لكن الراجح أنّ النظام العام هو مجموعة النظم والقواعد الوثيقة الصلة بدولة ما أو مجتمع ما تبين الكيان السياسي، الاجتماعي والاقتصادي لتلك الدولة أو ذلك المجتمع، بما يقوم عليه هذا المجتمع من معتقدات اجتماعية، دينية، ثقافية...الخ⁸⁵، تتعلق

⁸³ - BATIFFOL Henri et LAGARDE Paul, *op.cit*, p 547-548.

⁸⁴ - المادة 23 مكرر 2، من القانون المدني الجزائري، السالف الذكر.

⁸⁵ - ناتوري كريم، المرجع السابق، ص 335.

بالمساواة أمام القانون أو احترام مذاهب دينية أساسية معينة وعقائد مذهبية اقتصادية. لكن مفهوم النظام العام الدولي في القانون الدولي الخاص أوسع من النظام العام الداخلي، لأنّ النظام العام في مادة القانون الدولي الخاص إضافة إلى النظام العام الداخلي الذي يحتويه يوجد النظام العام الدولي فالمجتمع الدولي لديه مجموعة من الأسس والقواعد خاصة في العلاقات الاقتصادية والتجارية⁸⁶.

ظهرت فكرة النظام العام منذ القدم لدى المدارس الفقهية القديمة لكن باصطلاحات وتفسيرات أخرى، مثل الفقيه الإيطالي "بارطول" الذي يميّز بين الأحوال المستحسنة والأحوال المستهجنة التي تستبعد ولا تطبق وهي فكرة شبيهة بالنظام العام، وفي القرن 19 تعرض الفقيه الفرنسي "دارجونتري" والفقيه الألماني "سافيني" إلى هذه الفكرة باصطلاحات مختلفة "فسافيني" يتحدث عن قانون الاشتراك الحضاري الأوروبي الذي يعني النظام العام الأوروبي، لكن أول فقيه استعمل كلمة النظام العام هو الفقيه الإيطالي "مانشيني"، إذن هذه الفكرة ظهرت في المدارس الكلاسيكية بتعبير غير تعبير النظام وتبلورت في الفقه الحديث⁸⁷.

1- الدفع بمخالفة النظام العام بين الاعتراف بالحق وإنشاء الحق: نميّز في النزاعات التي تطرح على القاضي بين مسألتين إنشاء الحق والاعتراف بالحق، بمعنى أنّ القاضي قد يجد نفسه إما أمام تطبيق القانون الأجنبي للاعتراف بحق أو تطبيق القانون الأجنبي لإنشاء حق.

أ- تطبيق القانون الأجنبي للاعتراف بالحق: فالقاضي يجد نفسه أمام شخص يطلب منه الاعتراف بحق اكتسبه وفقاً لقانون أجنبي⁸⁸، مثال شخص فرنسي يأتي أمام القاضي الجزائري ويطلب إنشاء التبني فهذا إنشاء لحق فيرفض القاضي الجزائري، لكن إذا كان هذا الشخص تبني ولد في فرنسا وطرح مشكل حول هذا التبني أمام القاضي الجزائري، فهو في هذه الحالة لا يطلب إنشاء حق التبني بل يطلب الاعتراف بهذا الحق، فالقاضي الجزائري ليس له أن يرفض الاعتراف به، بل عليه قبول التبني المنشأ في فرنسا كحق مكتسب على أساس نظرية الحقوق المكتسبة واستقرار المعاملات وحماية العلاقات الدولية الخاصة، فلا يمكن للقاضي استبعاد تطبيق القانون الأجنبي بحجة أنّه يمس بالنظام العام لأنّ الاستبعاد يكون في مسائل إنشاء الحقوق دون مسائل الاعتراف بالحقوق، أي أنّ الدفع بالنظام العام يكون في مسائل إنشاء الحقوق دون تلك المتعلقة بالاعتراف بالحقوق.

مثلاً في سنة 1958 طرح نزاع أمام القاضي الفرنسي يتعلق بالسيد "شيموني" تونسي متزوج في فرنسا بفرنسية، وبعد مدة أراد أن يتزوج بثانية فالقانون التونسي يسمح بتعدد الزوجات، لكن القانون الفرنسي آنذاك يمنع تعدد الزوجات. انتقل المعني إلى تونس وطرح النزاع أمام القاضي التونسي الذي يسمح بتعدد الزوجات فتزوج

⁸⁶ - MELIN François, *op.cit*, p 120.

⁸⁷ - قتال حمزة، القانون الدولي الخاص...، المرجع السابق، ص 366-367.

⁸⁸ - « Il faut enfin établir une distinction entre deux hypothèses : l'hypothèse ou une situation juridique a déjà été régulièrement constituée à l'étranger, sans fraude ; et celle ou il s'agit de créer en France une situation nouvelle sur la base d'une loi étrangère », voir :

-MELIN François, *op.cit*, p 123.

بثانية وذهب مع زوجته الثانية إلى فرنسا، ثم عُرض هذا النزاع أمام القاضي الفرنسي، فقال القاضي الفرنسي أن الأمر لا يتعلق بإنشاء حق فلا يمكن إثارة مشكلة استبعاد القانون الأجنبي وإنما الأمر يتعلق بالاعتراف بحق مكتسب⁸⁹.

ب-تطبيق القانون الأجنبي لإنشاء حق: شخصان فرنسيان أرادا إبرام عقد الزواج في الجزائر (إنشاء حق) وقواعد الإسناد الجزائرية تمنح الاختصاص للقانون الأجنبي (قانون جنسية كل من الطرفين)، لكن وجد القاضي الجزائري أن القانون الفرنسي يمس بالنظام العام (القواعد الأساسية والأخلاقية للمجتمع الجزائري)، لكن عند استبعاد القانون الأجنبي المختص يترتب أثر سلبي، ويجب تطبيق قانون آخر مكان القانون الأجنبي المختص وهو الأثر الإيجابي، كما يمكن للنظام العام إحداث آثار أخرى.

2-آثار الدفع بمخالفة النظام العام: يترتب على الدفع بمخالفة النظام العام:

أ-الأثر السلبي: يتمثل في استبعاد القانون الأجنبي المختص المخالف للنظام العام.

ب-الأثر الإيجابي: يتمثل في القانون الذي يطبق مكان القانون الأجنبي المستبعد وهو القانون الجزائري وفقاً للمادة 24/2 من القانون المدني الجزائري⁹⁰.

ج-الأثر المخفف والأثر الانعكاسي للنظام العام: وهو مما يتصل بالإنفاذ الدولي للحق المكتسب، فالأثر الانعكاسي يكون مثلاً عندما يجد القاضي الجزائري أن القانون الواجب التطبيق هو قانون أجنبي (بلجيكي) ويجد أن ذلك الحق يخالف النظام العام البلجيكي، بينما الأثر المخفف فيكون في مسائل الاعتراف بالحقوق التي لا يمكن فيها للقاضي الدفع بمخالفة النظام العام بل عليه الاعتراف بتلك الحقوق المكتسبة⁹¹.

3-القانون الواجب التطبيق مكان القانون الأجنبي المستبعد: عندما يقوم القاضي باستبعاد القانون الأجنبي المخالف للنظام العام فأى قانون يطبقه القاضي مكان القانون الأجنبي المستبعد، قدّم لنا الفقهاء ثلاثة حلول:

أ-القانون الواجب التطبيق يبقى دائماً القانون الأجنبي: وذلك على أساس أن قواعد الإسناد هي التي منحت له الاختصاص، لكن كيف ذلك؟ ويقول الفقهاء أن الاختصاص سيبقى دائماً للقانون الأجنبي حيث نبحث في القانون الأجنبي إلى أن نجد قاعدة ملائمة لطبيعة النزاع، دون تطبيق القاعدة التي تمس بالنظام العام، فمثلاً في سنة 1921 أبرم عقد في سويسرا متعلق بالديون علماً أن الديون في سويسرا تتقدم وفقاً للقانون السويسري، طرح نزاع أمام القاضي الألماني حول تقدم الديون، القاضي الألماني وجد أن القانون الواجب التطبيق وفقاً

⁸⁹ - Arrêt de la cour de cassation (ch/ civ 1^{ère} sect) du 28 janvier 1958, Voir :
-ANCEL Bertrand et LEQUETTE Yves, *op.cit*, pp 237-240.

⁹⁰ - المادة 24 من القانون المدني الجزائري، السالف الذكر.

⁹¹ - لتفاصيل أكثر حول آثار الدفع بالنظام العام، راجع:

- قتال حمزة، القانون الدولي الخاص...، المرجع السابق، ص ص 369-374.

لقواعد الإسناد الألمانية هو القانون السويسري، لكن المشكل أنّ في القانون الألماني الديون لا تتقدم، وهذا يمس بمبدأ أساسي وهو استقرار المعاملات وبالتالي يمس بالنظام العام، فاستبعد القاعدة السويسرية لأنها تتعارض مع القاعدة الألمانية، لكن القاضي الألماني ذهب إلى القانون السويسري وبحث عن أطول مدة للتقدم في القانون السويسري وطبقها على النزاع دون تطبيق القاعدة المتعارضة⁹².

ب-الاختصاص يعود لقانون القاضي وموقف المشرع الجزائري: يقول الفقهاء يجب تطبيق قانون القاضي لكن هذا التطبيق جزئي يشمل فقط الجزء المخالف للنظام العام ففي قضية نطبق قانون أجنبي وقانون وطني، مثال: في سنة 1964 صدر حكم من المحكمة الفرنسية يستبعد أحكام الشريعة الإسلامية التي تنص على أنّه لا يرث المسلم غير المسلم، وقال القاضي الفرنسي أنّ هذه القاعدة تمس بالنظام العام، فاستبعد هذه القاعدة وطبق القانون الوطني، لكن لم يستبعده بصفة كاملة وإنّما في هذه النقطة الحساسة فقط المتعارضة مع النظام العام الفرنسي، وأبقى على القانون الأجنبي حيث طبق على الأنصبة ما تنص عليه قواعد القانون الواجب التطبيق (أحكام الشريعة الإسلامية) لأنّ قواعد الإسناد منحت الاختصاص للقانون الأجنبي باعتباره القانون الملائم⁹³.

جسد المشرع الجزائري تطبيق قانون القاضي مكان القانون الأجنبي المخالف للنظام العام والآداب العامة، فعندما نعود إلى **المادة 24 من القانون المدني** نجد أنّ المشرع الجزائري في حالة كون القانون الأجنبي الواجب التطبيق يتعارض مع النظام العام والآداب العامة يستبعده، والحل الذي قدّمه المشرع في 2005 هو تطبيق القانون الجزائري مكان القانون الأجنبي المخالف للنظام العام⁹⁴، لكن هل هو ملائم لحكم النزاع لماذا لا تعطى السلطة التقديرية للقاضي، ولقد جاء الفقه بحل ثالث. وحتى ما يتعلق بتنفيذ الأحكام الأجنبية في الجزائرية فإنّه يُستبعد تنفيذ تلك الأحكام المخالفة للنظام العام الجزائري، إذ رأت المحكمة العليا في قرار لها سنة 1988 أنّ الأحكام والقرارات الصادرة عن جهات قضائية أجنبية والتي تخالف النظام العام الجزائري، لا يجوز تنفيذها، ومن ثم فإنّ القضاء بخلاف هذا المبدأ يُعد خرقاً للقانون، ولما كان من الثابت في القضية المطروحة أمامها أنّ قضاة الاستئناف أيّدوا الحكم المستأنف، إذ لديهم الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي القاضي بإلزام الطاعنة بتسديد الفوائد القانونية، فإنّهم بقضائهم هذا خرّقوا القانون، لذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه⁹⁵.

⁹² - قتال حمزة، القانون الدولي الخاص...، المرجع السابق، ص 371-372.

⁹³ - BATIFFOL Henri et LAGARDE Paul, *op.cit*, p 584-585.

⁹⁴ - المادة 24 من القانون المدني الجزائري، السالف الذكر.

⁹⁵ - قرار المحكمة العليا رقم 51066، مؤرخ في 13 فيفري 1988، المجلة القضائية الصادرة عن المحكمة العليا، عدد 03، 1990.

ج-الاختصاص يعود للقواعد المشتركة بين الدول: تُعتبر مجموعة من القواعد والمبادئ المشتركة بين الدول وتقبلها جميعها، لكن إن كان من السهل إيجادها في المجال الاقتصادي والتجاري⁹⁶، فإنه لا نجد لها أثر في مجال الأحوال الشخصية.

يُشترط للدفع بمخالفة النظام العام توافر شرطين أساسيين وهما إشارة قاعدة الإسناد الوطنية إلى اختصاص القانون الأجنبي، ومخالفة هذا القانون الأجنبي المختص وفقاً لقاعدة الإسناد الوطنية للنظام العام في دولة القاضي، وهناك شرط ثالث أضافه الفقه وهو ضرورة مراعاة القاضي للنظام العام السائد وقت الفصل في النزاع لا وقت نشوئه⁹⁷.

ثانياً: استبعاد القانون الأجنبي نظراً للغش نحو القانون: ظهر الغش نحو القانون في قضية "دييوفرمون" التي فصلت فيها محكمة النقض الفرنسية سنة 1878، وتتلخص وقائعها في أن سيدة بلجيكية الأصل تزوجت من الأمير الفرنسي فأصبحت فرنسية بفعل زواجها منه، حصل سوء تفاهم بين الزوجين أدى إلى حصول ما يعرف بالانفصال الجسماني لدى الدول الغربية لأن القانون الفرنسي آنذاك يمنع الطلاق. ورغبة من الزوجة في الزواج من رجل آخر يُدعى "بييسكو" لجأت الزوجة إلى إحدى المقاطعات الألمانية وتجنست بجنسيتها، ولما كان القانون الذي يسري يطبق على الزوجة بعد تغيير الجنسية وهو القانون الألماني، وهذا حسب قواعد التنازع الفرنسية فإن الانفصال الجسماني يعد في حكم الطلاق، وبالتالي أمكن للزوجة بهذه الطريقة الزواج ثانيةً "بييسكو".

ثار نزاع بفرنسا حول صحة الزواج الثاني أثناء تواجد الزوجان في فرنسا، على أساس أن تجنس الزوجة كان بنية الغش والتهرب من أحكام القانون الفرنسي، فاستجابت محكمة النقض لطلب الزوج الأول وقضت بعدم نفاذ الزواج الثاني في فرنسا⁹⁸، ولتوضيح الغش نحو القانون نتناول دراسة مدلول الغش نحو القانون (1)، شروط الغش نحو القانون (2)، ثم آثار الغش نحو القانون وموقف المشرع الجزائري (3).

1-مدلول الغش نحو القانون: إن هذه الوسيلة الجديدة لأجل استبعاد القوانين الأجنبية لا لأنها مخالفة للنظام العام، بل لأن الاختصاص التشريعي الذي تقرر للقانون الأجنبي لم يتحقق بطريقة طبيعية وإنما جاء نتيجة تلاعب بقواعد الإسناد كما حدث في قضية "دييوفرمون" حيث اكتفت الزوجة بتغيير جنسيتها ليتحقق لها مرادها وتصبح مطلقة وهو الوضع الذي يمنعه القانون الفرنسي في ذلك الوقت، فهي إذن استعملت وسيلة مشروعة وهو اكتساب الجنسية الألمانية ولكن لغرض غير مشروع وهو التهرب من تطبيق أحكام القانون الفرنسي، من هذا يظهر الغش نحو القانون، وعليه فالغش نحو القانون يتكوّن من عنصرين عنصر مادي يتمثل

⁹⁶ - BATIFFOL Henri et LAGARDE Paul, *op.cit*, p 566-567.

⁹⁷ - دريال عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 136-137.

⁹⁸ - MAYER Pierre et HEUZE Vincent, *op.cit*, p190-191.

- « L'arrêt fondateur est l'arrêt princesse de Bauffremont de la cour de cassation (chambre civile) du 18 mars 1878 », in : -ANCEL Bertrand et LEQUETTE Yves, *op.cit*, pp 41-51.

في التغيير الإرادي لضابط الإسناد وعنصر معنوي يتمثل في نية الإضرار والتهرب من تطبيق أحكام القانون الفرنسي المختص قبل اكتساب الزوجة للجنسية الألمانية.

فالغش نحو القانون يتم بالتعديل أو التغيير الإرادي النظامي للعنصر الواقعي في ضابط الإسناد المتغير، ومنه تحويل الإسناد إلى قانون آخر معيّن، بنية التهرب من القانون الواجب التطبيق أصلاً، سواء كان قانون القاضي أو قانون أجنبي⁹⁹.

2- شروط الغش نحو القانون: هناك شرطان متفق عليهما فقهاً وقضاءً: التغيير الإرادي لضابط الإسناد وتوافر نية الغش نحو القانون، وهناك شروط مختلف عليها تتمثل: أن يكون القانون الذي تم التهرب منه هو قانون القاضي وأن تكون أحكام القانون الذي يريد الشخص التهرب منه آمرة.

أ- التغيير الإرادي لضابط الإسناد: يمثل الركن المادي الذي يكون بقيام الشخص المرتكب للغش بإجراء تغيير إرادي في العنصر الواقعي لضابط الإسناد الذي يتحدد على أساسه القانون الواجب التطبيق، وهذا لا يتحقق إلاّ عندما يكون ضابط الإسناد من الضوابط التي يمكن للأفراد تغييرها، كالجنسية أو الموطن بالنسبة لمسائل الحالة الشخصية، ويجب أن يكون التغيير في ضابط الإسناد فعلياً وليس صورياً، وأن يكون هذا التغيير مشروع.

ب- نية الغش: تمثل الركن المعنوي للغش نحو القانون، فبالإضافة إلى التغيير الإرادي في ضابط الإسناد، يجب أن يهدف الشخص من وراءه إلى التحايل على القانون، بقصد الإفلات من أحكام القانون المختص أصلاً، ويتعيّن على القاضي تقصي هذه النية وتأكيداها، وله أن يستعين في ذلك بكل ظروف الدعوى وملابساتها كأن يكون القانون الذي سعى الفرد إلى تطبيق أحكامه يعطي تسهيلات ومزايا استثنائية للأفراد قصد جذبهم لأغراض اقتصادية واستثمارية¹⁰⁰.

3- آثار الغش نحو القانون وموقف المشرع الجزائري: اختلف الفقه في أثر الدفع بالغش نحو القانون بين أن تبطل وسيلة الغش وغايته أو أن يقتصر الأمر على إبطال غاية الغش، والغالب هو الاقتصار على الغاية فحسب مثلما كان الحال في قضية "ديبوفرمون"، بمعنى الاقتصار على الغاية دون الوسيلة لأنّ الوسيلة مشروعة والغاية غير مشروعة بسبب أهدافها، كما أنّ القاضي له أن يقرّر نفاذ الحق في دولته ولا أن يلغي الحق المنشأ في دولة أجنبية. ويُعتبر الدفع بالغش نحو القانون لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي وسيلة احتياطية لحماية قاعدة الإسناد، ويجب استعمالها في الحدود التي تحقق الغاية، لذا فعدم نفاذ النتيجة يكفي لحماية قاعدة الإسناد برد الاختصاص للقانون الذي تم التحايل عليه سواء كان قانون القاضي أو قانون أجنبي.

⁹⁹- أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 542. لتفاصيل أكثر حول نظرية الغش نحو القانون، راجع:

- MONEGER Françoise, *op.cit*, p 55-56. Voir aussi :

- BATIFFOL Henri et LAGARDE Paul, *op.cit*, pp 594-601.

¹⁰⁰- MAYER Pierre et HEUZE Vincent, *op.cit*, p190.

نص المشرع الجزائري في المادة 24 من القانون المدني المعدل في 2005 " لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا... أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون...¹⁰¹، فالمشرع استترك الفراغ الذي كان سائداً في مسألة مدى الأخذ بالغش نحو القانون في التشريع الجزائري، وإن كانت المبادئ القانونية لا تمنعه، ويتبين من النص أن العمومية التي جاءت بها الصياغة تسمح بالقول أن الغش نحو القانون يمكن استعماله سواء تعلق الأمر بالتهرب من أحكام القانون الجزائري، وهذا منطقي، وكذلك لو تم التهرب من أحكام القانون الأجنبي خاصة وأن المشرع لم يذكر القانون الذي يُطبق مكان القانون الأجنبي المستبعد بسبب الغش نحو القانون عكس مسألة النظام العام، لأن أثر الغش نحو القانون في الحقيقة هو عدم النفاذ وليس تطبيق قانون القاضي.

خاتمة

يترتب عن تطبيق القانون الأجنبي على العلاقات الخاصة ذات البعد الدولي العديد من الإشكالات القانونية، مثل مدى إلزامية القاضي بتطبيق القانون الأجنبي، رفض قاعدة الإسناد الأجنبية للاختصاص، عدم إيجاد القاضي للقانون الأجنبي، حالة تعدد التشريعات في القانون الأجنبي، مشكلة عدم دستورية المادة محل التطبيق مع دستور تلك الدولة الأجنبية... الخ، ومن خلال دراستنا هذه نستخلص أن الفقه اقترح حلولاً مختلفة، للعديد من مشاكل تنازع القوانين والمسائل التي يطرحها تطبيق القانون الأجنبي المختص في حكم العلاقات الخاصة المشتملة على عنصر أجنبي.

حاول المشرع الجزائري أن يواكب التحولات والتطورات في العلاقات الخاصة المشتملة على عنصر أجنبي، من خلال تعديل قواعد التنازع الجزائرية الواردة في القانون المدني بموجب القانون رقم 10/05 سنة 2005، إذ وضع حلول لمعظم المشاكل القانونية التي يطرحها إعمال قاعدة الإسناد ثم تطبيق القانون الأجنبي المختص وفقاً لقاعدة الإسناد الوطنية، وذلك من خلال نصّه صراحة في قواعد التنازع على الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى في الفقرة الثانية من المادة 23 مكرر 1 من القانون المدني، الحلول المعتمدة في حالة تعدد التشريعات وفقاً للمادة 23، استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المخالف للنظام أو بسبب الغش نحو القانون وفقاً للمادة 24، تطبيق القانون الجزائري في حالة تعذر إثبات القانون الأجنبي وفقاً لنص المادة 23 مكرر، لكنّه سكت في حالات أخرى عن بعض المسائل التي لم يكن موقفه بشأنها واضح كتفسير القانون الأجنبي، عدم دستورية القانون الأجنبي، وكيفية معاملة القانون الأجنبي بالرغم من أنّه أكّد على مكانية الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا في حالة مخالفة القانون الأجنبي المتعلق بالأحوال الشخصية في المادة 6/358، التي في اعتقادنا تهدف إلى تشديد رقابة المحكمة العليا على القاضي عند تطبيقه للقانون الأجنبي في مسائل الأسرة كي يحافظ على النظام العام الجزائري في هذه المسائل الحساسة المستمدة من الشريعة الإسلامية - وليس إلزامية

¹⁰¹ -المادة 24 من القانون المدني الجزائري، السالف الذكر.

تطبيق القانون الأجنبي - ، لأن التسليم بهذه الإلزامية في مسائل الأحوال الشخصية يعني فتح المجال لتطبيق قوانين أجنبية تتعارض مع النظام العام الجزائري ومع قانون الأسرة المستمد من الشريعة الإسلامية.

بالموازاة مع ذلك أخذ المشرع الجزائري بقاعدة إعمال المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص في المسائل التي لم يرد بشأنها نص في قواعد التنازع، أي المسائل التي سكت عنها ولم يتخذ موقف بشأنها، وذلك وفقاً لأحكام المادة 23 مكرر 2 من القانون المدني الجزائري، هذا ما من شأنه التصدي لأي فراغ في قواعد التنازع، وبالتالي إمكانية الأخذ بالحلول الفقهية الرائدة التي أضحت تُشكل مبادئ للقانون الدولي الخاص، في الحالات التي لم يتخذ بشأنها موقف في قواعد التنازع.

نلاحظ أيضاً أنّ المشرع الجزائري يبحث أكثر عن تطبيق القانون الجزائري على العلاقات الخاصة ذات البعد الدولي، ولا تهمّه مسألة البحث عن القانون الملزم لحكم النزاع، فلا يمكن أن يكون القانون الجزائري دائماً الملزم عندما نكون أمام إحالة من درجة أولى، أو عند استبعاد القانون الأجنبي بسبب مخالفته للنظام العام، لذلك كان من الأفضل إعطاء حرية للقاضي للبحث عن القانون الملزم لحكم النزاع في مثل هذه المسائل وفقاً لمعايير موضوعية.