تطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني: بين مبدأ السيادة و متطلبات العدالة الدولية

The Application of Foreign Law before the National Judge: Between the Principle of Sovereignty and the Requirements of International Justice

منى معكوف*

جامعة جيجل – الجزائر

mouna.maakouf@univ-jijel.dz

تاريخ الارسال:2025/04/17 تاريخ القبول:2026/01/01 تاريخ النشر:2026/06/11

ملخص:

تطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني يشير إلى الحالة التي يتعين فيها على القاضي الوطني أن يطبق القوانين الأجنبية في النزاعات التي قد تشمل عناصر دولية، مثل الأطراف أو الوقائع التي تتعلق بدولة أخرى تتنوع هذه الحالات بين المعاملات التجارية الدولية، النزاعات الأسرية عبر الحدود أو القضايا التي تشمل الأضرار الناجمة عن الأفعال غير القانونية في دول أخرى.

القاضي الوطني قد يرفض تطبيق القانون الأجنبي إذا كان تطبيقه يتعارض مع النظام العام الداخلي للدولة ،يشمل النظام العام القواعد الأساسية التي تحكم النظام الاجتماعي و الاقتصادي و السياسي في الدولة، مثل حماية النظام الأخلاقي أو النظام السياسي أو القيم الأساسية، عندما تكون القواعد القانونية الأجنبية مخالفة لهذه القيم، يجوز للقاضي الوطني أن يرفض تطبيقها بغض النظر عن تعارضها مع اتفاق الأطراف.

كما يرفض القاضي الوطني تطبيق القانون الأجنبي إذا كان هناك غش نحو القانون حيث يتم استخدام أساليب احتيالية من قبل الأشخاص لتجنب تطبيق قانون معين.

كلمات مفتاحية: القانون الأجنبي.القاضي الوطني. النزاع. العنصر الدولي. النظام العام .غش نحو القانون.

Abstract:

The application of foreign law before the national judge refers to situations in which the national court is required to apply foreign laws in disputes involving international elements, such as parties or facts connected to another country. These situations may arise in various contexts, including international commercial transactions, cross-border family disputes, or cases involving harm caused by unlawful acts committed in other countries.

The national judge may refuse to apply foreign law if such application would be contrary to the domestic public order of the state. Public order encompasses the fundamental rules governing the social, economic, and political system of the state, such as the protection of moral values, the political regime, or core societal principles. When foreign legal rules conflict with these values, the national judge may decline to apply them, regardless of the parties' agreement to the contrary.

Furthermore, the national judge may refuse to apply foreign law in cases involving fraud against the law, where individuals use deceptive means to circumvent the application of a particular law.

Keywords: Foreign Law ; National Judge; Dispute; International element; Public Order; Fraud on the Law.

* المؤلف المرسل: مخبر الدراسات القانونية المعمقة

مقدمة

يعد تطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني من المسائل الدقيقة والمهمة في مجال القانون الدولي الخاص، لما يثيره من إشكالات تتعلق بكيفية تعامل القضاء الوطني مع قواعد قانونية صادرة عن دولة أجنبية، عند الفصل في نزاعات ذات عنصر أجنبي، ففي ظل تزايد العلاقات القانونية عبر الحدود، أصبح من الطبيعي أن تطرح أمام القاضي الوطني دعاوى تتضمن عناصر ترتبط بأنظمة قانونية متعددة، مما يثير التساؤل حول أي قانون هو الأجدر بالتطبيق على النزاع المطروح.

تنبع أهمية هذا الموضوع من كونه يوازن بين مبدأ السيادة الوطنية الذي يقتضي خضوع العلاقات القانونية لقانون الدولة، وبين متطلبات العدالة الدولية التي تستوجب احترام الروابط الموضوعية التي قد تجعل القانون الأجنبي هو الأنسب لحكم العلاقة، ومع ذلك فإن تطبيق القانون الأجنبي لا يتم بصورة مطلقة، بل يخضع لجملة من الضوابط والموانع، يأتي في مقدمتها النظام العام الوطني، الذي يشكل أداة لحماية الأسس القانونية والاجتماعية والأخلاقية للمجتمع من أي نص أجنبي يتعارض معها.

تهدف هذه الدراسة إلى تحليل الإطار النظري والعملي لتطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني، من خلال بيان طبيعته القانونية وكيفية إثباته، ثم التطرق إلى الحالات التي يستبعد فيها تطبيقه بموجب قاعدة الإسناد الوطنية.

وتتمحور الإشكالية الرئيسية حول التساؤل التالي:

إلى أي مدى يمكن للقاضي الوطني أن يطبق القانون الأجنبي و ما هي الضمانات التي تحول دون تعطيل العدالة أو المساس بسيادة الدولة؟

وللإجابة عن هذه الإشكالية، اعتمدنا على المنهج الوصفي لعرض النصوص القانونية ذات الصلة، و المنهج التحليلي لاستجلاء أحكامها ومضمونها.

وقد ارتأينا تقسيم هذه الدراسة إلى:

أولا: آليات تطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني.

ثانيا: حدود تطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني.

أولا: آليات تطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني

يعتبر تطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني مسألة معقدة تتطلب فهما دقيقا لطبيعة هذا القانون ومكانته في النظام القانوني الداخلي، فالقاضي الوطني، وإن كان ملتزما بتطبيق القانون الأجنبي متى أحال إليه قانون الإسناد الوطني، إلا أن ذلك يثير إشكالية أساسية تتعلق بكيفية التعامل مع قانون لم يصدر عن السلطة التشريعية لدولته، وعليه فإن تحديد الطبيعة القانونية للقانون الأجنبي يشكل الخطوة الأولى لفهم كيفية تطبيقه أمام القضاء الوطني، هل يعامل كقانون واجب التطبيق بذاته أم كواقعة يجب إثباتها من قبل الخصوم؟.

كما أن إثبات مضمون القانون الأجنبي يمثل شرطا جوهريا لتطبيقه، إذ لا يمكن للقاضي أن يعمل نصا يجهل مضمونه، لذلك تتعدد الوسائل التي يمكن بواسطتها إثبات هذا القانون، سواء من خلال المستندات الرسمية أو الخبرة.

1. طبيعة القانون الأجنبي

ترى بعض الأنظمة القانونية أن القانون الأجنبي الذي تحدده قاعدة الإسناد يعامل كواقعة وليس كقانون ملزم يجب تطبيقه، وبناء على ذلك، لا يكون القاضي ملزما بالتحري عن مضمون هذا القانون، بل يتحمل الطرف الذي يتمسك به مسؤولية البحث عنه وتقديمه للمحكمة، في المقابل، هناك وجهة نظر أخرى تعتبر أن القانون الأجنبي المحدد بقاعدة الإسناد يتمتع بنفس مكانة القانون الوطني من حيث الإلزامية والخصائص، وليس مجرد واقعة.

1.1. القانون الأجنبي الواجب التطبيق مجرد واقعة

وفقا لهذا الاتجاه، ينظر إلى القانون الأجنبي على أنه مجرد واقعة، مما يعني أن القاضي غير ملزم بتطبيقه تلقائيا، بل يلتزم بذلك فقط عند مطالبة أحد الأطراف بذلك، ومع ذلك، يظل هناك نقاش حول الأساس الذي يعتمد عليه في اعتبار القانون الأجنبي واقعة، وفي هذا الإطار، يرى أن تطبيقه قد يكون مرتبطا باحترام الحقوق المكتسبة.[1]

ولا يعتبر القاضي القانون الأجنبي قانونا ملزما داخل الدولة، بل تقتصر مهمته على الاعتراف بالحقوق الناشئة بموجبه، ويعتمد هذا النهج على مبدأ أساسي مفاده أن نطاق أي قانون يظل محصورا داخل حدود الدولة ولا يمتد تأثيره خارجها، وبناء على ذلك، يبقى هذا النطاق الإقليمي مسيطرا على جميع الأشخاص والأشياء والوقائع داخل الدولة، ومن هنا، فإن الطابع الإقليمي للقانون يحد من نفوذ القوانين الأجنبية داخل الدولة، مما يجعل اختصاص القضاء الوطني محصورا ضمن إطار النظام القانوني المحلي.[2]

لذلك يلتزم القاضي بتطبيق القانون الأجنبي داخل نطاق دولته احتراما للحقوق المكتسبة، إذ لا يجوز له النظر في حق تم اكتسابه خارج حدود بلاده إلا بالرجوع إلى القانون الأجنبي الذي نشأ ذلك الحق بموجبه.[3]

يعتمد هذا الاتجاه على اعتبار القانون الأجنبي مجرد عنصر من عناصر الواقع، حيث يرى مؤيدوه أنه لا يحمل صفة الإلزام للقاضي الذي يطبقه، ويبرر أصحاب هذا الرأي إنكار الطبيعة القانونية للقانون الأجنبي بحجتين:

الأولى أنه طالما يعتبر واقعة، فلا يكون القاضي ملزما بتطبيقه تلقائيا.

أما الحجة الثانية، فتكمن في أن القاضي لا يكون على دراية مسبقة بأحكام القانون الأجنبي، وبالتالي لا يلزم بمعرفته، وبناء على هذا التصور، فإن القاضي الوطني لا يقوم بتطبيق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه،

نظرا لعدم تمتعه بصفة الإلزام، بل يتوجب على الخصوم إثارة مسألة تطبيقه وتحمل مسؤولية إثبات مضمونه، شأنه شأن أي واقعة أخرى، كما أن تفسير القانون الأجنبي لا يخضع لرقابة المحكمة العليا، باعتباره مسألة تتعلق بالواقع، مما يخرج عن نطاق اختصاصها. [4]

من بين المدارس الفقهية التي تعتبر القانون الأجنبي مجرد واقعة، تبرز المدرسة الفرنسية، وتقوم هذه النظرية على أن الفقه الفرنسي تناول مسألة تطبيق القانون الأجنبي بأسلوب مختلف، حيث لم يركز على أساس تطبيقه بقدر ما اهتم بتحديد طبيعته أمام القضاء الوطني مقارنة بالقانون الفرنسي، وترتكز هذه المدرسة على مبدأ مفاده أن القانون الأجنبي لا يتمتع بنفس القوة الإلزامية للقانون الوطني، وعلى الرغم من أن القاضي الوطني قد يطبقه، إلا أنه لا يفعل ذلك باعتباره قانونا ملزما صادرا عن مشرع أجنبي، بل يتعامل معه كواقعة تخضع لتقديره،[5] فقط دون أن يكون له أي صفة للالزام خارج حدود دولته[6].

يعد الأستاذ باتيفول من أبرز رواد هذا الاتجاه في فرنسا، حيث يرى أن كل قاعدة قانونية تتألف من عنصرين أساسيين:

- عنصر مادي أو عقلي : يتمثل في مضمون القاعدة ومن كونها قاعدة عامة ومجردة .
- عنصر معنوي : وهو عنصر الأمر والالزام الذي يكسب القاعدة قوتها الملزمة [7].

تتمتع القاعدة القانونية بهذين العنصرين داخل الدولة التي أصدرها مشرعها، ولكن عندما تتجاوز هذه القاعدة حدود دولتها وتعرض أمام قاض آخر باعتبارها قانونا أجنبيا، فإنها تحتفظ بالعنصر المادي فقط، بينما تفقد عنصر الإلزام، ونتيجة لذلك، يتعامل معها القاضي على أنها مجرد واقعة يتم إثبات وجودها أمامه، ويطبقها وفقا لما يتراءى له.[8]

يشبه الأستاذ باتيفول تطبيق القاضي للقاعدة الأجنبية بتطبيقه للوائح الشركات، حيث إن كليهما يمثلان قواعد عامة تطبق في حالات محددة، لكنها لا تصدر عن المشرع الوطني وتفتقر إلى عنصر الإلزام، مما يجعلها غير معتبرة كقانون.[9]

وفقا لرأي الأستاذ باتيفول، يترتب على اعتبار القانون الأجنبي مجرد واقعة عدة نتائج قانونية هامة، أولا لا يقوم القاضي بتطبيق هذا القانون تلقائيا، بل يتعين على الأطراف التمسك به وإثارته صراحة أمام المحكمة، كما يتحمل الطرف الذي يطالب بتطبيق القانون الأجنبي مسؤولية إثبات مضمونه، تماما كما يثبت أي واقعة أخرى في القضية، وإلا فإن القاضي سيضطر إلى تطبيق القانون الفرنسي، إضافة إلى ذلك، لا يجوز للمحكمة الاعتماد على علمها الشخصي في تحديد مضمون القانون الأجنبي، مما يجعل عملية إثباته ضرورية، وأخيرا، لا تتمتع المحكمة بسلطة مطلقة في إثبات القانون الأجنبي وتفسيره، كما أنها لا تخضع في هذا الشأن لرقابة محكمة النقض الفرنسية، مما يحد من نطاق تدخلها في تفسير القوانين الأجنبية.[10]

يمكن الرد على هذا الاتجاه بالقول إن فكرة فقدان القاعدة القانونية لعنصر الإلزام بمجرد عبورها الحدود الوطنية تحتاج إلى إعادة نظر، فالقانون الأجنبي، وإن كان غير ملزم بذاته خارج نطاق الدولة التي أصدرته، إلا أن قواعد الإسناد الوطنية تعيد إليه هذه الصفة من خلال الإحالة إليه بوصفه القانون الواجب التطبيق، وبالتالي فإن إلزامية القانون الأجنبي لا تنبع من سلطته الأصلية، بل من اعتراف القانون الوطني به، ما يجعله جزءا من النظام القانوني الداخلي بحدود ما تقرره قواعد الإسناد، وهذا يعني أن القانون الأجنبي لا يطبق باعتباره تشريعا صادرا عن سلطة أجنبية، بل باعتباره قانونا اكتسب الإلزام داخل الدولة نتيجة الإحالة إليه، مما ينفي القول بأنه فقد صفته الإلزامية بمجرد خروجه من نطاق الدولة التي شرعته.

2.1. الطبيعة القانونية للقانون الأجنبي

وفقا لهذا الاتجاه، يظل القانون الأجنبي محتفظا بصفته القانونية، مما يجعله ملزما للقاضي الوطني لتطبيقه دون الحاجة إلى إثبات مضمونه من قبل أحد الخصوم، وتتبع هذه المكانة التي يحظى بها القانون الأجنبي من كون قاعدة الإسناد، التي أقرها المشرع كقاعدة قانونية ملزمة، هي التي حددته، ومع ذلك، فقد تباينت آراء المؤيدين لهذا الاتجاه بشأن الأساس الذي يقوم عليه تطبيق القانون الأجنبي.

1.2.1. أساس المجاملة الدولية

إن إلزام دولة ما بتطبيق قانون أجنبي يتعارض مع مبدأ السيادة، ومع ذلك، يمكن للدولة أن تسمح بتطبيق القانون الأجنبي داخل إقليمها استنادا إلى مبدأ المجاملة الدولية وبطريقة تبادلية، وذلك مراعاة لمصلحة الأفراد، فإذا وافقت الدولة على تطبيق القانون الأجنبي بناء على هذا الأساس، يصبح القاضي ملزما بتطبيقه وفقا لقواعد تنازع القوانين، وهذا يحد من حرية القضاة في اتخاذ قراراتهم وفقا لميولهم الشخصية، حيث لا يكون لهم خيار في قبول أو رفض تطبيق القانون الأجنبي.[11]

2.2.1. أساس الاندماج

يقوم هذا المبدأ على أن القانون الأجنبي، عند الإحالة إليه، يصبح جزءا من النظام القانوني الوطني ويطبق كإحدى قواعده، فعندما يستند القاضي إلى القانون الأجنبي وفقا لقواعد الإسناد، فإنه يعامله كما لو كان قانونا وطنيا، وليس مجرد مسألة واقعية تحتاج إلى إثبات، وبالتالي، يتحمل القاضي مسؤولية تفسيره وتطبيقه بنفس الأسلوب الذي يتبع في تطبيق القوانين الوطنية، ويساهم هذا النهج في تحقيق الانسجام بين النظام القانوني الدولي والأنظمة الوطنية، مما يقلل من النزاعات الناشئة عن اختلاف مصادر القانون. [12]

3.2.1. أساس التفويض

بناء على هذا المبدأ، يتم تطبيق القانون الأجنبي استنادًا إلى تفويض يمنحه القانون الوطني، أي أن قواعد الإسناد الوطنية هي التي تحدد زمان ومكان تطبيق القانون الأجنبي، فالقاضي لا يلتزم بتطبيق القانون الأجنبي بشكل مباش، وإنما يرجع إليه لأن القانون الوطني يخوله ذلك لحل النزاع، وعليه إذا لم ينص القانون الوطني على هذا التفويض، فلن يكون هناك مجال لتطبيق القانون الأجنبي.

3.1. موقف المشرع الجزائري

عند الرجوع إلى القانون المدني الجزائري، لا نجد أي نص يحدد طبيعة القانون الأجنبي، سواء بشكل صريح أو ضمني، حيث يغيب تماما أي حكم يشير إلى ذلك، ومع ذلك، فإن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، في المادة 358 الفقرات 5، 6، و7 تطرق بشكل غير مباشر إلى طبيعة القانون الأجنبي، حيث حدد أسباب الطعن بالنقض وأشار إلى أن مخالفة القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة تعد أحد أوجه الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا.

وبناء على ذلك، إذا دلت قاعدة الإسناد على ضرورة تطبيق القانون الأجنبي في مسائل الأحوال الشخصية، فإن القاضي يكون ملزما بتطبيقه تلقائيا، دون الحاجة إلى أن يتمسك به الخصوم، كما يتحمل عبء إثبات مضمونه، في هذه الحالة، تعد قاعدة التنازع من النظام العام، مما يعني أنه لا يجوز للأطراف الاتفاق على تجاوزها أو التنازل عنها.

ويلاحظ من هذه المادة أن المشرع الجزائري ميز بين نوعين من القوانين الأجنبية، حيث اعتبر القانون الأجنبي قانونا في مجال الأحوال الشخصية، أي عندما يتعلق الأمر بحقوق لا يتمتع الأطراف بحرية التصرف فيها، أما في غير ذلك، فلا يعامل القانون الأجنبي كقانون، بل ينظر إليه على أنه مجرد واقعة. [13]

يتضح أن المشرع الجزائري تبنى ما توصل إليه القضاء الفرنسي عندما اعتبر القانون الأجنبي بمثابة واقعة، إلا أن هذه النظرية لم تحظ بترحيب فقهي، بل تعرضت لانتقادات عديدة، إذ إن جوهرها يقوم على افتراض خاطئ بأن القانون الأجنبي يتحول إلى مجرد واقعة، مما يعني أن القاضي الذي يطبقه لا يكون ملزما بأحكامه، غير أن هذا الطرح يحمل في طياته نوعا من المجازفة والمغالطة، فلا يمكن إنكار أن القاعدة القانونية تحتفظ بجوهرها سواء طبقت من قبل قاض وطني أو أجنبي، علاوة على ذلك، حتى إذا افترضنا أن القاعدة القانونية تفقد طابع الإلزام عند انتقالها خارج نطاق دولتها، فكيف يمكن تفسير استعادتها لهذا الطابع بمجرد أن تفرضها قاعدة الإسناد الوطنية؟. [14]

2. إثبات القانون الأجنبي ووسائل إثباته

يعد إثبات القانون الأجنبي جزءا أساسيا من نظام الإثبات القانوني في القضاء، لا سيما في القضايا المرتبطة بالعلاقات الدولية أو المعاملات العابرة للحدود، ويتعين على المحكمة التأكد من صحة النظام القانوني الأجنبي الذي يتم الاستناد إليه في الدعوى.

تتنوع وسائل إثبات القانون الأجنبي وفقا للنظام القانوني المعتمد، حيث يمكن للمحكمة الاستناد إلى عدة أدوات، مثل شهادات الخبراء في القانون الأجنبي، أو تقديم نصوص قانونية مكتوبة، بما في ذلك المعاهدات أو القوانين الأجنبية، والتي يمكن الحصول عليها عبر وسائل متاحة، مثل الترجمة المتخصصة.

1.2. إثبات القانون الأجنبي

إثبات القانون الأجنبي يعني تحديد مضمونه، وقد شهدت المحاكم الفرنسية تطورا في موقفها اتجاه هذه المسألة، ففي البداية، كان يعامل القانون الأجنبي على أنه مجرد واقعة، لكن مع مرور الوقت اعتبر قانونا، مما منح القاضي صلاحية البحث عن القانون الأجنبي الواجب التطبيق، يتوقف عبء إثبات مضمونه وفهم أحكامه على طبيعة هذا القانون، فإذا تم اعتباره قانونا، يلتزم القاضي بتطبيقه تلقائيا دون الحاجة إلى أن يتمسك به الأطراف، أما إذا اعتبر واقعة، فإن عبء إثباته يقع على عاتق الخصوم.

وعليه، عندما يعامل القانون الأجنبي كقانون، لا يكون إثباته مسؤولية الأطراف، بل يكون القاضي الوطني ملزما بالتحري عن مضمونه، ومع ذلك، يمكنه الاستعانة بالخصوم في هذا الشأن، على سبيل المثال، في القانون الألماني، لا تقتصر المحكمة على ما يقدمه الخصوم بشأن القانون الأجنبي، بل يسمح لها باستخدام جميع الوسائل المتاحة للوصول إلى مضمونه، وحتى إصدار الأوامر اللازمة لهذا الغرض، أما في إيطاليا، فقد أرست محكمة النقض مبدأ يلزم القاضي بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي تلقائيا، بينما تظل محاولات الخصوم في هذا السياق ذات أهمية ثانوية. [15]

2.2. وسائل اثبات القانون الأجنبي

نظرا لأن القانون الأجنبي لا يصدر داخل دولة قانون القاضي، فمن البديهي أن يكون إثبات وجوده ومضمونه أمرا ضروريا، سواء من قبل الخصوم أو القاضي، ومن الجدير بالذكر أنه لا يشترط الالتزام بقواعد الإثبات التقليدية، خصوصا فيما يتعلق بالاعتراف واليمين، حيث لا يمكن الاعتماد عليهما كوسيلتين مسبقتين لإثبات مضمون القانون الأجنبي، ويرجع ذلك إلى احتمال تلاعب الخصوم بتفسير القانون الأجنبي بما يخدم مصالحهم، وهو ما أكد عليه كل من الفقه والقضاء في فرنسا.[16]

من جهة أخرى، يقر القضاء الفرنسي بإمكانية إثبات القانون الأجنبي عبر تقديم نصوصه الأصلية أو ترجمتها، بالإضافة إلى الأحكام القضائية الصادرة عن المحاكم الأجنبية والمؤلفات الفقهية التي تتناول نصوصه وشرحها، ويرى الفقه الفرنسي الحديث أنه يمكن أيضا الاستعانة بالخبرة، سواء الشفوية أو المكتوبة، كوسيلة لإثبات مضمون القانون الأجنبي، ويتمتع القاضي بسلطة تقديرية في تقييم مدى صلاحية الدليل ليكون وسيلة إثبات مقبولة، حيث يحق له التحقق من صحته والاعتماد عليه كقرينة تدعم أدلة أخرى، كما أنه غير ملزم بقبوله إذا رأى خلاف ذلك.[17]

ثانيا: حدود تطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني

رغم أن قاعدة الإسناد قد تحيل في بعض الحالات إلى تطبيق قانون أجنبي باعتباره الأنسب لحكم العلاقة ذات العنصر الأجنبي، إلا أن هذا التطبيق ليس مطلقا، بل تحده قيود وضوابط تفرضها اعتبارات السيادة الوطنية ومقتضيات النظام القانوني الداخلي، فالقاضي الوطني، وهو يلتزم بإعمال القانون الأجنبي، يظل في الوقت ذاته حارسا للنظام العام في دولته، لا يسمح بتطبيق أي نص أجنبي من شأنه المساس بالمبادئ الأساسية التي يقوم عليها المجتمع، ومن هنا يبرز أول قيد على تطبيق القانون الأجنبي، والمتمثل في استبعاده عند تعارضه مع النظام العام الوطني، إذ يعتبر هذا الأخير أداة قانونية لحماية القيم الجوهرية للدولة وسيادتها التشريعية.

كما يبرز قيد آخر لا يقل أهمية، يتمثل في حالة الغش نحو القانون، حيث قد يلجأ أحد الأطراف إلى اصطناع عنصر أجنبي أو تغيير ضابط الإسناد للتحايل على القانون الوطني والتهرب من أحكامه الآمرة، وفي مثل هذه الحالات، يمتنع القاضي الوطني عن إعمال القانون الأجنبي المختص، حفاظا على حسن سير العدالة ومنعا لاستغلال قواعد الإسناد بشكل غير مشروع.

1. استبعاد تطبيق القانون الأجنبي لمخالفته للنظام العام

يعد تمسك القاضي الوطني بالنظام العام وسيلة للاعتراض، يعبر من خلالها عن رفضه لتطبيق القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد في النزاع ذي العنصر الأجنبي، وذلك نتيجة التعارض الجوهري بين ذلك القانون الأجنبي وقانون القاضي.

1.1. تعريف النظام العام

تلعب فكرة النظام العام دورا بارزا في القانون الدولي الخاص، خاصة في مجال تنازع القوانين، فعند تطبيق النظام العام، يتم استبعاد القانون الأجنبي الذي تشير إليه قاعدة الإسناد الوطنية إذا كان يتعارض مع متطلبات حماية مجتمع دولة القاضي، ونتيجة لذلك، يتم إحلال قانون الدولة محل القانون الأجنبي، حتى وإن لم يكن هو المختص أصلا بحل النزاع، وذلك بسبب التباين الجوهري بين القوانين أو لعدم وجود تكافؤ قانوني بين التشريعين في هذه المسألة. [18]

تعد فكرة النظام العام مفهوما مرنا ومتغيرا وفقا للزمان والمكان، حيث تعكس في تغيرها نظرة المجتمع إلى القانون ودوره، وكذلك إلى الدولة ووظيفتها، فعندما يسود الفكر الفردي، تكون هذه الفكرة أكثر ضيقا، بينما تتسع في ظل انتشار المذاهب الاشتراكية، ومن خلال ذلك، يتاح للقاضي مجال واسع لتفسير القواعد القانونية وتكييفها بما يتلاءم مع القيم والنظم الاجتماعية والاقتصادية والأخلاقية والسياسية السائدة، علاوة على ذلك، فإن القواعد

المرتبطة بالنظام العام تهدف إلى ضمان الحد الأدنى الضروري من هذه الأهداف، بحيث لا يمكن الاستغناء عنه.[19]

عرف البعض النظام العام بأنه مجموعة من الأنظمة والقوانين المرتبطة ارتباطا وثيقا بحضارة دولة معينة، والتي يجب على قضاة تلك الدولة تطبيقها بشكل أساسي على أي قانون أجنبي، حتى وإن كان هذا الأخير مختصا وفقا لقواعد الإسناد التقليدية. [20]

النظام العام هو المبدأ الذي يستدعي عدم تطبيق القانون الأجنبي في الحالات التي يتعارض فيها تطبيقه مع القوانين المحلية أو مع قواعد الآداب العامة.[21]

يتبين أن مفهوم النظام العام مرتبط ارتباطا وثيقا بتطور الدولة، حيث يتطور بتطورها، كما يظهر أن النظام العام ليس مجرد فكرة قانونية فحسب، بل هو ظاهرة قانونية شاملة، ولذلك، لا يقتصر القانون العام وحده على مفهوم النظام العام، بل نجد أن هذا المفهوم يظهر في جميع فروع القانون بأشكال متعددة، ومن هنا، يمكننا القول بأن فكرة النظام العام تشغل مكانة هامة في مختلف فروع القانون، ولا سيما في القانون الدولي الخاص وقواعد تنازع القوانين عند تحديد القانون الأجنبي الواجب التطبيق.[22]

2.1. شروط الدفع بالنظام العام

يجب توفر عدة شروط لدفع بالنظام العام هذه الشروط كالآتي :

1.2.1. إشارة قواعد الإسناد الوطنية لاختصاص القانون الأجنبي المخالف للنظام العام

يترتب على هذه الشروط أنه لا يوجد حاجة لتطبيق الدفع بالنظام العام في حال عدم اختصاص القانون الأجنبي وفقا لقواعد الإسناد في دولة القاضي، وبناءا عليه، يجب استثناء هذا الدفع من النظام العام، ويلجأ القاضي الوطني إلى وسائل أخرى لاستبعاده، مثل إثبات اختصاص قانون القاضي باعتباره قانونا إقليميا يمثل قانون محل وجود المال، أو من خلال اعتباره جزءا من قوانين الشرطة والأمن، كما قد يحدث أن يرفض القانون الأجنبي الاختصاص ويحول الفصل في النزاع المتعلق بعنصر أجنبي إلى قانون القاضي، الذي بدوره يقبل الإحالة كما هو الحال في التشريع الجزائري وفقا لنص المادة 23 مكرر 1، حيث نص المشرع الجزائري صراحة على قبول الإحالة من الدرجة الأولى.[23]

2.2.1. مخالفة أحكام القانون الأجنبي بمقتضيات النظام العام في دولة القاضي

يمكن القول أن القانون الأجنبي يتعارض كليا أو جزئيا مع أحكام القانون الوطني، أو بالأحرى، لا يتفق تماما مع أحد متطلبات النظام العام في دولة القاضي، ومن الجدير بالذكر أن هذه المتطلبات تختلف من مجتمع إلى آخر ومن فترة زمنية إلى أخرى، ونظرا لصعوبة تحديد مقتضيات النظام العام عبر الأزمنة المتعاقبة، فقد منح القاضي سلطة تقديرية واسعة لتحديد ما يعد مخالفا لها، وقد استقر الفقه والقضاء في مختلف الدول على

تطبيق مبدأ النظام العام، رغم مرونته، باعتباره عنصرا قانونيا يخضع لتقدير قاضي الموضوع مع مراقبة المحكمة العليا.[24]

3.2.1. ذاتية الدفع بالنظام العام

العبرة في تقدير مقتضيات النظام العام تكون في لحظة الفصل في الدعوى، وبالتالي، إذا كان القانون الأجنبي يتعارض مع النظام العام عند نشوء المركز القانوني، ثم يعاود التعارض عند رفع الدعوى بسبب تعديل القانون الأجنبي قبل الفصل في النزاع، فلا يمكن استبعاد تطبيق هذا القانون، وفي هذا السياق، نجد أن القضاء الفرنسي منذ عام 1975 لم يعد يرفض تطبيق القانون الذي يسمح بالطلاق بالتراضي لأنه لا يتعارض مع النظام الفرنسي.

3.1. آثار الدفع بالنظام العام

يترتب على استخدام القاضي للدفع بالنظام العام في مواجهة القانون الأجنبي الذي نصت قاعدة الإسناد الوطنية على تطبيقه عدة آثار.

1.3.1.الأثر السلبي للنظام العام

الهدف من مفهوم النظام العام هو حماية المبادئ الأساسية والأسس الجوهرية التي يقوم عليها مجتمع دولة القاضي، وذلك من خلال استبعاد القانون الأجنبي الذي قد يهدد هذه المبادئ والأسس عند تطبيقه، وقد اختلف الفقهاء في مدى إمكانية استبعاد القانون الأجنبي الذي يخالف النظام العام، حيث ظهرت اتجاهات مختلفة في هذا الشأن.

أ الإستبعاد الكلي للقانون الأجنبي المخالف للنظام العام

ذهب بعض الفقهاء إلى ضرورة استبعاد القانون الأجنبي المخالف للنظام العام بشكل كامل وتطبيق قانون القاضي بدلا منه، وقد استند هذا الرأي إلى قاعدة الإسناد التي يعتمدها بلد القاضي، والتي تهدف إلى تجنب التعارض مع النظام العام، كما أن تطبيق القواعد الأخرى في القانون المستبعد قد يؤدي إلى تشويه القانون الأجنبي وتحريفه، مما يعرضه لتطبيق غير ملائم في حالات لا يستوجب فيها تطبيقه، علاوة على ذلك، فإن ذلك يتناقض مع الهدف من قواعد الإسناد في بلد القاضي، التي تهدف إلى تطبيق القانون الأجنبي بشكل كامل ودون تجزئة، وليس أخذ بعض أحكامه دون غيرها.

وقد استند مؤيدوا هذا الرأي إلى عدة حجج، من أهمها ضرورة التعامل مع القانون الأجنبي ككل واحد لا يتجزأ، لذلك، فإن استبعاد الجزء المخالف وتطبيق باقي أجزاء القانون قد يؤدي إلى تشويهه وتفتيته، مما يعرضه لتطبيق مخالف لإرادة المشرع الذي وضعه.[25]

إن اعتماد فكرة الاستبعاد الجزئي للقانون الأجنبي يتعارض مع قاعدة الإسناد الوطنية التي تسعى لتطبيق القانون الأكثر ارتباطا بالعلاقة القانونية والأقدر على تحقيق العدالة، وهذا لا يتحقق إلا من خلال تطبيق القانون الأجنبي بشكل كامل، في حين أن الاستبعاد الجزئي يؤدي إلى نتائج مغايرة تماما.[26]

بناءا على ذلك، فإن تطبيق فكرة الاستبعاد الجزئي يتناقض مع إرادة المشرع الوطني الذي وضع قاعدة التنازع، وكذلك مع إرادة المشرع الأجنبي في الدولة التي يطبق فيها القانون، ومن هنا، فإن قاعدة التنازع تتحقق فقط من خلال الاستبعاد الكامل فقط.

ب الاستبعاد الجزئي للقانون الأجنبي المخالف للنظام العام

يستند مؤيدوا هذا الاتجاه إلى مجموعة من الحجج، أبرزها أنه يجب توخي الحذر الشديد عند استخدام الأثر الاستبعادي للنظام العام، وأن يكون ذلك استثنائيا، فلا ينبغي اللجوء إليه إلا في الحالات التي تمس القواعد الأساسية لقانون القاضي، مع ضرورة أن يظل ما دون ذلك خاضعا للقانون الأجنبي المختص أصلا. [27]

الاستبعاد الجزئي للقانون الأجنبي هو السبيل الوحيد لتحقيق الغرض من قاعدة التنازع والوظيفة التي وضعها المشرع الوطني، وفي الوقت ذاته يحفظ مكانة القانون الأجنبي باعتباره صاحب الاختصاص الأصلي، أما القول باستبعاد القانون الأجنبي بشكل كامل فإنه يهدد الهدف الأساسي من قاعدة الإسناد ويفسد روحها، كما يتجاوز على الاختصاص الأصيل للقانون الأجنبي.[28]

يعتقد معظم فقهاء القانون في هذا المجال بضرورة استبعاد الجزء المخالف للنظام العام في القانون الأجنبي فقط، مع إبقاء باقي الأجزاء الأخرى سارية، وذلك بهدف الحفاظ على فعالية تطبيق القانون الأجنبي وقاعدة الإسناد التي نصت على تطبيقه.[29]

في الحالات التي يصعب فيها على القاضي الجزائري الاكتفاء باستبعاد جزء من النص القانوني الأجنبي فقط، وتطبيق النصوص الأخرى التي لا تتعارض مع النظام العام الجزائري، يجب عليه في هذه الحالة اللجوء إلى استبعاد كامل لأحكام القانون الأجنبي وتطبيق القانون الجزائري بدلا منه، على سبيل المثال، إذا كان قانون الجنسية المشترك بين أجنبيين مقيمين في الجزائر يمنع زواجهما بسبب اختلاف اللون، فإن هذا المنع لا يعوق إمكانية زواجهما وفقا للقانون الجزائري، حيث لا يتعارض مع النظام العام في الجزائر، وإذا نشأ نزاع بعد ذلك يتعلق بآثار هذا الزواج الذي تم بناء على القانون الجزائري، يتعين على القاضي استبعاد تطبيق القانون الأجنبي الذي يعتبر الزواج باطلا بموجب أحكامه.[30]

2.3.1. الأثر الإيجابي للنظام العام

إذا تبين للقاضي أن تطبيق القانون الأجنبي يتعارض مع النظام العام، فيتعين عليه أن يملأ الفراغ التشريعي الذي ينشأ عن استبعاده، ويؤكد الفقه السائد على ضرورة تطبيق القانون الوطني في هذه الحالة بدلا من القانون الأجنبي الذي تم استبعاده.[31]

3.3.1. الأثر المخفف للنظام العام

يهدف مبدأ الأثر المخفف إلى السماح بسريان القانون الأجنبي في دولة قانون القاضي، مع الاعتراف بالحقوق المكتسبة في الخارج، وذلك للحفاظ على استقرار المراكز القانونية والمعاملات الدولية الخاصة، ويتحقق ذلك من خلال تقليل حدة التمسك بمبدأ النظام العام، ومع ذلك، يستعيد النظام العام دوره عندما يتبين أن تطبيق الحق المكتسب في الخارج يتعارض مع المبادئ الأساسية التي يقوم عليها في دولة القاضي، مما يمنح القاضي سلطة تقديرية لتقييم مقتضيات النظام العام، ونظرا لغياب معيار ثابت يحدد متى ينطبق الأثر المخفف للنظام العام، يقوم القاضي بعملية موازنة بين آثار العلاقة القانونية الناشئة في الخارج ومدى قبولها داخل المجتمع، دون المساس بأسسه الجوهرية، فإذا رأى أن هذه الآثار لا تتعارض مع المبادئ الأساسية لمجتمعه، فإنه يسمح بنفاذها، أما إذا كانت تشكل خطرا على تلك المبادئ، فإنه يمتنع عن إقرارها داخل إقليمه.

أما فيما يتعلق بموقف المشرع الجزائري، فلم يعتمد جميع آثار الأثر المخفف، بل تبنى فقط الأثر الإيجابي، وهو الحل الذي يقضي بإحلال القانون الجزائري محل القانون الأجنبي في حال تعارضه مع النظام العام، فعلى سبيل المثال، إذا كانت القضية تخضع للقانون الألماني، الذي لا يجيز تعدد الزوجات، فإن القاضي الجزائري يستبعد تطبيقه ويطبق القانون الجزائري، الذي يجيز التعدد، استنادا إلى المادة 24 من القانون المدني الجزائري، التي تنص على أنه لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر، ويتم استبداله بالقانون الجزائري.

2. استبعاد تطبيق القانون الأجنبي في حال الغش نحو القانون

يعتبر الغش أو الاحتيال على القانون من العوامل التي تمنع تطبيق القانون الذي تشير إليه قاعدة الإسناد، وذلك إلى جانب الدفع بالنظام العام.

1.2. تعريف الغش نحو القانون

تعود أصول فكرة الدفع بعدم تطبيق القانون الأجنبي استنادا إلى الغش نحو القانون إلى القضاء الفرنسي، الذي كان له الفضل في الكشف عنها في مجال القانون الدولي الخاص، وقد برزت هذه الفكرة في النصف الثاني من القرن التاسع عشر عند نظر القضاء الفرنسي في إحدى القضايا التي أصبحت اليوم من أشهر القضايا في هذا المجال، والمعروفة باسم "قضية الأميرة""De bauffremont" [32].

جاء في حيثيات هذا الحكم أن الزوجة المعنية لا يمكنها الاستفادة بأي حال من الأحوال من جنسيتها الأجنبية التي حصلت عليها بغرض محدد، وهو التحايل على القانون الفرنسي الذي يمنع الزواج الثاني قبل إنهاء الأول، وبالتالي، فإن هذا التجنيس الذي جرى في تلك الظروف، وما تبعه من زواج ثان، لا يعتبران نافذين أمام الزوج الأول.

تعود هذه الواقعة إلى القرن التاسع عشر، حيث تم الفصل قانونيا بين الأمير وأميرة بوفريمونت، رغبت الأميرة في الزواج مجددا، لكن في ذلك الوقت لم يكن القانون الفرنسي يسمح بالطلاق، ومع ذلك، أتاح لها الانفصال القانوني الحق في الإقامة بعيدا عن زوجها، فانتقلت إلى "دوقية ساكس–ألدنبورج" للحصول على الجنسية الألمانية، مما أدى إلى تطبيق القانون الألماني الذي سمح بوضعها الجديد، بعد ذلك، تزوجت من الأمير بيبسكو وانتقلت معه مؤقتا إلى ألمانيا قبل أن تعود إلى فرنسا بعد الزواج.

رفع الأمير بوفريمونت دعوى قانونية لفسخ هذا الزواج، وأصدرت محكمة النقض في 18 مارس 1978 حكما يقضي بأن اكتساب الجنسية الأجنبية الطوعي دون موافقة الزوج لا يعفي الأميرة من التزاماتها وفق القانون الفرنسي، وبالتالي لا يمكنها التهرب من قيوده، وبناءا على ذلك، رأت المحكمة أن حصول الأميرة على الجنسية الألمانية لا يسري قانونيا ضد زوجها، مما أبقى على علاقتها الزوجية الأولى وأدى إلى فسخ زواجها الثاني.

أكدت محكمة النقض في قرارها على مبدأ عدم قابلية الزواج للانفصام في القانون الفرنسي، مما عزز مفهوم "الاحتيال القانوني" في القانون الدولي الخاص، إذ لا يجوز لأي شخص تغيير وضعه القانوني عمدا ليخضع لقانون أجنبي بهدف التحايل على الأحكام القانونية السارية في بلده، كما حدث في هذه الحالة مع القانون الفرنسي الذي كان يمنع الطلاق آنذاك. [33]

2.2 شرط الدفع بالغش نحو القانون

تتمثل شروط الدفع بالغش نحو القانون فيما يلي:

1.2.2. التغير الإرادي لضابط الإسناد

يتحقق الدفع بالغش نحو القانون عندما يقوم أحد أطراف العلاقة القانونية بتغيير ضابط الإسناد الذي يحدد القانون الواجب التطبيق، بهدف تفادي تطبيق قواعد قانون معين لا تتماشى مع مصالحه، فإذا لجأ أحد الأطراف إلى هذا التغيير استنادا إلى رغبته في تحقيق مصلحة شخصية، فإن ذلك يعد كافيا لتوافر الشرط الأول لتطبيق الدفع بالغش نحو القانون، فالتصرف الذي قام به الطرف المعني يعكس استغلالا لقاعدة الإسناد بما يخدم أهدافه الخاصة، مما يؤدي إلى قطع المسار الطبيعي لقاعدة التنازع وتحويله إلى قانون آخر غير الذي كان ينبغي تطبيقه وفقا للوضع الاعتيادي، وبذلك، يتمثل العنصر المادي للغش في تبديل ضابط الإسناد، أي أن الشخص يقوم باصطناع ضابط إسناد جديد ليحل محل الضابط الأصلي، أما إذا قبل الشخص منذ البداية بحكم قاعدة الإسناد ولم يتخذ أي إجراء لتغييرها، فلا يمكن الادعاء بوجود غش نحو القانون. [34]

اتفق الفقهاء على ضرورة وجود عنصر مادي لتحقيق الدفع بالغش في القانون، حيث يجب أن يحدث تغير إرادي في ضابط الإسناد، مما يؤدي إلى تغيير الاختصاص التشريعي، ويتحقق هذا الشرط فقط بالنسبة لضوابط الإسناد التي يمكن تعديلها بإرادة الأفراد، مثل الجنسية التي يتم تحديد القانون الواجب تطبيقه في قضايا الأحوال الشخصية بناءا عليها في معظم التشريعات العالمية، ذلك أن كل فرد يمكنه تغيير جنسيته، مما يؤدي إلى تغير القانون الشخصي تبعا لذلك.[35]

2.2.2.توافر نية الغش نحو القانون

يقصد بذلك نية التلاعب والتهرب من تطبيق أحكام القانون الذي يجب أن يسري على العلاقة القانونية، فلا يكفي أن يقوم الشخص بتغيير ضابط الإسناد، بل يجب أن يكون هذا التصرف مصحوبا بنية التهرب والتخلص من أحكام القانون المختص بتنظيم العلاقة.[36]

يتطلب الغش تجاه القانون وجود نية موجهة نحو التحايل على القانون المختص، حيث تقتصر هذه النية على إخراج العلاقة القانونية من نطاق اختصاص قانون معين، وذلك من خلال التلاعب لتطبيق قانون آخر، ونظرا لأن تغيير ظروف الإسناد بحد ذاته لا يتضمن دائما النية لإخراج العلاقة القانونية من اختصاص قانون معين لصالح قانون آخر، فإن تعديل ظروف الإسناد لا يعد كافيا لتطبيق نظرية الغش، بل يجب أن تكون إرادة الأفراد موجهة بقصد التحايل على اختصاص قانون معين، بحيث يكون الهدف من تغيير الاختصاص هو التلاعب بالقانون، وبذلك، يكون تغيير الاختصاص الذي ينتج عن تغيير ظروف الإسناد المقصود بحد ذاته لا يعد غشا نحو القانون.

هناك شروط أخرى لم يتم الاتفاق عليها، وهي أن تكون الأحكام التي يتم التهرب منها هي قواعد آمرة، حيث يرى بعض الفقهاء أنه ينبغي تطبيق قاعدة الدفع بعدم النفاذ على حالات التهرب من القواعد الآمرة دون المكملة، وذلك لأن القواعد المكملة لا يمكن التهرب من أحكامها، إذ يتيح المشرع للأفراد الخروج عنها، ومع ذلك، يلاحظ أن معظم الفقهاء لا يميزون بين هاتين القاعدتين فيما يتعلق بتطبيق قاعدة الدفع بالغش نحو القانون، ويعتبر الغش في القواعد المكملة أسهل، إذ يسمح للمتعاقدين مسبقا بالاتفاق على مخالفتها.[37]

لقد بدأ الفقهاء والقضاء الفرنسي بتطبيق مفهوم الغش تجاه القانون في البداية، إلا أن القضاء الفرنسي الحديث تبنى تطبيق نظرية الغش حتى في حال كان تجاه القانون الأجنبي، ويستند هذا التوجه إلى فكرة أنه لا عدالة في التمييز بين القانون الوطني والقانون الأجنبي، وبالتالي يعتبر الغش محلا للمسؤولية سواء كان تجاه القانون الوطني أو الأجنبي، خاصة أن الهدف من هذه النظرية هو مكافحة التحايل، حيث أن الغش تجاه القانون الأجنبي يعد تحايلا أيضا على قاعدة الإسناد في قانون القاضي الذي يمنح الأخير الاختصاص[38].

3.2. آثار الدفع بالغش نحو القانون

يقتصر الأثر الناتج عن الغش في القانون الداخلي على حرمان المتحايل من الاستفادة من نتيجة تصرفه الملوث بالغش وفقا لأحكام نفس القانون الداخلي، بينما في نطاق تنازع القوانين، يحرم المتحايل من تطبيق القانون المختص من خلال الغش، وقد اختلف الفقه في تحديد ما إذا كان أثر الدفع بالغش في القانون يقتصر على عدم الاعتراف بالنتيجة المستهدفة من الغش فقط، أم يمتد ليشمل النتيجة والوسيلة معا.[39]

1.3.2. عدم النفاذ يشمل النتيجة الغير المشروعة

وفقا لهذا الاتجاه، فإن النتيجة المحتملة بسبب الغش تكون غير نافذة، وبالتالي يتم استبعاد القانون الذي تم تثبيت اختصاصه عبر الغش، وإعادة الاختصاص إلى القانون المختص بشكل حقيقي وفقا لوقائع المسألة، أما الوسيلة فهي تظل قائمة ولا يمكن إنكار وجودها، ولا يملك القضاء سلطة إبطالها، حيث لا يستطيع أي قاض تقرير مدى صحة تصرفات الدولة الأخرى.

2.3.2. عدم النفاذ يشمل النتيجة والوسيلة معا

بعض فقهاء القانون يرون أن أثر الدفع بالغش يشمل النتيجة والوسيلة معا، أي أن القانون الذي تم تحديد اختصاصه عن طريق الغش، مثل تغيير الجنسية مثلا، يتم استبعاده، ويتم تطبيق القانون المختص بدلا منه، كما تلغى الجنسية الجديدة التي تم اكتسابها، بينما الاتجاه الذي تبنته معظم التشريعات هو أن عدم النفاذ يقتصر فقط على النتيجة دون الوسيلة، بمعنى آخر، يتم استبعاد القانون الذي تم تحديد اختصاصه عبر ضابط إسناد مصطنع، وهو ما أقره المشرع الجزائري في المادة 24 من القانون المدني التي نصت على استبعاد تطبيق القانون الأجنبي دون أن تتطرق لمسألة إبطال الوسيلة.[40]

الملاحظ في المادة 24 السابقة الذكر من التشريع الجزائري هو صمت المشرع وعدم تحديده للقانون الواجب التطبيق في حالة استبعاد القانون الأجنبي بسبب الغش نحو القانون، على عكس ما تم النص عليه في حالة الدفع بالنظام العام حيث ينص القانون على أن القانون الجزائري يحل محل القانون الأجنبي المستبعد، لكن فيما يتعلق بالغش نحو القانون، لم يتضمن المشرع أي نص صريح يحدد القانون الذي يجب تطبيقه عند استبعاد القانون الأجنبي، مما يعد فراغا تشريعيا أو ثغرة في القانون الجزائري، وقد ترك الأمر لتقدير القاضي، في الواقع العملي، اختلف القضاة في هذا الصدد، فبعضهم يطبق القانون الجزائري، بينما يبحث آخرون عن قانون آخر لتطبيقه، ومع ذلك، فإن أغلب الفقهاء والرأي الراجح يشددون على ضرورة تطبيق القانون الجزائري بدلا من القانون الأجنبي المستبعد.

الخاتمة:

من خلال ما سبق، يتضح أن تطبيق القاضي الوطني للقانون الأجنبي يمثل توازنا دقيقا بين احترام السيادة الوطنية ومتطلبات العدالة الدولية، إذ لا يمكن تحقيق العدالة في العلاقات القانونية ذات الطابع الدولي دون الاعتراف بإمكانية تطبيق القوانين الأجنبية متى أحالت إليها قواعد الإسناد الوطنية، غير أن هذا التطبيق

يبقى خاضعا لجملة من الضوابط القانونية، أبرزها وجوب إثبات مضمون القانون الأجنبي بوسائل مشروعة، والتأكد من عدم تعارضه مع المبادئ الجوهرية للنظام القانوني الوطني.

وفي المقابل، فإن موانع تطبيق القانون الأجنبي تعد ضمانة أساسية لحماية النظام العام ومنع التحايل على القانون الوطني، من خلال استبعاده في حال مخالفته للمبادئ الأساسية للدولة أو عند ثبوت الغش نحو القانون، وبهذا يظل القاضي الوطني أمام مسؤولية تحقيق التوازن بين مقتضيات السيادة ومتطلبات العدالة الدولية، بما يضمن احترام القواعد الوطنية دون المساس بروح التعاون الدولي.

وانطلاقا من النتائج المتوصل إليها، يمكن تقديم التوصيتين التاليتين:

1. تعزيز التكوين المتخصص للقضاة في مجال القانون الدولي الخاص، لتمكينهم من التعامل بكفاءة مع القوانين الأجنبية، سواء من حيث تطبيقها أو استبعادها، بما يضمن توحيد الاجتهاد القضائي وتحقيق العدالة.

2. تكثيف التعاون القضائي الدولي وتبادل المعلومات القانونية بين الدول، من خلال اتفاقيات وآليات عملية تتيح للقضاة الاطلاع على القوانين الأجنبية وتفسيراتها، بما يسهم في تطبيقها السليم والمتوازن أمام القضاء الوطني.

الهوامش:

[1] فتيحة بن صابر، دور القاضي في تطبيق القانون الأجنبي وفقا للتشريع الجزائري، مجلة الدراسات القانونية و السياسية ،المجلد الخامس،العدد 2، جامعة عمارة يحي، الأغواط، الجزائر،2019، ص 252.

[2] حمزة قتال، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، القواعد العامة، دار هومة للطباعة و النشر والتوزيع،2018 ،ص ص 232-233.

[3] أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر،2002، ص 141 .

[4] عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، مصر،2007 ،ص 360.

[5] أمل صبوراني، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، بحث اعد لنيل درجة الماجستير في القانون الدولي، كلية الحقوق، قسم القانون الدولي، جامعة حلب ،سوريا،2013 ،ص 13.

[6] محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، عمان، الاردن، 2007، ص253 .

[7] عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 360.

[8] شمس الدين الوكيل، دراسة مقارنة في اثبات القانون الاجنبي، دون طبعة، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1964، ص 42.

[9] سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، بيروت، 2009، ص 698.

[10] محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص 254.

[11] علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص، الطبعة 4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،1993 ،ص 134.

[12] زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص مقارنا بالقوانين الأخرى، الجزء الأول، تنازع القوانين، مطبعة الكاهنة، الجزائر ،2000،ص 224.

[13] جبار محمد، القانون الدولي الخاص،دون طبعة، الرؤى للنشر و التوزيع ،الجزائر،دون سنة النشر، ص 93.

[14] هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، دون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1980، ص 40.

[15] موحند اسعاد، القانون الدولي الخاص، قواعد التنازع، ترجمة فائز انجي، الجزء الأول، دون طبعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،1989 ،ص 219.

[16] ممدوح عبد الكريم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دون طبعة، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 1998 ،ص 219.

[17] حمزة قتال، المرجع السابق، ص297.

[18] جابر جاد عبد الرحمن، تنازع القوانين، دون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1980، ص 555.

[19] سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، دون طبعة، منشأة المعارف الإسكندرية، 1986، ص 91.

[20] عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، ج 2 ،ط 8 ،دار النهضة العربية، القاهرة، 1977، ص532.

[21] حسن الهداوي ، تنازع القوانين وأحكامه في القانون الدولي الخاص العراقي، ط02 ،مطبعة الإرشاد، بغداد، 1972، ص 106.

[22] فيصل نسيغة، رياض دنش، النظام العام، مجلة المنتدى القانوني، العدد الخامس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر الجزائر، 2013، ص 167.

[23] حمزة بوخروبة، موانع تطبيق القانون الأجنبي في ضوء المادة 24 من القانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير، قسم الحقوق، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة سطيف 2013،2014، ص 45.

[24] حسن الهداوي، المرجع السابق، ص 176.

[25] سلطان عبدالله محمود، الدفع بالنظام العام وأثره، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 12،العدد 43، 2010، ص94.

[26] عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، ط1، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، بيروت،2008، ص214.

[27] ختام عبد الحسن، موانع تطبيق القانون الأجنبي، مجلة الكلية الإسلامية الجامعية، النجف الأشرف، العراق مجلة علمية اقتصادية محكمة العدد 6 ،2009 ،ص 287.

[28] جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، 2005، ص 204.

[29] فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد، الوجيز في القانون الدولي الخاص، تنازع الإختصاص القضائي الدولي، ج02، دون طبعة، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، دون ذكر السنة، ص 145.

[30] محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، ط02، مؤسسة الثقافة الجامعية، القاهرة، 1992 ،ص 517 .

[31] حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، المبادئ العامة في تنازع القوانين،دون طبعة، منشورات الحلبي، لبنان،2007، ص 305.

[32] نسرين شريف و بوعلي سعيد، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين الجنسية، ط 1، دار بلقيس الجزائر،2003 ،ص 110.

[33] محمد ضو فضيل، موانع تطبيق القانون الأجنبي في القانون الدولي الخاص، مجلة كلية الشريعة والقانون، دقهلية، العدد 24، لسنة 2022، الإصدار الأول، الجزء 4، ص 2715 ،2716.

[34] عبد المنعم زمزم، الوسيط في القانون الدولي الخاص، دون طبعة، دار الثقافة العربية ،2010، ص 189.

[35] كيحل كمال، الغش نحو القانون في تنازع القوانين، مجلة البحوث والدراسات، قسم الحقوق والعلوم الإدارية الجامعة الإفريقية بأدرار، عدد 8، جوان2009، ص 76.

[36] أعراب بلقاسم ،المرجع السابق، ص 190.

[37] أحمد عبد الكريم سلامة، الأحوال في التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية، مصر، 2008، ص 552.

[38] أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 194.

[39] حمزة قتال، المرجع السابق، ص 379.

[40] زروتي الطيب، المرجع السابق، ص 301.