إعمال القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني

إعمال القانون الأجنبي عندما تشير قاعدة الإسناد إلى اختصاص قانون أجنبي فإن تطبيقه أمام القاضي الوطني يثير عدة تساؤلات تتلخص فيما يلي :

.بأي صفة يطبق القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني ؟

.كيف يتم إثبات القانون الأجنبي ؟

.ماذا سيفعل القاضي إذا استحال إثبات القانون الأجنبي ؟

النصوص :

المادة 23 مكرر من **القانون المدني** الجزائري تنص على أنه : " يطبق القانون الجزائري إذا تعذر إثبات القانون الأجنبي الواجب تطبيقه "

المادة 358 من **قانون الإجراءات المدنية** و الإدارية تنص على أنه :

" لا يبنى الطعن بالنقض إلا على الأوجه الأتية :

5. مخالفة القانون الداخلي ،

6. مخالفة القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة،

7. مخالفة الاتفاقيات الدولية،

8. انعدام الأساس القانوني،

9. انعدام التسبيب ،

10. قصور التسبيب ،

....."

المادة 360 : " يجوز للمحكمة العليا أن تثير من تلقاء نفسها وجها او عدة أوجه للنقض".

أولا : أساس تطبيق القانون الأجنبي

لما كان القانون الأجنبي صادرا عن سلطة تشريعية أجنبية فهل يحتفظ بصفته القانونية عند تطبيقه أمام القاضي الوطني ، أم أنه يفقد هذه الصفة بمجرد تجاوزه حدود الدولة التي سنته؟ بصيغة أخرى ، على أي أساس يطبق القاضي الوطني القانون الأجنبي ؟

إجابة عن مثل هذه التساؤلات وجدت عدة اتجاهات.

أ. الاتجاه الأنجلو أميريكي : فكرة احترام الحقوق المكتسبة :

1°. مضمون النظرية :

هذا الاتجاه يمنع القاضي الوطني من التعرض من جديد لنزاع متعلق بحقوق اكتسبت في الخارج . و عليه ، فإن الهدف الأساسي من تطبيق القانون الأجنبي المعين بمقتضى قاعدة التنازع الوطنية يقتصر على الاعتراف بالحق الذي تم اكتسابه بموجب القانون.

فإذا عرضت على القانون الجزائري مسألة تتعلق بصحة عقد بيع ابرم وفقا للقانون الفرنسي مثلا ، فلن يعترف القاضي بصحته إلا إذا كان كذلك وفقا للشروط المنصوص عليها في القانون الفرنسي.

و عليه، يلتزم القاضي الوطني وفقا لهذا الاتجاه بالقانون الأجنبي في حدود ما يلزم للاعتراف بالحق الذي نشأ بموجب هذا القانون فحسب دون أن يقوم بتطبيقه على النزاع.

2°. نقد النظرية :

لا تقدم أساسا كافيا لتطبيق القانون الأجنبي، إذ أنها تقتصر على تبرير أخذ القانون الأجنبي بعين الاعتبار عندما يتعلق الأمر بحق مكتسب في الخارج ، و بالتالي لا تعطي الأساس الذي يقوم عليه تطبيق هذا القانون بالنسبة لحقوق يراد إنشاؤها في دولة القاضي تقديم مثال ، كما لو تقدم ألماني بدعوى طلاق

ضد زوجته الألمانية أمام محكمة فرنسية ، من هنا ، تبقى هذه النظرية عاجزة عن تفسير إمكانية إعمال القانون الأجنبي على النزاع مباشرة.

ب. المدرسة الإيطالية المعاصرة : [الاستقبال و الإستيعاب]

1°. مضمون النظرية :

ترفض خضوع القاضي الوطني لأوامر المشرع الأجنبي و تطبيق قانونه ، فالقانون الأجنبي ليس له قوة بذاته بل يأخذ قوته الإلزامية بعد دمجه في النظام القانوني الوطني .

فعندما تشير قاعدة التنازع . الإسناد . إلى اختصاص قانون أجنبي ، فإنها بالوقت ذاته تقوم بدمج هذا القانون في القانون الوطني، و عليه، فإن القاضي لا يطبق الأحكام التي يتضمنها القانون الأجنبي، و إنما يطبق الأحكام الوطنية التي نتيجة الإدماج باتت تتوافق مع أحكام القانون الأجنبي.

و يتم الإدماج بإحدى الشكلين :

أ°. **الإدماج المادي** : أوجده الفقيه **فيدوزي**

بموجب الإدماج المادي ، تنصهر القاعدة القانونية الأجنبية في القانون الوطني بشكل كلي و تفقد صفتها الأجنبية لقيام القاضي الوطني بتبني القاعدة الأجنبية بأكملها لمقتضيات القضية التي ينظر بها.

ب°. الإدماج الشكلي : الفقيه أكو

لا يترتب عن إدماج القانون الأجنبي في القانون الوطني فقدان الأول للمعنى و المقومات التي منحه إياها النظام القانوني الأجنبي.

2°. نقد النظرية :

انتقدت من زاوية كونها تستند إلى الخيال لتبرير تطبيق القانون الأجنبي ، لأنه لا يمكن تصور إمكان احتواء قانون القاضي لكافة قوانين العالم، فضلا عن أنه من غير المعقول القول بإمكان احتواء قانون القاضي لقاعدة أجنبية إذا كانت هذه القاعدة تتنافى مع الأسس التي يقوم عليها قانون القاضي أو مع فكرة

النظام العام في دولة القاضي. و في آخر التحليل فإن تبني فكرة الإدماج سيجعل البحث في أساس تطبيق القانون الأجنبي فاقدا لمبرراته، لكونه أضحى غير كذلك ، أي نتيجة للإدماج أصبح قانونا وطنيا[1].

ج . المدرسة الفرنسية [القانون الأجنبي و اقعة question de fait]

1°. مضمون النظرية :

منطلق هذه المدرسة أن القانون الأجنبي ليس له قوة القانون الوطني، فالقاضي لا يطبقه بوصفه قانونا يلزمه به المشرع الأجنبي ، لأنه لا يذعن إلا لأوامر مشرعه و إنما يطبقه بصفته واقعة لا يحتفظ بأي صفة إلزام خارج حدود دولته.

وفقا لهذا الاتجاه ، تتكون كل قاعدة قانونية من عنصرين : عنصر مادي يتمثل في مضمونها، و عنصر معنوي يظهر من خلال الأمر بتنفيذها، و هو الذي يكسبها القوة التنفيذية اللازمة، إلا أن القاعدة القانونية تتمتع بهذين العنصرين طالما اقتصر تطبيقها على حدود الدولة التي سنتها، و هي تفقد عنصر الإلزام بمجرد خروجها من هذه الدولة فتصبح واقعة كبقية الوقائع.

و يترتب عن معاملة القانون الأجنبي كواقعة النتائج التالية :

ـ لا يطبقه القاضي من تلقاء نفسه ، بل لابد من تمسك الخصوم به و إثارته صراحة أمامه.

ـ تقع على عاتق الخصوم مهمة إثبات أحكامه كإثباتهم لأي واقعة من وقائع الدعوى،

ـ لا يجوز للمحكمة أن تحكم بعلمها الشخصي بمضمون القانون الأجنبي،

ـ تتمتع المحكمة بسلطة كاملة في إثبات و تفسير القانون الأجنبي ، و لا تخضع في هذا الشأن إلى رقابة محكمة النقض.

2°. نقد النظرية :

تستند إلى الخيال و المجاز، فالقاعدة القانونية لا تفقد صفتها هذه لمجرد تجاوزها حدود الدولة التي أصدرتها.

د. نظرية احتفاظ القانون الأجنبي بصفته القانونية :

1°. مضمون النظرية :

وفقا لهذا الرأي ، عدم اعتبار القانون الأجنبي عنصرا من عناصر الواقع بل تحتفظ أحكامه بالصفة القانونية حتى عند عبوره الحدود الوطنية و تطبيقه أمام القاضي الوطني.

أختلف أنصار هذا الرأي حول مسالة أساس تطبيق القانون الأجنبي، فبررته المدرسة الإيطالية بواسطة الإدماج، بينما استند غالبية الفقهاء في فرنسا و ألمانيا على نظرية التفويض. أي أن المشرع الوطني يفوض بواسطة قاعدة الإسناد مشروعي الدول في وضع القاعدة القانونية الملائمة للنزاع المطروح.

نقد :

تستند على الخيال .

موقف المشرع الجزائري :

قبل تعديل 2005 :

لم تتضمن المواد من 9 إلى 24 من القانون المدني الجزائري التي تشكل نصوص القانون الدولي الخاص الجزائري أية إشارة إلى طبيعة القانون الأجنبي الواجب التطبيق أمام القاضي الوطني.

غير أنه بالرجوع إلى المادة 233-5 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري التي تنص على انه : "..... ".

مما يفيد أن المشرع الجزائري كمبدأ اعتبر القانون الأجنبي المعروض أمام القاضي الوطني هو مسألة واقع في حين هو مسألة قانون في مادة واحدة و هي مادة شؤون الأسرة[2].

نص المادة 233-5 ، دون إجابة عن موقف المشرع الجزائر[2]

و التي أصبحت المادة 358 ـ6 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

في ظل تعديل 2005 :

بجانب المادة 358 .6 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و التي في صيغتها هي المادة 233-5 من قانون الإجراءات المدنية، أضيفت مادة جديدة للقانون المدني الجزائري و المادة 23 مكرر و التي بمقتضاها نص صراحة على موقفه بشأن الأساس الذي يبرر إعماله للقانون الأجنبي.

رقابة المحكمة العليا:

تمارس المحكمة العليا الرقابة من خلال :

. التحريف الجلي للقانون الأجنبي [محكمة النقض، الغرفة المدنية ، 21 نوفمبر 1961.

. عندما تمارس رقابتها على تسبيب الحكم،فهي لا .تتردد في هذا الإطار بنقض القرار الذي لم يبين أحكام القانون الأجنبي التي أستند عليها [محكمة النقض الفرنسية ، الغرفة المدنية الأولى ، 6 مارس 2001] أو لا يبرر بما فيه الكفاية المفهوم .المعنى .الذي منحه للقانون الأجنبي[5].

موقف القضاء :

القضاء الفرنسي : ' لوتور": La jurisprudence Lautour

بقرار **Lautour** 25 ماي 1948 ، تكون محكمة النقض الفرنسية وضعت نظاما استمر حتى 1993. هذا النظام يضع على عاتق الأطراف عبء إثبات مضمون القانون الأجنبي المنطبق ، و في هذا الإطار وضع مبدأين أساسيين هما :

.عبء الإثبات يقع على عاتق من يقدم مزاعم .طلبات . تخضع للقانون الأجنبي و ليس على عاتق الطرف الذي يثير اختصاص القانون الأجنبي[6].

. محكمة النقض الفرنسية لم تفعل أكثر من تكريس المبدأ العام في مادة الإثبات بمقتضى المادة 1315 من القانون المدني. و وفقا للمصطلحات المستعملة من قبل قرار Thinet بتاريخ 24 جانفي 1984 "

.عندما لا يقدم دليل إثبات القانون الأجنبي ، موقف محكمة النقض الفرنسية يميز بين حالتين : [7]

قضاء بلعيد ـ امرفور" : La jurisprudence Amerford –Belaid :

أ ـ قضاء " أمرفور" A- La jurisprudence Amerford

محكمة النقض الفرنسية، قرار بتاريخ 16 نوفمبر 1993

إذا كان النزاع يتعلق بحقوق للأطراف مطلق التصرف فيها، فإن القاضي يتنصل من كل التزام سواء إزاء قاعدة التنازع أو إزاء القانون الأجنبي ، فعلى الطرف الذي يثير اختصاص القانون الأجنبي إثبات مضمونه و في حالة عدم تمكنه من ذلك ، يطبق القانون الفرنسي[8].

ب ـ قضاء " بلعيد " : B -La jurisprudence Belaid

الغرفة المدنية، قرار26 ماي 1999

إذا كان النزاع لا يتعلق بحقوق ليس للأطراف مطلق التصرف فإنه على القاضي أن يبحث عن مضمون القانون الأجنبي[9].

قضية :

بشأن منازعة تدخل في نطاق القانون الدولي الخاص، بين ـ أ ـ إيطالي ، و ـ ب ـ تونسي بشأن عقد بيع دولي، تم رفعها امام القاضي الجزائري.

أشارت قاعدة الإسناد الجزائرية بتطبيق القانون المختار من قبل الطرفين، و هو قانون إسبانيا.، غير أن القاضي عمد إلى تطبيق القانون الجزائري.

أُستأنف الحكم، ثم طُعن فيه بالنقض أمام المحكمة العليا. وتم تأسيس الطعن على الوجه ألأتي :

ـ الخطأ في تطبيق القانون، على أساس أن القاضي الجزائري لم يطبق صحيح القانون، لعدم إعمال القانون الواجب التطبيق المعين بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية.

كقاضي محكمة عليا، هل تقبل الطعن بالنقض، و بالتالي تنقض و تحيل، أم ترفض الطعن بالنقض، و لماذا؟

[1] ـ مقال ، في : مجلة الشريعة و القانون ، العدد 35 ، 2008 ، ص 248 و ما يليها.

[2] ـ د . محند إسعاد ، القانون الدولي الخاص ، الجزء الأول ، قواعد التنازع ، ترج : د . فائز أنجق ، ديوان المطبوعات الجامعة ، الجزائر، 1989، ص 238.

و بشأن موقف المشرع الجزائري، أكتفى البعض بالإشارة إلى مادة قانون الإجراءات المدنية الجزائري دون تبيان موقف المشرع الجزائري أنظر : د.علي علي سليمان ، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائري 1984 ، ص 142.

[3] ـ د . محند إسعاد ، المرجع السابق ، ج 1 ، ص 236.

[4] ـ المرجع نفسه ، ج. 1، ص 236.

[5] - François Mélin ., droit international privé , Casbah ,Alger,2004, p 130.

[6] - François Mélin ., droit international privé , Casbah ,Alger,2004, p 126.

[7] – Ibid., p 127.

[8] - Ibid., p 128.

[9] - Ibid., p 128.