تاريخ الإرسال: 2021/5/5 تاريخ القبول: 2021/07/16 تاريخ النشر: 2021/09/01

وضعية القانون الأجنبي أمام القضاء الجزائري (على ضوء أحكام الفقرة السادسة من المادة 358 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية)

طوطاوي محمد أمين

جامعة باجي مختار عنابة

The status of foreign law before the Algerian courts, in the light of article 358, paragraph 6, of the Code of Civil and Administrative Procedure

Toutaoui Mohamed amine

toutaouimohamedamine@gmail.com

https://doi.org/10.5281/zenodo.5336533

الملخص :

أدى الانتشار المتزايد للعلاقات الدولية الخاصة لإبراز مشكلة تنازع القوانين وعليه تعد مسألة تطبيق القانون الأجنبي إحدى المشاكل المثارة أمام القضاء الجزائري نظرا للإشكالات التي يعتريها تطبيق هذا القانون في الدولة الجزائرية على اعتباره قانونا أم واقعة سواء من طرف قضاة الموضوع أو حتى من خلال فرض الرقابة عليه من قبل المحكمة العليا وذلك على ضوء أحكام المادة 358 في فقرتها السادسة من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

الكلمات المفتاحية :

تنازع القوانين – القانون الأجنبي كواقعة – العلاقات الدولية الخاصة .

Abstract :

The widespread presence of private international relations has given rise to a problem of conflict of laws. The application of foreign law is therefore one of the problems raised by the Algerian judiciary in view of the problems encountered in the application of this law in the Algerian State as it is a law or a fact, whether by the trial judges or even through the imposition of censorship by the Supreme Court, in the light of the provisions of article 358 of the Code of Civil and Administrative Procedures.

Keywords :
Conflict of laws – foreign law as a matter of fact – private international relations

Résumé :

La diffusion croissante des relations internationales privées a conduit a l'émergence du problème des conflits de lois et donc la question de l'application du droit étranger est l'un des problème soulevés devant la justice algérienne en raison des problèmes rencontrés dans l'application de cette loi dans l'état algérien car elle est considérée comme une loi ou un fait que ce soit par les juges de la question ou même a travers l'imposition dune censure a son égard devant la cour suprême a la lumière des dispositions de l'article 358 dans son sixième alinéa de la loi sur le procédures Civiles etadministratives

Mots clés :

Conflit de lois – le droit étranger comme fait - relations internationales privées

مقدمة :

أضحت العلاقات الدولية العابرة للحدود الوطنية تتطلب بالضرورة تحديد القانون الواجب التطبيق عليها في حال حدوث النزاع، ولما كانت هذه العلاقات مرتبطة بأكثر من دولة واحدة، فإنه من غير المناسب إخضاعها جميعا للقانون الوطني نظرا للصعوبات العملية والنظرية التي تتلاءم مع خصوصياتها، هذا ما دفع بغالبية الدول إلى إفساح المجال لتطبيق القانون الأجنبي أمام قضائها الوطني وهنا نخص بالذكر التشريع الجزائري، فبما أن قاعدة الإسناد الوطنية من مميزاتها أنها قاعدة مزدوجة الجانب تجعل الاختصاص إما للقانون الوطني أو القانون الأجنبي، فإن مسألة تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الجزائري هنا يطرح العديد من الإشكالات والتساؤلات حول كيفية تطبيقه سواء من طرف قضاة الموضوع أو من حيث رقابة المحكمة العليا على هذا القانون، ولا نجد ذلك إلا في نص المادة 358 فقرة سادسة من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري المعدل والمتمم التي نجدها ميزت بين القانون الأجنبي عن غيره من القوانين الأخرى. ومنه فإن محور دراستنا منصب على نص المادة 358 في فقرتها السادسة وما تثيره من إشكالات حول كيفية تطبيق القانون الأجنبي أمام المحاكم الجزائرية .

من خلال ما تقدم يطرح الإشكال التالي: وضعية القانون الأجنبي أمام المحاكم الجزائرية وكيفيه تطبيقه على ضوء أحكام الفقرة السادسة من المادة 358 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ؟

حيت قمنا بتقسيم بحتنا هذا إلى مطلبين تناولنا في المطلب الأول: القانون الأجنبي الغير متعلق بقانون الأسرة أمام القضاء الجزائري أما ثانيا فتناولنا: القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة أمام القضاء الجزائري.

المطلب الأول: القانون الأجنبي كواقعة أمام القضاء الجزائري

بالرجوع لوضعية القانون الأجنبي أمام المحاكم الجزائرية نصت الفقرة السادسة من المادة358 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على (لا يبنى الطعن بالنقض إلا على وجه من الأوجه التالية .... مخالفة القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة).[1]

ما يستشف من نص المادة أن المشرع الجزائري اعتبر القانون الأجنبي كواقعة في المسائل الغير متعلقة بقانون الأسرة ، ومقتضى فكرة اعتبار القانون الأجنبي كواقعة أي أن هذا الأخير ليس له قوة القانون الوطني فالقاضي الوطني لا يطبقه بوصفه قانونا يلزمه به المشرع الأجنبي وهنا لا يذعن إلا لأوامر مشرعه، على اعتبار القاعدة القانونية تتكون من عنصرين، وهما عنصر الواقع وعنصر القانون، فالعنصر الأول يتكفل الخصوم بإيضاحه للقاضي كما يقع عليهم عبء إثباته، أما العنصر الثاني فهو من اختصاص القاضي الذي يقوم بتطبيقه على ما ثبت لدبه من وقائع[2]وهنا يطبق القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني يعتبر من المسائل الواقعية.[3]

وعليه مادام القانون الأجنبي يعتبر كواقعة أمام المحاكم الجزائرية، وجب هنا التطرق إلى وضعية هذا الأخير أمام قضاة الموضوع تم أمام المحكمة العليا.

الفرع الأول : القانون الأجنبي أمام قاضي الموضوع

متى خرج القانون إلى إقليم دولة التي سنته وطبق أمام قضاة دولة أجنبية، فإنه هنا يكون خاليا من عنصر الإلزام ويكون بمثابة حكم يطبقه القاضي بوصفه واقعة تبت وجودها أمامه.[4]هذا ما جاء به القضاء الفرنسي في إحدى أحكامه، حيت ظهر موقف القضاء الفرنسي من طبيعة القانون الأجنبي باعتباره ذو طبيعة مزدوجة كان هذا تحديدا في قضية بيزبال[5] الصادر في 12ماي1959، حيت تبنى القرار موقفا قريبا من موقف القضاء في البلاد

الانجلوسكسونية إذ جاء فيه أن قواعد الإسناد الفرنسية لا تتعلق بالنظام العام حين تشير باختصاص القانون الأجنبي وهنا يطبق القانون الفرنسي الذي له حكم صلاحية جميع علاقات القانون الخاص[6]،كما طبقه المشرع الجزائري في نصوص مواده في المادة 358فقرة سادسة والمادة 360من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري ويبنى على هذا أن قاضي الموضوع لا يطبق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه، كما انه غير ملزم بالبحث في مضمون القانون الأجنبي، وإنما هنا يتعين على الخصم التمسك بتطبيقه وإثباته كما هو الحال بالنسبة للوقائع عموما[7]..

أولا : إلزامية قاعدة تنازع القوانين في المسائل المتعلقة بالنظام العام فقط

إن المشرع الجزائري يعتبر القانون الأجنبي بمثابة واقعة خارج حدود نطاق قانون الأسرة فقط وهنا ينزل منزلة الوقائع، وهذا ما تراءى لنا تحديدا في نص المادة 358 فقرة السادسة حيث نجده فصل بين قانون الأسرة والقوانين الأخرى التي تعد في نظره مجرد وقائع لا ترتقي لدرجة القانون. فالقاضي مدعو لتطيق قواعد الإسناد من تلقاء نفسه إذا توافرت شروط إعمالها، واعتبار قاعدة التنازع من النظام العام المؤكد هو ضرورة تطبيقها تلقائيا[8]وهذا ما استند إليه القضاء الفرنسي كما رأينا في قضية بيزبال السالفة الذكر.حيث يرى أن قواعد الإسناد بقدر ما تقضي بتطبيق قانون أجنبي لا تعتبر من النظام العام وهنا تظهر الازدواجية للطبيعة القانونية لقاعدة تنازع القوانين، بحيث تكون ملزمة إذا عينت القانون الجزائري كقانون واجب التطبيق وغير ملزمة إذا عينت قانون أجنبي في هذه الحالة على الخصوم التمسك بتطبيق القانون الأجنبي وإلا طبق قاضي الدعوى قانونه الداخلي الذي له صلاحية حكم جميع علاقات القانون الخاص[9].

ثانيا :عبء إثبات القانون الأجنبي باعتباره واقعة

إذا عامل القانون الأجنبي معاملة الوقائع فهنا يطرح الإشكال التالي على من يقع عبء إثباته ؟ هل يقع على عاتق الخصوم أم القاضي المعروض عليه النزاع. وعليه فإن عبء إثبات مضمون القانون الأجنبي يقع على عاتق الخصم الذي يطالب بتطبيقه، إذا كان هذا الأخير لا يرتقي لمستوى القانون فمن البديهي عدم إلزامية قضاة الموضوع بالبحث في مضمونه، وهذا ما تبنته محكمة النقض الفرنسية في قضية بيزبال بتاريخ 5نوفمبر1991التي جاء في حيثيات قرارها إن عبء إثبات مضمون القانون الأجنبي يقع على عاتق الطرف الذي يتمسك بتطبيقه،

وذلك أن اعتبار القانون الأجنبي هو بمنزلة الوقائع [10]ورجوعا للتشريع الجزائري نجده قد أوضح ذلك انطلاقا من نص المادة 233من قانون الإجراءات المدنية والإدارية القديم المعدل بنص المادة 358فقرة سادسة من نص القانون الجديد، نجد أن المشرع الجزائري فصل بين مسائل الأحوال الشخصية التي يخضع فيها القاضي لرقابة المحكمة العليا وبين غيرها من القوانين التي لا تخضع لهذه الرقابة، إن جعل إثبات مضمون القانون الأجنبي على الخصم الذي يتمسك بتطبيقه معناه أن قاعدة الإسناد لا تتعلق بالنظام العام عندما تشير باختصاص قانون أجنبي، وعليه إن ما اعمله المشرع الجزائري يفهم منه حصر تطبيق القانون الأجنبي والبحث في مضمونه والمطالبة بتطبيقه كقاعدة عامة يكون على عاتق الأطراف لا القاضي، لكن يصوغ لقضاة الموضوع بالبحث في مضمون القانون الأجنبي المقدم من قبل الخصوم.

الفرع الثاني: القانون الأجنبي كواقعة أمام المحكمة العليا

إن المشرع الجزائري من خلال نص المادة 358 في فقرتها السادسة من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والذي اهتدى في أحكامها، إلى أن المحكمة العليا هنا تراقب انتهاك القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة فقط دون غيره

أولا : عدم رقابة المحكمة العليا للقانون الأجنبي

أشار المشرع الجزائري إلى موقفه من الرقابة على تطبيق القانون الأجنبي في المادتين 358 و360 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، وعليه إن الفقرة السادسة من نص المادة 358 حددت لنا أوجه الطعن بالنقض فنجد الوجه السادس مأخوذ من مخالفة القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة، يفهم أن المشرع أخذ بالطبيعة المزدوجة للقانون الأجنبي، فيعتبر قانونا إذا تعلق فقط بمسائل الأحوال الشخصية والعكس إذا اعتبر كواقعة. عكس بعض التشريعات التي نجدها قد طبقت القانون الأجنبي بصفة عامة[11]سواء ما تعلق الأمر منها بقانون الأسرة أم لا بمفهوم المخافة لنص المادة[12]. فإذا أعطت المحكمة العليا وبسط رقابتها ومنحت للقانون الأجنبي التفسير الذي تراه لأصوب في ما يتعارض هذا التفسير المعطى له في الخارج، هذا من شأنه أن ينقض أحكامها ومصداقيتها [13]. فإذا ارتأت المحكمة العليا إلى معاملة القانون الأجنبي كواقعة يرتب عليه جملة من الآثار من بينها أن محكمة النقض لا تراقب تفسيره من طرف قضاة الموضوع[14]. إن مسألة رقابة المحكمة العليا على تفسير القانون الأجنبي مسألة واسعة، فهي تختلف بحسب الالتزامات الملقاة على عاتق قضاة الموضوع

كإثبات مضمون القانون الأجنبي والالتزام بإعمال قاعدة الإسناد الوطنية[15] وإذا كانت القاعدة العامة أن المحكمة العليا لا تراقب انتهاك القانون الأجنبي كواقعة ولا تبسط رقابتها عليه، إلا أننا نجد هذه القاعدة تخضع لمجموعة من الاستثناءات.

ثانيا :الاستثناءات الواردة على عملية الرقابة :

هناك بعض التخفيفات التي وجب التقيد بها من طرف قضاة الموضوع في تطبيق القانون الأجنبي وهي :

الرقابة على الخطأ في تطبيق قاعدة الإسناد

إن المحكمة العليا تراقب انتهاك أو مخالفة القانون الأجنبي المتعلق بخرق قاعدة التنازع لقاضي الدعوى في حال ما إذا اخطأ القاضي في تطبيقها، وعليه فإن قرار القاضي سوف يعرض للنقض ويخضع بذلك لرقابة المحكمة العليا [16]. إن الرقابة التي تمارسها المحكمة العليا على الخطأ في تطبيق قاعدة الإسناد وتفسيرها هي رقابة عامة تسري على تطبيق جميع هذه القواعد دون استثناء، ولا تمييز بينهما مهما كانت طبيعة المسائل التي تنظمها سواء كانت تتعلق بحقوق يجوز للأطراف التصرف فيها أو لا، وسواء تعلقت بمسائل الأحوال الشخصية أم العينية ومهما كان مصدرها سواء كان تشريعا عاديا أم اتفاقية دولية [17]. فإذا اخطأ القاضي في ماهية المعيار الواجب إعماله لتعيين القانون المختص بأن يطبق على مسالة ضابط أخرى غير الذي قررته قاعدة الإسناد، فهنا يعد خرقا لقاعدة التنازع لقاضي الدعوى.

رقابة المحكمة العليا على الخطأ في التسبيب والتكييف

يقصد بتسبيب الأحكام الأجنبية بيان الأدلة الواقعية والحجج القانونية التي بني عليها القاضي حكمه في النزاع طبقا للقانون وهذا ما نصت عليه المادة 277فقرة الأولى من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري التي ألزمت القاضي بتسبيب حكمه[18]، نفس المبدأ قد كرس من قبل القضاء الفرنسي[19] وعليه فالمحكمة العليا هنا تراقب وتقبل الطعن بالنقض لخطأ في تسبيب الأحكام تفاديا الخطأ في تطبيق القانون الأجنبي بطريقة غير مباشرة،كما نجد هذه الرقابة تمتد للخطأ في التكييف[20] فهو عملية قانونية تخضع لقانون قاضي الدعوى، فإذا كان لقاضي الموضوع أن يصنف كل الوقائع في إحدى الطوائف القانونية فإن الخطأ في هذا التصنيف يخضع لرقابة

المحكمة العليا، وعلى هذا الأساس تراقب محكمة النقض إذا أخطأ قاضي الموضوع في تصنيف فئة الأحوال الشخصية أو الأحوال العينية وادخلها في طوائف أخرى غير طوائفها[21] وبالرجوع للقضاء الجزائري، نجد القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 10-04 -1988[22] حيث قضت فيه على أنه. (..لكن حيث أن العقد المبرم بين الطرفين ليس عقد قرض كما يذكره الطاعن وكما تشير إليه المادة 454 من القانون المدني، وإنما يتعلق الأمر ببيع بيض دجاج وهذه المعاملة تخضع لأحكام المادة 18 من القانون المدني التي تفيد بأن الالتزامات التعاقدية ينظمها قانون المكان الذي ابرم فيه العقد ..)..

ومنه يستشف من الحكم أن المحكمة العليا أثارت تلقائيا مشكلة التكييف في تحديد طبيعة العقد، حيث استندت على ضوء المادة 18 من القانون المدني وبهذا تكون المحكمة العليا قد بسطت رقابتها على مسالة الخطأ في التكييف.

المطلب الثاني: القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة أمام القضاء الجزائري

إن هبة القضاء الوطني وسلامة تطبيقه خارج حدود البلاد يقتضى حرمان قضاة الموضوع من سلطانهم المطلق في تطبيق القانون الأجنبي وتفسيره وإلا ترتب تعارض وتناقض في الأحكام.[23]

إن المشرع الجزائري من خلال نصوصه القانونية ميز بين قانون الأسرة والقوانين الأخرى ، وهذا ما نستشفه في نص المواد 233 فقرة خامسة القديم والتي تقابلها المادة 358 فقرة السادسة من نفس القانون التي نصت على (لا يبنى الطعن بالنقض إلا على وجه واحد آو اكتر من الأوجه التالية ....مخالفة القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة)[24].

إن التمييز الذي قام به المشرع الجزائري للقانون الأجنبي المتعلق بالأحوال الشخصية يعد وجها من أوجه الطعن بالنقض لأنه متعلق بالنظام العام ويلزم قضاة الموضوع بتطبيقه والبحث عن مضمونه، أما القوانين الأخرى الأجنبية لا تكون محلا للطعن بالنقض بالمفهوم المعاكس. إن اعتبار المشرع الجزائري للقانون الأجنبي المتعلق بقانون الأحوال الشخصية قانونا، يؤدي بنا إلى طرح مسألة إلزامية تطبيقه أمام قضاة الموضوع ومسالة رقابة المحكمة العليا على تفسيره .

الفرع الأول: القانون الأجنبي أمام قاضي الموضوع

إذا ما اعتبر القانون الأجنبي قانونا في نظر المشرع الجزائري فهنا يلزم قضاة الموضوع بتطبيقه كما يرتب نفس آثار القانون الوطني .

أولا: إلزامية قاضي الموضوع بتطبيق القانون الأجنبي في مسائل الأحوال الشخصية

تكتسي مسألة تحديد طبيعة القانون الأجنبي أهمية كبيرة في تحديد نوعية المعاملة التي سوف تتلقاها قواعده الموضوعية من القاضي من حيث إثباتها وتفسيرها وتطبيقها، وبالرجوع للقانون الجزائري نجد ما نصت عليه المادة 358 في فقرتها السادسة إلى أن مخالفة القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة جعلت الخطأ في تطبيقه من قبل قاضي الموضوع يخضع لرقابة المحكمة العليا ويعد وجها من أوجه الطعن بالنقض، هنا يعني أن المشرع الجزائري خص القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة دون باقي المسائل الأخرى ضمن أوجه الطعن بالنقض، يعني بهذا يؤكد المشرع الجزائري بان قضاة الموضوع ملزمين بتطبيق القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة تلقائيا [25] أي إن المشرع الجزائري هنا رفض الرقابة على تطبيق القانون الأجنبي كقاعدة عامة، واستثناءا يلزم بذلك في مسائل الأحوال الشخصية نظرا لارتباطها بحالة الأشخاص وتعلقها بالنظام العام ولهذا أراد المشرع إخضاعها لنفس الأحكام المتعلقة بقانون الوطني مما يوجب على قضاة الموضوع إلزامية تطبيقها وإلا تعرض قضاءهم للنقض،[26] والتزام قضاة الموضوع هنا بتطبيق القانون الأجنبي يلزمهم بالبحث عن مضمونه،كما يقع عليهم واجب إثباته وهذا لا يتنافى مع حقهم في طلب معاونة الخصوم وذلك تيسيرا لهم بالعلم بالقانون وبالتالي لا ترقى إلى درجة الإلزام[27].

ثانيا: آثار اعتبار قانون الأسرة الأجنبي قانونا

عندما تشير قاعدة الإسناد الوطنية باختصاص قانون أجنبي معين في نزاع مشوب بعنصر أجنبي فعلى القاضي الرجوع لتطبيق هذا القانون من تلقاء نفسه دون طلب أحد الخصوم، وليس له أن يمتنع عن تطبيقه بحجة عدم إمكان الاهتداء لأحكامه [28] وإلا عد ممتنعا عن تحقيق العدالة، فالبحث عن القانون الأجنبي المختص مهمة تقع على عاتق القاضي لا الخصوم، كما يرتب عليه إلزامية قاض الموضوع من إثارته وتطبيقه لأن من واجب القاضي السعي إلى التعرف على أحكامه مع إمكانية الاستعانة بالخصوم في ذلك[29]

كما يجب على القاضي أن يأخذ بعين الاعتبار العناصر الأجنبية مادام قانون الأحوال الشخصية يتعلق بالنظام العام فهنا لا يحق للأطراف أن تتنازل عنه فليس لهم حرية التصرف فيه، وهنا يمكن للمحكمة العليا أن تطعن فيه تلقائيا باعتبار قانون الأحوال الشخصية من النظام العام أي قاعدة أمرة لا يجوز مخالفتها، ومن بين الآثار المترتبة على اعتباره كقانون أنه يقبل الطعن كغيره من القوانين الوطنية، سواء تم إثارته من قبل الخصوم أو المحكمة العليا من تلقاء نفسها.

ما نخلص إليه أن المشرع الجزائري في نصوص مواده حصر تطبيق القانون الأجنبي من طرف قضاة الموضوع إذا كان متعلقا بقانون الأسرة فقط، واستثنى القوانين الأجنبية الأخرى الخارجة عن نطاق هذا القانون وعليه أن المشرع اخذ بالطبيعة المزدوجة في تطبيقه للقانون الأجنبي، وهنا سوف يرتب آثار اعتبار القانون الأجنبي كقانون في هذه الحالة نفس الآثار المترتبة على القوانين الجزائرية الأخرى، حيث تنزل منزلة واحدة سواء من حيث تطبيقها أو تفسيرها.

الفرع الثاني: قصر المحكمة العليا لرقابتها للقانون الأجنبي في نطاق قانون الأسرة فقط

من بين الآثار التي يرتبها اعتبار القانون الأجنبي قانونا أنه يصبح ملزم التطبيق بالنسبة لقضاة الموضوع كما رأينا ومن هنا يؤدي إلى بسط الرقابة عليه من طرف المحكمة العليا ،شأنه في ذلك شأن القوانين الوطنية.

أولا: فرض رقابة المحكمة العليا على تفسير القانون الأجنبي

إن احتفاظ القانون الأجنبي بالصفة القانونية رغم تجاوزه حدود الدولة التي أصدرته يستلزم بالضرورة إخضاع الخطأ في تفسيره لرقابة المحكمة العليا. وبالرجوع للتشريع الجزائري وفي ظل غياب اجتهاد المحكمة العليا في الجزائر حول فرض رقابتها على تفسير القانون الأجنبي فإن نص المادة 358 في فقرتها السادسة قد تضمنت ذلك فالمحكمة تفرض رقابتها على قضاة الموضوع إذا ارتكب خطأ أو مخالفة في تفسير القانون الأجنبي المتضمن قانون الأسرة كما يمكن للخصوم أن تبنى الطعن بالنقض على هذا الوجه. وبالمفهوم العكسي لنص المادة لا تخضع المخالفة في تفسير القانون الأجنبي لرقابة المحكمة العليا خارج نطاق قانون الأسرة، لأن من وظائف المحكمة العليا هي توحيد الاجتهاد القضائي وبالتالي وجب فرض رقابتها عليه .

ثانيا : قبول الطعن بالنقض

من خلال نص المادة 358فقرة سادسة إذا ارتكب خطأ أو مخافة في تطبيق القانون الأجنبي يمكن للخصوم أن تبنى الطعن بالنقض على هذا الوجه وكذا المحكمة العليا من تلقاء نفسها.[30]

ففي هذه الحالة على قضاة الموضوع تطبيق القانون الأجنبي المتعلق بمسائل الأحوال الشخصية من تلقاء أنفسهم وتفسيره وإلا تعرض قضاءهم للنقض من قبل المحكمة العليا. وفي هذا الصدد نجد ما نصت عليه المادة 360 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[31] على أن المحكمة العليا تسمح لها أن تنقض الحكم من تلقاء نفسها إذا خالف قضاة الموضوع أحد الأوجه الواردة في نص المادة 358 قانون إجراءات مدنية وإدارية، وبالرجوع لقانون 89-22 المتعلق بصلاحيات المحكمة العليا وسيرها وتنظيمها، نجد نص المادة الرابعة منه قد نصت على (تعتبر المحكمة العليا محكمة قانون وتجازي كل انتهاك له)[32].

ما يفهم من تقديرنا لموقف المشرع الجزائري من خلال تمييزه للقانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة وبين القوانين الأخرى قد أخذ هنا بالطبيعة المزدوجة في تطبيق القانون الأجنبي، مما يجعل القاضي متناقضا هنا في تطبيقه له فلا يصح تطبيق جزء من القانون دون الآخر فمرة يعتبره قانون ومرة يعتبره العكس، وعليه لا داعي لاستثناء قانون الأسرة وحده من نص المادة 358 فقرة سادسة عن غيرها من المسائل الأخرى الآمرة، كما أن التسليم بالطبيعة المزدوجة للقانون الأجنبي يؤدي حتما لنتائج متناقضة وغير مقبولة وهي إحداث خلط في طبيعة القواعد الأجنبية حسب نوع المسائل التي تنظمها، فالمتعارف عليه أن القانون صادر من سلطة واحدة مختصة وعليه يعد قانونا في جميع حالاته. وهذا حتما سيعرض القرار الذي يصدره قاضي الموضوع للنقض لهذا كان من المستحسن أن يلغى هذا التمييز لكي يلزم قاضي الموضوع بتطبيق كل القوانين الأجنبية على حد سواء وحتى تتمكن المحكمة العليا من فرض رقابتها عليه كقانون متكامل لا كواقعة.

خاتمة:

تمحورت دراستنا حول وضعية القانون الأجنبي أمام القضاء الجزائري وكيفية تطبيقه من طرف قضاة الموضوع وصولا لرقابة المحكمة العليا عليه، وذلك من خلال نص المادة 358 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ومن خلال دراستنا لنص المادة 358 وتحديدا في فقرتها السادسة تراءى لنا جملة من **النتائج التالية** :

إن المشرع الجزائري وعلى ضوء نص المادة 358 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية حصر تطبيق القانون الأجنبي من طرف قضاة الموضوع وفرض الرقابة عليه من طرف المحكمة العليا إذا تعلق بقانون الأسرة فقط، أي هنا اعتمد نظام الازدواجية في تطبيقه القانون الأجنبي .

من بين النتائج المتوصل إليها أن الخطأ في تطبيق قاعدة الإسناد من طرف قاضي الموضوع يخضع لرقابة المحكمة العليا الجزائرية لأنه يعد تشويه في قاعدة من قواعد الإسناد الوطنية.

أن المشرع الجزائري ولو اعتبر القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة قانونا، إلا انه لا يستوي مع قانون القاضي ويختلف معه وهو اختلاف يمليه عليه واقع الحال.

التوصيات:

1- كان على المشرع الجزائري لو تطرق إلى موضوع إثبات القانون الأجنبي والرقابة عليه من قبل المحكمة العليا وتفسيره بأكثر من التوضيحات واضعا في ذلك نصوص قانونية أخرى تعالجه، لأن نص المادة 358في فقرتها السادسة وحدها غير كافية لتغطية هذا الموضوع .

2- كنا نأمل لو ألغى المشرع الجزائري الازدواجية في تطبيق القانون الأجنبي، وذلك بالتفرقة بين القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة والقوانين الأجنبية الأخرى، لأن هذا التمييز من شأنه أن يضع القاضي في صعوبات عملية عديدة يصعب حلها وعليه كان من الأفضل أن يوضع كل القوانين الأجنبية في مرتبة واحدة.

قائمة الهوامش :

[1]- قانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429الموافق ل25 فبراير 2008 ، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري ،الجريدة الرسمية ، العدد21-23 افريل 2008.

[2]- محمد وليد المصري : الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص ، دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي، حامد للنشر والتوزيع، ط1 عمان، 2002، ص232.

[3]- عز الدين عبد الله : القانون الدولي الخاص ،الجزء 2تنازع القوانين ، الهيئة المصرية العامة للكتاب ، القاهرة ،مصر 1986ص578-579.

[4]-عكاشة محمد عبد العال: تنازع القوانين ,دراسة مقارنة ، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية ,مصر 2007ص360.

[5]- تتلخص وقائع قضية بيزبال .. أن زوجين اسبانيين اتخذا من فرنسا محلا لإقامتهما ، وقاما برفع دعوى أمام القضاء الفرنسي مطالبين إياه

بتحويل الانفصال الجسماني الحاصل بينهما إلى طلاق بالرغم من أن القانون الاسباني كان يحظر الطلاق ذلك الوقت ، إلا أن القضاء الفرنسي حكم بالطلاق بينهما بناء على أحكام القانون الفرنسي ، حيث جاء فيه أن قواعد الإسناد الفرنسية لا تتعلق بالنظام العام حين تشير باختصاص القانون الأجنبي .

[6]–حمزة قتال : دور القاضي الوطني في تطبيق القانون الأجنبي في القانون الجزائري والمقارن ،مذكرة شهادة دكتوراه في الحقوق ،كلية الحقوق ،جامعه البويرة ،2011،ص136.

[7]–عكاشة محمد عبد العال ، مرجع سابق ،ص360.

[8]–الطيب زروتي : القانون الدولي الخاص الجزائري ،الجزء الأول ،تنازع القوانين ، دار هومة للنشر والتوزيع الجزائر ،2011، ص93.

[9]– عليوش قربوع كمال : القانون الدولي الخاص الجزائري ، تنازع القوانين ، الجزء الأول ، دار هومة للنشر والتوزيع ، ط3، الجزائر 2011ص122-123

[10]– نفس الاتجاه نجده بالنسبة للقضاء المصري ، حيث نجد العديد من الأحكام تؤكد أن القضاء المصري يحمل الخصوم عبء إثبات القانون الأجنبي، كالأحكام الصادرة عن محكمة الإسكندرية الابتدائية 03-11-1985 وكذا 30-11-1986. الذي أكدت فيه المحكمة أن الاستناد لقانون الأجنبي واقعة مادية يجب على الخصوم إقامة الدليل ، للمزيد راجع :سهام عيكوش : القانون الأجنبي إثباتا وتفسيرا ، مذكرة لنيل درجة الماجستير في الحقوق ، كلية لحقوق والعلوم السياسية ، جامعة بومرداس ، 2010، ص18. وكذ ا حمزة قتال، مرجع سابق ، ص181.

[11] – حيت نجد في هذا الصدد العديد من الدول الأوروبية قد تبت الرأي القائل بأن القانون الأجنبي يحتفظ بطبيعته القانونية كالقضاء الإيطالي، حيت نجد محكمة النقض استقرت على الأخذ بهذا الاتجاه ، كالحكم الصادر في 28-07-1940 وكذا 12-08-1946 ، كما انتهج القانون الألماني نفس المبدأ إلى أن مسالة تطبيق القانون الأجنبي هي مسألة قانون وليست مسألة واقع ، أما بالنسبة للدول العربية نجد القضاء الأردني وبالتحديد ما ذهبت إليه محكمة التمييز الأردنية في قرارها الصادر عام 10-11-1983 بأن الرأي الراجح في الفقه والقضاء، أن القانون الأجنبي يحتفظ بطبيعته أمام القاضي الوطني ولا يعتبر من الوقائع التي يتوجب على الخصم تقديم الدليل على وجوده وان المحكمة الوطنية التي تنظر في الدعوى هي الملزمة بالبحث عن القانون الأجنبي، نقلا عن احمد الفضلي: الموجز في القانون الدولي الخاص، دار قنديل للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط2004، ص174.

[12]– اسعاد موحند : القانون الدولي الخاص ، تنازع القوانين ، الجزء الأول ،ترجمة فائز انجق ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر 1989ص234

[13] – سهام عيكوش : مرجع سابق ،ص156

[14]– عليوش قربوع كمال : مرجع سابق ، ص129-130 .

[15]– هشام صادق : تنازع القوانين ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، مصر ،2007 ص300

[16]– عليوشقربوع كمال : مرجع سابق ،ص130 .

[17]– عكاشة محمد عبد العال : مرجع سابق ،ص445.

[18] – نصت المادة 277 فقرة الأولى من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على.. لا يجوز النطق بالحكم إلا بعد تسبيبه ويجب أن يسبب الحكم من حيث الوقائع والقانون وان يشار إلى النصوص المطبقة .

–كما نجد أن محكمة النقض الفرنسية اعتمدت على قاعدة لمراقبة التسبيب، مفادها تفسير قضاة الموضوع للقانون الأجنبي تفسيرا مخالفا لأحكام الشريعة الأجنبية، بل أن محكمة النقض الفرنسية ذهبت لأكتر من ذلك عندما قررت أن حكم قضاة الموضوع يكون محلا للنقض إذا كان تسبيب حكمهم غير كافي، راجع في ذلك، عكاشة محمد عبد العال ، مرجع سابق ، ص467.[19]

[20]– علي علي سليمان: مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ط2 ،ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص141.

[21]– عليوش قربوع كمال: مرجع سابق ،ص131.

[22]–انظر القرار الصادر عن المحكمة العليا في 10-04-1988 ملف 48855 مق .1992. 03 ، ص80

[23]– شمس الدين الوكيل : دراسة مقارنة في إثبات القانون الأجنبي ورقابة المحكمة العليا على تفسيره ، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية ،. الإسكندرية،مصر،عدد 1و2عام 1963، ص139.

[24]– المادة 358فقرة سادسة ، قانون رقم 08-09 ، المتضمن قانون الإجراءات ت المدنية والإدارية ، مرجع سابق .

[25]–حمزة قتال: مرجع نفسه، ص135.

[26]–.موحند إسعاد: مرجع سابق، ص238.

[27]– هشام صادق: مرجع سابق، ص159

[28]– سهام عيكوش: مرجع نفسه ،ص138..

[29]– عز الدين عبدالله: مرجع سابق، ص575.

[30]– عليوش قربوع كمال: مرجع سابق، ص148.

[31]–نصت المادة 360 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على (..يجوز للمحكمة العليا أن تثير من تلقاء نفسها وجها آو عدة أوجه للنقض.)

[32]– الأمر رقم 89-22 المؤرخ في 12 ديسمبر 1989، الجريدة الرسمية ،عدد53،مؤرخ في 13 ديسمبر1989 ، معدل ومتمم بموجب الأمر رقم 96-25 ، مؤرخ في 12 غشت سنة 1996 والمتعلق بصلاحيات المحكمة العليا وتنظيمها وسيرها .