تاريخ الإستلام: 2008/11/12 تاريخ القبول: 2019/05/30 تاريخ النشر: 2019/06/05

دور القاضي في تطبيق القانون الأجنبي وفق التشريع الجزائري

The role of the judge in the application of foreign law in accordance with Algerian legislation

الدكتورة بن صابر فتيحة

جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم

ملخص:

تظهر أهمية هده الدراسة في أن القاضي قد يواجه حتما بعض النزاعات التي يتوقف الفصل فيها على تطبيق قانون أجنبي، وتظهر أهميته كذلك في الغموض الذي يحيط به نتيجة قلة النصوص القانونية ذات الصلة بتحديد طبيعة القانون الأجنبي، وبالتالي تحديد دور القاضي في الدعوى من جهة، وقلة التطبيقات القضائية من جهة أخرى، وهدا ما يؤكد ضرورة وجود دراسة تحليلية لمختلف جوانب دور القاضي في النزاعات ذات العنصر الأجنبي، خاصة وأن النصوص المتعلقة بتنازع القوانين قد تمت مراجعتها لأجل مطابقتها مع المعايير المكرسة في المواثيق والاتفاقيات الدولية التي وقعت عليه الجزائر.

الكلمات المفتاحية: القضاة، التشريع الجزائري، القانون الأجنبي.

Abstract:

The importance of this study is that the judge may face some disputes, the separation of which depends on the application of foreign law, and its importance also arises in the ambiguity that surrounds it due to the lack of legal texts related to determining the nature of foreign law. , And the lack of judicial applications on the other hand, which confirms the need for an analytical study of the various aspects of the role of the judge in disputes with the foreign element, especially that the texts related to the conflict of laws have been reviewed for conformity with the standards enshrined in the international conventions and conventions signed by Algeria.

Key words : Judges, Algerian législation, foreign law.

E-ISSN: 2602-6791 ISSN: 2353-0251

جميع الحقوق محفوظة لمجلة الدراسات القانونية والسياسية

مقدمة:

يعتبر القانون ضرورة تحتمها ظروف الجماعة والحياة الهادئة للمجتمع لما يضمنه من تنظيم لسلوك الافراد وعلاقاتهم. ونظرا لتعدد المعاملات بين الأشخاص وتنوعها في شتى الميادين فقد تصدى القانون لحفظ الحقوق المتضاربة بوضع ما يكفل دلك من قواعد تنظم النزاعات وتفصل فيها ، ونجد منها ما تتكفل ببيان الإجراءات والطرق الواجب اتباعها للمطالبة بالحق وحمايته منها ما يتضمن احكاما موضوعية تبين العلاقات القانونية في نشوئها واثارها وانقضائها.[1]

فالمبدأ ان هده العلاقات انها داخلية في جميع عناصرها أطرافها ومحلها وسببها، غير ان تطور وسائل الاتصال وانفتاح الدول على بعضها البعض، الامر الذي زاد من تشعب العلاقات ذات البعد الدولي، وهي تلك العلاقات ذات الصلة بأشخاص او إقليم دولة أخرى او أكثر، وبدلك يكون أحد أطرافها اجنبيا، وهي بدلك تقتضي وجود تزاحم او تنازع في حكمها بين القانون الوطني والقانون الأجنبي.

وهدا الامر الدي دعي معظم الدول الى تقبل إمكانية تطبيق قانون غير القانون الوطني الدي يفرض ان تحل مشكلة تنازع القوانين عن طريق تحليل العلاقة او الرابطة القانونية محل النزاع، وتركيزها في مكان او إقليم معين، تم اسنادها الى قانون تلك الدولة باعتباره الأكثر صلاحية والأكثر ايفاء لمقتضيات العدالة.[2]

وأمام هذه المسائل تكمن أهمية تحديد دور القاضي في تطبيق القانون الأجنبي، خاصة وعند رجو عنا إلى القانون الجزائري لا نجد نصوصا قانونية تخصها بشكل مباشر إلا ما نصت عليه بعض القواعد الإجرائية، خاصة المادة 358/7،6،5 من قانون الإجراءات المدنية في أنه[3] "لا ينبني الطعن بالنقض إلا على وجه واحد أو أكثر من الأوجه الأوجه (2) والإدارية التالية:... مخالفة القانون الداخلي...مخالفة قانون أجنبي متعلق بقانون الأسرة..."، فقد جعلت الخطأ في تطبيق القانون الأجنبي وجها للطعن، فقط المتعلق بقانون الأسرة دون غيره، بجوز بناءا عليه للمحكمة العليا، ولو تلقائيا نقض الحكم أو القرار، أي يفهم بأن المشرع الجزائري اعتبر القانون الأجنبي قانونا في مسائل بالأحوال الشخصية.

وللإحاطة بهذا الموضوع يجب الإجابة على الإشكالية التالية:

[1] – الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، مطبعة الفسيلة، الجزائر، طبعة2008 ص 33.

[2] – أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية بالقاهرة، مصر، 2008.ص 58.

[3] – احمد عبد الكريم، سلامة ، المرجع السابق ، ص 86.

E-ISSN: 2602-6791 ISSN: 2353-0251
جميع الحقوق محفوظة لمجلة الدراسات القانونية والسياسية

الى أي مدى يلتزم القاضي بتطبيق القانون الاجنبي، وهل يجب عليه اثارته من تلقاء نفسه ام يتوجب على الخصوم اتباث مضمون هدا القانون ، وما محل القانون الاجنبي امام القضاء الوطني؟

للإجابة على هده الإشكالية اقترحنا تقسيم الخطة الى جزئين الأول تحت عنوان دور القاضي في تحديد القانون الأجنبي المختص، أما في الجزء الثاني فندرس فيه مركز القانون الأجنبي امام القضاء الوطني.

المبحث الأول: دور القاضي في تحديد القانون الأجنبي

تتميز النزاعات ذات العنصر الأجنبي عن النزاعات الداخلية في أن القاضي لا يعلم مسبقا بالقانون الذي سوف يطبقه عليها، ففي النزاعات الداخلية سوف بطبق حتما القواعد القانونية الوطنية المناسبة للفصل فبها، أما في النزاعات ذات العنصر الأجنبي ولكي بحدد القاضي القانون المختص لحكمها، والذي قد يكون أجنبيا، سوف يمر بمرحلتين، أولهما هي مرحلة أولية تتمثل في اختار قاعدة الإسناد المناسبة التي خصصها المشرع الوطني للصنف الواحد من المسائل، ولن يتم ذلك إلا عن طريق التكييف، ثم يتعين على القاضي تطبيق قاعدة الإسناد عن طريق تطبيق عناصرها، وبهذا تتم عملية الإسناد.[1]

المطلب الأول: اختيار القاضي لقاعدة الاسناد

لا يستطيع القاضي أن يقوم بإسناد المسألة المطروحة أمامه إلى القانون المختص بالفصل فيها، إلا بمعرفة الفئة المسندة التي تنتمي إليها هذه المسألة، ومن ثم تطبيق قاعدة الإسناد المناسبة، وبتم تحديد هذه الفئة المسندة عن طريق تكييف المسألة المثارة، هذه العملية التي تعد تفسيرا لقاعدة الإسناد الوطنية، وهذا ما يستدعي دراسة مفهومها، كما أن القاضي في قيامه بعملية التكييف سوف يعتمد حتما على قواعد قانون معين، وهو الأمر الذي عرف اختلافا حول كنفه، فيما إذا كان القانون الوطني للقاضي، أم قانونا اخر.[2]

الفرع الأول: الطبيعة القانونية لقاعدة الاسناد

لقد جمع المشرع النصوص المتعلقة بتنازع القوانين في المواد 9 إلى 24 من القانون المدني، مما يوحي بأنها مثل بقية القواعد القانونية في قوتها الملزمة، إلا أنه ونتيجة الخلاف الكبير حول هذه القوة الملزمة، يتعين التأكد مما إذا كانت لها هذه الخاصية أم لا في القانون الجزائري، فنتناول موقف المشرع من مسألة التزام القاضي الوطني بالتطبيق التلقائي

[1] – رمزي محمد علي دراز، فكرة تنازع القوانين في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، طبعة 2004 ص 126

[2] – حمزة قتال ، دور القاضي في تطبيق القانون الاجنبي في القانون الجزائري والمقارن ، رسالة تخرج لنيل شهادة الدكتوراه ،كلية الحقوق ، الجزائر ، 2010 ص 45.

E-ISSN: 2602-6791 ISSN: 2353-0251
جميع الحقوق محفوظة لمجلة الدراسات القانونية والسياسية
موقع المجلة عبر البوابة الإلكترونية للمجلات العلمية، وفق الرابط التالي: https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/304

لقاعدة الإسناد، ثم نتناول موقف القضاء من ذلك، ثم نتطرق إلى عدم مساس التطبيق التلقائي لقواعد الإسناد بمبادئ الإجراءات.

1–مدى إلزامية قواعد الإسناد بالنسبة للتشريع

عند تصفح القانون المدني لا نجد نصا صريحا يقرر التزام القاضي بالتطبيق التلقائي لقاعدة الإسناد من عدمه، لكن عند النظر في صياغة نصوص قواعد الإسناد في القانون المدني، نجد أنها قد استعملت عبارات "يكون"، "يسرى"، "يطبق"، "تخضع"...الخ، وهذه عبارات توحي بأن قواعد الإسناد قواعد آمرة يطبقها القاضي تلقائيا دون حاجة إلى تمسك الأطراف بها، لكن يبقى هذا غير كافي للقطع بأن المشرع قد أخذ بإلزامية قاعدة الإسناد للقاضي[1].

بالإضافة إلى ما سبق بيانه، نجد المادة 29 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تنص في فقرتها الثانية علي أنه "... يفصل في النزاع وفقا للقواعد القانونية المطبقة عليه أنه إذا كان النزاع داخليا بحتا، فإن على القاضي أن يطبق عليه القواعد الموضوعية المناسبة والمتصلة به، أما إذا كان النزاع يتضمن عنصرا اجنبيا، فلا يكون أمام القاضي إلا أن يطبق عليه قواعد الإسناد الوطنية، لأنها تعتبر القواعد المناسبة في مثل هذه النزاعات، وعليه فهو ملزم بإعمال قواعد الإسناد تلقائيا امتثالا لأمر المادة 29 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.[2]

الفرع الثاني: الرقابة على الاسناد

إذا انتهى القاضي من التكييف وادخل المسالة ضمن الفئة المسندة المناسبة له، انتقل الى تحديد القانون الواجب التطبيق على هذه المسالة، وهذه هي عملية الاسناد التي تتم بإعمال قاعدة الاسناد أي تطبيق ضابط الاسناد فيها ثم اعمال القانون المسند اليه التي تشير اليه، ومن تم نرى مدى رقابة المحكمة العليا على القاضي عند قيامه بهده العملية.[3]

1–الرقابة على ضابط الاسناد

رأينا سابقا بان ضابط الاسناد هو المعيار الدي يظهر به المشرع رغبته في تطبيق قانون معين لحكم المسالة المطروحة، فهو المعيار الذي يرشد القاضي الى القانون الواجب التطبيق على هده المسألة او هو اداة الوصل بين موضوع قاعدة الاسناد والقانون المختص، والمشرع انما وضع هذا الضابط لاعتبارات تفتضيها سياسة التشريع التي

[1]–حمزة قتال ، المرجع السابق ، ص 47

[2]– رمزي محمد علي دراز ، المرجع السابق ، ص 130.

[3]– علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ديوان المطبوعات الجزائرية، الجزائر، 2005، ص 66.

E-ISSN: 2602-6791 ISSN: 2353-0251
جميع الحقوق محفوظة لمجلة الدراسات القانونية والسياسية
موقع المجلة عبر البوابة الإلكترونية للمجلات العلمية، وفق الرابط التالي: https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/304

ينتهجها ولإدراك هذه الاعتبارات، يقتضي ان يخضع تطبيق ضابط الاسناد الى رقابة المحكمة العليا، غير ان هناك حالات لا تخضع في الواقع الى رقابة المحكمة العليا.

2–الرقابة على تحديد نطاق القانون المسند اليه

يتعين على القاضي الوطني ان لا يخالف قواعد تحديد نطاق القانون المسند اليه من حيث قواعده القانونية، أي ان يقتصر تطبيقه على قواعد القانون الخاص والقواعد الموضوعية دون قواعد الاسناد فيه وفي عمله، هنا نرى ما اذا كان سيخضع في ذلك الى رقابة المحكمة العليا ام لا.

ا–الرقابة على استبعاد قواعد القانون العام

لا يجوز للقاضي الوطني عندما يتعلق الأمر بالقانون العام الا ان يطبق قانون دولته، لكن ذلك لا يمنع من ان يقوم باستشارة القانون العام الأجنبي وتطبيقه بصفة تبعية لأجل معرفة ما إذا كان من الممكن تطبيق القانون الجزائري ام لا، أي انه لا يجوز مطلقا تطبيق القانون العام الاجنبي بصورة رئيسية على موضوع النزاع لارتباطه بفكرة السيادة، فلا يمكنه منافسة القانون العام الوطني او ان يحل محله.[1]

ب–رقابة إعمال الإحالة من الدرجة الأولى

قبل المشرع الاحالة من الدرجة الاولى بموجب المادة 23 مكرر 1، والرجوع انما يكون عند رفض قاعدة الاسناد الأجنبية الاختصاص لقانونها واسناده للقانون الوطني، وعليه نجد انه في بعض الحالات سوف يتعرض القاضي حتما لتطبيق قاعدة الاسناد الأجنبية، وهنا سوف نقف عند مسألة مدى خضوعه لرقابة المحكمة العليا.

ففيما يتعلق بتطبيق القاضي الوطني للإحالة، فالإحالة تعتبر مسالة تفسير لقاعدة الاسناد الوطنية في شقها الخاص بالقانون المسند اليه، فهي تطبيق لقاعدة وطنية طبقا للمادة 23 مكرر 1.[2]

أما عندما يتعرض القاضي لتطبيق قاعدة الاسناد في القانون الأجنبي عند تطبيقه لنص المادة 23 مكرر 1 فهذا أمر غير مقبول، لأن اعمال قاعدة الاسناد الأجنبية هو متابعة لعملية الاسناد، أي عملية تحديد القانون الواجب التطبيق التي بدأتها قاعدة الاسناد الوطنية.

[1]– حسام الدين فتحي عبد الطيف، مركز قانون القاضي في حكم المنازعات الخاصة الدولية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة، 1990 ص 89.

[2]– حسام الدين فتحي عبد الطيف ، المرجع السابق ، ص 95.

E-ISSN: 2602-6791 ISSN: 2353-0251
جميع الحقوق محفوظة لمجلة الدراسات القانونية والسياسية

المطلب الثاني: المبادئ التي تحكم تطبيق قاعدة الإسناد

إن دور القاضي في الدعوى المدنية وفي تطبيقه التلقائي للقواعد القانونية، يحكمه مبدئان أساسيان في الإجراءات المدنية، وهما مبدأ حياد القاضي، ومبدأ احترام حقوق الدفاع، لكن قد يثار التساؤل حول التعارض الظاهر بين تطبيق القاضي الوطني لقاعدة الإسناد تلقائيا، ومن ثم تطبيق القانون الأجنبي، وبين هاذين المبدأين.

الفرع الأول: تطبيق قاعدة الإسناد ومبدأ حياد القاضي

يقصد بمبدأ حياد القاضي في الدعوى أن القاضي يقتصر دوره على تفحص ما يدلي به الخصوم من أدلة الإثبات ويعطيها القيمة التي منحها لها القانون، ومنها وحدها يكون اقتناعه وينبني على هذا المبدأ أن القاضي يواجه الخصم بأدلة خصمه بعد إعطائه فرصة الاطلاع عليها ومناقشتها في أجل كاف لذلك، ولا يجوز للقاضي أيضا أن يؤسس حكمه على أدلة قدمها أحد الخصوم، ولا يجوز له أيضا جمع الأدلة بنفسه ولا أن يكمل ما نقص منها، ولا أن يستند إلى علمه الشخصي.[1]

فهذا المبدأ يرتكز على معطيين، حق الخصوم في تحديد نطاق النزاع، والتزام القاضي بما حدده الخصوم من نطاق لذلك النزاع، فالأصل أن يحدد الخصوم عناصر الادعاء، أي موضوعه وسببه، ويلتزم القاضي بما أثاره هؤلاء الخصوم من موضوع وسبب، فهل أن القاضي لما يثير تلقائيا تطبيق القانون الأجنبي، من خلال تطبيقه التلقائي لقاعدة الإسناد، يعد تغييرا لموضوع الطلب في الدعوى أو لسببه، مما يعد إخلالا بالتزامه بمبدأ الحياد، أم أنه بفعله ذلك لا يعد مخلا بهذا المبدأ.[2]

1-موضوع الطلب القضائي

يتمثل موضوع الطلب القضائي، فيما يطلبه المدعي من القضاء في طلبه، أو في النتيجة الاجتماعية أو الاقتصادية التي يهدف إليها الطالب في دعواه، إذن يتكون من عناصر واقعية بحتة، فهو وإن ارتكز على أساس قانوني، إلا أنه لا يشمل مع ذلك أي فكرة قانونية، فتبقى هذه الأخيرة خارجة عن مضمونه، وعليه فإن مسألة المطالبة بتطبيق القانون الأجنبي أو الوطني نتيجة تطبيق قاعدة الإسناد لا تعتبر موضوعا للطلب، وبالتالي فان تطبيق القاضي لقاعدة الإسناد تلقائيا لا يعتبر تغييرا لموضوع الادعاء.[3]

[1] – عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني،ج03، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، طبعة 2009 ص .165.

[2] – عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع نفسه ، ص 167.

[1] –نادية فضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، دار هومة، الجزائر، طبعة2004 ص 65.

E-ISSN: 2602-6791 ISSN: 2353-0251
جميع الحقوق محفوظة لمجلة الدراسات القانونية والسياسية

2–سبب الطلب القضائي

يتنازع في مفهوم سبب الطلب القضائي اتجاهان قانونيين، يرى الأول بان للسبب مفهوم قانوني، أما الاتجاه الثاني فيرى بأن السبب هو مجموعة الوقائع التي يرتكز إليها الخصوم تأييدا لطلباتهم في الدعوى.

ا–السبب مفهوم قانوني

يرى اتجاه فقهي بأن سبب الادعاء في الدعوى يعتبر مفهوما قانونيا، يتمثل في الأساس القانوني للدعوى كما حدده الخصوم في الدعوى، فهو إما النص القانوني الذي يستند إليه الخصم، وإما المبدأ القانوني الذي يقوم عليه الطلب، وإما التكييف القانوني لوقائع الدعوى كما حدده الخصوم.

ب–السبب مفهوم واقعي

إن اعتماد المفهوم الواقعي لفكرة السبب يستجيب للمبادئ الموجهة لدور القاضي في الدعوى، فإن كان للخصوم أن يحددوا المجال الواقعي للنزاع كما شاءوا إعمالا لمبدأ سيادتهم في الدعوى، فيجب إذن منع القاضي أن يغير من مجموع الوقائع التي تمسكوا بها، وفي هذه الحدود يمكن أن نفهم قاعدة منع القاضي من تغيير سبب الطلب والتي تعتبر تطبيقا لمبدأ حياد القاضي في مجال الوقائع[1]، ويبقى للقاضي بعد ذلك سلطته الكاملة في تطبيق قواعد القانون على وقائع النزاع كما تمسك بها الخصوم، وبذلك لا تشكل قاعدة منع القاضي من تغيير السبب عقبة إجرائية تحول بين القاضي وبين تطبيقه للقواعد القانونية من تلقاء نفسه.[2]

الفرع الثاني: تطبيق قاعدة الاسناد وحقوق الدفاع

يعتبر مبدأ احترام حقوق الدفاع أحد الدعائم الأساسية للمرافعات المدنية، لذا تستلزم قواعد قانون المرافعات أن يعلم كل خصم الخصم الآخر بكل طلب أو دفع أو مستند يقدمه، كما يلزم القاضي بألا يبني حكمه في الدعوى ليعطيه فرصة إعداد الدفاع عن مصالحه إلا بناءا على الوقائع التي تمسك بها الخصم في عريضته أو خلال مرافعته أمام المحكمة، بشرط أن يكون الخصم الآخر قد علم بها وأتيحت له فرصة مناقشتها وإبداء دفاعه بشأنها، فإن حكم القاضي بناءا على وقائع لم تعط للخصوم فرصة مناقشتها عد ذلك مفاجأة لهم ويعد قد اعتمد على علمه الشخصي في الدعوى، وهو ما يأباه احترام حقوق الدفاع، لمخالفته نص المادة 03 .

[1] -François Mélin, Droit international privé, Casbah, Alger, édition, 2004. p 32.

[2] – أحمد عبد الحميد عشوش، تنازع مناهج تنازع القوانين، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية،مصر 2005.ص 96.

E-ISSN: 2602-6791 ISSN: 2353-0251
جميع الحقوق محفوظة لمجلة الدراسات القانونية والسياسية
موقع المجلة عبر البوابة الإلكترونية للمجلات العلمية، وفق الرابط التالي: https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/304

رقابة المحكمة العليا لمخالفتها لنص المادة 03 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد التي تفرض على القاضي احترام مبدا الوجاهية .[1]

وعليه فلا يجوز باي حال من الأحوال للقاضي أن يتجاهل مبدأ احترام حقوق الدفاع، والذي لا يعتبر قيدا فعليا على سلطة القاضي في تطبيق القانون من تلقاء نفسه، بل هو التزام يقوم إلى جانب التزامه بتطبيق القانون دون أن يتعارض مع هذا الأخير، فهو مكمل له لا قيدا عليه.

بقي أن نشير إلى أن الوقائع هي المجال الطبيعي لإعمال مبدأ احترام حقوق الدفاع، أما بالنسبة للقانون، فالأصل أن القاضي لا يتقيد في تطبيق قواعده بضرورة تنبيه الخصوم إلى أحكامه التي يريد تطبيقها، طالما أنه لم يغير من البنيان الواقعي للدعوى كما عرضه الخصوم، ومع ذلك على القاضي أن يتقيد باحترام مبدأ حقوق الدفاع.[2]

المبحث الثاني: مركز القضاء الأجنبي أمام القضاء الوطني

إن تطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني يجد أساسه في ان اختصاص هذا القانون قد يتحدد 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 ان تطبيقه يكون حتى خارج حدود الدولة التي شرعته، لذا نكون أمام إشكالات مفادها هل القاضي الوطني يلتزم بالكشف عن مضمون القانون من تلقاء نفسه، أم يتحمل ذلك الخصوم وكيف يتم تفسير هذا القانون، هل وفقا لقانون الدولة الشارعة له أو وفقا لقانون القاضي، وفي حالة حصول خطأ في تفسير هذا القانون، هل للمحكمة العليا دور في الرقابة على صحة تطبيق وتفسير هذا القانون؟ [3]

المطلب الأول: تعامل قضاة الموضوع مع القانون الأجنبي

ان عملية تطبيق القانون الأجنبي تقتضي التعرض إلى مسألة قانونية هامة، تتعلق بإثبات هذا القانون بوسائل محددة ونطاق تطبيق القانون والحكم فيه فيما إذا تعذر إثبات مضمون هذا القانون.[4]

الفرع الأول: مرحلة إثبات القانون الأجنبي

نقول بداية بأن تحديد القانون الأجنبي المختص بالتنازع لا يفصل في المنازعة نهائيا، بل يقتضي تطبيق القانون من طرف القاضي والتطبيق هذا يفترض في القاضي الوطني علمه الكافي بالقانون الأجنبي، وهذه مسألة تكاد تكون

[1]– اعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر ،2005، ص53.

[2]–عليوش قربوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2006، ص 165. .

[3]– عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص 185.

[4]–حمزة قتال ، المرجع السابق، ص 120.

E-ISSN: 2602-6791 ISSN: 2353-0251
جميع الحقوق محفوظة لمجلة الدراسات القانونية والسياسية

مستحيلة لأننا نكون قد كلفنا القاضي ما ليس بمقدوره، لذا فإن التشريعات المقارنة لم تسو بين القانونين الوطني والأجنبي من حيث العلم بمضمونها، فالأول يكون القاضي عالما بأحكامه ملزما بتطبيقه وإلا كان مرتكبا لجريمة إنكار الحق ،أما الثاني فيقع عبء إثباته على من يتمسك به ما لم يكن القاضي عالما به.

ا –**القانون الأجنبي واقعة مادية:** لقد اعتبرت بعض ا لتشريعات وذهبت الإجتهادات القضائية إلى اعتبار أن القانون الأجنبي واقعة مادية يجب على أطراف الخصومة إقامة الدليل عليها بكل الطرق القانونية، ويجد هذا الاتجاه التقليدي مبرراته فيما يلي :

- القاضي الوطني لا يثيره من تلقاء نفسه، الفارق الموجود بين القانونين من حيث افتراض العلم ما، وأن افتراض علم القاضي الوطني بالقانون الأجنبي تكتنفه صعوبات عملية، خاصة إذا كان هذا القانون غير مكتوب أو عندما تكون الحلول القضائية بشأن مسألة واحدة متفرقة، وإذا كان القانون الوطني لا يحتاج إلى إثبات فإن القانون الأجنبي يجب إثباته واعتباره واقعة مادية لو تم السماح بتطبيق القانون الأجنبي، فقد يفاجأ الخصوم بحل غير متوقع، لذا يتعين إثبات القانون الأجنبي كما تثبت الوقائع.[1]
- إن اعتبار القانون الأجنبي واقعة مادية تجد تبريرها في الصعوبات العملية الخاصة بالعلم بالقانون الأجنبي وإثبات مضمونه، وهذا التبرير له صدى في القانون الفرنسي واللبناني، فمثلا القضاء الفرنسي في بعض أحكامه في مرحلة من المراحل أصبح يعتبر بأن القانون الأجنبي يمتزج فيه الواقع بالقانون[2]...، وأنه يمكن للقاضي الوطني أن يطبق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه متى كان على علم بالقانون الأجنبي، أما القضاء اللبناني فلم يعتمد حرفية النص القانوني بل اعتمد تفسيرات مرنة.[3]

الفرع الثاني: الوسائل القانونية لإثبات القانون الأجنبي أمام قاضي الموضوع

لقد ذكرنا بأن القاضي يلعب دورا إيجابيا في إثبات القانون الأجنبي متى كان عالما بمضمونه، كما أن للخصوم دورا في ذلك لكن الإثبات الذي نقصده لا يهدف إلى إخضاع القانون الأجنبي لقواعد الإثبات القضائي اذ أن طرق إثبات هذا القانون تكتسي نوعا من الخصوصية تميزها عن الطرق المحددة قانونا، لإثبات

[1] – أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية بالقاهرة، مصر، 2008.ص 23.

[2] – حمزة قتال ، المرجع السابق ، ص 266.

[3] – هشام علي، صادق القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ديوان المطبوعات الجامعية، مصر، 2003، ص 50..

E-ISSN: 2602-6791 ISSN: 2353-0251
جميع الحقوق محفوظة لمجلة الدراسات القانونية والسياسية

الوقائع دون أن يعني ذلك قطع الوصال بينهما، وفي هذا الخصوص فإن بعض التشريعات المقارنة لم تحدد صراحة طرق الإثبات مما جعل القضاء يجتهد في تحديد هذه الطرق. [1]

واستقر العمل في القانون المقارن على أن هناك أصل وهو الإثبات بكافة الطرق التي تمكن من تحقيق الغرض، وبناء على ذلك يمكن للقاضي ان يلجأ للوسائل القانونية للوقوف على مضمون القانون الأجنبي وهي:

- **الشهادة العرفية:** في فرنسا يجري العمل على إثبات القانون الأجنبي عن طريق مستند مكتوب تصدره شخصية متخصصة محيطة، علما بأحكام القانون الأجنبي أو تكون عالمة بالقانون الأجنبي موضوع الإثبات وتكون هذه الشهادة العرفية محررة بلغة دولة القاضي الذي يتم الإثبات أمامه، وتحرير هذه الشهادة يكون من جهات رسمية أو عن طريق شخصية عارفة بالقانون الأجنبي.[2]

ا- **صدور الشهادة عن السفارة أو القنصلية التابعة للدولة الأجنبية المراد إثبات قانونها** :هذه الطريقة معتمدة أمام القضاء اللبناني من خلال قضية عرضت، وكان من وسائل الإثبات إفادة صادرة عن القنصلية العراقية سابقا في بيروت لإثبات القانون العراقي، وإن هذه الشهادة يجب إضفاء المصداقية عليها أمام القاضي لإثبات القانون الأجنبي (حكم محكمة بداية بيروت، الغرفة الخامسة، حكم رقم 47 تاريخ 12/02/1975 يلحظ بأن المحكمة كلفت المدعية بمقتضى قرار إعدادي بإبراز القانون الإنجليزي، دون أن تتطلب تصديقه من أية جهة...) كما يتعين ترجمة هذه الشهادة إذا كانت صادرة عن جهة قنصلية أو دبلوماسية لدولة غير عربية .

ب –**صدور الشهادة عن أحد الأشخاص العاديين المتخصصين في القانون الأجنبي** : عادة ما يكون محاميا أو فقيها أجنبيا أو مواطنا على دراية بقانون هذه الدولة، وموضوع هذه الشهادة قد يكون ذكرا للنصوص القانونية أو إعطاء تفسير لنصوص القانون، مع إعطاء أمثلة من أحكام القضاء .[3]

- **الأحكام القضائية:** من أجل الكشف عن مضمون القانون الأجنبي يمكن لقضاة الموضوع أن يستعينوا بالأحكام القضائية السابقة الصادرة في المنازعات المشابهة لتلك المطروحة أمامهم، وهنا يستوي أن

[1] احمد عبد الكريم سلامة ، المرجع السابق ، ص 79.

[2] – حسام الدين فتحي عبد الطيف، مركز قانون القاضي في حكم المنازعات الخاصة الدولية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة، 1990 ص 36.

[3] – نادية فضيل ، المرجع السابق ، ص 210.

E-ISSN: 2602-6791 ISSN: 2353-0251
جميع الحقوق محفوظة لمجلة الدراسات القانونية والسياسية

تكون الأحكام قد صدرت عن القاضي الوطني تطبيقا لقانون أجنبي أو عن القاضي الأجنبي في دولة القانون الأجنبي موضوع الإثبات أو قضاء دولة أخرى أجنبية كأن يستعين.[1]

المطلب الثاني: نطاق تطبيق القانون الأجنبي أمام قاضي الموضوع

إذا تم إثبات القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني على النحو الذي ذكرناه، طبق القاضي هذا القانون على المنازعة المعروضة أمامه بالكيفية والصورة التي يطبق في الخارج أمام الجهات القضائية للدولة الشارعة له، وعلى القاضي أن يلتزم بالمبادئ العامة التي تحكم تفسير هذا القانون في الدولة التي يطبق قانونها، وحتى يتمكن القاضي من تطبيق هذا القانون بالمعنى الذي يحدده له مشرعه في الدولة المصدرة له، فعلى القاضي أن يتقيد بالتفسير القضائي السائد في الدولة التي يطبق قانونها، ويعمل على التحقق من صحة القانون الأجنبي ونفاذه في الخارج[2].

الفرع الأول: تقيد القاضي الوطني في بعض الأنظمة بالتفسير القضائي المعطى له في الدولة التي يطبق قانونها

بالرجوع إلى القانون الجزائري فإن القاضي ملزم بتفسير القانون الأجنبي متى اكتنف النص الغموض وعدم وضوح المعنى والدلالة، لكن التفسير هذا يختلف عن تفسير القانون الأجنبي، فالقاضي هنا ينظر إلى القانون الأجنبي في مجمله أو مجموعة سواء في مصادره في أو الحلول المكرسة من طرف القضاء الأجنبي، فالقاضي في لبنان[3] مثلا عليه أن يتثبت من مضمون القانون الأجنبي بمعناه الذي يستقر من مصادره الرسمية التي يرصدها المشرع الأجنبي ذاته بالتفسيرات المعتمدة لدى قضاء هذه الدولة، فالقاضي وهو يفسر القانون الأجنبي ليس في مقدوره بأن يبحث في قيمته أن أو يعطيه تفسيرا مغايرا، وهذا حل يستجيب للغاية من التي أجلها وجدت قواعد التنازع التي تحسم المنازعات الخاصة ذات الطبيعة الدولية بمقتضى أحكام القانون الأجنبي المختص، اذ لا يمكن عزل النص القانوني المطبق عن جملة المبادئ والحلول السائدة في الدولة الأجنبية الشارعة له :

ا-**الدور الايجابي للقضاء حالة كون القاعدة الأجنبية هي نص القانون وحده:** في هذا الفرض لا وجود لتطبيقات قضائية تساعد على تفسير القانون، كما أنه لا وجود لقاعدة أجنبية تعطي حلا للنزاع المطروح فما هو السبيل في هذه الحالة؟

[1]- الطيب زروتي، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن، رسالة تخرج لنيل شهادة الدكتوراه، جامعة لجزائر، 1999 ص 58.

[2]- حسام الدين عبد اللطيف ، المرجع السابق ، ص 50.

[3]-حمزة قتال ، المرجع السابق ، ص 198.

E-ISSN: 2602-6791 ISSN: 2353-0251
جميع الحقوق محفوظة لمجلة الدراسات القانونية والسياسية
موقع المجلة عبر البوابة الإلكترونية للمجلات العلمية، وفق الرابط التالي: https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/304

– تفسير القانون الأجنبي من قبل القاضي دون التزامه بالتفسير الممنوح للقانون الوطني، بل نتبع في هذه الحالة التفسير المعطى لهذا القانون من طرف القاضي الأجنبي فيما لو رفعت الدعوى أمامه، والأبعد من ذلك أن القاضي الوطني يلتزم بالتفسير الذي يكرسه القضاء الأجنبي للنص الواجب التطبيق، حتى وان بدا النص واضحا وأن التفسير الذي يقول به القاضي الأجنبي مغلوط، إذ أن المعتمد عليه ليس هو نية المشرع، بل الحقيقة المطبقة بالفعل في الدولة الأجنبية.

– عند سكوت القانون الأجنبي عن تكريس حل صريح للمنازعة المطروحة أمام القضاء الوطني، فيجب على القاضي ان يتصدى لحل المسألة، لكن لا تعترضنا فكرة التفسير إذ النص المطلوب تطبيقه غير موجود فلابد من البحث عن القاعدة القانونية المتوجب تطبيقها، وهنا يجب الرجوع إلى مختلف المصادر التي يرصدها القانون الأجنبي[1] .

ب –**الدور الايجابي للقضاء حالة كون القاعدة الأجنبية تحتمل تفسيرات متضاربة في القضاء** :عندما يكتشف القاضي الوطني بأن القاعدة القانونية الواجب تطبيقها على النزاع يكرس لها القضاء في الدولة الأجنبية تفسيرات متضاربة، ففي هذه الحالة فإن القاضي الوطني يقوم بتفسير النص ملتزما المبادئ العامة في الدولة الأجنبية، ويميل إلى الحل الذي ينسجم مع المبادئ مع مراعاة الحلول الفقهية المعتمدة في الدولة الأجنبية، وللقاضي أن يستعين بخبير يعينه لاختيار أنسب الحلول التي تتفق مع المبادئ العامة [2] .

الفرع الثاني: تحقق القاضي من صحة القانون الأجنبي

وهنا قبل التصدي لمسألة التفسير، على القاضي أن يبحث في مدى صفة القانون وفقا للمبادئ العامة في الدولة الأجنبية، ويبحث في دستورية القانون الأجنبي وهل هذا القانون هو النافذ من حيث الزمان.

أ –**التحقق من الصفة القانونية للقاعدة الواجبة التطبيق**: هنا القاضي يتحرى عن حقيقة القاعدة القانونية المطروح أمر تطبيقها أمامه، فالقانون الأجنبي لا يتكون من التشريع فقط، بل من كل ما يعتبره المشرع الأجنبي فلولا كان لا يعتد بالعرف كمصدر للقانون فعلى القاضي ألا يأخذ بالعرف .

ب–**تحقق القاضي من دستورية القانون الأجنبي**: في هذه الحالة هل القاضي الوطني يبحث في مدى دستورية القانون الأجنبي الواجب التطبيق وفقا لدستور الدولة التي أصدرته، فمثلا لو عرض نزاع أمام القاضي الجزائري وكان القانون الواجب التطبيق هو القانون الفرنسي، وأثار الخصوم عدم دستورية هذا القانون الواجب

[1] –احمد عبد الحميد عشعوش ، المرجع السابق ، ص 36.

[2] – الطيب زروتي ، المرجع السابق ، ص 56.

E-ISSN: 2602-6791 ISSN: 2353-0251
جميع الحقوق محفوظة لمجلة الدراسات القانونية والسياسية
موقع المجلة عبر البوابة الإلكترونية للمجلات العلمية، وفق الرابط التالي: https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/304

التطبيق بمقتضى قاعدة التنازع، فهل يبحث القاضي مسألة الدستورية رغم أن القاضي الجزائري لا يملك هذه السلطة نحو قواعد قانونه الوطني ؟ الجواب عن هذا يقتضي التمييز بين الرقابة الشكلية والرقابة الموضوعية[1] .

– **الرقابة الشكلية على دستورية القانون الأجنبي:** بعض الدساتير تتطلب شروطا شكلية لصحة القاعدة القانونية الأجنبية الواجبة التطبيق، سواء من جهة وجودها أو من جهة نفادها، كالتصديق والنشر أو مرور مدة زمنية من تاريخ صدورها لتدخل حيز النفاذ، ومثل هذه الإجراءات والشكليات لا تثير مشكلة لدى الفقه والقضاء، فالقاضي يجب عليه أن يتيقن من استيفاء هذه الأمور التي يفرضها دستور الدولة الصادرة عنها، هذا القانون وإذا تخلف أحد شروط القاعدة القانونية يعني عدم وجودها.

– **الرقابة الموضوعية على دستورية القانون الأجنبي:** في هذه الحالة القاضي المعروض عليه النزاع والذي يفصل فيه بموجب قاعدة أجنبية، عليه ان يعطي حلا مماثلا للحل المعمول به فعلا في الدولة الأجنبية المصدرة له، وفي هذه الحالة على القاضي مراعاة ما إذا كان القانون الأجنبي للدولة المثار تطبيق قانونها أمام القضاء الوطني لا يسمح بمراقبة دستورية القوانين موضوعيا، فليس للقاضي أن يتصدى لرقابة القانون الأجنبي حتى ولو ظهر له ان النص الذي يطبقه مخالفا لدستور الدولة الأجنبية، أما اذا كان النظام القانوني الأجنبي يمنح الرقابة على دستورية القوانين لجهة خاصة معينة، فليس للقاضي أن يبحث في مدى دستوريته، ما لم تكن الجهة المعنية قد فصلت في دستوريته.

الخاتمة

بعد دراستنا هذه تأكد لنا بأن تطبيق القضاء الوطني للقانون الأجنبي يعد ضرورة تقتضيها العلاقات المتنوعة للأشخاص ذات البعد الدولي المتنامية يوما بعد يوم، بسبب تطور وسائل الاتصال بين المجتمعات المختلفة، هذه العلاقات لأجل تحقيق العدالة وحماية حقوق الأشخاص وتحقيق السياسة التشريعية للدولة، ينبغي أن لا تخضع حصرا لمبدأ الإقليمية، بأن يطبق عليها القانون الوطني قصرا، دون مراعاة لما سبق ذكره في أن هذه العلاقات تتميز عن العلاقات الداخلية الصرفة في كونها لها امتداد نحو الخارج، بل أن يطبق عليها القانون الأجدر بحكمها والملائم لخصوصيتها هذه، سواء كان القانون الوطني أم القانون الأجنبي.

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

[1]– Mayer Pierre et Heuzé Veuzé, Droit international privé, Delta, 8ème édition, 2005 p 69.

E-ISSN: 2602-6791 ISSN: 2353-0251
جميع الحقوق محفوظة لمجلة الدراسات القانونية والسياسية
موقع المجلة عبر البوابة الإلكترونية للمجلات العلمية، وفق الرابط التالي: https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/304

المواقف بخصوص هذه المسألة – الرقابة–أن إلا الموقف المجمع عليه تقرير الرقابة على ذلك، وفي هذا الصدد ينبغي أن نقول بأن:

–القضايا ذات العنصر الأجنبي في الجزائر قليلة جدا.

– ان القاضي حين تطبيقه للقانون الأجنبي فانه يجد صعوبة في ذلك خصوصا في النصوص الاجنبية التي تكون معارضة للنظام العام الجزائري.

من خلال النتائج المتوصل اليها ارتأينا طرح مجموعة من الاقتراحات وهي كالاتي:

–مسألة القيمة القانونية للقانون الأجنبي ينبغي تأكيدها بنص واضح في القانون المدني الجزائري.

– العمل على تدريس القوانين المقارنة في الجامعات الجزائرية.

–ضرورة الإسراع في جمع القوانين الأجنبية وجعلها في متناول القضاة الجزائريين

–العمل على رسكلة القضاة وتحسين مستواهم، لكي يتسنى لهم الإطلاع على مختلف التشريعات الأخرى من أجل إعطاء حل عادل للقضايا ذات العنصر الأجنبي .

–ضرورة إنشاء مركز علمي يتضمن كافة القوانين الأجنبية تشرف عليه وزارة العدل.

–إنشاء معهد متخصص في القانون المقارن وتزويد المعهد بجهاز ترجمة.

قائمة المراجع:

المراجع باللغة العربية:

الكتب:

1–رمزي محمد علي دراز، فكرة تنازع القوانين في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، طبعة 2004

2–نادية فضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، دار هومة، الجزائر، طبعة2004

3–أحمد عبد الحميد عشوش، تنازع مناهج تنازع القوانين، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، مصر، .2005

4– اعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 2005.،

5– علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ديوان المطبوعات الجزائرية، الجزائر، 2005.

4– عليوش قربوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2006

E-ISSN: 2602-6791 ISSN: 2353-0251
جميع الحقوق محفوظة لمجلة الدراسات القانونية والسياسية

4-الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، مطبعة الفسيلة، الجزائر، طبعة2008

5-أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية، بالقاهرة، مصر، 2008.

6-عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج03، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، طبعة 2009.

الرسائل الجامعية:

1- حسام الدين فتحي عبد اللطيف، مركز قانون القاضي في حكم المنازعات الخاصة الدولية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة، 1990

2- الطبب زروتي، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن، رسالة تخرج لنيل شهادة الدكتوراه، جامعة لجزائر، 1999.

3- حمزة قتال ، دور القاضي في تطبيق القانون الاجنبي في القانون الجزائري والمقارن ، رسالة تخرج لنيل شهادة الدكتوراه ،كلية الحقوق ، الجزائر ، 2010

المراجع باللغة الفرنسية:

1- François Mélin, Droit international privé, Casbah, Alger, édition, 2004.

2- Mayer Pierre et Heuzé Veuzé, Droit international privé, Delta, 8ème édition, 2005.

E-ISSN: 2602-6791 ISSN: 2353-0251
جميع الحقوق محفوظة لمجلة الدراسات القانونية والسياسية
موقع المجلة عبر البوابة الإلكترونية للمجلات العلمية، وفق الرابط التالي: https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/304