جامعة عبد الرّحمان ميرة-بجاية

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون الخاص

القاضي الجزائري والقانون الأجنبي في تنازع القوانين

مذكرة لنيّل شهادة الماستر في الحقوق

فرع: القانون الخاص

تخصص: قانون خاص

من إعداد الطالبتين:

توتو سيلينا

زواوي سيليا

تحت إشراف الدكتور:

ناتوري كريم

لجنة المناقشة:

د/ قادري نسيمة، أستاذة محاضرة قسم أ، جامعة عبد الرحمان ميرة-بجاية.....رئيسا

د/ **ناتوري كريم**، أستاذ محاضر قسم أ، جامعة عبد الرحمان ميرة-بجاية ....مشرفا

د/أيت منصور كمال ،أستاذ، جامعة عبد الرحمان ميرة-بجاية..... ممتحنا

السنة الجامعية 2020-2021

بسم الله الرحمن الرحيم

شكر وتقدير

الحمد لله وكفى والصلاة على الحبيب المصطفى وأهله ومن وفى

نشكر الله سبحانه وتعالى الذي أنار لنا درّب العلم ووفقنا للإتمام هذا العمل المتواضع

قال الرسول صلّى الله عليه وسلّم: "**من لم يشكر الناس، لم يشكر الله عزوجل**"

يشرفنا أنّ نتقدم بجزيل الشكر والتقدير إلى الأستاذ الفاضل الدكتور **" ناتوري كريم"** الذي لم يبخل علينا بالإشراف على هذا البحث وعلى كل ما قدّمه لنا من توجيهات ومعلومات قيّمة ساهمت في إثراء دراستنا هذه من جانبها الشكلي والموضوعي، فمنّا لك أستاذنا الكريم أزكى عبارات الشكر والائتمان، جزاك الله ألف خير.

كما نتقدم بجزيل الشكر لأعضاء لجنة المناقشة الموّقرة على قبولهم قراءة ومناقشة هذه المذكرة وعلى ما سيبدونه من مقترحات حول هذه الدراسة بغيّة تصويبها.

كلمة شكر وتقدير إلى كافة الأسرة الجامعية وبحق كلية الحقوق والعلوم السياسية لجامعة –بجاية– من أساتذة وعمال

إلى من قال فيهما " وأحفظ لهما جناح الذّلّ من الرّحمة وقل رّبّ أرحمهما كما رباني صغيرًا "

إلى الوالدين الغاليين أسأل الله عز وجل أن يحفظهما ويطيل عمرهما

إلى إخواني وأختي حفظهم الله عز وجل

إلى كل أفراد العائلة الكريمة

وإلى روح عمتي الغالية رحمها الله

إلى زميلاتي وزملائي، أصدقائي وأحبائي

وإلى الأستاذ المشرف " ناتوري كريم " وكل من تصحف أوراق هذه المذكرة

إلى كل من ساهم في تعليمي ولو بحرفي في حياتي الدراسية من قريب ومن بعيد

وفي الأخير أرجو من الله تعالى أن يجعل عملنا هذا نفعا يستفيد منه الجميع.

سيليا

إهداء

إلى الأبوين أطال الله عمرهما وأمدهما الصّحة والعافية، فوجودهما سبب النجاح والفلاح، ولو كان العمر يُهدى لما بخلت به عليهما:

أمي الغالية " مصدر جهدي" التي لم تدّخر جهدًا في سبيل إسعادي على الدّوام، فلم أجد الكلمات التي يمكن أنّ تمنح حقها

أبي العزيز " مصدر قوتي" أنا أسير في دروب الحياة وأبي يحمل الصعاب والشدائد من أجل تعليمي، له الفضل في نجاحي

إلى من شاركتهم حياتي:

أخي الخلوق " سندي الأعلى" الذي تفصلني مسافات بعيدة عنه لكن لازالت أعتمد عليه في كل كبيرة وصغيرة

أختي الحبيبة " رفيقة كفاحي" التي مهما نثرت في حبها سطور لم تعبر عن ما بداخلي لها

إلى كل الأهل داخل الوطن وخارجه

إلى روح جدي الذي وافته المنيّة، رحمه الله

إلى كل أصدقاء الدراسة الذين بالأمس التقينا واليوم افترقنا ولكن فرحتنا بتخرجنا ينسينا ألمنا

إلى كل من يسعى للعلم ومن أضاء بعلمه عقلي وبالأخص الأستاذ الدكتور " **كريم ناتوري**"

إلى من لم يكتبه القلم وحفظه القلب

إليكم جميعًا أهدي ثمرة عملي هذا المتواضع

سيلينا

قائمة المختصرات

أولاً: باللغة العربية

ج.ر.ج.ج: الجريدة الرسمية الجمهورية الجزائرية

ص: صفحة

ص.ص: من الصفحة إلى الصفحة

د.س.ن: دون سنة النشر

ق.م.ج: القانون المدني الجزائري

ق.إ.م.إ: قانون الإجراءات المدنية والإدارية

ثانيًا: باللغة الفرنسية

P: Page

P.P: De la Page à la Page

Op.cit : Ouvrage Précédemment Cité (Opus citatum)

Ch.civ : Chambre civile

مقدمة

ينّظم القانون الدولي الخاص العلاقات القانونية العابرة للحدود والتي يتخللها عنّصر أجنبي لارتباطها بأكثر من نظام قانوني، مما يثير مشكلة تنازع القوانين بسبب تزاحم وتضارب قوانين الدول المختلفة بشأن حكم العلاقة، ولحل هذا النّوع من النزاعات يضّع المشرع الوطني قواعد إسناد وطنّية مزدوجة ترشده إلى القانون الواجب التطبيق على النزاع المعروض أمامه، فإمّا قد تسند الاختصاص لقانون القاضي وهنا لا وجود للإشكال، لأنّ القاضي يطبق قانونه الوطني أو تعطي الاختصاص للقانون الأجنبي، كون لم يعّد مبدأ إقليمية القوانين معمولاً به بشكل مطلق مثلما كان قديمًا، حيث كل دولة تطبق قانونها، فلا يمكن إخضاع جميع المسائل التي تتضّمن عنصرًا أجنبيًا للقانون الوطني لأنّه قد يكون غير مناسب لحكم النزاع، لذلك نجد أغلب الدول فتحت المجال للقضاء الوطني وأصبحت المحاكم تسمح بالنظر في العلاقات الدولية الخاصة وتطبيق القوانين الأجنبية الملائمة في دولة القاضي.

عندما يعقد الاختصاص للقانون الأجنبي يتساءل القاضي الوطني عن طبيعة هذا القانون فيما إذا كان يُعتبر واقعة أم قانونًا وبعد ذلك هل يطبق مباشرة القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي أو يتجه إلى قواعد التنازع فيه، ومن هنا تطرح مشكلة ظهور فكرة الإحالة التي أثارت جدلاً فقهيًا حول القانون الأجنبي الذي يقتضي تفسير والبحث عن مضمونه، غير أنّ القاضي وهو يفسر القانون الأجنبي يواجه صعوبات ومشاكل أخرى في كيفية التفسير ومدى خضوع هذه العملية لرقابة المحكمة العليا.

لا يستقر الأمر دائمًا على تطبيق القانون الأجنبي المعيّن وفق قواعد الإسناد الوطنية حيث يجد القاضي بعد فحصه للقانون الأجنبي أنّه يتعارض مع القيم والمبادئ الأساسية التي تقوم عليها دولة القاضي وفي هذه الحالة يستبعد القانون الأجنبي بسبب مخالفته للنظام العام، كما قد يتضّح للقاضي تلاعب الأطراف بضابط الإسناد الذي يحدد القانون الأجنبي الواجب التطبيق، وباعتباره قابل للتغيير يتعمدوا على تغييره قصد الإفلات من أحكام القانون الأصلي المختص وتطبيق قانون

آخر يخدم مصالحهم أكثر، وفي هذه الحالة كذلك يمتنع القاضي عن تطبيق القانون الذي تم التحايل لصالحه وفقًا لنظرية الغش نحو القانون.

اخترنا موضوع القاضي الجزائري والقانون الأجنبي بدافع الميّول الشخصي لمواضيع تنازع القوانين من بداية دراستنا لمقياس القانون الدولي الخاص، كذلك الرغبة الذاتية في معرفة معاملة القاضي الوطني للقانون الأجنبي ودوره المتميز والمتصدي للنزاع.

أما عن الأسباب الموضوعية ونظرًا للصعوبات والإشكالات التي تُطرح على القاضي الوطني وقلة النصّوص القانونية وندرة الاجتهادات القضائية التي تنّظم العلاقات القانونية المتضمنة للعنصر الأجنبي، كان سببًا في البحث عن هذا الموضوع الشامل لأهم العناصر الأساسية في مسائل تنازع القوانين.

تصبوا أهمية هذه الدراسة والهدف المرتد من خلالها بعد فهمنا الجيّد لهذا الموضوع ومحاولة إيجاد الحلول للمشكلات التي يقع فيها القاضي:

- إلى ضرورة معرفة اختيار القاضي الوطني للقانون الأجنبي وكيفية تطبيقه عند ظهور المسائل الشائكة أمامه.
- معالجة بعض الصعوبات والمشاكل التي يوجهها القاضي الوطني أثناء تفسيره للقانون الأجنبي وتطبيقه للقانون الملائم لحكم العلاقة.
- الكشف عن الأداة التي تمنع تطبيق القانون الأجنبي واستبعاده لحالات استثنائية.

من أجل دراسة هذا الموضوع الذي يحمل أهمية جوهرية في مجال تنازع القوانين، حاولنا الاعتماد على أبرز الدراسات السابقة التي تطرقت إلى الجوانب التي يرتكز عليها هذا الموضوع، وفي هذا السياق نطرح الإشكالية التالية: **كيف يتعامل القاضي الوطني مع مختلف المشاكل القانونية التي يثيرها تطبيق القانون الأجنبي؟**

اعتمدنا في دراستنا على بعض المناهج العلمية ويظهر ذلك في:

- **المنهج التحليلي:** عند تحليلنا للنصوص القانونية المتعلقة بهذا الموضوع.
- **المنهج المقارن:** حيث قمنا بمقارنة مواقف بعض القوانين استنادًا على أراء الفقهاء المتعددة والتشريعات.
- **المنهج الاستقرائي:** استعملنا هذا الأسلوب في تقديم التعريفات التي يفترض معرفتها.

وللإجابة عن الإشكالية المطروحة ارتأينا تقسيم موضوع البحث إلى خطة ثنائية قوامها فصلين، **(الفصل الأول)** تحت عنوان تطبيق القاضي للقانون الأجنبي وسنبرز فيه كيفية معاملة القاضي للقانون الأجنبي (المبحث الأول)، بالإضافة إلى تحديد دور الإحالة في تطبيق القانون الأجنبي (المبحث الثاني)، في حين تم تخصيص **(الفصل الثاني)** للمشاكل القانونية الأخرى التي يثيرها تطبيق القانون الأجنبي ويندرج ضمنه تفسير القاضي للقانون الأجنبي والصعوبات التي يواجهها (المبحث الأول)، وبالنسبة لحالات استبعاد تطبيق القانون الأجنبي يتعين علينا معالجة أداة استبعاد القانون الأجنبي (المبحث الثاني).

الفصل الأول
تطبيق القاضي
للقانون الأجنبي

الفصل الأول: تطبيق القاضي للقانون الأجنبي

عندما يعرّض نزاع أمام القاضي الوطني يتضّمن عنصر أجنبي، ويتبيّن له من خلال قاعدة الإسناد أن قانونًا أجنبيًا هو المختص بحكم العلاقة، لأنّ قاعدة التنازع قد تشير إلى تطبيق القانون الوطني أو القانون الأجنبي، وفي هذه الحالة الثانية يبدأ القاضي في البحث عن القواعد الواجبة التطبيق في هذا القانون الأجنبي لحسم النزاع.

اختلف الفقه حول الطبيعة القانونية وعن كيفية معاملته أمام القاضي الوطني، وبصيغة أخرى هل يعتبر هذا القانون الأجنبي مجرد واقعة، أو أنّه يحتفظ بطبيعته القانونية الملزمة.

فرغم توصل القاضي إلى تعيين قاعدة الإسناد في قانونه الوطني ومعرفة القانون الواجب التطبيق على المسألة المطروحة، إلاّ أنّه لم يفصل بعد في النزاع، لأنّه يقع في إشكال آخر حول ما إذ يرجع إلى تطبيق قواعد الإسناد الأجنبية، أم أنّه يرجع إلى تطبيق القواعد الموضوعية الأجنبية ويقوم باستبعاد قواعد الإسناد الأجنبية.

نحن لا نتحدث عن إلزامية قاعدة الإسناد الوطنية بالنسبة للقاضي الوطني، فهذا أمر مفروغ منه رغم الإختلاف الفقهي، وتستفاد إلزامية تطبيق القاضي لقاعدة إسناده الوطنية من مغزى **المادة 29 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية** في فقرتها الثانية عندما نصت على أنّه: " ... يفصل في النزاع وفقًا للقواعد القانونية المطبقة عليه"، ومنه نستنتج إلزامية تطبيق قواعد التنازع على النزاع المشتمل على عنصر أجنبي[1].

وبهذا الطرح سنحاول من خلال الفصل الأول تحديد كيفية معاملة القاضي الوطني للقانون الأجنبي (المبحث الأول) ودور الإحالة في تطبيقه (**المبحث الثاني**).

[1]– **المادة 29** من قانون رقم 08–09، مؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر، عدد 21، صادر في 23 أفريل 2008.

المبحث الأول: كيفية معاملة القاضي للقانون الأجنبي

اختلفت وجهات النظر عن كيفية معاملة القاضي الوطني للقانون الأجنبي الذي عيّنته قواعد الإسناد كقانونًا أجنبيًا واجب التطبيق، فهناك من يعترف به ويعامله كقانون فيطبقه القاضي من تلقاء نفسه، في حين يكون مجرد واقعة بالنسبة للآخرون ولا يحوز على الإلزامية.

نتساءل عن موقف المشرع والقضاء الجزائري من القانون الأجنبي في حالة ما عُرض نزاع أمام القاضي الوطني يشوبه عنصر أجنبي.

نظرًا لأهمية واختلاف طبيعة القانون الأجنبي، سنعرض النظريات المتباينة والمبّينة عن ما إذ كان قانونًا أو واقعةً **(المطلب الأول)** وكذا تبيان موقف المشرع والقضاء الجزائري من هذه المعاملة **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول: معاملة القانون الأجنبي

لقد أثارت مسألة تحديد الأساس القانوني لتطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني جدلاً فقهيًا، فاختلفت الآراء حول الطبيعة القانونية لهذا القانون بحيث نجد اتجاهين وأنّ لكل اتجاه حججه وأسسه، فنجد من اعتبره عنصرًا من عناصر الواقع بينما أكد اتجاه آخر على احتفاظ هذا القانون بطبيعته الأصلية أمام القضاء الوطني.

سنتناول في هذا المطلب مضمون النظريات التي اعتبرت القانون الأجنبي كواقعة والانتقادات الموجهة لهذه النظريات **(الفرع الأول)** كما سنتطرق أيضا إلى النظريات التي تعامل القانون الأجنبي كقانون مع نقدها **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول: معاملة القانون الأجنبي كواقعة

ذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى إنكار الطبيعة القانونية للقانون الأجنبي واعتبروه مجرد واقعة من الوقائع، وذلك من خلال تطبيق نظرية الحقوق المكتسبة **(أولاً)** ونظرية العنصر الواقعي **(ثانيًا)**.

أولاً: نظرية الحقوق المكتسبة

يرى الفقه الانكلوساكسوني أنّ تطبيق القاضي الوطني للقانون الأجنبي يعود إلى ضرورة احترام الحقوق المكتسبة في الخارج، فلا يمكن له تقدير الحق المكتسب إلاّ بالرجوع إلى القانون الذي أنشأ في ظله[2]، فالقاضي لا يطبق القانون الأجنبي إلاّ لضمان احترام مبدأ الحقوق المكتسبة[3]، فمثلا أنّ يطرح نزاع أمام القاضي الوطني يتعلق بعقد الزواج بين ألمانيين، فحسب **المادة 11 من القانون المدني الجزائري** يطبق القانون الألماني باعتباره القانون الوطني لكلا من الزوجين[4].

ويعني ذلك أنّ عندما ترشد قواعد الإسناد الوطنية إلى تطبيق القانون الأجنبي لا يمكن للقاضي النظر في حق مكتسب في الخارج إلاّ استنادا بالقانون الأجنبي الذي نشأ هذا الحق تحت سلطانه[5].

---

[2]– **نادية فضيل**، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، الطبعة الخامسة، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص 23. أنظر أيضًا:

–" Thèse des droits acquis ", in : **DERRUPPPE Jean**, Droit International Privé, 13ème édition, DALLOZ, Paris, 1999, p 79.

[3]– « Le juge ne tient compte des lois étrangères que pour assurer le respect des droits acquis (wasted rights) à l'étranger … », Voir : **DERRUPPE Jean**, *op.cit*, p 79.

[4]– راجع **المادة 11** من الأمر رقم 75–58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، ج.ر عدد 78، المعدل والمتمم بموجب القانون 10–05 المؤرخ في 20 يونيو 2005، ج.ر عدد 44، المؤرخ في 26 جوان 2005.

[5]–**Yvon LOUSSOUAR et Pierre BOUREL**, Droit International Privé, 7ème édition, Dalloz, Paris, 2001, p 275.

فالفكرة المحورية في هذه النظرية، هي أنّ القاضي لا يطبق في حقيقة الأمر القانون الأجنبي وإنّما يعترف بالحق المكتسب، وبناءًا على هذا يظهر القانون الأجنبي كمجرد عنصر في واقعة تستمد قوتها القانونية من مبدأ احترام الحقوق المكتسبة في القانون الوطني[6].

وفقا لهذه النظرية لابد لنفاذ الحق من الوجهة القانونية في ظل القانون الأجنبي أنّ تتوفر عدة شروط وهي:

1) أنّ يكون الحق قد تم اكتسابه فعلاً.
2) أنّ يكون هذا الحق تم اكتسابه وفقًا للأصول المبنيّة في قانون البلد الأصلي للحق.
3) أنّ يكون القانون الذي اكتسب الحق بمقتضاه مختصًا دوليًا[7].

لم ترحب هذه النظرية وانتقدت على أساس أنّها غير شاملة لأنّها تقتصر فقط على الحق المكتسب في الخارج دون النظر إلى الحقوق الناشئة في دولة القاضي وفقًا لأحكام القانون الأجنبي، لأنّ القاضي لا يُطلب منه فقط الاعتراف بالحقوق بل يُطلب منه إنشاء الحقوق.

كما انتقدت أيضًا هذه النظرية لكون أنّ تطبيق القانون الأجنبي المكسب للحق يعتبر اعترافًا بهذا القانون ذاته، لذلك نجد أنّه لا يطبق حسب نطاق الواقعة وإنّما يعتبر قانونًا[8].

ومن جهة أخرى، فمن غير المنطق أن يتعرف القاضي الوطني على كافة القوانين الأجنبية حتى يتمكن عليه التحقق من الحق المكتسب في الخارج[9].

---

[6]– **سعيد يوسف البستاني**، الجامع في القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009، ص 698.

[7]– **زقان تمعزوزت، زقان ليدية**، تطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني، مذكرة تخرج لنيّل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2019، ص 12.

[8]– **عبد جميل غصوب**، دروس في القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2008، ص 132.

[9]– **أحمد عبد الكريم سلامة**، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص 493.

ثانيًا: نظرية العنصر الواقعي

وفقًا لهذا الاتجاه الذي يتزعمه الفقيه الفرنسي **(Batiffol)** والفقه الإيطالي الكلاسيكي فإنّ القانون الأجنبي لا يعامل باعتباره قانونًا وإنّما عامله القضاء الفرنسي باعتباره عنصرًا من عناصر الواقع، كما أنّه لا يمكن أنّ يفقد صفته القانونية إلاّ إذا طبّق من طرف قاضي أجنبي[10].

فلا يطبّق القاضي الوطني القانون الأجنبي من تلقاء نفسه بل لابد من تمسك الأطراف به وإثارته صراحة أمامه[11].

فالقانون عند **(باتيفول ولاقارد)** له عنصران يتمثلان في :

- العنصر العقلي أو المضمون الذي يعطي الحكم القانوني لمسألة معينة، ويتميز هذا العنصر بالعمومية والتجريد.
- أما عنصر الإلزام أو الآمر فمنّه تستمد القاعدة القانونية صفتها الإلزامية[12].

فنّشوء القاعدة القانونية في دولة معيّنة يجعلها متمتعة بكلا العنصرين داخل إقليم تلك الدولة، لكن في حالة تطبيق القانون خارج بلاده يفقد العنصر الآمر ويحتفظ فقط بمضمونه[13].

شبّه القاضي عند تطبيقه للقواعد الأجنبية بتطبيقه للوائح الشركات حيث أنّ كلاهما يعتبران قواعد عامة وتطبق في حالات خاصة، لكنها غير صادرة عن المشرع الوطني ويعوزها عنصر الآمر ولا تملك صفة القانون[14].

---

[10]– **أعراب بلقاسم**، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، تنازع القوانين، دار هومه، الجزائر، 2004، ص 144.

[11]– **أمال صوراني**، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، مذكرة لنيّل شهادة الماجيستر في القانون الدولي، قسم القانون الدولي، كلية الحقوق، جامعة حلب، 2012–2013، ص 16.

[12]–**BATIFFOL Henri**, Aspects Philosophiques du Droit International Privé, Dalloz, Paris, 1956, pp 199 – 120.

[13]– **قتال حمزة**، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، القواعد العامة، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2018، ص ص 236–237.

قد اعترض على هذه النظرية كذلك أنّها تقوم على نقطة بداية تعد في ذاتها خاطئة، فإذا كان صحيحًا أنّ انتقال القاعدة القانونية عبر الحدود وتطبيقها من طرف قاضي آخر يجردها من العنصر الآمر فإنّ دور قاعدة الإسناد هو أنّ ترد لها هذا العنصر الذي فقدته[15].

ومن ناحية أخرى، عدم تطبيق القاضي الوطني من تلقاء نفسه للقانون الأجنبي يقلّل من شأنه ومن قيمة قواعد الإسناد، مما يؤدي إلى نتائج ضارة بالعلاقات الخاصة الدولية.

فكل خطأ في تفسير القانون الأجنبي وعدم التطبيق الصحيح للقواعد الأجنبية لن يخضع لرقابة المحكمة العليا باعتباره مسألة واقع، كما لا يمكن الأخذ بتشبيه القانون الأجنبي الذي ذهب إليه الفقيه **(باتيفول)** باللوائح أو العقود لأنّ القاعدة القانونية الأجنبية قاعدة عامة ومجردة تستمد قوتها الملزمة من قاعدة الإسناد ولا يمكن تغييرها[16].

أما لوائح الشركات والعقود تستمد قوتها القانونية من مبدأ العقد شريعة المتعاقدين وفق **المادة 106 من القانون المدني الجزائري** التي تنص على "**العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلاّ باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون**"[17]، والتي تقابلها **المادة 1193 من القانون المدني الفرنسي**[18].

=[14]– **سعيد يوسف البستاني**، القانون الدولي الخاص، تطور وتعدد طرق حل النزاعات الخاصة الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004، ص ص197–198.

[15]– **هشام علي صادق**، تنازع القوانين، دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1993، ص 248.

[16]– **أمال صوراني**، المرجع السابق، ص ص 16–17.

[17]– **المادة 106 من القانون المدني**، السالف الذكر.

[18]–Article 1193 de code civil français : " Les contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise ", voir le site web : www.legifrance.gouv.fr

الفرع الثاني: معاملة القانون الأجنبي كقانون

يميل اتجاه آخر من الفقه إلى اعتبار القانون الأجنبي قانونًا، حيث يحتفظ بطبيعته القانونية وصفته الأجنبية ولو طبق في غير بلده، فيلزم القاضي بتطبيقه من تلقاء نفسه، ولا داعي لتمسك الخصوم بتطبيقه، وعلى القاضي أنّ يعامل القانون الأجنبي بنفس الطريقة التي يعامل بها قانونه الوطني، وهو يخضع في ذلك للرقابة، ولقد ظهرت عدّة نظريات تدافع عن هذا الإتجاه أهمّها نظرية التفويض (أولاً) ونظرية الاندماج **(ثانيًا)**.

أولاً: نظرية التفويض

ترى طائفة من الفقه الألماني والفرنسي أنّ المشرع الأجنبي يفوض بموجب قاعدة الإسناد الوطنية القاضي بتطبيق القانون الأجنبي، بمعنى يطبقه القاضي الوطني بمقتضى تفويض **(Délégation)** من المشرع الأجنبي[19].

يحتفظ القانون الأجنبي بصفته الأجنبية، فهو يسري بقوة إلزامية يصدرها المشرع الأجنبي كأمر بمقتضى تفويض أو إنابة صادرة من طرف المشرع الوطني، فعندما تسند قاعدة الإسناد الاختصاص التشريعي للقانون الأجنبي لينوب عنه في التشريع بالنسبة للنزاع المطروح أمامه[20].

يعاب على هذه النظرية أنّها مبنيّة على تفويض وهمي لا علم للأطراف به، فمن غير المنطقي أنّ يأمر القاضي الوطني على تطبيق أوامر غير تلك مشرّعه الوطني[21].

وانتقدت كذلك على أنّ التفويض لا يكون إلاّ لمفوض معيّن، وغير معقول أنّ يقوم المشرع الوطني بإنابة مشرع أجنبي عوضًا عنه غير معلوم بها مسبقًا[22].

---

[19]– **علي علي سليمان**، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006، ص 135.

[20]– **نادية فضيل**، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، المرجع السابق، ص 25.

[21]– **عبد جميل غصوب**، المرجع السابق، ص 133.

[22]– **نادية فضيل**، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، المرجع السابق، ص 25.

ثانيًا: نظرية الاندماج

يتمثل مضمون نظرية الاندماج أنّ القانون الأجنبي يندمج في القانون الوطني فيصبح جزء منه ويأخذ طبيعة قواعد الإسناد الوطنية الفارغة المضمون، فتستقبل أحكام القانون الأجنبي لتملأ الفراغ وتفصل في النزاع وبذلك يعامل القانون الأجنبي معاملة القانون الوطني[23].

انقسمت أراء الفقهاء الايطاليون حول طبيعة الاندماج حيث نجد منهم من أخذ بفكرة الاندماج المادي ومنهم من أخذ بفكرة الاندماج الشكلي:

ـالاندماج المادي Réception matérielle :قال بهذه الفكرة الفقيه **(انزلوتي Anzilloti)** بأنّ مضمون القانون الأجنبي يندمج في القانون الوطني اندماجًا ماديًا ويتممه بأحكامه[24]، وعليه تفقد القاعدة الأجنبية صفتها وتصبح قاعدة وطنية.

ـالاندماج الشكلي Réception formelle: فيقصد به اندماج القاعدة الأجنبية في القانون القاضي مع الاحتفاظ بمعناها ومقوماتها، كما تبقى متمتعة بطبيعتها القانونية وصفتها الأجنبية[25].

لكن تعرضت هذه النظرية للنقد كونها مصطنعة وغير حقيقية، فمن المستحيل أنّ يستوعب القاضي كافة القوانين الأجنبية، ومن ناحية أخرى قد لا يصبح لفكرة النظام العام أي دور بسبب اندماج القوانين الأجنبية في القانون الوطني[26].

---

[23]– **عبد الرسول عبد الرضا الأسدي**، أحكام التنازع الدولي للقوانين، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2012، ص 161.

[24]– **علوش قربوع كمال**، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، تنازع القوانين، الطبعة الثالثة، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص 117.

[25]– **أعراب بلقاسم**، المرجع سابق، ص 143. أنظر أيضًا حول الاندماج أو الاستقبال المادي والشكلي:

–**DERRUPPE Jean**, *op.cit*, p 80.

[26]– **دربال عبد الرزاق**، الوافي في القانون الدولي الخاص، النظرية العامة في تنازع القوانين في التشريع الجزائري والمقارن، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2010، ص 119.

المطلب الثاني: موقف المشرع الجزائري والتشريعات المقارنة من طبيعة القانون الأجنبي

يتعيّن على القاضي الوطني تطبيق القانون الأجنبي على النزاع المطروح أمامه، لكن هذا لا يكفي لحل النزاع مباشرة، إنّما غالبًا ما يثير إشكالية حول طبيعة القانون الأجنبي، فإما يعتبره كقانون ويكون القاضي ملزم بتطبيقه تلقائيًا، كما يمكن أنّ يكون مجرد واقعة ويحل محلّه القانون الوطني، إلاّ في حالة ما إذا تمسك الأطراف بتطبيق القانون الأجنبي.

ولمعرفة موقف المشرع الجزائري من طبيعة القانون الأجنبي، نقوم باستقراء بعض النصوص القانونية **(الفرع الأول)** ثم عرض قرار المحكمة العليا **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول: موقف المشرع الجزائري

لم يعبّر المشرع الجزائري صراحةً عن طبيعة القانون الأجنبي غير أنّه من خلال **المادة 358 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية** وبالتحديد الفقرة السادسة منها يفهم أنّ تطبيق القاضي الوطني للقانون الأجنبي في المسائل المتعلقة بقانون الأسرة يكون محل رقابة المحكمة العليا وذلك بالنقض أمامها، كما أعطت **المادة 360** من نفس القانون إمكانية لمحكمة العليا لنقض الحكم وإثارة من تلقاء نفسها كل خطأ في تطبيق القانون الأجنبي[27]، حتى لا يطبق القانون الأجنبي المتعارض مع النظام العام أو مع قانون الأسرة الجزائري المستمد من الشريعة الإسلامية، فالغرض من هذه الرقابة التي فرضها المشرع الجزائري هو التأكّد من عدم تطبيق قوانين أجنبية في مسائل الأسرة مع قانون الأسرة الجزائري المستمد من الشريعة الإسلامية لأنّ ذلك من شأنه المساس بالنظام العام، وليس معاملة القانون الأجنبي (في قضايا الأسرة) كقانون وفي غير قضايا الأسرة كواقعة، لأنّ هذا فهم خاطئ لمغزى المادة التي تهدف إلى تفادي تطبيق القاضي الوطني

[27]– راجع **المادتين 358 و360 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية**، السالف الذكر.

لقوانين أجنبية في قضايا الأسرة تتعارض مع قانون الأسرة الجزائري المستمد من الشريعة الإسلامية[28].

الفرع الثاني: موقف المشرع التونسي من طبيعة القانون الاجنبي

يتعامل المشرع التونسي مع القانون الاجنبي كقانون فمتى أشارت قواعد الاسناد الوطني الى تطبيق قانونًا أجنبيًا، حيث نص عن القوة الملزمة لقواعد التنازع واخذ بالتميز الذي جاء به القضاء الفرنسي وجاء في الفصل 28 من مدونة القانون الدولي الخاص التونسية بالتميز بين الحقوق التي لا يجوز للأطراف التصرف فيها والتي تدخل في النظام العام وتكون قواعد الاسناد ملزمة فيها والحقوق التي يجوز التصرف فيها لا تدخل في النظام العام قد يطبقه كما وقع تأويله في النظام القانوني المنتمي اليه مع تأويل هذا القانون الأجنبي الواجب التطبيق لرقابة المحكمة ويطبقه القاضي التونسي كما تم تأويله في النظام القانوني الأجنبي.

ونظرًا للإمكانيات تعدد التأويلات للنصوص القانونية الاجنبية والصعوبات التي قد يواجهها القاضي التونسي وتحمل عبء اثبات القانون الأجنبي أو مساعدة الأطراف في اثباته وتفسيره، لذا تسهر محكمة التعقيب على تطبيق القانون الأجنبي الذي أشارت قواعد الاسناد الملزمة كما هو في النظام القانوني في الدولة الاجنبية[29].

المبحث الثاني: دور الإحالة في تطبيق القانون الأجنبي

بعد تكييف القاضي الوطني للنزاع المشتمل على عنصر أجنبي، يستعين بقواعد الإسناد الوطنية لبيان أيّ قانون أجنبي واجب التطبيق، وعندما يؤول الاختصاص للقانون الأجنبي نتساءل هل تطبق القواعد الموضوعية فيه أو يصرف القاضي النظر إلى قواعد الإسناد في هذا القانون،

[28]– **ناتوري كريم**، محاضرات في مقياس القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين)، موجهة لطلبة السنة الأولى ماستر (السداسي الأول)، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون العام، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2019–2020، (منشورة)، ص ص 41–43.

[29]– **زقان تمعزوزت، زقان ليدية**، المرجع السابق، ص ص 36–37.

وفي حالة تشابه قواعد الإسناد في قانون دولة القاضي والقانون الأجنبي لا يثور إشكال، لكن يمكن أنّ تعلن بعدم اختصاصها فتحيل بدورها إلى قانون آخر عن طريق الإحالة لحل العلاقة محل التنازع السلبي الذي نتج عن اختلاف قواعد الإسناد في القانون الوطني والقانون الأجنبي، ولقد حضيت الإحالة باهتمام كبير في فقه القانون حيث يرى أنّ الإحالة على نوعين وهما الإحالة من الدرجة الأولى والإحالة من الدرجة الثانية، بتقديم أسس قانونية مبررة للإحالة مع الإشارة إلى الاختلافات الفقهية والاستثناءات الواردة على مبدأ الإحالة.

في سياق الحديث عن هذا الموضوع يفرض علينا الإشارة أولاً إلى مفهوم الإحالة **(المطلب الأول)** ثم الاختلافات والاستثناءات الواردة على مبدأ الإحالة **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول: مفهوم الإحالة

يستشير القاضي الوطني قواعد الإسناد الوطنية ويتعين عليه تطبيق القانون الأجنبي، لكن يحصل أنّ ترفض قواعد الإسناد الأجنبية الاختصاص، فإمّا أنّ ترده من جديد لقانون القاضي وهذا ما يدرج تحت اسم الإحالة من الدرجة الأولى، أو إلى قانون أجنبي في حالة قبول الإحالة من الدرجة الثانية، ويرجع نشوء الإحالة إلى رفض قواعد الإسناد في القانون الأجنبي للاختصاص مما أدى إلى اختلاف الفقهاء في قبول الإحالة من عدمها، فأقام الفقه المناصر عدة حجج لتبرير موقفه من فكرة الإحالة ومن جانب آخر قدم معارضو الإحالة حججهم من أجل هدم نظرية الإحالة وأنّ لا أساس لها.

مما سبق ذكره سنعرف الإحالة في **(الفرع الأول)** وأنواعها في **(الفرع الثاني)** أما في **(الفرع الثالث)** سندرس مختلف الأسس القانونية للإحالة.

الفرع الأول: تعريف الإحالة

تعرف نظرية الإحالة بأنّها «نظرية تقضي بتطبيق قواعد التنازع في القانون الأجنبي المختص طبقًا لقانون القاضي في حالة اختلاف ضابطي الإسناد في القانونيين وكان التنازع سلبيًا بينهما[30]» .

[30]– **زروتي الطيب**، القانون الدولي الخاص الجزائري، مقارنا بالقوانين العربية، الجزء الأول، تنازع القوانين، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 2000، ص 104.

يعني ذلك تطبيق قواعد إسناد القانون الأجنبي المختص وفقًا لقواعد إسناد دولة القاضي بشرط أنّ يكون اختلاف بينهما، ففي حالة عدم قبول القانون الذي أشارت قاعدة الإسناد الوطنية باختصاصه في النظر والفصل في النزاع تقوم بتحويله إلى قانون آخر يعترف باختصاصه وفقًا لقواعد الإسناد التابعة له أو إلى اختصاص طائفة معينة من القواعد الداخلية[31]، بمعنى أنّ الإحالة تفترض أنّ يرجع القاضي الوطني إلى قواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص وفقًا لقواعد إسناد في دولة القاضي، وتكون قاعدة الإسناد الوطنية مختلفة عن قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي المختص[32].

الفرع الثاني: أنواع الإحالة

قد يرفض القانون الأجنبي الاختصاص المخول له، ويرّده لقانون القاضي فنكون أمام الإحالة من الدرجة الأولى **(أولاً)** أو يسنده لقانون أجنبي آخر فنكون أمام إحالة من الدرجة الثانية **(ثانيًا)**.

أولاً: الإحالة من الدرجة الأولى

تكون الإحالة من الدرجة الأولى عندما تسند قاعدة التنازع في قانون القاضي الاختصاص إلى القانون الأجنبي فيقوم بدوره بإحالة النزاع ذو الطابع الأجنبي إلى قانون القاضي نفسه[33]، كما أطلق عليها الفقه تسمية الإحالة الضرورية أو الرجوع[34].

ظهرت نظرية الإحالة من الدرجة الأولى بسبب القضية الفرنسية الشهيرة **(فورقو**Forgo**)** بتاريخ 24 جوان 1878 التي تتلخص أحداثها حينما توفي الولد غير الشرعي المدعو **(فورقو)** المتوطن فعليًا في فرنسا تاركًا فيها ثروة منقولة، التي طالب بها حواشيه كما أرادت مصلحة الأملاك الفرنسية الاستيلاء عليها فثار نزاع بشأن التركة، فأشارت قاعدة الإسناد الفرنسية أنّ

---

[31]– **عامر محمد الكسواني**، تنازع القوانين، موسوعة القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، جامعة عمان الأهلية، الأردن، 2010، ص 117.

[32]– **ناتوري كريم**، المرجع السابق، ص ص 43–44.

[33]– **عامر محمد الكسواني**، المرجع السابق، ص 121.

[34]– **زروتي الطيب**، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص 104.

القانون الواجب التطبيق هو القانون البافاري على أساس الموطن الأصلي للمتوفى في حين قاعدة الإسناد البافارية تعقد الاختصاص للقانون الفرنسي[35]، غير أنّ هذا الأخير يقضي بعدم توريث الولد غير الشرعي إذ تبقى أموال شاغرة، خلاف القواعد الموضوعية في القانون البافاري الذي يورث الحواشي، بينما أقرت محكمة النقض أنّ تؤول هذه الأموال التي لا وارث لها إلى الحكومة الفرنسية موافقة مع إدارة الدومين العام الفرنسية[36].

يجب التذكير أنّ الفقه يستشهد بشأن الإحالة بقضية فصل فيها القضاء الانجليزي عام 1841، وأخرى فصل فيها القضاء الألماني عام 1861، لكن الإحالة لم يتم الحسم بشأنها بوضوح ولم يتم تحديدها بدقة ووضوح إلاّ في قضية **(فورقو)** بتاريخ 24 جوان 1978 أمام محكمة النقض الفرنسية[37].

ثانيًا: الإحالة من الدرجة الثانية

يطلق بعض الفقه على هذا النوع من الإحالة تسمية الإحالة المطلقة وتتحقق لما يُحيل القانون المختص إلى قانون آخر غير قانون القاضي[38]، كأنّ يطرح نزاع أمام القاضي الوطني حول أهلية شخص متوطن في تركيا، حيث نجد قاعدة الإسناد في نص **المادة 10 من القانون المدني الجزائري**[39]، تقر بتطبيق قانون جنسية الشخص وهو من جنسية فرنسية، غير أنّ قاعدة الإسناد في القانون الفرنسي تشير إلى تطبيق قانون موطن الشخص المتمثل في قضية الحال في القانون التركي، فقواعد الإسناد في القانون الفرنسي لم ترد الاختصاص للقانون الجزائري وإنّما أحالته إلى قانون آخر وهو القانون التركي باعتباره قانون موطن الشخص، فنكون أمام إحالة من درجة ثانية .

---

[35]– **François MELIN**, Droit International Privé, 4ème édition, Montchrestien, 2010, p 122.

[36]–Cour de cassation chambre civile du 24 juin 1878 et 22 février 1882 in **ANCEL Bertrand** et **LEQUETTE Yves**, Grands arrêts de la jurisprudence française de Droit International Privé, 3ème édition, Dalloz, Paris, 1998, pp 53-54.

[37]– **ناتوري كريم**، المرجع السابق، ص ص 45-46. أنظر أيضًا:

–**MELIN François**, Droit International Privé, cours Intégral et Synthétique, Gualino, Lextenso, France, 2019, pp 103-104.

[38]– **زروتي الطيب**، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص 104.

[39]– **المادة 10 من القانون المدني الجزائري**، السالف الذكر.

الفرع الثالث: الأسس القانونية للإحالة

نحاول في هذا الفرع ذكر الأسس القانونية للإحالة على شكل نظريات استند إليها الفقه أولها نظرية التفويض **(أولاً)**، الإحالة ونظرية قاعدة الإسناد الاحتياطية **(ثانيًا)**، الإحالة ونظرية النظام العام **(ثالثًا)** وأخيرًا الإحالة والتناسق بين الأنظمة القانونية **(رابعًا)**.

أولاً: الإحالة تفويض

تقوم هذه النظرية لما قواعد الإسناد في قانون القاضي تشير باختصاص قانون أجنبي معيّن، فإنّها لا تشير باختصاص القواعد القانونية الموضوعية في هذا القانون وإنّما تفوّض المشرع الأجنبي سلطة تعيين القانون الذي سيطبقه على النزاع[40]، ويجب النظر في القانون الأجنبي نظرة كلية بقواعد إسناده وقواعده الموضوعية.

يطبق المشرع الأجنبي قانونه في حالة عدم الأخذ بالإحالة، أو قانون القاضي عندما يقبل بالإحالة من الدرجة الأولى، أمّا إذا كانت قواعد الإسناد تشير باختصاص قانون أجنبي آخر فيكون أمام الإحالة من الدرجة الثانية.

لكن هذه النظرية تبدو معيبة لأنّ لما يفوض المشرع الأجنبي الاختصاص إلى قانون القاضي لحل النزاع تتعارض مع فكرة السيادة مما يوقعها في حلقة مفرغة، بمعنى أنّ القانون الأجنبي يحيل الاختصاص للقانون الوطني وهذا الأخير يرده من جديد للقانون الأجنبي ذاته، فإنّ هذا التفويض فيه معنى المجاز والحيلة[41].

ثانيًا: الإحالة ونظرية الإسناد الاحتياطية

يتزعم هذه النظرية الفقيه الفرنسي **(ليربور بيجونيير Bigeonniere Lerbours)** الذي يقول أنّ كل قواعد الإسناد في كل دولة تتضّمن قواعد احتياطية إلى جانب القواعد الأصلية، حيث

---

[40]– **أعراب بلقاسم**، المرجع السابق، ص 111. أنظر أيضًا:

–**DERRUPPE Jean**, *op.cit*, p 74.

[41]–**عكاشة محمد عبد العال**، تنازع القوانين (دراسة مقارنة)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2010، ص 169.

أنّ حين يفرض القاضي الوطني الاختصاص لقانون الأجنبي وهذا الأخير يرفض الاختصاص التشريعي يجب البحث وفق القانون الوطني عن قانون آخر، وذلك بواسطة قاعدة إسناد احتياطية التي تقع في نطاق تفسير قواعد الإسناد الوطنية[42].

إنّ الاختصاص هنا يحول إمّا لقانون القاضي أو لقانون آخر وذلك بمقتضي قاعدة إسناد الاحتياطية الموجودة إلى جانب قاعدة الإسناد الأصلية التي خولت الاختصاص للقانون الأجنبي، ومثاله كأنّ يطرح أمام القاضي الوطني نزاع يتعلق بأهلية جزائري متوطن في فرنسا فإنّه طبقًا لقواعد الإسناد الوطنية يرفض القانون الفرنسي الاختصاص، فيستشير القاضي قاعدة الإسناد الاحتياطية لتعين القانون الأجنبي المختص ويبقى القاضي الوطني مؤتمر بأوامر مشرعه فقط دون أوامر المشرع الأجنبي[43].

لم تسلم هذه الأخرى من النقد لأن لم يوضحوا مؤيديها كيفية البحث عن القواعد الموضوعية في قانون القاضي ولا عن سلطة القاضي في البحث عنها، لذلك لا سبيل من إعمال هذه النظرية إلا إذا نص المشرع صراحة على قواعد الإسناد احتياطية، يرجع إليها إذا رفض القانون الأجنبي الاختصاص الذي منحته إياه قواعد الإسناد الأصلية[44].لا دليل على أن المشرع وضع إلى جانب كل قاعدة إسناد أصلية قاعدة إسناد احتياطية، وهذا لا وجود له حقيقة من الناحية الواقعية بل من باب الخيال والوهم[45].

ثالثًا: الإحالة ونظرية النظام العام

يرى الفقيه الفرنسي **(Niboyet)** أنّه عندما ترشد قاعدة الإسناد الوطنية الاختصاص إلى قانون أجنبي، فهذا الأخير يرفض الاختصاص لأنّه يتعارض مع النظام العام لذلك يرده القاضي

---

[42]– **زروتي الطيب**، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص 111.

[43]– **زيدون بختة**، التطبيق الاستثنائي للقانون الجزائري في العلاقات الدولية الخاصة، مذكرة لنيّل شهادة الماجيستر، تخصص القانون الدولي الخاص، قسم الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2010–2011، ص 92.

[44]– **زيدون بختة**، المرجع السابق، ص 93.

[45]– **بشور فتيحة**، محاضرات في القانون الدولي الخاص" تنازع القوانين"، موجهة لطلبة السنة الثالثة ليسانس، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 2016–2017، (منشورة)، ص 23.

إلى الوطني ليطبق القانون الأصلي الذي هو مبدأ إقليمية القوانين، كما أنّ الاستثناء هنا هو تطبيق القانون الأجنبي. فانتقدت هذه النظرية لأنّها استخدمت النظام العام في غير محله، ففكرة النظام العام تأتي بعد تعارض قانون القاضي مع القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي[46].

رابعًا: نظرية الإحالة والتناسق بين الأنظمة القانونية

إنّ المشرع لما يضع قواعد التنازع فإنّ هدفها هو السعي إلى التنسيق والتحقيق بينها وبين القاعدة الأجنبية من أجل الوصول إلى حكم يتصل أكثر بالعلاقة القانونية، ولوجود هذا التنسيق يجب إعمال بكلا القاعدتين، ولا يمكن اعتبار ذلك تنازل عن قاعدة الإسناد الوطنية من أجل قاعدة أجنبية، لأنّ هذه الأخيرة لم يتم إعمالها بصفة عفوية وإنّما عينتها قاعدة الإسناد الوطنية[47].

يضع المشرع في نظر **(باتيفولBatiffol)** قواعد الإسناد الوطنية على وجه تنسيقها مع قواعد الإسناد الأجنبية، فالإحالة هي التي تعمل على التنسيق بينها حتى يتسنى الفصل بتطبيق القانون الملائم على النزاع[48].

اتجه منطق الأستاذ **(باتيفول Batiffol) إلى** ضرورة الأخذ بالإحالة من الدرجة الثانية التي تؤدي إلى التنسيق بين نظم الدول الثلاث متى أشارت قاعدة الإسناد إلى تطبيق قانون أجنبي وأحالت قواعده بدورها إلى قانون دولة أخرى ولا مانع من تطبيقه باعتباره المختص[49].

لكن يمكن أنّ قاعدة الإسناد تحيل إلى قانون أخر بسبب رفضها للاختصاص، على هذا تم انتقاد هذه النظرية لأنّه قد يكون من الصعب التناسق بين قواعد الإسناد وقانون دولة أجنبية أخرى لأنّها تؤدي إلى المساس بمصالح الأفراد[50].

---

[46]– **دربال عبد الرزاق**، المرجع السابق، ص 90.

[47]– **زيدون بختة**، المرجع السابق، ص 94–95.

[48]–**HOLLEAUX Dominique**, **JACQUES Foyer** et **GERAUD de La Paradelle**, Droit International Privé, Masson, 1987, pp 246–247.

[49]– **حفيظة السيد الحداد**، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2002، ص 140.

المطلب الثاني: الاختلافات والاستثناءات الواردة على مبدأ الإحالة

جاءت نظريات مؤسسة بمختلف الحجج المتقابلة وأحدثت تباين في الآراء الفقهية والتشريع عن نظرية الإحالة في تطبيق القانون الأجنبي إلاّ وأنّه استثنى الفقه المعاصر لها بعض الحالات من مبدأ الإحالة وسوف نبرز المواقف الفقهية وموقف المشرع الجزائري **(الفرع الأول)** ونخصص **(الفرع الثاني)** للاستثناءات الواردة على مبدأ الإحالة.

الفرع الأول: المواقف الفقهية وموقف المشرع الجزائري من الإحالة

لم تكن نظرية الإحالة محل اتفاق الفقهاء لذلك نجد جدلاً فقهيًا مثيرًا بينهم حيث انقسموا إلى الفقه المؤيد للإحالة والفقه المعارض **(أولاً)** مع إبراز موقف المشرع الجزائري منها **(ثانيًا)**.

أولاً: المواقف الفقهية من الإحالة

سنوضح حجج مؤيدي الإحالة ثم حجج الرافضين لها:

1_ حجج مؤيدي الإحالة :

يرى أنصار الإحالة أنّ قواعد الإسناد والقواعد الموضوعية تشكل بمجملها نسيجًا قانونيًا غير قابل للتجزئة ولا اختلاف بينهما على أساس وحدة الأحكام والقواعد القانونية، فالقاضي يطبق أولاً قواعد الإسناد في القانون الأجنبي الواجب التطبيق، وإذا وجدها لا تقبل الإحالة أي أنّها لا تحيل بدورها إلى تطبيق قانون أجنبي أخر، فما على القاضي إلاّ تطبيق القواعد الموضوعية في ذلك القانون، أمّا إذا أشارت إلى تطبيق قانون آخر يكون القاضي ملزم بتطبيق هذا الأخير للأخذ قواعد الإسناد بالإحالة[51].

=[50]– **قتال حمزة**، دور القاضي في تطبيق القانون الأجنبي في القانون الجزائري والمقارن، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الدكتوراه في الحقوق، فرع القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر–1–، الجزائر، 2010–2011، ص 91.

[51]–**عامر محمد الكسواني**، المرجع السابق، ص 123.

أما في حالة رفض قواعد الإسناد في القانون الأجنبي الاختصاص لا يمكن للقاضي تطبيق القواعد الموضوعية في هذا القانون غير المختص في حل النزاع مدعاة للوصول إلى نتيجة غير صحيحة، وعليه يجب الأخذ بالإحالة احترامًا لما تقتضي به قواعد الإسناد في القانون الأجنبي[52].

بالإضافة إلى ذلك خاصةً إذا أشارت قاعدة الإسناد في قانون القاضي إلى تطبيق قانون أجنبي تتعدد فيه التشريعات تعددًا إقليميًا أو شخصيًا كان، مما يصعب على القاضي تحديد القواعد الموضوعية الواجبة التطبيق، لذا قبول الإحالة وترك الأمرِ للقاضي الوطني في القوانين الأجنبية المتعددة الشرائع يساهم في تحقيق وحدة الحلول وقوة تنفيذها لموافقة حكم قانون القاضي مع قواعد الإسناد في القانون الأجنبي الواجب التطبيق[53].

2_ حجج رافضي الإحالة:

رد رافضي الإحالة على فكرة الأخذ بوحدة القانون الأجنبي يؤدي إلى الوقوع في حلقة مفرغة[54]، وأطلق عليها بعض الفقهاء بغرفة المرايا العاكسة لكون كل قانون يحيل إلى قانون أخر والدوران على بعضهما البعض دون نهاية، بمعنى تحيل قواعد الإسناد في القانون الأجنبي إلى قانون القاضي في حين هذا الأخير يرد الاختصاص مرّة أخرى إلى القانون الأجنبي[55].

كما تتسع الدائرة المفرغة أكثر في الحالات التي تكون فيها الإحالة من الدرجة الثانية لتوالي الإحالات والدخول في طاحونة الأخذ والرد دون توقف باستثناء الإحالة من الدرجة الأولى أين تطبق القواعد الموضوعية في قانون القاضي المحال إليه إلاّ أنّ تطبيق القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي دون اختصاصها يعتبر كذلك مخالفة للقانون الوطني وإرادة المشرع الأجنبي[56].

---

[52]–**أعراب بلقاسم**، المرجع السابق، ص 103.

[53]– **غالب علي الداودي**، القانون الدولي الخاص، الكتاب في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، دراسة مقارنة، الطبعة الرابعة، دار وائل للنشر، عمان، 2005، ص 115.

[54]– **عكاشة محمد عبد العال**، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، 2010، المرجع السابق، ص 141.

[55]– **زروتي الطيب**، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص 109.

[56]– **عكاشة محمد عبد العال**، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، 2010، المرجع السابق، ص ص 162–163 .

يحدد القاضي الوطني القانون الأجنبي المختص اعتمادًا على قواعد الإسناد في قانونه لكن بالرجوع إلى هذه القواعد نجدها تحل بدورها مشكلة التنازع مرة أخرى والتوصل إلى حلّين متناقضين وهذا يعني أنّ القانون الأجنبي الذي عينته قواعد التنازع في قانون القاضي هو القواعد الموضوعية في هذا القانون وليس قواعد الإسناد فيه[57]، لأنّ تطبيق القاضي لما تقضي به قواعد الإسناد في القانون الأجنبي لا يكون إلاّ قبولاً للإحالة والامتثال لأوامر المشرع الأجنبي دون أوامر مشرعه مما يعد انتهاكًا لسيادة قانونه الوطني[58].

يقول معارضو الإحالة ردًا على حجة وحدة الحلول وقوة تنفيذها بأنّه لا يمكن أنّ يتحقق ذلك إلاّ إذا كان أحد القوانين يأخذ بالإحالة دون الأخر، فإذا كانت كل الدول تأخذ بالإحالة فحتمًا ستختلف القوانين المطبقة وبالتالي يستحيل توحيد الحلول بين هذه الدول، مع العلم أنّ الغالبية منها لا تشترط أنّ تكون الأحكام الأجنبية صادرة وفق ما تقضي به قواعد الإسناد في قانونها[59]، غير أنّ الاعتراف بالحكم الأجنبي يشترط أنّ يكون مستوفي لجميع شروطه وحائز للقوة التنفيذية لذا لا يمكن ضمان الاعتراف بالحكم الأجنبي ومدى قوته[60].

ثانيًا: موقف المشرع الجزائري

كان المشرع الجزائري قد سكت عن فكرة الإحالة في ظل القانون المدني لسنة 1975، بحيث لا وجود لنص قانوني يقبل أو يرفض الإحالة أي كل من الإحالة من الدرجة الأولى والدرجة الثانية، لكن بعد تعديل القانون المدني في سنة 2005 أزال المشرع الجزائري الغموض بالنسبة لنظرية الإحالة فجاء **بالمادة 23 مكرر1** التي تنص على " **إذا تقرر أنّ قانونًا أجنبيًا هو الواجب التطبيق، فلا تطبق منه إلاّ أحكامه الداخلية دون تلك الخاصة بتنازع القوانين من حيث المكان...**" فمدلول هذه الفقرة الأولى رفض الإحالة وتطبيق القاضي الوطني للقواعد الموضوعية فقط في القانون الأجنبي الواجب التطبيق، ثم أضاف في الفقرة الثانية "**...غير أنّه يطبق القانون**

---

[57]– **أعراب بلقاسم**، المرجع السابق، ص 104.

[58]– **سعيد يوسف البستاني**، تطور وتعدد طرق حل النزاعات الخاصة الدولية، المرجع السابق، ص 166.

[59]–**أعراب بلقاسم**، المرجع السابق، ص ص 106-105.

[60]– **عامر محمد الكسواني**، المرجع السابق، ص 125.

الجزائري، إذا أحالت عليه قواعد تنازع القوانين في القانون الأجنبي المختص" ليقر بقبول الإحالة من الدرجة الأولى إذا أحالت قواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص تطبيق القانون الجزائري.[61]

نستخلص من نص **المادة 23 مكرر1 من القانون المدني** أن اذا أشارت قاعدة الاسناد الى تطبيق القانون الاجنبي لا يلجأ القاضي الجزائري مباشرة الى تطبيق قواعد الاسناد في القانون الأجنبي وانما يستقرئها ثم يفصل القاضي الوطني في النزاع وذلك اما بتطبيق القواعد الموضوعية للقانون الاجنبي في حالة رفض المشرع الجزائري الأخذ بالإحالة وفقًا للفقرة الاولى من المادة السالفة الذكر، أو يلتزم بتطبيق القواعد الموضوعية الوطنية اذا وجد قواعد الاسناد للقانون الأجنبي تشير الى تطبيق قانون القاضي طبقًا لما تقره الفقرة الثانية من **نص المادة 23 مكرر1 من القانون المدني الجزائري.**

الفرع الثاني: الاستثناءات الواردة على مبدأ الإحالة

لا يجوز الأخذ بالإحالة بنوعيها في الحالات التي استثناها الفقه وهي حالة الأخذ بقانون إرادة المتعاقدين **(أولاً)**، حالة إخضاع شكل التصرف القانوني لمكان إجراءه **(ثانيًا)** وحالة وجود اتفاقية (ثالثاً).

أولاً: حالة الأخذ بقانون إرادة المتعاقدين

عندما يكون القانون الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد قانون إرادة المتعاقدين كما هو مثال الالتزامات التعاقدية، التي أخضعها المشرع الجزائري في نص **المادة 18 من القانون المدني الجزائري** للقانون المختار من قبل الأطراف.

على سبيل المثال في حالة اتجاه إرادة الأطراف إلى اختيار قاعدة التنازع في القانون الأجنبي الواجب التطبيق على العقد، فإنّ قبول الإحالة هنا تعتبر مبنيّة على أساس إرادة

[61]–**المادة 23 مكرر1 من القانون المدني الجزائري**، السالف الذكر.

المتعاقدين لكن بشرط أنّ يكون هذا القانون له صلّة حقيقية بهم أو بالعقد[62]، فتطبيق قواعد الإسناد في القانون المختار قد يتنافى ويتعارض مع إرادتهم فيما لو أشارت هذه القواعد إلى قانون أخر، فحتى لا يتم تجاهل لضابط الإرادة على القاضي أنّ يتجه مباشرة إلى الأحكام الموضوعية في القانون المختار ليطبقها على واقعة الدعوى[63].

لأنّ متى كان للأطراف حرية اختيار القانون الأجنبي الذي يحكم عقدهم ويناسب مصالحهم يستوجب على القاضي تنفيذ مباشرة القواعد الموضوعية في هذا القانون، ولهذا السبب لا يتم الأخذ بالإحالة احترامًا لضابط الإرادة.

ثانيًا: حالة إخضاع شكل التصرف القانوني لمكان إبرامه

استبعد الأخذ بالإحالة بشأن شكل التصرفات لأن قاعدة خضوع الشكل لقانون مكان إبرامه قاعدة عالمية مقررة في كل التشريعات لاعتقاد أنّ المتعاقدين يعرفون أحكام قانون المحل عند إبرام التصرف القانوني، لذلك يجب استبعاد الإحالة تفاديًا للمخاطر التي تؤدي إلى إبطال هذا التصرف شكلا[64].

لأنّ مادام أنّ المتعاقدين قد أفرغوا تصرفهم في القالب الشكلي الذي يتطلبه قانون بلد الإبرام لا يجوز التمسك بعد ذلك ببطلان التصرف القانوني بدعوى أنّه لم يستكمل الشكل وفق القانون المختص بمقتضى قواعد الإسناد في الدولة التي أُبرم فيها التصرف، وأساس استثناء الإحالة في هذه الحالة أنّ استشارة قواعد التنازع في قانون الدولة التي أُبرم فيها التصرف وقبول الإحالة منها إلى قانون آخر يعد تفويت للاعتبارات التي تقوم عليها قاعدة خضوع الشكل لقانون بلد الإبرام التي تعمل على تسهيل التصرفات القانونية بين الأطراف مع علمهم الكافي لأحكام قانون بلد الإبرام[65] .

---

[62]– راجع **المادة 18 من القانون المدني الجزائري**، السالف الذكر.

[63]– **سعيد يوسف البستاني**، تطور وتعدد طرق حل النزاعات الخاصة الدولية، المرجع السابق، ص ص 171–170.

[64]– **زروتي الطيب**، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص 113.

[65]– **بوركبة عمر الفاروق، بوغرفة أحمد**، الإحالة في القانون الدولي الخاص، مذكرة لنيّل شهادة الماستر في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 2017، ص 41.

وإذا كانت قواعد الإسناد في قانون مكان الإبرام تحيل الاختصاص لقانون آخر ولم يحترم تطبيق قانون مكان الإبرام فيما يتعلق بشكل التصرف القانوني جراء قبول الإحالة قد يتعارض مع هدف قاعدة الإسناد التي تعمل على إلزامية ضمان صحة التصرف[66].

ثالثًا: حالة وجود اتفاقية

لا يأخذ بالإحالة عند وجود اتفاقية دولية نافذة في الجزائر تتضّمن قاعدة موضوعية من شأنّها الفصل مباشرة في النزاع المطروح أمام القاضي الوطني وفقًا **للمادة 21 من القانون المدني**[67]، أو أنّ تتضّمن قاعدة ترفض الإحالة، وفي كلتا الحالتين لا تقبل الإحالة على أساس سمو الاتفاقيات الدولية على القانون[68]، وذلك تكريسا **للمادة 154 من الدستور الجزائري** التي تنص على أنّ "**المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية، حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور، تسمو على القانون**"[69]، ولقد نص المشرع الجزائري أنّه من بين أوجه الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا مخالفة الاتفاقيات الدولية وذلك في الفقرة السابعة من المادة 358 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[70].

---

[66]– **أعراب بلقاسم**، المرجع السابق، ص 121.

[67]– راجع **المادة 21** من القانون المدني الجزائري، السالف الذكر.

[68]– **أيت منصور كمال**، محاضرات في القانون الدولي الخاص، موجهة لطلبة السنة الثالثة والأولى ماستر، تخصص القانون الخاص، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2015–2016، (منشورة)، ص 36.

[69]–**المادة 154** من دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، المعدل والمتمم، مرسوم رئاسي رقم 20–442 مؤرخ في 30 ديسمبر 2020، يتعلق بإصدار التعديل الدستوري، المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر2020، ج ر، عدد 82، صادرة بتاريخ 30 ديسمبر 2020.

[70]– راجع **المادة 7/358** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، السالف الذكر.

الفصل الثاني
المشاكل القانونية الأخرى التي يثيرها تطبيق القانون الأجنبي

الفصل الثاني: المشاكل القانونية الأخرى التي يثيرها تطبيق القانون الأجنبي

بعد تحديد القانون الأجنبي المختص بشأن النزاع، ينبغي لتطبيقه علم القاضي بمضمونه ومدى دستوريته، الأمر الذي ليس بمقدوره خاصةً إذا تعددّت فيه التشريعات أو في بعض التشريعات الأخرى لا وجود لنص يحكم العلاقة القانونية، غير أنّ تطبيقه يقتضي تفسيره، فهل يتم وفقًا لقانون القاضي أم وفقًا للقانون الأجنبي، في حين يتلقى القاضي عند تفسيره للقانون الأجنبي مشاكل وصعوبات إذ يوجهها باحثًا عن مدى صحة ونفاذ القانون الذي سيطبقه وأكثر من ذلك عليه أن يتمسك بالدفع بالنظام العام والدفع بالغش نحو القانون.

يعد كل من الدفع بالنظام العام والدفع بالغش نحو القانون آليتين عامتين لاستبعاد القانون الأجنبي، حيث يستبعد القانون الأجنبي الذي تقرّر تطبيقه إذا كان يخالف الأحكام والمبادئ القانونية ويتعارض مع الأسس والقيم السائدة في دولة القاضي.

كما يستبعد أيضًا عندما يتعين على القاضي تطبيق قانون أجنبي نتيجة تحايل الأطراف على ضابط الإسناد وانعقد له الاختصاص عن طريق الغش قصد الإفلات من تطبيق القانون الأجنبي المختص، فإجراء تغيير في ضابط الإسناد حتمًا سيؤدي إلى تغيير القانون الذي سيحكم النزاع ويكون هذا الأخير يخدم مصالح الأطراف ويحقق أهدافهم عن طريق تحايلهم على القانون.

بما أنّ القانون المعتمد لتفسير القانون الأجنبي كان محل خلاف الفقه والقضاء، سنحاول عرض كيفية تفسير القاضي الوطني للقانون الأجنبي والصعوبات التي يوجهها **(المبحث الأول)**، ثم حالتي الدفع بالنظام العام والدفع بالغش نحو القانون **(المبحث الثاني)**.

المبحث الأول: تفسير القاضي للقانون الأجنبي والصعوبات التي يوجهها

بخصوص دور القاضي في تفسير القانون الأجنبي يستلزم تحديد القانون الذي يهتدي به القاضي الوطني أثناء قيامه بعملية التفسير فهل يتبع المنهج الذي يعتمده في تفسيره للقانون المراد تطبيقه أو يكون بأسلوب آخر وحينها يتضح أنّ عدّة مشاكل قانونية يمكن أنّ تثور أمام القاضي، كذا نستطيع تحديد مجموعة من الصعوبات التي تعترضه.

ونبرز كيفية تفسير القاضي للقانون الأجنبي **(المطلب الأول)** ثم صعوبات تطبيق القاضي الوطني للقانون الأجنبي **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول: كيفية تفسير القاضي للقانون الأجنبي

عندما ينتهي القاضي الوطني إلى تطبيق القانون الأجنبي، يشرع في تطبيقه لكن قد يكتنف نصوص القانون الأجنبي بعض الغموض فعليه بتفسيره، وفي هذا الصدد نميّز بين من يقول أنّ التفسير يكون وفق قانون القاضي **(الفرع الأول)** ومن يدعو إلى وجوب تفسيره حسب دولة القانون الأجنبي **(الفرع الثاني)** ثم رقابة القضاء عند تفسير القانون الأجنبي الواجب التطبيق **(الفرع الثالث)**.

الفرع الأول: التفسير وفقا لقانون القاضي

يري أنصار النظرية الإيطالية (الاستقبال المادي) والمتأثرين بها أنّ دور القاضي في تفسير القانون الأجنبي لا يختلف عن دوره في تفسير قانونه، لتمتع القاضي بحرية التفسير ويفسره مثلما يفسر قانونه، إذ يسلك القاضي في التفسير نفس الطريقة المتبعة في وطنه لتفسير القانون الأجنبي[71]. لأنّ القانون الأجنبي –على حد تعبير البعض–امتزج مع القانون الوطني وأصبح جزءًا

[71]– **حسن الهداوي**، تنازع القوانين وأحكامه في القانون الدولي الخاص العراقي، مطبعة الإرشاد، بغداد، 1968، ص 137. أنظر أيضًا: – **قتال حمزة**، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 348.

منه بعد أنّ قرّرت قواعد الإسناد الأخذ به وأنّ هذه الحرية معترف بها عند تطبيق قانونها ولا مانع من الاعتراف بها في تطبيق القانون الأجنبي[72].

لكون أنّه في كلا الحالتين يبحث عن نيّة وقصد المشرع وما يستهدفه من وضع القواعد التي صدرت عنه متقيدًا في ذلك بتحقيق العدالة وفق المبادئ السائدة في القانون الوطني[73].

يعتبر القانون الأجنبي بمثابة القانون الوطني لذلك يمكن على القاضي إتباع نفس أسلوب التفسير الذي يقوم عليه في وطنه، فإذا كان قانونه الوطني يسمح له بالرجوع إلى المبادئ الفقهية والأحكام القضائية والاعتماد على السوابق القضائية ومبدأ دستورية القوانين إذ كان معمولا به في دولته لغرض الاستئناس والاطلاع، فلا مانع من أنّ يقوم بنفس هذه الأساليب وبالتالي يتبع نفس الحلول الوطنية فللقانون الأجنبي نفس القوة والوظيفة مع القانون الوطني[74].

فإذا كان للقاضي أن يستأنس في تفسير القوانين الأجنبية بالآراء السائدة في الفقه أو القضاء الأجنبي إلاّ أنّه غير ملزم بالأخذ بها فعليه تحقيق العدل لأنّه عندما يطبق العدل فهو يقوم بذلك باسم الدولة التي ينتمي إليها وتحت مسؤوليتها ولا يتقيد بالحلول السائدة في الخارج إلاّ في الحالات التي يعتبر فيها القضاء مصدرًا رسميًا للقانون في دولة التي يطبق قانونها[75].

---

[72]– **حسن الهداوي**، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون، دراسة مقارنة، الطبعة السابعة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2017، ص 215.

[73]– **سعيد يوسف البستاني**، تطور وتعدد طرق حل النزاعات الخاصة الدولية، المرجع السابق، ص 209.

[74]– **سومية أوكسل**، تطبيق القانون الأجنبي في ظل قواعد الإسناد الوطنية، مذكرة تكميلية لنيّل شهادة الماستر، تخصص قانون دولي خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2016، ص 38.

[75]– **نادية فضيل**، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، المرجع السابق، ص 81. أنظر أيضًا:
– **قتال حمزة**، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص ص 348–349.

الفرع الثاني: التفسير وفقًا للقانون الأجنبي

يستوجب جانب من الفقه تفسير القانون الأجنبي وفق النظام القانوني الذي رصده مشرع هذا القانون الأجنبي وتطبيقه وتبني الحلول القضائية السائدة فيه، فهو كذلك واجب فرضته محكمة العدل الدولية[76].

يتقيد القاضي بالتفسير السائد في دولة القانون الأجنبي ويأخذ بالحلول القضائية المستقرة فيها حتى ولو لم يكن القضاء فيها مصدرًا رسميًا لقواعد القانون[77].

يجب على القاضي إتباع نفس أسلوب التفسير المطبق أمام المحاكم الدولة التي ينتسب إليها هذا القانون وليس الأسلوب الذي تعتمد عليه المحاكم الوطنية كما قضت المحكمة العليا للعدل الدولة بإعطاء القانون الأجنبي نفس المعنى الذي أعطاه له قضاؤه، وهذا ما نصت عليه مجلة القانون الدولي الخاص التونسي في الفصل 34 منها على أنه "يطبق القاضي القانون الأجنبي كما وقع تأويله في النظام القانوني المنتمي إليه"[78].

فالقاضي وهو يفسر القانون الأجنبي يبتعد عن الاجتهاد الشخصي لأنّ ليس له حرية مطلقة في التفسير بينما ملزم بالتفسير المتبع في الدولة الأجنبية لمضمون قانونها وتطبيقه كما هو منصوص في قانون البلد الأصلي وكذا ما استقر عليه قضاؤه[79]. وعليه فالقاضي الوطني وفقًا لهذا الرأي لا يتمتع بحرية كاملة في تفسير القانون الأجنبي، فهو مقيّد دائمًا بالتفسير المتبع في الدولة الأجنبية لمضمون قانونها.

---

[76]– **نادية فضيل**، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، المرجع السابق، ص 81–82.

[77]– **أعراب بلقاسم**، المرجع السابق، ص 154.

[78]– **زقان تمعزوزت، زقان ليدية**، المرجع السابق، ص ص 83–84.

[79]– **سعيد يوسف البستاني**، تطور وتعدد طرق حل النزاعات الخاصة الدولية، المرجع السابق، ص 210. أنظر أيضًا:
– **قتال حمزة**، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص ص 349–350.

الفرع الثالث: رقابة القضاء عند تفسير القانون الأجنبي الواجب التطبيق

يخضع الخطأ في تطبيق قاعدة الاسناد الوطنية لرقابة المحكمة العليا، لأنه خطأ في تطبيق القانون الوطني، كأن يطبق القاضي الجزائري على انعقاد الزواج أو أثاره قانون الموطن بدلا من قانون الجنسية الذي تأخذ به قاعدة التنازع الوطنية في نص **المادة 12 من القانون المدني الجزائري**[80]. غير أنّ الخطأ في تفسير القانون الأجنبي فيما اذا كان يخضع لرقابة المحكمة العليا أو لا، فهو محل اختلاف فهناك دول تقر الرقابة على الأحكام عند الخطأ أو التفسير، وأخرى ترفض على أساس أن القضاء يسهر على توحيد الاجتهاد القضائي الوطني[81]، ولو أنّ هذا يخفف العبء على مهمة القاضي لكن يسمح له من جهة أخرى تفسير القانون الأجنبي على أهوائه لإفلات القضاء من الرقابة[82].

المطلب الثاني: صعوبات تطبيق القاضي للقانون الأجنبي

يتصدى القاضي الوطني لمسألة التفسير بعد تأكده من صحة القاعدة القانونية الواجبة التطبيق ومن مدى دستورية القانون الأجنبي وإلا عليه بالبحث عن الحلول العادلة للفصل في النزاع المطروح أمامه في حالة استحالة إثبات القانون الواجب التطبيق وتتمثل هذه الحالات في حالة عدم إيجاد القانون الأجنبي **(الفرع الأول)** حالة تعدد التشريعات **(الفرع الثاني)** وحالة عدم دستورية القانون الأجنبي **(الفرع الثالث)**.

---

[80]– **المادة 12** من القانون المدني الجزائري، السالف الذكر.

[81]-**DANIEL Gutmann**, Droit International Privé, 2ème édition, Dalloz, Paris, 2000, p 84.

[82]– **رحاوي أمنة**، "معاملة تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني"، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، المجلد 8، العدد 01، جامعة سيدي بلعباس، الجزائر، 2021، ص 11.

الفرع الأول: حالة عدم إيجاد القانون الأجنبي

قد يتعذر على القاضي إيجاد القانون الأجنبي المختص لحسم النزاع فلا يمكن رفض الدعوى أو الطلب لأنّ هذا يعتبر إنكارًا للعدالة وهدرًا للحقوق فجاءت نظريات لتعطي حلولاً كأنّ تطبق قواعد الدول المتمدينة **(أولاً)** أو تطبيق القوانين المتشابهة **(ثانيًا)** أو يطبق القانون الوطني **(ثالثًا)** ولقد حسم المشرع الجزائري هذه المسألة بعد تعديل القانون المدني سنة 2005، وهو ما سنبرزه **(رابعًا)**.

أولاً: تطبيق قواعد الدول المتمدينة والمشتركة بين الدول

إذا تعذر على القاضي الوصول إلى مضمون القانون الأجنبي يجب عليه أن يطبق المبادئ العامة السائدة في الدول المتمدينة والقواعد العقلانية المستمدة من العقل والمنطق والعدالة[83].

وكرس المشرع الجزائري صراحة هذا الحل في نص **المادة الأولى من القانون المدني الجزائري** على أن القاضي الذي تعين عليه تطبيق القانون الجزائري احترام الترتيب الذي قضت به المادة وإلا يطبق القواعد المشار إليها، فالمبادئ العامة للقانون يمكن الكشف عنها عن طريق العقل والعدالة لأنها تعد تطبيق لنظرية القانون الطبيعي وكثيرا ما يطبق القاضي ما يعتقد به وينسبه إلى القانون المقارن والمبادئ العامة للقانون، وهذا معمول به مبدئيا في القانون الدولي العام وهيئات التحكيم الدولية[84]، وقد نص المشرع الجزائري بعد تعديل القانون المدني سنة 2005 على تطبيق المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص فيما لم يرد بشأنه نص في المواد الخاصة بتنازع القوانين وفقًا **للمادة 23 مكرر 2 من القانون المدني**[85].

---

[83]– **عوض الله شيبة الحمد السيد**، الوجيز في القانون الدولي الخاص، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص 386.

[84]– **سومية أوكسل**، المرجع السابق، ص31.

[85]– راجع **المادة 23 مكرر 2 من القانون المدني**، السالف الذكر.

انتقد هذا الاتجاه لأنه يؤدي بالقاضي الذي يتمتع بالحرية الواسعة إلى تطبيق قانونه على أساس أنّه مستمد من القواعد العامة السائدة في الدول المتمدينة[86].

ثانيًا: تطبيق القوانين المتشابهة

يلجأ القاضي إلى تطبيق القانون الأقرب في أحكامه إلى القانون الأجنبي الذي تعذر الكشف عنه ويطبقه بحجة أنه يتطابق مع القانون الأجنبي الأصلي الواجب التطبيق في الأحكام وعلى أنهم ينتمون إلى نفس العائلة القانونية كأن يطبق القانون التونسي بديلا عن القانون الجزائري ويكون الأكثر ارتباطا بالمسألة المعروضة عليه بعد القانون الذي تعذر إثباته[87].

انتقد هذا الحل على أساس أنّه من الصعب تقارب القوانين المختلفة بالإضافة إلى التغيرات التي تطرأ على أحد القوانين بسبب الظروف السياسية، الاقتصادية ويخالف القانون الآخر في أحكامه[88].

ثالثًا: تطبيق قانون القاضي

أسّس القضاء الانكليزي تطبيق قانون القاضي محل القانون الأجنبي وهذا ما نادى به الفقيه "**باتيفول**"[89]، وكان ذلك على افتراض تطابقهما في الأحكام فمتى استحال الكشف عن القانون الأجنبي المختص يطبق القانون الانكليزي، أما القضاء الفرنسي فيؤسس تطبيقه للقانون الوطني بدل القانون الأجنبي الذي تعذر إثبات مضمونه على فكرة الاختصاص العام لقانون القاضي في جميع علاقات القانون الخاص[90].

---

[86]– **عوض الله شيبة الحمد السيد**، المرجع السابق، ص 386.

[87]– **أحمد عبد الكريم السلامة**، المرجع السابق، ص 575–576.

[88]– المرجع نفسه، ص 577.

[89]-**BATIFFOL Henri**, **LAGARDE Paul**, Traité de droit international, *op-cit*, P544.

[90]– **سعيد يوسف البستاني**، تطور وتعدد طرق حل النزاعات الخاصة الدولية، المرجع السابق، ص 219.

رابعًا: موقف المشرع الجزائري

جسّد المشرع الجزائري فكرة تطبيق القانون الجزائري (قانون القاضي) مكان القانون الأجنبي المختص الذي تعذر اثباته بموجب نص **المادة 23 مكرر من القانون المدني**[91]، لكن ضل القانون الجزائري يكون دائمًا ملائمًا ومناسبًا، ولماذا لا يمنح المشرع السلطة التقديرية للقاضي للبحث عن القانون المناسب والملائم، خاصة أنّه يوجد اتجاه فقهي ينادي بتطبيق القانون الأكثر ارتباطًا بالنزاع لأنّه يضمن القانون الملائم ويضمن غاية قواعد الإسناد[92].

الفرع الثاني: حالات تعدد التشريعات

إذا قضت قاعدة الإسناد الأخذ بقانون متعدد التشريعات فأي قانون يطبق في هذه الأحوال فإذا وُجد نص يحدد القانون المفروض تطبيقه فإنّه يجب أن يطبق **(أولاً)** وإلاّ حدد المشرع الجزائري القانون الواجب التطبيق في حالة ما إذا لم يجد القاضي نصًّا يحدد له القانون الذي سوف يطبقه **(ثانيًا)**.

أولاً: حالة وجود نص في القانون الأجنبي يحدد أي قانون يطبق

إذا كان القانون الأجنبي الواجب التطبيق متعدد التشريعات وكان هذا القانون يتضمن نص يبيّن أي قانون يجب تطبيقه، فما على القاضي إلا تطبيق ذلك القانون المحدد.

لقد أصبح موقف المشرع الجزائري بعد تعديل القانون المدني سنة 2005 واضح، إذن نص بصريح العبارة في **المادة 1/23** أنّه عندما يكون القانون الأجنبي المختص وفقًا لقاعدة الإسناد الجزائرية، قانون أجنبي تتعدد فيه التشريعات، فإنّ القانون الداخلي لتلك الدولة هو الذي يحدد أيُّ تشريع منها يطبق[93].

---

[91]– راجع **المادة 23 مكرر** من القانون المدني الجزائري، السالف الذكر.

[92]– **ناتوري كريم**، المرجع السابق، ص 51.

[93]– راجع **المادة 1/23** من القانون المدني الجزائري، السالف الذكر.

ثانيًا: حالة عدم وجود نص في القانون الأجنبي يحدد أي قانون يطبق

المشرع الجزائري قد حدّد في نص **المادة 2/23 من القانون المدني الجزائري**[94] القانون الذي سيطبق في هذه الحالة:

- **حالة التعدد الطائفي:** يطبق القاضي الجزائري في حالة تعدد التشريعات في القانون الأجنبي الواجب التطبيق تعدد طائفيًا أساسه دينيًا كان أو مذهبيًا أو عرقيًا، التشريع الغالب في ذلك البلد إذا كان القانون في ذلك البلد لم يتضّمن نصًّا خاصًا يبيّن أيٌّ تشريع داخلي يجب تطبيقه.
- **حالة التعدد الإقليمي:** أما إذا كان القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة معيّنة تتعدد فيها التشريعات تعددًا إقليميًا ولا يتضّمن هذا القانون نصًّا يبيّن أيٌّ تشريع داخلي يجب تطبيقه، يطبق القاضي على هذا النوع من النزاع، التشريع المطبق في عاصمة تلك الدولة[95].

الفرع الثالث: حالة عدم دستورية القانون الأجنبي

نؤكد أنّ هناك تباين في الأنظمة القانونية بين مؤيد ورافض لمسألة إثارة مشكلة عدم دستورية القوانين ونميز بين حالة عدم سماح الدولة الأجنبية بإثارة مشكلة عدم دستورية القوانين **(أولاً)** وحالة سماح الدولة الأجنبية بإثارة هذه المشكلة **(ثانيًا)**.

أولاً: حالة عدم سماح الدولة الأجنبية بإثارة مشكلة عدم دستورية القوانين

إذا حصل الدفع بعدم دستورية القانون الأجنبي الواجب التطبيق على النزاع المشوب بعنصر أجنبي على القاضي الوطني الرجوع إلى دستور الدولة الأجنبية التي تقرر تطبيق قانونها الذي يتضمن مبدأ منع الرقابة القضائية على دستورية القوانين ويتماثل القاضي لهذا المبدأ ولو أنّ

---

[94]– راجع **المادة 2/23** من القانون المدني الجزائري، السالف الذكر.

[95]– **أحمد عمراني**، النظرية العامة لتنازع القوانين، محاضرات القانون الدولي الخاص، موجهة لطلبة السنة الثالثة، شعبة الشريعة والقانون، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية، جامعة وهران –1–، 2019–2020، (منشورة)، ص 2.

قانونه الوطني يسمح بممارسة الرقابة وما عليه إلاّ تطبيق القانون الأجنبي المختص دون إثارة مشكلة دستوريته أو عدم دستوريته[96].

ثانيًا: حالة سماح الدولة الأجنبية بإثارة مشكلة عدم دستورية القوانين

إذا كانت الدولة الأجنبية تبيح بإثارة مشكلة عدم دستورية القوانين أو بعبارة أخرى أن دستور بلد القانون الأجنبي المقرر تطبيقه يسمح بالنظر في مسألة عدم دستورية القوانين، وفي هذه الحالة نميز بين ثلاثة افتراضات:

1. **الافتراض الأول:** عندما يكون نص محل عدم دستورية القوانين قد سبق النظر بشأن عدم دستوريته في الدولة الأجنبية، فيأخذ القاضي بالحل الذي توصل إليه قضاء تلك الدولة فإما يطبق النص، أو يرفضه إذا أشار القضاء إلى مخالفته.
2. **الافتراض الثاني:** عندما تكون المادة محل عدم دستورية القوانين هي في نفس الوقت محل النظر بشأن عدم دستورية القوانين أمام القضاء الأجنبي وينتظر القاضي إلى غاية الفصل في مسألة عدم دستورية تلك المادة ثم يفصل بدوره في النزاع حسب ما توصلت إليه الجهات المعنية.
3. **الافتراض الثالث: عند** وجود نص محل عدم الدستورية ولم يسبق إثارته بشأن عدم دستورية القوانين في الدولة الأجنبية ولو أنّ دستور هذه الدولة لا يمنع بذلك[97].

وفي هذا الصدد اتجه الفقه إلى قسمين:

- **القسم الأول:** ذهب هذا الاتجاه إلى وجوب إثارة القاضي لمشكلة عدم دستورية النص في الدولة الأجنبية محل عدم دستورية القوانين لأنّه لا يمكن تطبيق مادة لا توافق الدستور.

---

[96]– **غالب علي الداودي، حسن محمد الهداوي**، القانون الدولي الخاص، تفسير القانون الأجنبي، 26/ 2021/04، المرجع الالكتروني للمعلوماتية: www.almerja.com أنظر أيضًا :
– **قتال حمزة**، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 343.

[97]– **ناتوري كريم**، المرجع السابق، ص ص 52–53.

- **القسم الثاني:** يقر الفقهاء بعدم إثارة مشكلة عدم دستورية القوانين من طرف القاضي بل يطبق النص كما هو موجود وإنّما يثيرها قضاء الدولة الأجنبية[98].

بمعنى ولو كان نظام هذه الدولة الأجنبية يمنح الرقابة على دستورية القوانين فليس على القاضي أنّ يبحث عن ذلك وعدم تدخله في هذا الشأن.

ثالثًا: موقف المشرع الجزائري

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فلم يتطرق لمسألة عدم دستورية المادة القانونية الأجنبية الواجبة التطبيق على النزاع مع ذات دستور الدولة الأجنبية، ولم ينص على حلّ معيّن في حالة ما إنّ وجد القاضي الجزائري نفسه أمام مثل هذه الحالات، لكنّنا باستقراء نص **المادة 23 مكرر2 من القانون المدني**[99] التي مفادها تطبيق المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص في المسائل التي لم يرد بشأنها نص في المواد الخاصة بتنازع القوانين، والحلول الفقهية المتعلقة بمسألة عدم دستورية المادة القانونية الأجنبية أصبحت من المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص، فإنّه بإمكان القاضي الجزائري تطبيقها إعمالاً لنص **المادة 23 مكرر2 من القانون المدني**[100].

المبحث الثاني: حالات استبعاد تطبيق القانون الأجنبي

يمنع تطبيق القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قواعد الإسناد إذا كان يخالف المبادئ التي تقوم عليها دولة القاضي فيستبعد هذا القانون بحجة الدفع بالنظام العام **(المطلب الأول)** أو بحجة الدفع بالغش نحو القانون التي تعتبر كأداة تحمي الدولة نفسها من تحايل الأشخاص على قانونها الوطني **(المطلب الثاني)**.

---

[98]– **أيت منصور كمال**، المرجع السابق، ص 43.

[99]– راجع **المادة 23 مكرر 2** من القانون المدني الجزائري، السالف الذكر.

[100]– **ناتوري كريم**، المرجع السابق، ص 54.

المطلب الأول: استبعاد تطبيق القانون الأجنبي لمخالفته للنظام العام

إنّ فكرة النظام العام هي طابع استثنائي على تطبيق القانون الأجنبي من طرف القاضي الوطني، بحيث لا يدفع به إلاّ في حالة تعارض القانون الأجنبي مع قانونه الداخلي، ويقوم باستبعاده إما كليًا أو جزئيًا، ولا يتم الدفع بهذا النظام إلاّ بتوافر شروطه وتنتج أثار عنه.

تطرقنا في هذا المطلب إلى مضمون فكرة النظام العام (الفرع الأول)، ثم شروط نظام العام (الفرع الثاني) وكذا أثار الدفع به (الفرع الثالث).

الفرع الأول: مضمون فكرة النظام العام

يهدف النظام العام إلى حماية مصالح المجتمع والركائز الأساسية التي يقوم عليها، لكن قد يتغير هذا النظام من دولة إلى أخرى عبر الزمن كما يتنوع أيضًا دور خصوصيته في تنازع القوانين حسب الطريقة التي اعتمد عليه.

لا يختلف مفهوم النظام العام في القانون الداخلي عن القانون الدولي الخاص لأنّ لديهم مفهوم واحد وطنيًّا وما يميزهم هو الفرق في الهدف الذي يسعى كلاهما وقد نجد هذه الفروق مثلا إذا كان حق شخصي مخالفا للنظام العام في القانون الداخلي ومع ذلك يجوز التمسك به داخل دولة القاضي ولا يكون مخالفا للنظام العام في ميدان القانون الدولي الخاص إذ تثار فكرة النظام العام في القانون الدولي الخاص على استبعاد تطبيق القانون الأجنبي الذي يتعارض مع القانون الوطني على حين أن فكرة النظام العام في القانون الداخلي قد تؤدي الى ابطال الاتفاقيات التي يعقدها الأفراد وتكون مخالفة للقوانين الآمرة ويتيح هنا للقاضي أنّ يطبق من تلقاء نفسه قاعدة قانونية الواجبة التطبيق وعليه تطبق فكرة النظام العام في القانون الداخلي على العلاقات الخالية من العنصر الأجنبي عكس القانون الدولي الخاص الذي يطبق هذه الفكرة عندما تشمل العلاقة على عنصر أجنبي[101].

[101]– **علي علي سليمان**، المرجع السابق، ص ص 150–151.

وللتوضيح أكثر نتناول تعريف النظام العام **(أولاً)**، وخصوصية النظام العام في تنازع القوانين **(ثانيًا)**.

أولاً: تعريف النظام العام

للنظام العام أهمية بالغة في نطاق العلاقات الدولية الخاصة فهذا النظام يختلف من دولة إلى أخرى، حيث يعتمد عليه القاضي للدفاع في مواجهة القوانين الأجنبية التي لا تتماشى مع القوانين الداخلية[102].

ونجد عدّة دول نصّت على النظام العام في قوانينها تحت تسميات مختلفة وعديدة، منه المشرع التونسي الذي استعمل عبارات وهي الاختيار الأساسي للنظام العام القانوني لدولته في نص **المادة 36 من القانون الدولي الخاص التونسي**[103].

أما المشرع الجزائري فقد نص عليه **في المادة 24 من القانون المدني الجزائري** " **لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر...**"[104]. ويفهم من هذا النص أنّ المشرّع اكتفى بدوره في استبعاد تطبيق القانون الأجنبي الذي لا يتفق مضمونه مع أسس نظامه الداخلي، لكنه نص في الفقرة الثانية من **المادة 24 على تطبيق القانون الجزائري** مكان القانون الأجنبي المخالف للنظام العام.

على هذا الأساس يبقى النظام العام متميز حيث أنّه دائمًا يتغير مفهومه ودوره من مجتمع إلى آخر رغم المجهود الذي بذلوه للوصول إلى تعريفا دقيقا[105].

---

[102]– **زاير فاطمة زهراء**، النظام العام في النزاعات الدولية الخاصة المتعلقة بالأحوال الشخصية، مذكرة لنيّل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان،2011، ص 20.

[103]– **المادة 36 من القانون الدولي الخاص التونسي** " لا يمكن للقاضي أن يلجأ إلى الدفع بالنظام العام إلا إذا كانت أحكام القانون الأجنبي المعين تتعارض مع الاختيارات الأساسية للنظام العام في القانوني التونسي "

[104]– راجع **المادة 24 من القانون المدني**، السالف الذكر.

[105]– **زروتي الطيب**، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص 249.

ثانيًا: خصوصية النظام العام في مجال تنازع القوانين

يختلف دور النظام العام في دولة القاضي في مجال التنازع القوانين، ويأخذ هذا الأخير طابع استثنائي خاص، برغم أنّ فكرة النظام العام تهدف إلى إصلاح المصالح والركائز الأساسية التي يقوم عليها المجتمع وذلك من أجل تحقيقه إما في مجال القانون الداخلي أو مجال التنازع القوانين، وهذا لا يعني تطابق هذه الفكرة في المجالين في نظر الفقه لأنّ في المجال الداخلي تستخدم هذه الفكرة في قانون الأسرة فيقوم القاضي باستبعاد تطبيق هذا القانون الأجنبي الذي تشير باختصاصه قواعد الإسناد.

إنّ فكرة النظام العام قد تضيق في مجال تنازع القوانين، إذ تطبيقها في القانون الداخلي يعتبر أوسع على مجال تنازع القوانين، وينتج عن ذلك مخالفة القانون الأجنبي لأحكام قانون القاضي في قواعده الآمرة ولا يستوجب في جميع الأحوال استبعاد أحكامه باسم النظام العام[106].

الفرع الثاني: شروط الدفع بالنظام العام

للنظام العام شرطين أساسيين يلجأ القاضي إليهما عند الحاجة في مواجهة القوانين الأجنبية والتي هي انعقاد الاختصاص التشريعي للقانون الأجنبي بموجب قواعد الإسناد في قانون القاضي **(أولاً)** تعارض القانون الأجنبي مع مقتضيات النظام العام لدولة القاضي **(ثانيًا)** وذاتية الدفع بالنظام العام **(ثالثًا)**.

أولاً: انعقاد الاختصاص التشريعي للقانون الأجنبي بموجب قواعد الإسناد في قانون القاضي

في حالة عدم وجود الاختصاص القضائي بموجب القوانين الأجنبية، ليست هناك حاجة لنقل مدفوعات النظام العام لطالما أن هناك وسائل عادية أخرى لاستبعاده.

نتيجة لذلك تم تأسيس اختصاص قانون القاضي باعتباره قانون إقليمي، أو في حالة كون قانون القاضي يرفض الاختصاص القضائي ويقوم بتقديم الحكم[107].

---

[106]– **سعيد يوسف البستاني**، تطور وتعدد طرق حل النزاعات الخاصة الدولية، المرجع السابق، ص ص 227–228.

قد يستبعد القاضي القانون الأجنبي المختار من طرف المتعاقدين بموجب قاعدة الإسناد وذلك بسبب انعدام الصلة بين القوانين، دون الحاجة لتدخل النظام العام على أساس عدم اختصاصه أصلاً، ويفرض هنا على القاضي الوطني تطبيق القوانين الوطنية أكثر صلة بالقواعد المتنازع عليه[108]

ثانيًا: تعارض القانون الأجنبي مع مقتضيات النظام العام لدولة القاضي

يقتضي هذا الشرط أنّ يكون القانون الأجنبي لا ينطبق أو تم الاعتراف بالتأثير داخل دولة القاضي، حيث يتطلب هذا الشرط أنّ يكون القانون الأجنبي مختلف مع مضمون القانون الوطني اختلافا كليًا أو جزئيًا أو بالأخرى لا يتفق هذا القانون الأجنبي مع إحدى مقتضيات النظام العام في بلد القاضي[109].

يجب أنّ يكون هذا التعارض حادًا وواضحًا مع المبادئ الأساسية التي يعتمد عليها المجتمع، وإلاّ ليس بالحاجة إلى إعمال الدفع بالنظام العام لأنّه لا يوجد سوى بين القوانين مما يؤدي إلى التعارض مع أساس قاعدة تنازع القوانين التي تهدمها وتعود بنا إلى العمل بمبدأ الإقليمية ومبدأ شخصية القوانين[110].

ثالثًا: ذاتية الدفع بالنظام العام

إذا كان الحق الذي نشأ طبقًا للقانون الأجنبي المختص يخالف النظام العام في دولة القاضي عند نشوئه ثم تغير قانون القاضي وأصبح ذلك الحق المنشأ عند النظر في النزاع لا

=[107]– **زروتي الطيب**، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص 250.

[108]– **قرنة إبراهيم**، مركز القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، مذكرة مكملة لنيّل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2017، ص 35.

[109]– **حسن الهداوي**، تنازع القوانين وأحكامه في القانون الدولي الخاص العراقي، المرجع السابق، ص176.

[110]– **علي عدنان علي**،" أثر التغيير في قواعد الإسناد على تحديد القانون واجب التطبيق، (دراسة مقارنة)"، رسالة ماجستير مقدمة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجيستر في القانون الخاص، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، حزيران، 2020، ص ص 59-60.

يخالف للنظام العام فلا يعتد القاضي بالمخالفة السابقة عند نشوئه، اذ تبقى الروابط القانونية القائمة في ظل تغيير مفهوم النظام العام خاضعة للقانون الجديد[111].

لهذا نجد أنّ القضاء الفرنسي منذ عام 1975 لم يعد يرفض تطبيق القانون الذي يسمح بالطلاق بالتراضي لأنّه لا يتعارض مع نظامه[112].

الفرع الثالث: أثار الدفع بالنظام العام

يكمن الأثر السلبي للدفع بالنظام العام في استبعاد القانون الأجنبي المشار إليه والمخالف له **(الفرع الأول)** ويحل محله القانون الوطني وهو ما يعرف بالأثر الايجابي **(الفرع الثاني)** لكن لا يستبعد القانون الأجنبي إذا تم إنشاء الحق في دولة أجنبية وينتج أثاره في دولة القاضي حيث هنا يكون له أثرا مخففا **(الفرع الثالث)**.

أولاً: الأثر السلبي للنظام العام

نصت **المادة 24 من القانون المدني الجزائري**[113] على الأثر السلبي للنظام العام الذي يتمثل في استبعاد القانون الأجنبي المخالف للنظام العام والآداب العامة في القانون الوطني ونصت على تطبيق القانون الجزائري مكان القانون الأجنبي المخالف للنظام العام وهو الأثر الإيجابي[114].

يرى بعض الفقه أنّ استبعاد القانون الأجنبي ينبغي أنّ يكون كليًا لأنّ استبعاد جزء منه فقط دون الأجزاء الأخرى يتنافى مع حكمة قاعدة الإسناد، إذ هي تهدف إلى تطبيق القانون الأجنبي كاملاً لا بعض أحكامه دون البعض الأخر مما يؤدي إلى مخالفة إرادة المشرع الأجنبي[115].

---

[111]– **زروتي الطيب**، دراسات في القانون الدولي الجزائري، دار هومه، الجزائر، 2011، ص 302.

[112]– **قرنة إبراهيم**، المرجع السابق، ص 36.

[113]– راجع **المادة 24 من القانون المدني الجزائري**، السالف الذكر.

[114]– **عليوش قربوع كمال**، المرجع السابق، ص 180.

[115]– **أعراب بلقاسم**، المرجع السابق، ص 177.

أما الاستبعاد الجزئي قد يقتصر على الجزئية التي تتعارض مع مفهوم فكرة النظام العام في دولة القاضي دون باقي القواعد ولا يتم استبعاد القانون الأجنبي بأكمله[116].

ويرى الفقه الغالب بأنّ يستبعد الجزء المخالف فقط دون الأجزاء الأخرى غير المخالفة له احتفاظًا بفعالية القانون الأجنبي وقاعدة الإسناد التي قررته وهذا ما أخذّت به محكمة النقض الفرنسية[117].

ثانيًا: الأثر الايجابي للنظام العام

قد يبقى النزاع معلقا إذا كان الأثر السلبي للنظام العام هو استبعاد القانون الأجنبي، لذلك يجب أن يستخلف هذا القانون بحيث يستتبع الأثر السلبي بأثر ايجابي ويظهر دور القاضي ايجابيا إذا كانت قاعدة النظام العام آمرة، حيث يستبعد القانون الأجنبي ويطبق محله قانون القاضي[118].

على سبيل المثال كأنّ يطالب فرنسي مسيحي بنصيبه من الإرث من قريبه الفرنسي المسلم أمام القضاء الوطني، فيرفض القاضي الجزائري طلبه استنادًا إلى قاعدة عدم جواز التوارث بين المسلم وغير المسلم باعتبارها قاعدة من النظام العام، مما يجعلنا نعتقد من الوجهة الأولى أنّ أثر النظام العام يكون في هذه الحالة سلبيًا فقط، إذ يقتصر على استبعاد القانون الفرنسي لا غير لأنّ الغاية قد تحققت بعدم السماح بمثل هذا التوارث، إلاّ وأنّ القاضي عندما يستبعد حكم القانون يكون ملزم بتطبيق قانون آخر للفصل في النزاع، وغالبًا ما يطبق قانونه الوطني وهو ما أخذ به

---

[116]– **سلطان عبد الله محمود**، "الدفع بالنظام العام وأثره"، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 12، العدد 43، كلية الحقوق، جامعة الموصل، 2010، ص ص 9–10.

[117]– **أعراب بلقاسم**، المرجع السابق، ص 177.

[118]– **زروتي الطيب**، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص 253. أنظر أيضًا حول النظام العام:
– **ناتوري كريم**، المرجع السابق، ص ص 56–57.

المشرع الجزائري في **المادة 2/24 من القانون المدني الفرنسي**[119]، ما يعبر عنه بالأثر الايجابي للنظام العام[120].

ثالثاً: الأثر المخفف للنظام العام

يتم التخفيف من آثار الدفع بالنظام العام إذا كانت المخالفة غير مباشرة بواسطة فكرة الأثر المخفف للنظام العام، ويعرف هذا النظام بأنّه مجموعة من الأسس والمبادئ الجوهرية التي يقوم عليها نظام المجتمع[121].

نميّز بين حالتين عند إعمال الدفع بالنظام العام وهي:

- **الحالة الأولى:** الحالة التي يراد فيها تكوين مركز قانوني في دولة القاضي.
- **الحالة الثانية:** إنشاء حقوق في الخارج والاحتجاج بها أمام القاضي الوطني[122].

لأنّ القاضي يطرح عليه نوعين من النزاعات إما تتمحّور حول إنشاء الحقوق أو الاعتراف بها، بمعنى أنّ القاضي يجد نفسه إمّا أمام تطبيق القانون الأجنبي للاعتراف بحق أو تطبيق القانون الأجنبي للإنشاء حق[123].

---

[119]– راجع **المادة 2/24** من القانون المدني الجزائري، السالف الذكر.

[120]– المكتبة الالكترونية، النظام العام في تنازع القوانين، 27 مايو 2020، انظر الموقع الالكتروني:
www.bibliojuriste.club

[121]– **زروتي الطيب**، القانون الدولي الخاص الجزائري علما وعملا، الطبعة الأولى، الجزائر، 2010، ص13. أنظر أيضًا:
– **قتال حمزة**، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص ص 369–374.

[122]– **اسعد محند**، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، تنازع القوانين، ترجمة فائز أنجق، دار المنشورات الجامعية، المنشورات الجامعية والعلمية، الجزائر، 1989، ص 253.

[123] - « Il faut enfin établir une distinction entre deux hypothèses : l'hypothèse ou une situation juridique qui a déjà été régulièrement constituée à l'étranger, sans fraude ; et celle où il s'agit de créer en France une situation nouvelle sur la base d'une loi étrangère », Voir : -**MELIN François**, Droit International Privé, cours intégral et synthétique, *op.cit*, p 123.

المطلب الثاني: الغش نحو القانون

من أجل تحقيق النتيجة المرجوة والمصلحة المبتغاة، تتعمد أطراف العلاقة القانونية في تغيير ضابط الإسناد لتغيير القانون الذي سوف يطبق عليهم، وهذا ما يصطلح به بالتحايل على القانون أو الغش نحو القانون ويجدر بنا التعريج على مدلول نظرية الغش **(الفرع الأول)** وشروط الدفع بها **(الفرع الثاني)** ثم أثار إعمالها **(الفرع الثالث)**.

الفرع الأول: مدلول الغش نحو القانون

درس الفقه مسألة الغش نحو القانون في مجال تنازع القوانين وقدّم تعاريف شتّى حيث يعرف على أنّه " التغيير الإرادي في ضابط الإسناد للتهرب من تطبيق أحكام القانون الأجنبي والتحايل على القانون بغير شرعية[124] ".

يعود أصل نظرية الغش نحو القانون إلى القضية الشهيرة "**دي بوفرمنت DE BAUFFREMONT**" التي طرحت أمام القضاء الفرنسي في 18 مارس 1878 **و**تتلخص وقائعها في وقوع انفصال جسماني بين الأمير الفرنسي **(Bauffremont)** وزوجته البلجيكية **(caramenchimay)** التي اكتسبت الجنسية الفرنسية إثر زواجها به، غير أنّها أرادت التطليق للزواج بالأمير الروماني **(Bibesco)** مع العلم أنّ القانون الفرنسي يمنع الطلاق آنذاك وإزاء ذلك تجنست بالجنسية الألمانية في إحدى الإمارات **Sax-Altenbour** حتى يتسنى لها التطليق ثم تزوجت ورجعت إلى فرنسا لتقيم هناك مع **(Bibesco)**، حينها طالب زوجها الأول بدعوى قضائية بطلان الطلاق على أساس أنّ الطلاق لم يتم بعد وتجنسها كان غشاً نحو القانون الفرنسي قصد السماح لها بالطلاق وزواجها بالثاني، وبما أنّ القانون الفرنسي في ذلك الوقت يمنع الطلاق فالزواج لا يزال قائما إذن لا يطبق إلاّ القانون الفرنسي واستجابت

---

[124]-**GERAUD de La Pradelle**, La Fraude à la Loi, séance du 19 janvier 1973, p118. Voir aussi :
LA PRADELLE Géraud de la fraude à la loi. In Travaux du comité français de droit international privé, 31-34e année 1971-1973-1974, p118. Voir : www.persee.fr

محكمة النقض الفرنسية لطلبه مستندة على فكرة الغش نحو القانون وقضت بعدم نفاذ الزواج الثاني في فرنسا[125]. وبناءًا على ذلك أبطلت الطلاق وأثره المترتب عنه وفقًا لما ينص عليه القانون المدني الفرنسي في تلك الفترة[126].

ومنذ ظهور نظرية الغش أخذت بها معظم التشريعات دون تقديم لها تعريفًا قانونيًا، وترك المجال للفقه.

فالغش يعتبر عمل إرادي يقوم به الأطراف بشكل متعمد لتحقيق مباشرة الغاية التي يسعون إليها[127]، وللغش نحو القانون خصوصية في قلب مفهوم خرق القانون بالخدعة والحيلة خلافًا لخرقه بصفة مباشرة[128].

الفرع الثاني: شروط الدفع بالغش نحو القانون

توجد شروط يأخذ بها البعض دون البعض الآخر والتي يمكن حصرها في أنّ الغش نحو القانون يجب التمسك به فقط لصالح قانون القاضي دون القانون الأجنبي وأنّ لا وجود لدفع غير الدفع بالغش نحو القانون ويكون في كل الأحوال ولو لم يحصل الغاش على النتيجة غير المشروعة عكس الجانب الآخر الذي يشترط حصول النتيجة، كما هناك شروط متفق عليها ويكفي للتمسك بالدفع بالغش نحو القانون توافر شرطين أساسيين يتمثل الأول في التغيير الإرادي لضابط الجنسية **(أولاً)** والثاني عنصر معنوي وهو توفر نيّة الغش **(ثانياً)**.

أولاً: التغيير الإرادي لضابط الإسناد

ينبغي لإمكان الدفع بالغش نحو القانون توافر الإرادة في تغيير ضابط الإسناد وتحويل الاختصاص من قانون إلى أخر[129]، والهدف من تغيير ضابط الإسناد هو تغيير معه القانون

---

[125]–Cour de cassation chambre civile du 18 mars 1878 , Princesse De Bauffrement (S.1878.1.193.note labbé), in : **BERTRAND Ancel**, **YVES Lequette**, *op.cit*, pp 41–51.

[126]–**MONEGER Françoise**, Droit International Privé, 3ème édition, Lexis Nexis, Litec, Paris, 2005, pp 55–56.

[127]-**MAYER Pierre, HEUZE Vincent**, Droit International Privé, 7éme édition, Montchrestien, 2011, p267.

[128]–**بيار أميل طوبيا**، التحايل على القانون، دراسة مقارنة في القانون الخاص حول قاعدة " الغش يفسد كل شيء"، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2009، ص 22.

الواجب التطبيق وتجنّب القانون الأجنبي المختص[130]. ويتمثل التغيير الإرادي الفعلي لضابط من ضوابط الإسناد التي تقبل التغيير كضابط الجنسية لاكتساب جنسية أخرى، فبمجرد أنّ ينتج وراء التغيير أثار تكون وسيلة للغش[131].

ونفس الأمر بالنسبة لضابط الموطن المسند إليه في قضايا الأحوال الشخصية الذي يسهل تغييره خاصة في البلدان التي تجعل قانون الموطن هو القانون الشخصي، كذا ضابط موقع المنقولات، فيقوم الشخص بتغيير موقع المنقول بنقله إلى بلد آخر ليفلت من أحكام قانون البلد الأول[132].

يمكن أنّ يتحقق أيضًا الغش نحو القانون في البلدان التي تربط الأحوال الشخصية بالدين فيغير الشخص دينه الذي يحضره من تعّدد الزوجات مثلا ويعتقل دين يسمح له بهذا التعدد[133].

ثانيًا: نيّة الغش

يقترن التغيير الإرادي لضابط الإسناد بالعنصر المعنوي المتمثل في نيّة التهرب من أحكام القانون المختص واللجوء إلى قانون آخر فلا يكفي لقيام الغش نحو القانون تغيير ضابط الإسناد فقط وإنّما أنّ يكون التغيير كوسيلة تهدف إلى الإفلات من تطبيق أحكام قانون ما، ولو لم تتحقق النتيجة المتوخاة من تطبيق القانون الذي أصبح مختصًا نتيجة التغيير في ضابط الإسناد، لذلك فيجب من أجل إعمال الدفع بالتحايل على القانون أنّ يكون التغيير في ضابط الإسناد مقترنًا بنيّة التحايل على القانون المختص أصلاً وبصورة عادية لحكم النزاع [134] .

=[129]– **صلاح الدين جمال الدين**، القانون الدولي الخاص، الاختصاص القضائي الدولي وتنازع القوانين، جامعة الأزهر، الأردن، 2009، ص 240.

[130] – **JEAN Derruppé**, Droit International Privé, 13ème édition, Dalloz, Paris, 1999, p87.

[131]– **عبد الرسول عبد الرضا الأسدي**، المرجع السابق، ص ص 149-150.

[132]– **أعراب بلقاسم**، المرجع السابق، ص 190.

[133]– المرجع نفسه، ص 191.

[134]– **سعيد يوسف البستاني**، القانون الدولي الخاص، تطور وتعدد طرق حل النزاعات الخاصة الدولية، المرجع السابق، ص 188.

وتعود مسألة الكشف عن البواعث غير المشروعة للسلطة التقديرية للقاضي لكن هناك قرائن تساعده في الكشف عن توافر العنصر المعنوي ونذكر:

- التلازم الزمني بين تغيير ضابط الإسناد ورفع دعوى بطلان الطلاق إذا كان القانون المختص قبل تغيير ضابط الإسناد يمنع الطلاق كما هو الحال في قضية "**دي بوفرمنت**".
- مادام القانون المختص بعد تغيير ضابط الإسناد يحقق مصلحة أكثر لمن قام بتغييره مقارنة مع القانون الذي كان مختصا من قبل ذلك[135].

الفرع الثالث: أثار الدفع بالغش نحو القانون

اختلف الفقه حول الجزاء المترتب عن الغش نحو القانون فيما إذا يترتب على الوسيلة والنتيجة معًا أو يشمل النتيجة فقط وهو الأثر السلبي **(أولاً)** ثم التطرق إلى الأثر الإيجابي للغش نحو القانون **(ثانيًا)**.

أولاً: الأثر السلبي

1-عدم النفاذ يشمل الوسيلة والنتيجة:

يرى جانب من الفقه على أنّ أثر الغش لا يقتصر فقط على عدم نفاذ النتيجة المبتغاة من وراء تغيير ضابط الإسناد فحسب رغم أنّ تغييره يعد استعمالاً لحق مشروع إلاّ وأنّه الباعث الدافع للقيام به لم يكن كذلك، لذا يجب أنّ يطال أيضًا إلى الوسيلة التي لجأ إليها الأطراف للوصول إلى النتيجة التي تعد غير المشروعة[136].

---

[135]- **كيحل كمال**، الغش نحو القانون في تنازع القوانين، مجلة البحوث والدراسات، العدد 8، قسم الحقوق والعلوم الإدارية، الجامعة الإفريقية بأدرار، الجزائر، ص 78.

[136]- **بوخروبة حمزة**، موانع تطبيق القانون الأجنبي في ضوء المادة 24 من القانون المدني الجزائري (دراسة مقارنة)، مذكرة مقدمة لنيّل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سطيف-02-، 2014، ص146.

يرى أصحاب هذا الاتجاه وجوب انصراف أثر الدفع بالغش نحو القانون إلى الوسيلة والنتيجة معًا، ومثلاً أنّ لا يقتصر إبطال التصرف على الطلاق الذي قام به الأفراد بل إبطال الإجراء الذي تم به تغيير ضابط الإسناد كإجراء تغيير الجنسية[137].

يستند أنصار هذا الرأي على أنّ:

- الغش يفسد كل شيء: فالدفع بالغش نحو القانون يقوم على فكرة معروفة في القانون الداخلي هي أنّ الغش يفسد كل شيء حتى وإنّ كانت الوسيلة المستعملة مشروعة في ذاتها لكن النيّة السيئة المصاحبة لها تفسدها.
- تفادي الازدواجية في معاملة الشخص: عدم الاعتداد بالنتيجة مع استمرار الوسيلة يؤدي إلى ازدواجية المعاملة مما يؤدي إلى تناقض في الأحكام والمراكز القانونية، بينما عدم الاعتداد بالنتيجة والوسيلة معًا يؤدي إلى توحيد الحلول في جميع القضايا[138].

فجزاء الغش يشمل كل من النتيجة والوسيلة معًا وخير مثال في قضية "**دي بوفرمنت**" أين يجب أنّ لا يقتصر أثر الغش على عدم نفاذ الطلاق والزواج الثاني الذي أبرمته بموجب قانون الجنسية الجديدة التي اكتسبتها الأميرة بل يجب أيضًا أنّ يمتد أثر الغش إلى الوسيلة التي اتخّذتها وهي تجنّسها بالجنسية الألمانية، فتبقى بذلك فرنسية ليس فقط بالنسبة لتنازع القوانين وإنّما أيضًا بالنسبة لجميع المجالات الأخرى[139].

2-عدم نفاذ النتيجة فقط:

يستبعد جانب من الفقه الفرنسي ترتب الجزاء على الوسيلة وقصره على النتيجة فقط فأثر الغش ينحصر في عدم نفاذ النتيجة غير المشروعة التي توّصل إليها الشخص الذي قام بتغيير

---

[137]- **عكاشة محمد عبد العال**، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2002، ص459.

[138]- **صلاح الدين جمال الدين**، القانون الدولي الخاص، الجنسية وتنازع القوانين، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، د.س.ن، ص ص 368-369.

[139]- **أعراب بلقاسم**، المرجع السابق، ص197.

بإرادته ضابط الإسناد فبإسقاط هذا الأثر على قضية "**دي بوفرمنت**" يقتصر الغش فيها على نفاذ الطلاق والزواج الثاني وهي النتيجة التي سعت إليها الأميرة حينما غيرت جنسيتها، وتبقى الآثار القانونية بعد اكتساب الجنسية قائمة في خارج حدود القضية ويمكن الدفع بالتحايل[140].

يقتصر جزاء الغش على الجزء الذي وقع الغش فيه أي على النتيجة التي أراد الغاش تحقيقها دون الوسيلة المستعملة للوصول إليها لأنّ النتيجة هي التي تعتبر غير مشروعة، لكون أنّ هذه المسألة تصطدم بمشكل قانوني، فمثلا حين تمنح دولة أجنبية لشخص ما جنسيتها، فليس من حق قضاء دولة أخرى أنّ يطبق البطلان على هذا التجنّس لأنّ سلطة تطبيق هذا الجزاء ترجع إلى المشرع الأجنبي، بينما يعترض القاضي الأجنبي الذي طرح أمامه النزاع على سريان هذه الجنسية فقط، وإلاّ اعتبر أنّه تعدى على القانون الإداري الأجنبي[141].

ثانياً: الأثر الايجابي

يستبعد القاضي القانون الذي تحايل عليه الأطراف وسعى إلى تطبيقه غشًا، ويعيد الاختصاص إلى القانون المختص الأصلي الذي تم التهّرب من أحكامه وتطبيق قاعدة الإسناد الوطنية على الوجه الذي كان يجب أنّ تطبق عليه لو لا تغيير أو تلاعب بضابط الاسناد فيها، ثم تحل هذه القاعدة بدورها الاختصاص لقانون القاضي أو قانون أجنبي آخر قد يكون المختص في حسم النزاع[142].

---

[140]– **سادي سهام، سايغي عيدة**، استبعاد تطبيق القانون الأجنبي للغش نحو القانون، مذكرة تخرج لنيّل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص القانون الخاص الشامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2016، ص ص 43–44.

[141]– **نادية فضيل**، الغش نحو القانون، الطبعة الثانية، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2006، ص ص 161–162.

[142]– **صلاح الدين جمال الدين**، القانون الدولي الخاص، الجنسية وتنازع القوانين، المرجع السابق، ص ص 369–370.

الفرع الرابع: موقف المشرع الجزائري

حسم المشرع الجزائري في مسألة استبعاد القانون الأجنبي بأثر سلبي اذا كان يخالف النظام العام الجزائري، ويستخلف القانون الأجنبي المستبعد بالقانون الوطني كبديل للفصل في النزاع طبقًا للفقرة الثانية **من نص المادة 24 من القانون المدني** اذ يثبت الاختصاص لقانون اخر محل القانون الاجنبي المستبعد باسم النظام العام لذلك نص المشرع الجزائري على اعتماد مبدأ الأثر الايجابي للنظام العام فيحل القانون الوطني محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام ويأخذ بالاستبعاد الجزئي اذا كان ممكنًا في الجزء المخالف فقط للنظام العام بينما في الجزء المتبقي يبقى القانون الاجنبي المختص هو الواجب التطبيق.

تبنّى المشرع الجزائري نظرية الغش نحو القانون في نص **المادة 24 من القانون المدني الجزائري** التي تقضي على استبعاد القانون الأجنبي متى ثبت للقاضي الاختصاص عن طريق الغش نحو القانون لكنه لم يبيّن أي قانون يطبق محله[143]، هذا ما يجعلنا نستخلص أنّ أثر الغش نحو القانون في الجزائر، هو عدم النفاذ ولا يطبق القانون الجزائري مكان القانون الذي ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون.

ففي كلا هاتين الحالتين يستبعد القانون الاجنبي الواجب التطبيق ويفصل في النزاع بتطبيق قانون القاضي أو القانون الأقرب الى القانون المستبعد.

[143]– راجع **المادة 24** من القانون المدني الجزائري، السالف الذكر.

خاتمة

يتبيّن من خلال هذه الدراسة كيفية تعامل القاضي الجزائري مع القانون الأجنبي، سواء من حيث الكيفية أو مواجهة المشاكل من أجل تطبيقه، فتعدّدت الآراء الفقهية والأنّظمة القانونية حول طبيعة القانون الأجنبي إذ تعتبر أول مرحلة يمرّ بها القاضي لتحديد القانون الأجنبي الواجب التطبيق، فيرى أمثال الفقه الانكلوساكسوني والفرنسي أنّه مجرد واقعة من الوقائع، بينما يعترّف الفقه الألماني والإيطالي باحتفاظ القانون الأجنبي بطبيعته القانونية وقوّته الملزمة، ومن الناحية التشريعية كذلك نذّكر المشرع الفرنسي المؤيد للفقه القائل بأنّ القانون الأجنبي مجرد واقعة، أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد اعتبر قواعد الإسناد مثلها مثل القواعد الأخرى تحوز على القوة الإلزامية.

يطّبق القاضي الوطني بأمر من مشرعه واستنادا إلى قواعد الإسناد الوطنية، القانون الأجنبي الأنسّب لحكم النزاع، فإمّا بتطبيق القواعد الموضوعية في هذا القانون المختص أو اللّجوء إلى قواعد التنّازع فيه، التي بدورها تحيل الاختصاص إلى قانون آخر، فتباينت التشريعات المقارنة من نظرية الإحالة بين رافض ومساند لها، ونجّد أنّ المشرع الجزائري أخّذ بالإحالة من الدرجة الأولى فقط لكوّنه يعود القاضي الجزائري إلى تطبيق القانون الوطني، والمشرع الجزائري غالبًا ما يبحث عن تطبيق القانون الجزائري.

يلجأ القاضي الوطني إلى تفسير القانون الأجنبي لإزالة الغموض واللّبس الذي يقترنه في معنى قواعده القانونية أو النقص فيها وحتى عند تناقض الأحكام، وتتم عملية التفسير إمّا وفقًا للمفاهيم السائدة في دولة القاضي أو الدولة الأجنبية ملتزمًا بعدم الخروج عما هو مستقر عليه في القانون الأجنبي، أما إذا تعذر إثبات القانون الأجنبي فإنّ المشرع الجزائري نص على تطبيق القانون الجزائري مكانه، وفي الحالة التي لم يضع بشأنها المشرع نص يمكن للقاضي اللّجوء إلى المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص.

لكن تجدر الإشارة إلى أنّه رغم إعمال القاضي الوطني المعروض عليه النزاع لقواعد الإسناد في قانونه وتعيّن عليه تطبيق القانون الأجنبي المختص، إلاّ أنّه لا يجوز تطبيق هذا

القانون إذا كان مخالفًا للنظام العام في دولة القاضي، وهنا يظهر الأثر السلبي لفكرة النظام العام المتمثل في استبعاد القانون الأجنبي المشار إليه من قبل قاعدة الإسناد واستثناءًا يطبق محله القانون الوطني، كما قد يتضّح لدى القاضي أنّ الاختصاص نشأ عن طريق تحايل وتلاعب أطراف العلاقة القانونية بقواعد التنازع لتغيير ضابط الإسناد الذي يرشد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق، فيقوم باستبعاده كذلك فيما يخص النتيجة فقط دون الوسيلة إعمالا بنظرية الغش نحو القانون، ولسّد الفراغ التشريعي يعيد الاختصاص للقانون المختص أصلا وتهرب الأطراف من أحكامه غشًا.

ومما سبق نستخلص النتائج التالية:

- تبنى المشرع الجزائري الاتجاه القائل بإلزامية القاضي الوطني في إعمال قواعد الإسناد الوطنية لتحديد القانون الأجنبي الواجب التطبيق على النزاع المتضمن للعنصر الأجنبي، ويهدف أيضًا من خلال صياغة النّصوص القانونية المتعلقة بقواعد التنازع إلى اعتبار القانون الأجنبي قانونًا محتفظًا بصفته أمام القضاء الوطني رغم أنّه لا يوجد نّص صريح يقر على ذلك.
- في حالة تعذر إثبات القانون الأجنبي يجب الأخذ بنّص **المادة 23 مكرر2** من **ق.م.ج** وتطبق المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص، فلّم يحدد المشرع الجزائري وسائل خاصة للإثبات ولا على عاتق من يقع ذلك، ويكون القاضي ملزم تلقائيًا بعبء الإثبات والبحث في مضمونه.
- تعود السلطة التقديرية للقاضي الجزائري في تفسير القانون الأجنبي إذا اقتضى الأمر ذلك، فيمكن أنّ تتم عملية التفسير وفقًا للمفاهيم السائدة في قانونه أو طبقًا للقانون الذي أصدره، لكنه ملزم ألاّ يخرج عما هو سائد في النظام القانوني الأجنبي، وفي المقابل يتمتع القاضي الوطني بدور ايجابي في تفسير بعض الحالات.

- تقتصر رقابة المحكمة العليا في تطبيق القانون الأجنبي على قضايا الأسرة فقط دون المسائل الأخرى، وعليه نستنتج أنّ المشرع الجزائري اعتمد على الازدواجية بتمييزه بين مسائل قانون الأسرة وغيرها من المسائل التي لا يخضع فيها للرقابة، وهذا حتى لا تطبق في الجزائر قوانين أسرة أجنبية تتعارض مع النظام العام وقانون الأسرة المستمدة من الشريعة الإسلامية.
- بالنسبة للقانون الأجنبي الذي ثبت له الاختصاص وفقًا لقاعدة الإسناد الجزائرية، فلّم يتخذ موقف صريح بشأن معاملة القاضي الجزائري للقانون الأجنبي، بالرغم من أنّه نص في **المادة 6/358 من ق.إ.م.إ** على إمكانية الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا في حالة الخطأ في تطبيق القانون الأجنبي في قضايا الأسرة، وهذا من باب تشديد الرقابة على تطبيق القوانين الأجنبية في قضايا الأسرة حتى لا يطبق القاضي الجزائري قوانين أسرة أجنبية تخالف قانون الأسرة الجزائري المستمد من الشريعة الإسلامية.
- يبحث المشرع الجزائري دائمًا على تطبيق القانون الجزائري على العلاقات الخاصة ذات العنصر الأجنبي.
- لا يطبق القانون الأجنبي المختص بشكل مطلق، وإنّما يجب مراعاة الاستثناء الذي يعرّف بموانع تطبيق القانون الأجنبي المتمثلة في الدفع بالنظام العام والدفع بالغش نحو القانون.
- تمنح السلطة التقديرية للقاضي الوطني في إعمال وسيلتي الدفع بالنظام العام والغش نحو القانون بسبب تعذر وضع تعريف دقيق وثابت لفكرة النظام العام، وكذا صعوبة اثبات توفر نيّة الغش.

وبناءًا على ما تم تقديمه توصلنا إلى إمكانية رصد بعض الاقتراحات لتبسيط الأمور على القاضي الوطني:

- من المستحسن وضع نّص قانوني واضح يلّزم تطبيق قواعد الإسناد تلقائيًا عند وجود عنصر أجنبي في النزاع المعروض على القاضي الوطني.

- تختلف معاملة القانون الوطني عن معاملة القانون الأجنبي لذّا ينبغي تأكيد الصفة القانونية للقانون الأجنبي بنّص صريح.
- إدراج رقابة المحكمة العليا المنصوص عليها في الفقرة السادسة من **المادة 358** من **ق.إ.م.إ** ضمن النصوص المتعلقة بتنازع القوانين، وإلغاء التمييز بخصوص الرقابة فتشمل جميع المسائل ولا تقتصر على قضايا قانون الأسرة.
- إعادة النظر في **المادة 23 مكرر 1** من **ق.م.ج** وتقديم الفقرة الثانية عن الأولى.
- الفصل في **المادة 24** من **ق.م.ج** بالتطرق إلى القانون الذي يحل محل القانون الأجنبي المستبعد بآلية الدفع بالنظام العام إذا كان النّص القانوني الوطني غير ملائم.
- وضع قواعد بديلة تطبق مكان القانون الجزائري في الحالات التي يكون فيها غير ملائم لحكم العلاقة، وإعطاء سلطة تقديرية للقاضي في البحث عن القانون الملائم.

قائمة المراجع

قائمة المراجع

أولاً-باللغة العربية

I. الكتب:

1-**أحمد عبد الكريم سلامة**، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008.

2-اسعد **محند**، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، تنازع القوانين، ترجمة فائز أنجق، دار المنشورات الجامعية والعلمية، الجزائر، 1989.

3-أعراب **بلقاسم**، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، تنازع القوانين، دار هومه، الجزائر، 2004.

4-بيار **أميل طوبيا**، التحايل على القانون، دراسة مقارنة في القانون الخاص حول قاعدة "الغش يفسد كل شيء"، المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت، 2009.

5-حسن **الهداوي**، تنازع القوانين وأحكامه في القانون الدولي الخاص العراقي، مطبعة الارشاد، بغداد، 1968.

6 -_____، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون، دراسة مقارنة، الطبعة السابعة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2017.

7-حفيظة **السيد حداد**، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002.

8-دربال **عبد الرزاق**، الوافي في القانون الدولي الخاص، النظرية العامة في تنازع القوانين في التشريع الجزائري والمقارن، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2010.

9-زروتي **الطيب**، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، الجزء الأول، تنازع القوانين، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 2000.

10-_____، القانون الدولي الخاص الجزائري علما وعملا، الطبعة الأولى، دون دار النشر، الجزائر، 2010.

11-_____، دراسات في القانون الدولي الجزائري، دار هومه، الجزائر، 2011.

12-سعيد **يوسف البستاني**، القانون الدولي الخاص، تطور وتعدد طرق حل النزاعات الخاصة الدولية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004.

13-_____، الجامع في القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، 2009.

14-صلاح **الدين جمال الدين**، القانون الدولي الخاص، الجنسية وتنازع القوانين، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، د.س.ن.

15-_____، القانون الدولي الخاص، الاختصاص القضائي الدولي وتنازع القوانين، جامعة الأزهر، بيروت، 2009.

16-عبد **جميل غصوب**، دروس في القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2008.

17-عبد **الرسول عبد الرضا الأسدي**، أحكام التنازع الدولي للقوانين، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2012.

18-عكاشة **محمد عبد العال**، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2002.

19-_____، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2010.

20-عامر **محمد الكسواني**، موسوعة القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، جامعة كمان الأهلية، بيروت، 2010.

21-علوش **قربوع كمال**، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، تنازع القوانين، الطبعة الثالثة، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2011.

22-علي **علي سليمان**، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006.

23-عوض **الله شيبة الحمد السيد**، الوجيز في القانون الدولي الخاص، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997.

24-غالب **علي الداودي**، القانون الدولي الخاص، الكتاب في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، دراسة مقارنة، الطبعة الرابعة، دار وائل للنشر، عمان، 2005.

25-قتال **حمزة**، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، القواعد العامة، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2018.

26-نادية **فضيل**، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، الطبعة الخامسة، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.

27-_____، الغش نحو القانون، الطبعة الثانية، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2006.

28-هشام **علي صادق**، تنازع القوانين، دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1993.

II. الأطروحات والمذكرات الجامعية:

أ: أطروحات الدكتوراه

1-قتال **حمزة**، دور القاضي في تطبيق القانون الأجنبي في القانون الجزائري والمقارن، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الدكتوراه في الحقوق، فرع القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر-1-، الجزائر، 2010-2011.

ب: مذكرات **الماجستير**

1-أمال **صوراني**، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، مذكرة لنيّل شهادة الماجستير في القانون الدولي، قسم القانون الدولي، كلية الحقوق، جامعة حلب، 2012-2013.

2-بوخروبة **حمزة**، موانع تطبيق القانون الأجنبي في ضوء المادة 24 من القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سطيف -2-، 2013-2014.

3-زاير **فاطمة الزهراء**، النظام العام في النزاعات الدولية الخاصة المتعلقة بالأحوال الشخصية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2010-2011.

4-زيدون **بختة**، التطبيق الاستثنائي للقانون الجزائري في العلاقات الدولية الخاصة، مذكرة لنيّل شهادة الماجستير، تخصص القانون الدولي الخاص، قسم الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2010-2011.

5- **علي عدنان علي**، أثر التغيير في قواعد الاسناد على تحديد القانون واجب التطبيق "دراسة مقارنة"، مذكرة ماجستير مقدمة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، حزيران، 2019-2020.

ج: **مذكرات الماستر**

1-**بوركبة عمر الفاروق، بوغرفة أحمد**، الاحالة في القانون الدولي الخاص، مذكرة تخرج لنيّل شهادة الماستر في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 2017.

2-**زقان تمعزوزت، زقان ليدية**، تطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني، مذكرة تخرج لنيّل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص القانون الخاص، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2019.

3-سادي **سهام، سايغي عيدة**، استبعاد تطبيق القانون الأجنبي للغش نحو القانون، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص القانون الخاص الشامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2016.

4-سومية **أوكسل**، تطبيق القانون الأجنبي في ظل قواعد الاسناد الوطنية، مذكرة تكميلية لنيّل شهادة الماستر، تخصص قانون دولي خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2016.

5-قرنة **ابراهيم**، مركز القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، مذكرة مكمّلة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون دولي خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2017.

III. المقالات. :

1-رحاوي **أمنة**، "معاملة تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني،" مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، المجلد 8، العدد 1، جامعة سيدي بلعباس، الجزائر، 2021، (ص ص 656-672).

2-**سلطان عبد الله محمود**، "الدفع بالنظام العام وأثره"، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 12، العدد 43، كلية الحقوق، جامعة الموصل، 2010، (ص ص 85-109).

3-كيحل **كمال**، الغش نحو القانون في تنازع القوانين، مجلة البحوث والدراسات، العدد 8، قسم الحقوق والعلوم الإدارية، الجامعة الإفريقية بأدرار، الجزائر، 2009، (ص ص 71-82).

4-ناتوري **كريم**، "دور قواعد الاحالة في حماية النظام العام"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، عدد خاص، 2015، (ص ص 333-348).

IV. النصوص القانونية:

أ: النصوص القانونية الوطنية

- **الدستور**

- دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية 1996، الصادر بموجب مرسوم رئاسي رقم 96-438 مؤرخ في 07 سبتمبر 1996، ج.ر، عدد 76، صادر في 08 ديسمبر 1996، المعدل والمتمم بموجب مرسوم رئاسي رقم 20-442 مؤرخ في 30 سبتمبر 2020، يتعلق بإصدار التعديل الدستوري، المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر 2020، ج.ر، عدد 82، صادر بتاريخ 30 سبتمبر 2020.

- **النصوص التشريعية**

1- قانون رقم 05-10 مؤرخ في 20 جوان 2005، يعدل ويتمم الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل والمتمم، جريدة رسمية عدد 44، صادرة بتاريخ 26 جوان 2005.

2- قانون رقم 08-09، مؤرخ في 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر، عدد 21، صادر في 23 أفريل 2008.

ب: **النصوص القانونية الأجنبية**

- قانون عدد 97 لسنة 1998، مؤرخ في 27 نوفمبر 1998 يتعلق بإصدار مجلة القانون الدولي التونسي. أنظر الموقع الإلكتروني: www.ar.jurispedia.org

V. المطبوعات الجامعية (محاضرات):

1-أحمد **عمراني**، النظرية العامة لتنازع القوانين، محاضرات القانون الدولي الخاص، موجهة لطلبة السنة الثالثة، شعبة الشريعة والقانون، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية، جامعة وهران 1، 2019-2020، (منشورة).

2-أيت **منصور كمال**، محاضرات في القانون الدولي الخاص، موجهة لطلبة السنة الثالثة والأولى ماستر، تخصص القانون الخاص، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2015-2016، (منشورة).

3-بشور **فتيحة**، محاضرات في القانون الدولي الخاص "تنازع القوانين"، موجهة لطلبة السنة الثالثة ليسانس، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسة، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 2016-2017، (منشورة).

4-ناتوري **كريم**، محاضرات في مقياس القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين)، موجهة لطلبة السنة الأولى ماستر (قانون خاص)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون العام، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2019-2020، (منشورة).

VI. المواقع الإلكترونية :

1-غالب **علي الداودي، حسن الهداوي**، القانون الدولي الخاص، تفسير القانون الأجنبي، 26 /04/ 2021، المرجع الإلكتروني للمعلوماتية: www.almerja.com

2-المكتبة **الإلكترونية**، النظام العام في تنازع القوانين، 27 مايو 2020، أنظر الموقع الإلكتروني: www.bibliojuriste.com

ثانيا-باللغة الفرنسية:

I. Ouvrages :

1- **ANCEL Bertrand** et **LEQUETTE Yves**, Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, 3ème édition, DALLOZ, Paris, 1998.

2- **BATIFFOL Henri**, Aspects Philosophiques Du Droit International Privé, DALLOZ, Paris, 1956.

3- **DANIEL Gutmann**, Droit International Privé, 2ème édition, DALLOZ, Paris, 2000.

4- **DERRUPPE JEAN**, Droit International Privé, 13ème édition, DALLOZ, Paris, 1999.

5- **HOLLEAUX Dominique**, **JACQUES Foyer** et **GERAUD DE Geouffre de La Pradelle**, Droit International Privé, Masson, 1987.

6- **GERAUD de La Pradelle**, La Fraude à la loi, séance du 19 janvier 1973, in Travaux du Comité Français de Droit International Privé, 31-34e, 1971-1973-1974. Disponible sur le site : www.persee.fr

7- **LOUSSOUARN Yvon**, **BOUREL Pierre**, Droit International Privé, 7ème édition, DALLOZ, Paris, 2001.

8- **MAYER Pierre**, **HEUZE Vincent**, Droit International Privé, 7ème édition, Montchrestien, 2011.

9- **MELIN François**, Droit International Privé, 4ème édition, Montchrestien, 2010.

10- _____, Droit International Privé, Cours intégral et synthétique, Gualino, Lextenso, Paris, 2019.

11- **MONEGER Françoise**, Droit International Privé, 3ème édition, Lexis Nexis, Litec, Paris, 2005.

II. La Jurisprudence Française :

1- COUR DE CASSATION (Ch.civ), du 18 mars 1878, Princesse de Bauffremont (S.1878.1.193. note labbé), in **ANCEL Bertrand**, **LEQUETTE Yves**, Grands Arrêts de la Jurisprudence Française de Droit International Privé, 3ème édition, DALLOZ, Paris, pp 41-51.

2- COUR DE CASSATION (Ch.civ), du 24 juin 1878, in **ANCEL Bertrand**, **LEQUETTE Yves**, Grands Arrêts de la Jurisprudence Française de Droit International Privé, 3ème édition, DALLOZ, Paris, 1998, pp 52-60.

III. Textes juridiques :

1- Code civil français : www.legifrance.gouv.fr

الفهرس

الفهرس

شكر و تقدير

اهداء

قائمة لأهم المختصرات

مقدمة ..... **Erreur ! Signet non défini.**

الفصل الأول 4

تطبيق القاضي للقانون الأجنبي..... 4

الفصل الأول: تطبيق القاضي للقانون الأجنبي 5

المبحث الأول: كيفية معاملة القاضي للقانون الأجنبي..... 6

المطلب الأول: معاملة القانون الأجنبي..... 6

الفرع الأول: معاملة القانون الأجنبي كواقعة 7

أولاً: نظرية الحقوق المكتسبة 7

ثانيًا: نظرية العنصر الواقعي 9

الفرع الثاني: معاملة القانون الأجنبي كقانون..... 11

أولاً: نظرية التفويض 11

ثانيًا: نظرية الاندماج 12

المطلب الثاني: موقف المشرع والقضاء الجزائري من طبيعة القانون الأجنبي 13

الفرع الأول: موقف المشرع الجزائري 13

الفرع الثاني: ممارسات القضاء الجزائري في مجال معاملة القانون الأجنبي..... 14

المبحث الثاني: دور الإحالة في تطبيق القانون الأجنبي 14
المطلب الأول: مفهوم الإحالة 15
الفرع الأول: تعريف الإحالة..... 15
الفرع الثاني: أنواع الإحالة..... 16
أولاً: الإحالة من الدرجة الأولى 16
ثانيًا: الإحالة من الدرجة الثانية..... 17
الفرع الثالث: الأسس القانونية للإحالة 19
أولاً: الإحالة تفويض 19
ثانيًا: الإحالة ونظرية الإسناد الاحتياطية 19
ثالثًا: الإحالة ونظرية النظام العام..... 20
رابعًا: نظرية الإحالة والتناسق بين الأنظمة القانونية..... 21
المطلب الثاني: الاختلافات والاستثناءات الواردة على مبدأ الإحالة..... 22
الفرع الأول: المواقف الفقهية وموقف المشرع الجزائري من الإحالة 22
أولاً: المواقف الفقهية من الإحالة..... 22
1_ حجج مؤيدي الإحالة : 22
2_ حجج رافضي الإحالة: 23
ثانيًا: موقف المشرع الجزائري..... 24
الفرع الثاني: الاستثناءات الواردة على مبدأ الإحالة..... 25
أولاً: حالة الأخذ بقانون إرادة المتعاقدين 25
ثانيًا: حالة إخضاع شكل التصرف القانوني لمكان إبرامه..... 26

ثالثًا: حالة وجود اتفاقية 27
المبحث الأول: تفسير القاضي للقانون الأجنبي والصعوبات التي يوجهها 30
المطلب الأول: كيفية تفسير القاضي للقانون الأجنبي 30
الفرع الأول: التفسير وفقا لقانون القاضي 30
الفرع الثاني: التفسير وفقًا للقانون الأجنبي 32
الفرع الثالث: رقابة القضاء عند تفسير القانون الأجنبي الواجب التطبيق 33
المطلب الثاني: صعوبات تطبيق القاضي للقانون الأجنبي..... 33
الفرع الأول: حالة عدم إيجاد القانون الأجنبي 34
أولاً: تطبيق قواعد الدول المتمدينة والمشتركة بين الدول 34
ثانيًا: تطبيق القوانين المتشابهة 35
ثالثًا: تطبيق قانون القاضي..... 35
رابعًا: موقف المشرع الجزائري 36
الفرع الثاني: حالات تعدد التشريعات 36
أولاً: حالة وجود نص في القانون الأجنبي يحدد أي قانون يطبق..... 36
ثانيًا: حالة عدم وجود نص في القانون الأجنبي يحدد أي قانون يطبق 37
الفرع الثالث: حالة عدم دستورية القانون الأجنبي..... 37
أولاً: حالة عدم سماح الدولة الأجنبية بإثارة مشكلة عدم دستورية القوانين 37
ثانيًا: حالة سماح الدولة الأجنبية بإثارة مشكلة عدم دستورية القوانين 38
ثالثًا: موقف المشرع الجزائري..... 39
المبحث الثاني: حالات استبعاد تطبيق القانون الأجنبي 39

المطلب الأول: استبعاد تطبيق القانون الأجنبي لمخالفته للنظام العام 40
الفرع الأول: مضمون فكرة النظام العام..... 40
أولاً: تعريف النظام العام 41
ثانيًا: خصوصية النظام العام في مجال تنازع القوانين..... 42
الفرع الثاني: شروط الدفع بالنظام العام..... 42
أولاً: انعقاد الاختصاص التشريعي للقانون الأجنبي بموجب قواعد الإسناد في قانون القاضي 42
ثانيًا: تعارض القانون الأجنبي مع مقتضيات النظام العام لدولة القاضي 43
ثالثًا: ذاتية الدفع بالنظام العام 43
الفرع الثالث: أثار الدفع بالنظام العام..... 44
أولاً: الأثر السلبي للنظام العام..... 44
ثانيًا: الأثر الايجابي للنظام العام 45
ثالثاً: الأثر المخفف للنظام العام..... 46
المطلب الثاني: الغش نحو القانون..... 47
الفرع الأول: مدلول الغش نحو القانون 47
الفرع الثاني: شروط الدفع بالغش نحو القانون 48
أولاً: التغيير الإرادي لضابط الإسناد 48
ثانيًا: نيّة الغش 49
الفرع الثالث: أثار الدفع بالغش نحو القانون 50
أولاً: الأثر السلبي..... 50
1-عدم النفاذ يشمل الوسيلة والنتيجة:..... 50

2-عدم نفاذ النتيجة فقط: 51

ثانياً: الأثر الايجابي 52

الفرع الرابع: موقف المشرع الجزائري 53

قائمة المراجع 60

الفهرس 71

ملخص

عندما يتقرر أنّ قانونًا أجنبيًا هو الواجب التطبيق على النزاع يجد القاضي الوطني مجموعة من المشاكل القانونية منها عدم إيجاد أو عدم ثبوت القانون الأجنبي، تعدد التشريعات في القانون الأجنبي، عدم دستورية القانون الأجنبي، مخالفة النظام العام الجزائري وثبوت الاختصاص للقانون الأجنبي وفقًا للغش نحو القانون، وهل يبحث في قواعد التنازع الأجنبية أم في قواعده الموضوعية، هذه المسائل حاول المشرع الجزائري إيجاد لها حلول، والتي غالبًا ما تؤدي إلى تطبيق القانون الجزائري.

Résumé

Lorsque est décidé qu'une loi étrangère est applicable sur un conflit, le juge national se trouve confronté à un ensemble de problèmes juridiques, parmi lesquels l'impossibilité de prouver ou trouver une loi étrangère, l'existence de plusieurs législations en droit étranger, l'inconstitutionnalité de la loi étrangère, la violation de l'ordre public Algérien par la loi étrangère, ou l'établissement de la compétence pour la loi étrangère suite une fraude à la loi, aussi le juge se penche-t-il sur les règles de fond ou sur les règles de conflits.

Ces questions que le législateur Algérien a tenté de résoudre par des solutions dans la législation Algérienne, mais elles tendent souvent vers l'application de la loi Algérienne, ce qui pose la question de son adéquation dans tous les cas.