

جامعة محمد بوضياف المسيلة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

عنوان الدرس:

تطبيق القانون الأجنبي

....

أستاذ الدرس: الدكتور عمارة عمارة أستاذ محاضر قسم "ب"

الفئة المستهدفة: : طلبة السنة الأولى ماستر، تخصص قانون أسرة

الحجم الساعي: 01 ساعة و 30 دقيقة في الأسبوع

أهداف الدرس: تتمثل أهداف الدرس فيما يلي:

1- تعريف الطلبة على كيفية تطبيق القانون الأجنبي

2- تعريف الطلبة على الطبيعة القانونية للقانون الأجنبي

3- تعريف الطلبة على دور القاضي الوطني في تطبيق القانون الأجنبي

السنة الجامعية: 2020-2021

المحور الحادي عشر: كيفية تطبيق القانون الأجنبي

إذا أشارت قاعدة الإسناد الوطنية إلى تطبيق قانون أجنبي فكيف يتسنى للقاضي المعروف عليه النزاع تطبيق هذا القانون؟ وماهي الأسس التي يعتمد عليها سواء من حيث تحديد الطبيعة القانونية للقانون الأجنبي أو من حيث تحديد دور القاضي في البحث عن مضمون قواعد هذا القانون؟

أولاً: الطبيعة القانونية للقانون الأجنبي الواجب التطبيق

يمكن تلخيص أهم الاتجاهات الفقهية التي قامت بدراسة مسألة الطبيعة القانونية التي تعطى للقانون الأجنبي المختص أو الأساس القانوني الذي يمكن الاعتماد عليه من طرف القاضي اتجاه تطبيق القانون الأجنبي فوق إقليم دولته وفق النظريات التالية:

1- نظرية الحقوق المكتسبة

سادت هذه النظرية في البلاد الأنجلوساكسونية التي ترى أن القاضي يطبق القانون الأجنبي في بلده احتراماً منه للحق المكتسب الذي رتبه هذا القانون لصاحب الحق، وبالتالي تطبيق القاضي الوطني القانون الأجنبي ما هو إلا اعتراف بالحق المكتسب الذي نشأ تحت سلطان هذا القانون الأجنبي.

ويعاب على هذه النظرية أن قواعد التنازع هي التي تحدد لنا القانون الواجب التطبيق وبالتالي فإنه في الحالة التي لاتشير قاعدة الإسناد إلى تطبيق هذا القانون الأجنبي لانقول لصاحب الحق أن له حقاً مكتسباً¹.

¹- علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، 134.

2- نظرية تطبيق القانون الأجنبي باعتباره واقعة

والمقصود من هذه النظرية أن القاضي الوطني عندما ترشده قاعدة الإسناد إلى تطبيق القانون الأجنبي فيقوم بتطبيقه ليس باعتباره قانونا، وإنما باعتباره واقعة من بين الوقائع التي تثار بصدد النزاع المطروح.

وقد نادى بهذا الرأي جانب من الفقه الفرنسي² غير أن الفقهاء نتيجة لهذا الطرح قالو بأن القانون الأجنبي لايمكن للقاضي تطبيقه من تلقاء نفسه بل يجب أن يتمسك به الخصوم وبالتالي يفقد جانب الإلزام فيه وهذا هو الرأي السائد في الدول الأنجلو أمريكية، غير أن التطبيقات القضائية تبين أحكاما مختلفة.

كما أن الخصوم أن يقوموا بتقديم أدلة إثبات هذا القانون وتطبيقا لذلك إذا أخطاء القاضي في تفسير القانون الأجنبي لا يخضع إلى رقابة المحكمة العليا لأنها محكمة قانون.

ويعاب على هذه النظرية التناقض الذي وقعت فيه حين اعتبرت أن القاعدة القانونية تفقد عنصر الإلزام بداية في حين أن قاعدة الإسناد الوطنية تعيد لها عنصر الإلزام.

3- نظرية الاستقبال أو الاندماج

تنطلق هذه النظرية من أن تطبيق القانون الأجنبي يكون باعتباره قانونا وليس واقعة ويعود أصل نظرية الاستقبال إلى الفقه الإيطالي التي تعني في مضمونها أن الاستقبال والاستيعاب يجعل القاضي الوطني يطبق القانون الأجنبي على أساس أنه أصبح مندمجا في قانونه الوطني، فيصبح تطبيقه يشبه تطبيقه لقاعدة من قواعد التنازع في قانونه الوطني.

²- عبد الرزاق دربال، الوافي في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، دار العلوم للنشر والتوزيع الجزائر، 2010، ص119.

غير أن أنصار هذه النظرية اختلفوا حول صورة الاندماج:

أ- فذهب التقليديون إلى أن الاستقبال أو استيعاب القانون الأجنبي يكون ماديا موضوعيا شأنه شأن القانون الداخلي وبالتالي يصبح هذا القانون الأجنبي مندمجا بمضمونه في قانون القاضي وعند تطبيق القاضي الوطني للقانون الأجنبي فهو يطبقه كقانون وطني وليس كقانون أجنبي.

ب- وذهب المحدثون إلى أن الاندماج لا يمس المضمون بل يمس الشكل وبالتالي فإن القانون الأجنبي يبقى متحفظا بكيانه القانوني وصفته الأجنبية وشبهوا القانون بالعرف.

وتطبيقا لهذه النظرية يفترض علم القاضي بالقانون الأجنبي ويمكنه أيضا التفسير وهذا أهم انتقاد وجه لهذه النظرية (صعوبة على القاضي، وكذا التفسير)³.

4- نظرية التفويض

أي يطبق على أساس أنه تفويض من المشرع الأجنبي بحيث تكون قد قبلت قاعدة الإسناد بتطبيقه في قانون القاضي، وتزعم هذا الرأي طائفة من الفقهاء في فرنسا والألمان.

غير أن هذه النظرية لم تعرف الرواج لا في فرنسا ولا في ألمانيا باعتبار أن الفقه الفرنسي يعتبر القانون الأجنبي واقعة كما أن التفويض يفترض معرفة المفوض وهنا هو مجهولا.

5- نظرية المجاملة الدولية

سادت هذه النظرية في فقه المدرسة الهولندية⁴ والمقصود بهذه النظرية أن الدولة في وضعها لقواعد التنازع في قانونها ليست ملزمة بقبول تطبيق القانون الأجنبي، أما إذا

³- بختة زيدون، التطبيق الاستثنائي للقانون في العلاقات الدولية الخاصة، مذكرة ماجستير، جامعة تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2010-2011، ص111. وأحمد إبراهيم أحمد، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 74.

قبلت ذلك فإنما يكون على أساس المجاملة الدولية، وما أعيب على هذه النظرية هو أن وضع قواعد التنازع يخضع لأهواء المشرع كما أن هذه النظرية لاتقوم على أساس قانوني صريح بل تقوم على أساس قواعد شبيهة بالقواعد الأخلاقية.

6- موقف المشرع الجزائري

بالرجوع إلى قانون الاجراءات المدنية والادارية خاصة المادة 358 والتي تقضي بإمكانية الطعن بالنقض في حالة الخطأ في تطبيق القانون الاجنبي المتعلق بقانون الاسرة وكذا في حالة مخالفة الاتفاقيات الدولية، وهو ما يدل على أن المشرع اعتبر المسائل القوانين الأجنبية المتعلقة بالأحوال الشخصية الأجنبية والمترية بموجب معاهدات في بعض الأحيان وكأنها مثل القانون الداخلي وبالتالي يعاملها معاملة القانون، أما باقي المسائل الأخرى فيعتبرها كواقعة وبالتالي يطبق عليها ما يطبق على الواقعة.

المحور الثاني عشر: دور القاضي الوطني في تطبيق القانون الأجنبي

أولاً: الموقف الفقهي من دور القاضي في أعمال قاعدة الإسناد

1- وجوب تطبيق قاعدة الإسناد

يتجه الفقه الحديث في فرنسا إلى القول بضرورة تطبيق القانون الأجنبي ولو لم يتمسك به الخصوم⁵، إذ يجب عليه تطبيقه من تلقاء نفسه وكذا ساد هذا الرأي في مصر، والحجة في ذلك أن مشرع القاضي قد أمر بتطبيق القانون الأجنبي بموجب قواعد الإسناد الوطنية فهي التي أعطت لقواعد القانون الأجنبي قوة الإلزام وبالتالي فالقاضي يقوم بتنفيذ أوامر مشرعه في تطبيق القانون الأجنبي، والمتتبع لنصوص قواعد الإسناد الجزائرية يجد أنها أخذت بهذا الموقف وهو المستنتج من صياغتها وذلك بإرشادها إلى تطبيق القانون الأجنبي إذا أشارت إليه قواعد الإسناد، وبالتالي فالقاضي الجزائري يطبق

⁴ - علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص اجزائري، المرجع السابق، ص134.

⁵ - سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية لبنان، 2009، ص705.

القانون الأجنبي من تلقاء نفسه حتى ولو لم يتمسك به الخصوم ويترتب على ذلك أن قواعد الإسناد من النظام العام.

2- عدم إلزامية قاعدة الإسناد

ذهب جانب من الفقه إلى القول بأن قاعدة الإسناد ذات طبيعة اختيارية وطبقا لذلك فإن القاضي المعروض عليه النزاع غير ملزم بتطبيق القانون الأجنبي المختص من تلقاء نفسه، بل يقوم بتطبيق القانون الأجنبي إذا تمسك به الخصوم صراحة وعليهم إثباته باعتبار أن القاضي لا يفترض فيه العلم بالقانون الأجنبي كما يفترض علمه بالقوانين الداخلية، ونتيجة لذلك فإن قواعد الإسناد ليست من النظام العام، وفي مصر يتجه بعض الفقه إلى عدم إلزام القاضي بتطبيق القانون الأجنبي⁶.

غير أن بعض القوانين نجدها قد نصت صراحة على إلزامية تطبيق القاضي للقانون الأجنبي عندما تأمر به قواعد الإسناد الوطنية مما يجعل هذا الرأي بعيدا عن الصواب.

ثانيا: موقف القضاء من دور القاضي في أعمال قاعدة الإسناد

1- موقف القضاء الفرنسي وبعض الدول الأوروبية

عمل القضاء الفرنسي التقليدي على تطبيق القانون الأجنبي المختص بشرط أن يتمسك به الخصوم على الخصوم.

غير أن موقف محكمة النقض الفرنسية لم يكن مستقرا، بحيث قضت في البداية بأن قاعدة الإسناد ليست ملزمة للقاضي باعتبارها ليست من النظام العام وهذا ما ترجمه الحكم الصادر عن المحكمة الفرنسية في قضية الزوجين الإسبانيين بتاريخ 12/05/1959، ثم غيرت موقفها واعتبرت القاضي ملزم بتطبيق قاعدة الإسناد التي تشير إلى القانون الأجنبي المختص، وهذا ماتعبر عنه الأحكام الصادرة عنها مثل حكم

⁶ - أحمد إبراهيم أحمد، القانون الدولي الخاص تناز القوانين، المرجع السابق، ص52-53.

02 مارس 1960 وحكم 11 أكتوبر 1988 و18 أكتوبر 1988 بحيث أشارت محكمة النقض في هذه الأحكام بأن قضاة الموضوع الذين لم يطبقوا القانون الأجنبي على أساس عدم تمسك الخصوم به يعتبر خرقا للمادة 1015 من قانون المرافعات الفرنسي التي تلزم القاضي الفرنسي الفصل في النزاع المعروض عليه وفقا لما أشارت إليه قواعد الإسناد⁷.

وفي ألمانيا وسويسرا وإيطاليا يعمل القضاء على إلزام القاضي الوطني المعروض عليه النزاع تطبيق القانون الأجنبي ولو لم يتمسك به الخصوم وهذا ما قضت به محكمة النقض الإيطالية في تاريخ 1949/04/28.

ثالثا: موقف قضاء الدول العربية

إن المتتبع لقضاء الدول العربية بصفة عامة يجده فقيرا من حيث الاجتهاد أو القضاء في هذا المجال غير أن هناك بعض الأعمال على قلتها لمحكمة النقض المصرية إذ قضت في حكم لها صادر في 07 يوليو سنة 1955 أن التمسك بالقانون الأجنبي لا يعد أن يكون واقعة يجب إقامة الدليل عليها⁸.

ومن ناحية إلزام القاضي بتطبيق قواعد الإسناد قضت في 2 مارس 1960 بإلزام إحدى قواعد الإسناد المتعلقة بنص المادة 14 باعتبارها من النظام العام وفي الجزائر ينذر ذلك.

رابعا: دور القاضي في إثبات وتحديد مضمون القانون الأجنبي

1- موقف الفقه

اتجه الفقه ثلاث اتجاهات أساسية:

⁷- علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص138.

⁸- علي علي سليمان المرجع السابق، ص138.

أ- افتراض علم القاضي الوطني بالقانون الأجنبي

تزعم هذا الاتجاه الفقهاء المؤيدون للمدرسة الإيطالية، هذه المدرسة التي تعتبر القانون الأجنبي ذا طبيعة قانونية وليس عنصرا من عناصر الواقع وبالتالي يفترض في القاضي المعروض عليه النزاع المشتمل على عنصر أجنبي العلم بأحكام القانون الأجنبي مثل علمه بالقوانين الوطنية، ويترتب على ذلك أن عبء الإثبات يقع على عاتق القاضي كما له أن يطالب بتطبيقه من تلقاء نفسه⁹.

ب- عدم افتراض علم القاضي بالقانون الأجنبي

إن افتراض علم القاضي الوطني بالقانون الأجنبي أمرا صعبا ومستحيلا لأنه لايعتبره قانونا بمفهومه الدقيق الذي يطلق على القوانين الداخلية، إذ هو مجرد واقعة تحيط بالعلاقة المتنازع في شأنها.

وكنتيجة لهذا المفهوم لايمكن للقاضي تطبيق القانون الأجنبي إلا إذا تمسك به الخصوم وقاموا بإثباته والبحث عن أحكامه¹⁰.

ج- التعاون بين القاضي والمتقاضي

وذلك باعتبار أن القاضي هو المخول بالفصل في النزاع والخصوم يهتمهم الأمر بالنسبة إلى الوصول إلى الحل القانوني والمقنعة.

وعليه فإذا طالب الخصوم تطبيق القانون الاجنبي فعليهم تقديم مصدر هذا القانون ويقوم القاضي بالتحقق منه ومن صحته وكذا له سلطة في تفسيره.

ولاشك أن هذا الاتجاه يوفق بين الاتجاهين السابقين لأنه يجعل لكل من القاضي والمتقاضي دورا متكاملا وهاما في إيجاد الحل القانونية في مجال تنازع القوانين. خاصة في مسألة البحث عن أحكام القانون الأجنبي وقواعده وطرق إثباته.

⁹- أنظر سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص712 وما بعدها.

¹⁰- سعيد يوسف البستاني، المرجع نفسه، ص711.

2- موقف القضاء في مسألة إثبات القانون الأجنبي

طبقا للرأي السائد في فرنسا ومصر والدول التي اعتبرت أن القانون الأجنبي واقعة فإن على الخصوم إثباته وليس القاضي ملزما بمعرفته¹¹، وتتم عملية الإثبات في فرنسا أن يطلب من الخصوم شهادة بإثبات القانون الأجنبي ويجوز إثباته بكل طرق الإثبات وذلك إما بالأخذ برأي أحد رجال القانون أو الرجوع إلى كتاب في الفقه ...

أما القضاء الإنجليزي فقال أن للقاضي أن يحكم بما يعرفه من القانون الأجنبي إذا كان هذا القانون مشهورا ويجيز إثباته بشهادة الشهود ...

والمتتبع للقضاء الجزائري لا يجد أحكاما بهذا الصدد نظرا لحدثه ولكن نجده تناول مسألة إثبات القانون الأجنبي في نص المادة 23 مكرر من القانون 10/05 التي تنص: "يطبق القانون الجزائري إذا تعذر إثبات القانون الأجنبي الواجب تطبيقه".

لكن النص لم يبين لنا على من يقع عبء الإثبات هل على القاضي أم على الخصوم؟ والقريب للصواب هو أن يكون على الخصوم وذلك تأثرا بالمشعر الفرنسي والمصري اللذان يعتبران القانون الأجنبي واقعة وكذا بالرجوع إلى قواعد الإسناد الجزائرية.

والشيء الإيجابي في هذا النص هو إقراره لتطبيق قانون القاضي الجزائري في حالة تعذر إثبات القانون الأجنبي وهذا تماشيا مع التشريعات العالمية الحديثة وبالتالي يطبق القاضي في هذه الحالة أقرب القوانين له وهي قانونه.

خامسا: الطعن في حكم القاضي أمام محكمة النقض إذا أخطأ في تطبيق القانون

الأجنبي

يرى قضاء محكمة أحكام النقض الفرنسية وبلجيكا أنه لايجوز الطعن بالنقض في أحكام القاضي في حالة خطئه في تطبيق القانون أو تفسيره باعتبار أن وظيفة محكمة

¹¹ - نسرين شريفي وسعيد بوعلي، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين، المرجع السابق، ص99.

النقض توحيد حكم القانون الداخلي ولا يتصور هذا الدور بالنسبة للقانون الأجنبي، غير أن محكمة النقض الفرنسية قبلت الطعن في حالة تشويه ومسح القانون الأجنبي¹².

أما في إيطاليا فتقبل محكمة النقض الطعن لخطأ في تطبيق القانون الأجنبي وهذا الرأي السائد في الاتحاد السوفياتي والنمسا ...

ولقد اخذ الفقه في مصر برأي محكمة النقض الفرنسية أي عدم الطعن، غير أن هناك رأياً فقهيها آخر يقول بأن محكمة النقض تراقب تطبيق القانون الأجنبي إذا كانت قاعدة التنازع المصرية تلزم بتطبيقه.

أما المشرع الجزائري فطبقاً للمادة 5/233 من قانون الإجراءات المدنية السابق نجده يجيز الطعن بالنقض لمخالفة أو خطأ في تطبيق القانون الأجنبي المتعلق بالأحوال الشخصية فقط ويعني ذلك عدم جواز الطعن بالنقض في غير الأحوال الشخصية.

وأبق المشرع على هذا الحكم في المادة 6/358 من القانون 09/08 الخاص بالإجراءات المدنية والإدارية، وجاء في الفقرة 07 الطعن بالنقض في حالة مخالفة الاتفاقيات الدولية والتي غالباً ما تكون منظمة لإحدى مسائل القانون الدولي الخاص، كتنظيم مسائل التحكيم وبالمقابل قد تشير إلى تطبيق القانون الأجنبي أو مسائل الجنسية والأحوال الشخصية وبالتالي فالمشرع وسع نسبياً من دائرة الطعن بالنقض فيما يتعلق بالخطأ أو مخالفة للقانون الأجنبي ليشمل إلى جانب المسائل المتعلقة بقانون الأسرة المسائل المنظمة بموجب معاهدة أو اتفاقية.

¹² - سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص721.