قوائم المحتويات متاحة على ASJP المنصة الجزائرية للمجلات العلمية
الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية
الصفحة الرئيسية للمجلة: www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/552

أساس تطبيق القانون الأجنبي أمام المحاكم الجزائرية

The basis for the Application of Foreign Law before the Algerian Courts

هشام بولسينة [1] *، عمارة بلغيث [2]
[1] كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة باجي مختار عنابة – الجزائر
[2] كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة باجي مختار عنابة – الجزائر

Key words:

Private International Law,

Conflict of Laws,

Foreign Law.

Abstract

The rule of conflict of laws in private international relations plays a major role in determining the applicable law, since I candesignate an applicable national law as well as a foreign law, soit presents a double feature. If itspecifies the law of the judge of the case, no problem arises. If it specified an applicable foreign law, here it is problematic, because there are systems to apply foreign law, while there are legal systems that require something else, so how will the national judge deal withthislaw?, whichdefined by the rules of attribution in his law and how he will treat it, if are legal systems requires the application of the foreign law that is designated by the rule of conflict in the national laws.

معلومات المقال
تاريخ المقال:
الإرسال :2019-09-29
المراجعة : 2020-05-06
القبول : 2020-05-11

الكلمات المفتاحية:
القانون الدولي الخاص،
تنازع القوانين،
القانون الاجنبي.

ملخص

تلعب قاعدة تنازع القوانين في العلاقات الدولية الخاصة دورا كبير في تحديد القانون الواجب التطبيق، فيمكن لها أن تعين قانون وطني واجب التطبيق ، كما يمكن أن تعين قانون أجنبي، أي أنها ذات خاصية مزدوجة فإذا عينت قانون قاضي الدعوى فلا إشكال يطرح، فالقاضي سوف يطبق قانونه، أما إذا عينت قانون أجنبيا واجب التطبيق هنا يطرح الإشكال، لأنه هناك أنظمة تقضي بتطبيق القانون الأجنبي، بينما هناك أنظمة قانونية تقضي غير ذلك، إذا كيف سوف يتعامل القاضي الوطني مع ذلك القانون الذي عينته قواعد الإسناد في قانونه وكيف سوف يعامله، إذا كان نظامه القانوني يقضي بتطبيق القانون الأجنبي الذي عينته قاعدة التنازع في قانونه الوطني.

* Corresponding author at: Badji mokhtar University of Annaba. ALGERIA
Email : brahimhicham1978@gmail.com

1ـ مقدمة

إن من خصائص قاعدة تنازع القوانين إنها قواعد مزدوجة (**كمال**، 2011، **الصفحات** 76ـ77)، تهدف إلى حل نزاع دولي يشتمل على علاقة تتعلق بالقانون الخاص، عندما تشير قاعدة الإسناد إلى تطبيق قانون قاضي الدعوى (**التونسي**، 1998)، فإن هذا الأخير هو الواجب التطبيق فلا إشكال في ذلك،أما إذا كان القانون المشار إليه قانونا أجنبيا فإلى أي مدى يلتزم القاضي بتطبيقه وهل القاضي الوطني يبحث عن هذا القانون من تلقاء نفسه أم يتوجب على الخصوم إثبات مضمون هذا القانون وهل يخضع القاضي وهو بصدد تطبيقه وتفسيره لهذا القانون الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد الوطنية والتي هي من النظام العام لرقابة المحكمة، وهل يعد القانون الأجنبي قانونا ويظل محتفظا بطبيعته بالرغم من تجاوزه للحدود الإقليمية للدولة التي سنته أم أنه يعتبر مجرد وقائع يتعين على الخصوم إثباتها وتقديم الدليل حول مضمون هذه القواعد، إن المادة 358 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في فقرتها السادسة أقرت بخضوع القانون الأجنبي لرقابة المحكمة العليا، خاصة في المسائل المتعلقة بقانون الأسرة وهذا ما جاء في نص المادة 358و 360 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث جاء في نص المادة 358 في انه " لا ينبغي الطعن بالنقض إلا على وجه واحدا أو أكثر من الأوجه التالية: (**والادارية**، 2008).

فقد جعلت الخطأ في تطبيق القانون الأجنبي وجها للطعن فقط المتعلق بقانون الأسرة دون غيره، يجوز عليه للمحكمة العليا ولو تلقائيا نقض الحكم أو القرار، أي أن المشرع الجزائري أعتبر القانون الأجنبي قانونا في مسائل الأحوال الشخصية فقط، وهذا ما جعلنا نتساءل حول طبيعة القانون الأجنبي خاصة في المسائل التي تخرج عن نطاق المسائل المتعلقة بالأسرة وفي حالة ما إذا كان هناك نزاع يتوقف الفصل فيه على تطبيق القانون الأجنبي، ومسائله تخرج عن نطاق المسائل المتعلقة بالأسرة كيف يكون دور القاضي الوطني في حل هذا النزاع، نتيجة عدم وضوح النصوص القانونية وقلة المسائل القضائية التي تم الفصل فيها، فيما يخص هذه المسائل التي تخرج عن نطاق الأحوال الشخصية، وعليه كيف تكون رقابة المحكمة العليا على تطبيق وتفسير القانون الأجنبي ؟

تلك هي أهم الإشكالات التي تثار بهذا الصدد ومن أجل الكشف وبحث هذه الإشكالات القانونية يتعين علينا معالجة ذلك وفق فكرتين أساسيتين نبحث في الأولى أساس تطبيق القانون الأجنبي وفي النقطة الثانية نتطرق إلى مركز القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني مقارنة ببعض القوانين المقارنة بخصوص التعامل مع القانون الأجنبي من حيث الأساس وكيفية التطبيق السليم له.

2.أساس تطبيق القانون الأجنبي

لقد اختلف الفقه في تأصيل وتخريج مسألة تحديد أساس تطبيق القانون الأجنبي، أم على أساس فكرة الحقوق المكتسبة، أو على أساس المجاملة الدولية، أو على أساس نظرية الاستقبال والاندماج، أو نظرية التفويض، (زروتي، الصفحات -229 230) إذا كان القانون يطبق داخل الحدود الإقليمية للدولة التي سنته كأصل عام إلا أن هذا القانون قد يمتد تطبيقه إلى خارج هذه الحدود خصوصا إذا كان أحد أطراف العلاقة أجنبيا فهل تحتفظ هذه القواعد القانونية المطبقة بأوصاف القاعدة القانونية الصادرة عن المشرع ليطبقها القاضي الوطني، إن مسألة تحديد الأساس القانوني لتطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني أثارت جدلا فقهيا في القانون المقارن يمكن إجماله في النظريات التالية:

1.2.فكرة الحقوق المكتسبة كأساس لتطبيق القانون الأجنبي

إن النظرية الأمريكية والتي تقر بأن أساس تطبيق القانون الأجنبي أمام المحاكم الوطنية يعود بالضرورة إلى احترام الحقوق المكتسبة، فقد عرفت هده النظرية رواجا في سنة 1930، ومفادها استبعاد تطبيق القاضي الوطني للقانون الأجنبي، فالقاضي الوطني يطبق القانون الأجنبي احتراما للحقوق المكتسبة (Mezghani، **صفحة** 289).

وبناء على هذه النظرية فإن تقدير هذه الحقوق المكتسبة ، لا يكون إلا في ظل قوانين البلاد التي نشأت فيها، وهذا ما يراه جانب كبير من الفقه الانجليزي والأمريكي، فالقاضي الأمريكي أو الانجليزي لا يمكنه تقدير هذه الحقوق المكتسبة في الخارج إلا استنادا إلى القوانين التي نشأت في ظلها (**فوضيل**، **صفحة** 23)، فالقاضي الوطني وهو يطبق القانون الأجنبي لا يعدو أن يكون مجرد اعتراف بالحق الذي تم اكتسابه في الخارج ، فمثلا إذا طرحت أمام القاضي الفرنسي مسألة الاعتراف بزواج أبرم وفقا للقانون الجزائري فإن هذا القاضي لا يستطع أن يعترف بهذا الزواج وشرعيته إلا وفقا للشروط والأوضاع التي يحددها القانون الجزائري للاعتراف بهذا الزواج، لان هذه الحقوق التي اكتسبها هدا الزواج نشأت تحت سلطان القانون الجزائري فهذا القانون الأجنبي في نظر القاضي الفرنسي مجرد عنصر من واقعة هي الحق الذي نشا تحت سلطان القانون الأجنبي، وهذه الواقعة لا تتمتع بأية قوة قانونية في بلد القاضي وإنما تستمدها من قانون القاضي وليس من القانون الأجنبي الذي وقعت الواقعة تحت سلطانه (**فوضيل**، **صفحة** 23)، أي أنه إذا أشارت قاعدة الإسناد إلى تطبيق القانون الأجنبي فإنها تهدف إلى الاعتراف بالحق الذي نشأ وفق هذا القانون إذ أن القانون الأجنبي لا يخرج عن كونه عنصرا من عناصر هذا الحق (الذي نشأ في الخارج) أو الواقعة المكتسبة للحق وكل من يريد التمسك بنشأة هذا الحق في الخارج يقع عليه عبء الإثبات ويثبت القانون الأجنبي الذي يعتبر سببا في اكتساب هذا الحق ومتى تمكن الخصم من إثبات حقه وفقا للقانون الأجنبي فما

على القاضي إلا الاعتراف بهذا الحق الذي نشأ وتم اكتسابه وفقا للقانون الأجنبي (**راشدي**، **صفحة** 37).

لم تلق هده النظرية رواجا في الفقه والقضاء في القانون المقارن إذ أن هذه النظرية تعد قاصرة وغير منطقية من جهة أخرى فمن حيث القصور تعترضنا مسألة بحث الأساس القانوني لتطبيق القانون الأجنبي عندما تكون أمام فرضية نشوء حق أو مركز قانوني في دولة القاضي وفقا لأحكامالقانون الأجنبي؟ فمثلا لو أراد زوجان جزائريان الطلاق أمام القاضي الفرنسي وفقا لاتفاق مشترك بينهما نزولا عن حكم القانون الجزائري ففي هذا الفرض يطرح أمام القاضي الفرنسي مركز قانوني جديد نشأ وفقا لأحكام قانون أجنبي ومثل هذا الفرض تقف نظرية الحقوق المكتسبة عاجزة عن تغطيته أما من حيث عدم منطقية هذه النظرية فإن مسألة الاعتراف بالحق المكتسب في الخارج وفقا لقانون أجنبي معناه من الناحية الواقعية الاعتراف بالقانون الأجنبي ذاته، كما أن هذه النظرية غير شاملة فهي تعطي تفسيرا لتطبيق القانون الأجنبي في مجال واحدا هو مجال الحقوق المكتسبة، في حين انه يمكن أن يكون تطبيق القانون الأجنبي في مرحلة نشوء الحق، فالزوجان الجزائريان اللذان طلبا الطلاق أمام القاضي الفرنسي سوف يطبق عليهما القانون الجزائري، فبذلك يكون قد أنشأ وضعية جديدة، ففي هده الحالة لا يمكن القول بأن القاضي الفرنسي قد أحترم حقا مكتسبا (**بلقاسم**، **صفحة** 141).

كما أن هذه النظرية لم تذكر التنازع الذي نشأ في مرحلة تكوين الحقوق وكيف يتعامل القاضي في هده الحالة مع القانون الأجنبي عند تكوين الحقوق، كما أن دور القاضي سوف يقتصر على تطبيق القانون الأجنبي في دولته احتراما للحق المكتسب من قبل (**سعادي**، **صفحة** 156)، أي أن دوره يقتصر على التحقق فيما إذا كان الحق قد صار مكتسبا أملا، أي أن الأطراف هل احترموا القانون عند نشوء هذا الحق المكتسب أم لا وهذا ما يجعل القانون الأجنبي لا يعدو أن يكون مجرد واقعة يبحث القاضي على وجودها .

2.2.اعتبار القانون الأجنبي كواقعة

إن بعض الفقه في فرنسا – باتيفول ولاجارد- يعتبر أن تطبيق القانون الأجنبي من طرف القاضي الوطني ما هو إلا عنصرا من عناصر الواقع، فقد أنكر الفقيه باتيفول الصفة القانونية للقانون الأجنبي وأعتبره عنصر من عناصر الواقع ونقطة البداية عند هذا الأستاذ الفرنسي هي أن كل قاعدة قانونية تتكون من عنصرين، العنصر الفعلي ومعناه أن تكون القاعدة مجردة وعامة، عنصر الأمر أو الإلزام الصادر عن المشرع والذي تستمد منه القاعدة قوتها الملزمة (**Batiffol** و **Lacarde**)، وتظل القاعدة تتمتع بهادين العنصرين متى طبقت داخل الدولة التي سنتها، ومتى طرحت هذه القاعدة أمام قاض آخر بوصفها قانونا أجنبيا فإنها تفقد عنصر الإلزام وتطبق بوصفها واقعة ثبت وجودها أمام القاضي يتعين على الخصوم إثبات هذا القانون وكل خطأ في تفسير هذا القانون الأجنبي لا يخضع لرقابة المحكمة العليا باعتباره مسألة واقع، أي أن الأطراف لا يمكنهم التذرع به لأول مرة أمام محكمة النقض، لأنه يعتبر من عناصر الواقع، ومقارنة بالقضاء الفرنسي الذي كان يعتبر القانون الأجنبي كواقعة (**كمال**، **صفحة** 120)، نصت المادة 358 الفقرة 6 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه لا يبنى الطعن بالنقض إلا على وجه واحدا أو أكثر من الأوجه الآتية :

6. مخالفة القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة.

كما نصت المادة 360 من نفس القانون على أنه:

"يجوز للمحكمة العليا أن تثير من تلقاء نفسها وجها أو عدة أوجه للنقض" لأحدالأوجه الواردة في المادة 358 ،من خلال المادتين 358 و360 أن المشرع الجزائري ميز بين القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة، والذي يكون وجه من أوجه الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا، أي انه يتعلق بالنظام العام،وبمفهوم المخالفة أن القوانين التي لا تتعلق بقانون الأسرة لا تعتبر كقانون أي أن قاعدة تنازع القوانين إذا عينت كقانون واجب التطبيق القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة تكون ملزمة وفعالة، وتكون خلاف ذلك إذا عينتْ قانونا أخر غير قانون الأسرة.

بهذا يكون المشرع الجزائري أخد بما وصل أليه القضاء الفرنسي عندما كان يعتبر القانون الأجنبي كواقعة، لم يرحب الفقه بهذه النظرية بل أنتقدها من عدة أوجه إذ قوام النظرية خاطئ عند تقريره بأن القانون الأجنبي يتحول إلى واقعة وأن القاضي الذي يطبق هذا القانون لا يخاطب بالأحكام التي ترد في هذه القاعدة فهذا فيه نوع من المجازفة والمجاز ولا يصح التسليم به، فالقاعدة القانونية تحتفظ بجوهرها سواء طبقت من طرف القاضي الوطني أو طبقها قاضي أجنبي بوصفها قانونا أجنبيا ومن جهة ثانية ولو سلمنا بأن القاعدة القانونية عندما ترحل خارج حدود دولتها لتطبق أمام قاضي أجنبي مفتقدة لعنصر الأمر فلما نسلم بأن عنصر الأمر والإلزام تسترده القاعدة القانونية بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية (**صادق هـ**.، 1980، **صفحة** 40).

3.2.احتفاظ القانون الأجنبي بطبيعته القانونية

إن الاتجاه الغالب في القانون المقارن يذهب إلى القول بأن القانون الأجنبي يظل قانونا محتفظا بطبيعته ليس داخل حدود الدول التي صدر عنها وإنما أمام قاضي دولة أخرى ولا يعتبر عنصرا من عناصر الواقع ولكنه قانون بمعنى الكلمة ولكن الفقهاء لم يتفقوا حول أساس تطبيق هذا القانون بالرغم من التأكيد على طبيعته القانونية وفي هذا الشأن يقول الفقهاء الايطاليون بأن لكل نظام قانوني خصوصيته، تعني هذه الفكرة أن لكل نظام القدرة على استيعاب قانون أجنبي ما وإدخاله في نظامه القانوني أو إنكاره، وهذا على حساب اندماج ذلك القانون الأجنبي في النظام القانوني الوطني

1.3.2.استقبال وإدماج القانون الأجنبي

أنصار فكرة اندماج القانون الأجنبي في القانون الوطني حسبهم أن قاعدة الإسناد تشير إلى تطبيق القانون الأجنبي وتجذب هذا الأخير فتدمجه في القانون الوطني، إذ لا قيمة للقانون الأجنبي إلا باندماجه في النظام القانوني الداخلي واستغراقه فيه وبذلك فإن القاضي لا يطبق القانون الأجنبي وإنما يطبق القاعدة القانونية التي يتوافق مضمونها مع قواعد القانون الأجنبي، فلما تشير مثلا قاعدة الإسناد الوطنية للقانون الإيطالي باختصاص قانون أجنبي معين فإن هده القاعدة تقوم بإدماج هذا القانون في النظام القانوني الايطالي فيقوم هدا القانون باستقباله، وعليه سميت هده النظرية بنظرية الاستقبال والاندماج (**بلقاسم**، **صفحة** 142)، ويرى أنصار هذه الفكرة بأن الاستقبال يكون بإحدى الطريقتين: استقبال مادي وفيه تفقد القاعدة صفتها الأجنبية، واستقبال شكلي وبمقتضاه يندمج القانون الأجنبي في قانون القاضي إلا أنه يحتفظ بقيمته ومدلوله الذي صاغه عليه المشرع الأجنبي الذي صاغ أحكام هذا القانون (**صادق هـ**، 1998، **صفحة** 134).

لكن فكرة الاستقبال تعرضت من قبل غالبية الفقه للنقد إذ أن هذه الفكرة تقوم على نوع من الاحتيال والمجاز والخيال إذ تقوم على تصور إمكان احتواء قانون القاضي لكافة قوانين دول العالم زيادة على ذلك فإنه من غير المقبول القول بإمكان احتواء قانون القاضي لقاعدة أجنبية إذا كانت تتعارض مع الأسس التي يقوم عليها قانون القاضي، كما اعترض على هذه النظرية لأنها تنزع عن القانون الأجنبي طبيعته القانونية لا لشيء إلا أن قاضيا أجنبيا هو الذي يطبقه (**فوضيل**، **صفحة** 143).

2.3.2.تطبيق القانون الأجنبي بناء على فكرة التفويض

يذهب غالبية الفقه في ألمانيا وفرنسا إلى القول بأن التزام القاضي الوطني بتطبيق القانون الأجنبي يستند إلى تفويض من المشرع الوطني بمقتضى قاعدة الإسناد إلى مشرعي الدول الأجنبية من أجل إعطاء الحكم المناسب، فتطبيق القاضي الوطني للقانون الأجنبي يتم إذا حسب هذا الرأي على تفويض تعقده قاعدة الإسناد الوطنية للمشرع الأجنبي (**بلقاسم**، **صفحة** 144)، يظهر من هذه الفكرة أن القانون الأجنبي يحتفظ بصفته وهيئته بالصورة التي تكون له في دولة إصداره ويلتزم القاضي الوطني بتطبيق هذا القانون بصفته،لكن فكرة التفويض لم تسلم من النقد إذ أنه من غير المتصور أن يأتمر القاضي الوطني بغير أوامر مشرعه ومن جهة أخرى لا يعقل بأن مشرع دولة القاضي يفوض سلطة تشريعية أجنبية للتشريع عوضا عنه (**العال**، **صفحة** 161)، كما يعيب أيضا على هذه الفكرة أن التفويض لا يمكن أن يكون إلا لمفوض معين بينما المفوض هنا غير معلوم (**بلقاسم**، **صفحة** 144).

3.3.2.التفسير الراجح لتطبيق القانون الأجنبي

إن غالبية الفقه والاجتهاد في القانون المقارن يؤكد الطبيعة القانونية للقانون الأجنبي ويركز بإلحاح على صفته الأجنبية ولا يعتبره عنصرا من عناصر الواقع بل إنه قانون يطبقه القاضي الوطني نزولا على أمر مشرعه الذي أودعه، وبما أنه قانون ولكنه أجنبي فأمر طبيعي بأن يلقى معاملة إجرائية تختلف عن تلك التي يتلقاها القانون الوطني، والقول بأن القانون الأجنبي يفقد صفته الإلزامية بمجرد عبوره الحدود ويعتبر واقعة تطبق أمام القاضي الوطني فهذا غير منطقي وكأن القاضي يطبق واقعة على وقائع وهذا لا معنى له وإذا كان القانون الأجنبي يتمتع بهذه الخصوصية فإنه حتما لا يعامل مثل القانون الوطني فحتما بينهما فوارق ومن الصعب افتراض علم القاضي الوطني بمضمون جميع القوانين الأجنبية زيادة على ذلك فإن القانون الأجنبي لا يصدر ولا ينشر في دولة القاضي (**سلامة ا.**، 1989، **صفحة** 115).

ومن خلال ما سبق فإن المشرع الجزائري لا ينكر الصفة القانونية للقانون الأجنبي لكن يخضع لمعاملة تختلف عن القانون الوطني وبناء على ذلك فإنه من يتمسك بالقانون الأجنبي عليه إثباته وكذلك فإنه متى كان القاضي الجزائري عالما بالقانون الأجنبي طبقه من تلقاء نفسه.

3.مركز القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني

إن تطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني يجد أساسه في أن اختصاص هذا القانون قد تحدد بأمر من المشرع الوطني الذي جعل إرادته في قاعدة الإسناد التي أشارت إلى تطبيق هذا القانون وقد بينا سابقا بأن القانون الأجنبي يحتفظ بصفته بالرغم من أن تطبيقه يكون حتى خارج حدود الدولة التي شرعته (**صادق هـ**، 1968، **صفحة** 267) لذا نكون أمام إشكالات مفادها هل القاضي الوطني يلتزم بالكشف عن مضمون القانون الأجنبي من تلقاء نفسه أم يتحمل ذلك الخصوم، وفي حالة حصول خطأ في تفسير هذا القانون هل للمحكمة العليا دور في الرقابة على صحة تطبيق وتفسير هذا القانون؟

1.3.تعامل قضاة الموضوع مع القانون الأجنبي

إذا كانت قاعدة الإسناد المشار إليها في القانون الوطني هي المحددة للقانون الواجب التطبيق عند النزاع وهذه القاعدة لها صفة الإلزام يجب على القاضي أن يثيرها من تلقاء نفسه في الإطار الذي ذكرناه سابقا إلا أن عملية تطبيق القانون الأجنبي تقتضي التعرض إلى مسألة قانونية هامة تتعلق بإثبات هذا القانون بوسائل محددة ونطاق تطبيق القانون والحكم فيه ، إذا تعذر إثبات مضمون هذا القانون وهذا ما نتناوله .

1.1.3.إثبات مضمون القانون الأجنبي

في الغالب القاضي يجهل مضمون القانون الأجنبي سواء في الحالة التي يطبقه من تلقاء نفسه أو في الحالة التي يطبقه بناء على طلب أطراف الخصومة (**بلقاسم**، **صفحة** 146)، هدا ما

يطرح عدت تساؤلات من بينها:

على عاتق من يقع عبء إثبات مضمون القانون الأجنبي هل يقع على القاضي أم يقع على الخصوم الذي يطلب تطبيقه؟ وفي حالة استحالة التوصل إلى مضمون القانون الأجنبي ما هو القانون الذي سوف يطبقه القاضي؟

لقد جاء في قرارين للقضاء الفرنسي أن:

"أن قواعد تنازع القوانين الفرنسية لا تتعلق بالنظام العام على الأقل حين تشير باختصاص قانون أجنبي، بمعنى أن على الخصوم التمسك بتطبيق هذا القانون. وعلى ذلك فلا ينعي على قضاة الموضوع عدم تطبيقهم للقانون الأجنبي من تلقاء أنفسهم ورجوعهم إلى القانون الفرنسي الداخلي والذي له الصلاحية لحكم جميع علاقات القانون الخاص" القضية الثانية تعرف بقضية BISBAL" يسوغ لقاضي الموضوع أن يتولى بحث القانون الأجنبي المختص ويحدد مضمونه" (**كمال**، **صفحة** 121)

ما يمكن استخلاصه من القراران من خلال ماقضت به محكمة النقض، أنه على الخصوم التمسك بتطبيق القانون الأجنبي الذي عينته قواعد الإسناد في قانون القاضي، وأن قاضي الموضوع غير ملزم بتطبيقه من تلقاء نفسه بدون طلب من الخصوم، أما بالنسبة للقرار الثاني أن قاضي الموضوع يمكنه أن يقوم بالبحث في مضمون القانون الأجنبي وهو غير ملزم بذلك.

هذا ما يجعلنا نتساءل عن إلزامية قاعدة التنازع؟ أي متى تكون لقاعدة الإسناد القوة الملزمة ؟

تظهر ازدواجية في الطبيعة القانونية لقاعدة التنازع، بحيث تكون ملزمة إذا عينت قانون وطني واجب التطبيق، وغير ملزمة إذا عينت قانون أجنبيا، فقي هده الحالة على الخصوم التمسك بتطبيق القانون الأجنبي، وإلا طبق قاضي الدعوى قانونه الداخلي، وهذا ما أخد به القضاء الفرنسي والتشريع الجزائري حيث لا يعتبران أن قاعدة التنازع من النظام العام إذا أشارت إلى تطبيق القانون الأجنبي المختص،بينما تعتبر من النظام العام إذا أشارت إلى تطبيق القانون الوطني ،بحيث يكون قاضي الدعوى ملزم بتطبيق القانون الوطني، إن هذا الحل الذي يقر بإلزامية قاعدة التنازع عندما تعين قانون واجب التطبيق قانون أجنبي متعلق بقانون الأسرة وفقط، يعني هذا أن تعين القانون الوطني ملزم،أما تعيين القانون الأجنبي غير ملزم، يؤدي هدا الحل إلى تكريس عدم المساواة بين القانون الأجنبي والقانون الوطني، ما ينجر عنه تصدع في البنية الثنائية لقاعدة تنازع القوانين التي تهدف إلى وحدة النظام، سواء كان القانون الواجب التطبيق قانونا أجنبيا أو وطنيا (**كمال**، **صفحة** 123)، إن هذا الاختلاف ترتب عليه اختلاف في تحديد الجهة التي يقع عليها عبء أثاث مضمون القانون الأجنبي فقد يكون على عاتق الخصوم،وقد يقع على القاضي.

2.1.3.عبء الإثبات يقع على عاتق الخصوم

إن التشريعات التي تعامل القانون الأجنبي معاملة الوقائع جعلت عبء أثبات مضمونه يقع على عاتق الخصوم، فإذا نجح الخصوم في أثبات مضمون القانون الأجنبي المختص والذي يختلف في أحكامه الموضوعية عن أحكام القانون الفرنسي، وفي هذا الصدد يلاحظ أن جعل أثارة تطبيق القانون الأجنبي يقع على عاتق الخصوم مع تكفلهم بإثبات مضمونه هو نتيجة حتمية إلى عدم اعتبار قاعدة الإسناد ملزمة بالنسبة للقاضي، فالقواعد المتعلقة بعبء إثبات مضمون القانون الأجنبي تتطور وتتغير في نفس الوقت بالقواعد المتعلقة بمدى إلزامية قاعدة الإسناد بالنسبة للقاضي (**Gutman**، **صفحة** 79)،كما هناك قضاء بعض الدول من جعل عبء أثبات مضمون القانون الأجنبي واقعا على الخصم الذي يتمسك بتطبيقه (**Batiffol, p. 105**)، فقد حكمت محكمة النقض الفرنسية على أن أثبات القانون الأجنبي يكون على عاتق الأطراف التي تطالب تطبيقه (**REV. CASS CIV. 1984**)، أي أن قاضي الدعوى غير ملزم بالبحث في مضمون القانون الأجنبي، فالأطراف هم المسئولين عن البحث عن مضمون القانون الأجنبي ليطبق عليهم ، فالخصوم مطالبين بالتمسك بالقانون الأجنبي المعين، لكن هذا لم يمنع قاضي الدعوى من البحث عن مضمون القانون الأجنبي المختص في حالة عدم تمسك الأطراف بتطبيقه (**REV. CIV. 1960**)، خاصة عندما تكون مصلحة القاضي هي تطبيق قانونه فيقترب ذلك من كونه تحايل على القانون (**Mayer. 1994**)، لكن هذا البحث الذي يقوم به قاضي الموضوع في مضمون القانون الأجنبي يجب أن يكون الأطراف على علم بذلك حتى لا يفاجئهم ذلك لأنهم لم يتمسكوا بالبحث في مضمونه احتراما لحقوق الدفاع (**كمال**، **صفحة** 125).

كما يجوز أيضا لقضاة الموضوع اللجوء إلى الخبرة لما يقدم الخصوم شهادات متناقضة عن مضمون القانون الأجنبي، أو عندما لم يتوصلوا إلى إثباته بأنفسهم ، فمن جهة القاضي غير ملزم بالبحث في مضمون القانون الأجنبي المختص، لأنه غير مطالب بمعرفة جميع القوانين، وغير مرتبط بما يقدمه له الخصوم من أثبات لمضمون القانون الأجنبي ، ومن جهة أخرى بإمكانه اللجوء للبحث في مضمون القانون الأجنبي المختص من أجل معرفته الشخصية بالقانون الأجنبي (**بلقاسم**، **صفحة** 148).

أما في ألمانيا وسويسرا فالقاضي ملزم بتطبيق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه، كذلك في إيطاليا فأن الرأي الغالب هوتطبيق القاضي القانون الأجنبي من تلقاء نفسه، على أساس ان الخصوم هم من تمسكوا بالقانون الأجنبي وطالبو بتطبيقه فكيف لا يحكم به القاضي من تلقاء نفسه، في حين أن قواعد التنازع في قانونه تقضي بوجوب تطبيق القانون الأجنبي إذا عينته قواعد الإسناد الوطنية، أفلا يترتب على عدم تطبيق القانون الأجنبي الذي تمسك بيه الأطراف أضرارا بمصالحهم، وعدم احترام لقواعد الإسناد الوطنية (**سليمان**، **صفحة** 136).

3.1.3.عبء الإثبات يقع على القاضي

أما القوانين التي تعامل القانون الأجنبي على أنه قانون فعبء الإثبات لا يكون على الخصوم، بل القاضي ملزما بالبحث عن مضمونه ، لان قاعدة تنازع القوانين في هده الحالة من النظام العام، لكن يمكن الاستعانة بالخصوم، وهذا ما جاء في القانون الألماني حيث منع المحكمة من التقيد بما قام به الخصوم ببيانه ويسمح لها باللجوء إلى كافة وسائل الإثبات، (**بلقاسم، صفحة** 148) وهو ما أكدته المادة 293 من قانون المرافعات الألمانية التي نصت على أن " القواعد العرفية والقواعد التشريعية وكذلك قواعد القانون، ليست بحاجة إلى إثبات، إلا في حدود عدم علم المحكمة بها، ولا تلتزم المحكمة في سبيل تحديد مضمون هذه القواعد القانونية بما قام به الخصوم بإثباته، وإنما لها أن تلجأ إلى كافة وسائل العلم، وأن تأمر بما تراه ضروريا لإدراك هذه الغاية" (**الداودي، صفحة** 262).

كما سلك نفس الاتجاه القضاء الايطالي ، فقد استقرت محكمة النقض على إلزام القاضي بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي من تلقاء نفسه، أما معاونة الخصوم له فهي مسألة ثانوية وهذا ما جاء في حكم لها صادر في 16 فبراير 1966 إلى أن مبدأ علم القاضي بالقانون يفرض عليه تطبيق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه، كما نص صراحة القانون السوفيتي على القوانين التي يلتزم القاضي بتطبيقها عندما يكون أمام قانون أجنبي وهذا ما نصت عليه المادة 12 من قانون المرافعات في التحاد السوفيتي والجمهورية المتحدة سنة 1962 (**فوضيل، صفحة** 40).

أما في فرنسا فقد تراجع القضاء عن موقفه مؤخرا حيث أجاز للقاضي البحث على مضمون القانون الأجنبي، وهو ما كرسته محكمة النقض الفرنسية في قرار بنك الجزائر بتاريخ 02 مارس 1960 بعدما كان القضاء الفرنسي يسلم في السابق بعدم التزام القاضي بإثبات مضمون القانون الأجنبي، وإلقاء عبء الإثبات على عاتق الخصوم الذي يتمسك به، وهو ما أكده بموجب قرار لوتور الصادر بتاريخ 25 ماي 1948 (**CASS, 1948**).

كما قررت محكمة النقض الفرنسية في قرارين لها بإلزامية التطبيق التلقائي للقانون الأجنبي المختص وذلك في قضيتين، القرار الأول قضية ربوح الصادر بتاريخ 11 أكتوبر 1988، والقرار الثاني المعروف بـ shull الصادر بتاريخ 18أكتوبر 1988 (**CIV, 1988**)..

من خلال هذين القرارين، فقد ألزمت محكمة النقض الفرنسية قاضي الموضوع بتطبيق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه، والبحث عن مضمونه، حتى ولو لم يتمسك الخصوم به (**كمال، صفحة** 138).

لقد سايرت مجلة القانون التونسي في المادة 32 منه الاجتهادات القضائية التي توصل إليها القضاء الفرنسي، حيث جعلت إثبات مضمون القانون الأجنبي يقع على عاتق القاضي في حدود إمكانيات العلم به، وعند الاقتضاء يتدخل الخصوم لمساعدته، أما أذا تمسك احد الأطراف بتطبيق القانون الأجنبي تعين إقامة الدليل على مضمونه، أما في الحالات الأخرى فإن الطرف الذي تكون دعواه مستندة على القانون الأجنبي مطالب بإثبات مضمونه (**التونسي**، 1998).

أما بالنسبة للقضاء المصري فقد كان في السابق يسلم بأن إثبات مضمون القانون الأجنبي حق للقاضي والتزام على عاتق الخصوم، وقد برر هدا الموقف في حكم صدر عن محكمة النقض المصرية بتاريخ 7 جوان 1955 (**صادق هـ.**، 1998، **صفحة** 156)، ألا أنه تراجع عن موقفه السابق واعتنق الاتجاه القائل بأن أثبات مضمون القانون الأجنبي التزام يقع على عاتق القاضي، بمساعدة الخصوم وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية في حكم لها في 06 فيفري 1984 (**صادق هـ.**، 1998، **صفحة** 160).

وأما قانون المرافعات المدنية اللبناني فقد جاء في المادة 173 " ولا يصح إسناد حكمه أي إسناد حكم القاضي إلى أسباب قانونية أثارها من تلقاء نفسه دون أن يدعو الخصوم مقدما إلى تقديم ملاحظاتهم بشأنها" أي أنه على القاضي أن يطلع الخصوم على مضمون القانون الأجنبي بقرار اعتيادي حتى لا يتفاجؤوا بحل لم يكن متوقعا فالقاضي يمكنه من تلقاء نفسه ومن غير طلب الخصوم أن يتحرى على مضمون القانون الأجنبي ويطبقه، ولا يقيده في ذلك إلا احترام مبدأ الوجاهية في الدعوى، فيتيح للأطراف أن يناقشوا مضمونهذا القانون، ففي هذه الحالة يكون القاضي عالما بمضمون القانون الأجنبي نتيجة ثقافته الواسعة واطلاعه واهتماماته العلمية بالدراسات القانونية المقارن (**غصوب، الصفحات** 93-94).

لقد تجلى موقف المشرع الجزائري في نص المادة 6/358 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن "... أحدأوجه الطعن بالنقض هو مخالفة القانون الأجنبي المتعلق بالأسرة....."

من خلا هذه الفقرة إن المشرع الجزائري يعتبر القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة كقانون، وذلك لأنه يعتبر كوجه من أوجه الطعن أمام المحكمة العليا عند مخالفته، هذا ما يفسر على أن قاعدة تنازع القوانين تكون ملزمة وفعالة وذات أهمية عندما تعين قانون أجنبيا يتعلق بقانون الأسرة، أي على القاضي أن يطبقه تلقائيا، ما يترتب على ذلك، أن القاضي ملزم بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي المتعلق بالأسرة، أما خلاف ذلك فهو غير ملزم بالبحث عن مضمونه (**كمال، صفحة** 157)، وقد أضحت تلك العلاقات التي تنمو عبر حدود الدول من معالم المجتمع الدولي المعاصر بعدما ارتبطت الدول بمصالح مع الدول الأخرى وعندها لجأت كل دولة إلى سن تشريع يطبق على إقليمها سواء بالنسبة للعلاقات الوطنية أو بالنسبة للعلاقات ذات العنصر الأجنبي وعن طريق قواعد الإسناد يمكننا معرفة القانون الواجب التطبيق على المنازعة ذات العنصر الأجنبي أهو القانون الوطني أم القانون الأجنبي.

2.3.رقابة المحكمة العليا على تفسير القانون المطبق من قاض الموضوع

إن اعتبار القانون الأجنبي كقانون سوف يكون وجه من أوجه الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا، أذا أرتكب خطأ أو مخالفة في تطبيقه، كما أنه يمكن للمحكمة العليا أن تنقض القرار من تلقاء نفسها، وهذا ما جاء به المشرع الجزائري في المادة 360 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث نصت على أنه "يجوز للمحكمة العليا أن تثير من تلقاء نفسها وجها أو عدة أوجه للنقض" فلقاضي الوطني يثير قاعدة التنازع من تلقاء نفسه وهذا التزام يفرضه عليه مشرعه الوطني أو قد يثبت الخصوم مضمون القانون الأجنبي لكن قد يحدث وأن القاضي الوطني يسيء تطبيق هذا القانون فهل في هذه الحالة يخضع لرقابة المحكمة ؟

1.2.3.خضوع قاعدة تنازع القوانين إلى الرقابة

بعدما قررت محكمة النقض الفرنسية في قرارها السابق الذكر أن قاضي الموضوع ملزم بتطبيق القانون الأجنبي تلقائيا، أي أن قاعدة تنازع القوانين ملزمة ، قررت لاحقا أن قاعدة تنازع القوانين لا تكون ملزمة،إن قاعدة التنازع قاعدة وطنية يلتزم القاضي بتطبيقها باعتبارها خطابا من مشرعه فلو حصل خطأ في تطبيق قاعدة التنازع فإن الرأي في الفقه المقارن يقول بخضوع ذلك لرقابة المحكمة العليا (**فهمي، صفحة** 356)، فلو تمسك المدعى بأن الحكم المطعون فيه لم يطبق القاضي فيه القانون المختص نتيجة عدم التفسير الصحيح لقاعدة التنازع فإن المحكمة تراقب ذلك التفسير وكمثال على ذلك انحراف القاضي بتفسير القاعدة ويطبق قانونه بدلا من القانون الأجنبي أو يطبق قانون الموطن في مسألة من الأحوال الشخصية بدلا من قانون الجنسية، ففي هذه الفروض يمكن التمسك بالخطأ في التطبيق أو الإساءة في التفسير ونشير إلى أن رقابة المحكمة العليا على الخطأ في إعمال قاعدة الإسناد أو إساءة تفسيرها تعد رقابة عامة تحكمها القواعد المتعلقة بالمعاملات المالية أو الأحوال الشخصية.

أما في الجزائر فقد نصت المادة 6/358من قانون الإجراءات المدنية على ما يلي : " لا يبنى الطعن بالنقص إلا عل وجه واحدا أو أكثر من الأوجه التالية.....6. مخالفة القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة"أي أن قاعدة تنازع القوانين في القانون الجزائري تكون ملزمة عندما تعين قانونا أجنبيا يتعلق بقانون الأسرة، وغير ملزمة عندما تعين قانونا أجنبيا لا يتعلق بقانون الأسرة.

صدر قرار عن المجلس الأعلى جاء فيه:

" وحيث أن المجلس الأعلى قد سبق له وأن أصدر عدة قرارات في مسالة الحضانة واتخذ فيها مبدأ وهو أنه في حالة وجود أحد الأبوين في دولة أجنبية غير مسلمة وتخاصما على الأولاد بالجزائر فإن من يوجد منهما بها أحق بهم ولو كانت الأم غير مسلمة ويتأكد هذا أكثر إذا كان كل من الأبوين مسلمين وكل حكم أجنبي يتعارض مع هذا المبدأ ينظر إليه من هذه الزاوية ويحول بينه وبين تنفيذه وعليه مما ذهب إليه المجلس لموافقته على الحكم الرافض لطلب وضع الصيغة التنفيذية على الحكم أو القرار الأجنبيين المستدل بمقتضاهما حضانة البنتين لأمهما المقيمة بفرنسا كان كل صواب، فإبقاء البنتين بفرنسا يغير من اعتقادهما ويبعدهما عن دينهما وعادات قومهما وهذا يمس بقواعد النظام العام، فضلا عن ذلك أن الأب له الحق في الرقابة وإبعادهما عنه يحرمه من هذا الحق، ومن ثم فالنعي على القرار بما ورد السبب غير مقبول" (**الأعلى**، 1989).

ففي هذه القضية الإشكال المطروح ليس في الاختلاف بين القانون الجزائري والفرنسي، لان كلا القانونين ينص على الحضانة ترجع للأم وإنما يتدخل النظام العام في وجه النتيجة التي يؤدي إليها تطبيق القانون الأجنبي.

2.2.3.الخطأ في التكييف يخضع لرقابة المحكمة

إن عملية التكييف تهدف إلى تحديد الطبيعة القانوني أو إعطاء الوصف القانوني الملائم وصولا إلى القانون الواجب التطبيق"المختص" ويكون لقضاة الموضوع في عملية التكييف السلطة المطلقة، في تقدير الوقائع وهذه تخرج عن رقابة المحكمة العليا،أما إضفاء الوصف السليم على الوقائع فلا بد وأن يخضع للرقابة باعتبار ذلك عملية قانونية فمثلا تقدير وجود الخطأ من المتسبب في الضرر يتم وفقا لتقدير القاضي بناء على وقائع ولا يخضع للرقابة،أما تحديد نوع المسؤولية هل هي تقصيرية تخضع لقانون محل وقوع الفعل أم عقدية تخضع لقانون الإرادة عملية تخضع للرقابة المحكمة.

3.2.3.الخطأ في تطبيق القانون الأجنبي وتفسيره ومدى خضوعه للرقابة

لقد تباينت مواقف التشريعات و القضاء بين مؤيد ورافض للرقابة، ومن بين الرافضين لهده الرقابة فرنسا حيث رفضت محكمة النقض بسط رقابتها على تفسير القانون الأجنبي، على أساس أن مسألة التفسير هي من صلاحيات قضاة الموضوع، وهذا ما يتماشى مع مذهب المحكمة التقليدي الذي رفض الرقابة على أعمال القانون الأجنبي بوجه عام، نفس المذهب اعتمدته لبنان وألمانيا وإسبانيا وهولندا ورومانيا وبعض الدول العربية مثل تونس والمغرب (**سلامة أ.، صفحة** 536)ولهذا الموقف جملة من الحجج تمثلت في:

- القانون الأجنبي هو واقعة مادية يجب إقامة الدليل عليها وما دام هو كذلك فلا يخضع لرقابة المحكمة العليا التي تتبعها محكمة الموضوع.

- مهمة المحكمة العليا توحيد تطبيق القانون الوطني،أما الإشراف على تنسيق الأحكام الأجنبية فمن مهام المحكمة العليا في الدولة الأجنبية التي يطبق القاضي قانونه

- المحكمة العليا مخولة بمراقبة تفسير القوانين الوطنية دون القوانين الأجنبية لكي تتجنب الوقوع في الخطأ والانحراف عن مضمون القانون الأجنبي.

- منح الرقابة للمحكمة العليا من شأنه أن يوقعها في التعارض

مع أحكام المحكمة العليا الأجنبية في الدولة الشارعة للقانون ما مؤيدي الرقابة فأخذت به بعض التشريعات العربية والأجنبية منها القضاء المصري،على أساسأن الخطأ الذي يقوم به قضاة الموضوع عند تفسيرهم للقانون الأجنبي يخضع لرقابة المحكمة العليا وهذا ما اعتمدت عليه كلمن مصر والكويت والأمارات إيطاليا وتركيا واليونان مستندين على مايلي:

... منح المحكمة العليا لتراقب قضاة الموضوع في تفسيرهم وتطبيقهم لقاعدة الإسناد يستتبع لإكمال حلقة المتابعة والرقابة على تفسيرالقانون.

- من وظائف المحكمة العليا توحيد الاجتهاد القضائي ولتحقيق تلك المهمة يتعين على المحكمة العليا فرض رقابتها على تفسير القانون الأجنبي

... عملية إخضاع تفسير القانون الأجنبي لرقابة المحكمة العليا يتفق مع ما يلزم من أن يكون القانون الأجنبي قانونا بمعنى الكلمة فهو ليس واقعة مادية ولا يصح تجريده من سلامة التطبيق بتوفير رقابة المحكمة العليا على تفسيره.

وهذا ما أخذت به محكمة النقض المصرية من خلال بسط رقابتها على تفسير القانون الأجنبي طالما قد اعترفت المحكمة لنفسها بسلطة الرقابة على تطبيقه، كما أجازت النظم المقارنة، كتقنين بوستامنت لعام 1928، الطعن في الأحكام التي تفسر على نحو خاطئ القانون الأجنبي، وبنفس الشروط المقررة للطعن في الأحكام الوطنية التي تفسر القانون الوطني أو تطبقه خطأ (**سلامة أ.**، **صفحة** 536).

4.الخاتمة

إن التنظيم القانوني للعلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي يجب أن تكون له خصوصيته وذاتيته، نظرا لاختلاف طبيعة تلك العلاقات عن غيرها من العلاقات التي تتم داخل كل دولة بين رعاياها فقط وهي علاقات وطنية ينظمها القانون الوطني بمختلف فروعه،فعندما تشير قواعد الإسناد في قانون قاضي الدعوى إلى تطبيق القانون الأجنبي نتيجة احتواء العلاقة على عنصر أجنبي، فهنا يتوجب تطبيقه أمام القاضي الوطني المعروض عليه النزاع لكن يجب قبل تطبيق هذا القانون أن ينبني التطبيق على أسس قانونية من شأنها أن تضفي الصفة القانونية على هذا القانون ويجب أن يعامل معاملة إجرائية خاصة وأن يكون له مركز قانوني من أجل التعامل معه بصفته قانون وليس وقائع لتطبيقها على وقائع أخرى وفي هذه الحالة إذا كان القاضي عالما بهذا القانون فيطبقه من تلقاء نفسه أو يقع عبء إثبات هذا القانون على طرفي الخصومة وأن يخضع تفسير هذا القانون من طرف القاضي الوطني ويعطيه التفسيرالقضائي الممنوح له في الدولة الشارعة له، ويتحقق القاضي الوطني من الصفة القانونية لهذا القانون ومدى دستوريته ونفاده وفي حالة تعذر إثبات هذا القانون هناك حلول يمكن التوصل إليها وهي إما رفض الدعوى،أو تطبيق القانون الأقرب في أحكامه إلى القانون الأجنبي وهذا يصعب من الناحية العملية،أو تطبيق قانون القاضي حسب ما تذهب إليه بعض التشريعات بشأن هذه المسألة ومنها موقف المشرع الجزائري في المادة 23 مكرر من القانون المدني، وبخصوص تطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الجزائري ومسألة خضوع قاعدة الإسناد لرقابة المحكمة العليا فإن المشرع الجزائري يجعل المسألة قاصرة على مسائل الأحوال الشخصية فقط نظرا لاعتبارات اجتماعية وهناك تباين في المواقف بخصوص هذه المسألة، إلا أن الموقف، المجتمع،عليه هو تقرير الرقابة على ذلك. وفي هذا الصدد ينبغي أن، نقول بأن القضايا ذات العنصر الأجنبي في الجزائر قليلة جدا، وأن مسألة القيمة القانونية للقانون الأجنبي ينبغي تأكيدها بنص واضح في القانون المدني الجزائري، و العمل على تدريس القوانين المقارنة في الجامعات الجزائرية، ضرورة الإسراع في جمع القوانين الأجنبية وجعلها في متناول القضاة الجزائريين، بالإضافة إلى العمل على تكوين القضاة وتحسين مستواهم لكي يتسنى لهم الاطلاع على مختلف التشريعات.

على القاضي الجزائري أن يحترم قاعدة التنازع عندما تعين قانون أجنبي واجب التطبيق، مهما كان ذلك القانون الذي عينته قاعدة التنازع ، وأن تكون لها فعالية ، لأنها مستمدة من القانون الداخلي سواء تعلق ذلك بالقضاء أو التشريع، فلا يعقل أن تكون قاعدة التنازع من النظام العام عندما تعين قانون وطنيا واجب التطبيق، وتكون خلاف ذلك، أي عديمة الفعالية إذا عينت قانون أجنبيا واجب التطبيق غير قانون الأسرة، أي أن القاضي غير ملزما بتطبيقها، وهذا لا ينسجم مع المنطق القانوني.

تضارب المصالح

❖ يعلن المؤلفان أنه ليس لديهما تضارب في المصالح.

المراجع بالعربية

[1] أحمد عبد الكريم سلامة. الأصول في التنازع الدولي للقوانين. القاهرة: دار النهضة العربية.

[2] احمد عبد الكريم سلامة. (1989). القانون الدولي الخاص الاسلامي المقارن. مصر: دار النهضة العربية.

[3] أعراب بلقاسم. (2002). القانون الدولي الخاص الجزائري. الجزائر: دار هومة.

[4] الطيب زروتي. (2004). القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنة بالقوانين العربية. الجزائر: مطبعة الكاهنة.

[5] المجلس الأعلى. (02 01 1989). قضية ف م ضد ص ع ملف رقم 52207. ص ص 74-76. الجزائر: المجلة القضائية 1990، عدد 04.

[6] جميل غصوب. محاضرات في القانون الدولي الخاص. منشورات زين الحقوقية.

[7] سامية راشدي. (1989). قاعدة الاسناد أمام القضاء. القاهرة مصر: دار النهضة العربية.

[8] عكاشة محمد عبد العال. (2004). الوجيز في تنازع القوانين. مصر: دار المعرفة الجامعية.

[9] علي على سليمان. (2003). مدكرات في القانون الدولي الخاص. الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية.

[10] عليوش قربوع كمال. (2011). القانون الدولي الخاص الجزائري. الجزائر: دار هومة.

[11] غالب الداودي. (2005). القانون الدولي الخاص تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي وتنفيد الأحكام الأجنبية. عمان: دار وائل للنشر.

[12] قانون الاجراءات المدنية والادارية. (2008). قانون الاجراءات المدنية والادارية 08-09.

[13] مجلة القانون الدولي الخاص التونسي. (1998). مجلة القانون الدولي الخاص التونسي. مجلة القانون الدولي الخاص التونسي ، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية.

[14] حمد سعادي. (2009). القانون الدولي الخاص وتطبيقاته في النظام القانوني الجزائري. الجزائر: دار الخلدون للنشر والتوزيع.

[15] محمد كمال فهمي. (1963). رقابة المحكمة العليا على تطبيق القانون الاجنبي. مجلة القانون والاقتصاد ، 356.

[16] نادية فوضيل. (2004). تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني. الجزائر: دار هومة للطباعة والنشر.

[17] هشام على صادق. (1980). دروس في القانون الدولي الخاص. القاهرة: دار النهضة العربية.

[18] هشام علي صادق. (1998). الموجز في القانون الدولي الخاص تنازع القوانين. الاسكندرية: دار الفكر الجامعي.

[19] هشام علي صادق. (1968). مركز القانون الاجنبي أمام القاضي الوطني دراسة مقارنة. الأسكندرية: منشاة المعارف.

المراجع بالفرنسية

[1] Batiffol, H. (2002). Aspects philosophiques du droit international privé. Paris: Dalloz.

[2] Batiffol, H., & Lacarde, P. 2. (1970). Droit international privé, tom1 Librairi DE droit et de jurisprudence. Paris: Ginquiene.

[3] CASS. (1948, MAI 25). CASS CIV.

[4] CIV, C. (1988, OCTOBRE 11). CASS CIV.

[5] Gutman, D. (2002). Droit international privé. (5. édition, Éd.) Paris: Dalloz.

[6] Mayer, P. (1994). droit international privé (éd. 5émé edition). Delta libon.

[7] Mezghani, A. (1991). Droit international privé Etats nouveau, et relations internationalles, systéme de droit applicable et droit judiciaire international. (d. r. center détudes, Éd.) Tunis.

[8] REV. (1984). CASS CIV.

[9] REV. (1960, MARSE 2). CIV.

كيفية الإستشهاد بهذا المقال حسب أسلوب APA :

المؤلف هشام بولسينة، عمارة بلغيث، (2020)، أساس تطبيق القانون الأجنبي أمام المحاكم الجزائرية، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، المجلد 12، العدد 02، جامعة حسيبة بن بوعلي بالشلف، الجزائر، الصفحات.ص ص: 229-237