

أزمة تطبيق القانون الأجنبي بين اعتباره من الوقائع أو اعتباره قانونا؟

د . بودريعات محمد

أستاذ محاضر

كلية الحقوق ، جامعة الجزائر

مقدمة:

يفترض في القاضي جهله بالوقائع التي يريد الخصوم اثباتها، فلا يجوز له أن يحكم بعلمه الشخصي⁽¹⁾. و على عكس ذلك عندما يتعلق الأمر بالقانون فلا يفترض علم القاضي به فقط وإنما يفترض فيه أنه الخبير الأول والأخير فيه، ولا يجوز له مبدئيا تفويض مهامه القانونية لغيره من الخبراء حتى لو كان هؤلاء على درجة عالية من العلم بالقانون.⁽²⁾

ولكن ما هو حكم تطبيق القانون الأجنبي. هل يفترض علم القاضي (الوطني) به وتطبيقه كقانون وخضوعه لرقابة المحكمة العليا أم يفترض عنده الجهل بهذا القانون فيكون عبئ إثباته على الخصم الذي يدفع بتطبيقه.

و بعد اعتماد القاضي لتطبيق هذا القانون الأجنبي هل يرجّح أحد تفسيرات الخصوم له أم يعتمد تفسيره الخاص، وإذا اعتمد تفسيره الخاص هل يعتمد على معطيات تفسيره للقانون الوطني (قانون بلد القاضي)، أم يعتمد على معطيات تفسير القانون الأجنبي بما فيها الإجتهد القضائي لبلد هذا القانون.

(1)- يحي بكوش، أدلة الإثبات في القانون المدني والفقه الإسلامي ، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع 1981، صفحة 46.

(2)- بودريعات محمد، الدور الإيجابي للقاضي في تسيير الخصومة المدنية، رسالة دكتوراه 2013، كلية الحقوق الجزائر، صفحة 120.

هذه التساؤلات هي التي أردنا التعبير عنها بأزمة تطبيق القانون الأجنبي وذلك لأن القانون الداخلي لم يستبعد تطبيق القانون الأجنبي (قواعد القانون الدولي الخاص)⁽¹⁾، وفي نفس الوقت فإنه يعتبر القانون الداخلي هو عنوان السيادة من جهة ومن جهة ثانية فإن افتراض علم القاضي بالقانون الأجنبي وتطبيقه له تلقائيا يصطدم بإشكاليتين الأولى هي تطبيق قوانين في بيئة غريبة عنها والثانية هي الاستحالة العملية لإحاطة القاضي علما بالقوانين الأجنبية مع معطيات تفسيرها وتطبيقها⁽²⁾.

فلا يبدو منطقيا أن يطبق القاضي الجزائري قانونا أجنبيا بمضمون جزائري فهو في هذه الحالة لم يطبق كلا القانونين، وما يجسد هذه الأزمة بشكل واضح هو ما تنص عليه قوانين مختلف الدول في تشريعاتها المتعلقة بمحكمة النقض، إذ أنها تجعل من توحيد تطبيق القانون أحد أسباب وجودها⁽³⁾ ولا يقصد في هذا توحيد تطبيق القانون الأجنبي.

و مع ذلك فيبدو أن هذه الأزمة ليست ساكنة فهي تتحرك نحو اعتبار القانون الأجنبي قانونا يطبقه قاضي الدعوى ويخضع في تطبيقه لرقابة محكمة النقض، ويبدو هذا التطور في فرنسا قضائيا بالأساس، حتى وإن كان يستند إلى نص قانوني بلفظ غير صريح وهو المادة 12 من قانون الإجراءات المدنية الجديد على النحو الذي سنراه.

(1)- القانون الدولي الخاص الجزائري هو تنازع القوانين من حيث المكان طبقا للمادة 9 وما بعدها من القانون المدني وكذلك كل النصوص والاتفاقيات والمعاهدات النافذة في الجزائر طبقا للمادة 21 منه.

(2)- حدد الفقيه «موتولسكي» شروط قواعد تفسير القاضي للقانون بعدة شروط أهمها:

أ. إحاطة المفسر علما بمعاني الألفاظ الأصلية للنص

ب. تحديد مكانة النص في مجموع النصوص داخل النظام القانوني والإيديولوجية السائدة في النظام القانوني أثناء التفسير.

ج. معرفة البعد الاجتماعي والغاية من النص

للمزيد راجع بودريعات محمد المرجع السابق ص 41.

(3)- أنظر على سبيل المثال القانون العضوي رقم 1211 المؤرخ في 26/ 06/ 2001 المتضمن تنظيم المحكمة العليا وعملها واختصاصاتها.

أما في الجزائر فإن المشرع مرتبك و غير واضح و يعود هذا الارتباك إلى مسيرته للمشرع الفرنسي، وبالفعل فإن المادة 358 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية حددت أوجه الطعن بالنقض فنصت في البند الخامس على مخالفة القانون الداخلي فقط مما يستفاد معه استبعاد رقابة المحكمة العليا على تطبيق القضاة للقانون الأجنبي، غير أنه في نص المادة 29 الفقرة 2 من نفس القانون وفي تحديد سلطات القاضي نص على أن يفصل في النزاع وفقاً للقواعد القانونية المطبقة عليه، دون تحديد لهذه القواعد القانونية داخلية (وطنية) أم أجنبية.

وقد جاءت هذه الفقرة من المادة 29 نسخة مطابقة للفقرة الأولى من المادة 12 من قانون الإجراءات المدنية الجديد الفرنسي.

وسنرى أن القضاء الفرنسي طور موقفه في اعتبار القانون الأجنبي قانوناً وليس مجرد وقائع انطلاقاً من هذه المادة، فهل يكون المشرع الجزائري قد جاء بهذه المادة عن وعي بأبعادها، وهل ينتظر من القضاء الجزائري تطوير موقفه على غرار القضاء الفرنسي.

لمعالجة هذه الأزمة التي هي إشكالية الموضوع نقترح الخطة الآتية:

المبحث الأول: طوابط تطبيق القانون الأجنبي في الأنظمة القانونية الكلاسيكية

المطلب الأول: تطبيق أحكام الواقعة القانونية

المطلب الثاني: الاستثناء الوارد على تطبيق أحكام الواقعة القانونية

المبحث الثاني: توجه التشريع نحو اعتبار القانون الأجنبي قانوناً

المطلب الأول: موقف التشريع المقارن

المطلب الثاني: موقف المشرع الجزائري

المبحث الأول: ضوابط تطبيق القانون الأجنبي في الأنظمة القانونية الكلاسيكية

إن تطبيق القانون الأجنبي من طرف قاضي الدعوى يتم إما كفكرة تقتضيها المعالجة الموضوعية لموضوع النزاع وإما كإلزام، فالقانون في بلده هو فكرة وإلزام، أما في البلد الأجنبي فينقصه عنصر الإلزام، الأمر الذي دعى التشريعات إلى التعامل مع القانون الأجنبي بحذر شديد يصل إلى نزع صفة القانون عنه واعتباره مجرد واقعة تخضع لقواعد الإثبات من طرف الخصوم.

فيتم البحث في القانون الأجنبي بمناسبة البحث عن الحق الذي نشأ في ظله، وبما أن إثبات الحق يقتضي إثبات الواقعة التي نشأ عنها فيكون للخصوم وحدهم إثارة وإثبات القانون الأجنبي، وإذا طبقه القاضي فلا رقابة عليه من طرف محكمة النقض (المحكمة العليا) لأن الأمر يتعلق بتقدير وقائع وليس بتطبيق القانون. ونستعرض فيما يلي في مطلب أول تطبيق أحكام الواقعة القانونية على القانون الأجنبي وفي مطلب ثان الاستثناءات الواردة عليها.

المطلب الأول: تطبيق أحكام الواقعة القانونية

إن قاضي الدعوى يملك ليس فقط سلطة تقييم وتطبيق قانون بلده وإنما يملك كذلك سلطة القول ما يجب أن يكون قانونا. وأساس ذلك عند فقهاء التفسير أن المشرع يقول في النصوص أقل مما كان يريد قوله⁽¹⁾ وهو باب الإجهاد القضائي واعتبار القضاء مصدرا استثنائيا من مصادر القانون، فالقرائن القانونية مثلا نشأت قضائية ثم تلقفها المشرع ليصنع منها قواعد قانونية⁽²⁾.

(1)- هنري موتولسكي، القانون الطبيعي في التطبيق القضائي Le droit naturel dans la pratique
. Dalloz 1973, page 60 et suivant., jurisprudentielle

(2)- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، دار إحياء التراث العربي
بيروت، الصفحة 601.

هذه السلطة التي يمتلكها قاضي الدعوى في مواجهة قانونه لا يملكها في مواجهة القانون الأجنبي لأن تطبيقه للقانون الأجنبي طبقاً لقواعد الإسناد لا يفقد هذا القانون صفته الأجنبية⁽¹⁾، إذ يجب على قاضي الدعوى أن يطبقه كما يطبق في بلده الأصلي، وهنا تطرح مشكلة مفهوم القانون ذاته، فالقانون الأجنبي ليس هو دائماً التشريع المكتوب وإنما هو كذلك الأعراف والعادات والسوابق القضائية في الأنظمة التي تأخذ بها والقرارات المبدئية للمحاكم العليا.

وإدراكاً من الفقه والتشريع لأزمة تطبيق القانون الأجنبي كقانون من طرف قاضي الموضوع فقد تبنى الفقه الأنجلوساكسوني نظرية الحقوق المكتسبة على النحو الذي سبق ذكره أي تطبيق القانون الأجنبي كواقعة منشئة للحق المتنازع عليه وليس كقانون⁽²⁾ في حين أن الفقه الهولندي يكون قد أسس تطبيق القانون الأجنبي على أساس آخر غير قانوني بالمعنى الفني للكلمة، وهو مبدأ المجاملة الدولية، وتعكس فكرة المجاملة إفراغ القانون الأجنبي من عنصر الإلزام وبالتالي فإن تطبيقه من طرف قاضي الدعوى تدعو إليه ضرورات عملية وليس حتمية قانونية⁽³⁾

وتبنى الفقه الإيطالي من جهته نظرية الاستقبال والإدماج في تطبيق القانون الأجنبي فهو بتعبير الأستاذ محند أسعد قانوناً مؤمماً (دخل تراث الأمة)⁽⁴⁾، حيث يقوم النظام القانوني لقاضي الدعوى باستيعاب القانون الأجنبي، هذه النظرية هي من أكثر النظريات التي واجهت انتقاداً لعل أبرزها أنها تحمل تصوراً ذهنياً صرفاً بعيداً عن القانون الوضعي وأنها تفرغ القانون الأجنبي من مضمونه كقانون ولا تحتفظ للقانون الداخلي بمضمونه.

(1)- محند أسعد، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية ترجمة فائق أنجب الصفحة 220.

(2)- زروتي الطيب، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الثاني، دار هومة 2016، صفحة 185-.

(3)- زروتي الطيب، المرجع السابق، صفحة 185.

(4)- محند أسعد، المرجع السابق، الصفحة 220.

وعلى أنقاض نظرية «التأميم» الإيطالية قامت في الفقه الفرنسي والألماني نظرية التفويض، فهذه النظرية تدعو للإحتفاظ باستقلالية القانون الأجنبي و تطبيقه من طرف قاضي الدعوى. ويتم ذلك عن طريق قاعدة قانونية وطنية تسمى قاعدة التنازع، فاختيار قاعدة التنازع للقانون الأجنبي الذي سيطبق في علاقات معينة يحفظ للقانون الأجنبي خصوصيته كقانون أجنبي وفي نفس الوقت يتجاوز عائق السيادة.

والمشرع الجزائري أخذ بهذه النظرية مجارة للمشرع الفرنسي وهو ما يعني في النهاية قبول المشرع الجزائري لتطبيق القانون الأجنبي في الجزائر إذا لم يكن مخالفا للنظام العام والآداب العامة طبقا للمادة 24 من القانون المدني، وفي حالة مخالفته للنظام العام والآداب العامة فيطبق القانون الجزائري.

يضاف إلى هذا المنع من تطبيق القانون الأجنبي في حالة مخالفته للنظام العام والآداب العامة ما نصت عليه المادة 21 من نفس القانون: « لا تسري أحكام المواد السابقة إلا حيث لا يوجد نص على خلاف ذلك في قانون خاص أو معاهدة دولية نافذة في الجزائر»

ورغم تبني المشرع الفرنسي لهذه النظرية فقد ظل القضاء الفرنسي يعتبر القانون الأجنبي عنصرا من عناصر الواقع وقد أيدت محكمة النقض الفرنسية ما ذهب إليه قضاة الموضوع معتبرة أن القانون الأجنبي مجرد واقعة وأن إسناد قاعدة التنازع غير ملزم للقاضي ما دام القانون المعين هو قانون أجنبي⁽¹⁾

كان هذا الموقف بقرار شهير صادر عن الغرفة المدنية بمحكمة النقض في 12 ماي 1959 وعرف بقرار «بيسبال» حيث جاء في هذا القرار ما يلي:

إن قواعد تنازع القوانين الفرنسية باعتبارها تقضي على الأقل بتطبيق القانون الأجنبي لا تتمتع بصفة النظام العام بمعنى أنه يعود إلى الأطراف طلب تطبيقه وأنه لا يمكن مؤاخذة القاضي إذا لم يطبق القانون الأجنبي حكما.

(1)- زروتي الطيب، المرجع السابق، الصفحة 202

و نتيجة النقد الفقهي الموجه لهذا القرار بأنه يعطي للأطراف حق التحكم في القانون الواجب التطبيق فقد طورت محكمة النقض موقفها بقرار آخر صادر في 2 مارس 1960 أقر لقضاة الموضوع حقهم في ان يطبقوا القانون الأجنبي المختص على الخصومة المطروحة عليهم ولولم يدفع الأطراف بتطبيقه⁽¹⁾.

و ظل الفقه بعد صدور قانون الإجراءات المدنية الجديد يعتبر دور محكمة النقض هو مراقبة تطبيق قضاة الموضوع للقانون الفرنسي.

ففي تعليق للأستاذ Emmanuel Blanc كتب يقول: ما يستحق الذكر أن محكمة النقض أسست لردع مخالفات القانون الفرنسي و خرق القانون الأجنبي الذي حدده نظامنا القانوني للتنازع لا يمكن أن يفتح أمامه باب الطعن بالنقض، فتفسيره (القانون الأجنبي) يخضع لسيادة قضاة الموضوع والأمر كذلك بالنسبة لخرق الأعراف المهنية و المحلية⁽²⁾.

المطلب الثاني: الاستثناءات الواردة على تطبيق أحكام الواقعة القانونية

يقصد بالاستثناءات الحالات التي يطبق فيها قضاة الموضوع القانون الأجنبي ليس كواقعة يدفع بها الأطراف و يتبثونها و يفسرون مضمونها و إنما كقانون يخضعون في تطبيقهم له لرقابة جهة النقض او المحكمة العليا.

لقد نصت المادة 6358 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري في تحديدها لأوجه الطعن بالنقض على مخالفة القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة.

وقد يكون نص المادة 5233 من قانون الإجراءات المدنية السابق أكثر وضوحاً في تحديد رغبة المشرع تسوية القانون الداخلي بالقانون الأجنبي إذا تعلق الأمر بالأحوال الشخصية، فنصت حرفياً على مخالفة أو الخطأ في تطبيق القانون الداخلي أو قانون أجنبي متعلق بالأحوال الشخصية.

(1)- محند اسعد، المرجع السابق ، الصفحة 232

(2)- Emmanuel Blanc, nouveau code de procédure civile commenté dans l'ordre des articles, librairie du journal des notaires et des avocats page 899.

هذا الاستثناء المتعلق بشؤون الأسرة يطرح أزمة في ذاته، فطبيعة القانون تبقى واحدة وبالتالي فإن تطبيق نظام الواقعة على بعض القوانين الأجنبية دون غيرها يخلق نوعا من التناقض في الموقف، فإذا كان يجوز لقاضي الدعوى أن يطبق القانون الأجنبي المتعلق بالأحوال الشخصية (شؤون الأسرة) ويخضع في تطبيقه لرقابة المحكمة العليا فلماذا لا يكون ذلك في القوانين الأجنبية الأخرى غير المتعلقة بشؤون الأسرة، خاصة وأن هناك من القوانين الأجنبية من يمزج بين ما هو متعلق بالأحوال الشخصية وما هو من المعاملات المالية، أي أن دعوى واحدة يمكن أن يكون موضوعها أحوال شخصية ومالية في نفس الوقت، وفي هذه الحالة فإن قاضي الموضوع يجد نفسه في موقف «الهلواني» على حد تعبير الأستاذ محند اسعد لأنه يقفز في دعوى واحدة من نظام إلى آخر⁽¹⁾.

ولو أن المشرع الجزائري في نص المادة 358 من قانون الإجراءات المدنية ذكر القانون الداخلي والقانون الأجنبي لكان قد أوجد حلا نهائيا لأزمة تطبيق القانون الأجنبي.

غير أنه بتحديدده للقانون الداخلي ثم القانون الأجنبي المتعلق بشؤون الأسرة يكون قد أبقى على الأزمة قائمة، والتعليل التقليدي لهذا التمييز هو أن الأحوال الشخصية من النظام العام أو هي لباس على مقاس أصحابها.

وهذا التعليل لم يعد قويا في ظل تطور دور القاضي وانخراط المجتمع الدولي في اتفاقيات وعهود دولية موحدة.

المبحث الثاني: توجه التشريع نحو اعتبار القانون الأجنبي قانونا

إذا كان المشرع الجزائري قد حسم الأمر في تطبيق القاضي للقانون الأجنبي وبسط رقابة المحكمة العليا على هذا التطبيق في مسائل قانون الأسرة فإنه لم يحسم ذلك فيما عداه الأمر الذي يدفعنا إلى الإجتهد حتى لا تبقى أزمة القانون الأجنبي ساكنة خاصة وأن تشريعات مقارنة عالجت الأمر بنصوص قانونية صريحة لكنها لا تخلو من تحفظات أما

(1)- محند اسعد، المرجع السابق، الصفحة 238.

المشرعين الجزائري والفرنسي فقد تناولا هذا الموضوع تلميحا فقط، فالمشرع الفرنسي قد نص في المادة 12 الفقرة الأولى من قانون الإجراءات المدنية الجديد حرفيا على مايلي: يفصل القاضي في النزاع طبقا للقواعد القانونية المطبقة عليه⁽¹⁾.

وهي نفس الفكرة وبنفس الألفاظ جاء بها المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من المادة 29 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁽²⁾، ويبدو أن شراح قانون الإجراءات المدنية الفرنسي (الأوائل) قد فهموا من نص هذه المادة القانون الداخلي الفرنسي فقط، طبقا للقاعدة القائلة « أيها المحامي أعطني الوقائع فإن المحكمة تعرف القانون »⁽³⁾.

وستتناول موقف التشريعات المقارنة من الفكرة في مطلب أول ثم موقف المشرع الجزائري في مطلب ثان.

المطلب الأول: موقف التشريع المقارن

إن الخطر الذي يهدد العدالة وهي بصدد تطبيق القانون الأجنبي هو خطر تعسف القاضي إذا كان يعلم مسبقا أن حكمه لا يخضع لرقابة محكمة القانون.

هذا الهاجس دفع التشريعات إلى أن تتجه نحو اعتبار القانون الأجنبي قانونا يخضع تطبيقه لرقابة محكمة القانون وليس مجرد تقدير لوقائع الدعوى على النحو الذي رأيناه في المبحث الأول.

وأول ما يلاحظ بهذا الصدد هو تطابق التشريعين الجزائري والفرنسي واختلافهما عن التشريعات الأخرى في كون هذه الأخيرة « اقتحمت القلعة » ونصت على تطبيق القانون الأجنبي كقانون وأخضعته لرقابة محكمة القانون وتعتبر هذه التشريعات حديثة بالنسبة لقدم الفكرة وقد بدأ انتشارها في التشريعات مع نهاية السبعينات.

(1)- Article 12-1 NCPC : « le juge tranche le litige conformément aux règles de droit applicable »

(2)- المادة 29 فقرة : « يفصل في النزاع وفقا للقواعد القانونية المطبقة عليه » .

(3)- Emmanuel Blanc, op. cit., p.26.

ومن بين هذه القوانين القانون التونسي، إذ جاء في الفصل 32 الفقرة 1 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية لسنة 1998 ما يلي: يمكن للقاضي بصفة تلقائية إقامة الدليل على محتوى القانون الأجنبي المعين بقاعدة إسناد في حدود إمكانية علمه بعد أجل معقول بمساعدة الأطراف عند الإقتضاء».

ونص الفصل 34 في فقرته الأخيرة على ما يلي: ويخضع تأويل القانون الأجنبي لرقابة محكمة التعقيب⁽¹⁾

يعتبر نص هذه المادة قمة التطور بل نهايته لأن المشرع التونسي سوى نهائيا بين القانون الأجنبي والقانون الداخلي، والتحفظ الذي سجله المشرع في نص المادة 32 هو تقدير منه للصعوبات المادية التي قد تعترض القاضي في الوصول إلى تطبيق القانون الأجنبي.

ونقصد بالتحفظ ما جاء في المادة في حدود إمكانيات علمه به وفي أجل معقول بمساعدة الأطراف عند الاقتضاء.

هذه العبارات نجدها في التشريعات الأخرى كما يلي:

• القانون النمساوي: المادة 4 من مجموعة القانون الدولي الخاص النمساوي الصادر في 5 / 7 / 1978 تنص: «يتعين البحث تلقائاً على القانون الأجنبي والوسائل المتاحة في هذا الشأن هي تعاون المعنيين، معلومات وزارة العدل، آراء الخبراء.

• القانون السويسري: تنص المادة 16 من القانون الدولي الخاص المؤرخ في 18/12/1987 على «يثبت مضمون القانون الأجنبي تلقائياً ويمكن اللجوء لتعاون الأطراف لتحقيق هذا الغرض»

• التشريع البلجيكي: تنص المادة 15 من القانون الصادر بتاريخ 16/07/2004 في فقرتها الثانية والثالثة على ما يلي: « يطبق القانون الأجنبي حسب تفسيره في الخارج إذا لم يتمكن القاضي من إثبات مضمونه يجوز أن يلجأ لتعاون الأطراف»⁽²⁾

(1)- زروتي الطيب، المرجع السابق، الصفحة 189 و 190.

(2)- زروتي الطيب، المرجع السابق، الصفحة 188 و 189.

يستخلص مما سبق ذكره أن هذه التشريعات تشترك في إتاحتها للقاضي إمكانية الاستعانة بالأطراف والخبراء ومصالح الدولة الأخرى من أجل الوصول إلى تطبيق القانون الأجنبي تطبيقاً صحيحاً وفي أجل معلوم أحياناً أو أجل معقول عند البعض أو أجل نافع⁽¹⁾. فإذا تعذر على القاضي ذلك طبق القانون الداخلي على النزاع.

ويتجلى واضحاً أن هذا الموقف هو تجديد للدور التقليدي للقاضي والمتمثل في احتكار القانون وعدم جواز الاستعانة بالغير من أجل تطبيقه إذ يفترض فيه أنه الخبير الأول والأخير في القانون.

وإذا كان هذا التجديد قد دخل التشريع من باب تطبيق القانون الأجنبي، فإن القضاء الأوروبي والأمريكي قد سبق التشريع في هذا الموضوع وأنشأ مصطلحاً جديداً هو «صديق المحكمة» ويعني المصطلح استشارة المحكمة لشخص أجنبي عن القضية و عن الملف وعن جهاز العدالة لخبرته في الموضوع دون أن يكون هذا الشخص على صلة بملف القضية وإنما يكون بمثابة كتاب حي يستنطقه القاضي في موضوع القضية و ليس في القضية ذاتها.

ولقد امتد العمل بفكرة صديق المحكمة حتى إلى المجال القانوني الذي ظل حكراً على القاضي نفسه، وأبرز التطبيقات لهذه الفكرة هو في الولايات المتحدة الأمريكية و ذلك للصعوبة التي يجدها القاضي الأمريكي في الإلمام بكافة القوانين الفدرالية من جهة والمحلية (الولائية) من جهة أخرى⁽²⁾.

فالقاضي الأمريكي يطبق القانون الفدرالي ومعه قانون 52 دولة أخرى هي الولايات المتحدة، الأمر الذي فرض على القاضي الأمريكي الاستعانة بخبراء القانون الداخلي للولايات، فما ورد في التشريعات الأوروبية السابق ذكرها من الاستعانة بالخبراء للوصول إلى تطبيق القانون الأجنبي هو تقنين لفكرة صديق المحكمة التي ابتدعها القضاء.

(1)- هناك فرق بين المصطلحات الثلاث و اختلفت التشريعات في استعمالها، فالأجل المعلوم هو الاجل المحدد مسبقاً و الأجل النافع هو الأجل الذي يمكن الخصوم من تحضير دفاعهم، و الأجل المعقول هو الأجل الذي تتطلبه القضية للفصل فيها و هو على مقاس كل قضية.

(2)- بودريعات محمد، المرجع السابق، الصفحة 129.

وفي فرنسا فإن التشريع لم يصل إلى حد النص صراحة على تطبيق القانون الأجنبي كقانون و خضوع تطبيقه لرقابة محكمة النقض، إلا أن القضاء سار في هذا الاتجاه فأصبحت محكمة النقض الفرنسية تقبل الطعن بالنقض على أساس الخطأ في تفسير القانون الأجنبي بعد أن كانت تعتبر أن تفسيره قد يتعارض مع التفسير الذي يعتمد في بلده مما يفقد الأحكام هيبتها ومصادقيتها⁽¹⁾.

و موقف القضاء الفرنسي السابق كان مؤسسا على هاجس الخوف من تشويه القانون الأجنبي عند تفسيره من طرف القاضي الفرنسي *dénaturalisation* ، ولكنه عاد ليتبنى موقفا معاكسا وعلى نفس الأساس أي قبول الطعن المؤسس على مخالفة القانون الأجنبي إذا كان قضاة الموضوع قد شوهوا أو مسخوا القانون الأجنبي، فتطبيق القانون الأجنبي يجب أن يكون تطبيقا أجنبيا، أي كما يطبق في بلده.

ولم يجد القضاء الفرنسي أساسا قانونيا لهذا التطبيق غير نص المادة 12 من قانون الإجراءات المدنية الجديد التي سبق الإشارة إليها والتي يعود تاريخ صدورهما إلى سنة 1975 في حين أن أول تطبيق لها بهذا المعنى كان سنة 1988 بقرارين متقاربين زمنيا، فالأول هو حكم الغرفة المدنية الصادر في 11/ 10/ 1988 والثاني هو حكم محكمة النقض الصادر بتاريخ 18/ 10/ 1988⁽²⁾.

ويبدو أن التأسيس القضائي لتطبيق القانون الأجنبي على أساس المادة 12 جاء بعد ظهور توجه فقهي في فرنسا يقول أن نص الفقرة الأولى من المادة 12 ينصرف معناه إلى تطبيق القانون الأجنبي كذلك بالرغم من عدم صراحة النص.

المطلب الثاني: موقف المشرع الجزائري

إن انسياق المشرع الجزائري وراء المشرع الفرنسي في تقنين الإجراءات المدنية يكون قد أوقعه فيما يشبه الأزمة، فنص المادة 12 من القانون الفرنسي موجودة بنفس

(1)- زروتي الطيب ، المرجع السابق، الصفحة 197 و 198.

(2)- وردت الإشارة إلى القرارين في كتاب الدكتور زروتي الطيب المرجع السابق، فالقرار الأول منشور في المجلة الانتقادية لسنة 1989 الصفحة 386 والقرار الثاني منشور في نفس المجلة الصفحة 369.

الألفاظ في المادة 29 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري، فإذا أعطي لهذه الأخيرة نفس المعنى الذي ذهب إليه القضاء الفرنسي فإن المادة 358 فقرة 5 من نفس القانون والتي نصت على مخالفة القانون الداخلي فقط تصبح في حكم الملغاة.

فهل يكون المشرع الجزائري قد شرع الفقرة الثانية من المادة 29 عن وعي بأبعادها ليفتح الباب تلميحاً لا تصريحاً للمحكمة العليا من أجل بسط رقابتها على صحة تطبيق القانون الأجنبي، أم أن ما ذهب إليه القضاء الفرنسي في تحميل النص هذا المعنى لا يتحملة القضاء الجزائري، وبالفعل فإن بسط الرقابة القانونية للمحكمة العليا على صحة تطبيق القوانين الأجنبية كما تطبق في بلدها الأصلي إن كان أمراً غير مستحيل فإنه يشكل تحدياً كبيراً يتطلب تغييراً في البناء الفكري للقضاء الجزائري، ويكفي أن نتصور المحكمة العليا وهي تنعقد للفصل في قضية وكأنها محكمة نقض فرنسية أو سويسرية لأنها تراقب مدى صحة تطبيق القانون الفرنسي أو السويسري وفق معايير تفسيره وتطبيقه في فرنسا أو سويسرا لنكتشف حجم هذا التحدي.

إن الأستاذ الدكتور زروتي الطيب أبدى رأيه في هذه النقطة فجاء فيما كتب: أعتقد أن تفسير المادة 29 الفقرة 2 يوجب تطبيقها على القواعد القانونية مهما كان مصدرها وطبيعتها القانونية⁽¹⁾.

وبهذا فإن الأستاذ زروتي يساير موقف الفقه والقضاء الفرنسيين دون إعطاء أدنى تقدير لأمكنات المجتمع ولا للبيئة التي يطبق فيها القانون وهو التحدي الذي ما يزال قائماً حتى عند الدول التي فتحت الباب أمام القانون الأجنبي وليس أدل على ذلك أكثر من أن المشرع الفرنسي نفسه لم يقتحم هذا الموضوع بنص صريح.

وفي رأينا فإن المشرع الجزائري يجب عليه أن يتجه نحو تخفيف حدة رفض تطبيق القانون الأجنبي كقانون ولقد سبقنا الأستاذ محند اسعد في فتح بابين لتخفيف هذه الحدة هما:

(1)- زروتي الطيب، المرجع السابق، الصفحة 201.

أ.باب مخالفة قاضي الموضوع لقاعدة من قواعد التنازع، فقواعد التنازع هي قانون داخلي جزائري وإذا كانت هذه القواعد تحيل القاضي إلى تطبيق القانون الأجنبي ولم يطبقه بسبب سوء الفهم والتفسير فإن المحكمة العليا تقبل الطعن بالنقض بشرط أن تكون هذه المسألة قد أثرت في القرار أو الحكم المطعون فيه ولا تكون دفعا جديدا أمام المحكمة العليا⁽¹⁾.

و يستخلص من رأي الأستاذ يسعد ان إثارة المحكمة العليا من تلقاء نفسها لخطأ القضاة في تطبيق قواعد التنازل أمر غير وارد فلا بد أن يدفع بها أطراف الخصومة.

ب. باب الرقابة على التكييف: يكيف القاضي الوقائع والتصرفات محل النزاع التكييف القانوني الصحيح دون التقيد بتكييف الخصوم، هذا المعنى جاء بصريح النص في المادة 29 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري والمادة 12 من القانون الفرنسي ولقد سبق الفقه بالتنبيه لهذه المسألة وطالب بعدم ترك حرية التحكم في القانون المراد تطبيقه للخصوم.

فقد يحدث أن يتواطأ الخصوم على استبعاد تطبيق القانون الأجنبي أمام قاضي الموضوع بالرغم من أن العلاقة بينهم تستوجب ذلك، ففي هذه الحالة فإن القاضي يكيف الوقائع والتصرفات التكييف القانوني الصحيح ويخضع في ذلك لرقابة المحكمة العليا وبالتالي فإن هذه الأخيرة تطبق القانون الأجنبي عن طريق حث قضاة الموضوع بالرجوع إليه، فإن أساءوا تفسيره أو حرفوا معناه قام سبب آخر من أسباب النقض وهو الوجه المنصوص عليه في المادة 12-358.

فالقانون الأجنبي إذا لم يعتبر قانونا أمام محكمة القانون (المحكمة العليا) فهو وثيقة مودعة بالملف ومترجمة إلى لغة القاضي.

هذه الفكرة تناولتها بعض التشريعات منها قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني في نص المادة 39 حيث جاء فيها ما يلي:

(1)- محند اسعد، المرجع السابق، الصفحة 236.

« في أحوال تطبيق قانون أجنبي يجوز للمحكمة أن تكلف الخصوم بتقديم النصوص التي يستندون إليها مشفوعة بترجمة رسمية⁽¹⁾».

وباعتبار القانون الأجنبي وثيقة بملف فإن رقابة المحكمة العليا على عدم تحريف وتشويه مضمون الوثائق تقوم كسبب من أسباب النقض طبقاً للمادة 358-12 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

(1)- مفلح عواد القضاة، البيئات في المواد المدنية والتجارية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان 2006، الصفحة 41.

الخاتمة:

يتجلى مما سبق أن المشرع الجزائري لم يصل بعد إلى الإعتراف بتطبيق القانون الأجنبي كقانون ما عدا في مسائل الأسرة (الأحوال الشخصية)، ولكن يبدو أنه يتقدم بحذر نحو اعتبار القانون الأجنبي قانونا يطبقه قاضي الموضوع و يخضع في تطبيقه لرقابة المحكمة العليا، وشواهد هذا التوجه الحذر هو ما جاء في المادة 358 البند 12 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بالإضافة إلى نص الفقرة الثانية من المادة 29 التي قد تكون أساسا لإنطلاق تطبيق القانون الأجنبي سواء تعلق بالأحوال الشخصية أو غيرها.

فالمعنى الوارد في هذه المادة هو نفس المعنى الوارد في الفقرة الأولى من المادة 12 من قانون الإجراءات المدنية الجديد الفرنسي والتي استند إليها القضاء الفرنسي في تطوير اجتهاده و الوصول إلى ممارسة رقابة محكمة النقض على تطبيق القانون الأجنبي، والسؤال الذي يبقى مطروحا هو هل أن المشرع الجزائري شرّع المادة 29 ليفتح الباب للمحكمة العليا من أجل بسط رقابتها على صحة تطبيق القانون الأجنبي متجاوزا بذلك البند الخامس من المادة 358 أم أنه شرّع هذه المادة انسياقا وراء المشرع الفرنسي فقط.