مجلة البـاحث للـدراسات الأكـاديـمـية
ISSN: 2352-975X ELBAHITH for Academic Studies EISSN: 2588-2368
المجلد: 08 / العدد: 01 / السنة: 2021 / ص ص: 656- 672

معاملة تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني
- Qualification of application foreign law at national court-

تاريخ الإرسال: 2020/09/10 تاريخ القبول: 2020/11/29

رحاوي آمنة *
جامعة سيدي بلعباس- الجزائر
amina.rahaoui@univ-sba.dz

ملخص:

تتفق التشريعات في القانون المقارن على تكييف القانون الأجنبي بأنه قانونا إذا تعلّق بالأحوال الشخصية، وواقعة متى ارتبط بمسائل أخرى، ويلتزم القاضي بتفسيره وفقا للنظام القانوني الأجنبي.

ولكنها تختلف في مسألة مدى خضوع الخطأ في تطبيقه أو تفسيره لرقابة محكمة القانون، وينصّ المشرع الجزائري في المادة 6/358 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن الخطأ في تطبيق أو تفسير القانون الأجنبي المرتبط بالعلاقات الأسرية يكون محلا للطعن بالنقض أمام المحكمة العليا.

الكلمات المفتاحية: تكييف القانون الأجنبي؛ قانون أو واقعة؛ العلاقات الأسرية؛ الطعن بالنقض أمام محكمة القانون؛ المشرع الجزائري.

Abstract:

In comparative legislation,The applicable of forgeign law at personales relations is legally, but it is action in others cases.The judge is obligated to interpret it accordance with the forgeign law.

The defferent in the comparative law at error application or interpretation subject to the control of the court of law ,The Algerian legislator stipulates in article 358/6 of the procedures civile and administrative law that the error application or interpreting foreign law related to famillies relations shall be subject to appeal by cassation befor court of law.

Keywords: *-Qualification of foreign law; Law or Action; Famillies relations; Cassation at court of law; Algerian legislator.*

* - المُؤلِف المُراسل.

مقدمة:

لقد اختصرت المسافات في هذا العصر، وأصبح الانتقال إلى أقصى الأرض بين أبناء المجتمع الدولي مسألة في غاية السهولة والسرعة، وأصبحت الدولة في وقتنا هذا تضمّ فضلا عن أبنائها، عددًا لا يستهان به من أبناء الدول الأخرى، ويرتبط هؤلاء الأجانب

فيما بينهم، أو فيما بينهم وبين أبناء الدولة التي وجدوا فيها بعلاقات قانونية، ولذلك تعقدّت العلاقات القانونية بين الجنس البشري، وتنوعت القواعد التي تحكمها، وأصبحت معرفة تلك القواعد ليس بالأمر اليسير في كل حين، ما دام أن كلّ مجتمع له نظامه القانوني الخاص به، وله سلطته الخاصة التي تسهر على إدارة شؤونه، ويخضع أفراده في علاقاتهم المتعددة الجوانب لقواعد وأنظمة تتناسب مع هذه العلاقات وتختلف باختلافها، وربما تغيرت وتطورت في المجتمع الوطني للدولة بتغير الزمن وتطور العصر، فيظهر التباين في القواعد القانونية في المجتمع الواحد، ويبدو واضحا حينما يتعلق الأمر بأكثر من مجتمع، بالنظر لاختلاف الدول في درجة تطورها وظروفها وبالتالي في أنظمتها.[1]

هذا الاختلاف بين قوانين الدول وأنظمتها، يثير بدون شك نزاعا فيما بينها، كلما اتصلت علاقة قانونية أو مركز قانوني بدولة أجنبية فأكثر، ممّا ترتب عنه أنّ النزاع أصبح في الوقت الحالي علما شائعا لتشابك العلاقات الدولية واتصالها نتيجة التطوّر الحضاري الهائل، الأمر الذي أدّى إلى اكتساب العنصر الأجنبي أهمية كبرى. وكما هو واضح فإنّ العلاقة القانونية إن لم تتصل بدولة أجنبية من أيّ ناحية، خضعت لقواعد القانون الوطني، ولكن الحال يختلف إذا اتصلت العلاقة القانونية بدولة أجنبية أو أكثر في أحد عناصرها.

ويتم حل هذا التنازع بترجيح أحد القوانين المتنازعة وتفضيله سواء كان وطنيا أو أجنبيا، ويكون ذلك بالرجوع إلى قواعد قانونية يطلق عليها تسمية "قواعد التنازع"، يضعها المشرع الوطني لفض التنازع بإسناد العلاقة القانونية لقانون يحكمها .

إنّ قاعدة التنازع هي قاعدة مزدوجة تشير أحيانا إلى تطبيق القانون الوطني (قانون دولة القاضي)، وتشير أحيانا أخرى إلى تطبيق القانون الأجنبي، ويقصد بالقانون الأجنبي مجموعة القواعد التي تصدر عن سلطة التشريع في بلد أجنبي، وتتصف بالإلزام، سواءً كانت مدّونة كالقوانين والمراسيم، أو غير مدّونة، مصدرها العرف أو الفقه أو الاجتهاد القضائي، ويحدّد كلّ قانون مصادره الخاصّة به، وأهمية كلّ مصدر، حيث يلزم الرجوع إليها حين تطبيق القانون الأجنبي، والعبرة في تحديد صفة القانون الأجنبي هي السلطة التي صدر عنها.[2]

ومتى أدّى إعمالها إلى تطبيق القانون الوطني، فهنا لا تثور أيّة مشكلة، غير أنّه إذا أشارت إلى تطبيق القانون الأجنبي، فهنا تثور الإشكالية التالية: كيف يعامل القاضي الوطني القانون الأجنبي المختص الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد في دولته؟

وإن تحديد معاملة القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، يتطلب الوقوف على أمرين هامين، يتمثلان في تحديد طبيعته وكذا وضعيته أمام محكمة القانون، وبهذا يتفرع عن الإشكالية الرئيسية سؤالين فرعيين: هل يعتبر القانون الأجنبي مجرّد واقعة أو قانونا بطبيعته؟، وهل يخضع الخطأ في تفسيره لرقابة محكمة القانون؟

وللإجابة على الإشكالية المتقدمة، نتبع كل من المنهج التحليلي لتحليل النصوص القانونية والأحكام القضائية، والمنهج الوصفي بهدف إعطاء وصف للحقائق القانونية والآراء الفقهية، والمنهج المقارن من خلال الوقوف على تشريعات بعض الدول والمقارنة بينها، مع ابراز موقف المشرع الجزائري.

وقدتم معالجة هذا الموضوع وفقا لخطة ثنائية، حيث تم تقسيمه إلى محورين:

المحور الأول: الطبيعة القانونية للقانون الأجنبي الواجب التطبيق.

المحور الثاني: تفسير القانون الأجنبي الواجب التطبيق.

المحور الأوّل: الطبيعة القانونية للقانون الأجنبي الواجب التطبيق

تطرح مسألة تطبيق القانون الأجنبي، تحديد طبيعة هذا القانون أمام المحاكم، عندئذ فالسؤال المطروح هو عندما تعيّن قاعدة تنازع القوانين قانونا أجنبيا كقانون واجب التطبيق، فهل يعتبر هذا الأخير قانونا أم واقعة بالنسبة لقاضي الموضوع؟

فيما يتعلّق بتكييف هذا القانون وتحديد طبيعته، وجدت نظريات فقهية وآراء مختلفة، فمن الآراء من اعتبرته مجرّد واقعة، ومنها من اعتبرته قانونا بطبيعته.

أولا- القانون الأجنبي الواجب التطبيق مجرّد واقعة:

ينكر أنصار هذا الاتجاه الطبيعة القانونية للقانون الأجنبي الواجب التطبيق الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد الوطنية، واعتبروه مجرّد عنصر من عناصر الواقع، وتزعّم هذا الرأي الفقيه"Batiffol "[3]، وتبعًا لذلك فالقاضي الوطني لا يطبّقه بوصفه قانون يلزمه به المشرع الأجنبي، لأنّه لا يذعن إلاّ لأوامر مشرّعه، فإذا كان القاضي الوطني

يطبّق القانون الأجنبي، فبصفته واقعة فقط، مع عدم قدرته على الاحتفاظ بأيّ صفة إلزام خارج حدود دولته.

ووفق هذا الاتجاه تتكوّن كلّ قاعدة قانونية من عنصرين، عنصر مادّي يتمثل في مضمونها، وعنصر معنوي يظهر من خلال الأمر بالتنفيذ، وهو الذي يكسبها القوّة التنفيذية اللاّزمة، وتتمتع القاعدة القانونية عادة بهذين العنصرين طالما اقتصر تطبيقها على حدود الدولة التي سنّتها، ولكنّها تفقد بمجرّد خروجها من هذه الدولة عنصر الإلزام وتصبح واقعة كبقية الوقائع.(4)

إن اعتبار القانون الأجنبي مجرّد واقعة يقوم على مجموعة من الأسس(5)، كما أن إلحاق هذا الوصف به يترتب عنه بعض الآثار.

1- أساس إعتبار القانون الأجنبي مجرّد واقعة: إنّ أنصار هذا الاتجاه اختلفوا حول الأساس الذي بني عليه تطبيق القانون الأجنبي:

أ- تطبيق القانون الأجنبي على أساس المجاملة الدولية: إنّ الرأي الراجح في الفقه الهولندي(6)، يرى أنّ أساس تطبيق القانون الأجنبي هو مبدأ المجاملة الدولية، حتى أن المدرسة الهولندية عرفت بمدرسة المجاملة، وهو كما يبدو أساس يقترب إلى الأخلاق أكثر منه إلى القانون الملزم، ما دام لا يوجد التزام في القانون الدولي يملي على الدولة أن تسمح للقانون الأجنبي بالامتداد داخل إقليمها، ومع ذلك فإنّ المجاملة المقصودة، هي مجاملة المشرّع عند وضع قواعد الإسناد واختيار الضوابط المناسبة لكلّ طائفة من النظم، وليس مجاملة القاضي للقانون الأجنبي، لأنّ القول بذلك مدعاة لتحكّم القضاة حسب ميولهم، فيسمحون له بالتطبيق إن وافق ميزاجهم، أو يرفضون السماح له في الحالة العكسية، والمفروض أنّ القاضي ملزم بتطبيق ما تشير إليه قواعد التنازع الوطنية.

ب- تطبيق القانون الأجنبي إحتراما للحق المكتسب: سادت في الدول الأنجلوسكسونية نظرية الحق المكتسب، ومقتضاها أنّ القاضي الوطني وهو يطّبق القانون الأجنبي، إنّما يعترف بالحق المكتسب تحت سلطان هذا القانون، وكأنّ الاعتراف بهذا القانون، هو اعتراف بواقعة نتجت تحت سلطانه لصاحب الحق بواسطة قاعدة الإسناد الوطنية.(7)

وقد انتقدت هذه النظرية من حيث عدم الشمول، لأنّ تطبيق القانون الأجنبي لا يقتصر على حالات احترام الحقوق المكتسبة، بل يتعيّن تطبيقه أيضا في حالة إنشاء حقوق ومراكز لم تكن موجودة من قبل، كإبرام عقد الزواج.[8]

ج- تطبيق القانون الأجنبي على أساس التفويض: يسود في الفقه الفرنسي والألماني اتجاه مبناه أنّ القانون الأجنبي يطبّق بموجب تفويض من المشرع الأجنبي الذي اختارت قاعدة التنازع الوطنية تطبيق قانونه، ولكن هذا الموقف يصطدم باجتهاد القضاء الفرنسي الذي يجعل القانون الأجنبي عنصرًا من عناصر الواقع، وفي محاولة للتوفيق بين الرأيين يذهب الفقيه Batiffol[9] إلى القول أن القانون الأجنبي يختلف عن قانون القاضي من ناحية مكان نشره، ومن ناحية قوّة نفاده في الخارج، ولكن مع ذلك، يطبّقه القاضي الوطني بأمر من مشرّعه عن طريق الاختيار التي أملته قاعدة التنازع الوطنية، باعتباره عنصرًا من عناصر الواقع وليس القانون.

2- الآثار المترتبة على اعتبار القانون الأجنبي مجرّد واقعة: من الآثار المترتبة على الاتجاه الذي يجعل من القانون الأجنبي مجرّد واقعة عدّة نتائج نذكر منها:

- عدم تطبيق قاعدة الجهل بالقانون ليس بعذر في شأن القانون الأجنبي بما أنه واقعة، وبالتالي التمسك بجهله مقبول.

- لا يطبّقه القاضي من تلقاء نفسه، بل لابدّ من تمسك الخصوم به وإثارته صراحة أمامه، فالقاضي ليس ملزما بتطبيق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه، ولو كان عالما بأحكامه، بل على الخصوم التمسّك بتطبيقه.

- إنّ الطرف الذي يتمسّك بتطبيق القانون الأجنبي، هو الذي يلتزم إثباته، فهو الذي يقيم الدليل على مضمونه[10]، ولا يمكن للقاضي البحث في مضمون القانون الأجنبي، وذلك لأنّه عمليا من العسير على القاضي أن يلمّ بكلّ قوانين العالم.[11]

-إن القاضي ليس ملزما بتطبيق قاعدة الإسناد من تلقاء نفسه، إلاّ إذا تمسّك أحد الخصوم بتطبيقها، والخصوم هم الذين يسردون الوقائع على القاضي، وهذا الأخير يقول كلمة القانون في هذه الوقائع.[12]

- لا يجوز للمحكمة أن تحكم بعلمها الشخصي بمضمون القانون الأجنبي.

- تتمتع المحكمة بسلطة كاملة في إثبات وتفسير القانون الأجنبي، ولا تخضع في هذا الشأن لأيّ رقابة.

- إذا تعذّر إثبات القانون الأجنبي من طرف أحد الخصوم، فالقاضي ملزما بالفصل في النزاع طبقا لقواعد القانون الوطني، وإلاّ اعتبر مرتكبًا لجريمة إنكار العدالة[13].

وقد أخذ بهذا التكييف القضاء الأنجلوسكسوني، الذي رفض منح الصفة الإلزامية لقاعدة الإسناد، ويستند موقفه إلى عدم وجود ضرورة أصلا لتطبيق هذه القاعدة بسبب افتراض المطابقة التامّة بين القانون الأجنبي والقانون الوطني، فالمبدأ يقضي بتطبيق القانون الوطني مباشرة على النزاع طالما أنّ القانونين متشابهان، ولا يمكن إلاّ للخصوم بصفتهم أصحاب المصلحة التمسك بإثارة قاعدة الإسناد، إذا أثبتوا اختلاف مضمون القانون الأجنبي عن أحكام القانون الوطني.[14]

ثانيا- معاملة القانون الأجنبي الواجب التطبيق كقانون:

وفق هذا الرأي يحتفظ القانون الأجنبي بالصفة القانونية، غير أنّ أنصاره قد اختلفوا حول مسألة أساس تطبيق القانون الأجنبي.

1- أساس معاملة القانون الأجنبي الواجب التطبيق كقانون: تبنّت المدرسة الإيطالية الحديثة التطوّرات التي وصل إليها الفقيه" Anzilotti" في بداية القرن العشرين والمتمثلة في الازدواجية الكاملة للنظام الداخلي والنظام الدولي، فاعتبر القانون الأجنبي قانونا لا واقعة، وحاول تفسير ذلك باستناده إلى نظرية الاستقبال والاستيعاب La réception et l'incorporation[15].

إنّ هذه القاعدة تستوعب القانون الأجنبي، فيندمج فيها، وكأنّ القاضي وهو يطبّق القانون الأجنبي، إنّما يطبّق قاعدة التنازع في قانونه، ولقد غالى بعض الفقهاء في هذه النظرية، وقالوا أنّ الاندماج مادّيla réception matérielle بحيث تفقد القاعدة الأجنبية صفتها الأجنبية وتندمج في القاعدة القانونية، وعندما يطبّق القاضي هذه القاعدة، فكأنه يطبق قاعدة التنازع في قانونه الوطني. ولكن يؤخذ على هذا اتجاه أن القانون الأجنبي يتفرغ من محتواه ويصبح تفسيره كتفسير القانون الوطني.

والبعض الآخر قال أنّ الاندماج شكلي La Réception formelle[16] بحيث تحتفظ القاعدة الأجنبية بمعناها وبمقوّماتها وبطبيعتها الأجنبية، غير أنّ القاضي يطبّقها

EISSN: 2588-2368 _____ ISSN: 2352-975X

باعتبارها قد اندمجت شكلا فقط في قاعدة التنازع في قانونه. ولكن انتقد هذا الرأي من حيث أن قانون القاضي لا يستطيع أن يستوعب كافة القوانين ولو شكليا[17]، لذلك يرى أنصار نظرية التفويض أنّ القانون الأجنبي يحتفظ بصفته الأجنبية فهو يسري بقوّة إلزامية، أي بوصفه أمرًا صادرًا من المشرّع الأجنبي بناءًا على تفويض أو إنابة (Délégation) صادر من المشرع الوطني، ففي كلّ حالة يثبت فيها الاختصاص لقانون أجنبي طبقا لقاعدة الإسناد، يتخلّى المشرّع الوطني عن الاختصاص التشريعي للمشرّع الأجنبي وينيبه عنه في التشريع بالنسبة للحالة المعروضة عليه[18].

2- النتائج المترتبة على اعتبار القانون الأجنبي الواجب التطبيق قانونا: يترتب على إضفاء الصفة القانونية على القانون الأجنبي نتائج مخالفة للنتائج المترتبة عن اعتباره مجرّد واقعة وهي كالآتي:

- يطبّق القاضي المعروض عليه النزاع القانون الأجنبي من تلقاء نفسه، ويلتزم بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي.
- إنّ القاضي ملزم بتطبيق قاعدة الإسناد من تلقاء نفسه.
- يحقّ للمحكمة العليا أن تمدّ رقابتها للتفسير الذي يعطيه قضاة الموضوع بشأن تطبيقهم للقانون الأجنبي.
- إنّ العذر بجهل القانون الأجنبي غير مقبول.

وقد أخذ بهذا التكييف القضاء الألماني منذ بداية القرن العشرين[19]، فالمشرع الوطني بسنّه قواعد الإسناد إنّما أراد أن يحلّ مشكلة تنازع القوانين في العلاقات الدولية الخاصّة، وعليه يأتي عنصر الإلزام لهذه القواعد من صفتها الوطنية، ممّا يستتبع تطبيق القاضي لها من تلقاء نفسه، ودون حاجة لتمسك أطراف الدعوى بها، كما قضت محكمة النقض الفرنسية بالتطبيق التلقائي للقانون الأجنبي بدون تمسّك الخصوم بذلك حسب ما جاء في قرار(Rebouh) الصادر في 11 أكتوبر 1988[20]، إذ عاملت القانون الأجنبي معاملة قانون، ونقضت القرار على أساس أن قضاة الموضوع لم يطبّقوا القانون الذي أشارت إليه قاعدة التنازع الفرنسية، كما جسّدت ذلك المادّة 01/12 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسية الجديد[21].

غير أنّ القضاء الفرنسي يتراجع عن التطبيق التلقائي للقانون الأجنبي إذا تعلّق الأمر بحقوق يكون للأطراف حرية التصرّف فيها.[22]

ثالثا: موقف التشريعات الوضعية من طبيعة القانون الأجنبي الواجب التطبيق

نص المشرّع الجزائري في المادّة 358 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الساري المفعول في فقرتها الثامنة: " لا يبنى الطعن بالنقض إلاّ على وجه واحد أو أكثر من الأوجه الآتية: ... 6-مخالفة القانون الأجنبي المتعلّق بقانون الأسرة..."[23]، وطبقا لذلك هو يعامل القانون الأجنبي المتعلّق بقانون الأسرة كقانون، فمتى أشارت قاعدة التنازع الجزائرية إلى العمل بمقتضى هذا القانون، فيطبّقه القاضي من تلقاء نفسه، ويترتب على مخالفة تطبيقه الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا، أمّا إذا تعلّق الأمر بغير قانون الأسرة، فالقاضي غير ملزم بتطبيقه من تلقاء نفسه.

وفيما يخص موقف القانون الجزائري من مسألة إثبات القانون الأجنبي المتعلّق بقانون الأسرة، يكون من طرف القاضي المعروض أمامه النزاع، وله أن يستعين بجهد الخصوم في ذلك، وإذا تعلّق الأمر بقانون غير متعلّق بالأسرة، فيكون إثباته من طرف الخصوم، وذلك استنتاجا من نص المادّة 6/358، إذ رتب المشرّع الجزائري على الخطأ في تطبيق القانون الأجنبي المتعلّق بالأسرة، الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا، ومن الآثار المترتبة على ذلك ضمنيا، التطبيق التلقائي لقاعدة الإسناد التي تشير إلى تطبيق قانون أجنبي متعلّق بالأسرة، والتزام القاضي تبعا لذلك بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي.

كما أن القضاء الفرنسي يقضي بالصفة الإلزامية لقاعدة التنازع في بعض الحالات، مما يترتّب على ذلك إضفاء الطبيعة القانونية على القانون الأجنبي، بينما يكرّس في حالات أخرى الصفة الاختيارية لقاعدة التنازع، وهو بذلك يضفي الصفة الواقعية على القانون الأجنبي.

وتتمتّع قاعدة التنازع بالصفة الإلزامية إذا تعلّقت الدعوى بحقوق لا يمكن للخصوم التصرّف فيها[24]، أي عندما تتعلّق القضيّة بمسائل تتعلق بالنظام العام، فيتوجّب على قضاة الموضوع أن يطبّقوا من تلقاء أنفسهم قاعدة التنازع، وهذا ما قرّرته محكمة النقض الفرنسية بقرارها الصادر في 06-05-1999[25]، وكان قد سبق لمحكمة

النقض أن قرّرت الصفة الإلزامية لقاعدة التنازع، ليس فقط إذا كان الحق المدّعى به غير قابل للتصرّف من قبل الخصوم، وإنّما أيضا إذا كان مصدر قاعدة التنازع اتفاقية دولية. وفي مقابل ذلك تتمتع قاعدة التنازع بالصفة الاختيارية، إذا تعلّقت الدعوى بحقوق يمكن للأطراف التصرّف فيها، وهنا يجوز للقاضي ولكنّه غير ملزم بذلك إثارة قاعدة التنازع التي تشير إلى اختصاص قانون أجنبي، إلاّ إذا اتفق الأطراف على خلاف ذلك، وفي هذه الحالة لا يمكن إعمال قاعدة التنازع، ويتوجب تطبيق القانون الوطني.[26]

واستنتاجا ممّا ذهب إليه القضاء الفرنسي، فإنّ هذا الأخير يكيّف القانون الواجب التطبيق على العلاقات الأسرية قانونا لا واقعة، ويكون القاضي ملزما بتطبيقه من تلقاء نفسه.

إن الخصم المتمسّك بتطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الفرنسي، هو صاحب المصلحة الحقيقية في الكشف عن مضمون هذا القانون، ولذلك فمن الطبيعي أن يلقى عليه عبء إثبات القانون الذي يتمسّك بأحكامه[27]. إنّ إلزام الخصوم بإثبات القانون الأجنبي يتبنّاه أيضا النظام الإنجليزي الذي يلزم القاضي بتطبيق قاعدة الإسناد.[28]

أمّا القضاء المصري فتعرّض بصفة عرضية لمسألة إعمال قاعدة التنازع من طرف القاضي، وذلك في حكم صادر عن محكمة النقض المصرية في 07 نوفمبر 1960، إذ اعتبرت المادّة 14 من القانون المدني المصري[29] من النظام العام، لأنّ نص هذه المادّة يقضي بتطبيق القانون الوطني في مسائل الأحوال الشخصية التي تندرج ضمن النظام العام للقانون الداخلي، والمحكمة هنا لم توضّح فيما إذا كان الوصف مرجعه جميع قواعد التنازع من النظام العام، أم أنّ هذا الوصف يرجع إلى اعتبارات تتعلّق بنص المادّة 14 من القانون المدني المصري فقط.

أمّا المشرّع التونسي فقد سار على وتيرة القضاء الفرنسي، إذ نصّ في المادّة 28 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي لسنة 1998[30]، على أنّ قاعدة التنازع من النظام العام إذا أشارت إلى تطبيق قانون أجنبي، وكان موضوع الحقوق المتنازع عليها بين الأفراد لا يجوز التصرّف فيها، وهي ليست من النظام العام إذا كان موضوع الحقوق المتنازع عليها، يمكن للأطراف التصرّف فيها.

المحور الثاني: تفسير القانون الأجنبي الواجب التطبيق

إذا ثبت مضمون القانون الأجنبي أمام قاضي الموضوع، وجب عليه أن يطبّقه على المنازعة المطروحة أمامه، ولكن على أيّ قانون يقوم القاضي المعروض أمامه النزاع بتفسير القانون الأجنبي ؟، وهل تخضع عملية التفسير لرقابة محكمة القانون ؟، لذلك سنتعرّض أوّلا إلى دور القاضي في تفسير القانون الأجنبي، وثانيا إلى مدى رقابة محكمة العليا على تفسير القانون الأجنبي.

أولا: دور القاضي في تفسير القانون الأجنبي الواجب التطبيق

إنّ القاضي متى تمّكن من التعرّف على القانون الأجنبي الواجب التطبيق وأثبت مضمونه، فإنّه يطبّقه بالصورة والكيفية التي يطبّق بها أمام محاكم الدولة المشرعة له، فيتقيّد بالحلول القضائية والمبادئ العامّة الحاكمة لتفسير القانون في هذه الدولة[31].

ويرى البعض أنّ دور القاضي في تفسير القانون الأجنبي لا يختلف عن دوره في تفسير قانونه، فهو يبحث في الحالتين عن نيّة المشرّع، وما يستهدفه من وراء القواعد التي صدرت عنه، متحرّيا في ذلك قواعد العدالة وفقا للمفاهيم السائدة في دولة القاضي، فإذا كان للقاضي أن يستأنس في تفسيره للقوانين الأجنبية بالآراء السائدة في الفقه والقضاء الأجنبي، إلاّ أنّه غير ملزم بالأخذ بها، لأنّه إذ يحكم بالعدل، فإنّما يفعل ذلك باسم الدولة التي يتبعها وتحت مسؤوليتها.

غير أنّ هذا الرأي محلّ انتقاد لأنّ حكمة التشريع تقتضي تقيّد القاضي بالحلول القضائية المستقرّة في الدولة التي يطبّق قانونها، حتى لو لم يكن القضاء هناك مصدرا رسميا لقواعد القانون، ولعلّ في القول بغير ذلك انحرافا بقاعدة الإسناد عن هدفها، وإعطاء القانون الأجنبي معنى ليس له، على نحو قد يؤدي إلى تطبيقه بصورة مشوّهة، فيخالف بذلك ليس إرادة المشرع الأجنبي واضع هذا القانون، وإنمّا كذلك إرادة المشرّع من خلال قاعدة التنازع التي تشير إلى تطبيق القانون الأجنبي بالمعنى المقرّر في الدولة المشرعة له[32]. لذلك يتوجّب على القاضي، إتباع أسلوب التفسير الذي تأخذ به المحاكم الأجنبية، والابتعاد عن الاجتهاد الشخصي في التفسير، ويتوجّب عليه، تطبيق القانون الأجنبي كما هو مطبّق في بلاده الأصلية، آخذًا بعين الاعتبار ليس

فقط نصوص قوانينها، وإنّما أيضا ما استقرّ عليه قضاؤها، ونتيجة لذلك القاضي لا يكون ملزما بالتفسير الذي قد يتمسّك به أحد الخصوم لمعنى القانون الأجنبي[33].

وقد نصّت بعض القوانين[34]، على وجوب التقييد بالتفسير المقرّر في القانون الأجنبي، وخضوع القاضي في تفسيره لرقابة محكمة القانون، حيث أنّ المشرع التونسي نصّ في الفصل 34 من مجلّة القانون الدولي الخاص التونسي: "يطبّق القاضي القانون الأجنبي كما وقع تأويله في النظام القانوني المنتمي إليه".

كما أنّ محكمة النقض الفرنسية تقرّ الرقابة على الأحكام التي تخطأ في تطبيق القانون الأجنبي وتفسيره، وهو الموقف نفسه الذي تبنّته محكمة النقض المصرية كما سنرى.

ثانيا: رقابة محكمة القانون على تفسير القانون الأجنبي الواجب التطبيق

بداهة إنّ الخطأ في تطبيق قاعدة الإسناد يخضع لرقابة المحكمة العليا، لأنّه خطأ في تطبيق القانون الوطني، ومثال ذلك أن يطبّق القاضي الجزائري على انعقاد الزواج أو آثاره قانون الموطن، بدلا من قانون الجنسية الذي تأخذ به قاعدة التنازع الوطنية[35]، غير أنّ الخطأ في تفسير القانون الأجنبي هو محلّ خلاف في القانون المقارن، فيما إذا كان يخضع أو لا لرقابة المحكمة العليا، فهناك دول ترفض مدّ رقابة المحكمة العليا على التفسير الذي يعطيه قضاة الموضوع، مثل: بلجيكا، هولندا، سويسرا، ومعظم قضاء الدول الأوربية، وذلك على أساس أنّ القانون الأجنبي طابقه، وأنّ مهمّة المحكمة العليا هي توحيد الاجتهاد القضائي الوطني ويصعب عليها عمليا التكفّل بهذه المهمّة بالنسبة لمختلف القوانين الأجنبية.[36]

غير أنّ هذا الموقف لا يحمد عقباه، وإن حاول أن يخفّف العبء على مهمّة القاضي إلاّ أنه يسمح لقضاة الموضوع من جهة أخرى بتفسير القانون الأجنبي على أهوائهم، وهم مقتنعون مسبقا بإفلات قضائهم من رقابة محكمة القانون.[37]

وحسب التشريع الجزائري، فمن خلال استقراء نص المادة 358 /6 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية يفهم منها أن المسائل المتعلقة بالأسرة، يشكل الخطأ في تطبيق القانون الأجنبي المتعلق بها وسيلة للطعن بالنقض أمام المحكمة العليا، كما ذهب إليه بعض شرّاح القانون الجزائري[38]. ومن ثمّ فالخطأ في تفسير القانون الواجب

التطبيق على العلاقات الأسرية يخضع لرقابة المحكمة العليا[39]. إذ سوّى المشرّع الجزائري هنا بين القانون الداخلي والقانون الأجنبي، المتعلّق بالأحوال الأسرية، ويستنتج تبعا لذلك أنّ القاضي الجزائري إذا أخطأ في تفسير أو تطبيق القانون الأجنبي الواجب التطبيق على العلاقات الأسرية دون سواها، فإنّ ذلك يكون سببا من أسباب قبول الطعن بالنقض.

أما في فرنسا فقد رفضت محكمة النقض الفرنسية، مدّ رقابتها على تفسير القانون الأجنبي، ومن أهم الحجج التي قالت لتبرير موقفها، أنّ مهمّة محكمة النّقض هي المحافظة على وحدة تطبيق القانون الفرنسي وتحقيق الانسجام بين أحكامه، فليس من وظيفة المحكمة الإشراف على تنسيق أحكام القوانين الأجنبية، كما أن تصدّي المحكمة لهذه المهمّة يعرضها لتحريات واقعية في سبيل البحث عن مضمون القانون الأجنبي، وهو ما يخرج عن إختصاصها، وأخيرا إنّ التعرّض لتفسير القوانين الأجنبية قد يوقع المحكمة في الخطأ والانحراف عن فهم مضمونه الحقيقي، ممّا يؤثر على سمعتها وكرامتها[40].

غير أنّ هذه الحجج التي استند إليها الفقه القديم لتبرير موقف المحكمة العليا، ضربت في أساسها من قبل الفقه الحديث الذي نادى بممارسة الرقابة على القانون الأجنبي، ممّا دفع بمحكمة النقض الفرنسية إلى محاولة التصدّي لرقابة التفسير، مستترة وراء فكرة أخرى، هي فكرة الرقابة على مسخ القانون الأجنبي[41].

وفي إنجلترا يجوز للمحكمة العليا أن تقبل الطعن بالنقض أمامها لأوّل مرّة من طرف الخصوم بشأن القوانين الأجنبية، لأنّها تعدّ بمثابة محكمة درجة ثالثة من درجات المحاكم، وليس محكمة اجتهاد .

أمّا القضاء المصري، فقد مرّ بنفس المرحلة التي مرّ بها القضاء الفرنسي، بحيث كانت محكمة النقض المصرية لا تبسط رقابتها على القوانين الأجنبية بشأن التفسير الّذي يعطيه قضاة الموضوع في حالة تطبيق القانون الأجنبي، وعلى إثر هذه المرحلة أصدر القضاء المصري حكما بتاريخ 14 أفريل 1970[42]، ولكن استنادا إلى نص المادّة 425 من قانون المرافعات المصري، أصبح من الجائز الطعن بالنقض إذا تعلّق الأمر "بمخالفة للقانون أو خطأ في تطبيقه أو في تأويله".[43]

كما نصّ المشرّع التونسي صراحة في مجلّة القانون الدولي الخاص التونسي في فصلها 34 فقرة 2: "يخضع تأويل القانون الأجنبي لرقابة محكمة التعقيب".

خاتمة:

من خلال هذه الدراسة، يتضح أن التشريعات المقارنة في تحديدها لطبيعة القانون الأجنبي الواجب التطبيق على العلاقة القانونية المشتملة على عنصر أجنبي تميز بين ما إذا كانت هذه الأخيرة مرتبطة بالأحوال الشخصية أي بحقوق لا يجوز التصرف فيها، أو مرتبطة بغير ذلك من المسائل أو الحقوق التي يجوز التصرف فيها، ففي الحالة الأولى يكيّف القانون الأجنبي باعتباره قانونا، وفي الحالة الثانية يعتبر واقعة، مما يترتب عنه نتائج تختلف باختلاف التكييف الذي يضفى على هذا القانون. وقد تبنّى المشرع الجزائري هذا الموقف صراحة بنصه في قانون الإجراءات المدنية والإدارية في المادة 358 في فقرتها السادسة.

ومتى أشارت قاعدة الإسناد إلى تطبيق قانون أجنبي، فإن الخطأ في تطبيق هذه القاعدة يعتبر لا محالة خطأ في تطبيق القانون الوطني، ويخضع لرقابة المحكمة العليا، وهذا ما تتفق عليه التشريعات المقارنة بما فيها المشرع الجزائري، غير أنها تختلف مواقفها إذا تعلق الأمر بتفسير القانون الأجنبي، إذ ثبت أن هناك تشريعات ترفض مد رقابة محكمة القانون في حال الخطأ في تفسيره، وهناك تشريعات أخرى تقر الرقابة على الأحكام التي تخطأ في تطبيق القانون الأجنبي أو تفسيره..وبين هذا وذاك، يميز المشرع الجزائري بين ما إذا كان هذا القانون واجب التطبيق على العلاقات الأسرية أو على غيرها من المسائل، فإذا أخطأ القاضي في تطبيق أو تفسير القانون الأجنبي الواجب التطبيق على العلاقات الأسرية دون سواها فإن ذلك يخضع لرقابة المحكمة العليا، استنتاجا من نص المادة 6/358 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

واستنادا إلى موقف المشرع الجزائري من معاملة القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، يمكن إجمال أهم **النتائج** المتوصل إليها فيما يلي:

- يعتبر القانون الأجنبي الواجب التطبيق، بموجب قاعدة الإسناد الوطنية الجزائرية قانونا بطبيعته إذا ارتبط بالعلاقات الأسرية، باعتبارها حقوقا لا يجوز التصرف فيها.

- ويعتبر مجرد واقعة متى ارتبط بحقوق يجوز التصرف فيها.

-يخضع الخطأ في تطبيق أو تفسير القانون الأجنبي، الواجب التطبيق بموجب قاعدة الإسناد الوطنية لرقابة المحكمة العليا، وذلك متى كان هذا القانون يفصل في المنازعات المرتبطة بالعلاقات الأسرية دون سواها.

- على القاضي الجزائري التطبيق التلقائي للقانون الأجنبي الواجب التطبيق على العلاقات الأسرية، كما يقع على عاتقه عبء إثباته.

- يمكن للخصم المطالبة بتطبيق القانون الأجنبي المختص نتيجة إعمال قاعدة الإسناد الوطنية في غير مسائل العلاقات الأسرية، ويقع عليه عبء إثبات مضمونه.

- يطبّق القاضي الجزائري القانون الأجنبي بالصورة والكيفية التي يطبّق بها أمام محاكم الدولة المشرّعة له.

وبالنظر لهذه النتائج المتوصل إليها من خلال هذه الدراسة، **نقترح** لسد الثغرات القانونية الموجودة في التشريع الجزائري ضرورة وجود نصوص تشريعية صريحة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية تقضي بذلك، فقد اكتفى المشرع الجزائري بالنص في المادة 6/358 منه على أن مخالفة القانون الأجنبي المتعلّق بالأسرة يعتبر وجها من أوجه الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا، وأغفل النص صراحة على الآثار المترتبة على ذلك.

الهوامش والمراجع:

(1)- حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني، دراسة مقارنة، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، بدون طبعة، سنة 1997، ص07

(2)- محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، بدون طبعة، سنة 2009.ص 228.

(3)- Henri Batiffol, Paul lagarde: Traité de droit International privé, L.G.D.J.,T.1,8ème édition, 1993, p531.

(4)- نادية فوضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، دار هومة، الجزائر، بدون طبعة، سنة 2001، ص 27.

(5)- فتيحة بن صابر، دور القاضي في تطبيق القانون الأجنبي وفق التشريع الجزائري، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، جامعة عمار ثليجي، الأغواط، الجزائر، المجلد الخامس، العدد الثاني، جوان 2019، ص 252.

(6)- زروتي الطيب، الوسيط في الجنسية الجزائرية، دراسة تحليلية مقارنة بالقوانين العربية والقانون الفرنسي، مطبعة الكاهنة، الجزائر، بدون طبعة، سنة 2002، ص 253 ومابعدها .

(7)- سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص، تطوّر وتعدّد طرق حلّ النزاعات الخاصّة الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، بدون طبعة، سنة2004، ص 197.

(8)- علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الثانية، سنة 2003 ص 134- 135، راجع كذلك محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، الجنسية، الموطن، مركز الأجانب، مادة التنازع، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، الطبعة الأولى، سنة 2006، ص 475.

(9)- Henri Batiffol, Paul Lagarde: op.cit, p .531.

(10)- Loussouarn yvon, Pierre Bourel , Droit international privé , Dalloz, 7ème édition, 2001, p.277.

(11)- علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 137.

(12)- نادية فوضيل، الغش نحو القانون، دار هومة، الجزائر، بدون طبعة، سنة 2005، ص 29.

(13)- محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص 232 وما بعدها.

(14)- ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، القانون الدولي الخاص، الأردني والمقارن، الجزء الأول، تنازع القوانين، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، بدون طبعة، سنة 1998، ص 234، راجع كذلك، فتيحة بن صابر، المرجع السابق، ص251.

- V. Henri Batiffol et Paul Lagard: Op.cit, p534.

(15)- علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 135.

(16)- محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، الجنسية، الموطن، مركز الأجانب، مادة التنازع، مؤسسة الثقافة الجامعية، الاسكندرية، بدون طبعة، سنة 1997، ص 476.

(17)- عليوش قربوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، تنازع القوانين، دار هومة، الجزائر، بدون طبعة، سنة 2006، ص 117. راجع كذلك، حمزة قتال، دور القاضي في تطبيق القانون الأجنبي في القانون الجزائري والمقارن، رسالة تخرج لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، الجزائر 2010، ص 266.

(18)- نادية فوضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، المرجع السابق، ص 25.

(19)- ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش: القانون الدولي الخاص، الأردني والمقارن، الجزء الأول، تنازع القوانين، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، بدون طبعة، سنة 1998، ص 220.

(20)- تتلخص وقائع قراراً ربوح: في طلب إثبات نسب طفل طبيعي من أم جزائرية، حيث أشارت قاعدة التنازع الفرنسية إلى تطبيق قانون جنسية الأم وفقا لنص المادة 311- 14 قانون مدني فرنسي، فطبّق قضاة الموضوع في هذه القضيّة القانون الفرنسي، فنقضت محكمة النقض الفرنسية هذا القرار على أساس أنّ قضاة الموضوع تجاهلوا تطبيق القانون الجزائري باعتباره القانون الشخصي للأم، راجع في ذلك:

Jean Derruppé , droit international privé , Dalloz, 14ème édition, 2001, p101.

(21)- Art. 12 al. 01 du nouveau code de procédure civile français du 31-07- 2020 qui dispose «le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicable.» v. le site: w w w.legifrance.gouv.fr

(22)- عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، دارسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط1، سنة 2004، ص 348.

(23)- قانون رقم 09- 08 المؤرخ في 18 صفر عام 1429، المواقف 25 فبراير سنة 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، الجريدة الرسمية رقم 21.

(24)- عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 348.

(25)- Cass. Civil 1ère, 4 Décembre 1990, v. Jean Derruppé,op.cit, p 87.

(26)- محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص 222.

(27)- هشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، بدون طبعة سنة 2003، ص 154.

(28)- نادية فوضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، المرجع السابق، ص206.

(29)- وتقابل هذه المادة في التشريع الجزائري، المادة13 من قانون رقم 05-10، المؤرخ في 20 جوان 2005، المعدل والمتمم للقانون المدني الجزائري، الجريدة الرسمية رقم 44.

(30)- Art. 28 du loi N° 98- 97 de droit international privé Tunisienne , qui dispose: «la règle du conflit est d'ordre public lorqu'elle a pour objet une catégorie de droits dont les parties n'ont pas la libre disposition.Dans les autre cas, la règle est obligatoire pour le juge à moins que les parties n'aient explicitement manifesté leur volonté de décliner son applications»,v.le site: w w w jurispedia.org

(31)- حمزة قتال، تفسير القضاء للقانون الأجنبي تأثرا وتأثيرا، مجلة حوليات، الجزائر، العدد 27، الجزء الأول، سنة 2015، ص 266. راجع كذلك، فتيحة بن صابر، المرجع السابق، ص 254.

(32)- عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 406.

(33)- هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 172.

(34)- راجع المادّة التاسعة من مجموعة القانون الدولي الخاص اليوغسلافية لسنة 1983، المادة 2055 من القانون المدني البيرو في المطبّق منذ 1984، المادّة 16 ف01 من القانون المدني المكسيكي المعدّل في 11 ديسمبر 1987، راجع في ذلك، زروتي الطيب، المرجع السابق، ص265.

EISSN: 2588-2368 _____ ISSN: 2352-975X

(35)- نعوم سيوفي، الحقوق الدولية الخاصة، أمالي ومحاضرات للسنة الرابعة حقوق، جامعة حلب، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، بدون طبعة، سنة 1966-1967، ص 312.

(36)- هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 175.

(37)- زروتي الطيب، المرجع السابق، ص 265.

(38)- ومن هذا الاتجاه عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص149، أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، الجزء الأول، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ط 10، سنة 2008، ص 157.

(39)- ومن هذا الاتجاه عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص149، أعراب بلقاسم، المرجع السابق ص 157.

(40)- نعوم سيوفي، المرجع السابق، ص 312.

(41)- نعوم سيوفي، المرجع نفسه، ص 312.

(42)- صدر حكم بتاريخ 14 أفريل 1970 جاء فيه: "إنّ الإستناد إلى قانون أجنبي هو وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة واقعة يجب على الخصوم إقامة الدليل عليها، ولّما كانت الطاعنة، لم تقدّم ما يثبت أنّها تمسّكت بهذا الدفاع أمام محكمة الموضوع، فإنّه يكون سببا جديدًا، لا يجوز التحدّي به لأوّل مرّة أمام محكمة النقض"، راجع، عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، الهيئة المصرية العامة للكتاب، ط 9، سنة 1986، ص600.

(43)- وكتحليل لنص المادّة 425 قا. مرافعات مصري، إنّ عبارة القانون وردت مطلقة، إذ تشتمل على القوانين الوطنية والأجنبية على حدّ سواء.