

دور قواعد الإسناد في حل إشكالية تطبيق القانون الأجنبي في مسائل الأسرة أمام القضاء الجزائري

The role of attribution rules in resolving the problem of applying foreign law in family matters before the Algerian judiciary

كرمي ريمة*، جامعة جيجل

kermirima@univ-jijel.dz

تاريخ إرسال المقال: 2026/04/20 تاريخ قبول المقال: 2026/05/21 تاريخ نشر المقال: 2026/05/31

الملخص:

التعامل مع تطبيق القانون الأجنبي في مسائل الأسرة أمام القضاء الجزائري من أصعب الأمور التي يواجهها القاضي والخصوم، لهذا وضع المشرع الجزائري مجموعة من قواعد الإسناد لضبط هذه العملية القانونية بدأ بإثبات هذا القانون عن طريق الوسائل المتاحة في قانون الإجراءات المدنية والتعامل معه بمعاملة إجرائية خاصة وصولاً لاستبعاده إذا ما خالف النظام العام الجزائري أو في حالة التوصل إليه عن طريق الغش نحو القانون.

الكلمات المفتاحية: النظام العام، الغش، القانون الأجنبي، تطبيق، استبعاد

Abstract:

Dealing with the application of foreign law in family matters before the Algerian judiciary is one of the most difficult matters faced by the judge and the litigants. Therefore, the Algerian legislator established a set of attribution rules to control this legal process. He began by proving this law through the means available in the Civil Procedure Code and dealing with it with special procedural treatment, all the way to excluding it if it violates the Algerian public regulations or if it was achieved by deception against the law.

Key words: Public order, fraud, foreign law, application, exclusion.

مقدمة:

يعتبر موضوع الأحوال الشخصية المجال الخصب لتنازع القوانين، ويعود السبب في ذلك إلى تشعب مواضيعها، وتعلقها بالنظام العام الذي يميزها عن باقي المجالات، حيث يعد الانتماء الديني مصدرها في معظم قوانين الدول، كما تحتل قواعد الإسناد الخاصة بالأحوال الشخصية مكانة هامة في مختلف التشريعات الوطنية والتشريعات المقارنة.

إن دراسة موضوع تنازع القوانين في مسائل الأسرة يستوجب الوقوف على مختلف الإشكالات القانونية التي تطرأ عندما يتواجد عنصر أجنبي في أحد أركان العلاقة الخاصة المتعلقة بشؤون الأسرة، فيستوجب

* المؤلف المرسل

الحديث عن عملية الإسناد الذي يقوم بها القاضي ومدى تطبيق القانون الوطني أو الأجنبي الذي يحكم المسألة، وكيفية التعامل مع القوانين الأجنبية إذا أوجبت قاعدة الإسناد تطبيقها .

قبل ذلك لابد أن ننوه أن أصل ظهور إشكالية تنازع القوانين في العلاقات الخاصة الدولية يعود إلى توزيع الأفراد على شكل وحدات سياسية قانونية يصطلح عليها بالدول، والأخيرة بدورها تفرض وجود القوانين، فيكون لكل دولة قانون يتحدد سريانه بحدودها الإقليمية، ويملك اختصاص في مواجهة أشخاص معينين هم الوطنيين، وبذلك تتعدد القوانين بتعدد الدول، وكل قانون يملك مساحة من النفاذ و الاختصاص تنتهي حيث تبدأ مساحة اختصاص قانون آخر ، ومقابل ذلك يمكن أن يتجاوز القانون في سريانه مساحته فيمتد ليطبق على مساحة قانون آخر، استجابة للحركة الدولية للأفراد بين منطقتي سريان قانونين أو أكثر ، ويحتفظ كل منهما بصلته بالعلاقة القانونية التي تنشأ على اثر تلك الحركة، وهو ما يفضي إلى تداخل في اختصاص ومجال تطبيق هذين القانونين ، ويترتب عن ذلك ما يصطلح عليها في فقه القانون الدولي الخاص بتنازع القوانين، وهو من أهم موضوعات القانون الدولي الخاص.

لقد برزت مكانة قواعد تنازع القوانين الخاصة بمختلف مواضيع الأحوال الشخصية في التقنين المدني الجزائري منذ سنة 1975 ، وتطور الاهتمام بها بموجب تعديل سنة 2005 إذ تم إعادة النظر في بعض الحلول لمشاكل تنازع القوانين، كما أدرجت قواعد إسناد جديدة تتناسب مع التطورات الحديثة التي عرفها المجتمع الجزائري .

لما كانت قواعد الإسناد قواعد وطنية فإنها لاشك تتأثر بالنزعة السائدة في كل دولة من الدول. فالتشريعات ذات الصيغة الدينية كما هو الحال في التشريعات العربية تضع قواعد الإسناد في مسائل الأحوال الشخصية مثلا تركز فيها دورا واضحا لقانون جنسية الزوج باعتباره هو رب الأسرة. كما أن التشريعات في الدولة الجاذبة للأجانب تحاول أن تضع قواعد إسناد تسمح بتطبيق قانون الموطن كالدول الأنجلوسكسونية.

غير أن ذلك لا ينفي أن ثمة بعض قواعد التنازع لها صفة العمومية والعالمية عند غالبية التشريعات. من ذلك خضوع شكل التصرفات القانونية لمكان الإبرام، وخضوع العقارات لقانون موقعها وخضوع إجراءات التقاضي لقانون المحكمة التي تباشر أمامها الدعوى .

يقصد بتنازع القوانين تراحم وتداخل عدة قوانين المرجحة لحكم العلاقة، ويعتمد في حل هذا التنازع على قواعد ذات مصدر عرفي أو قضائي، التي تحولت معظمها فيما بعد إلى قواعد تشريعية، تختلف آلية تطبيقها بحسب موضوعها ، كما أن بعضها يحل النزاع بشكل غير مباشر والبعض الآخر بشكل مباشر، بناء على ما قيل سابقا يطرح موضوع المداخلة الإشكالية التالية : كيف يعالج القانون إشكالية تطبيق القانون الأجنبي في مسائل الأسرة أمام القضاء الجزائري؟، ولإجابة على هذه الإشكالية استوجب الطرق أساسا بالدراسة والتحليل الى عنصرين مهمين، ويتعلق الامر اثبات القانون الأجنبي من جهة واستبعاد تطبيق القانون الأجنبي من جهة أخرى.

المبحث الأول: إثبات القانون الأجنبي.

تشير قاعدة الإسناد إلى تطبيق القانون الوطني أو تطبيق القانون الأجنبي فالى أي مدى يلتزم القاضي بتطبيقه وهل القاضي الوطني يبحث عن هذا القانون من تلقاء نفسه أم يتوجب على الخصوم إثبات مضمون هذا القانون .

المطلب الأول: دور القاضي الوطني إزاء قاعدة التنازع

إن التشريعات القانونية لم تسو بين القانون الوطني والأجنبي الأول لا بد من أن يكون القاضي عالما بها وملزما بتطبيقها أما الثانية فيمكن أن لا يكون القاضي عالما بمضمونها. ولا يمكن التطرق إلى مسألة إثبات القانون الأجنبي إلا بعد الفصل في مسألة مدى إلزامية القاضي بتطبيق القانون الأجنبي.

الفرع الأول: قاعدة الإسناد غير ملزمة.

إن هذا الإتجاه المنكر لصفة الإلزام في قاعدة الاسناد كرسه القضاء في أمريكا وانجلترا وبرر هذا القضاء مسلكه على أساس أن قاعدة الاسناد هي قاعدة احتياطية افتراضية تفترض بوجود توافق مبدئي بين أحكام القانون الأجنبي و أحكام القانون الوطني ومادام الحال كذلك فما الداعي إلى إلزام القاضي الوطني بأعمال قاعدة سوف تقوده إلى تطبيق قانون سوف يحل النزاع بنفس الحل الموجود في القانون الوطني، وهذا الأمر يبنى على قرينة قانونية بسيطة يمكن اثبات عكسها من طرف الخصم.

أخذوا بهذا الإتجاه في فرنسا في قضية شهيرة وهي قضية الزوجان Bisbal. فالقانون الفرنسي كان يعتبر قاعدة الاسناد في ذلك الوقت غير ملزمة ولكن لم يعد هذا الأمر معمولاً به الآن في فرنسا والغى بموجب قانون 11 جويلية 1975 ، ثم سرعان ما تراجع عنها القضاء الفرنسي¹ .

الفرع الثاني: قاعدة الإلزام ملزمة.

الحقيقة أن التطبيق التلقائي لقاعدة الإسناد محسوم منذ زمن في جل الأنظمة القانونية، إذن فالقاضي يجب عليه أن يطبق تلقائياً قاعدة التنازع باعتبارها قاعدة قانونية وطنية.

الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري.

إن القول بأن المحكمة العليا لا تراقب مخالفة تطبيق القانون الاجنبي الا اذا تعلق النزاع بمسائل الاسرة²، يجعل البعض يعتقد ان قاعدة الاسناد الجزائرية لا تتعلق بالنظام العام ولا تكون ملزمة الا اذا اشارت الى تطبيق القانون الوطني او اشارت الى تطبيق القانون الاجنبي المتعلق بشؤون الاسرة. وهذا الكلام يجانب الصواب ، فتحليل المادة 23 ق م يؤدي الى فرض الزامية قاعدة الاسناد، ذلك أن عبارة اذا تعذر اثبات القانون الاجنبي الواجب تطبيقه تجعلنا نقول ان القاضي ملزم بتطبيق قاعدة الاسناد حتى ولو احواله الى تطبيق قانون اجنبي ولا يتراجع عن تطبيق هذا القانون الا اذا تعذر عليه ذلك. كما ان المشرع وفي نفس العبارة لم يبين من هو الطرف الذي تعذر عليه اثبات القانون الاجنبي أي ان الفاعل جاء في صيغة ضمير مستتر، ما يجعلنا نتجراً

على القول ان هذا الضمير يرجع على القاضي قبل الخصوم. كما ان اختيار المشرع في صياغته لقواعد الاسناد لعبارات، تسري، يخضع، تطبق، يدل على اعترافه بالقوة الملزمة لقاعدة الاسناد.

المطلب الثاني: دور القاضي الوطني في إثبات القانون الأجنبي

إن تطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني يجد أساسه في أن إختصاص هذا القانون قد تحدد بأمر من المشرع الوطني الذي جعل إرادته في قاعدة الإسناد التي أشارت إلى تطبيق هذا القانون. لكن هل القاضي الوطني يلتزم بالكشف عن مضمون القانون الأجنبي من تلقاء نفسه أم يتحمل ذلك الخصوم وكيف يتم تفسير هذا القانون.

الفرع الأول: الموقف السلبي للقاضي إتجاه إثبات القانون الأجنبي.

يذهب أنصار هذا الاتجاه إلى انكار أي دور للقاضي في اثبات القانون الأجنبي على أساس أن القانون الأجنبي هو بمثابة الواقعة المادية، ولا يتمتع بصفات القاعدة القانونية الوطنية إن هذا الأمر يتعلق أيضا بوضعية سائدة في بلدان commun-law مثل انجلترا و أمريكا إذ في هاذين النظامين القانونيين يكرس مبدأ أن القانون الأجنبي يجب اثباته شأنه شأن أي واقعة في الدعوى ويقع عبئ اثباته على عاتق الأطراف قضية المواطن الأمريكي walton والقاضي Bricks³.

الفرع الثاني: نحو دور إيجابي للقاضي الوطني في إثبات القانون الأجنبي .

يذهب هذا الرأي إلى أنه عند إحالة قاعدة الإسناد إلى تطبيق القانون الأجنبي، فإنه يجب على القاضي الوطني أن يرجع إلى القانون الأجنبي الواجب التطبيق ويقوم باثباته وتطبيقه من تلقاء نفسه دون أن ينتظر اثارته من طرف الخصوم. فهي مهمة تقع على القاضي لا على عاتق المتقاضين. ويؤكد هذا الرأي على الصفة القانونية للقانون الأجنبي إذ يفترض في القاضي العلم بأحكامه شأنه شأن القانون الوطني إلا أنه يعامل معاملة إجرائية خاصة⁴.

نظرا للصعوبات العملية التي تكتنف عملية إثبات القانون الأجنبي على اعتبار أنه لا يصدر في الجريدة الرسمية لدولة القاضي الوطني، كما أن فرضية العلم به هي أصلا فرضية غير مسلم بها فان عملية الوصول إلى هذا القانون الأجنبي هي عملية غير مضمونة الحدوث بحسب القانون الأجنبي محل البحث وبحسب تكوين القاضي والوسائل المتاحة أمامه، لذلك فإنه من غير المعقول أن يكون التزام القاضي باثبات القانون الأجنبي هو التزام بتحقيق نتيجة، فهو التزام ببذل عناية إذن فالقاضي يبذل الجهد الكافي للوصول إلى مضمون القانون الأجنبي، فإذا توصل إلى اثباته فانه يطبقه، أما إذا تعذر عليه اثباته فإنه يكون قد نفذ التزامه ويتعين عليه حينها للفصل في النزاع طلب المساعدة من الخصوم وعليه أن يبين في الحكم أسباب حكمه أو أسباب تعذر تطبيق القانون الأجنبي⁵.

*وسائل اثبات القانون الأجنبي:

يستبعد من مجال اثبات القانون الأجنبي كل من اليمين والإقرار، ويمكن حصر هذه الطرق فيما يلي:

- الشهادة العرفية وهي عبارة عن وثيقة تصدر عن شخص مؤهل أو رجل قانون مشهود له بالكفاءة القانونية ومتخصص في القانون الدولي الخاص، الذي يقوم من خلال شهادته بنقل وشرح العناصر المكونة للأنظمة الأجنبية وتعين ترجمتها إلى اللغة العربية.
- الأحكام القضائية في القانون الأجنبي.
- الاستعانة بوسائل دولية للإعلام وما توفره المعاهدات الدولية المبرمة بين الدول من معلومات حول القانون الأجنبي، والتي تهدف أساسا للتعاون القضائي.

الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري.

هل المشرع الجزائري يفرض اثبات القانون الأجنبي؟

نعم، في البداية يجب أن نستبعد المبدأ العام في الإثبات القائل أن على من يدعي بواقعة أن يثبت قيامها، لأننا لسنا بصدد اثبات واقعة مادية، إذن يتعين علينا الاعتماد على المادة 23 مكرر من ق م التي تدل صياغتها أولاً أن القانون الأجنبي هو قانون واجب الإثبات، ثم ثانياً أنها لم تحدد طرفاً ليتحمل هذا العبئ وهذا ما يستخلص من عبارة في حالة تعذره، هنا يمكننا القول أن المشرع لو أراد أن يحمل هذه المهمة لطرف معين لكان قد حدده.

بالتالي نستطيع أن نستنتج أن مسألة اثبات القانون الأجنبي هي مسألة تعاونية أي أن القاضي يلعب دوراً مهماً في اثبات القانون الأجنبي إما بالوصول إليه عن طريق الوسائل المتاحة أمامه أو عن طريق علمه به، وإما بحث الأطراف إلى الوصول إلى مضمون القانون الأجنبي وإحاطة المحكمة علماً به. ولكن مع شرط أن القاضي يتعين عليه أن يبين في حيثيات حكمه كيفية التوصل إلى القانون الأجنبي وأنه مكن الأطراف من الاطلاع عليه ومناقشته، ويخضع في هذا الجانب إلى رقابة المحكمة العليا من خلال رقابة التسبيب، التي تعني أنه إذا قدم في الدعوى نص قانوني معين لاثبات مضمون القانون الأجنبي، وكان النص يحتمل أكثر من تفسير معتمد في الدولة الأجنبية ذاتها التي ينتمي إليها هذا القانون وآثر القاضي أن يأخذ بتفسير معين له، فإنه يكون ملزماً بالكشف عن بيان السبب الذي حمله على اعتناقه، والقاضي يخضع في ذلك لرقابة المحكمة العليا. كما أنه إذا لم يتوصل إلى معرفة هذا التفسير وبنى تفسيراً معيناً فإن عليه أن يوضح ذلك ويبين أسبابه وإلا كان حكمه مشوباً بالقصور في التسبيب بمعنى عدم كفاية التسبيب.

أو رقابة التشويه التي تمارس من قبل المحكمة العليا في كل مرة يتجاهل فيها قضاة الموضوع المعنى الواضح clair والمحدد précis لحكم يقرره القانون الأجنبي الواجب التطبيق والمقدم كمستند في الدعوى، يكون ثمة تشويه له. إذن نستخلص أن رقابة التشويه تكون حيث يخرج قاضي الموضوع عن المعنى الواضح المحدد لمفهوم القانون الأجنبي المطروح أمامه نصاً كان أم عرفاً أم قضاءً، أي كان مصدره أو لوثيقة معتمدة في الدعوى. وبمفهوم المخالفة فإنه لا رقابة حيث تكون القاعدة الأجنبية غامضة وغير محددة، وهو ما تضمنته المادة 358 في الفقرة الخاصة بتحريف المضمون الواضح والدقيق لوثيقة معتمدة في الحكم أو القرار.

أما بالنسبة لوسائل اثبات القانون الأجنبي في القانون الجزائري فبالإضافة إلى ما ذكر سابقا من وسائل اثبات نجد الإنابة القضائية التي تجيز للقاضي تلقائيا أو بطلب من الخصوم أن يطلب اتخاذ إجراء من إجراءات التحقيق أو إجراء قضائي آخر يراه ضروريا في الدولة الأجنبية وذلك بإصدار إنابة قضائية إلى السلطة القضائية المختصة للدولة المعنية أو إلى السلطات الدبلوماسية أو القنصلية الجزائرية⁶.

إذن وفي ظل وجود هذه المادة أصبح بمقدور القاضي وذلك بأن يطب من السلطة القضائية لدولة القانون محل البحث أن تمكنه من نسخة من هذا القانون. إن وجود هذه المادة يزيد في تحمسا إلى فكرة أن مضمون المادة 23 مكرر ق م أصبحت تكلف القاضي أيضا بالبحث عن القانون الأجنبي، وما يزيد في تأكيد هذا الموقف هو استعمال المشرع لعبارة يجوز للقاضي تلقائيا أما من ناحية الإجراءات فإنه بمجرد صدور الحكم القاضي بالإنابة يقوم أمين الضبط الجهة القضائية بارسال نسخة من هذا الحكم إلى السيد النائب العام مصحوبة بترجمة رسمية ويقوم النائب العام بارسال الإنابة القضائية حالا إلى السيد وزير العدل قصد ارسالها ، مالم توجد اتفاقية قضائية تسمح بارسالها مباشرة إلى السلطة القضائية الأجنبية .

الفرع الرابع: استحالة تطبيق القانون الأجنبي لتعذر اثباته.

خلصنا إلى أن الالتزام باثبات القانون الأجنبي هو التزام ببذل عناية وليس التزام بتحقيق نتيجة. يمكن أن يصطدم القاضي بصعوبات لا يصل إلى اثبات القانون الاجنبي كعدم توفر الوسائل والآليات القانونية التي تسمح للقاضي بالوصول الى القانون الاجنبي، أو يحصل على معلومات مشوشة . كذلك هناك عنصر الزمن فالقاضي يجب أن يفصل في هذه القضية في آجال معقولة . إذن فالحلول الممكنة عند تعذر اثبات القانون الاجنبي هي :

أ- **رفض الدعوى:** يقوم هذا الحل على المبدأ الذي يقول أن إنكار العدالة خير من مخالفتها، وبالتالي على القاضي رفض الدعوى كنتيجة للعجز عن اثبات القانون الأجنبي، ولقد تم تطبيق هذا الحل من طرف القضاء الأمريكي في قضية walton . ويتفق هذا الحل مع الإتجاه الذي يقر بأن القانون الأجنبي في الدعوى ما هو إلا واقعة يتعين على الطرف الذي يتمسك به أن يثبت تحت طائلة رد دعواه⁷.

ب- **تطبيق قانون القاضي:** ذهب هذا الاتجاه أنه في حالة تعذر اثبات القانون الأجنبي فإن القاضي لا يرد الدعوى، وإنما يفصل في النزاع وفق قانونه الوطني. على أساس أن القانون الوطني يطبق بماله من إختصاص احتياطي عام، وذلك عند تعذر الكشف عن مضمون القانون الأجنبي المختص أصلا لحكم العلاقة.

ج- **موقف المشرع الجزائري:** تبني الحل الثاني وهو تطبيق القانون الجزائري عند تعذر اثبات القانون الأجنبي.

المبحث الثاني: استبعاد تطبيق القانون الأجنبي.

إذا أحالت قواعد تنازع القوانين قاضي الموضوع إلى القانون الأجنبي فإن ذلك لا يعني أن القانون الأجنبي سيطبق حتما، فهناك حالات يستبعد فيها. بواسطة الإحالة من الدرجة الأولى، أو لاعتبارات خاصة مثل استثناء

المادة 10/ف2، وقد يستبعد في حالة تعارضه مع نصوص معاهدة تربط بلد القاضي ببلد القانون الأجنبي، وقد يستبعد بسبب مخالفته للنظام العام والآداب العامة ، أو في حالة الغش نحو القانون.

المطلب الأول: مخالفة النظام العام.

إذا أحالت قواعد التنازع في دولة القاضي الى قانون أجنبي تتعارض أحكامه أو جزء منها مع النظام العام الجزائري، فيستبعد القاضي الوطني هذه الأحكام أو القانون الأجنبي ككل. وهذا ما يسمى بالدفع بالنظام العام، وهو دفع موضوعي يثيره القاضي حتى من تلقاء نفسه على أي درجة من درجات التقاضي.

الفرع الأول: التعريف بفكرة الدفع بالنظام العام.

إن النظام العام مجموع الأسس الاجتماعية والسياسية والاقتصادية والخلقية التي تعتبر من مقومات الدولة، وهذه الأسس تختلف باختلاف الزمان والمكان. من خصائص النظام العام أنه يتغير بتغير الزمان والمكان فهو فكرة مرنة ومتطورة تختلف باختلاف الزمان والمكان فقد تكون المسألة مخالفة للنظام العام في زمن معين وتصبح غير ذلك بعد فترة⁸.

الإختلاف بين النظام العام في القانون الدولي الخاص والقانون الداخلي لفكرة النظام العام في القانون الداخلي تثار لإبطال الاتفاقات التي يعقدها الأفراد بالمخالفة للقواعد الآمرة في هذا القانون ، أو لكي تتيح للقاضي أن يطبق من تلقاء نفسه قاعدة قانونية واجبة التطبيق لم يثرها الخصوم، أو لتفتح المجال للنياحة العامة لتكون خصما أصليا في بعض الدعاوى. فحين تثار فكرة النظام العام في القانون الدولي الخاص في حالة واحدة وهي استبعاد تطبيق قانون أجنبي يتعارض في جزئية من جزئياته أو في مجموعه مع قانون القاضي. كما أن التمسك بالنظام العام يتطلب توافر شروط معينة أهمها أن تكون هناك صلة بين بلد القاضي والنزاع المطروح، أن يكون القانون الأجنبي واجب التطبيق طبقا لقواعد الإسناد في بلد القاضي على أن يكون ذلك تحت رقابة محكمة النقض، أن تكون المخالفة للنظام العام حالية أي عند رفع الدعوى ولو كان نشوء الحق قد تم دون مخالفة للنظام العام لفكرة النظام العام ينظر إليها وقت رفع الدعوى.

الفرع الثاني: آثار الدفع بالنظام العام.

للدفع بالنظام العام أثرين وهما:

أ- **الأثر السلبي للدفع بالنظام العام effet négatif**: درج الفقه الغالب في كل من فرنسا ومصر على اعتبار أن الأثر السلبي للنظام العام لا يؤدي بالضرورة إلى استبعاد القانون الأجنبي كلية، إنما يقتصر أثره على استبعاد الحكم المتعارض مع قانون القاضي وحسب، والابقاء على بقية الأحكام التي تتفق معه. فمثلا إذا كان قانون الجنسية المشتركة لأجنيين متوطنين في الجزائر يمنع زواجهما لاختلاف في اللون ، فإن هذا المنع لا يحول دون إمكان إبرام الزواج وفقا للقانون الجزائري نظرا لتعارض أحكام القانون الأجنبي في مجموعها مع النظام العام الجزائري. وعليه فإذا طرح بعد ذلك نزاع أمام القاضي الجزائري يتعلق بآثار هذا الزواج الذي سبق أن تم وفقا لأحكام القانون الجزائري، فعلى القاضي استبعاد تطبيق القانون الأجنبي الذي

يحكم آثار الزواج استبعادا كلياً، فليس من المنطق أن يطبق القاضي هذا القانون على آثار الزواج يعد باطلاً وفقاً لأحكامه، وذلك بصرف النظر عن اتفاق أحكام هذا القانون بشأن آثار الزواج مع النظام العام الجزائري. وبناءاً عليه يتم استبعاد تطبيق القانون الأجنبي كله أو الأحكام المتعارضة فقط مع النظام العام الجزائري⁹.

ب- الأثر الإيجابي للدفع بالنظام العام effet positif: إذا استبعد القانون الأجنبي لأنه مخالف للنظام العام الجزائري فسيكون هنالك فراغ تشريعي، يؤكد القضاء الفرنسي مدعوماً بغالبية الفقه هناك بأن الحل يكمن تلقائياً في إحلال القانون الوطني محل القانون الأجنبي¹⁰.

الفرع الثالث: الأثر المخفف للنظام العام effet atténué

قد يتعارض إنشاء مركز قانوني في دولة القاضي مع النظام العام، لكن هذا المركز نفسه لا تتعارض آثاره مع النظام العام في دولة القاضي لو تم انشاءه في الخارج، ففكرة النظام العام لا يتم اعمالها في هذا الفرض بنفس الوتيرة أو الشدة. حيث يبدي القاضي الوطني نوعاً من التسامح مع هذا القانون في هذا الخصوص، وقد عبر الفقه عنها بالأثر المخفف للنظام العام¹¹. وتجد هذه القاعدة أساسها في قاعدة الاحترام الدولي للحقوق المكتسبة. وطالما توافرت شروط تكوين هذا الحق في الخارج كانت المطالبة بالآثار أمام القضاء الوطني يمكن أن يعتد بها، مع شرط فإن القاضي الوطني لا يمنح لا أكثر ولا أقل من الآثار التي يسمح بها القانون الأجنبي الذي نشأ في ظلّه هذا الحق.

فكرة الأثر المخفف للنظام العام فكرة فضفاضة لا يحكمها معيار معين وتبقى السلطة التقديرية لقاضي الموضوع في قبول الأثر من عدمه.

المطلب الثاني: الغش نحو القانون.

وضع المشرع قواعد الإسناد لتعمل بصورة طبيعية وفي إطار من الظروف الواقعية والقانونية عندما ربط العلاقة -عن طريق ضابط اسناد- بأكثر القوانين اتصالاً بها. لم يرد المشرع أن يضع تحت تصرف الأفراد أدوات تمكنهم من الهرب من أحكام القانون المختص بحكم العلاقة، أو بمعنى آخر يمكن دوماً لإرادة الأفراد أن تتدخل في عملية اختيار ضوابط الاسناد أو تغييرها، كاللجوء إلى هذه المكنة بهدف نقل الاختصاص لقانون معين للتهرب من أحكام القانون المختص أصلاً.

الفرع الأول: التعريف بفكرة الغش نحو القانون.

عندما تطرق المشرع الجزائري إلى نظرية الغش نحو القانون لم يتطرق إلى تعريف الغش نحو القانون. إن أي قاعدة إسناد تتكون من ثلاث عناصر من بينها ضابط الإسناد، الذي على اثره يتم تحديد القانون الواجب التطبيق وبالتالي فهو المحدد الرئيسي لمصير القضية، وضوابط الإسناد معظمها قابلة للتغيير بإرادة الأطراف سواء بحسن نية أو بسوء نية، فإذا أفلح الأطراف في ذلك تغير قانون القضية.

فمثلا قد يقدم أحد أطراف النزاع بتغيير جنسيته باعتبارها تمثل ضابط الاسناد بالنسبة لفئة الأحوال الشخصية، كأن يغيرها من الجنسية الجزائرية إلى الجنسية الفرنسية أو يغير مثلا في موطنه وبالتالي يتغير القانون الواجب التطبيق.

طرحنا نظرية الغش نحو القانون في ميدان تنازع القوانين في فرنسا على اثر قضية **la princesse de Bauffremont**¹²، أين أكدت محكمة النقض الفرنسية حيال هذا النزاع قرارها الشهير بالقول أن الأميرة لم تغير جنسيتها إلا بقصد التحايل والغش نحو القانون الفرنسي الذي يمنع الطلاق. وبالتالي فلا ينفذ الطلاق.

الفرع الثاني: شروط الغش نحو القانون.

هناك شرطين هما عنصر موضوعي وآخر معنوي

الشرط الأول: تغيير إرادي لضابط الاسناد -العنصر الموضوعي-: تغيير ارادي وحقيقي في ضابط أو ظرف الاسناد بشكل قانوني لا مزور أو صوري. فبالرجوع إلى قضية **دي بوفرمون** نجد أن تغيير الجنسية كان بشكل صحيح وقانوني، فإذا كان اكتساب الجنسية الألمانية قد تم عن طريق التزوير فلا وجه للدفع بالغش نحو القانون.

الشرط الثاني: نية الغش - العنصر المعنوي- يوصف هذا الشرط بأنه شرط ذي طبيعة معنوية وهو أن يهدف الشخص من وراء التغيير الإرادي في ضابط الاسناد الى الهرب من أحكام القانون الواجب التطبيق أصلا على العلاقة. وأهم القرائن التي تفيد حدوث نية التحايل أو الغش هو التلازم الزمني التي قد يحدث بين تغيير ضابط الاسناد ورفع الدعوى القضائية . وهي مسألة متروكة للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع يستخلصها قضاة الموضوع من الوقائع ولا رقابة للمحكمة العليا عليها. إلا أن تقدير الأثر المترتب عن نية الغش ، كما استخلصته محكمة الموضوع، هل هي مخالفة غير مباشرة للقانون أولا؟ فإذا ما استخلص قاضي الموضوع من ظروف الدعوى أن شخصا غير جنسيته لتجنب الحكم المانع للتطبيق، أوليتمكن من التطبيق، كان هذا الذي استخلصه القاضي بعيدا عن رقابة المحكمة العليا. أما كون تغيير الجنسية بقصد التمكّن من التطبيق أو التهرب منه يعتبر مخالفة غير مباشرة للقانون، أي بعبارة أخرى يعتبر غشا نحو القانون أم لا فهو أمر يخضع لرقابة المحكمة العليا¹³ .

الأثر المترتب على الغش نحو القانون هو عدم نفاذ النتيجة غير المشروعة التي قصد إليها الشخص من وراء تغيير جنسيته وبالتالي استبعاد أحكام القانون الذي سعى الشخص إلى تطبيقه وإعمال القانون المختص أصلا. وتبقى كافة الآثار الأخرى المترتبة على اكتساب الخصم الجنسية الجديدة قائمة. وبناءا عليه فإن أي نزاع في المستقبل متعلق بأهلية هذا الشخص مثلا يقتضي تطبيق قانون جنسيته الجديدة مادام أنه لم يتم بتغيير جنسيته تهربا مما يقضي به قانونها.

الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري.

لقد أخذ المشرع الجزائري بنظرية الغش نحو القانون. إلا أنه لم يحدد ما هو القانون المطبق في حالة اكتشاف حالة الغش نحو القانون. بطبيعة الحال لن يطبق القانون الجزائري في هذه الحالة بل سيطبق القانون الأول قانون القضية التي يحكمها أصلا قبل تغيير ضابط الاسناد بنية الغش والتحايل وهو ما ذهب إليه الفقه الدولي والممارسات القضائية المقارنة.

الخاتمة :

إن التعامل مع القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني يخضع إلى معاملة إجرائية خاصة، وبشكل تعاوني بين القاضي والخصوم إذا تمكن القاضي من الحصول على تفسير للقانون الأجنبي المختص في النزاع المطروح أمامه سواء عن طريق الإنابة القضائية أو الاجتهاد الشخصي أو عن طريق مساعدة الخصوم من خلال تمسكهم بتطبيق القانون الأجنبي المختص الذي يقدمونه كدليل إثبات مع الشروح الخاصة به، بالتالي في هذه الحالة يتعين على القاضي الوطني تطبيق هذا القانون الأجنبي المختص إذا لم يكن مخالفا للنظام العام الجزائري.

بناءً عليه، فمسائل الأحوال الشخصية من المسائل التي لها ارتباط وثيق بالنظام العام مما يصعب تطبيق القانون الأجنبي من القاضي الوطني، كما أن التعامل مع هكذا مواضيع من شأنه أن يؤدي بالقاضي الوطني إلى أخذ كل احتياطاته عند تمسك أطراف المنازعة بتطبيق القانون الأجنبي المختص. فالقانون الأجنبي قانون يأتى معنى الكلمة لكن يخضع إلى معاملة إجرائية خاصة من خلال خضوعه لرقابة التسبيب والتشويه.

الهوامش:

1- بلعور عبد الكريم، محاضرات في القانون الدولي الخاص على ضوء التعديلات التي جاء بها قانون 05-10 لسنة 2005، القيت على طلبة السنة الرابعة حقوق، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 2006/2007. (منشورة) 160ص.

2- المادة 358 من قانون الاجراءات المدنية

3- دربال عبد الرزاق، الوافي في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول: النظرية العامة في تنازع القوانين في التشريع الجزائري والمقارن، دار العلوم للنشر والتوزيع، عناية، 2010، ص 126.

4 - ناتوري كريم، محاضرات في مقياس القانون الدولي الخاص- تنازع القوانين-، كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم القانون العام، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2019/2020، ص 40.

⁵ - قاشي علال، دور القاضي الوطني في تطبيق القانون الأجنبي، مداخلة القيت خلال الملتقى الوطني حول تنظيم العلاقات الدولية الخاصة في الجزائر واقع متطور يومي 21 و 22 أبريل 2010، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، ص 112.

⁶ - المادة 112 من ق الاجراءات المدنية

⁷ - آيت منصور كمال، اشكالية القانون الواجب التطبيق على الانفصال الجسماني والتبني، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، العدد 02، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة ، بجاية، 2010، ص 43.

⁸ - هشام علي صادق القانون الدولي الخاص: الجنسية- تنازع الاختصاص القضائي- تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2004 ، ص 187.

⁹ -المادة 24 الفقرة 1 من قانون المدني

¹⁰ - B. REMY, Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé, Dalloz, 2008, p. 4.

¹¹ - B. ANCEL, Éléments d'histoire du droit international privé, Panthéon-Assas, 2017, p. 501

¹² -MAYER Pierre HEUZE Vincent , MAYER Pierre- HEUZE Vincent, Droit international privé, 8^{eme} éd, Montchrestien, Paris, 2004 ,p.188-189

¹³ - دغيش أحمد، الغش نحو القانون في مجال العلاقات الدولية الخاصة، مداخلة القيت في الملتقى الوطني حول تنظيم العلاقات الدولية الخاصة في الجزائر: واقع متطور، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، يومي 21-22 أبريل 2010. ص 167.