

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم الحقوق

العنوان: _____

تطبيق القانون الأجنبي في مجال الأحوال الشخصية

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في تخصص قانون أحوال الشخصية

الأستاذ المشرف

من تقديم الطالب

- د/ بودفع

- علي بيطل

- لجنة المناقشة:

أ/ بوخنان رئيسا

د/ بودفع مشرفا و مقرا

أ/ بن عجمية مناقشا

دورة جوان 2014

مقدمة:

إن النزاع قد يحدث بين الأشخاص في مسائل معينة مختلفة و غالبا ما تحتوي على عنصر أجنبي، و عند عرضه أمام القضاء فعلى القاضي الوطني أن يقوم بالتكييف و ذلك بتحديد الوصف القانوني للمسألة المشتملة على العنصر الأجنبي بغية التمكن من إدخالها ضمن فئة مسندة عن طريق إعمال ضابط الإسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق، ومن بينها فئة الأحوال الشخصية و التي يقصد بها المسائل المتعلقة بالأشخاص و التي يطبق عليها القانون الشخصي، و لكن عندما تشير قواعد الإسناد إلى أن القانون الواجب التطبيق هو القانون الأجنبي فإن القاضي الوطني يجد نفسه من الواجب عليه تطبيقه أم أن هناك قيود تمنعه من ذلك و تستبعد تطبيقه و هذا ما جعلني أختار عنوان موضوعي "تطبيق القانون الأجنبي في مجال الأحوال الشخصية" .

وموضوع تطبيق القانون الأجنبي يطرح العديد من القضايا التي ترجع أساسا للجهل بأحكامها و ضوابطها و كيفية التعامل معها من طرف القضاء عند عرض النزاع وقد نظم المشرع الجزائري هذه المسائل في المواد من 09 إلى 24 من القانون المدني، و هذا ما دفعنا إلى التساؤل: ما مدى تطبيق القانون الأجنبي في مجال الأحوال الشخصية من طرف القاضي الوطني؟ و ما هي القيود الواردة عليه؟

وأهمية الموضوع تكمن في كون أن موضوع تطبيق القانون الأجنبي في مجال الأحوال الشخصية يكتسي أهمية بالغة، لما له من أثر على استقرار العلاقات و المعاملات الشخصية فيما بين الأفراد و خاصة في مجال الأحوال الشخصية و التي جاءت وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية.

إن البحث في هذا الموضوع يوضح لنا مدى أهمية التعامل مع القانون الأجنبي عند تطبيقه و ذلك حفاظا على الأسس و المبادئ العامة للدولة.

* أسباب اختيار الموضوع:

إن دوافع اختيار هذا الموضوع منها ما هو ذاتي و منها ما هو موضوعي:

- الدوافع الذاتية:

يتمثل الدافع الذاتي في أن هذا الموضوع حسب علمي لم يحظ بدراسة كافية من طرف الطلبة الباحثين فأردت أن أجمع الأفكار حول هذا الموضوع و دراستها و مناقشتها لتقريب المادة العلمية و جعلها في متناول الباحثين بصفة عامة و الطلبة بصفة خاصة.

- الدافع الموضوعي:

إن موضوع تطبيق القانون الأجنبي في مجال الأحوال الشخصية من أهم الموضوعات في مجال تنازع القوانين لارتباطها بحالتهم الشخصية في معاملاتهم و تنقلاتهم من دولة إلى أخرى.

موضوع تطبيق القانون الأجنبي يطرح عدة إشكالات في حالة النزاع و كيفية التعامل معه و خاصة ما يتعلق بالأهلية و الزواج و الميراث.

أهداف البحث:

إن الأحوال الشخصية مستمدة من الشريعة الإسلامية و بالتالي تطبيق القانون الأجنبي في مجالها يخضع لضوابط و قيود معينة و أي مخالفة لها يعتبر مساسا بالنظام العام و المبادئ العامة للدولة.

بيان الحالات التي يتم فيها استبعاد تطبيق القانون الأجنبي في مجال الأحوال الشخصية و التي يعامل فيها معاملة قانون و أي مخالفة له تعد وجها من أوجه الطعن بالنقض.

- الدراسات السابقة:

إن موضوع تطبيق القانون الأجنبي في مجال الأحوال الشخصية لم يحظ حسب علمي بدراسات متخصصة و دراستي لمثل هذا الموضوع تعد الأولى.

- المنهج المتبع في الدراسة:

المنهج التحليلي:

لقد استعملت المنهج التحليلي الإستنتاجي، بغرض تحليل بعض المواد القانونية، المتعلقة بتنازع القوانين التي نص عليها المشرع الجزائري في القانون المدني.

- المنهج المقارن:

استعملت المنهج المقارن بغرض المقارنة بين ما نص عليه المشرع الجزائري في القانون المدني الخاص بتنازع القوانين و ما أقرته التشريعات الغربية (التشريع الفرنسي خصوصا) فيما يخص موضوع تطبيق القانون الأجنبي في مجال الأحوال الشخصية.

وعليه قسمت بحثي إلى فصلين: الفصل الأول تناولت فيه مكانة القانون الأجنبي في التشريع الجزائري و الذي قسم إلى مبحثين: المبحث الأول تناولت فيه الأساس الفقهي لتطبيق القانون الأجنبي، المبحث الثاني: كيفية معاملة القانون الأجنبي و الإشكالات التي تعترض القاضي الوطني عند تطبيقه، أما الفصل الثاني تناولت فيه حالات استبعاد تطبيق القانون الأجنبي و الذي قسم إلى مبحثين، المبحث الأول تناولت فيه الاستبعاد في مرحلة التعيين، أما المبحث الثاني تناولت فيه الاستبعاد في مرحلة التطبيق.

الفصل الأول: مكانة القانون الأجنبي في التشريع الجزائري:

القانون الأجنبي كما نعلم صادر عن سلطة أجنبية و هذه الأخيرة ليس لها أن تصدر الأوامر للقاضي الوطني فكيف نفسر إذن تطبيق القاضي الوطني للقانون الأجنبي؟

و على ضوء هذا يقسم الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: يتناول الأساس الفقهي لتطبيق القانون الأجنبي و الذي قسم بدوره إلى مطلبين: مطلب أول يتناول نظريتي المجاملة و الحقوق المكتسبة، و مطلب ثاني يتناول نظريتي الاستقبال و الاستيعاب و تطبيق القانون الأجنبي بناءا على تفويض.

المبحث الثاني: يتناول كيفية معاملة القانون الأجنبي و الإشكالات التي تعترض القاضي الوطني عند تطبيقه حيث قسم هذا المبحث إلى مطلبين: مطلب أول: كيفية المعاملة، مطلب ثاني: الإشكالات أو العراقيل.

المبحث الأول: الأساس الفقهي لتطبيق القانون الأجنبي:

تعددت المحاولات الفقهية الباحثة على أساس لتطبيق القاضي الوطني للقانون الأجنبي و أقدم هذه المحاولات المدرسة الهولندية و عليه قسم هذا المبحث إلى مطلبين: المطلب الأول: نظريتي المجاملة الدولية و الحقوق المكتسبة، المطلب الثاني: نظريتي الاستقبال و الاستيعاب و تطبيق القانون الأجنبي بناء على تفويض.

المطلب الأول: نظريتي المجاملة الدولية و الحقوق المكتسبة:**الفرع الأول: نظرية المجاملة الدولية:**

في دراستنا للتطور التاريخي لتنازع القوانين، و عند تعرضنا للمدرسة الهولندية قلنا بأنها تأخذ بقاعدة إقليمية الأحوال إقليمية مطلقة.

وقد أجازت للدولة أن تسمح بتطبيق القانون الأجنبي على أساس المجاملة الدولية، ويرجع ذلك إلى شعور فقهاء بقسوة المبدأ الذي اعتمده و بنتائجه الخطيرة على مصالح الأفراد و على المصالح المشتركة للدول. (1)

و بمعنى أن الأخذ بمبدأ المجاملة الدولية يعتبر استثناء من القاعدة العامة التي تقضي بإقليمية الأحوال إقليمية مطلقة.

و قد اكتنف فكرة المجاملة الدولية التي قال بها فقهاء هذه المدرسة غموض كبير، فإن هذه الفكرة تعني أن تطبيق القانون الأجنبي منوط بتقدير القاضي حسبما تقتضيه المصلحة، فهو قد يقبل تطبيقه مرة وقد يرفض تطبيقه مرة أخرى، و يؤدي هذا الفهم لفكرة المجاملة الدولية إلى فتح الباب على مصراعيه لأهواء القضاة و ميولهم، و في ذلك إضرار لا.....بمصالح الأفراد و الفهم الصحيح لهذه الفكرة

¹ - د/أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار هومة، طبعة 2005، الجزء الأول، ص 139.

عند هذه المدرسة هو أنه قصد بها أن المشرع حر في السماح أو عدم السماح بتطبيق القانون الأجنبي على إقليم دولته. (1)

و هكذا فإن فكرة المجاملة الدولية حسب التفسير الأخير لها تقوم بدورها في مرحلة وضع قاعدة التنازع و ليس في مرحلة تطبيقها.

و قد ترتب على سوء فهم هذه النظرية التي قال بها فقهاء المدرسة الهولندية إلى هجرانها من طرف الفقه. (2)

الفرع الثاني: نظرية الحقوق المكتسبة:

حاول بعض فقهاء الإنجليز و الأمريكان إيجاد في نظرية الحق المكتسب التفسير الملائم لتطبيق القاضي الوطني للقانون الأجنبي.

فبالنسبة لهؤلاء الفقهاء فإن القاضي يطبق القانون الأجنبي في إقليم دولته احتراماً للحق المكتسب، فلا يمكن للقاضي النظر في حق مكتسب في الخارج إلا بالرجوع إلى القانون الأجنبي الذي نشأ هذا الحق تحت سلطانه. (3)

ومعنى هذا أن القاضي الوطني عند تطبيقه للقانون الأجنبي، بشأن النظر في حق مكتسب في الخارج مقيد بالرجوع إلى القانون الأجنبي الذي نشأ في ظل هذا الحق المكتسب.

وقد انتقدت هذه النظرية على أساس أنها غير شاملة إذ أنها لا تعطي لنا تفسيراً لتطبيق القانون الأجنبي إلا في مجال واحد هو مجال الحقوق المكتسبة، في حين أن تطبيق القانون الأجنبي قد يكون أيضاً في مرحلة نشوء الحق و هو الفرض الغالب.

¹ أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 140.

² د/أعراب بلقاسم، المرجع نفسه، ص 140.

³ د/أعراب بلقاسم، المرجع نفسه، ص 141.

فلما يطلب الزوجان الأجنبيان الطلاق و يطبق عليهما قانونهما يكون بذلك قد أنشأ وضعية جديدة، فلا يمكن القول في هذا الفرض قد احترم حق مكتسبا، إضافة إلى ذلك فإن الأخذ بهذه النظرية يقصر فقط مهمة القاضي في التحقيق فيما إذا كان الحق مكتسبا أم لا، أي هل الأطراف قد احترموا القانون عند نشوء الحق أم لا؟⁽¹⁾

المطلب الثاني: نظرية الاستقبال و الاستيعاب و تطبيق القانون الأجنبي بناء على تفويض:

الفرع الأول: نظرية الاستقبال و الاستيعاب:

يؤسس أصحاب هذا الاتجاه القائل بأن القانون الأجنبي يظل محتفظا بطبيعته القانونية أمام القاضي الوطني على أن قاعدة الإسناد تدمج القانون الأجنبي في النظام القانوني الوطني و يتحول إلى جزء منه.

و هذه هي نظرية إدماج القانون الأجنبي في القانون الوطني و هي نوعين إدماج مادي و إدماج شكلي.⁽²⁾

بمعنى أن القاضي الوطني يستقبل القاعدة القانونية الأجنبية و يلحقها بقواعده فتذوب فيها و تصبح جزءا منها و تفقد بذلك صفتها الأجنبية و تتحول إلى قاعدة مادية موضوعية و هذا ما يعرف بالتلقي المادي، أو استقبالها (القاعدة القانونية الأجنبية) و إدخالها ضمن قواعد القانون الوطني مع احتفاظها بصفاتها الأجنبية.

¹ - د/أعراب بلقاسم، مرجع سابق، 141.

² - د/سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، الطبعة الأولى 2004، ص 198.

غير أن هذا المفهوم الجديد على الرغم من أنه يجعل القاضي الوطني يفسر القانون الأجنبي وفقا للمفاهيم السائدة في البلد الذي صدر فيه، إلا أنه تنقصه الواقعية، كما أنه و بدرجة أقل يؤدي إلى تأميم القانون الأجنبي. (1)

الفرع الثاني: تطبيق القانون الأجنبي بناء على تفويض:

ترى طائفة من الألمان و الفرنسيين أن المشرع الأجنبي يأمر القاضي الوطني ببناء على تفويض من قواعد الإسناد الوطنية، فتطبيق القاضي الوطني للقانون الأجنبي يتم إذن حسب هذا الاتجاه الفقهي بناء على تفويض تعقده قواعد الإسناد للمشرع الأجنبي.

و ما يعيب على هذه النظرية أن التفويض لا يمكن أن يكون إلا لمفوض معين بينما المفوض هنا غير معلوم. (2)

كما أن هذا الموقف اصطدم باجتهاد القضاء الفرنسي الذي يعامل القانون الأجنبي معاملة الوقائع لذلك توفيقا بين هذين الموقفين هناك من ذهب إلى القول أن القانون الأجنبي يختلف عن القانون الداخلي و يطبقه القاضي الوطني بناء على أمر مشرعه الصادر إليه من خلال قاعدة الإسناد التي اختارته و لكن باعتباره عنصرا من عناصر الواقع و ليس القانون.

1- د/أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 143.

2- د/أعراب بلقاسم، المرجع نفسه، ص 144.

المبحث الثاني: كيفية معاملة القانون الأجنبي و الإشكالات التي تعترض القاضي الوطني عند تطبيقه:

عندما تشير قاعدة الإسناد إلى أن القانون الواجب التطبيق هو القانون الأجنبي فكيف يتعامل معه القاضي الوطني؟ للإجابة على هذا التساؤل قسم البحث إلى مطلبين: المطلب الأول: يتناول كيفية معاملة القانون الأجنبي، المطلب الثاني: يتناول الإشكالات أو العراقيل التي تعترض القاضي الوطني عند تطبيقه.

المطلب الأول: كيفية معاملة القانون الأجنبي:

الفرع الأول: التطبيق غير التلقائي للقانون الأجنبي:

عندما تعين قاعدة تنازع القوانين، القانون الأجنبي كقانون واجب التطبيق، فإن قاضي الموضوع يكون غير ملزم بتطبيقه من تلقاء نفسه، لا يمكن للأطراف أن تتذرع به لأول مرة أمام النقض، لأنه يعتبر عنصرا من عناصر الواقع.

إن المشرع الجزائري يميز بين القانون الأجنبي المتعلق بالأحوال الشخصية و الذي يكون وجها من أوجه الطعن بالنقض، أي أنه يتعلق بالنظام العام و القوانين الأخرى التي لا تخضع للطعن بالنقض لأنها تعتبر كواقعة يكون التشريع الجزائري مطابقا للقضاء الفرنسي عندما كان يعتبر القانون الأجنبي كواقعة.⁽¹⁾

بعد أن قرر القضاء الفرنسي أن: "قواعد تنازع القوانين الفرنسية لا تتعلق بالنظام العام على الأقل حين تشير باختصاص قانون أجنبي، بمعنى أن على الخصوم التمسك بتطبيق هذا القانون، و على ذلك فلا ينعي على قضاة الموضوع عدم تطبيقهم للقانون الأجنبي من تلقاء أنفسهم و رجوعهم إلى القانون الفرنسي الداخلي و الذي له الصلاحية لحكم جميع علاقات القانون الخاص"...خفف بعض

¹ - عليوش قريوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري تنازع القوانين، دار هومة، الجزء الأول، الطبعة الثانية، 2007، ص 120_121.

الشيء من موقفه في قرار آخر جاء فيه: "يسوغ القاضي الموضوع أن يتولى بحث القانون الأجنبي المختص و يحدد مضمونه. (1)

الفرع الثاني: التطبيق التلقائي للقانون الأجنبي:

قال المشرع الجزائري بالتطبيق التلقائي للقانون الأجنبي، و لكن عندما يتعلق الأمر بالقوانين الخاصة بالأحوال الشخصية فقط، عندما يتعلق الأمر بالقوانين الخاصة بالأحوال الشخصية، فالقاضي الجزائري ملزم بتطبيق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه.

وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى أبعد من هذا، عندما قضت بالتطبيق التلقائي للقانون الأجنبي بصفة عامة، أي أنه يكون الأعمال بالتطبيق التلقائي، مهما كان المصدر، اتفاقية، تشريع، قضاء، ومهما كانت قاعدة التنازع ثنائية أو منفردة، و مهما كانت طبيعة الحقوق قابلة للتصرف أم غير قابلة للتصرف من قبل الأطراف. (2)

غير أن القضاء الفرنسي تراجع نوعا ما عن هذا الاتجاه، عندما قضت محكمة النقض الفرنسية على أنه، لا يكون قاضي الموضوع ملزما بتطبيق القانون الأجنبي عندما يتعلق الأمر بالمسائل التي يكون فيها للأطراف حرية التصرف، وقد أخذ المشرع التونسي بالحل الذي انتهى إليه القضاء الفرنسي. (3)

يعتبر المشرع الجزائري القانون الأجنبي المتعلق بالأحوال الشخصي كقانون، و ذلك لأنه يعتبر كوجه من أوجه الطعن.

إن المحكمة العليا الجزائرية، وفقا للمادة 234 من قانون الإجراءات المدنية، يجوز لها من تلقاء نفسها أن تنقض مخالفة أو خطأ في تطبيق قانون أجنبي يتعلق

¹ - عليوش قريوع كمال، مرجع سابق، ص 121.

² - عليوش قريوع كمال، المرجع نفسه، ص 121.

³ - المرجع نفسه، نفس الصفحة.

بالأحوال الشخصية، على هذا الأساس فإن قاعدة تنازع القوانين الجزائرية تتعلق بالنظام العام، و بالتالي يكون المشرع الجزائري قد قال بالتطبيق التلقائي للقانون الأجنبي المتعلق بالأحوال الشخصية قبل القضاء الفرنسي. (1)

الفرع الثالث: إثبات القانون الأجنبي:

يقصد بالإثبات هنا إقامة الدليل على محتوى القانون الأجنبي و بيان الحقيقة، و تماشيا مع موقف القضاء الفرنسي الذي يعتبر القانون الأجنبي مجرد واقع يتعين على الخصوم إثباته، يرى الأستاذ باتيفول أن الحلول القضائية الفرنسية تعبر عن واقع فعلي و هو أن القاضي الوطني حين يعين مضمون قانون أجنبي و مفهومه يقوم بعملية تختلف عما يقوم به إزاء تعيين و تفسير قانونه الوطني. (2)

ومنه فإن القاضي الوطني عند تطبيقه للقانون الأجنبي لا يبحث عما هو أقرب للمنطق بل عما هو مقبول في الواقع في البلد الذي يطبق قانونه و تقتصر مهمته على مراقبة هذا القانون.

و لهذا ففي النظم التي تعامل القانون الأجنبي معاملة الوقائع يتوجب على الخصوم أنفسهم و بالتحديد على الخصم الذي يتمسك بتطبيقه عبء إثبات مضمونه حتى و لو كان قد أثير عرضيا من قبل الخصم الآخر. (3)

و تحديد من يجب عليه إثبات مضمون القانون الأجنبي و العلم به أمر متوقف بداية على تحديد طبيعة القانون الأجنبي، فإن قيل بأن القانون الأجنبي بعبوره الحدود و انطباقه أمام قاضي دولة أخرى غير الشارعة له يفقد صفة الإلزام فيه و يتحول إلى مجرد واقعة يجعل عبء إثباته واقعا على أطراف الخصومة أو بالتحديد من يثيره منها، و إن قيل بأنه قانون كان معنى ذلك أن يفرض على

¹ - عليوش قريوع كمال، مرجع سابق، ص 135-136.

² - د/ سعيد يوسف البستاني، مرجع سابق، ص 205.

³ - د/ سعيد يوسف البستاني، المرجع نفسه، ص 205.

القاضي إثبات مضمونه و يفترض فيه العلم به مع إمكانية استعانتة بالخصوم في إثباته كما هو الحال تماما في القانون الداخلي حيث يستعين القاضي بالخصوم في إثبات مضمون العرف و هو القانون. (1)

فإذا كان عبء إثبات مضمون القانون الأجنبي واقعا على الخصوم بإمكانهم في سبيل ذلك تقديم نصوص القانون الأجنبي نفسها أو ترجمتها، كما أنه بإمكانهم تقديم المؤلفات الفقهية أو الأحكام القضائية الأجنبية التي يمكن أن يستخلص منها أحكامه الحقيقية، و باختصار بإمكانهم اللجوء إلى مختلف طرق الإثبات الممكنة باستثناء اليمين و الإقرار رغم أنها من أكثر الطرق استخدامها لإثبات الوقائع، و يمكن للقاضي في فرنسا عند عدم اقتناعه بما قدمه له الخصوم من إثبات للقانون الأجنبي أو عندما تكون شهادات الإثبات للقانون الأجنبي التي قدموها متناقضة أن يلجأ إلى الخبرة. (2)

أما إذا كان عبء الإثبات واقعا على القاضي فإن إثبات مضمون القانون الأجنبي يكون إما بوسائله الخاصة أو بوسائل حكومته.

و لقد حكمت محكمة النقض الفرنسية على أن إثبات القانون الأجنبي يكون على عاتق الطرف الذي يطالب بتطبيقه، غير أنه حتى و إن كان قاضي الدعوى غير ملزم بالبحث في مضمون القانون الأجنبي المختص، فإنه يسوغ له القيام بذلك عندما يقرر القاضي بتطبيق القانون الأجنبي المختص، فإنه يبحث في مضمونه في هذه الحالة عليه أن يعلم الأطراف بذلك حتى لا يفاجئهم و يحترم حقوق الدفاع. (3)

يمكن كذلك لقاضي الموضوع أن يبحث في مضمون القانون الأجنبي المقدم من طرف الخصوم، إما لأنهم لم يتوصلوا إلى إثباته بأنفسهم، إما لعدم اقتناع

¹ - عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، طبعة 2007، ص 369.

² - د/أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 149.

³ - عليوش قريوع كمال، مرجع سابق، ص 126.

القاضي بالدليل المقدم من طرف الخصوم، و الذي غالبا ما يكون مشوبا بالمتناقضات، و قد أبد الفقه الفكرة التي مؤداها أن يقوم القضاة بأنفسهم بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي المختص.⁽¹⁾

موقف المشرع الجزائري:

موقف المشرع الجزائري بينته المادة 358 من قانون الإجراءات المدنية التي عدت من أوجه الطعن بالنقض الخطأ في تطبيق القوانين الأجنبية المتعلقة بالأحوال الشخصية و تأتي المادة 360 منه و تنص على أن للمحكمة العليا أن تنقض الحكم من تلقاء نفسها لأحد الأوجه الواردة في المادة 358 السابقة.

يفهم إذن من النصين أن القانون الأجنبي متى تعلق بمسائل الأحوال الشخصية كما هي واردة في القانون الجزائري، و يمكن أن تلحق بها مسائل الحالة و الأهلية، فإن مخالفة تطبيقه أو الخطأ في تطبيقه يعد كالخطأ في تطبيق القانون الجزائري، و معنى ذلك أن المحكمة العليا ستبسط رقابتها على التفسير الذي يعطيه قضاة الموضوع للقانون الأجنبي وليس هذا الموقف غريب، إذ أن القضاء الإيطالي على سبيل المثال يتولى رقابة التفسير الذي يعطيه قضاة الموضوع للقانون الأجنبي.⁽²⁾

ومنه فإن الخطأ في تطبيق القانون الأجنبي في المسائل التي تتعلق بالأحوال الشخصية يعد وجها من أوجه الطعن المنصوص عليها في المادة 358 من قانون الإجراءات المدنية.

أما خارج مجال الأحوال الشخصية فإن للقضاء الجزائري انتهاج ما يراه مناسبا، فإن هو ساير القضاء الفرنسي أمكن القول أن المسائل السابقة (أي الأحوال الشخصية بما فيها الحالة و الأهلية من المسائل التي لا يملك الخصوم حرية

¹ - عليوش قريوع كمال، مرجع سابق، ص 126.

² - دريال عبد الرزاق، الوافي في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، دار العلوم، طبعة 2010، ص 131.

التصرف فيها، و يستتبع ذلك التزام قاضي الموضوع الجزائري إثارة تطبيق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه و يتوجب عليه أيضا عن مضمونه بنفسه لكن لا مانع من استعانتة بالخصوم، كما و أن الخطأ في تطبيقه يعد وجها من أوجه الطعن بالنقض في حكمه، أما في المسائل الأخرى غير الأمرة التي يملك الأفراد مطلق التصرف فيها كما في العقود، فإن القاضي الجزائري يمكنه أن يفترض تطابق أحكام القانون الجزائري مع القانون الأجنبي المختص، ويبادر إلى تطبيقه إلا أن يتمسك أحد الخصوم باختصاص القانون الأجنبي و يتوجب عليه في هذه المرة إثبات مضمونه مع بقاء السلطة التقديرية للقاضي.

تعذر إثبات مضمون القانون الأجنبي:

إن قاعدة التنازع قاعدة وطنية ملزمة يجب على القاضي أن يثيرها من تلقاء نفسه، فلا يتوقف الأمر على طلب الخصوم و لو كان الحق موضوع المنازعة من الحقوق التي يجوز للأفراد التصرف فيها أو التنازل عنها، و عندما تشير هذه القاعدة إلى تطبيق قانون أجنبي فإن الصفة القانونية تبقى ثابتة له لا يفقدها رغم عبوره الحدود، ذلك أن تطبيقه قد تحدد بمقتضى قاعدة التنازع بها.

المشكلة هي أنه لما كان أجنبيا كان من الطبيعي ألا يلقى ذات المعاملة الإجرائية التي يتلقاها القانون الوطني، فمن الصعب بطبيعة الحال أن يفترض في القاضي الوطني العلم بكافة القوانين الأجنبية، من هنا كان المنطلق يقع على عاتق الفرقاء إثبات مضمون القانون الأجنبي و لا ملامة على القاضي الوطني إن طبقه من تلقاء نفسه متى كان عالما بمضمونه، و لا يعتبر ذلك منه قضاء بعلمه الشخصي كما قرر القضاء. (1)

البحث عن مضمون القانون الأجنبي يفترض أننا تجاوزنا مرحلة إثارة قاعدة التنازع سواء أكان الذي أثارها عفوا هو القاضي أم الخصوم، المسألتان بطبيعة الحال

¹ - عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 421، 422.

مرتبطتان لكن كلا منهما تلقى معاملة إجرائية مختلفة: قاعدة الإسناد قاعدة وطنية لها في الأصل وظيفة مزدوجة بينما القانون الأجنبي و إن احتفظ بطبيعته القانونية أمام القاضي إلا أنه لا يفترض علم القاضي به، و لهذا يقع عبء إثبات مضمونه على من يتذرع به ما لم يكن القاضي عالما بمضمونه. (1)

الفرع الرابع: القوة الملزمة لقاعدة تنازع القوانين:

إن القضاء الفرنسي و التشريع الجزائري (عندما يكون القانون الأجنبي لا يتعلق بالأحوال الشخصية) لا يعتبران قاعدة التنازع من النظام العام إذا أشارت إلى تطبيق القانون الأجنبي المختص، بينما تعتبر من النظام العام إذا أشارت إلى تطبيق القانون الوطني، بحيث تلزم في هذه الحالة قاضي الدعوى بتطبيق القانون الوطني.

و تظهر هنا ازدواجية في الطبيعة القانونية لقاعدة تنازع القوانين، بحيث تكون ملزمة إذا عينت القانون الوطني كقانون واجب التطبيق، و غير ملزمة إذا عينت قانونا أجنبيا، في هذه الحالة على الخصوم التمسك بتطبيق القانون الأجنبي و إلا طبق قاضي الدعوى قانونه الداخلي الذي له الصلاحية لحكم جميع علاقات القانون الخاص. (2)

و من هنا نستنتج أن قاعدة تنازع القوانين تكون ملزمة إذا عينت القانون الوطني كقانون واجب التطبيق و غير ملزمة إذا عينت قانونا أجنبيا.

و تجعل قاعدة تنازع القوانين، القانون الأجنبي المختص في وضعية مجموعة من القوانين الاختيارية.

¹ - عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 421،422.

² - عليوش قريوع كمال، مرجع سابق، ص 122،123.

يبين هذا التحليل أن القضاء الفرنسي غير منطقي، قد يؤدي هذا على المستوى العملي إلى تشجيع الغش نحو القانون الأجنبي، حيث يمكن للخصوم استغلال الطابع الاختياري لتعيين القانون الوطني، عوض القانون الواجب التطبيق، و قد عبر على ذلك أحد الفقهاء فقال: "فقد تجري المحاكم في منطقة ما على تطبيق القانون الإسباني أو الإيطالي من تلقاء نفسها لعلمها بأحكام هذه القوانين و ترفض الطلبات المقدمة إليها بالطلاق على هذا الأساس، بينما قد يطبق القضاة في مناطق أخرى أحكام القانون الفرنسي و يحكمون بالطلاق بين زوجين إسبانيين أو إيطاليين لجهلها بأحكام هذين القانونين، مما يترتب عليه أن يحاول كل ذي مصلحة التحايل على قواعد الاختصاص المحلي بشتى الطرق و على الأخص بتغيير موطنه الظاهر ليذهب إلى المحكمة التي يعرف مقدما أن أحكاما أكثر تحقيقا لأغراضه".⁽¹⁾

إن اعتبار أن قاعدة تنازع القوانين من النظام العام عندما تعين القانون الوطني كقانون واجب التطبيق" و القول بما يخالف ذلك عندما يتعلق الأمر بتعيين القانون الأجنبي الواجب التطبيق، يؤدي إلى اعتبار هذا الأخير كواقعة، و على هذا الأساس فإن على الخصوم: المطالبة بالتمسك بالقانون الأجنبي و إثبات مضمون القانون الأجنبي المختص، يمكن لقاضي الموضوع أن يراقب مدى و معنى القانون الأجنبي و يقوم بتفسيره.⁽²⁾

و قد أكد ذلك الأستاذ BATIFFOL عندما قال أنه على القاضي أن يطبق من تلقاء نفسه قاعدة التنازع الفرنسية حتى عندما تعين القانون الأجنبي في المواد التي لا يمكن للخصوم التخلي عنها في القانون الفرنسي.⁽³⁾

¹ - عليوش قريوع كمال، مرجع سابق، ص 123، 124.

² - عليوش قريوع كمال، المرجع نفسه، ص 125.

³ - عليوش قريوع كمال، المرجع نفسه، ص 124.

الفرع الخامس: معاملة القانون الأجنبي معاملة وقائع:

يذهب البعض في فرنسا إلى أن القانون الأجنبي لا يعدو أن يكون أمام القاضي الوطني الذي يطبقه عنصرا من عناصر الواقع.

و ينطلق أصحاب هذه النظرية في بناء وجهة نظرهم من نقطة محددة: القاضي الوطني لا يطبق القانون الأجنبي بوصفه قانونا أمر بتطبيقه المشرع الأجنبي.

إن كل قاعدة قانونية أيا كان واضعها لها عنصران: العنصر العقلي أو مضمون القاعدة من كونها عامة و مجردة، و عنصر الأمر أو الإلزام الذي يضيف على القاعدة قوتها الملزمة. (1)

و إن هذا الرأي تعرض للنقد ولم يلق ترحيبا من طرف الفقه كون أن القاعدة القانونية تفقد صفتها كقانون و تتحول إلى مجرد واقعة، كون أن القاضي الأجنبي الذي يطبقها لا يخاطب بالأمر الوارد في القاعدة.

و قد اعترض على هذا الرأي أنه يقوم على نقطة بداية تعد في ذاته خاطئة، فإذا كان صحيحا أن انتقال القاعدة القانونية عبر الحدود يجردها من عنصر الأمر، فإن دور قاعدة الإسناد هو أن ترد لها هذا العنصر الذي فقدته. (2)

و ليس بعيدا عن الفقه الفرنسي السابق، نجد نظرية إنجليزية و أمريكية تعرف بنظرية الحقوق المكتسبة، و هي أيضا تنفي عن القانون الأجنبي صفته كقانون ليقترب بذلك من الوقائع، فمفاد هذه النظرية أن العلاقات التي نشأت في الخارج بطريقة صحيحة يجب حمايتها و الاعتراف بها في دولة القاضي لحقوق مكتسبة

1- د/عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 359.

2- أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 145.

لأصحابها، و ليس في هذا تطبيق لأحكام القانون الأجنبي، و إن كان فيه نوع استثناس بأحكامه. (1)

و من خلال هذا نجد أن القاضي الوطني عند تطبيقه للقانون الأجنبي لابد أن يراعي الحق الذي نشأ في ظل القانون و الذي يعرف عند الفقهاء بنظرية الحقوق المكتسبة.

بل إنه في إطار الحقوق المكتسبة ذاتها لا يستطيع القاضي الوطني تقدير ما إذا كانت تلك الحقوق قد اكتسبت فعلا أولا إلا برجوعه إلى القانون الأجنبي الذي نشأت في ظلّه و يطبقه، فهو مثلا ليحكم لزوجة بأنها تعد زوجة حقيقية يتوجب عليه الرجوع إلى القانون الأجنبي ليتأكد من مدى توافر شروط كسب تلك المرأة الصفة الزوجية التي تدعيها، و لهذا السبب لم تلق هذه النظرية رواجاً في القانون المقارن. (2)

و نورد في نهاية هذه النقطة ما قاله بعض الشراح بعد أن عقدوا مقارنة بين القانون الوطني و القانون الأجنبي: للقانون الأجنبي خصائصه، كما أنه يعامل لدى القاضي الوطني معاملة تجعل له وضعاً خاصاً، فهو ليس كالتشريع الداخلي و ليس كالوقائع و إنما هو شيء ثالث غيرهما، و إذا كان لابد من تبويبه في التقسيم الثنائي: القانون و الواقع، فهو يدخل في الواقع و معنى الواقع في هذا المقام هو وجود القاعدة القانونية الأجنبية. (3)

و يشبه تطبيق القاضي للقاعدة الأجنبية بتطبيقه للوائح الشركات، فكلاهما قواعد عامة تطبق في حالات خاصة و لكنها قواعد غير صادرة عن المشرع الوطني و يعوزها عنصر الأمر و لا تمتلك بالتالي صفة القانون، أما الفقهاء الأنجلو-

¹- دريال عبد الرزاق، مرجع سابق، ص 120.

²- دريال عبد الرزاق، المرجع نفسه، ص 121.

³- أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 146.

أمريكيين فإنهم يرون أن القانون الأجنبي يطبق في بلد القاضي احتراماً للحقوق المكتسبة في الخارج، فالقاضي لا يمكنه النظر في حق مكتسب في الخارج إلا بالرجوع إلى القانون الأجنبي الذي نشأ هذا الحق تحت سلطانه. (1)

فالقاعدة القانونية تحتفظ بجوهرها سواء طبقت داخل حدود الدولة الصادرة فيها أو طبقها قاضي آخر أجنبي بوصفها قانوناً أجنبياً، ثم على فرض قبولنا لهذا التصور الخيالي و إقرارنا بأن القاعدة القانونية حين ترحل خارج حدود دولتها لتطبق أمام قاضي أجنبي، فإنها ترحل مخلفة وراءها عنصر الأمر، فلماذا لا نسلم بأن هذه القاعدة تسترد هذه القوة بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية. (2)

إن الأخذ بالحل المتقدم يؤدي إلى نتائج ضارة بالعلاقات الخاصة الدولية، فهو يستتبع بالضرورة إهدار قاعدة الإسناد حيث لن يطبق القاضي الوطني القانون الأجنبي من تلقاء نفسه، بالإضافة إلى ندرة تطبيق القانون الأجنبي خاصة و أن تطبيقه و تفسيره وفق هذا المذهب لن يخضع لرقابة المحكمة العليا. (3)

المطلب الثاني: الإشكالات التي تعترض القاضي الوطني عند تطبيقه للقانون الأجنبي:

الفرع الأول: غموض القانون الأجنبي:

بعد أن تشير قاعدة الإسناد في قانون القاضي بتطبيق قانونا محددًا قد يكون القانون الوطني و قد يكون القانون الأجنبي هو الواجب التطبيق ففي هذه الحالة

¹ - سعيد يوسف البستاني، مرجع سابق، ص 197.

² - عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 361.

³ - المرجع نفسه، نفس الصفحة.

الأخيرة قد يشوب شيء من الغموض أو اللبس في نصوص أو قواعد أو أحكام هذا القانون الأجنبي عند تطبيقه. (1)

ومن خلال هذا يمكن التساؤل عن القواعد التي يتبعها القاضي الوطني في تفسيره للقانون الأجنبي الذي يشوب أحد قواعده غموض، و خضوع تفسيره لرقابة المحكمة العليا.

أولاً: تفسير القانون الأجنبي من طرف القاضي الوطني:

تختلف وجهات النظر الفقهية في مسألة مدى حرية القاضي الوطني في تفسير القانون الأجنبي الواجب التطبيق بالنسبة إلى قواعده التي يشوبها اللبس أو الغموض عند تطبيقها بين فريقين:

الفريق الأول: يرى حتمية تفسير القاضي الوطني للقاعدة الأجنبية أو النص القانوني الذي هو محل التفسير، طبقاً للأصول و الأفكار و الأحكام القضائية السائدة و المعترف بها في النظام القانوني الأجنبي التي يتضمنها، و يجيز إتباعها خلال البحث في تفسير القانون. (2)

الفريق الثاني: يرى أصحاب هذا الفريق بأن دور القاضي الوطني في تفسير القانون الأجنبي لا يختلف في شيء عن الدور الذي يقوم به عند تفسير قانونه الوطني أي أن هذا الفريق يعطي القاضي الحرية الكاملة في تفسير القانون الأجنبي على أساس أنه ذاب في وعاء قانونه الوطني و أصبح بعد ذلك جزء منه بناء على قواعد الإسناد الوطنية التي يتمتع بها القاضي عند تفسيره لقانونه الوطني لا يوجد ما يمنع التمتع بها عند تطبيق القانون الأجنبي. (3)

¹ - أ/ بلعير عبد الكريم، محاضرات في القانون الدولي الخاص على ضوء التعديلات التي جاء بها قانون 10-05 لسنة 2005، كلية الحقوق بن عكنون، 2008/2009، ص 172.

² - أ/ بلعير عبد الكريم، المرجع نفسه، ص 172.

³ - نفس المرجع، نفس الصفحة.

بمعنى أن الدور أو الطريقة التي يقوم بها القاضي الوطني في تفسير القانون الأجنبي هي نفسها التي يقوم بها عند تفسيره لقانونه الوطني حيث لا تختلف عنها.

ثانيا: رقابة المحكمة العليا على تفسير القانون الأجنبي:

قد يخطئ القاضي في بعض الحالات في إعمال قاعدة الإسناد الوطنية، و قد يخطئ القاضي في حالات أخرى في إعمال القانون الأجنبي الذي أشارت باختصاصه قاعدة الإسناد كأن يؤسس حكمه مثلا على ترجمة غير دقيقة للنص القانوني أو على تفسير غير صحيح لأحكام القانون الأجنبي و قواعده.

ففي الحالة الأولى: التي تعلق الخطأ بقاعدة الإسناد الوطنية فإن المحكمة العليا مختصة بالرقابة على أساس أن ذلك خطأ في تطبيق القانون الوطني بين الفقهاء و المحاكم العليا.

أما في الحالة الثانية: التي يتعلق فيها الخطأ بالقانون الأجنبي فهل يجوز رفع الطعن أمام المحكمة بسبب وجود خطأ في التطبيق أو التأويل أو التفسير للقانون الأجنبي و بالتالي لها حق الرقابة. (1)

موقف محكمة النقض الفرنسية:

يمكن القول بالنظر إلى أحكام محكمة النقض الفرنسية و خاصة حكمها الصادر بتاريخ 25 يناير 1967 بأنها رفضت بسط رقابتها على تفسير القانون الأجنبي.

في حين أنها أجازت الرقابة على أحكام محاكم الموضوع التي لم تطبق القانون الأجنبي الذي أشارت إلى اختصاصه قاعدة الإسناد الوطنية و خاصة في

¹ - أ/بلعبيور عبد الكريم، مرجع سابق، ص 173.

حالة تمسك الخصوم بتطبيقه على أساس أن ذلك يعد خرقاً لهذه القاعدة و بالتالي للقانون الوطني في حد ذاته. (1)

وقد أيد بعض الفقهاء الموقف الذي تبنته محكمة النقض الفرنسية مير رين ذلك بأن عدم بسط الرقابة من طرف محكمة النقض الفرنسية لا يرجع حسب وجهة نظرهم إلى كونها تعتبر القانون الأجنبي وقعا و ليس قانونا إنما يعود الأمر إلى اعتبارات واقعية أجبرتها على اتخاذ رفضها لرقابة القوانين الأجنبية.

موقف المحكمة العليا الجزائرية من الرقابة على تفسير القانون الأجنبي:

لا توجد إلى حد هذا اليوم أحكام و اجتهادات قضائية مستقرة صادرة عن المحكمة العليا كما هي الحال في فرنسا أو مصر، يمكننا من خلالها تحديد موقفها من مسألة الرقابة على تفسير القانون الأجنبي.

غير أنه بالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية الجزائري لعام 1966 نجده قد نظم في المادة 233 الحالات أو الأوجه التي يبني عليها النقض.

و بناء على هذا فإن الخطأ المرتكب في تطبيق القوانين سواء كانت داخلية أو أجنبية على حد سواء إذا تعلق بالأحوال الشخصية يخضع إلى رقابة المحكمة العليا، أما بقية الحالات فتخرج من دائرة رقابة المحكمة العليا. (2)

تقبل محكمة النقض الطعن بالنقض المتعلق بخرق قاعدة تنازع قاضي الدعوى، كما أنها تقوم بالرقابة على التكييف و تمارسها على مسخ أو تشويه القانون الأجنبي المعين:

¹ - أ/بلعير عبد الكريم، مرجع سابق، ص 173.

² - بلعير عبد الكريم، المرجع نفسه، ص 175، 176.

أولاً: قبول الطعن المتعلق بخرق قاعدة تنازع قوانين قاضي الدعوى:

إذا كان قاضي الموضوع قد أخطأ في تطبيق قاعدة التنازع، فإن قراره يخضع حينئذ لرقابة محكمة النقض.

إن قاعدة تنازع القوانين من قواعد القانون الداخلي، و إن أخطأ قاضي الموضوع في تطبيقها، فيكون ذلك وجهاً من أوجه الطعن بالنقض، إذا كانت قاعدة التنازع تقضي بتطبيق قانون الجنسية أو الموطن أو الموقوف، فخالف القاضي هذا الإسناد يكون حكمه قابلاً للنقض لخطأ في تطبيق القانون، يتعلق الأمر هنا بمسألة التفسير الصحيح لقاعدة تنازع القوانين أمام محكمة الاستئناف، و يجب أن تتم مناقشة تفسير قاعدة التنازع أمام محكمة الموضوع، ما لم يتبع هذا الإجراء، فإن الوجه يكون غير مقبول أمام محكمة النقض، لأنه يعتبر وجهاً جديداً. (1)

ثانياً: رقابة محكمة النقض على التكييف:

يخضع التكييف لقانون قاضي الدعوى، إذا كان لقاضي الموضوع أن يصنف كل الوقائع في إحدى الطوائف القانونية، فإن الخطأ في ذلك التصنيف، يخضع لرقابة محكمة النقض.

إن المسألة تتعلق بقانون قاضي الدعوى، و على هذا الأساس تراقب محكمة النقض إذا كانت إحدى مؤسسات القانون الأجنبي تصنف في فئات الأحوال الشخصية أو الأحوال العينية مثلاً. (2)

ثالثاً: تمارس محكمة النقض الرقابة على مسخ أو تشويه القانون الأجنبي:

إن رقابة محكمة النقض على مسخ القانون الأجنبي مأخوذة من رقابتها على مسخ العقود، إذا كان تفسير العقد يخضع لمطلق تقدير محكمة الموضوع، فإنه لا

¹ - عليوش قريوع كمال، مرجع سابق، ص 130.

² - عليوش قريوع كمال، المرجع نفسه، ص 131.

يجوز لها بحال من الأحوال أن تخرج عن معناها الواضح المحدد تحت تفسيرها، حيث أنه إذا كان الشرط التعاقدى واضحا و محددا فإن محكمة الموضوع لا يجوز لها أن تخرج عن معناها الظاهر لأنها لو فعلت ذلك تكون قد مسخت إرادة المتعاقدين و تجاهلت نصوص العقد و إن هذا قد يؤدي إلى خرق المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي تقابلها المادة 106 من القانون المدني الجزائري.⁽¹⁾

و لقد لجأت محكمة النقض الفرنسية مؤخرا و لتدارك النتائج السيئة المترتبة عن امتناعها من الرقابة على تفسير القانون الأجنبي إلى "نظرية التحريف" كما يقع تطبيقها بشأن الوقائع في القانون الداخلي، و طبقتها على تفسير القانون الأجنبي، و لقد مارست هذه المحكمة رقابتها في حالة مسخ القانون الأجنبي الواجب التطبيق من قبل قاضي الموضوع بتجاهله المعنى الواضح و المحدد لنصوص هذا القانون.⁽²⁾

ولقد أدخلت محكمة النقض الفرنسية "التحريف" ضمن السبب المسمى "عدم ارتكاز الحكم على أساس قانوني" و المقصود به أن الأسباب التي يرتكز عليها الحكم و قد تكشف كشفا كافيا عن الوقائع أو الحجج القانونية التي استند عليها لتبرير النتيجة التي انتهى إليها، فالتحريف بمثابة التعليل الناقص الذي يدخل ضمن السبب المذكور.⁽³⁾

الفرع الثاني: تعذر التوصل إلى مضمون القانون الأجنبي:

يؤدي إلزام القاضي بتطبيق القانون التلقائي للقانون الأجنبي، إلى إلزامه بالبحث عن مضمونه، هل يعني هذا أن القانون الأجنبي يوضع على قدم المساواة مع قانون قاضي الدعوى على مستوى الإجراءات؟ هل يتمتع قاضي الدعوى عندما

¹ - عليوش قريوع كمال، مرجع سابق، ص 131، 132.

² - سعيد يوسف البستاني، مرجع سابق، ص 214.

³ - المرجع نفسه، ص 215.

يبحث في مضمون القانون الأجنبي بنفس القوة التي يتمتع بها عندما يطبق قانونه الداخلي؟ (1)

إن القانون الأجنبي لا يمكن اعتباره في نفس مرتبة القانون الوطني الداخلي.

و من هنا تختلف معاملة القانون بالنسبة للقانون الوطني عندما يتعلق الأمر بتحديد مضمونه، و هذا راجع إلى كون القاضي الوطني لا يمكنه أن يعرف كل القوانين الأجنبية.

فتحديد مضمون القانون الأجنبي إذن يخضع لنظام خاص بسبب طابعه الخاص بحيث أنه قانون و لكنه قانون أجنبي.

إن هذا الطابع أصبح مرتبطا بطبيعة المادة موضوع النزاع إذا كان للأطراف حرية التصرف في حقوقها، تكون قاعدة التنازع اختيارية، أما إذا كان العكس فتكون قاعدة التنازع ملزمة، و يبقى القاضي ملزما بالبحث في مضمون القانون الأجنبي عندما يتعلق الأمر بالمسائل التي لا يكون فيها حق التصرف بالنسبة للأطراف المتنازعة، أما في المسائل الأخرى فيكون غير ملزم بذلك. (2)

الآثار المترتبة على اعتبار القانون الأجنبي المتعلق بالأحوال الشخصية كقانون أمام المحكمة العليا:

تتمثل الآثار المترتبة على اعتبار القانون الأجنبي المتعلق بالأحوال الشخصية كقانون، على أنه يكون وجها من أوجه الطعن بالنقض، و أن المحكمة العليا يمكنها رقابة تفسير القانون الأجنبي المطبق من طرف قاضي الموضوع.

¹ - عليوش قريوع كمال، مرجع سابق، ص 142.

² - عليوش قريوع كمال، المرجع نفسه، ص 144.

ولقد اعتبر المشرع الجزائري القانون الأجنبي المتعلق بالأحوال الشخصية كقانون، و بالتالي فإذا ارتكب خطأ أو مخالفة في تطبيقه، يمكن للخصوم أن تبني الطعن بالنقض على هذا الوجه. (1)

حيث أنه يمكن للمحكمة العليا أن تنقض القرار من تلقاء نفسها، و نجد أن المشرع الجزائري قد ميز بين القانون المتعلق بالأحوال الشخصية و القوانين الأخرى.

قد يجد القاضي صعوبات للتمييز بين القانون الأجنبي المتعلق بالأحوال الشخصية و القوانين الأخرى، و قد يرجع ذلك إلى تحديد مضمون القانون الأجنبي المتعلق بالأحوال الشخصية و القوانين الأخرى، فإذا لم يتوصل قاضي الموضوع إلى الفصل بين قانون الأحوال الشخصية الأجنبي و القوانين الأخرى التي تعتبر كواقعة، سينقض قراره على أساس أنه يمتزج فيه الواقع بالقانون.

إن التمييز بين القانون المتعلق بالأحوال الشخصية و القوانين الأخرى قد يضع القاضي الجزائري أمام منازعات يصعب عليه حلها، و لهذا فمن المستحسن أن يلغي هذا التمييز، كي يلزم قاضي الموضوع بتطبيق كل القوانين الأجنبية على قدم و ساق، و حتى تتمكن المحكمة العليا من رقابة تفسير كل القوانين الأجنبية. (2)

الحل المتبع عند استحالة التوصل إلى مضمون القانون الأجنبي:

قد يحدث و أن يستحيل على الخصوم إذا كان عبء الإثبات واقعا على عاتقهم أو على عاتق القاضي إذا كان عبء الإثبات واقعا عليه التوصل معرفة الأحكام الحقيقية في القانون الأجنبي المختص رغم كل الجهود المبذولة في سبيل

¹ - عليوش قريوع كمال، مرجع سابق، ص 147.

² - عليوش قريوع كمال، المرجع نفسه، ص 148.

ذلك، و من خلال هذا يمكننا التساؤل عن الحل المتبع في مثل هذه الحالة؟ و نجد في هذا الصدد عدة حلول مقدمة من طرف الفقه. (1)

أولاً: امتناع القاضي في مثل هذه الحالة عن الفصل في النزاع، غير أن هذا الحل يصطدم مع المبدأ القاضي بإلزام القاضي بالفصل في كل النزاعات المعروضة عليه و إلا عد نكوله عن هذه المهمة إنكاراً للعدالة. (2)

ثانياً: تطبيق المبادئ العامة السائدة في الأمم المتقدمة و التي يتصور بأن القانون الأجنبي متطابق معها، و قد أخذت بهذا الحل بعض الأحكام القضائية، غير أن هذا الحل لما يتميز به من عموم يصعب تطبيقه كما أن القاضي يطبق في الغالب قانونه على أساس أنه المستند منطقياً من هذه المبادئ. (3)

ومن خلال هذا نجد أن القاضي الوطني عند استحالة التوصل إلى مضمون القانون الأجنبي فإنه يطبق المبادئ العامة السائدة في الأمم ولكن من الصعب على القاضي تطبيقه لأنه لا يمكنه من المعرفة و الإلمام بهذه المبادئ العامة للأمم المتقدمة حيث يلجأ إلى تطبيق القانون الوطني المستند من هذه المبادئ.

ثالثاً: تطبيق القانون الأقرب إلى القانون الأجنبي:

ويتميز هذا الحل عند أصحابه بكونه يوصل إلى حل للنزاع قريب من الحل الذي سيؤدي إليه القانون الأجنبي المختص أصلاً لو كان قد عرف مضمونه، غير أن هذا الحل يصطدم بعقبات عملية ذلك أنه من الصعب إن لم يكن من المستحيل، التأكد من مدى التقارب بين التشريعات المختلفة، و المشرع غالباً ما يستوحي قواعد

¹ - أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 150.

² - أعراب بلقاسم، المرجع نفسه، ص 150.

³ المرجع نفسه، نفس الصفحة.

قانونه من عدة قوانين بحيث لا يمكن القطع بالقانون الأقرب إلى أحكام القانون الذي استحال الكشف عن مضمونه. (1)

ومنه فإن الأخذ بهذا الحل و المتمثل في تطبيق القانون الأقرب إلى القانون الأجنبي يلاقي كذلك نفس الصعوبات لاختلاف التشريعات فيما بينهما وعدم التمكن من معرفة التقارب بين هذه التشريعات.

رابعاً: تطبيق قانون القاضي، لكن دعاء هذا الحل قد اختلفوا فيما بينهم حول أساس تطبيقه، و يقول البعض بأن تطبيق قانون القاضي يقوم على أساس افتراض التماثل بينه و بين القانون الأجنبي المختص و يأخذ النظام القانوني الإنجليزي بهذا الحل، و قد انتقد هذا الأساس باعتباره يقوم على مجرد حيلة قانونية بعيدة عن الواقع حتى بالنسبة للحالة التي ينتمي إليها قانون القاضي، ذلك أن الظروف السائدة في كل دولة تطبع قانونها بطابعها الخاص و تجعله يتطور بشكل يختلف عن قوانين الدول الأخرى. (2)

إن هذا الحل انتقد كذلك لأن تطبيق القاضي لقانونه يجعله ذريعة للتحجج بعدم تطبيق القانون الأجنبي و اللجوء إلى تطبيق قانونه الذي يعرفه معرفة تامة.

خامساً: اتجه القضاء الفرنسي بشأن هذه المسألة اتجاهاً عملياً، فقد قضت بعض أحكام محكمة النقض برفض طلبات الخصم الذي يقع على عاتقه إثبات مضمون القانون الأجنبي و عجز عنه، وقد فسر البعض هذا الموقف لمحكمة النقض الفرنسية بكون الخصم الذي يقع عليه عبء إثبات مضمون القانون الأجنبي لم يقم بالجهد الكافي بحثاً عنه. (3)

¹ - أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 151.

² - أعراب بلقاسم، المرجع نفسه، ص 151.

³ - أعراب بلقاسم، المرجع نفسه، ص 152 - 153.

ومنه فإن الخصم الذي وجب عليه إثبات مضمون القانون الأجنبي ولم يستطع ذلك، فإن طلباتهم يتم رفضها من طرف القاضي.

و قد رأى بعض الفقهاء أن هذه الأحكام تتعلق فقط بالحالات التي يعجز فيها الخصم عن إثبات مضمون القانون الأجنبي رغم كل الجهود التي بذلها. (1)

¹ - أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 153.

الفصل الثاني: حالات استبعاد و تطبيق القانون الأجنبي:

إن تطبيق القانون الأجنبي في مجال الأحوال الشخصية يمكن استبعاده رغم إشارة قواعد الإسناد إلى تطبيقه إما أثناء تعيينه أو في مرحلة تطبيقه، و على ضوء هذا قسم الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: تناولت فيه الاستبعاد في مرحلة التعيين، و الذي قسمته إلى مطلبين: المطلب الأول تناولت فيه القاعدة العامة (الحالة و الأهلية)، و المطلب الثاني: تناولت فيه استثناء المادة 10 ف2 من القانون المدني.

المبحث الثاني: تناولت فيه الاستبعاد في مرحلة التطبيق و الذي قسم إلى مطلبين: المطلب الأول يتناول النظام العام و المطلب الثاني يتناول الغش نحو القانون.

المبحث الأول: الاستبعاد في مرحلة التعيين:

هناك حالات يتم استبعاد تطبيق القانون الأجنبي فيها رغم الإشارة إلى تطبيقه من طرف قواعد الإسناد و التي نتناولها في مطلبين:

المطلب الأول: استثناء المادة 10 ف2، المطلب الثاني استثناء المادة 13 قانون مدني جزائري.

المطلب الأول: استثناء المادة 10 ف2 : لقد تناول المشرع الجزائري استثناءات على القاعدة العامة فيما يخص خضوع الحالة و الأهلية إلى قانون الجنسية في المادة 10 ف2 من القانون المدني و التي نتناولها فيما يأتي:

الفرع الأول: القاعدة العامة (الحالة و الأهلية):

أولاً: الحالة:

تشمل حالة الأشخاص، قواعد القانون المدني التي تسمح بتمييز الشخص داخل المجتمع و داخل عائلته، كما تسمح فيما بعد بإقامة علاقات قانونية بين مختلف أعضاء العائلة، على هذا الأساس، فإن الحالة الفردية للشخص تشمل الحالة المدنية و تحديد هوية الشخص.

1 - الحالة المدنية للشخص:

يدخل ضمن الحالة المدنية للشخص التصرفات المتعلقة بالحالة المدنية الصادرة بالجزائر و تلك الصادرة في الخارج و مسألة الإثبات المتعلقة بها. (1)

2 - تحديد هوية الشخص:

يمكن تحديد الشخص الطبيعي عن طريق الاسم و الموطن .

¹ - عليوش قريوع كمال، مرجع سابق، ص 190.

أ/ الاسم:

وهو وسيلة تميز شخص عن شخص آخر و يتألف الاسم من:

- الاسم العائلي Nom.

- ومن اسمه الشخصي Prénom.

وهو ما جاءت به المادة 28 من القانون المدني الجزائري التي نصت على أنه "يجب أن يكون لكل شخص لقب و اسم فأكثر، و لقب يلحق أولاده".

ومادام المجتمع يزخر بالأشخاص الكثيرين فإنه من البديهي أن تكون الأسماء كثيرة أيضا لذا من الأحسن أن يخضع الاسم للقانون الشخصي بمعنى قانون الجنسية و هو ما نصت عليه المادة 10 من القانون المدني الجزائري.⁽¹⁾

ب/الموطن:

نص القانون المدني الجزائري على عدة أنواع من المواطن.

جاء في المادة 36 قانون مدني جزائري ما يأتي: "مواطن كل جزائري هو المحل الذي يوجد فيه سكناه الرئيسي، و عند عدم وجود سكنى يحل محلها مكان الإقامة العادي".

ونصت المادة 37 من نفس القانون على ما يأتي: "يعتبر المكان الذي يمارس فيه الشخص تجارة أو حرفة موطننا خاصا بالنسبة إلى المعاملات المتعلقة بهذه التجارة أو المهنة".

¹ - محمد سعادي، القانون الدولي الخاص و تطبيقاته في النظام، القانوني الجزائري، دار الخلدونية الجزائر، الطبعة الأولى 2009، ص 103.

و قررت المادة 38 من نفس القانون على أن: "مواطن القاصر و المحجور عليه و المفقود و الغائب هو مواطن من ينوب عن هؤلاء قانونا".

كما نصت المادة 39 من نفس القانون على أنه: "يجب اختيار مواطن خاص لتنفيذ عمل قانوني معين". (1)

و عليه يمكن تقسيم المواطن كما في الجزائر إلى: مواطن عام و مواطن خاص.

النوع الأول: المواطن العام و ينقسم إلى:

1 - مواطن اختياري:

حيث نصت المادة 36 من القانون المدني الجزائري المعدل بقانون 10/05 على أن المواطن الاختياري هو: محل سكنى الشخص الرئيسي و عند عدم وجود سكن يحل محله مكان الإقامة العادي.

2 - مواطن إلزامي:

المحدد من قبل القانون لبعض الأشخاص دون أخذ إرادتهم و لا اختيارهم بعين الاعتبار كالقاصر و العجوز و المفقود و الغائب، و الذي نصت عليه المادة 37 من القانون المدني الجزائري. (2)

¹ - عليوش قريوع كمال، مرجع سابق، ص 193-194.

² - محمد سعادي، مرجع سابق، ص 104.

النوع الثاني: الموطن الخاص، و ينقسم إلى:

1 - موطن الأعمال:

و هو المكان الذي يمارس فيه الشخص تجارة أو حرفة (المادة 37 قانون مدني جزائري).⁽¹⁾

2 - موطن ناقص الأهلية:

موطن ناقص الأهلية، كالقاصر و المحجور عليه و المفقود و الغائب هو موطن الشخص الذي ينوب عليه (المادة 1/38 من القانون المدني الجزائري المعدل بقانون 10/05).⁽²⁾

3 - الموطن المختار:

وهو المكان الذي يختاره الشخص لتنفيذ عمل معين (المادة 39 قانون مدني جزائري).

و عليه فقد يطرح مختلف هذا الموطن (المسكن) مشكلة القانون الواجب التطبيق ، إذ فما هو القانون الواجب التطبيق على تصرف الشخص القاطن بها؟

لقد ذهب المشرع الجزائري إلى إخضاع الموطن لقانون جنسية الشخص وفقا للمادة 10 من القانون المدني.⁽³⁾

¹ - عليوش قريوع كمال، مرجع سابق، ص 194.

² - محمد سعادي، مرجع سابق، ص 106.

³ - المرجع نفسه، نفس الصفحة.

ثانيا: الأهلية:

يقصد بالأهلية صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق و التحمل بالالتزامات و مباشرة التصرفات القانونية التي يكون من شأنها أن ترتب له مثل هذه الحقوق أو تحمله بمثل هذه الالتزامات.

و من هذا التعريف للأهلية نستخلص أن الأهلية نوعان: أهلية وجوب و أهلية أداء.

فأهلية الوجوب يقصد بها مدى صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق و التحمل بالالتزامات أي أنها صفة تتقرر للشخص و التي من شأنها أن تجعله صالحا لأن يتعلق به حق أو أن يلزمه التزام و مثل هذه الأهلية تثبت للشخص بغض النظر عن مدى بلوغه أو عدم بلوغه لسن التمييز و بغض النظر أيضا عن مدى إصابته بعارض من عوارض التمييز في جانبه من عدمها، كما أنها قد تثبت للجنين أيضا و إن كانت تبقى ناقصة لأنها تبقى متوقفة على شرط ولادته حيا. (1)

أما أهلية الأداء فهي صلاحية الشخص لمباشرة التصرفات القانونية كالبيع و الإيجار و الوصية و غير ذلك، و تنقسم هذه الأهلية إلى أهلية أداء عامة و أهلية أداء خاصة، التي تخرج من نطاق المادة 10 قانون مدني أهلية الأداء العامة هي تلك الأهلية التي مناطها القدرة على التعبير عن الإرادة، و لذلك فإن نطاقها يتحدد بالأعمال القانونية أو التصرفات القانونية التي تحتاج إلى الإرادة في إنشائها، و كذلك في ترتيب آثارها. (2)

و إضافة لما سبق، فإن قانون الجنسية هو الذي يحدد لنا مدى توافر الأهلية في الشخص الطبيعي، بالغا لسن الرشد من عدمه، و يوضح لنا التصرفات التي

¹- د/ حبار محمد، القانون الدولي الخاص، الرؤى للنشر و التوزيع، الجزائر، طبعة 2013، ص 116.

²- د/ أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 216.

يبقى هذا الشخص الطبيعي أهلا للقيام بها و تلك التصرفات التي يمنع عليه القيام.
(1)

ثالثا: حماية ناقص الأهلية و عديمها:

إن الشخص ناقص الأهلية أو عديمها يحتاج إلى حماية نفسه و ماله، يختلف نظام الحماية من نظام قانوني إلى آخر، بل و يختلف داخل النظام القانوني الواحد.

من هنا وجب البحث عن القانون الواجب التطبيق على حالة ناقص الأهلية أو عديمها حين يقوم بتصرفات قانونية معينة.

و التي أخضعها المشرع الجزائري إلى قانون الشخص الواجب حمايته و ليس إلى قانون الشخص الذي يتولى هذه الحماية (الولي أو القيم أو الوصي) (المادة 1/15 من القانون المدني الجزائري المعدلة بقانون 10/05).⁽²⁾

و إن القانون الوطني هو الذي يحدد نطاق تصرفات عديم الأهلية، كذلك يحدد التصرفات التي يمكن لعديم الأهلية أن يقوم بمفرده، التصرفات التي تتطلب تدخل و التصرفات المحظورة، يحدد القانون الوطني متى يرفع الحجر.⁽³⁾

بمعنى أنه إذا كان ناقص الأهلية أو عديمها وقت رفع الدعوى يحمل الجنسية الجزائرية، فإن نقصان أو انعدام الأهلية تخضع إلى القانون الجزائري، حتى و لو كان الحامي له (الولي أو القيم أو الوصي) يحمل جنسية أخرى كالجنسية الفرنسية

¹ - د/ حبار محمد، مرجع سابق، ص 117.

² - محمد سعادي، مرجع سابق، ص 110-111.

³ - عليوش قريوع كمال، مرجع سابق، ص 202

مثلا، و هو في هذه الحالة قانون الحالة المدنية الجزائري. (1)

و القضاء الفرنسي يقضي بعدم تطبيق القانون الوطني على الأهلية بسبب الجهل المعذور للقانون الأجنبي و ذلك استنادا لوقائع القضية الشهيرة المعروفة بقضية Lizardi. (2)

الفرع الثاني: الاستناد الوارد على القاعدة العامة (م10ف2):

إن المشرع الجزائري أدخل استثناء على القاعدة العامة و ذلك من خلال الفقرة الثانية من المادة 10 و الذي يشترط لإعماله توافر الشروط التالية:

الشرط الأول: أن يتعلق الأمر بتصرف مالي:

يلزم أن يكون التصرف المبرم و المراد تقرير صحته من التصرفات المالية فلا محل للأخذ بهذا الاستثناء في التصرفات القانونية المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية كالزواج، لارتباط هذه المسائل بالفرد و اتصالها به اتصالا وثيقا يتعذر معه إعمال قانون آخر غير قانون جنسيته، كما أن هذه التصرفات عادة ما يحاط إبرامها بإجراءات لها طبيعة شكلية يستعصى تصور وقوع "الجهل المغتفر" بالقانون الأجنبي في شأنها. (3)

حيث أن هذا الاستثناء يقتصر على التصرفات المالية العادية أو الجارية لأن التصرفات المالية ذات الأهمية تستلزم الحيطة و الحذر من المتعاقد مع الأجنبي.

¹ - محمد سعادي، مرجع سابق، ص 111.

² - عليوش قريوع كمال، مرجع سابق، ص 203.

³ - د/ عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 795.

الشرط الثاني: أن تعقد هذه التصرفات في الجزائر و تنتج آثارها فيها:

و عليه فإنه لا مجال لإعمال هذا الاستثناء في الحالة التي يتم فيها التصرف في الجزائر و ينتج أثره في الخارج، و كذلك لا مجال لإعماله في الحالة التي يتم فيها التصرف في الخارج، و ينتج أثره في الجزائر.

و قد تساءل الفقه حول جنسية المتعاقد مع أجنبي، هل يشترط أن تكون جنسيته جزائريا أم لا؟

لم يشترط النص صراحة أن يكون المتعاقد مع أجنبي جزائريا، غير أنه يمكن من عبارة النص: "إذا كان أحد الطرفين أجنبيا"، أن نفهم منها بمفهوم المخالفة أن الطرف الآخر يجب أن يكون وطنيا. (1)

الشرط الثالث: أن يكون المتعاقد الأجنبي كامل الأهلية وفقا للقانون الجزائري و ناقصها وفقا للقانون الوطني:

لم يتضمن نص المادة 2/10 صراحة هذا الشرط و لكنه شرط يفرضه المنطق السليم، لأنه لا يمكن تصور إعمال هذا الاستثناء إذا كان الأجنبي ناقص الأهلية أيضا وفقا للقانون الجزائري ذلك أنه إذا كان يعذر المتعاقد مع أجنبي في جهله بنقص أهليته وفقا للقانون الجزائري. (2)

و هذا شرط بديهي تفرضه طبيعة الأشياء، فالأثر المترتب على الاستثناء هو تعطيل العمل بالقانون المختص أصلا بحكم العلاقة. (3)

و لا يتحقق هذا إلا إذا كان الشخص كامل الأهلية وفقا للقانون الجزائري على أساس أن الأهلية شرط لصحة التصرف.

1- د/أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 222.

2- د/أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 223.

3- عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 798.

الشرط الرابع: أن يكون نقص الأهلية راجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل تبينه:

يترك هذا الشرط مجالاً واسعاً للسلطة التقديرية للقاضي لتحديد متى يكون نقص الأهلية راجعاً إلى سبب فيه خفاء و متى يكون نقص الأهلية ليس راجعاً إلى سبب فيه خفاء.

و على ذلك فإن السبب الذي فيه خفاء لا يسهل تبينه، يؤدي إلى عذر المتعاقد الجزائري بجهله للقانون الأجنبي، فلا يطبق القانون الأجنبي المختص أصلاً على الأهلية.

أما إذا كان سبب الخفاء يسهل تبينه، حيث كان من الممكن من المتعاقد الجزائري أن يتبينه بسهولة على أن الأجنبي غير راشد لصغر سنه، أو أن سلوكه ينبئ بأن حركاته ليست حركات عادية، فعليه أن يتأكد قبل أن يتعاقد و قبل أن يفعل ذلك، فإنه لا يمكنه أن يتمسك بجهله لنقص أهلية المتعاقد الأجنبي.⁽¹⁾

المطلب الثاني: استثناء المادة 13:

الفرع الأول: القاعدة العامة (الزواج):

أولاً: انعقاد الزواج:

إن عقد الزواج يمكن أن يتم إبرامه داخل الوطن و يمكن أن يتم أيضاً إبرامه خارج الوطن، و من جهة أخرى إما أن يقع بين الجزائريين و الجزائريين أو بين الأجنبي و الأجنبي، و إما أن يقع بين الجزائريين و الأجنبي و لكل حالة من هذه الحالات خصائصها و شروطها.⁽²⁾

¹ - عليوش قريوع كمال، مرجع سابق، ص 206-207.

² - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، دار هومة، الطبعة الثانية 2009، ص 165.

و لعل الزواج هو أفسح العلاقات القانونية مجالا لتنازع القوانين ذلك أن النظم القانونية تختلف في نظرتها إلى هذه الرابطة اختلافا كبيرا، فبينما تعتبر هذه الرابطة في بعض النظم رابطة دينية محضة، إذ أنها تعتبر في بعض النظم الأخرى مدنية بحته، و بينما الدول الإسلامية تبيح تعدد هذه الرابطة و تسمح بانحلالها بإرادة منفردة، إذا بالدول المسيحية تحرم تعددها و تعتبر التعدد جريمة، و بعضها يعتبرها رابطة أبدية غير قابلة للانحلال.⁽¹⁾

شروط انعقاد الزواج:

يخضع انعقاد الزواج لشروط، و هذه الشروط قد تكون موضوعية أو شكلية.

أ - الشروط الموضوعية للزواج و القانون الواجب التطبيق عليها:

تنص المادة 97 من الأمر 20/70 المتعلق بالحالة المدنية على ما يأتي:
"إن الزواج الذي يعقد في بلد أجنبي بين الجزائريين أو بين جزائري و أجنبية يعتبر صحيحا إذا تم حسب الأوضاع المألوفة في ذلك البلد شريطة ألا يخالف الجزائري الشروط الأساسية التي يتطلبها القانون الوطني لإمكان عقد الزواج".

يبدو من خلال هذه المادة أن الشروط الموضوعية للزواج تخضع للقانون الوطني.

لاحقا نصت المادة 10 من القانون المدني الجزائري على أن: "تسري القوانين المتعلقة بالحالة المدنية للأشخاص و أهليتهم على الجزائريين و لو كانوا مقيمين في بلاد أجنبية".

¹ - علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الخامسة 2008، ص 68.

مادام الزواج يدخل في الحالة المدنية للأشخاص فإنه يخضع للقانون الوطني. (1)

و يرجع لكل قانون وطني تحديد الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج حدد المشرع الجزائري هذه الشروط في قانون الأسرة و هي:

الرضا (المادة 09 من قانون الأسرة)، الأهلية (المادة 07)، ولي الزوجة (المادة 09)، و شاهدين و صديق (المادة 09)، و أن يكون الزوجان خلوا من الموانع الشرعية. (2)

و إن تطبيق الحكم القانوني المنصوص عليه في المادة 11 من القانون المدني يؤدي بنا للتفرقة بين حالتين:

الحالة الأولى:

و تشمل تلك الحالة التي يكون فيها الزوجان متحدي الجنسية، فهناك لا يوجد أي إشكال لأننا سنقوم بإخضاع الشروط الموضوعية لعقد الزواج لقانون جنسية الزوجين المشتركة.

الحالة الثانية:

تتعلق بالحالة التي يكون فيها الزوجان مختلفي الجنسية، و هنا يثار تساؤل يتعلق بكيفية تطبيقنا لقانون جنسية الزوجين. (3)

و للإجابة على هذا التساؤل ظهر اتجاهان في الفقه.

¹ - عليوش قريوع كمال، مرجع سابق، ص 213.

² - المرجع نفسه، ص 215.

³ - د/ حبار محمد، مرجع سابق، ص 122.

الاتجاه الأول:

و ينادي بالتطبيق الجامع للقانونين: أي قانون كل من جنسية الزوج و قانون جنسية الزوجة، و هو ما يعرف اصطلاحا بعبارة Application Cumulative، و معنى ذلك أن الزواج المبرم لا يكون صحيحا موضوعا إلا إذا استوفى كل من الزوجين الشروط الموضوعية المنصوص عليها في قانون جنسيته إضافة للشروط الموضوعية المنصوص عليها في قانون جنسية الزوج الآخر.

و قد اعترض على هذا الرأي لأن تطبيقه سيؤدي بنا إلى بطلان الكثير من عقود الزواج. (1)

الاتجاه الثاني:

و ينادي بالتطبيق الموزع للقانونين Application Distributive و مضمونه أنه لصحة عقد الزواج من الناحية الموضوعية، فإنه يكفي أن يستوفي كل زوج من الزوجين الشروط المنصوص عليها في قانونه الوطني.

موقف المشرع الجزائري من هذين الاتجاهين:

إذا رجعنا لنص المادة 11 من القانون المدني، فإنه يستفاد منها أن مشرعنا أخذ بالرأي الثاني الذي ينادي بالتطبيق الموزع للقانونين، أي إخضاع كل زوج من الزوجين لقانون جنسيته. (2)

¹- د/ حبار محمد، مرجع سابق، ص 122.

²- د/ حبار محمد، مرجع سابق، ص 124.

ب - الشروط الشكلية للزواج و القانون الواجب التطبيق عليها:

الشروط الشكلية للزواج ليست نفسها في مختلف الدول، ففي بعض الدول يشترط الشكل الديني لانعقاده، و تجيز انعقاد في كلا الشكلين. (1)

كذلك قضت محكمة القاهرة الابتدائية في 05 يناير 1950م بأن إتمام الزواج أمام جهة معينة أو طبقا لطقوس خاصة من الشروط الشكلية للزواج، و ليس من الشروط الموضوعية التي يجب أن تخضع إلى قانون كل من الزوجين. (2)

باعتبار أن الزواج من التصرفات القانونية فهو يخضع من حيث شكله طبقا لقاعدة "Locusregit actum" لقانون محل إبرامه، غير أن هذا القانون يستبعد في الكثير من الدول لصالح القانون الوطني في حالة إبرام الزواج أمام بعثاتها الدبلوماسية أو القنصلية المعتمدة في الخارج. (3)

و الجدير بالملاحظ هنا أن مشرعنا اهتم ببيان القانون الذي يحكم شكل الزواج في قانونين هما: القانون المدني (المادة 19 منه)، و قانون الحالة المدنية 20/70 (المادة 95 منه).

فقد تناولت المادة 19 من القانون المدني بالتحديد القانون الذي يحكم شكل كل عقد فحدده: إما بقانون محل الإبرام، و إما بقانون الموطن المشترك للمتعاقدين، و إما بقانون جنسيتها المشتركة، و إما بالقانون الذي يحكم موضوع التصرف نفسه.

¹ - د/ أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 238.

² - د/ بلمامي عمر، دراسات في القانون الدولي الخاص المعاصر، دار هومة، الجزائر، طبعة 2008، ص 228.

³ - د/ أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 46.238

ونصت المادة 95 من قانون الحالة المدنية على ما يلي: "إن كل عقد خاص بالحالة المدنية للجزائريين و الأجانب صادر في بلد أجنبي يعتبر صحيحا (شكلا) إذا حرر طبقا للأوضاع المألوفة في هذا البلد".⁽¹⁾

ثانيا: آثار الزواج:

تترتب على الزواج آثار شخصية و آثار مالية و قد أخضع القانون الجزائري كلا النوعين إلى قانون جنسية الزوج عند إبرام الزواج، فنصت المادة 12 منه على ما يلي: "يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار التي يربتها عقد الزواج، ربما في ذلك من أثر بالنسبة إلى المال".

غير أنه إذا كان هذا هو الأصل فاستثناء من هذا الأصل نصت المادة 13 على أن: "يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11،12 إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج".⁽²⁾

أ - النفقة:

ما دامت آثار الزواج تخضع لقانون الزوج وقت انعقاد الزواج، فإنه إذا غير الزوج جنسيته بعد الزواج، أو إذا غير الزوجان جنسيتهما، فإن القانون الواجب التطبيق يبقى قانون الزوج وقت انعقاد الزواج، لذا قد يبدو من المستعصي أن يطبق القاضي الجزائري قانونا على أجنبي، مع أن القانون لم يعد ساري المفعول في بلدهم.⁽³⁾

¹ - د/ حبار محمد، مرجع سابق، ص 124.

² - علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 73.

³ - عليوش قريوع كمال، مرجع سابق، ص 229.

ب - أهلية المرأة المتزوجة:

يؤثر الزواج في بعض الدول على أهلية المرأة المتزوجة سواء بإلغائها كاملة أو بصفة جزئية و لتحديد القانون الواجب التطبيق على المرأة المتزوجة، يميز بعض الفقهاء بين فرضيتين:

الأول: إذا كان تقرير نقص أهلية المرأة المتزوجة هدفه المحافظة على سلطة الزوج داخل الأسرة باعتباره رئيسها فإنه يخضع للقانون الذي يحكم آثار الزواج.

الثاني: إذا كان هدف تقرير نقص أهلية المرأة المتزوجة هو حمايتها ضد ضعفها بالنظر إلى جنسها، فإن قانونه الشخصي هو الذي يكون حينئذ مختصا. (1)

ثالثا: انحلال الزواج:

قد نص مشرعنا في المادة 2/12 من القانون المدني على إخضاع كل طرق فك الرابطة الزوجية دون تمييز بينها فيما يتعلق بالقانون الذي يحكمها لقانون واحد هو قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، مع وجوب مراعاة الاستثناء المنصوص عليها في المادة 13 من القانون المدني.

و مثل هذا الاستثناء في حالة إعماله، فإنه يترتب عليه إخضاع كل طرق فك الرابطة الزوجية للقانون الجزائري وحده إذا تبين أن أحد الزوجين كان جزائري الجنسية وقت انعقاد الزواج حتى و لو فقدتها لاحقا لهذا التاريخ. (2)

أما القضاء الفرنسي فقد طبق قبل قانون 1975م في حالة اختلاف جنسية الزوجين قانون موطنهما المشترك حتى لا يكون في ذلك في اعتقادنا مساس بمبدأ

¹ - د/ أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 254.

² - حبار محمد، مرجع سابق، ص 132.

المساواة بين الجنسين، و إذا لم يكن لهما موطن مشترك فقد طبق عليهما قانون القاضي. (1)

إن إخضاع انحلال الزواج لقانون الزوج وقت رفع الدعوى من شأنه أن يجعل رابطة الزوجية تتحل وفقا لقانون لا تخضع له الزوجة ولم يكن في وسعها التبصر به وقت انعقاد الزواج، يؤدي ذلك إلى مفاجأة الزوجة، فيكون أكثر إضرار بمصالحها. (2)

أما إذا ما تم تغيير القانون الداخلي فإن ذلك يؤدي إلى أن يكون الزواج قد تم في ظل قانون معين و انحلال الرابطة الزوجية يتم في ظل قانون آخر، و قد يكون في ذلك إضرارا بالنسبة للزوجة. (3)

الفرع الثاني: استثناء القاعدة العامة (المادة 13 من القانون المدني):

أولاً: الاستثناء الوارد على الشروط الموضوعية للزواج:

إن الأصل المنصوص عليه في المادة 2/12 هو إخضاع انحلال الزواج لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، غير أن المادة 13 أوردت استثناء على هذا الأصل فقضت أنه: "إذا كان أحد الزوجين جزائرياً وقت انعقاد الزواج، يسري القانون الجزائري وحده"، و مقتضى هذا الاستثناء أنه إذا كان الزوج أو الزوجة من رعايا الجزائر عند انعقاد الزواج فإن القانون الجزائري هو وحده الذي يسري على انحلال الزواج، و تطبيق هذا الاستثناء سهل إذا لم تتغير جنسية الزوجين بعد انعقاد الزواج أن يظل حكم القاعدة الأصلية المنصوص عليها بالمادة 2/12 سارياً، و لكن تظهر

1- د/أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 257.

2- عليوش قريوع كمال، مرجع سابق، ص 233.

3- عليوش قريوع كمال، مرجع سابق، ص 234.

الصعوبة إذا كان أحد الزوجين جزائرياً عند انعقاد الزواج و الزوج الآخر أجنبياً. (1)

ثانياً: الاستثناء المتعلق بآثار الزواج:

إن مؤدي الاستثناء الذي قرره المادة 13 في هذا المجال هو أنه لو كان أحد الزوجين جزائرياً وقت انعقاد الزواج، فإن القانون الجزائري هو الذي يتعين تطبيقه على آثار الزواج.

إما أن يكون الزوج جزائرياً عند انعقاد الزواج، و هنا نجد أنفسنا أمام حالتين:

أن يكون الزوج مسلماً و لكن أجنبياً، فالقانون الواجب التطبيق هو قانون الأسرة الجزائري المستمد من الشريعة الإسلامية.

إما أن يكون الزوج أجنبياً لا يدين بالإسلام، في هذه الحالة يقول القاضي الجزائري ببطان الزواج، دون الرجوع إلى المادة 13 و لكن باللجوء إلى المادة 11. (2)

ثالثاً: الاستثناء المتعلق بانحلال الزواج:

إن مؤدي الاستثناء الوارد في المادة 13 بالنسبة لانحلال الزواج هو أنه لو كان أحد الزوجين جزائرياً وقت انعقاد الزواج، فإن القانون الجزائري هو الذي ينطبق، هذا هو وجه الخروج على المادة 12 فقرة 02.

¹ - علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 77.

² - عليوش قريوع كمال، مرجع سابق، ص 77.

لقد نظرت المحكمة العليا في مسألة تتعلق بطلاق بين جزائرية و إيطالي، إن المحكمة قد طبقت المادة 12 فقرة 02 من القانون المدني الجزائري، والتي تؤدي إلى تطبيق القانون الإيطالي وهو قانون الزوج.⁽¹⁾

¹ - عليوش قريوع كمال، مرجع سابق، ص 238.

المبحث الثاني: الاستبعاد في مرحلة التطبيق:

إن القانون الأجنبي يستبعد في مرحلة التطبيق من طرف القاضي الوطني رغم إشارة قواعد الإسناد إلى تطبيقه لأنه يتعارض بمفهومه مع المثل العليا و المبادئ الأساسية و الجهرية السائدة في دولة القاضي و التي نتناولها في مطلبين: المطلب الأول: النظام العام، و المطلب الثاني: الغش نحو القانون.

المطلب الأول: النظام العام:

الفرع الأول: مفهوم النظام العام و تطوره:

يمكن القول بأنه من المسائل القانونية الشائكة و المعقدة التي ثار بشأنها نقاش فقهي واضح و تناولتها أبحاث علمية متعددة قام بها رجال القانون بصفة عامة و فقه القانون الدولي الخاص على وجه الخصوص، يكاد يكون الاتفاق بين جميع هؤلاء على عدم تحديد دقيق لمفهوم و مقصود النظام العام بل يكاد يكون معدوما. (1)

فيرى البعض بأنه سلاح للدفاع ضد قانون أجنبي واجب التطبيق إذا تعارض في فحواه مع المفاهيم العامة للبلد الذي يراد تطبيقه فيه، في حين يرى البعض الآخر بأنه صمام الأمان.

و المشرع الجزائري لم يعرف النظام العام بل اكتفى بالنص في المادة 24 قانون مدني على أنه: "لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة، إذا كان مخالفا للنظام العام و الآداب العامة في الجزائر....".

¹ - بلعير عبد الكريم، مرجع سابق، ص 180.

أما الفقه من جهته فيقرر أن النظام العام يقصد به مجموعة المبادئ الأساسية السائدة في دولة معينة سواء أكانت هذه المبادئ سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية أو دينية أو أخلاقية. (1)

و بالتالي تلعب فكرة النظام العام دورا هاما في استبعاد تطبيق القانون الأجنبي في المسائل أو العلاقات التي تحتوي على عنصر أجنبي و أصبحت موجودة في معظم التشريعات و النظم القانونية و منها التشريع الجزائري.

و نشير إلى أن الدفع بالنظام العام ليس وليد اليوم بل مر بعدة مراحل تطور من خلالها، حيث عرف في بداية الأمر في القرن 13 على يد الفقيه "بارتول" مؤسس نظرية الأحوال الذي قسم هذه الأخيرة إلى أحوال مفيدة أو ملائمة و هي التي يجوز تطبيق القانون عليها خارج الإقليم، و أحوال بغیضة أو مستهجنة و هي التي لا يمتد تطبيقها إلى خارج الإقليم، و بالتالي لا يطبقها القاضي الوطني لأنها تخالف مبادئ مجتمعه و هذا هو مفهوم النظام العام في وقتنا الحاضر.

ثم جاء "مانشيني" MANCINI في القرن التاسع عشر و استخدم بدوره فكرة النظام العام كأداة لتثبيت الاختصاص للقانون الإقليمي، و كان مانشيني أول من أبرز فكرة النظام العام مسماة باسمها الحالي. (2)

الفرع الثاني: خصائص النظام العام:

يتجلى من خلال القضايا المطروحة في القضاء الجزائري و المقارن (الفرنسي) أن النظام العام غير قابل لأي تعريف أو لأي تحديد و بالتالي وجب البحث في خصائصه و من خصائصه:

¹- دريال عبد الرزاق، مرجع سابق، ص 134.

².أ.د. حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، ط 2007 الكتاب الأول، بيروت، لبنان، ص 291.

أولاً: استحالة تحديد مجال إعمال الدفع بالنظام العام:

لا يمكن حصر مقدما مختلف الحالات التي يمكن استعمال فيها فكرة النظام العام لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص وفقا لقواعد الإسناد الوطنية، و يؤكد هذه الاستحالة أيضا كثرة المعايير التي جاء بها الفقه لفكرة النظام العام.⁽¹⁾

فهناك من الفقه من يرى أن مخالفة القانون الأجنبي للنظام العام يكون عندما يشتمل على نظم قانونية غير معروفة في قانون القاضي، و يرى بعض منه أن القانون الأجنبي يكون مخالفا للنظام العام إذا كان متعارضاً مع السياسة التشريعية للدولة، و يرى البعض أنه يجب استبعاد القانون الأجنبي المخالف للنظام العام إذا كان يصطدم بالقيم و المبادئ العامة المتعارف عليها و مبادئ القانون الطبيعي.

و أمام هذه الصعوبة في تحديد مختلف الحالات يستدعي فيها النظام العام لاستبعاد القانون الأجنبي يبقى القاضي هو المناط به وحده أمر تحديد ما إذا كان القانون الأجنبي المختص مخالفاً أو غير مخالف للنظام العام.⁽²⁾

ثانياً: نسبية النظام العام:

إنه متغير في المكان و الزمان ما قد يصطدم بالنظام العام في داخل نفس الدولة في فترة معينة قد لا يعد أمراً منافياً لهذه الفترة في وقت آخر فما يعتبر متعارضاً مع النظام العام في الدولة قد لا يعد كذلك في دولة أخرى.

مثال ذلك مسألة التبني حيث تنص المادة م 46 من قانون الأسرة الجزائري على منعه شرعاً و قانوناً، و القانون التونسي الذي يبيحه، إثبات النسب بالنسبة للقانون الجزائري، و القانون الفرنسي.⁽³⁾

¹. أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 170.

². أعراب بلقاسم، المرجع نفسه، ص 171.

³. عليوش قريوع كمال، مرجع سابق، ص 177.

و بالتالي يمكن القول أن فكرة النظام العام غير محددة و مضبوطة فهي مرنة و متطورة يكتنفها الغموض.

لكن بالنسبة للأحوال الشخصية فالأمر يبقى مختلفا عندنا، حيث يعتبر النظام العام نظاما ثابتا لأن مشرعنا استمد أحكام قانون الأسرة من الشريعة الإسلامية وحدها، بل و أنه ينص بصريح العبارة في المادة 222 من قانون الأسرة على أن كل حكم ورد غامضا بهذا القانون أو ورد ناقصا به فإنه يرجع بشأنه للشريعة الإسلامية وحدها لأن الأمر يتعلق هنا بقواعد العبادات. (1)

ثالثا: وقت التقيد بالدفع بالنظام العام:

قد يتغير مفهوم النظام العام في الزمان داخل نفس الدولة، فقد يكون الحق عند نشوئه مخالفا للنظام العام، و عند رفع الدعوى يكون غير مخالف له، فأمامنا إذن نظام عام قديم و نظام عام جديد، فبأيهما يأخذ القاضي عند فصله في دعوى موضوعها هذا الحق.

يجمع الفقه في فرنسا أن النظام العام السائد عند الفصل في النزاع هو الذي ينبغي أن يأخذ به القاضي. (2)

و ينجر عن نسبية النظام العام أن تكون للقاضي سلطة تقديرية في فحص كل مسألة على حدى و أن يكون ذلك بوقت نظر الدعوى و ليس بالوقت الذي ينشأ فيه المركز القانوني محل النزاع، أي أن يكون حاليا.

¹. د/ حبار محمد، مرجع سابق، ص 103.

². أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 171.

إن فكرة النظام العام هي فكرة وظيفية تهدف إلى تحقيق غاية معينة. (1)

فقد قضت محكمة استئناف باريس في قرارها الصادر بتاريخ 02 جانفي 1936 بأن التبني الذي تم في روسيا بدون التقيد بحدود السن المطلوبة من طرف النظام العام الفرنسي السائد آنذاك يرتب آثارا في فرنسا بعد تعديل هذه السن و تغيير مفهوم النظام العام تبعاً له، ثم تضيف بأنه من تاريخ هذا التعديل ننظر ما إذا كان التبني يمكن أن يرتب آثارا في فرنسا، و قد عبرت محكمة النقض الفرنسية عن هذا الحل بعبارة شهيرة: "تعريف النظام العام الوطني يتوقف إلى حد كبير على الرأي السائد في كل وقت في فرنسا". (2)

الفرع الثالث: شروط الدفع بالنظام العام:

أولاً: إن الدفع بالنظام العام دفع استثنائي و احتياطي، يجب أن يكون نطاق تحريكه قاصراً على الحالات الضرورية لتدخله فقط و ذلك إذا استنفذت الوسائل القانونية الأخرى لاستبعاد القانون الأجنبي، قبل كل شيء يتعين أن يكون ذلك القانون مختصاً حسب قواعد التنازع في قانون القاضي، و إلا فيستبعد لعدم الاختصاص. (3)

و يفهم من هذا أن المشرع الجزائري من صياغة المادة 24 من القانون المدني عمد إلى الدفع بالنظام العام في حالة اختصاص القانون الأجنبي فقط.

و يستبعد اللجوء إلى الدفع بالنظام العام في جميع الحالات التي تشير فيها قاعدة الإسناد الوطنية على اختصاص القانون الوطني و كانت قواعد تنازع فيما

¹. عليوش قريوع كمال، مرجع سابق، ص 178.

². د/ أعراب بلقاسم مرجع سابق، 172 . 173.

³. أ/د الطيب زروقي، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، دار هومة، الجزائر، ط 2011، ص 299.

بينها لأن التنازع في مثل هذه الحالات يعتبر تنازعا داخليا، حيث أن القواعد المتنازعة جميعها صادرة عن المشرع الوطني. (1)

ثانيا: ضرورة مخالفة القانون الأجنبي الواجب التطبيق في حكمه مع النظام العام في دولة القاضي، و يقتضي هذا الشرط أن تتوفر في النزاع المطروح أمام القاضي إحدى مقتضيات النظام العام التي تجعل في حالة تطبيق القانون الأجنبي في دولة القاضي أمرا مرفوضا لأنه يتعارض مع الأسس التي يقوم عليها مجتمع دولة القاضي مما يؤدي إلى استبعاده. (2)

ومن هنا يفهم أن المشرع الجزائري باعتباره مشرعا وطنيا أو غيره عندما تشير قواعد الإسناد إلى تطبيق قوانين أجنبية معينة فإنها لا تطبق دون قيد مهما كانت نتائجها المترتبة عنها و إنما تستبعد كلما كانت مخالفة للنظام العام وفقا لمفهومه داخل مجتمعه.

أما فيما يخص ضبط حدود تدخل النظام العام، المستقر عليه العمل أن تفعيل آلية التنازع يكون عند اختلاف الأحكام الموضوعية الأجنبية مع مثيلاتها الوطنية و لكي يتحقق ذلك يفترض مبدئيا السماح للقانون بالامتداد، بيد أن مجرد الخلاف لا يبرر اللجوء إلى الدفع بالنظام العام تلقائيا. (3)

ثالثا: أن تكون المخالفة للنظام العام حالية، يعد هذا الشرط أثرا بخاصية آنية النظام العام و اختلافه من وقت لآخر، وعلى ذلك فالعبرة في تحديد ما هو من النظام العام و ما يعد مخالفا له بوقت نظر القاضي في النزاع و ليس قبل ذلك،

1. أ/ بلعير عبد الكريم، مرجع سابق، ص 183.

2. أ. بلعير عبد الكريم، مرجع سابق، ص 183.

3. أ/د الطيب زروقي، مرجع سابق، ص 300.

و هذا يمثل وجه الخلاف بين الدفع بالنظام العام و تحديد وقت الإسناد لقانون معين. (1)

بمعنى آخر فإن العبرة في تحديد ما يعتبر من النظام العام و جواز الدفع به هو بوقت النظر أو الفصل في الدعوى و ليس بوقت تحديد قاعدة الإسناد لتطبيق القانون الأجنبي التي تبقى دائما مرتبطة من حيث التطبيق بوقت وقوع الحادث أو نشوء الحق. (2)

و منه فإن القاضي ملزما بتطبيق القاعدة الموضوعية عند نشوء المركز القانوني، بينما يبقى تقدير المخالفة للنظام العام بوقت النظر في النزاع.

و تبعا لهذا الحكم يعتد بتغيير مقتضيات النظام العام من زمن لآخر في المجتمع الواحد. (3)

¹. أ/د الطيب زروقي، مرجع سابق، ص 302.

². بلعبيور عبد الكريم، مرجع سابق، ص 184.

³. أ/د الطيب زروقي، المرجع نفسه، ص 302.

الفرع الرابع: أثر إعمال الدفع بالنظام العام:

أولاً: الأثر السلبي و استبعاد القانون الأجنبي:

إن النظام العام هو الأداة أو الوسيلة التي يستخدمها القاضي الوطني في مواجهة كل قانون أجنبي، يتعارض تعارضاً صارخاً مع الأسس الاجتماعية و الدينية و الاقتصادية التي يقوم عليها نظامه القانوني لكن السؤال المطروح: ما هو نطاق هذا الاستبعاد؟ . (1)

و يتضح لنا من خلال هذا أن الاستبعاد يكون إما جزئياً أو كلياً، و هذا ما اختلف فيه الفقه بين مؤيد و معارض و الذي نتطرق إليه فيما يلي:

أ: الاستبعاد الجزئي:

يؤكد الفقه الغالب في مختلف الدول (بخلاف رأي جانب من الفقه الفرنسي)، أن الأثر السلبي لفكرة النظام العام ليس من شأنه استبعاد أحكام القانون الأجنبي الواجب التطبيق بصورة كلية، و إنما ينحصر هذا الأثر في استبعاد الجزئية التي يتعارض فيها مع مفهوم هذه الفكرة في دولة القاضي.

و يكون الاستبعاد جزئياً إذا كان الجزء المخالف للنظام العام لا يرتبط ارتباطاً وثيقاً ببقية أجزاء القانون الواجب التطبيق أي أن استبعاد هذا الجزء لا يحول دون تطبيق بقية الأحكام. (2)

ب: الاستبعاد الكلي:

قد يحدث أن يكون نص القانون الأجنبي المستبعد باسم النظام العام مرتبطاً ارتباطاً وثيقاً بمجموع النصوص الأخرى في هذا القانون بحيث يصبح من المتعذر

¹ د/ عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 597.

² د/ سعيد يوسف البستاني، مرجع سابق، ص 235.

على القاضي أن يكتفي بالاستبعاد الجزئي لهذا النص وحده و تطبيق النصوص الأخرى التي لا تتعارض مع النظام العام في دولته، و في هذه الحالة يتم استبعاد تطبيقه استبعادا كليا أي بمجمل أحكامه. (1)

ومنه فإن مناصري الاستبعاد الكلي يرون أن الاستبعاد الجزئي يؤدي إلى تشويه القانون الأجنبي و بالتالي يجب استبعاده كليا و إحلال قانون القاضي محله.

و يجب النظر إلى القانون الأجنبي كوحدة واحدة، و ككل لا يتجزأ، و القول باستبعاد الجزء المخالف من القانون الأجنبي و تطبيق أجزائه الأخرى غير المخالفة للنظام العام أمر ينطوي على تشويه لهذا القانون و تقطيع لأوصاله، مما يؤدي إلى تطبيقه بصورة تناقض إرادة المشرع الأجنبي مصدر هذا القانون.

و الأخذ بفكرة الاستبعاد الجزئي للقانون الأجنبي مخالفة لقاعدة الإسناد في قانون القاضي. (2)

ج: الأثر المخفف للنظام العام:

معنى مبدأ الأثر أو المفعول المخفف للنظام العام في مادة الاعتراف بالأحكام أن وظيفة النظام العام ليست نفسها عندما يطبق القاضي الوطني قانونا في دعوى مباشرة، و عندما يتحقق خلال الاعتراف بحكم أجنبي من توافر صحته الدولية، هذا المبدأ يخص فقط النظام العام في الأساس و لا يطبق النظام العام الإجرائي. (3)

و لكن الإشكال يكمن بين حالة إنشاء حق في دولة القاضي و حالة التمسك بآثار حق اكتسب في الخارج.

¹. د/ سعيد يوسف البستاني، مرجع سابق، ص 236.

². د/ عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 598.

³. د/ عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و

التوزيع، بيروت، ط 2008، ص 503.

إن القضاء الفرنسي عادة عند إعمال فكرة النظام العام كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق بين الحالة التي يراد فيها إنشاء حق في دولة القاضي، و بين الحالة التي يراد التمسك فيها في فرنسا بآثار حق اكتسب في الخارج.

فإذا كان إنشاء الحق في دولة القاضي يتعارض مع النظام العام فيها فإن آثار هذا الحق قد لا تتعارض بالضرورة مع هذا النظام فيما إذا نشأ هذا الحق صحيحاً في الخارج.⁽¹⁾

ثانياً: الأثر الإيجابي للنظام العام و عودة الاختصاص لقانون القاضي:

و مؤداه أنه بعد استبعاد الحكم القانوني في القانون الأجنبي المختص و المخالف للنظام العام، يتعين الفصل في النزاع حسب قانون آخر، و نكون أمام هذه الحالة إذا كانت قاعدة النظام العام في قانون القاضي أمرة، و في هذه الحالة إما بقاء الاختصاص للقانون الأجنبي المختص بعد استبعاد الحكم المخالف للنظام العام، أو أن تطبق على النزاع القواعد العامة للقانون إذا تعذر تطبيق القانون الأجنبي و لم يكن قانون القاضي ملائماً.

و إما أن قانون القاضي محل القانون الأجنبي المستبعد باسم النظام العام.⁽²⁾

لكن الإشكال يطرح عندما يتم استبعاد القانون الأجنبي المخالف للنظام العام أي قانون يطبق أو يتوقف القاضي عن السير في النزاع المطروح أمامه.

لقد سادت بعض المحاكم في الدول الأنجلوسكسونية في حال استبعاد القانون الأجنبي على إعلان عدم اختصاصها مستندة إلى نظرتها للنظام العام باعتباره

¹. د/ سعيد يوسف البستاني، مرجع سابق، ص 237.

². الطيب زروقي، مرجع سابق، ص 238.

مسألة إجراءات و ليس مسألة موضوعية. (1)

و المشرع الجزائري اقتصر في المادة 24 من القانون المدني على بيان الأثر السلبي للنظام العام، بوصفه أداة لاستبعاد القانون الأجنبي الذي يتعارض مفهومه مع النظام العام في الجزائر، دون أن يفرض على القضاء مسلكا معيناً لسد الفراغ التشريعي الناجم عن هذا الاستبعاد.

و أخذ بالرأي القائل إذا ما أخل القانون الأجنبي بالنظام العام، فهو من الأحسن أن يخضع النزاع برمته إلى قانون القاضي. (2)

المطلب الثاني: الغش نحو القانون:

الفرع الأول: مفهوم الدفع بالغش نحو القانون و نشأته:

رأينا أن قاعدة الإسناد هي قاعدة قانونية يضعها المشرع الوطني و هدفها إرشاد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على المسألة القانونية المشتملة على عنصر أجنبي، و تتركب هذه القاعدة من عنصرين الفئة المسندة و ضابط الإسناد، و هذا الأخير عبارة عن أداة ربط بها المشرع بين الفئة المسندة و القانون المسند إليه.

و قد يعمد أطراف العلاقة إلى تغيير هذا الضابط، و بتغييره يتغير القانون الواجب التطبيق، و قد تكون مثلا الجنسية هي ضابط الإسناد بالنسبة للأحوال الشخصية. (3)

إن التغيير لضابط الإسناد و إن كان مشروعا إلا أنه يكون أحيانا متعمدا و ذلك للتهرب من أحكام القانون المختص حقيقة بحكم العلاقة.

¹ د/ سعيد يوسف البستاني، مرجع سابق، ص 238.

² عليوش قريوع كمال، مرجع سابق، ص 181.

³ د/ أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 186.

و عليه يمكن تعريف الغش نحو القانون بأنه قيام أطراف العلاقة بتغيير أحد الضوابط التي يتحدد بمقتضاه القانون الواجب التطبيق بشكل متعمد بقصد التهرب من أحكام القانون الواجب التطبيق أصلا على العلاقة.

و نشير إلى أن المشرع الجزائري لم يتعرض إلى مشكلة الغش نحو القانون، كما لم تتعرض لها أيضا الكثير من التشريعات العربية عكس القضاء الفرنسي.⁽¹⁾

نشأة نظرية الغش نحو القانون:

ظهرت نظرية الغش نحو القانون لأول مرة في القضاء الفرنسي (القرن التاسع عشر) مع أن فكرة التحايل على القانون عرفت في ظل تنازع الأحوال في فرنسا و طبقها أيضا فقهاء المدرسة الهولندية منذ القرن السابع عشر، إذا استثنوا من تطبيق القاعدة التي تقضي بإخضاع أهلية الموصي للإيصاء لقانون محل إبرام الوصية إذا كان الموصي قد انتقل إلى محل الإبرام بقصد التهرب من أحكام قانونه الشخصي الذي لا يعتبره أهلا للإيصاء.

ففي أواخر القرن التاسع عشر ظهرت نظرية الغش نحو القانون أمام القضاء الفرنسي بمناسبة قضية شهيرة في فقه القانون الدولي الخاص هي قضية الأميرة "دي بوفورمون".⁽²⁾

وتتمثل وقائع هذه القضية بسيدة كانت تحمل أصلا الجنسية البلجيكية ثم أصبحت فرنسية بزواجها بالأمير الضابط الفرنسي المدعو دي بوفورمون.

و في سنة 1874 حصل انفصال جثماني بينها و بين زوجها فتقدمت بطلب الطلاق، غير أن دعواها رفضت لها عملا بالقانون الفرنسي الذي لم يكن يجيز حينها الطلاق، فلجأت هذه السيدة لألمانيا و تجنست بجنسية إمارة ساكس ألكسمبورغ

¹. د/ أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 187.

². د/ سعيد يوسف البستاني، مرجع سابق، ص 183.

سنة 1875 و تحصلت إثر ذلك على حكم بالطلاق بينها و بين زوجها طبقا لقانون جنسيتها الجديد ثم توجهت إلى برلين لتتزوج بالأمير الروماني بيبيسكو.

ولما علم زوجها الأول بزواجها بغيره، فإنه قام برفع دعوى ضدها أمام القضاء الفرنسي طلب فيها اعتبار تطليقها منه كأن لم يكن و التصريح ببطان زواجها الثاني، فاستجاب قضاة الموضوع لطلبه و أيدتهم في ذلك محكمة النقض الفرنسية بحكمها الصادر سنة 1878 مستندة في ذلك إلى أن تجنس السيدة دي بوفورمون بالجنسية الألمانية يعتبر من قبيل الغش نحو القانون الفرنسي و أن ذلك يترتب عليه عدم قدرتها الاحتجاج بهذا الطلاق و بآثاره في فرنسا.

و في الجزائر لم يتعرض مشرعنا للغش نحو القانون بنص صريح قبل التعديل، لكنه قام حين تعديله للمادة 24 من القانون المدني عام 2005 باعتماد نظرية الغش نحو القانون كوسيلة لاستبعاد القانون الأجنبي الذي يثبت له الاختصاص التشريعي متى ثبت أنه تم التوصل لتطبيق هذا القانون نتيجة ارتكاب غش نحو القانون بنصه صراحة على ما يلي: "لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي... إذا ثبت له الاختصاص (التشريعي) بواسطة الغش نحو القانون".

و بذلك أصبح الغش نحو القانون يعتبر عندنا وسيلة لاستبعاد القانون الذي تم تطبيقه. (1)

¹ د/ حبار محمد، مرجع سابق، ص 106.

الفرع الثاني: شروط الدفع بالغش نحو القانون:

أولاً: الشرطان المتفق عليهما للدفع بالغش نحو القانون:

الشرط الأول: التغيير الإرادي لضابط الإسناد:

و يتحقق هذا الشرط مع ضابط الجنسية (وقضية دي بوفورمون خير مثال على ذلك) أو ضابط الموطن (في الدول التي تعتمد ضابط إسناد في تحديد القانون الواجب التطبيق، و مثال ذلك أن يقيم لبنانيين مارونيين (مسيحيين) في فرنسا بصفة مفتعلة و هذا لطلب الطلاق أمام القضاء الفرنسي الذي يعقد قانونه، في هذه الحالة الاختصاص التشريعي لقانون الموطن طالما كان القانون الفرنسي يبيح الطلاق و قانون الطائفة المارونية يمنح انحلال الزواج، أو لجوء زوجين فرنسيين إلى جزيرة هايتي لأجل طلب الطلاق على اعتبار أن قانون تلك الجزيرة يسمح لأي كان ولو زائراً أن يرفع دعوى طلاق أمام قضاائها، و لما حصل الزوجان على الطلاق من محاكم تلك الجزيرة رفض القضاء الفرنسي الاعتراف بذلك الطلاق و اعتبر الزواج الثاني باطلاً. (1)

و معنى هذا أنه يحصل الغش نحو القانون إذا كان التغيير الإرادي لضابط الإسناد بغية التهرب من القانون الواجب التطبيق بخصوص مسألة أو واقعة قانونية ما.

ومن الضوابط الأخرى القابلة للتغيير الدين خاصة في الدول التي تخضع مسائل الأحوال الشخصية للدين (هذا و يلاحظ أن اعتناق الديانة الإسلامية، و لو بنية التهرب من أحكام ديانة الفرد السابقة لا ترى فيه بعض المحاكم (كالمصرية) غشاً، إذ أن الشريعة الإسلامية لا تجيز الشك في نية من يعتنق الدين الإسلامي. (2)

¹ أ/ دربال عبد الرزاق، مرجع سابق، ص 143-144.

² أ/ دربال عبد الرزاق، المرجع نفسه، ص 144.

كذلك يمكن تغيير موقع المال، و قد يمس التغيير أحيانا الفئة المسندة ذاتها.

الشرط الثاني: أن تكون الأحكام التي يريد الشخص التهرب منها آمرة:

يرى بعض الفقه أن الغش نحو القانون لا يتحقق إلا إذا كانت أحكام القانون الذي يريد الشخص أن يتهرب منها آمرة، أما إذا كانت مكملة فلا يتحقق الغش لأن القواعد المكملة هي قواعد يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها، فلا يتصور بالتالي التهرب منها.

غير أن الفقه الغالب يرى أن الغش نحو القانون يتحقق حتى في الحالات التي يريد فيها الشخص التهرب من أحكام القواعد المكملة للقانون المختص حقيقة بحكم العلاقة، ذلك أن هذه القواعد لها نفس صفة الإلزام التي للقواعد الآمرة.⁽¹⁾

و منه نرى أن الغش نحو القانون يتحقق إذا كانت أحكام القانون المتهرب منه آمرة لأنه لا يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفتها عكس القواعد المكملة.

و عليه فما يقوم الشخص بتغيير ضابط الإسناد للتهرب من حكمها فلا ينفي ذلك الصفة الإلزامية عنها، و لذلك لا ينبغي أن تعامل القواعد المكملة معاملة مغايرة لمعاملة القواعد الآمرة.

فالغش يتحقق في كليهما، كما أن الغش هو الغش في جميع الحالات و ينبغي مطاردته أينما كان.⁽²⁾

¹. د/ أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 194.

². د/ أعراب بلقاسم، المرجع نفسه، ص 194.

ثانيا: الشرطان المختلف فيهما للدفع بالغش نحو القانون:

الشرط الأول: أن يكون القانون الذي يريد الشخص التهرب من أحكامه هو قانون القاضي:

إضافة إلى الشرطين السابقين هناك من الفقه من أضاف شرطا ثالثا هو أن يكون القانون الذي يريد الشخص الإفلات من أحكامه هو قانون القاضي ، أما إذا كان قانونا أجنبيا فلا مجال للدفع بالغش نحو القانون في مواجهته لذلك أن مهمة القاضي هي حماية قانونه الوطني بمنع الأفراد من مخالفته، و لا يدخل في نطاق هذه المهمة حماية القانون الأجنبي.

وقد سار القضاء الفرنسي في هذا الاتجاه في البداية، فقد قصر إعمال الغش نحو القانون على الأحوال التي يتهرب فيها الشخص من أحكام القانون الفرنسي. (1)

ومن خلال هذا نرى أن هناك شرط آخر لإعمال فكرة الغش نحو القانون و هو كون القانون الذي يريد الشخص التهرب من أحكامه هو قانون القاضي، فإذا كان قانونا أجنبيا فلا تتحقق هذه الفكرة.

و مؤدى ذلك أنه إذا حصل هذا الغش نحو القانون في مواجهة قانون أجنبي، فإنه لا مجال لإعمال نظرية الغش نحو القانون، علما أن هذا الشرط كان يتماشى مع موقف القضاء الفرنسي بشأن معاملته للقانون الأجنبي و الذي يعامله في كل الأحوال بصفته واقعة. (2)

¹. د/ أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 192.

². د/ حبار محمد، مرجع سابق، ص 107.

الشرط الثاني: توافر نية الغش نحو القانون:

لا يكفي أن يقوم الشخص بتغيير ضابط الإسناد للقول، بأن هناك غشا نحو القانون و إنما ينبغي أن يكون هذا التغيير مقترنا بنية الإفلات من أحكام القانون المختص أصلا بحكم العلاقة.

يقول الأستاذان "Batiffol et Lagarde" بأن هناك غشا نحو القانون لما يكون تغيير القانون، عوض أن يكون مجرد نتيجة عادية لتغيير ضابط الإسناد، و يكون هو الهدف المقصود من هذا التغيير.

فالأميرة بوفورمون لما اكتسبت جنسية جديدة في ألمانيا كان غرضها هو الحصول على التطلاق لا غير، أما الحماية الدبلوماسية الألمانية و غيرها من الآثار المترتبة على تجنسها فلا تهمها على الإطلاق.⁽¹⁾

ومنه يتحقق الغش نحو القانون لا يكفي فقط تغيير ضابط الإسناد بل يجب أن يكون هذا التغيير مقترنا بسوء نية بغية التهرب أو الإفلات من تطبيق أحكام القانون الواجب التطبيق.

ولما كان الهدف من التغيير هو من الأمور الباطنية فإنه يصعب على القاضي الكشف عنه، و قد دفعت هذه الصعوبة ببعض الفقه إلى التردد في التسليم بفكرة الغش نحو القانون، غير أن هذه الصعوبة لم تثن الفقهاء عن الأخذ بهذه الفكرة.

و قد ثبت يقينا أنه بالإمكان الكشف عن الباعث في الكثير من الحالات، و تعتبر قضية الأميرة بوفورمون خير دليل على ذلك.⁽²⁾

¹ - د/ أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 191.

² - د/ أعراب بلقاسم، المرجع نفسه، ص 191.192.

الفرع الثالث: أساس الغش نحو القانون:

تجد نظرية الغش نحو القانون عند غالبية الفقه أساسها في نظرية التعسف في استعمال الحق، فوفقا لهذه النظرية يكون هناك تعسف في استعمال الحق لما يكون للشخص حق في استعماله استعمالا غير مشروع، و يكون الاستعمال غير مشروع إذا كانت المصالح التي يريد الشخص تحقيقها غير مشروعة، و في نظرية الغش نحو القانون نجد نفس الشيء، للشخص حق في تغيير جنسيته أو في تغيير موطنه، غير أن استعماله لهذا الحق قد يكون لتحقيق مصلحة غير مشروعة و هي الحصول على حق يرفض منحه له القانون المختص أصلا بحكم العلاقة، أو يربط حصوله بشروط لا تتحقق فيه. (1)

و نرى من خلال هذا أن في الغش نحو القانون ينظر دائما إلى الغاية أو الهدف الذي يريد الشخص تحقيقه مثلا تغيير جنسيته أو موطنه قصد تحقيق مصلحة غير مشروعة.

و إلى جانب هذا الأساس الذي بني عليه غالبية الفقه نظرية الغش نحو القانون، هناك محاولات فقهية أخرى، غير أنها كلها منتقدة.

و من هذه المحاولات التي ترى في الدفع بالغش نحو القانون مجرد تطبيق من تطبيقات الدفع بالنظام العام، و قد اعترض عليها على أساس تعارض مضمون القانون الأجنبي مع الأسس الجوهرية في دولة القاضي.

أما استبعاد القانون الأجنبي بناء على الدفع بالغش نحو القانون فهو يرجع إلى عنصر النية في استعمال قاعدة الإسناد. (2)

¹ - د/ أعراب بلقاسم، المرجع نفسه، ص 195.

² - د/ أعراب بلقاسم، المرجع نفسه، ص 195.

موقف المشرع الجزائري من الدفع بالغش نحو القانون:

نص المشرع الجزائري في م: 24 قانون مدني: "لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذ ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون".

يلاحظ إذن من هذا النص أن المشرع استدرك الفراغ الذي كان سائدا في مسألة مدى الأخذ بالغش في القانون الجزائري، و إن كانت المبادئ القانونية لا تمنعه، ينص صراحة على الأخذ بالغش، و يتبين من النص أيضا أن العمومية التي جاءت بها الصياغة تسمح بالقول أن الغش نحو القانون يمكن استعماله سواء تعلق الأمر بالتهرب من أحكام القانون الجزائري، و هذا منطقي و كذلك لو تم التهرب من أحكام القانون الأجنبي خاصة و أن المشرع لم يذكر - كما فعل مع الدفع بالنظام العام - إخلال القانون الجزائري محل القانون الذي تم استبعاده.⁽¹⁾

الفرع الرابع: أثر إعمال الدفع بالغش نحو القانون:

لما كان مستعمل الغش يستخدم وسائل معينة (أي تغيير ضوابط الإسناد) قصد تحقيق أهداف ممنوعة عليه في قانونه، فإن الفقه اختلف في أثر الدفع بالغش بين أن تبطل وسيلة الغش و غايته أو أن يقتصر الأمر على إبطال غاية الغش، فلدى الفقه مرجوح يجب إتباع الحل الأول، أما الفقه الغالب - و محكمة النقض الفرنسية من هذا الاتجاه على ما رأينا في قضية دي بوفورمون فيرى الاقتصار على الغاية فحسب بحيث لا تكون النتيجة نافذة في دولة القاضي.⁽²⁾

ومنه نرى أن الأخذ بنظرية الغش نحو القانون يكون أو يقتصر فقط على الحالة التي تكون فيها بصد غش نحو القانون الوطني وهذا ما ذهب إليه الفقه

¹ - أ/ دريال عبد الرزاق، مرجع سابق، ص 148.

² - أ/ دريال عبد الرزاق، مرجع سابق، ص 147.

الفرنسي لأنه يتماشى مع قضائه الذي يعامل القانون الأجنبي باعتباره مجرد واقعة في كل الحالات.

و إن ذلك يفيد إذن أن هذه النظرية المتمثلة في نظرية الغش نحو القانون أصبحت ابتداء من سنة 1964 تطبق في فرنسا بشكل مطلق أي بدون إجراء أية تفرقة بين القانون الفرنسي و القانون الأجنبي.

و مثل هذا الحل المأخوذ به في فرنسا يجب اعتماده في ظل القانون الجزائري فبرجوعنا لنص المادة 24 المعدلة من القانون المدني عام 2005، فإننا نلاحظ أنها أوردت عبارة "الغش نحو القانون" مطلقة و بدون تخصيص أي أنه لم يتم تقييد مجال أعمالها بالقانون الجزائري وحده. (1)

¹ - د/ حبار محمد، مرجع سابق، ص 108.

خاتمة:

بعد حمد الله و شكره على توفيقه في إتمام هذا البحث، فإن هذه الدراسة حول تطبيق القانون الأجنبي في مجال الأحوال الشخصية، جاءت عن تتبع مسائل الموضوع تشريعا و قضاء، و أثر ذلك على علاقات الأفراد فيما بينهم و ما ينتج عنها من آثار.

فقد حاولت من خلال هذا البحث كشف العديد من المشاكل التي تثيرها مسألة تطبيق القانون الأجنبي، في مجال الأحوال الشخصية، فكانت النتائج التالية:

1 - إن القانون الأجنبي قد يكون هو المختص في النزاع الذي يحتوي على عنصر أجنبي و رغم ذلك لا يطبق بصفة مطلقة من طرف القاضي الوطني، و خاصة في مجال الأحوال الشخصية و التي أولاها المشرع الجزائري اهتماما كبيرا لأنها مستمدة من الشريعة الإسلامية من أجل التطبيق السليم للقانون الأجنبي أو استبعاده إذا كان مخالفا للمبادئ العامة على أساس النظام العام.

2 - إن القانون الأجنبي يطبق على أساس نظريات هي: نظريتي المجاملة و الحقوق المكتسبة و نظريتي الاستقبال و الاستيعاب و تطبيق القانون الأجنبي بناء على تفويض.

3 - القانون الأجنبي يعامل معاملة وقائع ما عدا في المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية فإنه يعامل معاملة القانون.

4 - تلقي القاضي الوطني مشاكل أو عراقيل عند تطبيقه للقانون الأجنبي، و المتمثلة أساسا في غموض القانون الأجنبي و تعدد الوصول إلى مضمون القانون الأجنبي.

5 - رقابة المحكمة العليا على تطبيق القانون الأجنبي و تفسيره و خاصة فيما يتعلق بالأحوال الشخصية و التي يعتبر الخطأ في القانون وجه من أوجه الطعن بالنقض.

6 - استبعاد تطبيق القانون الأجنبي في مرحلتين هما:

- الاستبعاد في مرحلة التعيين: و التي يستبعد فيها تطبيق القانون الأجنبي وفقا لاستثناء المادتين 10 ف2 من القانون المدني و المادة 13 من القانون المدني.

- الاستبعاد في مرحلة التطبيق: حيث يتم استبعاد تطبيق القانون الأجنبي في هذه المرحلة على أساس النظام العام و الغش نحو القانون.

7 - إن تطبيق القانون الأجنبي من طرف القاضي الوطني في مجال الأحوال الشخصية لا يكون بصفة مطلقة بل هناك قيود واردة على تطبيقه.

التوصيات:

1 - اقترح على المشرع إعادة النظر فيما يخص المادة 12 ف2 و ضبطها و المتعلقة بإخضاع انحلال الزواج للقانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى، لأن هذا من شأنه أن يجعل رابطة الزوجية تتحل وفقا لقانون لا تخضع له الزوجة و لم يكن في وسعها التبصر به وقت انعقاد الزواج يؤدي ذلك إلى مفاجأة الزوجة فيكون أكثر إضرارا بمصالحها.

2 - توضيح شروط الغش نحو القانون و كيفية إعماله المادة 2/24 ق.م، و عليه فإن رأي خطأ يحتمل الصواب و رأيكم صواب يحتمل الخطأ.

و أحمد الله عز و جل على توفيقه لي في إتمام بحثي هذا و أرجوا إنني كنت قد وفقت فيه إلى حد ما.

- 1_ د/ أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار هومة، طبعة 2005، الجزء الأول.
- 2_ أ/د الطيب زروقي، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، دار هومة، الجزائر، ط 2011.
- 3_ أ/ بلعير عبد الكريم، محاضرات في القانون الدولي الخاص على ضوء التعديلات التي جاء بها قانون 05-10 لسنة 2005، كلية الحقوق بن عكنون، 2009/2008.
- 4_ د/ بلمامي عمر، دراسات في القانون الدولي الخاص المعاصر، دار هومة، الجزائر، طبعة 2008.
- 5_ د/ حبار محمد، القانون الدولي الخاص، الرؤى للنشر و التوزيع الجزائر، ط 2013.
- 6_ أ/ د حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، ط 2007 الكتاب الأول، بيروت، لبنان.
- 7_ دريال عبد الرزاق، الوافي في القانون الدولي الخاص، دار العلوم للنشر و التوزيع، ط 2010، الجزء الأول.
- 8_ د/ سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، الطبعة الأولى 2004.
- 9_ عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، دار هومة، الطبعة الثانية 2009.
- 10_ د/ عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع، بيروت، ط 2008.
- 11_ عليوش قريوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري تنازع القوانين، دار هومة، الجزء الأول، الطبعة الثانية، 2007.
- 12_ علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الخامسة 2008.

- 13_ عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، طبعة 2007.
- 14_ محمد سعادي، القانون الدولي الخاص و تطبيقاته في النظام، القانون في الجزائر، دار الخلدونية الجزائر، الطبعة الأولى 2009، ص 103.

مقدمة.....	أ - ج
الفصل الأول: مكانة القانون الأجنبي في التشريع الجزائري.....	08
المبحث الأول: الأساس الفقهي لتطبيق القانون الأجنبي.....	09
المطلب الأول: نظريتي المجاملة الدولية و الحقوق المكتسبة.....	09
الفرع الأول: نظرية المجاملة الدولية.....	09
الفرع الثاني: نظرية الحقوق المكتسبة.....	10
المطلب الثاني: نظريتي الاستقبال و الاستيعاب و تطبيق القانون الأجنبي بناء على تفويض.....	11
الفرع الأول: نظرية الاستقبال و الاستيعاب.....	11
الفرع الثاني: نظرية تطبيق القانون الأجنبي بناء على تفويض.....	12
المبحث الثاني: كيفية معاملة القانون الأجنبي و الإشكالات التي تعترض القاضي الوطني عند تطبيقه.....	13
المطلب الأول: كيفية معاملة القانون الأجنبي.....	13
الفرع الأول: التطبيق الغير تلقائي للقانون الأجنبي.....	13
الفرع الثاني: التطبيق التلقائي للقانون الأجنبي.....	14
الفرع الثالث: إثبات القانون الأجنبي.....	15
الفرع الرابع: القوة الملزمة لقاعدة تنازع القوانين.....	19
الفرع الخامس: معاملة القانون الأجنبي معاملة وقائع.....	21
المطلب الثاني: الإشكالات التي تعترض القاضي الوطني عند تطبيقه القانون الأجنبي.....	23

- 23.....الفرع الأول: غموض القانون الأجنبي.....
- 28.....الفرع الثاني: تعذر التوصل إلى مضمون القانون الأجنبي.....
- 36.....الفصل الثاني: حالات استبعاد تطبيق القانون الأجنبي.....
- 36.....المبحث الأول: الاستبعاد في مرحلة التعيين.....
- 36.....المطلب الأول: استثناء المادة 10 ف2 من القانون المدني الجزائري.....
- 36.....الفرع الأول: القاعدة العامة (الحالة و الأهلية).....
- 42.....الفرع الثاني: الاستثناء من القاعدة العامة (م10 من القانون المدني الجزائري).....
- 44.....المطلب الثاني: استثناء المادة 13 من القانون المدني الجزائري.....
- 44.....الفرع الأول: القاعدة العامة (الزواج).....
- 51.....الفرع الثاني: استثناء الوارد على القاعدة العامة (م10 ف²).....
- 53.....المبحث الثاني: الاستبعاد في مرحلة التطبيق.....
- 53.....المطلب الأول: النظام العام.....
- 53.....الفرع الأول: مفهوم النظام العام و تطوره.....
- 54.....الفرع الثاني: خصائص النظام العام.....
- 57.....الفرع الثالث: شروط الدفع بالنظام العام.....
- 59.....الفرع الرابع: أثر إعمال الدفع بالنظام العام.....
- 63.....المطلب الثاني: الغش نحو القانون.....
- 63.....الفرع الأول: مفهوم الدفع بالغش نحو القانون و نشأته.....
- 65.....الفرع الثاني: شروط الدفع بالغش نحو القانون.....

69..... الفرع الثالث: أساس الغش نحو القانون

70..... الفرع الرابع: أثر إعمال الدفع بالغش نحو القانون

المراجع

الملاحق