دور القاضي الوطني في تطبيق القانون الأجنبي على ضوء المادة 23 مكرر من القانون المدني

الدكتور القروي بشير سرحان
جامعة خميس مليانة

ملخص:

كان البحث عن القانون الواجب التطبيق موضع اهتمام لدى المختصين من الفقهاء والقضاة والقانونيين في مجال القانون الدولي الخاص وحتى التشريعات الوطنية، وسيظل دائما مشكلة من الدرجة الأولى تطرحها العلاقات الدولية الخاصة ومطلوب من القاضي الوطني البحث عن القانون الأصلح والأنسب الذي تشير إليه قاعدة الإسناد الوطنية والأجنبية على حد سواء ومن ثم تطبيقه وتفسيره في بعض الحالات.

كما أن البحث عن القانون الواجب التطبيق من قبل القاضي الوطني وتطبيقه على العلاقات الدول التي تتوفر على عنصر أجنبي، يثير أيضا العديد من المسائل القانونية تتعلق بتحديد مضمونه وإثباته، وتطبيقه، وتفسيره وكيفية معاملته هل على أساس قانون أم واقعة ؟، كما قد يواجه القاضي الوطني عقبات قانونية مثل النظام العام والغش نحو القانون الواجب التطبيق .

ولتسهيل دور القاضي الوطني فقد نصت المادتين23 و23 مكرر على كيفية البحث عن مضمون القانون الواجب التطبيق في إطار القانون الدولي الخاص، كما يستشف من المادة 358 فقرة 06 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية لعام 2008 كيفية معاملته والنتائج المترتبة عن ذلك .

Résumé

La recherche de la loi applicable en matière du droit international privé était et restera toujours un problème du premier ordre. Le juge est tenu d‹appliquer la loi, d‹ailleurs c‹est de son rôle de déterminer la loi applicable selon la règle « le rôle du juge c‹est de dire la loi».

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

Et comme on viens de le dire la recherche de la loi applicable n‹est pas une question facile a résoudre , d‹autant plus que l‹application de cette loi pose aussi plusieurs questions d‹ordre juridique , étant donner que la loi est conçu pour être appliquer dans une société selon une politique législative et par conséquent du moments ou une loi franchi les frontières(la loi étrangère) elle perd son sens et son efficacité , de même elle se heurte souvent a des obstacles tels que l‹ordre publique , et l‹interprétation des textes , et dans de tels conditions on se ponch sur le rôle du juge en générale et plus précisément le juge algérien dans l‹application de la loi étrangère sur la base de l‹article 23 ^{bis} du code civil algérien .

Cette question qu‹on va étudie pour arriver a donner des réponses fiables et concrètes au problème poser en droit algérien , et chercher a trouver une cohérence entre l‹article 23 bis du code civil et l‹article 358 alinéa 6 du code de procédures civile et administrative .

مقدمة:

أضحى القانون الدولي الخاص من القوانين التي أصبحت تفرض وجودها في الدراسات القانونية وتدعو إلى التأمل والتبصر العميق، ذلك أن تشعب العلاقات الدولية وكثرتها جعلت فقهاء القانون يولون أهمية كبيرة في أبحاثهم، وهذا ما نتج عنه إرساء نظريات متعددة تشكل فقها قانونيا، يحاول تأصيل المسائل، وإيجاد الحلول التي تطرح على القضاء .

والقانون كظاهرة اجتماعية وجد لتنظيم سلوك الفرد في وسط الجماعة، وعليه هناك ارتباط وثيق بين القانون والجماعة، والذي يجسد هذه العلاقة هو مبدأ الإقليمية، وقد أشرنا أن مبدأ الإقليمية لم يعد مبدأ مطلقا بل طرأت عليه مفاهيم جديدة وبالتالي انتقل من الحالة المطلقة إلى الحالة النسبية، وقد نتج عن هذا إمكانية السماح بتطبيق قانون غير القانون الوطني من خلال إعمال قواعد الإسناد التي ترشد القاضي إلى تطبيق القانون الأجنبي، وهنا تثور مسألة تطبيق القاضي الوطني للقانون الأجنبي أو الصفة التي يطبق فيها القاضي الوطني القانون الأجنبي فهل يطبقه باعتباره قانون، أم يطبقه باعتباره واقعة من الوقائع .

وتصدي القاضي الوطني لتطبيق القانون الأجنبي لا يخلو من صعوبات جمة، فالقول بأن القانون الأجنبي يعامل معاملة قانون تترتب عليه جملة من الآثار قد يكو ن البعض منها مقبولا ومبررا، ولكن البعض الآخر
يتنافى مع الفكر القانوني والمنطق السليم، كما أنه بالمقابل فالقول بأن القانون الأجنبي يعامل معاملة قانون يصطدم ببعض الحقائق والصعوبات العملية، وأمام هذه التعقيدات والاختلافات حاول الفقهاء إيجاد تبرير قانوني للأخذ بهذه

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

النظرية أو تلك، فتعددت الأسس والنظريات كما اختلفت التشريعات في اعتناقها هذه النظرية أو تلك، مما جعل القضاء كذلك يختلف من دولة لأخرى في تعامله مع القانون الأجنبي .

والتشريع الجزائري كغيره من التشريعات تأثر بهذه النظريات، وما يمكن قوله إجمالا أن التشريع الجزائري قبل تعديل القانون المدني بموجب الأمر رقم 05-10 لسنة 2005 وبالأخص تعديل قواعد الإسناد لم يكن يتطرق بوضوح إلى مسألة تطبيق القانون الأجنبي وإثباته [1].

ولكن بعد التعديل أدرج المشرع الجزائري نص المادة 23 مكرر من القانون المدني التي تشير بتطبيق القانون الوطني في حالة عدم إثبات القانون الأجنبي مما يوحي لنا أن القانون الأجنبي يعامل معاملة قانون حسب قواعد الإسناد الجزائرية، وعليه فالتساؤل الذي يطرح **هو كيف يتعامل القاضي الوطني مع القانون الأجنبي على ضوء المادة 23 مكرر من القانون المدني ؟ وما هو أثر المادة 358 فقرة 6 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على سلطة القاضي في تطبيقه وتفسيره للقانون الأجنبي وفقا لقواعد الإسناد ؟**[2]

وعليه سنحاول الإجابة عن هذا التساؤل في المباحث التالية :

المبحث الأول : أساس معاملة القانون الأجنبي.

المطلب الأول : معاملة القانون الأجنبي معاملة قانون

المطلب الثاني : معاملة القانون الأجنبي معاملة واقعة

المطلب الثالث : موقف المشرع الجزائري.

المبحث الثاني: تطبيق القاضي الجزائري للقانون الأجنبي على ضوء المادة 23 مكرر.

المطلب الأول : على مستوى قضاة الموضوع .

المطلب الثاني : على مستوى قضاة القانون .

المبحث الثالث : موقف الفقه الحديث والقضاء من معاملة وتطبيق القانون الأجنبي.

المطلب الأول : موقف الفقه الحديث .

المطلب الثاني : موقف القضاء من ذلك

---

[1] – القانون رقم 05 – 10 المتضمن تعديل للأمر رقم 75 – 58 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 يتضمن القانون المدني وقد تضمن هذا القانون عدة تعديلات في القانون المدني ومنها بالأخص تعديل في قواعد الإسناد الجزائرية المنصوص عليها بموجب المادة 09 إلى المادة 24 .

[2] – القانون رقم 08 – 09 مؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق لـ 25 فبراير سنة 208، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المبحث الأول: أساس معاملة القانون الأجنبي

يقوم المنهج التنازعي القائم على الإسناد على جملة من العمليات الفنية، التي يقوم بها القاضي للوصول إلى القانون الواجب التطبيق، ولما كانت أغلب قواعد الإسناد هي قواعد مزدوجة مما ينتج عنها إمكانية تطبيق القانون الأجنبي، هذا ما يطرح عدة إشكاليات بداء بالتساؤل حول مدى تطبيق هذا القانون في دولة القاضي وعدم تعارضه مع النظام العام والآداب العامة، وصولا إلى كيفية معاملته – فكما سبق ذكره – هل يظل القانون الأجنبي يحتفظ بذاتيته وكيانه ومن ثم يعامل معاملة قانون، ومنه تترتب عن هذه المعاملة عدة نتائج، أم أنه يفقد صفته كقانون وبالنتيجة يترتب على ذلك عدة نتائج، ولا يسعنا هنا أن نقول بهذا أو ذاك طالما أن الفقه اختلف في تحديد طبيعة القانون الأجنبي، ومنه سنحاول إبراز أهم النظريات التي قيلت في هذا الشأن مع التركيز على موقف المشرع الجزائري .

المطلب الأول : معاملة القانون الأجنبي معاملة قانون

يذهب جانب من الفقه إلى اعتبار أن القانون الأجنبي يظل محتفظا بطبيعته القانونية كقانون حتى أمام القاضي الأجنبي، ومن أبرز هذه المدارس المدرسة الإيطالية، سواء التقليدية منها أو الحديثة، ويمكن تلخيص هذه النظرية في أنها تستند إلى فكرة التجنس، أي بمعنى تجنس القاعدة القانونية الأجنبية بجنسية قانون القاضي وعليه سنحاول التطرق إلى نظرية التجنيس كأساس لمعاملة القانون الأجنبي .

ووفقا لنظرية التجنيس ظهر هذا المذهب في الفقه الإيطالي بصفة خاصة من طرف الفقيه" سانتي رومانو"[1] ويذهب هذا الاتجاه إلى القول بأن القانون الأجنبي يندمج في القانون الوطني ويصبح جزءا منه وتصور هذه النظرية قاعدة الإسناد على أنها قاعدة بيضاء أو فارغة المضمون تمتص وتستقبل مضمون القوانين الأجنبية التي تشير بتطبيقها فكأن هذه النظرية تجعل من قاعدة الإسناد قاعدة مادية أو موضوعية أسوة بالقواعد المادية الأخرى في القانون الداخلي[2] .

وعليه تقوم هذه النظرية على فكرة خصوصية النظام القانوني وما يقتضيه من قصر الطبيعة القانونية على ما يندمج في نظام قانوني معين وإنكارها على كل ما يخرج منه.

[1] – راجع د / أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر، ص 528.

[2] – راجع د/ هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، الجنسية–تنازع الاختصاص القضائي–تنازع القوانين –دار المطبوعات الجامعية طبعة 2003، ص 142.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وأما جانب أخر من الفقه الإيطالي الحديث فيذهب إلى تأكيد الطبيعة القانونية للقانون الأجنبي مع الاعتراف له بصفته الأجنبية، وهو في هذا يشبه العرف، فهذا الأخير ينشأ ويتكون هو الأخر بعيدا عن الأجهزة التشريعية، ومع ذلك لا يفقد طبيعته القانونية والتي تتأكد له بمجرد توافر الشعور العام بإلزاميته .[1]

وفي الأخير نشير إلى أن جانب من الفقه الفرنسي والمصري قد آمن بهذا التصور، حينما قرر أن على القاضي أن يطبق القانون الأجنبي باعتباره قانون لما تشير قاعدة الإسناد إلى اختصاصه. [2]

المطلب الثاني : معاملة القانون الأجنبي معاملة واقعة

إن اعتبار أحكام القانون الأجنبي كقانون يصطدم مع جملة من الاعتبارات والصعوبات العملية ذلك أن القاضي لا يمتثل إلا للسياسة التشريعية النابعة من إرادة المشرع، بالإضافة إلى أن القانون هو وليد البيئة التي نشأ فيها وباختلاف البيئات كان من الطبيعي عدم تلاؤم وتوافق قانون أجنبي مع مجتمع دولة القاضي، وكذلك فمن العسير أن نكلف القاضي بمعرفة كل قوانين العالم، فهذا طلب صعب إن لم نقل بمستحيل، ومنه تظهر أهمية معاملة القانون الأجنبي معاملة واقعة من الوقائع، وعليه سنحاول استعراض رأي جانب من الفقه في هذا المجال .

1 – **نظرية الحقوق المكتسبة** : تعود هذه النظرية إلى الفقيه "بلاديس"، وبعده تبنى الفقه الأوروبي وكذلك الفقه الأنجلوسكسوني هذه النظرية، والتي تستند على مبدأ أساسي، وهو مبدأ إقليمية القوانين، وهذا ما يجعل سلطة القانون والقضاء قاصر على تلك الدولة ولا تمتد هذه السلطة إلى دولة أخرى وإذا ما قرر هذا القانون حق أو مركز قانوني فيجب أن يلقى اعترافا من جانب النظم القانونية للدول الأخرى، فالقاضي الوطني لا يطبق القانون الأجنبي ولا يمتثل لأوامر المشرع الأجنبي، وكل ما في الأمر أنه يستشير هذا القانون ليتأكد من صحة اكتساب الحق أو المركز القانوني وبناءا عليه فالقانون الأجنبي يعتبر عنصرا واقعيا عاريا عن الصفة القانونية.[3]

2 – **نظرية المجموع الواقعية** : يذهب جانب من الفقه وفي مقدمتهم الفقيه الفرنسي "باتيفول" إلى القول بأن القانون الأجنبي لا يندمج في النظام القانوني الوطني، بل يحتفظ بصفته الأجنبية غير أنه يلقى معاملة واقعة من وقائع المنازعة ذات الطابع الدولي ولا يعامل نفس معاملة القانون الفرنسي، وفي هذا الاتجاه يرى هذا الفقيه أن القاعدة

[1] – راجع د / زروتي الطيب – القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، الجزء الأول، تنازع القوانين، الجزائر، طبعة 2000 ،ص 203.

[2] – المرجع نفسه، ص 203 .

[3] – راجع د/ عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية ،بيروت، بدون سنة نشر، ص 357.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

القانونية تتكون من عنصرين، الأول هو عنصر الأمر وهو يمثل خاصية الإلزام، والثاني هو العنصر العقلاني أو مضمون القاعدة وكونها عامة ومجردة، والقاعدة القانونية تملك هذين العنصرين في دولة المشرع إلا أنها لما تعبر الحدود تفقد عنصر من عناصرها وهو عنصر الإلزام الذي يتحدد بداهة بالإقليم الذي يزاول فيه المشرع سيادته، ومن ثم تفقد القاعدة القانونية صفتها كقاعدة قانونية .[1]

ويشبه الفقيه "باتيفول" تطبيق القاضي للقاعدة الأجنبية بتطبيقه للوائح الشركات، فكلاهما قواعد عامة تطبق على حالات خاصة، ولكنهما قواعد غير صادرة عن المشرع الوطني، ومن ثم يعوزهما عنصر الأمر ولا تمتلك بالتالي صفة القانون .[2]

ولقد أيد الفقيه الفرنسي "بارتان" هذا الرأي حيث يقول: " **لا يعامل القانون الأجنبي واجب التطبيق في فرنسا كما يعامل فيها القانون الفرنسي الداخلي في نطاقه الخاص.**

إن الطابع الآمر للقانون الأجنبي واجب التطبيق عادة لا يكون له بالنسبة للقضاة الفرنسيين نفس الطابع الآمر للقانون الفرنسي ".[3]

المطلب الثالث : موقف المشرع الجزائري

يذهب البعض إلى القول أن القانون الدولي الخاص هو قانون فقهي بالدرجة الأولى والأساس على اعتبار أن إسهامات الفقه في تكريس مبادئ ونظريات كبيرة وكثيرة، كما أن التشريع في العديد من الأحكام تبنى هذه النظريات، ونحن باستعراضنا لموقف الفقه من إعمال القانون الأجنبي تسعى إلى الوصول إلى تحديد موقف المشرع الجزائري من هذه النظريات .

ولاشك في أن موقف أي مشرع يستخلص من خلال استقراء وتحليل النصوص القانونية، وقد يتدعم هذا الموقف بالاستناد إلى الأحكام القضائية، ولعل خلو الأحكام القضائية الصادرة عن المحاكم الجزائرية في شأن تطبيق القانون الأجنبي يجعلنا نقتصر على استقراء النصوص القانونية، وبالرجوع إلى قواعد الإسناد المنصوص عليها بموجب المواد 09 إلى المادة 24 من القانون المدني يمكن القول أن المشرع الجزائري يعامل القانون الأجنبي معاملة قانون بدليل أن نص المادة 23 مكرر التي تنص على : " **يطبق القانون الأجنبي إذا تعذر إثبات القانون الأجنبي الواجب تطبيقه** "،

---

[1] – راجع د/ عبد الكريم بلعيور، محاضرات في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق بن عكنون الجزائر، مطبوعة للسنة الجامعية 2005/2004، ص 150.

[2] – راجع د /حفيظة السيد الحداد، المبادئ العامة في تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية ،بيروت ،طبعة 2004، ص 356.

[3]- voir Marie-Christine meyzeaud garaud، droit international prive، édition bréal، France 2002، p 57.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

دور القاضي الوطني في تطبيق القانون الأجنبي على ضوءالمادة 23 مكرر من القانون المدني

وكذلك المادة 23 مكرر1 التي تنص على : " **إذا تقرر أن قانونا أجنبيا هو الواجب التطبيق فلا تطبق منه إلا أحكامه الداخلية دون تلك الخاصة بتنازع القوانين من حيث المكان** " **وفي المادة 24 من نفس القانون التي تنص : " لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر، أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون** ".[1]

وعليه، وبالاستناد إلى هذه النصوص القانونية يمكننا القول أن المشرع الجزائري يعامل القانون الأجنبي معاملة قانون فهو دائما يستعمل مصطلح القانون الأجنبي، كما أن استعمال مصطلح القانون في مجالات تفيد قطعا بأن المقصود هو القانون وليس الواقعة القانونية، ففي مجال الدفع بالنظام العام يدفع باستبعاد القانون الأجنبي المخالف للنظام العام، وفي مجال الإحالة فالمشكلة متعلقة بتطبيق أو عدم تطبيق قواعد الإسناد في القانون الأجنبي .

وعليه، ودون الخوض كثيرا في تبرير موقف المشرع الجزائري نقول أن القانون الأجنبي يعامل معاملة قانون في الجزائر مع كل الآثار المترتبة عن ذلك .

المبحث الثاني: تطبيق القاضي الجزائري للقانون الأجنبي على ضوء المادة 23 مكرر من القانون المدني

إن القول بأن معاملة القانون الأجنبي معاملة قانون أو واقعة من الوقائع يترتب عليه جملة من الآثـار ولعل هذه الآثار تخلق صعوبات سواء من الناحية النظرية أو حتى على مستوى التطبيق، وبالتالي سنحاول في هذا المحور معرفة دور القاضي الوطني في معاملة القانون الأجنبي من خلال البحث عن مضمونه وتفسيره، ثم نتطرق إلى ممارسة الرقابة من طرف المحكمة العليا والصعوبات في الوصول إلى ذلك .

المطلب الأول : على مستوى قضاة الموضوع

يختلف دور القاضي بحسب ما إذا كان قاضي موضوع أو قاضي قانون، فإذا كانت مهمة الأول هي حل النزاع وفق ما ينص عليه القانون، فإن دور الثاني هي مراقبة مدى التطبيق والتفسير السليم للقانون من طرف قضاة الموضوع، ولما كان القانون الأجنبي يطرح على مستوى قضاة الموضوع وقضاة المحكمة العليا ويختلف تعامل كل واحد من هؤلاء مع القانون الأجنبي كان لازما علينا معرفة كيفية تعامل قضاة الحكم وقضاة الموضوع مع القانون الأجنبي .

[1]– راجع المواد 9 إلى المادة 24 من القانون المدني الجزائري، مؤسسة برتي للنشر، الجزائر، طبعة 2011 – 2012 .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

1 – دور القاضي في تطبيق القانون الأجنبي : إن اعتبار معاملة القانون الأجنبي معاملة قانون يترتب عليه جملة من النتائج الهامة والخطيرة في نفس الوقت، ذلك أن وظيفة القاضي هي تطبيق القانون ولما كان القانون الأجنبي يعامل معاملة قانون فمن الطبيعي أن يطبقه القاضي الوطني أسوة بالقانون الوطني ولكن هذا من الناحية العملية هذت أمر صعب ومرهق للقاضي، فتكليفه بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي وتعرفيه فيه نوع من المغالاة والمطالبة بمستحيل كما سبق ذكره، فإذا كان الأمر مستساغ ومقبول إذا كان القانون الأجنبي يتقاطع ويشترك مع قانون القاضي، فإن الأمر يكاد يكون المهمة الشبه مستحيلة في الكثير من القوانين، فهل يمكننا تصور أن القاضي الجزائري يمكنه البحث عن القانون الصيني في مسألة أهلية أو زواج هذا الشخص ونفس الشيء بالنسبة للقانون الياباني وغيرها من القوانين الأجنبية، هذا بالنسبة إلى صعوبة البحث عن مضمون القانون الأجنبي، تم تأتي العقبة الثانية في فهم وتفسير القانون الأجنبي.

ولا شك في أن القاضي ومهما بلغ من قدرة، فإنه من غير المتصور في أن يتحكم في العديد من اللغات كما تعترض القاضي الوطني صعوبة تفسير النص القانوني ،فهل يتقيد في تفسيره وفقا للمفاهيم السائدة في مجتمعه أم بالمفاهيم السائدة في المجتمع الذي صدر فيه القانون الأجنبي، وعليه نرى أن مهمة القاضي الوطني في إعمال القانون الأجنبي ليست بالمهمة السهلة، ولكن يمكن إجمال مهمة القاضي الوطني في تطبيق القانون الأجنبي في النتائج التالية :

- يفترض علم القاضي بأحكام ومضمونة القانون الأجنبي.
- القاضي مطالب بالبحث عن أحكام القانون الأجنبي ولإثبات مضمونه .
- يطبقه القاضي من تلقاء نفسه ولا يتقيد بإرادة الخصوم .
- يخضع لتفسير القاضي .
- يخضع لرقابة المحكمة العليا في تطبيقه وتفسيره .

2 – حلول قانون القاضي محل القانون الأجنبي : لا شك في أن المشرع لما اعتبر القانون الأجنبي بمثابة قانون فإنه لم يترك القاضي يواجه عقبات البحث عن هذا القانون، وفي حالة عدم تمكنه من إثبات مضمون القانون الأجنبي قد يجعل منه مرتكبا لجرم إنكار العدالة، وهو الأمر الذي ما تنبه له المشرع الجزائري وحرص عليه في نص المادة 23 مرر من القانون المدني التي تنص على : " **يطبق القانون الجزائري إذا تعذر إثبات القانون الأجنبي الواجب تطبيقه**" .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وعليه فالمشرع الجزائري ألقى عبئ إثبات القانون الأجنبي على القاضي الوطني، هذا ما يؤكد أن القانون الأجنبي يعامل في الجزائر معاملة قانون، ولكن بالرجوع إلى المادة 23 مكرر لم تشر إلى كيفية وطرق إثبات القانون الأجنبي.

وعليه فليس من المقبول أن نفترض في القاضي العلم بالقانون الأجنبي، ذلك أن الصعوبات العملية التي تعترض القاضي في هذا المجال حقيقة لا يمكن أن يتجاهلها المشرع أو الغير، وبالمقابل ليس معنى ذلك أن يستسلم القاضي لهذه الصعوبات ويتخلى ببساطة عن التزامه بإعمال قاعدة الإسناد وتطبيق القانون الأجنبي الذي تقضي باختصاصه.

وفي سبيل تحقيق ذلك يجب أن يستند إلى كل الوسائل وسواء النصوص القانونية الأجنبية أو الأحكام القضائية الأجنبية، أو الشهادات العرفية، وغيرها من الوسائل التي تمكن القاضي من الوصول إلى مضمون القانون الأجنبي، وطالما أن المشرع لم يقيد القاضي بوسيلة معينة فله أن يستعمل كل الوسائل القانونية وفي حالة عدم تمكنه من ذلك يجب عليه أن يسبب حكمه تسبيبا كافيا ليؤكد أنه قد تعذر عليه فعلا الكشف عن أحكام القانون الأجنبي [1]، وإلا تعرض حكمه للطعن بالنقض أمام المحكمة العليا.

ونشير في هذا الصدد أن محكمة النقض الإيطالية هي أول من اعتنق الاتجاه نحو إلزام القاضي بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي مستخدما كافة الوسائل المتاحة بما في ذلك طلب معاونة الخصوم، وهو ما انتهت إليه في حكمها الصادر بدوائرها المجتمعة في 26 فيفري 1966، وهو نفس الاتجاه الذي ذهبت إليه المحكمة البلجيكية في حكمها الصادر بتاريخ 23 فيفري 1984 [2].

كما نشير أن كل من القانون الألماني والقانوني السويسري، قد نصا صراحة بنص تشريع صريح يلزم القاضي بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي من تلقاء نفسه، مستخدما كافة الوسائل المتاحة من بينها طلب معاونة الخصوم.

ونلاحظ أن المشرع الجزائري لم يتبنى حالة مطالبة القاضي للخصوم بتقديم الأدلة التي تيسر له العلم بالقانون الأجنبي، ونحن نرى أن في ذلك مصلحة لكل الأطراف، فليس في معاونة الخصوم للقاضي ما يدعو للغرابة، ذلك أننا

[1] – راجع د / هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 159.
[2] – راجع د/ هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 163.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

لو واجهنا الأمر بصراحة وموضوعية لوجدنا أن الخصوم يعاونون القاضي في البحث عن مضمون القانون حتى القانون الوطني، وعليه فليس هناك مانع من تبصير القاضي بمسألة قانونية أو نص قانوني وهذا لا يتعارض مطلقا مع دور القاضي في البحث عن مضمون القانون الأجنبي وتطبيقه .[1]

المطلب الثاني : على مستوى قضاة القانون

بالرجوع إلى نص المادة 152 من الدستور الجزائري لسنة 1996 ما يلي : " **تمثل المحكمة العليا الهيئة المقومة لأعمال المجالس القضائية والمحاكم، يؤسس مجلس دولة كهيئة مقومة لأعمال الجهات القضائية الإدارية .**

تضمن المحكمة العليا ومجلس الدولة توحيد الاجتهاد القضائي في جميع أنحاء البلاد ويسهران على احترام القانون " .[2]

وعليه، ومن خلال نص المادة يتضح لنا جليا أن المحكمة العليا هي جهة مقومة لأعمال المجالس القضائية والمحاكم فالأمر بديهي ومسلم به بالنسبة للقانون الوطني، فهل يسري نفس الحكم على القانون الأجنبي خاصة في مسألة تفسير القانون الأجنبي، ذلك أن تفسير القانون تعتبر مسألة مهمة في فهم وتطبيق القانون، ويستند القاضي في ذلك عدة وسائل ومناهج للتفسير للوصول إلى فهم القانون، لكن هل يستقيم الأمر مع القانون الأجنبي خاصة إذا ما أيقنا أن القانون هو وليد البيئة التي نشأ فيها، ومنه هل يكون للقاضي الثقافة الواسعة لمعرفة هذه البيئات وفهمها ومن ثم تفسير القانون؟، ومنه معرفة إرادة المشرع من سنه للقانون ؟، وهل سيكون هذا التفسير صحيحا ؟

وفيما يتعلق بتفسير القانون الأجنبي: نجد أن المادة 358 الفقرة السادسة من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص على من بين أوجه الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا : " **مخالفة القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة** ".[3]

[1] – راجع عبد الكريم بلعيور، المرجع السابق، ص 150 .
[2] – راجع المادة 152 من الدستور الجزائري لسنة 1996 والمعدل عام 2008.
[3] – راجع المادة 358 الفقرة السادسة من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

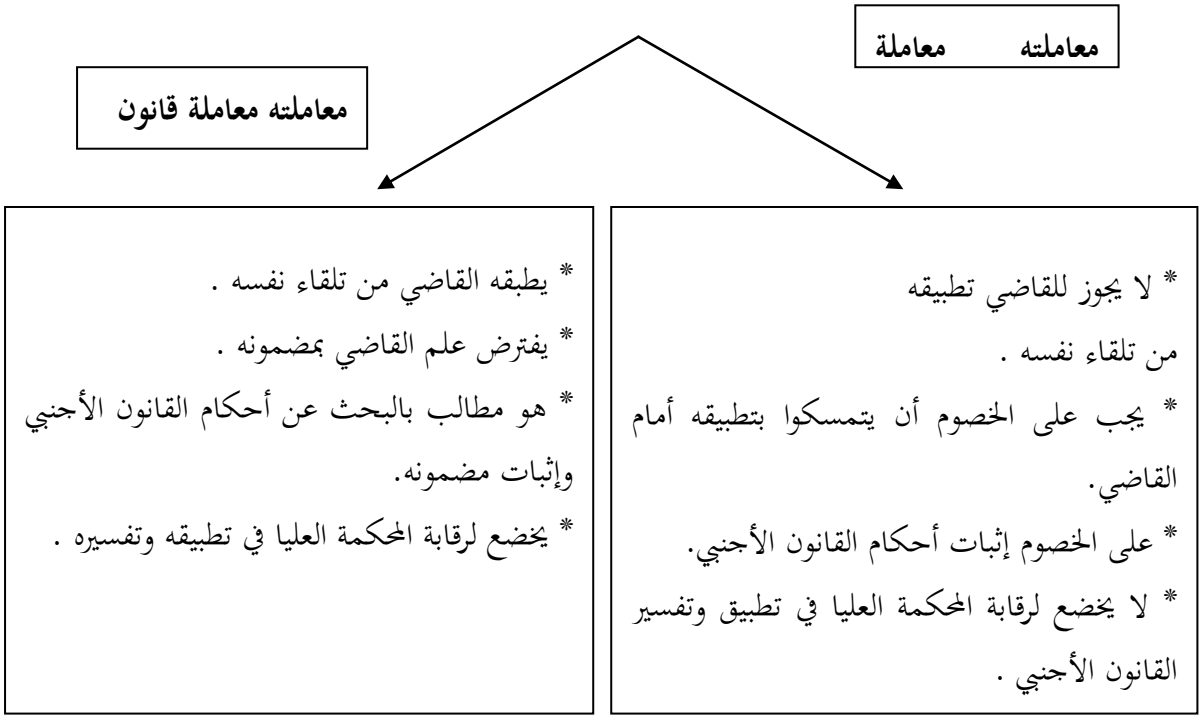
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

نشير أن المادة 358 من القانون السالف الذكر تحدد أوجه الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا ومنها مخالفة القانون الأجنبي وهذا النص بقدر ما يجيب عن التساؤل المطروح فهو في نفس الوقت يطرح إشكال آخر وهو عدم مراقبة المحكمة العليا لمخالفة القانون الأجنبي الذي يخرج عن نطاق الأسرة وبالتالي نتساءل بكل موضوعية ما الحكمة من قصر الرقابة على ما يتعلق بقانون الأسرة ؟، ولماذا هذه المعاملة التفاضلية ؟ .

وفي ذلك نرى أن هذا المنطق غريب في المعاملة وعليه نطرح الفرضية الثانية، وهي كالتالي : أن متنازعان عرضا على القاضي الوطني نزاعان : الأول : يتعلق بالأحوال الشخصية كالطلاق أو النفقة أو النسب على سبيل المثال، والثاني : يتعلق بالأموال التي يمتلكونها في الخارج، وفي كلتا الحالتين يخطأ القاضي في تطبيق القانون الأجنبي، ثم يعرض النزاع على المحكمة العليا بعض الطعن بالنقض في هذين القضيتين، فتقرر المحكمة العليا باختصاصها بالرقابة في النزاع المتعلق بقانون الأسرة، وترفض ممارسة الرقابة في القضية الثانية، وعليه نتساءل ما الجدوى والحكمة من التفرقة، وهل هذا ينسجم مع مبادئ وأحكام القانون الدولي الخاص؟ .

وفيما يلي مخطط توضيحي لأساس معاملة القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني والنتائج المترتبة عن ذلك – كتلخيص لما سبق ذكره :

مركز القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني [1]



[1] – مخطط من وضع الدكتور القروي بشير سرحان .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المبحث الثالث : موقف الفقه الحديث والقضاء من معاملة وتطبيق القانون الأجنبي

بعد استعراضنا لأحكام تطبيق القانون الأجنبي أما القاضي الوطني، حريا بنا أن نتوقف على موقف الفقه الحديث في إعمال القانون الأجنبي، وقد استعرضنا في مستهل هذا المقال مختلف اتجاهات في خصوص إعمال القانون الأجنبي ولعل ما توصل إليه الفقه الحديث من رأي يجعلنا نتعرض لموقف الفقه الحديث والقضاء بالنسبة لمسألة إعمال القانون الأجنبي، وهذا ما سنحاول بيانه فيما يلي :

المطلب الأول : موقف الفقه الحديث

يتجه الفقه الحديث إلى تغليب معاملة القانون الأجنبي كقانون، ولكن لا يجعل عبئ إثبات القانون الأجنبي على عاتق القاضي وحده فقط، وإنما يقسم عبئ الإثبات على القاضي دون أن يعفيه من هذا الالتزام، بالإضافة إلى تحميل الخصوم عبئ إثبات القانون الأجنبي، وفي هذا تعاون بيت القاضي والخصوم في مسألة إثبات القانون الأجنبي، بالتالي يظهر الرأي التوفيقي بين أنصار الاتجاه الأول والثاني .[1]

وإذا كان على الخصوم المطالبة بتطبيق القانون الأجنبي، فإن على القاضي أن يطالب هؤلاء بتقديم مصدر هذا القانون ويتحقق منه ومن صحته، وله الصلاحية في القيام بتفسيره وتحديد مجال تطبيقه، وله الصلاحية أيضا أن يتعدى البحث عن مضمونه .[2]

المطلب الثاني : موقف القضاء من معاملة وتطبيق القانون الأجنبي

إن افتقادنا للأحكام القضائية الصادرة عن المحاكم الجزائرية يجعلنا نتوجه ونستند إلى الأحكام الأجنبية رغما عنا، وعليه وبالرجوع إلى موقف القضاء الفرنسي نجده لم يستقر أن على موقف واحد وعليه يمكن ذكر بعض القرارات الصادرة عن القضاء الفرنسي في ما يلي :

أ- قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 25 ماي 1948 في قضية "لوتور"، وتتلخص وقائع هذه القضية أن حادث سير وقع في إسبانيا، وبعده عرض النزاع على القاضي الفرنسي، وحيث أن كل طرف تمسك بتطبيق القانون الذي يحقق مصلحته، فالمدعي طالب بتطبيق القانون الفرنسي سيما المادة 1384 الفقرة الأولى من القانون المدني

[1] – راجع د هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 124 .
[2] – راجع د عبد الكريم بلعيور، المرجع السابق، ص 150.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفرنسي التي لا تشترط لإثبات خطأ المدعى عليه، بينما هذا الأخير تمسك بتطبيق القانون الإسباني قانون مكان الفعل الضار والذي يشترط إثبات الخطأ للحصول على التعويض، لكن هذا الأخير لم يتمكن من إثبات مضمون القانون الإسباني أمام قاضي الموضوع وبالتالي رفض طلبه، وهذا ما قضت به محكمة النقض الفرنسية، حيث جاء في إحدى حيثيات قرارها أنه يقع عبئ إثبات القانون الأجنبي على من يتمسك بتطبيقه .

ب- قرار محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 27 جانفي 1998، حيث جاء في قرار محكمة النقض الفرنسية أن القاضي الذي يقرر تطبيق القانون الأجنبي، يقع عليه عبئ إثباته .

كما نجد أحكام أخرى لمحكمة النقض الفرنسية تؤكد هذا الاتجاه في قرار صادر بتاريخ 24 نوفمبر 1988 والقرار الصادر في 26 ماي 1999 .[1]

أما فيما يخص تفسير القانون الأجنبي وخضوعه لرقابة محكمة النقض الفرنسية، فإن موقف هذه الأخيرة كان سلبيا، أي بمعنى أنها لا تراقب تفسير القانون الأجنبي من طرف قضاة الموضوع الفرنسيين، على اعتبار أن هذه الأخيرة تراقب تطبيق القانون الفرنسي وليس القانون الأجنبي، بحيث أنها لا تحوز على الوسائل الكافية لمعرفة أحكام القانون الأجنبي بطريقة فعالة .

وبالتالي فمن غير المستطاع أن تسهر محكمة النقض الفرنسية على وحدة وصحة تطبيق قوانين العالم ولو فرضنا أن محكمة النقض الفرنسية بسطت رقابتها على صحة تطبيق وتفسير القوانين الأجنبية، فإن هذا قد يؤدي إلى تعدد الطعون وازدواجها، وهو ما يجعل مغبة التعارض مع ما يسير عليه القضاة في دول تلك القوانين، ومما جاء في حيثيات محكمة النقض الفرنسية : [2]

les juges du fond interprètent librement la loi étrangère en s‹inspirant non seulement des textes mais aussi des éclairages issus du système juridique concerné l‹interprétation de la loi étrangère par les juges du fond est souveraine elle n‹est pas soumise au contrôle de la cour de cassation , en effet la cour suprême a pour mission d‹harmoniser l‹interprétation de la loi française et non pas des législations étrangères) .

[1] -voir Marie-Christine meyzeaud garaud ،op-cit ،p 49.

[2] -ibid ،p 50.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

إن موقف محكمة النقض الفرنسية لم يبق سلبيا، بل تغير وأصبح يمارس نوعا من الرقابة على القانون الأجنبي من ناحيتين، الأولى تراقب عدم تحريف القاضي للقانون الأجنبي الواضح أو تتجاهل مضمونه، والثانية تراقب محكمة النقض الفرنسية تسبيب القاضي للحكم الذي قضي بتطبيق القانون الأجنبي تسبيبا واضحا وصحيحا.

وقد تجسد هذا من خلال قرار لمحكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ 21 نوفمبر 1961 في قضية " مونتيفيور"، حيث جاء في إحدى حيثياتها أن محكمة النقض الفرنسية تراقب تفسير قضاة الموضوع للقانون الأجنبي للتحقق من معرفة أو تحريف المعنى الواضح والصريح الذي يتضمنه التشريع الأجنبي " a méconnu et dénaturé le sens clair et précis d un document législatif étranger".[1]

ومن النادر أن يتم تحريف النص الواضح والصريح في القضاء الفرنسي، إلا أن هذا لم يمنع من أن محكمة النقض الفرنسية قد وقفت على تحريف القانون الأجنبي وفقا لما قضت به قاعدة الإسناد الفرنسية المنصوص عليها في المادة 03 من القانون المدني الفرنسي، وذلك بموجب القرار الصادر بتاريخ 01 جويلية 1997 في قضية "أفريكا تور" .[2]

ومن بين الدول التي تمارس رقابتها على تطبيق وتفسير القانون الأجنبي، نذكر على سبيل المثال لا الحصر كل من إيطاليا، وسويسرا، وروسيا .

وأما بالنسبة لموقف بعض الدول العربية، فنذكر على سبيل المثال موقف محكمة النقض السورية التي استقرت على معاملة القانون الأجنبي معاملة واقعة من الوقائع، وقد جاء في إحدى قراراتها الصادرة سنة 1982 على ما يلي : " إن التثبت من القانون الأجنبي وتفسيره وتطبيقه هو من مسائل الواقع التي يستقل بها قاضي الموضوع ولا رقابة لمحكمة النقض عليه في ذلك، فليس على القاضي أن يطبق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه، بل يجب على الخصوم أنفسهم التمسك به ويقع عليهم عبئ إثباته، شأنه في ذلك شأن أية واقعة يدعيها أحد الخصوم وينكرها الآخر، لأن قاعدة التي تقضي بأن "لا يعذر أحد بجهل القانون " هي قاعدة لا تنطبق أي على القانون الوطني ".

وليس في استطاعة القاضي الإلمام بكل القوانين الأجنبية حتى يطبقها من تلقاء نفسه، كما وظيفة محكمة النقض هي تقرير القواعد الصحيحة في القانون الوطني وتثبيت القضاء الوطني بشأنها، ولا رقابة على تطبيق القوانين الأجنبية " .[3]

[1] -ibid، p 54 .

[2]- ibid.

[3] -راجع الموقع الإلكتروني التالي : http://www.elawpedia.com

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

خـاتمة:

في ختام هذا البحث نقول أن القانون الدولي الخاص ما فتئ يتطور ويفرض وجوده بحكم تنوع العلاقات الخاصة ذات العنصر الأجنبي، والجزائر ليست في منئي عن هذا التفتح، وبالتالي كان لازما على المشرع الجزائري أن يواكب هذه الحركية، وهذا ما تم فعلا بموجب القانون رقم 05-10 المعدل والمتمم للقانون المدني في2005 .

وما يمكن قوله عن هذا التعديل أنه قد أزال العديد من الغموض في قواعد الإسناد الجزائرية وتبنى العديد من النظريات الحديثة مثل تحديد موقفه من الإحالة الدولية، والأخذ بنظرية الغش نحو القانون، كما نص على قواعد الإسناد المتعلقة بالمال المعنوي وغيرها من الأحكام الجديدة أو التي تم تعديلها، ولكن للموضوعية نقول أن هذا غير كاف فتعتري قواعد الإسناد العديد من النقائص، كما أنه يجب على المشرع الجزائري في تعديله لأي قانون أن يراعي الانسجام بين القوانين ،فقد كنا نأمل أن المشرع الجزائري في تعديله لقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد يزيل التناقض وعدم الانسجام بينه وبين قواعد الإسناد في رقابة المحكمة العليا على تطبيق القانون الأجنبي وتفسيره، ولكنه للأسف الشديد لم يتحقق ذلك .

وعليه نأمل في أن تكون هناك دراسات أكاديمية أخرى من متخصصين في القانون الدولي الخاص يصلون إلى تحديد مكامن الخلل في قواعد الإسناد الوطنية، ويقدموا توصيات وتوجيهات يسترشد بها المشرع في تعديله لقواعد الإسناد بما يتماشى مع المفاهيم الحديثة في فقه القانون الدولي الخاص ويحقق الغرض من هذا القانون، خاصة أن الجزائر مند عدة سنوات أصبحت دولة متفتحة على العالم، وبالتالي لاحظنا حركية كبيرة وواسعة بين الأفراد سواء الجزائريين الذين يغادرون الجزائر، أو الأجانب الذين يفدون إلى الجزائر، وبموجب ذلك تنشأ علاقات وتصرفات بينهم، وقد تشوب نزاعات بينهم أيضا مما يستدعي الأمر طرح النزاع على القضاء، ومن ثم فإذا كان القضاء مزود بمنظومة قانونية فعالة وواضحة في مثل هذه الحالات ،فإن القضاة لن يجدوا صعوبة في الفصل في النزاعات التي تدخل في إطار القانون الدولي الخاص .

قائمة المراجع

أولا: باللغة العربية

أ- الكتب المتخصصة

1 – د/ أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية،مصر، بدون سنة نشر.

2– د/ هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، الجنسية، تنازع الاختصاص القضائي-تنازع القوانين ،دار المطبوعات الجامعية، مصر طبعة 2003 .

3 – د/عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت،بدون سنة نشر.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

4 – د/ زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، الجزء الأول، تنازع القوانين، الجزائر، طبعة 2000 .

5 – د /حفيظة السيد الحداد، المبادئ العامة في تنازع القواني، منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت، طبعة 2004 .

6 – د /عبد الكريم بلعيور، محاضرات في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق بن عكنون، مطبوعة للسنة الجامعية 2005/2004 .

ب– دساتير والقوانين :

1– الدستور الجزائري لعام 1996 والمعدل عام 2008 .

2– القانون المدني الجزائري لعام 2005.

3– قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 09/08 لعام 2008.

ج– مواقع إلكترونية :

1– الموقع الإلكتروني التالي : http://www.elawpedia.com

ثانيا : باللغة الأجنبية

1- Marie-Christine meyzeaud garaud ,droit international prive ,édition bréal ,France, 2002.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com