التطور التشريعي للمبادئ العامة لتنازع القوانين ضمن تعديلات 2005

د . قتال حمزة – جامعة البويرة

مقدمة

تعتبر أحكام تنازع القوانين من المواضيع الأكثر حساسية بالتطور الدولي السياسي والاقتصادي والاجتماعي، لذا فإن تفتح المجتمع الجزائري على المجتمعات الأخرى مع تطور وسائل النقل والاتصال، وتزايد العلاقات الاجتماعية والاقتصادية بين الجزائريين وغيرهم، وتطور أساليب التعامل التجاري، وتبني الجزائر نظام الاقتصاد الحر، ورغبتها الواضحة للانضمام إلى المنظمة العالمية للتجارة، كل هذه الأسباب دفعت المشرع إلى الشروع في مراجعة النصوص المتعلقة بتنازع القوانين بموجب القانون 10.05[1] لأجل "...مطابقتها مع المعايير والأسس الموحدة للتعامل في عالم اليوم والقيم الإنسانية المشتركة، المكرسة في المواثيق والعقود والاتفاقيات الدولية التي وقعت عليها الجزائر..."[2].

ونريد أن نحدد مظاهر تأثر النصوص المعدلة المنظمة لمبادئ تنازع القوانين بهذه المعايير والقيم العالمية، وما إذا استطاع المشرع أن يواكب التطورات الحاصلة في العلاقات الدولية الخاصة، وذلك من خلال دراسة التعديلات التي خصت بها آليات إعمال قواعد الإسناد (المبحث الأول)، ثم آليات التعامل مع القانون الأجنبي المختص(المبحث الثاني).

المبحث الأول:استحداث آليات جديدة لإعمال قواعد الإسناد

لقد اعتمد المشرع الجزائري ضابط الجنسية كأصل عام في مسائل الأحوال الشخصية لتحديد القانون المختص لحكم هذه المسائل، غير أن إعمال هذا الضابط يثير مشاكل وصعوبات، وهذا ما جعل المشرع يعتمد حلولا لمواجهتها(المطلب الأول) ولأجل التيسير على القاضي في تطبيق القوانين الأجنبية ومواجهة الصعوبات التي تواجهه، وتحقيق التنسيق بين الأنظمة القانونية اعتمد المشرع الإحالة من الدرجة

1- القانون05- 10 المؤرخ في 20 يوليو 2005المعدل والمتمم للقانون المدني، ج ر 2005، 44، ص17.

2- ضمن كلمة وزير العدل حافظ الأختام، في الجلسة العلنية المنعقدة للمجلس الشعبي الوطني في 2005/03/15 المتضمنة لتقديم مشروع القانون10/05المعدل والمتمم للقانون المدني، ج ر للمداولات، 2005، 147، ص4، بعد أن قال"..إن مشروع تعديل القانون المدني يأتي إذن، في سياق السياسة العامة للدولة ومنحاها نحو التفتح على المجتمع الدولي وشعوب العالم بغرض التكامل والتواصل معها في شتى المجالات لضمان تقدم بلادنا ورفاهية شعبنا.ولذلك فهو يهدف إلى ملاءمة الأحكام الأساسية في قانوننا المدني الحالي مع الحاضر السياسي والواقع الاقتصادي للبلاد...".

الأولى (المطلب الثاني)، كما أنه قد تعرض على القاضي مسائل يفتقر النظام القانوني الوطني لقواعد إسناد تنظمها، فأوجد المشرع حلا للمبادئ العامة للقانون الدولي الخاص(المطلب الثالث).

المطلب الأول: مواجهة مشكلات إعمال ضابط الجنسية

يثير ضابط الجنسية صعوبات عديدة من الناحية العملية، وذلك عند إعماله من طرف القاضي الوطني، وقد وضع لها المشرع حلولا خاصة بها في حالة اختصاص قانون دولة متعددة الشرائع(المطلب الأول)، وحالات انعدام أو تعدد الجنسية(المطلب الثاني).

الفرع الأول: اختصاص قانون دولة متعددة الشرائع[1]

قد تشير قاعدة الإسناد الوطنية باختصاص قانون دولة تتعدد فيها الشرائع، فيثير هذا التعدد التشريعي مشكلة للقاضي في تحديد التشريع الداخلي الذي يطبق على النزاع، فهل يترك القاضي هذه المهمة للدولة متعددة الشرائع أم أنه يسترشد بقانونه في تحديد التشريع الداخلي الواجب التطبيق؟ وقد اقترح الفقه عدة حلول لحل هذا المشكل(أولا)، ما لم يتصدى المشرع فيضع آلية ترشد القاضي الوطني لتحيد التشريع المختص(ثانيا).

أولا: الخلاف الفقهي حول تحديد التشريع الداخلي المختص

عرفت مسألة تحديد التشريع الداخلي المختص في قانون دولة مركبة خلافا فقهيا بين رأي يقول بتطبيق قانون القاضي(1) ورأي آخر يقول بتطبيق القانون الأجنبي المختص(2).

1ـ تطبيق قواعد الإسناد لقانون القاضي

يرى اتجاه في الفقه[2] بأن تحديد التشريع المختص من بين التشريعات الداخلية في الدولة المركبة هو من اختصاص هو قاعدة الإسناد ذاتها التي أشارت باختصاص قانون هذه الدولة، ويحتج هذا الرأي بالحجج الآتية[3]:

1- راجع، د/ عمر بلماحي، دراسات في القانون الدولي الخاص المعاصر، نظرية التكييف، دار الهدى، الجزائر، 2008، ص174،173.

2- كالفقيه « *R Ago*»أشار إليه د/عبد الكريم أحمد سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2008، ص221.

3- راجع: د/إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، بدون دار نشر، جامعة عين شمس، مصر، ص221؛ د/ عبد الكريم أحمد سلامة، المرجع السابق، ص222.

ـ لا تتمتع القواعد القانونية الأجنبية بالصفة القانونية إلا إذا تم استقبالها في النظام القانوني الوطني، فلا يمكنها إذن حل أي مشكلة قانونية، كتحديد الاختصاص مثلا إلا إذا تم هذا الاستقبال.

ـ التنازع بين التشريعات الداخلية في دولة مركبة وإن كان داخليا فهو يعد جزءا من القانون الدولي الخاص، تختص بحكمه قواعد الإسناد في قانون دولة القاضي.

ـ تطبيق قواعد الإسناد لقانون القاضي يمليه الأصل التاريخي لتنازع القوانين، حيث كانت مهمة قواعد الإسناد هي حل التنازع بين أعراف المدن الإيطالية، ولم يكن حينذاك تنازع دولي.

ـ إن إعمال قاعدة الإسناد لقانون الدولة المركبة، لتحديد التشريع الداخلي المختص، يستلزم من القاضي إعمال ضابط إسناد قد يكون مختلفا عن المعتمد في قاعدة الإسناد الوطنية، وتكييفا يعتمد مفاهيم أجنبية، قد تساعد على إهدار الاعتبارات التي تنهض عليها قاعدة الإسناد الوطنية.

و يفرق أنصار هذا الاتجاهفي إعمال قاعدة الإسناد الوطنية بين ضوابط الإسناد، فإذا كان الضابط ماديا، كالموطن وموقع المال مثلا، فالأمر سهل لأنه يتعلق بالإقليم الذي يتوطن فيه الشخص، أو يقع فيه المال.

أما إذا كان الضابط معنويا، لا يمكن إدراكه بالحس، كضابط الجنسية أو ضابط الإرادة مثلا، فإن الأمر صعب نوعا ما، فبالنسبة لضابط الجنسية، فقانون الجنسية هو المختص، ويطبق تشريع العاصمة عند البعض، والبعض الآخر يرى بوجوب النظر إلى طبيعة الدولة فإذا كانت فيدرالية فيتعين إحلال ضابط الرعوية المحلية أو الانتماء إلى الولاية محل ضابط الجنسية، وإذا كانت دولة بسيطة فيطبق ضابط الموطن بدل الجنسية[1].

أما بالنسبة لضابط الإرادة، ففي حالة اتفاق الأطراف، صراحة أو ضمنا، على تشريع داخلي فهو الذي يطبق، أما إذا اقتصر اتفاقهم على قانون الدولة دون أحد تشريعاتها الداخلية، فأنه يتم الرجوع إلى قواعد هذا القانون لتحديد التشريع الداخلي المختص، على أساس أن إرادتهم قد انصرفت ضمنا إلى ذلك حينما اختاروا قانون تلك الدولة، أما إذا انعدمت هذه القواعد تطبق ضوابط الإسناد الاحتياطية في قاعدة الإسناد الوطنية، كضابط الموطن المشترك، أو محل الإقامة[2].

1- د/إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص121.

2- د/ عبد الكريم أحمد سلامة، المرجع السابق، ص224.

2ـ تطبيق قواعد القانون المختص(قاعدة التفويض)

يرى الفقه الغالب[1] بوجوب إعمال قواعد التنازع للقانون المختص لتحديد التشريع الداخلي المختص، ويطلق على هذه العملية اصطلاح "التفويض" باعتبار أن مشرع دولة القاضي يفوض القانون الأجنبي في تعيين الشريعة الداخلية واجبة التطبيق[2]، ويستند إلى عدة حجج هي[3]:

ـ إن وظيفة قاعدة الإسناد الوطنية هي فض التنازع بين قوانين دول وليس بين شرائع داخلية لدولة ما.

ـ إن القانون واجب التطبيق هو الأقدر على رسم نطاق تطبيق قواعده الداخلية، وهو يكفل التحديد الدقيق للشريعة الداخلية المختصة.

ـ إن الرجوع إلى القانون الواجب لتحديد أي من تشريعاته الداخلية مختصا لا يعني قبول الإحالة التي تكون بين قوانين دول وليس بين قوانين داخلية في دولة واحدة، كما أن الأمر يتعلق بتكييفات ثانوية تخضع للقانون واجب التطبيق.

ثانيا: موقف المشرع من حالة تعدد الشرائع

لقد حسم المشرع مسألة تحديد التشريع الداخلي في الدولة متعددة التشريعات، وذلك بموجب المادة 23 من القانون المدني[4]، التي عالجتها عن طريق إعمال قاعدة التفويض، أي تفويض القانون الأجنبي المختص نفسه ليحدد أيا من الشرائع الداخلية هي المختصة في حل النزاع[5].

1- كالفقيهين« *Battifol* » و « *Lagarde* » والفقيهين « *Lousouarn* » و« *Bourel* » راجع: د/عبد الكريم أحمد سلامة، المرجع السابق، ص326.

2- د/إبراهيم أحمد إبراهيم، االمرجع السابق، ص122.

3- راجع: د/إبراهيم أحمد إبراهيم، االمرجع السابق، ص122؛ د/ عبد الكريم أحمد سلامة، المرجع السابق، ص325.

4- تنص المادة 23 من القانون المدني التي تنص "متى ظهر من الأحكام الواردة في المواد المتقدمة أن القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة معينة تتعدد فيها التشريعات فان القانون الداخلي لتلك الدولة هو الذي يقرر أي تشريع منها يجب تطبيقه.

إذا لم يوجد في القانون المختص نص في هذا الشأن، طبق التشريع الغالب في البلد في حالة التعدد الطائفي أو التشريع المطبق في عاصمة تلك البلد في حالة تعدد الإقليم".

5-يختلف التفويض عن الإحالة، أنه في التفويض لا يتخلىالقانون المسند إليه عن اختصاصه لقانون دولة أخرى كما في الإحالة، إنما يسنده إلى تشريع داخلي في الدولة نفسها، وقد اختلف الفقه حول نطاق هذا التفويض فيما إذا كان يخص فقط الضوابط التي لا تسمح بحد ذاتها إطلاقا بتعيين التشريع الداخلي، كالجنسية مثلا، أم أن إعماله يشمل كل الضوابط، راجع، د/ هشام علي صادق، تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، مصر، 2007، ص121، لكن أمام عموم نص المادة 23 سالفة الذكر يتبين أن نطاق التفويض يشمل جميع الضوابط .

وقد جاءت المادة في صياغة عامة وشاملة تتسع لجميع أنواع الضوابط، و وصريحة لتشمل صور التعدد التشريعي كلها سواء كان إقليميا، أو شخصيا، وأجابت على التساؤل حول فرضية خلو القانون المختص من قواعد هذا التحديد.

فنكون بصدد التعدد الإقليمي عندما يختص كل تشريع بحكم نطاق إقليمي معين في الدولة متعددة الأقاليم[1]، كما هو الشأن في الولايات المتحدة الأمريكية مثلا، وطبقا للمادة سالفة الذكر فإن القانون الداخلي لتلك الدولة هو الذي يقرر أي تشريعمن التشريعات الإقليمية يجب تطبيقه، أما إذا لم يوجد في القانون المختص نص في هذا الشأن، يكون التشريع المطبق في عاصمة تلك البلد هو المختص بحكم النزاع.

ونكون بصدد التعدد الشخصي عندما تختص كل طائفة من السكان في الدولة بتشريع معين، وغالبا ما يكون أساس هذا التعدد هو الديانة أو الجنس[2]، كما هو الشأن في لبنان ومصر وباقي دول الشرق الأوسط مثلا، وطبقا للمادة سالفة الذكر فإن القانون الداخلي لتلك الدولة هو الذي يقرر أي تشريع من التشريعات الشخصية يجب تطبيقه، أما إذا لم يوجد في القانون المختص نص في هذا الشأن، يكون التشريع الغالب في البلد هو المختص بحكم النزاع.

الفرع الثاني: حالة تعدد الجنسية أو انعدامها

قد تطرأ أمام القاضي صعوبات عملية عندما يريد تحديد قانون الجنسية ومن ثمة تطبيقه على المسألة المعروضة أمامه، وذلك بشأن الأشخاص الذين يتمتعون بأكثر من جنسية(أولا)، أو الذين ليست لهم جنسية أصلا(ثانيا)، وقد تصدت لهذا الإشكال المادة 22 من القانون المدني[3]، فحددت القانون المختص في هذه الحالات.

1- د/ عليوش كربوع كمال، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار هومة، الجزائر، 2006 ، ص110.

2- د/ عليوش كربوع كمال، المرجع والموضع نفسه.

3- تنص المادة 22 من القانون المدني "في حالة تعدد الجنسيات يطبق القاضي الجنسية الحقيقية.

غير أن القانون الجزائري هو الذي يطبق إذا كان للشخص في وقت واحد، بالنسبة إلى الجزائر الجنسية الجزائرية، وبالنسبة إلى دولة أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدول.

وفي حالة انعدام الجنسية يطبق القاضي قانون الموطن أو قانون محل الإقامة".

أولا: تعدد الجنسيات

لقد ميزت المادة 22 من القانون المدني في حالة تعدد الجنسيات لشخص واحد بين حالتين:

1ـ تمتع الشخص بعدة جنسيات من بينها الجنسية الجزائرية

لو ثار نزاع يخص شخصا يتمتع بجنسيات عديدة، وكان من بينها الجنسية الجزائرية، فطبقا للمادة 22 من القانون المدني فإن القاضي يعتد بالجنسية الجزائرية، حيث يعتبر هذا الشخص جزائريا فيطبق عليه القانون الجزائري في المسائل التي يتم فيها إعمال ضابط الجنسية، كمسائل الأهلية أو مسائل الزواج مثلا.

ويبرر الفقه هذا الموقف بالصفة السيادية للدولة في تحديدها للأفراد الذين يشكلون رعاياها، وتحديدها لعنصر السكان فيها[1].فبعض التشريعات لما أسندت مسائل الأسرة إلى قانون الجنسية، فهي قد استندت إلى أسس متعددة مستمدة من فكرة سيادة الدولة على رعاياها، بالإضافة إلى أسس أخرى دينية واجتماعية وثقافية تسمح للدولة أن تتبع رعاياها ولو كانوا خارج إقليمها[2].

2ـ تمتع الشخص بعدة جنسيات ليس من بينها الجنسية الجزائرية

عند تمتع الشخص بجنسيات عديدة، وليس من بينها الجنسية الجزائرية، فطبقا للمادة 22 من القانون المدني فإن القاضي يعتد بالجنسية الحقيقية، أي الجنسية الفعلية، أو الواقعية، أي الجنسية التي يرتبط بهاالشخص أكثر من غيرها[3]، ويظهر ذلك من الوقائع والظروف التي تحيط بالشخص. والملاحظ على هذا الموقف أن المشرع لم يستند فقط على معيار تبعية الشخص سياسيا إلى دولة ما، إنما على معيار التبعية الفعلية والواقعية إلى الدولة[4].

1- د/ محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2011، ص111.

2- د/ محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص111.

3- لقد استعمل المشرع مصطلح الجنسية "الحقيقية"، وهو يفهم منه الجنسية المكتسبة طبقا لأحكام القانون، وهذا لا ينطبق على جنسية الدولة الأكثر ارتباطا بالشخص « *nationalité effective*» راجع، د/الطيب زروتي، قراءة في إصلاح أحكام تنازع القوانين في الجزائر بقانون 05ـ 10، مجلة المحكمة العليا، 2006، 01، ص90.

4- د/ محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص112.

ثانيا: انعدام الجنسية

لو ثار نزاع يخص شخصا لا يتمتع بأي جنسية فطبقا للمادة 22 من القانون المدني فإن القاضي قانون الموطن أو قانون محل الإقامة.

وقد كانت هذه المادة قبل تعديلها في 2005 تترك للقاضي سلطة تعيين القانون الشخصي لعديم الجنسية، وهو ما يتناقض مع أحكام الاتفاقيات التي صادقت عليها الجزائر، كمعاهدة نيويورك لسنة 1954 الخاصة بعديمي الجنسية[1]، التي تقضي بتطبيق قانون الموطن أو قانون محل الإقامة، وهذا ما استدركه المشرع بموجب تعديل 2005، حيث أسند المسائل التي تخص ضابط الجنسية لعديم الجنسية إلى قانون موطنه أو قانون محل إقامته[2].

المطلب الثاني: قبول الإحالة من الدرجة الأولى

يقصد بالإحالة تلك النظرية التي تقول بوجوب تطبيق قواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص بحكم العلاقة بمقتضى قواعد الإسناد متى اختلفت مع هذه الأخيرة وكان التنازع بينهما سلبيا[3]. وتثور مشكلة الإحالة[4] إذا توافرت عدة مفترضات أساسية وهي: أن يختص بموجب قاعدة الإسناد الوطنية قانون أجنبي، وأن يكون ضابط الإسناد لقاعدة الإسناد الوطنية مختلفا عن ضابط الإسناد لقاعدة الإسناد في القانون الأجنبي، أو أن يختلف مفهوم هذا الضابط فيهما[5].

1- صادقت الجزائر على معاهدة نيويورك لعديمي الجنسية بموجب المرسوم رقم274/63 المؤرخ في 1963/07/25، ج ر 1964، 15.

2- د/ الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، تنازع القوانين، مطبعة الفسيلة، الجزائر، 2008، ص90.

3- د/ عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص المصري، الجزء الثاني، في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، دار النهضة المصرية، القاهرة، مصر، ط03، ص21.

4- تعتبر الإحالة نظرية حديثة نسبيا، وقد ارتبط ظهورها بشكل أساسي بالقضاء الفرنسي في قضية مشهورة تعرف بقضية *"Forgo"*. حيث قضت محكمة النقض في 1878/07/24بأنه يتعين على محكمة الاستئناف أن تطبق قاعدة إسناد القانون المختص، لا أن تطبق قواعده المادية التي تعطي الحل المباشر للنزاع. ومنذ هذه القضية استطرد القضاء الفرنسي في الأخذ بها، وكانت بذلك نقطة البداية التي أثارت جدلا فقهيلصاخبا حول هذه المشكلة مازال مستمرا بين مؤيد لها ومعارض، وكان لذلك أثره في إعمالها قضائيا والأخذ بها تشريعيا، راجع، د/ موحند إسعاد، القانون الدولي الخاص،الجزء الأول، قواعد التنازع، ترجمة فائز أنجق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989، ص195؛ *Lerebours Pigeonnière(P) et Lousouawrn (Y), Droit international privé, DALLOZ, 8ème édition, 1970, p468 ,481*

5-فإذا أردنا مثلا تطبيق المادة 1/10 من القانون المدني الجزائري، على مسألة تخص أهلية شخص انجليزي، نجد أنها تشير باختصاص القانون الإنجليزي بوصفه قانون الجنسية، وعندما نطبق قواعد الإسناد في هذا القانون سوف تحيلنا إلى قانون موطن هذا الشخص، فإذا كان هذا الأخير متوطنا بانجلترا قضت باختصاص القانون الانجليزي، أماإذا لم يكن كذلك رفضت اختصاصه وأحالت إلى قانون

و قد عرفت الإحالة اختلافا فقهيا بين مؤيد ومعارض(الفرع الأول)، وقد تأثر المشرع بهذا الخلاف الفقهي، حيث اعتمد الإحالة بعد أن كان واكتفى منها بالدرجة الأولى(الفرع الثاني).

الفرع الأول: الاختلاف الفقهي حول الإحالة

عرفت الإحالة جدلا فقهيا واسعا بين فقهاء القانون الدولي الخاص، وقد تمحور هذا الاختلاف في اتجاهين اثنين، الأول يرفض الإحالة(أولا) والثاني يرى بإعمالها(ثانيا).

أولا: الاتجاه الرافض للإحالة

يرى جانب من الفقه[1] بأنه عندما تعين قاعدة الإسناد القانون المختص، فيجب على القاضي أن يطبق مباشرة قواعده الموضوعية دون تطبيق قواعد الإسناد في هذا القانون، وحجتهم في ذلك[2]:

- أن قواعد الإسناد من قواعد القانون العام، فهي إقليمية التطبيق فلا يطبقها إلا القاضي الوطني، كما أن الطابع السياسي لوظيفة قاعدة الإسناد يؤكد ذلك، ذلك أنها تفصل بين السيادات التشريعية للدول ذات الصلة بالنزاع[3].

- إن إعمال الإحالة من شأنه أن يقودنا إلىحلقة مفرغة، فعند إعمال قواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص قد ترفض الاختصاص لقانونها وتحيل النزاع إلى قانون آخر وعند استشارة قواعد إسناده قد ترفض الاختصاص أيضا وتحيل النزاع إلى قانون آخر الذي قد يحيل بدوره إلى القانون الأجنبي

موطن الشخص، الذي قد يكون القانون الجزائري فهذه إحالة من الدرجة الأولى(الرجوع) أو يكون قانونا أجنبيا آخر فهي إحالة من الدرجة الثانية، وقد تستشار قواعد إسناد هذا الأخير فترفض الاختصاص له وتحيل على قانون آخر، وهذه هي الإحالة من الدرجة الثانية.راجع في أنواع الإحالة: د/أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص437؛

Mayer (P) et Heuzé (V), Droit international privé, Delta, 8ème édition, 2005, p158

1-من الفقهاء الرافضين للإحالة نجد "Niboyet" و "Lerepours Pigeonnière" و"Brtin" و "Pillet" راجع، د/ عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص146، ومنهم أيضا، د/عبد الحميد أبو هيف، القانون الدولي الخاص في أوربا ومصر، مطبعة الاعتماد، القاهرة، مصر، 1924، ص314،302، د/ جابر جاد عبد الرحمان، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1970، ص630؛ د/ هشام علي صادق، المرجع السابق، ص114؛

Niboyet(P J), Cours de droit international privé français, 2ème édition, librairie du recueil sirey, 1949, p482 ;Lerebours Pigeonnière(P) et Lousouawrn (Y), op, cit., p467

2- راجع، د/ جابر جاد عبد الرحمان، المرجع السابق، ص627.

3- راجع، د/أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في في التنازع الدولي للقوانين، ص445.

المختص، ولا مجال للخروج مهذه المتاهة إلا بإهمال إعمال قواعد التنازع في القانون الأجنبي وتطبيق قواعده الموضوعية مباشرة، أي رفض الأخذ بالإحالة.

ـ الإجحاف بحقوق الأشخاص، بأن يطبق عليهم نظام قانوني ليسو خاضعين له أصلا وغير مقرر في بلادهم[1]، كأن تحيل قواعد الإسناد في القانون الانجليزي الفصل في نزاع يخص أهلية انجليزي متوطن في الجزائر على القانون الجزائري.

ـ منع إلزام القاضي من حل تنازع القوانين مرتين، فمشكلة تنازع القوانين تحل عند إعمال قواعد التنازع لقانون القاضي واختيار القانون واجب التطبيق، لكن إعمال قواعد الإسناد في هذا القانون تعني الفصل من جديد في تنازع قوانين.

ثانيا: الاتجاه المناصر للإحالة

يرى هذا الاتجاه[2] بأنه لما تشير قواعد الإسناد في قانونه باختصاص قانون أجنبي، يجب على القاضي أن يطبق قواعد الإسناد في هذا القانون، لمعرفة هل تؤكد له الاختصاص، أم أن قانونا آخر هو الأجدر بالتطبيق وحججهم في ذلك:

ـ أن قاعدة الإسناد تنفذ إسنادا إجماليا للقانون الأجنبي، فهذا الأخير كل لا يتجزأ، ويعامل على هذا الأساس، وعليه فهو يختص بصفته نظاما قانونيا متكاملا في قواعده الموضوعية وقواعد إسناده، فلا مبرر

1- د/علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص52.

2-من الفقهاء المناصرين للإحالة نجد د/عز الدين عبد الله والذي أشار أيضا إلى *"Wolff"* و*"Frankenstein"*، المرجع السابق، ط 03، ص 147، 153؛ د/ علي علي سليمان، المرجع السابق، ص55؛

Battifol (H) et Lagarde (P), Droit international privé, Tome1, 8ème édition, L.G.D.J, Paris, p497; Mayer (P) et Heuzé (V), op, cit., p160.

وقد تأثر به القضاء أيضا، فقد استقر القضاء الفرنسي على الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى منذ قضية *"Forgo"*، أي الإحالة التي تؤدي إلىتطبيق القانون الفرنسي، وقد أسست محكمة النقض الفرنسية ذلك على أن قواعد الإسناد الفرنسية لن يضيرها في شيء قبول إحالة قواعد الإسلد الأجنبية إلى القانون الفرنسي، كما أن في هذا الحل تجنب الخلاف، ومن شأنه أيضا تحقيق فائدة تطبيق القانون الفرنسي، بل أن هناك قرار في 1963/05/15أخذت فيه محكمة النقض الفرنسية بالإحالة من الدرجة الثانية،

Voir,Civ.15/01/1963,Rev.crit.DIP1964.532,note Lagad, JDI.1963.1016,note Malaurie, JCP 196.II.13365, note Motulsky, Ga n°38.

لتجزئته والتمييز بين قواعده، كما أن تطبيق قواعده الموضوعية دون قواعد إسناده رغم رفض هذه الأخيرة الاختصاص إهدار لإرادة المشرع الأجنبي[1].

- إن إعمال قواعد إسناد القانون الأجنبي المختص يقود إلى الفصل في النزاع بذات الطريقة التي سيفصل بها قاضي الدولة الأجنبية لو أن النزاع قد عرض عليه، ويحقق بالتالي اتساقا في حلول تنازع القوانين بين الدول ذات الصلة بالنزاع، وذلك يؤدي إلى تيسير تنفيذ الأحكام الأجنبية[2].

- إن الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى من شأنه أن يوسع من دائرة تطبيق القانون الوطني، كما أنه يساهم في تسهيل عمل القاضي خاصة إذا ما اختص قانون دولة تتعدد فيها الشرائع، إذ سيعفى من مشقة البحث في القوانين الداخلية في هذه الدولة[3].

- إن قبول الإحالة يؤدي إلى استقلال حل النزاع عن اختيار المحكمة، إذ يصبح ليس من المؤكد تطبيق القانون الذي تشير باختصاصه قواعد الإسناد في قانونها، مما يسد الطريق أمام الخصوم للغش نحو القانون[4].

وبعد عرض الاختلاف الفقهي حول الإحالة، نلاحظ أنه رغم وجاهة أسانيد وحجج رافضي الإحالة، إلا أن الغلبة كانت لمناصري الإحالة، والدليل هو أن هذا الاتجاه قد غض الطرف عن البحث عن مبررات الإحالة وأصبح يولي الاهتمام بالبحث عن الأساس القانون للإحالة، والذي اختلف فيه كما عرضنا ذلك سابقا.

1- هذه الحجة انتقدها رافضو الإحالة، لأن القول بالإسناد الإجمالي للقانون الأجنبي للوصول إلى إعمال قاعدة الإسناد فيه يخالف الوظيفة الأساسية لقاعدة الإسناد الوطنية وهي اختيار القانون الملائم لحل المسالة وليس قواعد الإسناد الأجنبية، راجع، د/عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2004، ص196.

2-شكك رافضو الإحالة في الوصول إلى هذا التناسق، كون ذلك متوقف على أخذ بعض الدول بالإحالة دون أن تأخذ بها دول أخرى، ونفس الأمر بالنسبة لتيسير تنفيذ الأحكام الأجنبية، إذ أن ذلك قاصر على الحالة التي يكون الحكم الصادر واجب التنفيذ دولة القانون واجب التنفيذ الذي يجب إعمال قاعدة الإسناد فيه وهو فرض نادر، راجع، د/ حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، المبادئ العامة في تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007، ص154.

3- د/الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، ص117، 118، وهذه الحجة انتقدها رافضو الإحالة، بقولهم بأن الغلو في السعي إلى تسهيل مهمةالقاضي وتوسيع دائرة سلطات قانونه من شأنه أن يمس بتحقيق الاستقرار والأمان القانوني لعلاقات الأشخاص عبر الحدود، وأن يؤدي إلى إلغاء قواعد التنازع، والقول باختصاص قانون القاضي بحكم جميع النزاعات داخلية كانت أم دولية، راجع، د/أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص448.

4- د/أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع والموضع نفسه.

الفرع الثاني: الإحالة في القانون الجزائري

قبل تعديل القانون المدني بموجب القانون 10/05 كان الفقه مختلفا حول ما إذا كان المشرع قد اعتمد الإحالة أم لم يعتمدها[1] والسبب في ذلك عدم وجود نص يقض بذلك.

لكن المشرع وبموجب تعديل2005 أضاف نصا قانونيا وهو المادة 23 مكرر1[2]، حيث أفصح عن موقفه من لإحالة، فاعتمد الإحالة من الدرجة الأولى.

لكن الملاحظ عند قراءة هذا النص أن هناك تناقضا ظاهرا بين فقرتيه، الأولى التي تأمر القاضي بتطبيق القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي المسند إليه دون النظر في قواعد إسناده، فالإسناد فيها موضوعي، في حين تأمر الفقرة الثانية القاضي أن يستشير قواعد الإسناد تلك، لتحيل إلى القانون الجزائري فيطبقه، فالإسناد فيها إجمالي.

وهذا الوضع كما يرى البعض يجعل القاضي في حيرة من أمره، إما أن يأخذ بالإحالة فهو هنا قد خالف قاعدة آمرة وهي الفقرة الأولى من المادة، وإما ألا يأخذ بالإحالة فيكون قد خالف الفقرة الثانية من نفس المادة التي تأمره بالأخذ بها، وهي قاعدة آمرة وفي كلتا الحالتين يعتبر موقفه من الإحالة تجاوزا للسلطة يترتب عليه إلغاء الحكم الذي سيصدره، ويقترح حلا لذلك وهو تعديل المادة 23 مكرر1 بما

1- من الفقهين للإحالة من يرى باستحالة اعتماد المشرع للإحالة طالما أن قانون الأحوال الشخصية ليس علمانيا، كالدكتور موحند إسعاد، المرجع السابق، ص208 ورأى آخرون بأنها "غير مقبولة طبقا للقانون الجزائري، وهي استثناء يجب النص عليه صراحة ولا يجوز أن يستنتج بطريق الاستنتاج أو القياس" كالدكتور عليوش كربوع كمال، المرجع السابق، ص108، ومنهم من يرى في رفضها أفضل، لأن الأخذ بالإحالة سوف يلحق ضررا بتوقعات الأفراد خاصة في الإحالة من الدرجة الأولى، إذ سوف تطبق الشريعة الإسلامية على الأجانب كالأستاذ عبد الكريم بلعيور، المرجع السابق، ص65 أما الاتجاه الفقهي الداعم للإحالة، فمنهم من يرى بأن المشرع الجزائري لم يأخذ بها ما دام لا يوجد نص صريح بذلك، لكونها استثناء يجب النص عليه، ويثمنوا "لو أن القانون الجزائري أخذ بها في صورتها الأولى على أن يكون ذلك في نطاق الأحوال الشخصية"كالدكتور علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص11 ومنهم من يرى بأن المشرع الجزائري قد أخذ بالإحالة، ويستندون إلى حجج أنصار الإحالة، كتوسيع لدائرة القانون الجزائري وتسهيل مهمة القاضي مثلا كالدكتور الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، ص126.

2- تنص المادة 23 مكرر1 من القانون المدني إذا تقرر أن قانونا أجنبيا هو الواجب التطبيق فلا تطبق منه إلا أحكامه الداخلية دون تلك الخاصة بتنازع القوانين من حيث المكان.

غير أنه يطبق القانون الجزائري إذا أحالت عليه قواعد تنازع القوانين في القانون الأجنبي".

يتماشى و المنطق القانوني والحكمة من وضع قاعدة الإسناد، وذلك بحذف الفقرة الأولى والإبقاء على الثانية، وتبني الإحالة من الدرجة الأولى[1].

أما آخرون فيرون أنه بالرجوع للفقرة الأولى من المادة يتبين بوضوح وصراحة رفض المشرع الجزائري للإحالة من حيث المبدأ في جميع المواد، وذلك من خلال تقييد القاضي مسبقا بتطبيق القواعد الموضوعية للقانون المسند إليه دون المرور على قواعد إسناده، وهو إسناد موضوعي، لا إسناد إجمالي، إلا أنه رغم ذلك فقد قبل الإحالة إلى القانون الجزائري، دون أن يقيدها[2].

ونحن نشاطر بعض الفقه الذي يرى بأن التطبيق الصحيح للنص السابق أن القاضي الجزائري يجب عليه أن يرجع إلى قواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص وهنا يقتضي التمييز بين فرضين، الأول هو قبول القانون المسند إليه الاختصاص فتطبق قواعده الموضوعية، والثاني هو عند رفض القانون لمسند إليه الاختصاص، وفي هذه الحالة إما أن تحيل قواعد الإسناد فيه إلى قانون القاضي، فتطبق القواعد الموضوعية الوطنية، وإما أن تحيل إلى قانون أجنبي آخر، فتطبق القواعد الموضوعية في القانون المسند إليه[3].

كما أن اعتماد المشرع للإحالة من شأنه أن يوسع من مجال تطبيق القانون الوطني، وأن يخفف القاضي عبء البحث في القوانين الأجنبية خاصة تلك النظم التي تأخذ بالتعدد التشريعي إقليميا أو طائفيا، بالإضافة إلى أن القانون المسند إليه يرفض الاختصاص ويحيل حل النزاع إلى القانون الوطني، وهذا الموقف يتماشى وكون الإحالة وسيلة للتنسيق بين الأنظمة القانونية المتضمنة لضوابط إسناد مختلفة[4].

1- أ/عمارة بلغيث، الإحالة في القانون الجزائري، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، المركز الجامعي الشيخ العربي التبسي، تبسة، 2007، 01، ص ص290.

2- د/عمر بلمامي، إشكالية الإحالة في القانون الدولي الخاص الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، الجزائر، 2008 ،02، ص350.

3- د/ الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، ص126.

4-بالرغم من أن اعتماد المشرع للإحالة من الدرجة الأولى، يحمل من المزايا، وتجنب الانتقادات الموجهة للإحالة عموما، إلا أنه يعاب عليه قبوله لها دون قيد أو شرط، ولم يعط القاضي أي سلطة في تقدير ما إذا كانت الإحالة ستؤدي إلى حل معقول وعادل ولا تتعارض مع غاية ووظيفة قاعدة الإسناد، وبالنظر إلى المصلحة الوطنية، كما أن إطلاق الأخذ بحالة الرجوع قد يفسر على أنه انصياع لإرادة المشرع الأجنبي، كذلك لم يستثني بعض المسائل كالمواريث والنظام المالي للزوجين وقانون الإرادة وشكل التصرفات، فقد يؤدي ذلك إلى المساس بتوقعات الأشخاص، والتي استثنتها معظم التشريعات التي أخذت بالإحالة، راجع، د/أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول

المطلب الثالث: إعمال المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص

من المظاهر البارزة لتأثر المشرع الجزائري بالظروف الدولية والمقاييس العالمية اعتماده للمبادئ العامة للقانون الدولي الخاص، التي سوف نرى مفهومها(الفرع الأول)، ثم إن المشرع قد قصرها على موضوع تنازع القوانين(الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم المبادئ العامة

عرفت المبادئ العامة على أنها"حلول وإن بدت خاصة بكل دولة على حدة، إلا أنها صارت تراثا قانونيا مشتركا، واكتسبت طابعا عالميا، بسبب قيمتها العقلائية والمنطقية، وبالشعور بأن أضحت، بطبيعتها، مشتركة بين كل النظم القانونية، ومتجردة من الخصوصيات الوطنية، لتبدو وكأنها نتاج الفكر القانوني والتقاليد المشتركة"[1].

وتعتبر مبادئ للقانون الدولي الخاص المبادئ الأكثر شيوعا في النظام القانوني الجزائري والأنظمة القانونية المقارنة، حيث يتم الرجوع مثلا إلى القانون المشترك للأمم، والقواعد والعادات الدولية، والأحكام عبر دولية للقانون التجاري الدولي، كقاعدة ضرورة تنفيذ العقد الدولي بحسن نية، وقرينة ضمان تبديل العملة في العقود الدولية، ومبدأ تضييق اللجوء إلى الفسخ وعدم التعسف في استعماله، وغيرها[2].

لقد نصت المادة 38من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية على أن المبادئ القانونية العامة المعترف بها من قبل الأمم المتحضرة تعتبر مصدرا من مصادر القانون الدولي، ولو أن هذه المحكمة تختص أساسا بفض النزاعات بين الدول وأشخاص القنون الدولي العام، إلا أنها تصدت في حالات نادرة للفصل في نزاعات تخص أشخاص القانون الدولي الخاص[3].

الفرع الثاني: المبادئ العامة مصدر لقواعد الإسناد

لقد جعل المشرع من المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص مصدرا رسميا احتياطيا خاصا بقواعد تنازع القوانين، يلجأ إليه القاضي فيما لم يرد بشأنه نص في المواد الخاصة بتنازع القوانين، وذلك

في التنازع الدولي للقوانين، ص463،317؛ د/ الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري علما وعملا، مطبعة الفسيلة، الجزائر، ط2010، ص12.

1- د/أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص161.

2- د/ الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، ص48.

3- راجع: د/موحند إسعاد، المرجع السابق، ص107.

بموجب تعديل القانون المدني لسنة 2005 في المادة 23 مكرر2 التي تنص "تطبق المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص فيما لم يرد بشأنه نص في المواد الخاصة بتنازع القوانين".

والرجوع إلى المبادئ العامة لتنازع القوانين ليس أمرا سهلا، فالكشف عنها يتطلب جهدا ووقتا طويلا، غير أنه هناك من الوسائل ما يسهل على القاضي هذه المهمة، كرجوعه إلى الدراسات المقارنة والمجهودات الفقهية، وأعمال الهيئات العلمية العالمية، واللجوء إلى الاتفاقيات الدولية، فإذا تمكن القاضي من الكشف عن قاعدة الإسناد المناسبة فعليه أن يراعي اكتسابها لصفة القاعدة العامة المشتركة، وتخلصها من الخصوصيات الوطنية للنظام القانوني الذي تنتمي إليه، وأن يراعي استجابة تلك القاعدة للأسس الفنية والسياسة التشريعية لنظامه القانوني[1].

والمبادئ العامة لتنازع القوانين تؤدي وظائف عديدة، فهي تساهم في سد ثغرات النظام القانون الوطني، ومواجهة الحالات التي لا توجد فيها قاعدة الإسناد المناسبة، وهي قد تقدم الحل الموضوعي المباشر للمسألة فتقضي على مشكلة التنازع ذاتها، وهي تساهم في تقييد أحكام القانون الداخلي، وهي تساعد أيضا على توحيد الحلول بتقريبها بين النظم القانونية، وهي تفتح باب الاجتهاد أمام القاضي الوطني ليجاري الاتجاهات القانونية المعاصرة التي تخلف عنها قانونه[2].

المبحث الثاني: حلول جديدة في التعامل مع القانون الأجنبي

عندما تشير قاعدة الإسناد الوطنية باختصاص قانون أجنبي لحكم مسألة قانونية ما يتعين على القاضي أن يطبق أحكام هذا القانون، غير أنه ولما كان هذا القانون غير صادر عن المشرع الوطني قد تحول دون تطبيقه عثرات، منها تعذر إثباته(المطلب الأول) أو أن أحكامه تتعارض مع النظام العام الوطني(المطلب الثاني)، أو ثبت أن اختصاصه قد انعقد نتيجة الغش نحو القانون(المطلب الثالث)، فحينئذ يمتنع القاضي عن تطبيقه ويطبق قانونا غيره، هذه الحالات أضافها المشرع بموجب تعديل 2005 للقانون المدني.

1- د/أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص161.

2- د/أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص163.

المطلب الأول: تطبيق قانون القاضي عند استحالة إثبات القانون الأجنبي

عندما يتعذر على القاضي التوصل إلى مضمون القانون الأجنبي، تثار مسألة القانون البديل الذي يسد هذا الفراغ، وقد اختلف الفقه والقضاء بين عدة حلول(الفرع الأول)، وقد كان للمشرع الجزائري موقفا صريحا حيث أسند الاختصاص للقانون الجزائري(الفرع الثاني).

الفرع الأول: الفقه الراجح يدعو إلى تطبيق قانون القاضي[1]

يرى الاتجاه الغالب في الفقه[2]أنه في حالة ما إذا تعذر على القاضي التوصل إلى مضمون القانون الأجنبي، وتعذر عليه إعمال القوانين الأخرى المختصة طبقا لضوابط الإسناد الاحتياطية في قاعدة الإسناد، يتعين عليه في هذه الحالة تطبيق قانونه الوطني[3].

وقد استند هذا الاتجاه على عدة حجج في تبرير ما ذهب إليه، وهي كما يلي:

ـ أن لقانون القاضي في مسائل تنازع القوانين اختصاص احتياطي عام، إذ يطبق على جميع المسائل حتى ما كان منها ذا طابع دولي.

ـ أن النظم القانونية عموما قد اتجهت مؤخرا إلى توسيع دائرة اختصاص القانون الوطني، فهناك قوانين التوجيه الاقتصادي والحماية الاجتماعية، التي تزايد عددها بتزايد تدخل الدولة في كافة المجالات، فهي

1-هناك اتجاهات فقهية أخرى، اتجاه يرى برفض الفصل في النزاع لأن القاعدة القانونية قد انعدمت حكميا بتعذر إثباتها، واتجاه آخر يرى بتطبيق المبادئالعامة السائدة في الأمم المتمدنة، ولا ينبغي التقيد بقانون معين، واتجاه آخر يرى بتطبيق القانون الأقرب إلى القانون الأجنبي المختص، فهو يؤدي إلى الفصل في النزاع بحل مماثل أو قريبمما يمكن أن يقدمه القانون الأجنبي المختص أصلا، واتجاه آخر يرى بتطبيق القانون الا أكثر ارتباطا بالنزاعتحقيقا لحكمة المشرع، وتحقيق غاية قواعد الإسناد وهي تطبيق ا أكثر القوانين صلة بالنزاع، لأن هذا القانون يعد الحل البديل الذي يوصلنا لنفس الغاية، غير أن هذه الآراء كلها منتقدة ومرجوحة، راجع: د/ الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، ص258؛ د/ أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص576؛ د/ هشام علي صادق، المرجع السابق، ص167؛ د/أشرف وفاء محمد، المبادئ العامة لتنازع القوانين في القانون المقارن، بدون دار نشر، مصر، 2007، ص 182.

2- راجع، الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، ص259؛ د/ أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع والموضع نفسه؛
Batiffol (H) et Lagarde (P), op, cit., p544; Lousouarn (Y) et Bourel (P), Droit international privé, Dolloz, 4ème édition, 1993, p256.

3- لقد اختلف أنصا هذا الرأي في تبريره، فمنهم من يقول بتماثل أحكام القانونين الوطني والأجنبي المختص، وهناك من يقول بأن لقانون القاضي اختصاص عام على جميع العلاقات القانونية،غير أنها تبريرات منتقدة، والرأي الراجح يبرره بأن لقانون القاضي اختصاص احتياطي عامالاستحالة تطبيق القانون الأجنبي صاحب الاختصاص الأصيل بموجب قاعدة الإسناد الوطنية، راجع، د/عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص435؛ *Batiffol (H) et Lagarde (P). op, cit, p544*

من قوانين التطبيق الضروري، ولذلك لا يبدو غريبا أن يطبق القاضي قانونه عند استحالة تطبيق القانون الأجنبي.

- أن تطبيق القاضي لقانونه الوطني، يسعفه في الوفاء بالتزامه بأداء العدالة وتحقيق الحماية القضائية المطلوبة، كما أنه أعلم بأحكامه وأسهل تطبيقا من غيره من القوانين.

ورغم الانتقادات التي تعرض لها هذا الرأي[1] يبقى حلا مبررا، ذلك أن قانون القاضي ليس غريبا عن المنازعة المطروحة، إذ يتطلب بها على الأقل من ناحية أنه قانون المحكمة المعروض أمامها، كما أن تطبيق قانون القاضي يعتبر حلا عادلا، لأنه يجنب الخصوم النتائج السيئة التي تترتب عن رفض دعواهم، ولأجل هذا أكده الفقه والقضاء، كما تبنته العديد من التشريعات[2].

الفرع الثاني: المشرع يسند الاختصاص إلى قانون القاضي احتياطيا

تبنى المشرع الجزائري الرأي القائل بتطبيق قانون القاضي في حالة ما إذا تعذر على القاضي التوصل إلى مضمون القانون الأجنبي، وذلك بموجب تعديل 2005 للقانون المدني إذ تنص المادة 23 مكرر "يطبق القانون الجزائري إذا تعذر إثبات القانون الأجنبي الواجب تطبيقه".

وفي رأينا يعد هذا الموقف تطبيقا للمبادئ الإجرائية الواردة في المادتين 3 و 29 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وهي التزام القاضي بمنح الحماية القضائية للحق أو المركز القانوني للمتقاضي، عن طريق الفصل في النزاع طبقا للقواعد القانونية المناسبة، وسواء بعد ذلك رفض الطلب، إذا كان غير مؤسس، أم تم قبوله إذا كان مؤسسا، وإلا عُد القاضي ناكرا للعدالة.

وعليه فطبقا للمادة 23مكرر سالفة الذكر يجب على القاضي عند تعذر إثبات مضمون القانون الأجنبي، سواء التزم بمفرده بهذا الإثبات أو كان ذلك بمعونة الخصوم، أن يطبق القانون الوطني، وفي نظرنا أن إقرار المشرع لهذا الرأي له أسبابه، كما أنه يحقق عدة أهداف منها:

1- مثال ذلك لما يكون قانون القاضي غير ملائم لحكم النزاع، فيؤدي إلى نتائج غيرمقبولة، أو ألا تكون لهذا القانون أية صلة بالنزاع، راجع، د/ عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص441.

2-راجع: د/أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص578؛ د/عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص436.

ـ توسيع نطاق تطبيق القانون الوطني، إذ الأصل هو إطلاق الاختصاص التشريعي للقانون في دولته وبين محاكمها، فالأصل هنا هو سلطان القانون من حيث المكان، فبعد تعذر إثبات القانون الأجنبي يطبق باعتباره يسترجع ولايته العامة استنادا لمبدأ الإقليمية[1].

ـ إيجاد أساس قانوني لتطبيق القاضي للقانون الوطني عند تعذر إثبات مضمون القانون الأجنبي المختص، وإعطائه الصفة الاحتياطية في هذه الحالة، وقطع التأويلات المختلقة المستندة إلى الآراء السالفة في تبرير تطبيق القانون الوطني في هذه الحالة.

ـ تسهيل مهمة القاضي في فصله للنزاعات الدولية الخاصة، لأنه أعلم بأحكام القانون الوطني وأسهل له في تطبيقه من غيره من القوانين كالقانون الأقرب للقانون الأجنبي المختص مثلا، لكن هذا لا يعني أن يسرع القاضي في تطبيقه للقانون الوطني، إنما لا يجوز له ذلك إلا بعد تتحقق استحالة تطبيق القانون الأجنبي المختص فعلا.

ـ الاعتراف بالصعوبات العملية التي تواجه القاضي في تطبيق القانون الأجنبي[2]، ومن ثم جعل له المشرع مخرجا عند تعذر إثبات القانون الأجنبي، بالسماح له بتطبيق قانونه الوطني، وهذا يسعفه في الوفاء بالتزامه بأداء العدالة وتحقيق الحماية القضائية المطلوبة، إعمالا للمبادئ الإجرائية سالفة الذكر، كما يجنب الخصوم الآثار السلبية التي قد تترتب عن رفض دعواهم لهذا السبب.

المطلب الثاني: استبعاد القانون الأجنبي عند تعارضه للنظام العام

رغم أن الفقه الحديث مجمع على أهمية دور فكرة النظام العام كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي إذا تعارض هذا القانون مع الأسس الجوهرية في المجتمع، إلا أنه ظل مختلفا حول تحديد مضمونها، ذلك لأنها فكرة مرنة ومتطورة يكتنفها الغموض، وقد عرف بأنه "دفع يهدف إلى استبعاد تطبيق القانون الموضوعي الأجنبي الواجب التطبيق بموجب قاعدة الإسناد الوطنية إذا كان حكمه يخالف الأسس والمبادئ الجوهرية التي يتأسس عليها النظام القانوني في مجتمع دولة القاضي"[3].

1- د/ الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري علما وعملا، ص13.

2- حيث يقول د/ الطيب زروتي، ، بأن "الضرورات العملية في تطبيق القانون الأجنبي هي التي اقتضت هذا الموقف التوفيقي، لأنه يشكل حالة استثنائية تبرره طبيعة العلاقات الدولية الخاصة، ومن ثم إذا تعذر إثبات وجوده أو تحديد مضمونه فيسترجع القانون الوطني دوره في التطبيق لأن له الولاية العامة، لهذا الاعتبار أقر حكم المادة 23 مكرر"، راجع مؤلفه: قراءة في إصلاح أحكام تنازع القوانين الدولي في الجزائر بقانون 10.05، ص95.

3- د/ الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، ص271.

فيمكن للقاضي الوطني أن يستبعد القانون الأجنبي رغم اختصاصه إذا كانت أحكامه تخالف النظام العام[1]، وقد تبنى المشرع هذا المبدأ، بموجب نص المادة 24 من القانون المدني، التي تنص "لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر..."، ولذا سنتناول شروط فكرة النظم العام كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي(الفرع الأول)، ثم آثاره(الفرع الثاني).

الفرع الأول: شروط الدفع بالنظام العام[2]

للدفع بالنظام العام لاستبعاد القانون الأجنبي عن التطبيق يجب توافر شرطان وهما: اختصاص قانون أجنبي بحكم النزاع(1)، ومخالفة أحكام القانون الأجنبي لمقتضيات النظام العام الوطني(2).

1ـ اختصاص قانون أجنبي بحكم النزاع

يتوقف إعمال الدفع بالنظام العام على تطبيق قاعدة الإسناد وأن تشير إلى اختصاص القانون الأجنبي، وهذا ما يوجب أسبقية تطبيق قاعدة الإسناد على إعمال الدفع بالنظام العام مما يعني استقلالهما عن بعضهما البعض.

أما إذا لم يكن القانون الأجنبي مختصا في حكم النزاع، أو أمكن استبعاده لسبب آخر كأن يكون قانون القاضي قد اختاره الأطراف بإرادتهم، أو أن يثبت له الاختصاص باعتباره من قوانين الأمن والبوليس، أو أسند إليه الحكم بطريق الإحالة، فلا مجال لإعمال الدفع بالنظام العام[1].

1- بدت ملامح فكرة النظامعام لأول مرة في فقه الأحوال الإيطالية القديم، حيث طبقت للتأكيد على التطبيق الإقليمي لما سميت آنذاك بالأحوال البغيضة التي لا يجوز امتدادها خارج الإقليم، ثم استعملها كذلك الفقيه الايطالي *"Manchini"* كأداة لتثبيت الاختصاص للقانون الوطني، وتبريرا لتطبيق بعضالقوانين تطبيقا إقليميا، كما أنه يعتبر أو من أبرز فكرة النظام العام مسماة باسمها الحالي، ولم تبرز فكرة النظام العام بمفهومها الحالي كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي إلا في القرن التاسع عشر على يد الفقيه الألماني *"Savigny"*، فبعد أن عرض نظريته في الاشتراك القوانين التي تسمح للدول الأوروبية بتطبيق قوانين بعضها البعض، أشار إلى استثناء هام خول بموجبه للقاضي الامتناع عن تطبيق القانون الأجنبي إذا ما تبين له انقطاع " الوحدة القانونية " بين قانونه والقانون الأجنبي المختص، وقد أخذ الفقه الحديث عنه ذلك دون أن يشترط مسبقا وجود "اشتراك قانوني"، وذلك لأن*"Savigny"* وجه نظريته في التنازع إلى الدول الأوروبية قبل أن تنتشر وتأخذ بها أغلب دول العالم، راجع: د/ هشام علي صادق، المرجع السابق، ص190.

2- راجع: د/ عكاشة محمد عبد العالالنظام العام الإسلامي وإرث الأجانب في دولة الإمارات العربية المتحدة، مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق، جامعة بيروت، 1999، 02، ص 62 وما بعدها؛ د/ أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص599 وما بعدها؛ *Nibiyet (J-P), op, cit, p489.*

2 تعارض أحكام القانون الأجنبي مع النظام العام

لا يكفي أن يكون القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد ملائما لحكم النزاع المعروض، بل لابد أيضا أن يكون متماشيا مع المبادئ والقيم الأساسية لمجتمع دولة القاضي غير متعارض معها. ويؤكد الفقه أن العبرة في تقدير تحقق التعارض هي بوقت نظر القاضي في الدعوى، ، وليس بالوقت الذي نشأ فيه المركز القانوني محل النزاع[2].

ولتقدير هذا التعارض يتمتع القاضي بسلطة واسعة في ذلك حسب المفاهيم السائدة في دولته، بشرط ألا يكون هناك إفراط أو تفريط، حفاظا على التوازن بين ضمان سريان المجرى الطبيعي للعلاقات الخاصة الدولية من جانب وحماية النظام العام الوطني من جانب آخر[3]، بالإضافة إلى أنه لا يقتصر في تقديره للتعارض على مضمون قواعد القانون الأجنبي، و إنما على الآثار الواقعية والفعلية لتطبيق هذه القواعد على النزاع،إذ قد يكون ظاهر تلك الأحكام غير مخالفة في حد ذاتها، غير أن عن تطبيقها الفعلي يقود إلى المخالفة[4].

الفرع الثالث:آثار الدفع بالنظام العام

إذا تعارضت قواعد القانون الأجنبي مع النظام العام في دولة القاضي، ترتب على ذلك آثارا تتمثل في الأثر السلبي وهو استبعاد القانون الأجنبي جزئيا أو كليا (1) والأثر الإيجابي وهو ثبوت الاختصاص للقانون الوطني(2)، وهناك بعض الحقوق لا يسمح القانون بنشوئها، لكنه يسمح بأن ترتب آثارها إذا ما نشأت في الخارج وهذا هو الأثر المخفف(3).

1-أ/عمر بلمامي، الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 1986، ص131؛ د/ الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، ص279.

2- د/عمر بلمامي، المرجع السابق، ص 142؛ د/عليوش كربوع كمال، المرجع السابق، ص178.

3-أ/حمة مرامرية، تنفيذ الأحكام الأجنبية في القانون الجزائري، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، المركز الجامعي تبسة، 2007، 02، ص 116؛ ويرى د/ غالب علي الداودي، د/حسين محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، دون دار ولا تاريخ نشر، ص148، بأن تقدير القاضي وتحديده لمتطلبات النظام العام يخضع كأية مسألة قانونية أخرى لرقابة محكمة النقض.

4-مثال ذلك ما قضت به محكمة النقض الإيطالية في حكم لها بتاريخ 1955/10/21 في أنه ولئن كان حكم القانون الانجليزي الذي يجيز للفتاة البريطانية التي تعيش مع رجل إيطالي منفصل بدنيا عن زوجته أن تتسمى باسمه، في ذاته لا يخالف مقتضيات النظام العام الايطالي إلا أن تطبيقه الفعلي يرتب نتائج مخالفة، حيث يستتبع إمكان معاشرة شخص متزوج لغير زوجته هو ما لا يمكن قبوله أشار إليه، راجع: د/أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص602، 603.

1. الأثر السلبي للنظام العام

يتمثل الأثر السلبي للنظام العام في استبعاد تطبيق القانون الأجنبي[1]، غير أن خلافا فقهيا ثار حول هذا الاستبعاد أيكون كليا أم جزئيا، لكن الفقه الغالب يرى بأن الأثر السلبي للنظام العام يقتصر على استبعاد القانون الأجنبي في الجزء الذي يتعارض مع النظام العام[2]، ويطبق القانون الأجنبي على باقي عناصر النزاع، ذلك أن مخالفة إحدى قواعد القانون الأجنبي لمقتضيات النظام العام لا تنزع عنه صفة القانون الملائم وفقا لقاعدة الإسناد الوطنية، كما أن عدم التوسع في إعمال الدفع بالنظام العام يكفل احترام قاعدة الإسناد الوطنية[3].

ويستند هذا الاتجاه إلى حجج عدة، منها أنه ينبغي استخدام الدفع بالنظام العام بحذر شديد، ووفقا للغاية التي يسعى إلى تحقيقها، أي بالقدر الذي يمنع المساس بالمبادئ الأساسية السائدة في دولة القاضي، لأن الدفع بالنظام العام إنما يهدف إلى استبعاد النتيجة المخالفة للنظام العام ومتى أمكن ذلك عن طريق الاستبعاد الجزئي كان ذلك أمرا مقبولا[4].

غير أن هذا الحل يرد عليه استثناءا يتمثل في حالة ما إذا كان هناك ارتباط بين أجزاء القانون الأجنبي، ارتباط السبب بالنتيجة، أو أن الجزء المخالف يمثل السبب الرئيسي لوجود القانون الأجنبي، بحيث يكون من المستحيل استبعاده استقلالا واستبقاء باقي القواعد، ففي هذه الحالة يستبعد القانون الأجنبي كليا[5].

1-راجع في استبعاد القانون الشخصي، أ/أحمد زوكاغي،حالة الأجانب وأهليتهم، مجلة الدراسات القانونية ، كلية الحقوق، جامعة بيروت العربية، لبنان، 1999، 02، ص32.

2- على خلاف ذلك يرى جانب من الفقه مثل *"Niboyet"* و *"Lerepours Pigeonniére"* و *"Lousouarn"* ضرورة أن يكون كليا، لأن الاستبعادالجزئي من شأنه أن يؤدي إلى مسخ القانون الأجنبي بشكل يعارض إرادة مشرعه، وأن يخالف قاعدة الإسناد التي تهدف إلى تطبيقه كوحدة، راجع، د/ جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 2005، ص203؛
Nibiyet (J P), op, cit., p503;Lerebours Pigeonnière(P) et Lousouawrn (Y), Droit international privé, DALLOZ, 8ème édition, 1970, p495.

3- د/أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص607.

4- د/ عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص530.

5- وقد تبنى القضاء الفرنسي هذا الرأي وذلك في العديد من القرارات لمحكمة النقض منها القرار الصادر في 1964/11/17 الذي قضى بأن ما تنص عليه أحكام الشريعة الإسلامية في الميراث لا يمس النظام العام في فرنسا، إلا في منعها التوارث بين المسلم و غير المسلم ومن ثم تعين استبعاد أحكام الشريعة الإسلامية في هذه النقطة وحسب، من دون أن يحل القانون الفرنسي محل القانون الأجنبي الإسلامي في بيان مراتب الورثة وأنصبتهم *Voir, Cass.Civ, 17/11/1964, J.C.P, 1965,II,13978.*

2 الأثر الإيجابي للنظام العام

يقتضي الأثر الإيجابي للنظام العام إحلال القانون الوطني للقاضي محل القانون الأجنبي المستبعد لحكم النزاع، وقد يتم هذا الإحلال بشكل صريح، وذلك عندما ينشئ علاقة لا يسمح القانون الأجنبي بإنشائها، وقد يتم ضمنيا عندما يمنع القانون الوطني نشؤ علاقة يسمح القانون الأجنبي بإنشائها[1].

ورغم أن الفقه الغالب يؤكد أن الأثر الإيجابي للنظام العام هو تطبيق قانون القاضي، إلا أن جانبا من الفقه الألمانيرى أن الأثر الايجابي هو تطبيق نص قانوني آخر من القانون الأجنبي لا يتعارض مع النظام العام، ويستند في ذلك إلى قرار صادر عن محكمة النقض الألمانية استبعدت فيه نص القانون السويسري الذي يمنع تقادم الدين محل النزاع بسبب تعارضه مع النظام العام، وأخضعت الدين إلى أطول مدة تقادم نص عليها القانون السويسري نفسه[2].

إلا أن هذا لرأي منتقد لكون القاعدة القانونية الأجنبية المطبقة في هذه الحالة لا علاقة لها بالنزاع، كما أنه لا يمكن تطبيقه في أغلب الحالات التي يصعب فيها العثور على نص قانوني بديل، فيبقى إحلال قانون القاضي محل القانون الأجنبي المستبعد أسلم الحلول وأفضلها، وهو ما يرى به الفقه الغالب وتتبنته العديد من التشريعات[3]، وهو ما تبناه المشرع الجزائري بنص المادة 2/24 من القانون المدني.

3 الأثر المخفف للنظام العام

يقتضي فهم فكرة الأثر المخفف للنظام العام التمييز بين الحالة التي نكون فيها بصدد إنشاء الحقوق في دولة القاضي، حيث يكون للنظام العام أثره كاملا بوجهيه السلبي والإيجابي، وهذا هو الأثر الكامل، و بين الحالة التي تنشأ فيها الحقوق في ظل قانون دولة أجنبية مخالف للنظام العام، وتنتج آثارها في دولة القاضي، حيث يعترف ببعضها وهنا يكون للنظام العام أثرا مخففا[4].

وتستند فكرة الأثر المخفف للنظام العام إلى أن هناك حالات يتعارض فيها القانون الأجنبي مع النظام العام، سواء نشأ الحق موضوع النزاع في الخارج أو في دولة القاضي، وهناك حالات أخرى

1- د/ جمال محمود الكردي، المرجع السابق ، ص207.

2 - Lousouarn (Y) et Bourel (P), ap, cit., p 279.

3- د/ جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص 209.

4- د/كمال كيحل، الأثر المخفف للنظام العام في القانون الدولي الخاص، حوليات جامعة بشار، 2009، 05، ص85.

يتعارض فيها فقط إذا نشأ في دولة القاضي، دون أن يكون لنفاذ هذا الحق تعارض مع النظام العام، إذ أن الشعور العام في بلد القاضي لا يتأثر بنفاذه بقدر ما يتأثر بنشأته [1].

المطلب الثالث: استبعاد القانون الأجنبي المختص بواسطة الغش

قد يستبعد القاضي القانون الأجنبي المختص أيضا عندما يكون قد انعقد له الاختصاص بواسطة الغش[2] ، هذا الاستثناء اعتمده المشرع بموجب تعديل 2005، بموجب المادة 24 من القانون المدني، وعليه سوف نتناول ماهية الدفع بالغش نحو القانون لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي(الفرع الأول)، ثم آثاره (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الغش تحويل الإسناد إلى قانون غير مختص[3]

يتم الغش نحو القانون عن طريق "التعديل الإرادي النظامي للعنصر الواقعي في ضابط الإسناد المتغير، ومن ثم تحويل الإسناد إلى قانون معين، وذلك بنية التهرب من القانون واجب التطبيق أصلا، سواء كان قانون القاضي أم قانون أجنبي"[4].

وقد نشأ الدفع بالغش نحو القانون كوسيلة لاستبعاد تطبيق قواعد القانون الأجنبي في القضاء الفرنسي(أولا)، وله شروط محددة(ثانيا)، كما أن له نطاقا معينا(ثالثا).

1- ولهذه الحالات عدة تطبيقات في القضاء الفرنسي، منها أن محكمة النقض الفرنسية قضت بعدم الاعتراف بحق الملكية الذي اكتسب في الخارج عن طريق نزع الملكية دون تعويض، وبالمقابل فإنها اعترفت بآثار الطلاق بالإرادة المنفردة، وتعدد الزوجات الذي نشأ في الخارج رغم أن القانونالفرنسي لا يقر ذلك، لكن إذا أريد الاعتراف ببعض آثاره كحق الزوجة في طلب النفقة أو الإرث فإن هذا الأثر ليس فيه ما يمس النظام العام في فرنسا، غير أن هناك حالات أخرى لا يعترف فيها القضاء الفرنسي بآثار هذا الزواج، وذلك متى كان للنزاع علاقة بالمقانون أو الإقليم الفرنسي، و من ذلك على سبيل المثال ما جاء به قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 01 مارس 1973 الذي اعتبر فيهأن الزوجة الثانية لزوج جزائري لا يمكنها المطالبة بمنحة الضمان الاجتماعي، ما دام أن الزوجة الأولى قد استفادت منه لتعارض ذلك مع النظام العام في فرنسا، راجع: *Cass.Civi.1er.,28/01/1958, Rev.crit1958, 110, note A. ponsard.*

-Cass. Civi. 1er., 03/01/1980, D. 1980. 549, note Poisson-Drocourt; Rev.crit1980, 331, note H. Batiffol.

- Cass. Soc. 1er. Mars 1973.; Rev crit . 1975. 57 not Graulich; Bull. civ. V, no 136

2- يتمثل الأثر المترتب عن الغش في القانون الداخلي في حرمان المتحايل من الإفادة من نتيجة تصرفه المشوب بالغش طبقا لنفس القانون الداخلي، غير أن الأثر المترتب عن الغش في نطاق تنازع القوانين يتمثل في حرمان المتحايل من تطبيق القانون المختص عن طريق الغش، راجع: د/ أشرف وفاء محمد، المرجع السابق، ص 204.

3- راجع، د/ نادية فضيل، الغش نحو القانون، ماجستير، الجزائر، 1984، ص 35 وما بعدها.

4- تعريف للدكتور أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، ص 542.

أولا: الغش نحو القانون ذو نشأة قضائية[1]

يعود أصل نظرية الغش نحو القانون إلى القضاء الفرنسي الذي طبقه لأول مرة بتاريخ 1878/03/18 في قضية تسمى بقضية الأميرة *"La princesse de Bauffrement "*[2]، وهذه الأميرة البلجيكية الأصل تزوجت بأمير فرنسي وأقامت معه في فرنسا واكتسبت الجنسية الفرنسية، وعلى إثر خلاف بينهما حاولت الحصول على الطلاق غير أنها لم تستطع لكون القانون الفرنسي آنذاك كان يمنع الطلاق فلجأت إلى التجنس بالجنسية الألمانية التي يجيز قانونها الطلاق، فتمكنت من الطلاق، وبالتالي تزوجت بأمير روماني يدعى *"Bibesco"* وأقامت معه في فرنسا، فرفع زوجها الأول دعوى بطلان الزواج الثاني لكون الطلاق غير صحيح، لأنه تم بعد تغيير الجنسية، وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1878/03/18بإبطال الزواج الثاني على أساس أن الطلاق لم يتم إلا بعد تغيير الزوجة لجنسيتها، وهو ما يشكل غشا نحو القانون[3].

ومنذ ذلك التاريخ استقر القضاء الفرنسي على الأخذ بالغش نحو القانون كسبب لاستبعاد القانون الأجنبي، كما طبقها القضاء في دول عديدة مثل بلجيكا و وانجلترا، واتجهت بعض الدول إلى سن نصوص صريحة لها مثل المجر واسبانيا والجابون ويوغسلافيا سابقا[4]، وقد اعتمده المشرع الجزائري في المادة 24 من القانون المدني "...لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة ... أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون..."[5].

ثانيا: شروط الدفع بالغش نحو القانون

يشترط لإمكان الدفع بالغش نحو القانون توافر شرطان، الأول هو أن يتم إجراء تغيير إرادي في ضابط الإسناد وهو الركن المادي(1)، والثاني توفر نية الغش وهو الركن المعنوي(1).

---

1 - *Voir, Batiffol (H) et Lagarde (P). op, cit., p594; Mayer (P) et Heuzé (V), op, cit., p188.*

2- *Voir,Cass, 18/03/1878,S.78.1.193, note Labbé.*

3 - *Lousouarn (Y) et Bourel (P), op, cit., p 286.*

4- د/أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، المرجع السابق ص 546.

5- كانت المادة 24من القانون المدني الجزائري تكتفي بالنظام العام فقط لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي، ولكنها بعد تعديل 20 جوان 2005 أصبحت تنص أيضا على حالة الغش نحو القانون.

1ـ التغيير الإرادي في ضابط الإسناد

يتمثل الركن المادي للغش في أن يقوم الغاش بإجراء تغيير إرادي في العنصر الواقعي لضابط الإسناد ، وهذا لا يتحقق إلا في الحالات التي يكون فيها ضابط الإسناد من الضوابط التي يمكن أن يتدخل الأفراد في تغييرها[1]، كالجنسية، أو الموطن بالنسبة لمسائل الحالة الشخصية.

و يشترط أن يكون التغيير في ضابط الإسناد فعليا و ليس صوريا، كما يشترط أن يكون مشروعا فإذا كان بوسيلة غير مشروعة فإنه لا يعتد به، و يبطل دون حاجة لأعمال نظرية الغش نحو القانون، كما أن الدفع بالغش نحو القانون لا يتأتىإلا في الأحوال التي ينعدم فيها وجود جزاء آخر يمكن عن طريقه تلافي النتيجة غير المشروعة التي سعى الشخص إلى تحقيقها[2].

2ـ نية الغش

تعتبر نية الغش الركن المعنوي للغش نحو القانون، فلقيام هذا الأخير يجب، بالإضافة إلى التغيير الإرادي في ضابط الإسناد، أن يهدف الشخص من وراءه إلى التحايل بقصد الإفلات من أحكام القانون المختص أصلا، ويتعين على القاضي تقصي هذه النية وإثباتها، وهي ليست سهلة دائما، لكن يمكن له استخلاصها من ظروف الدعوى وملابساتها، كالتلازم الزمني بين تغيير ضابط الإسناد و بين القيام بالتصرف المراد إخضاعه للقانون الجديد، وكأن يكون القانون الذي سعى الأفراد إلى تطبيق أحكامه يعطي تسهيلات استثنائية للأفراد بقصد جذبهم لأغراض اقتصادية[3].

الفرع الثاني: آثار الدفع بالغش نحو القانون[4]

اختلف الفقه حول أثر الدفع بالغش نحو القانون أن يقتصر على النتيجة التي سعى إليها الشخص وهي تطبيق القانون الذي يحقق مصالحه (1)، أم يمتد ليشمل النتيجة والوسيلة معا(2).

1- د/أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 556؛

2- د/ حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق ص 316

3- د/نادية فضيل، الغش، المرجع السابق، ص135؛ *Mayer (P) et Heuzé (V), op, cit., p190.*

4-اختلف الفقه حولتحديد نطاق إعمال نظرية الغش، فالفقه التقليدي يرى بأن إعمال النظرية مقصورا على التهرب من الأحكام الآمرة في قانون القاضيفهو الذي يمس المصالح العامة في دولة القاضي، غير أن الفقه الحديث يرى بأن نظرية الغش نحو القانون تستجيب إلى مبدأ عام و هو مطاردة الغش بكلصوره، سواء قصد به التهرب من أحكام القانون الوطني أو قانون أجنبي ، وهذا الاتجاه هو الذي تبناه القضاء الفرنسي مؤخرا، والظاهر أن المشرع الجزائري قد أخذ بهذا الاتجاه بموجب نص المادة 24 من القانون المدني.

Voir, Batiffol (H) et Lagarde (P), op, cit, p598; Lousouarn (Y) et Bourel (P), op. cit.,p 289;

د/أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص552؛ د/عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص494.

1ـ عدم النفاذ يشمل الوسيلة والنتيجة

يرى جانب من الفقه[1] أن أثر الدفع بالغش يمتد ليشتمل النتيجة والوسيلة معا، أي يستبعد القانون المختص بواسطة الغش، عن طريق تغيير الجنسية مثلا، ويطبق القانون المختص مكانه وتلغى الجنسية الجديدة التي اكتسبها الشخص، ذلك أنه من غير المعقول تجزئة العمل القانوني الواحد، من حيث الاعتراف ببعض الآثار، وهي غير المهمة في نظر الغاش، ولا يعترف بالبعض الآخر الذي انصرفت إليه نيته، لهذا السبب ينبغي تعميم الجزاء ومحو كل أثر لارتكاب الغش[2].

غير أن هذا الرأي محل انتقادات عديدة أهمها أن الوسيلة التي تم بها نزع الاختصاص عن القانون المختص أصلا و إثباته لقانون آخر قد تم اكتسابها بطريقة صحيحة ومشروعة، وأن الشخص يفترض أن كافة الشروط قد توافرت فيه، والمعقول في هذه الحالة أن الجزاء يكون عدم الاعتداد بالتجنس في القضية التي طرح فيها النزاع فقط[3].

2ـ عدم النفاذ يقتصر على النتيجة

يرى جانب آخر من الفقه[4] وهو الراجح بأن أثر الغش يقتصر على عدم نفاذ النتيجة غير المشروعة التي قصد إليها الشخص عندما قام بتغيير ضابط الإسناد دون الوسيلة لكونها تمت بطريقة مشروعة، ولأن العبرة في التصرف بقصده وغايته ولا داعي للمبالغة في الجزاء، ومن ثم يكفي أن يرد الغاش عن قصده، أما الآثار الأخرى الناتجة عن استعمال وسيلة مشروعة فلا تهم في نظر الغاش مادام لم يقصدها، ومن باب أولى ينبغي على القضاء ألا يفرضها عليه، ولأدل على ذلك هو اكتفاء محكمة النقض

1- د/ الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، ص301؛ د/نادية فضيل، المرجع السابق، ص136، د/جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص234؛

Lousouarn (Y) et Bourel (P), op, cit., p306.: Batiffol (H) et Lagarde (P). op, cit., p600

2- د/ الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، ص301.

3- د/ موحند إسعاد ، المرجع السابق ص 314.

4- د/ موحند إسعاد، المرجع السابق ص 314؛ د/عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص449 ؛ د/هشام علي صادق، تنازع القوانين، ص222؛ د/عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص512؛ د/أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، ص564؛ *Mayer (P) et Heuzé (V), op, cit., p192; Nibiyet (J. P), op, cit., p503.*

الفرنسية في قضية "دي بوفرمون" سالفة الذكر بعدم الاعتداد بتطليقها تجاه القانون الفرنسي دون أن تقضي ببطلان تجنسها بالجنسية الألمانية[1].

كما أنه ما دام الدفع بالغش نحو القانون لاستبعاد القانون الأجنبي يعتبر وسيلة علاج احتياطية لحماية قاعدة الإسناد، فيجب استعمالها في الحدود التي تحقق هذه الغاية، وعليه فعدم نفاذ النتيجة يكفي لحماية قاعدة الإسناد برد اعتبار القانون الذي تم التحايل عليه والذي هو محل اختيار قاعدة الإسناد لولا هذا التحايل، فلا حاجة إذن لتتبع بقية الآثار بإبطالها[2].

وتجدر الإشارة أخيرا بأن أثر الغش لا ينحصر في استبعاد القانون الأجنبي الذي انعقد اختصاصه عن طريق الغش، حينما قام بتغيير ضابط الإسناد، بل هو أثر حلولي أو استبدالي، أي أن يحل القانون المختص أصلا، سواء كان القانون الوطني أم قانونا أجنبيا، مكان القانون الأجنبي المختص بطريق الغش[3]، وهذا ما قررته المادة 24 من القانون المدني كما بينا ذلك سابقا.

الخاتمة

لقد سعى المشرع الجزائري من خلال تعديلات 2005 للقواعد المنظمة لتنازع القوانين إلى جعلها منسجمة مع الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر وأن تستجيب للمقاييس الدولية، وأن تعكس السياسة التشريعية الوطنية على الصعيد الدولي. فقد حاول المشرع تغطية النقص الذي كان موجودا قبل التعديل، وأورد أحكاما جديدة فرضتها الظروف الدولية والوطنية، وتطور العلاقات الدولية الخاصة، وقد حاول المشرع تحقيق التوازن بين مقتضيات المصلحة الوطنية ومقتضيات ارتباط الدولة بالاتفاقيات الدولية.

حيث اعتمد الحلول المنتهجة في الأنظمة القانونية المقارنة، فمشكلة إعمال ضابط الجنسية راعى في حلها الجانب الواقعي، ومصلحة أطراف النزاع، وتبنى نظرية التفويض إلى قانون الدولة متعددة الشرائع، وكرس مبدأ التناسق بين الأنظمة من خلال الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى، واعتمد المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص، وكرس مبدأ محاربة الغش وفي ذلك تغليب للجانب الدولي.

1- د/ الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، ص301.

2- د/أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص565.

3- د/ حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 324.

في مقابل تحقيق المصلحة الوطنية بتغليب الجنسية الجزائرية عند تعدد الجنسيات، وتوسيع نطاق تطبيققانون القاضي والتيسير عليه في تطبيق القانون الأجنبي عند تعذر إثباته وفي الإحالة.

قائمة المراجع

أولا: المراجع باللغة العربية

1ـ الكتب

- د/إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، بدون دار نشر، جامعة عين شمس، مصر.

- د/ الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، تنازع القوانين، مطبعة الفسيلة، الجزائر، 2008.

- د/ الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري علما وعملا، مطبعة الفسيلة، الجزائر، 2010.

- د/أشرف وفاء محمد، المبادئ العامة لتنازع القوانين في القانون المقارن، بدون دار نشر، مصر، 2007.

- د/ جابر جاد عبد الرحمان، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1970

- د/ جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 2005.

- د/ حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، المبادئ العامة في تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007.

- د/حسين محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، دون دار ولا تاريخ نشر.

- د/عبد الحميد أبو هيف، القانون الدولي الخاص في أوربا ومصر، مطبعة الاعتماد، القاهرة، مصر، 1924.

- د/عبد الكريم أحمد سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2008.

- د/ عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص المصري، الجزء الثاني، في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، دار النهضة المصرية، القاهرة، مصر، ط03.

- د/ عليوش كربوع كمال، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار هومة، الجزائر، 2006.

- د/ عمر بلمامي، دراسات في القانون الدولي الخاص المعاصر، نظرية التكييف، دار الهدى، الجزائر، 2008.

- د/علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.

- د/علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.

- د/عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2004.

- د/ محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2011.

- د/موحند إسعاد، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، قواعد التنازع، ترجمة فائز أنجق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989.

- د/ هشام علي صادق، تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2007.

2ـ الرسائل والمذكرات الجامعية

- عمر بلمامي، الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 1986.

- د/ نادية فضيل، الغش نحو القانون، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، .1984

3ـ المقالات المتخصصة

- أ/أحمد زوكاغي، حالة الأجانب وأهليتهم، مجلة الدراسات القانونية ، كلية الحقوق، جامعة بيروت العربية، لبنان، 1999، 02، ص32.

- د/الطيب زروتي، قراءة في إصلاح أحكام تنازع القوانين في الجزائر بقانون 05ـ 10، مجلة المحكمة العليا، 2006، 01، ص51.

-أ/حمة مرامرية، تنفيذ الأحكام الأجنبية في القانون الجزائري، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، المركز الجامعي تبسة، 2007، 02، ص 114.

- د/كمال كيحل، الأثر المخفف للنظام العام في القانون الدولي الخاص، حوليات جامعة بشار، 2009، 05، ص85.

- د/عكاشة محمد عبد العال، النظام العام الإسلامي وإرث الأجانب في دولة الإمارات العربية المتحدة، مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق، جامعة بيروت، 1999، 02، ص 62 .

-أ/عمارة بلغيث، الإحالة في القانون الجزائري، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، المركز الجامعي الشيخ العربي التبسي، تبسة، 2007، 01، ص ص290.

- د/عمر بلمامي، إشكالية الإحالة في القانون الدولي الخاص الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، الجزائر، 2008 ،02، ص350.

ثانيا: المراجع باللغة الفرنسية

_ *Battifol (H) et Lagarde (P), Droit international privé, Tome1, 8ème édition, L.G.D.J, Paris.*

_ *Lerebours Pigeonnière(P) et Lousouawrn (Y), Droit international privé, DALLOZ, 8ème édition, 1970 .*

_ *Lousouarn (Y) et Bourel (P), Droit international privé, Dolloz, 4ème édition, 1993.*

_ *Mayer (P) et Heuzé (V), Droit international privé, Delta, 8ème édition, 2005.*

_ *Niboyet(P_ J), Cours de droit international privé français, 2ème édition, librairie du recueil sirey, 1949.*