

دور القاضي في تطبيق قواعد الإسناد على العلاقات الدولية الخاصة

The role of the judge in the implementation of the rules of attribution to special relations with an international dimension)

تاريخ استلام المقال: 2024/10/15 تاريخ قبول المقال للنشر: 2025/01/07 تاريخ نشر المقال: 2025/01/15

وصيف خالد سليمة^{1*}، بن زيطة عبد الهادي²

1-جامعة أحمد دراية-أدرار(الجزائر)، البريد الإلكتروني: ousalima@univ-adrar.edu.dz

2-جامعة أحمد دراية-أدرار، (الجزائر)، البريد الإلكتروني: Benzita.abdelhadi@univ-adrar.edu.dz

الملخص:

أمام خصوصية النزاعات المشتملة على عنصر أجنبي وتميزها عن النزاعات الداخلية، يضع المشرع قواعد الإسناد مهمتها إرشاد القاضي الوطني إلى القانون الواجب التطبيق على هذه النزاعات، وأهمية البحث تنبع من أهمية العلاقات الدولية نفسها وما قد يترتب على عنها من حقوق والتزامات تحتاج إلى الحماية القضائية، لاسيما في ظل تزايد هذه العلاقات بفضل التطور التكنولوجي، مما يولد تنازع بين قوانين عدة تتزاحم لحل منازعاتها، ويفضل القاضي قانون واحد فقط لحل النزاع المعروض أمامه. وقبل الفصل في هذه المنازعات عليه أولاً التعرف على قاعدة الإسناد المناسبة للنزاع المعروض أمامه، ومن ثم إعمالها وتطبيقها، وفي تطبيق قواعد الإسناد يتجلى دور القاضي بالنظر للإشكالات القانونية والفقهية التي يطرحها كل عنصر من قاعدة الإسناد إثر إعماله، كما أن القاضي قد تعترضه بعض النزاعات التي يستدعي الفصل فيها تطبيق قانون أجنبي، حيث يبرز دوره في البحث عن مضمونه وتفسيره، خصوصاً في ظل شح النصوص الناظمة لطبيعة لقانون الأجنبي.

الكلمات المفتاحية: العلاقات الدولية الخاصة؛ قواعد الإسناد؛ دور القاضي؛ القانون الواجب التطبيق؛ القانون الأجنبي

Abstract:

The importance and role of conflict of laws rules in resolving disputes involving a foreign element highlight the significance of the national judge. Before reaching the law that should be applied to these disputes, the national judge must first identify the appropriate conflict of laws rule for the case at hand and then apply it.

When activating conflict of laws rules, the judge's role becomes evident in considering the legal and jurisprudential issues that arise from each element of the conflict of laws rule upon its application.

The judge inevitably faces certain disputes where the resolution depends on the application of foreign law. Given the specificity of these disputes and their distinctiveness from domestic disputes, this affects the role of the judge in adjudicating them, especially in the absence of comprehensive regulations governing the nature of foreign law.

Keywords:

Conflict of laws rules; Role of the judge; Applicable law; Foreign law; Private international law.

مقدمة:

تحتوي كل منظومة قانونية على ثلاثة أصناف من القواعد القانونية، لكل منها وظيفة شرعت من أجلها، فنجد القواعد الموضوعية التي تحكم أي نزاع، إلى جانب القواعد الشكلية والإجرائية التي يستند إليها أطراف المنازعة، بالإضافة إلى قواعد الإسناد وهي قواعد يضعها المشرع الوطني، لتتكفل بتحديد القانون الواجب التطبيق على المنازعات التي تتضمن عنصراً أجنبياً. ولهذه القواعد ثلاثة مميزات أساسية، فهي قواعد غير مباشرة، أي أنها لا تقدم حلاً نهائياً للنزاع، بل ترشد فقط إلى القانون الذي يخضع له النزاع، تتميز بالصفة كونها قد تشير إلى اختصاص القانون الوطني أو إلى اختصاص قانون أجنبي. بالإضافة لتمتعها بالحياد، حيث لا يعرف القاضي، أثناء تطبيقها، نوع الحل الذي سيصل إليه في النزاع.

تتضح أهمية الدراسة في ناحيتين، علمية وعملية، فمن الجانب العلمي سوف نبرز آراء الفقه والتشريع في موضوع قواعد الإسناد وتفعيلها، ومن الجانب العملي فتبدو الأهمية واضحة من حيث الإشكالات القانونية والفقهية التي تنجم عن القواعد القانونية التي تحكم العلاقات المشوبة بعنصر أجنبي ومدى تأثيرها على الأفراد.

نظراً لخصوصية منازعات العلاقات الدولية الخاصة واختلافها عن النزاعات الداخلية، لكون القاضي، أثناء الفصل في منازعاتها، قد تعترضه بعض القضايا التي يتطلب حلها تطبيق قانون دولة أخرى غير قانون دولته. الأمر الذي سوف ينعكس بشكل حتمي على دور القاضي عند اتخاذ القرارات بشأنها خصوصاً في ظل الغموض الذي يحيط بتطبيق القانون الأجنبي في التشريع الجزائري الناتج عن نقص النصوص القانونية المتعلقة بتحديد طبيعته من ناحية، وقلة التطبيقات القضائية في هذا المجال من ناحية أخرى.

من هذا المنطلق جاءت هذه الدراسة محاولة الإجابة عن الإشكالية التالية: : ما هي المنهجية المعتمدة من طرف القاضي الوطني في حل الإشكاليات الناجمة على أعمال قواعد الإسناد ؟.

وللإجابة على الإشكالية لمطروحة ولبلوغ غايات الموضوع، اعتمدنا على المنهج التحليلي من خلال تحليل نصوص التشريع الجزائري المتعلقة بالموضوع، واستخدمنا المنهج المقارن أثناء مقارنة قانوننا بالنظم القانونية المتشابهة له، وما ورد في الاجتهادات القضائية المقارنة في هذا المجال.

وقد قسمنا هذه الدراسة إلى مبحثين حيث تم التعرض إلى دور القاضي في تحديد القانون الواجب التطبيق في (المبحث الأول) ثم تناولنا دور القاضي في إثبات وتفسير القانون الأجنبي من خلال (المبحث الثاني).

المبحث الأول: دور القاضي في تحديد القانون الواجب التطبيق

عند نشوء نزاع حول علاقة تتضمن عنصراً أجنبياً، يتزام أكثر من قانون لحكمها، فكل قانون له علاقة بهذا النزاع قد تكون له صلاحية التطبيق عليه . وبما أنه لا يمكن تطبيق جميع القوانين المتزامنة في نفس الوقت، وعليه من الضروري اختيار القانون الأكثر ملاءمة وصلة بالنزاع المطروح. وغالباً ما يتم ذلك من خلال اتباع المنهج التنازعي، الذي يعتمد بشكل أساسي على قواعد الإسناد كوسيلة فنية لتحقيق هذا الاختيار.

وبالنظر للدور المنوط بهذه القواعد فإنها تتسم بخصائص تتسجم مع وظيفتها، فهي قواعد لا تقدم حلاً موضوعياً للنزاع المطروح، إنما مهمتها فقط إرشاد القاضي للقانون الذي يحكم المنازعة ويمكن من الحل الموضوعي للنزاع، بغض النظر عن مضمونه، وهي في غالبيتها ذات طبيعة مزدوجة، حيث قد تشير إلى تطبيق القانون الوطني أو تطبيق القانون الأجنبي، بما يتوافق مع طبيعة المسائل التي تتضمن عنصراً أجنبياً.

تُبرز هذه الخصائص أهمية ودور هذه القواعد في إيجاد حلول للنزاعات الدولية الخاصة، كما تظهر تميزها عن باقي قواعد القانون الدولي الخاص الأخرى، مما يجعلها منهجاً مستقلاً لتنظيم العلاقات ذات العنصر الأجنبي بطريقة فنية محددة¹، تتمثل في تعيين القانون الواجب التطبيق على العلاقة من خلال تفعيل قاعدة الإسناد كمرحلة أولى، قبل الانتقال إلى تطبيق القواعد الموضوعية لهذا القانون في مرحلة لاحقة. ومن هنا، يطرح التساؤل حول مدى حتمية التزام القاضي بهذه المرحلة عند الفصل في النزاع المشوب بعنصر أجنبي؟، بحيث لا يمكنه تجاوزها وتطبيق القواعد الموضوعية مباشرة على مثل هذه النزاعات، أم أنه غير ملزم بذلك؟، مما يتيح له عدم تطبيقها تلقائياً، حيث يمتلك حرية في استخدامها. هذا ما نتناوله بالتحليل والنقاش في المطلب الأول، كما أن تطبيق قاعدة الإسناد تتطلب من القاضي أن يمر على مراحل يقتضي بيانها في المطلب الثاني.

¹ - ليست قواعد الإسناد هي الوسيلة الوحيدة لحل مشكلة تنازع القوانين، فإلى جانبها هناك قواعد مادية داخلية وأخرى دولية، تطبق مباشرة على بعض العلاقات المشتملة على عنصر أجنبي، تتميز بطبيعة خاصة تمكنها من حكم المسائل المتنازع فيها بصورة موضوعية، وتوضع هذه القواعد بقصد حماية مصلحة المجتمع، فهي ذات طابع أمر بلغ حُدّاً يقتضي إعمالها على المسائل التي تدخل في مجال سريانها سواء كانت العلاقة وطنية بحتة أم ذات طابع دولي. راجع، عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، ط.1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، للبنان، 2008، ص 233.

المطلب الأول : مدى إلزامية قاعدة الإسناد

تمتع قواعد الإسناد بالصفة الحيادية يجعلها ترشد للقانون الواجب التطبيق، سواء كان قانونا وطنيا أو قانون أجنبي، فهل ينبغي على القاضي تفعيلها من تلقاء نفسه كل ما كان بصدد حل منازعة ذات عنصر أجنبي؟

تباينت الأنظمة القانونية في مواقفها بخصوص هذه المسألة على رأيين الأول ينفي الصفة الإلزامية لقواعد الإسناد وآخر يمنحها هذه الصفة

الفرع الأول: قاعدة الإسناد غير ملزمة للقاضي

هناك أنظمة قانونية جردت قواعد الإسناد من أي قوة ملزمة، فالقاضي ليس ملزم بتطبيقها تلقائيا ومن الدول التي سلكت هذا الاتجاه إنجلترا، التي تمنع القاضي من تفعيل قواعد الإسناد تلقائيا وتفرض عليه الالتزام بتطبيق القانون الداخلي على جميع المنازعات المعروضة عليه بما فيها تلك التي تتضمن عنصر أجنبي¹، حتى في الحالة التي يتمسك فيها الخصوم بالقانون الأجنبي الذي تشير إليه قاعدة الإسناد، وهذا ما يتماشى مع معاملة القانون الأجنبي كواقعة يقع عبء إثباتها على الخصوم².

ويعتمد هذا التوجه على أساس عملي، يفيد بأنه إذا ألزما القاضي الوطني بتفعيل قاعدة الإسناد تلقائيا، فإننا نلزمه أيضا بتطبيق نصوص القانون الأجنبي الذي تشير إليه هذه القواعد، وهو قانون غير معروف للقاضي في الغالب وقد تتعذر عليه إثبات مضمونه، وعليه، فإننا حين نعفي القاضي من تطبيق قاعدة الإسناد تلقائيا، فإننا نعفيه من تطبيق قانون أجنبي، مما يؤدي إلى سرعة الفصل في المنازعات المعروضة أمامه³.

كما يركز إلى أساس افتراضي، حيث يفترض وجود تشابه بين القانون الإنجليزي والقانون الذي تشير إليه قاعدة الإسناد. ولتطبيق هذا القانون، يجب إثبات أن مضمون أحكامه تختلف عن أحكام القانون الإنجليزي. وفي حال عدم تقديم هذا الإثبات، فإن المحكمة ستطبق القانون الإنجليزي، استنادا إلى فرضية أن مضمون القانون الأجنبي مشابه للقانون الإنجليزي، ما لم يقدم الخصوم دليلا يثبت عكس ذلك⁴.

على خلاف هذا التوجه يوجد توجه آخر يرى بأن القاضي ملزم بالتطبيق التلقائي لقواعد الإسناد حتى ولو لم يتمسك بها الخصوم وهو ما سنوضحه في الفرع الموالي

¹ - حيث يعتمد الفقه الأنجلوسكسوني على نظرية الحقوق المكتسبة التي تنفي صفة القانون على القانون الأجنبي وتعتبره عنصر من عناصر الواقع، راجع سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص وتعدد طرق حل النزاعات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004، ص 197.

² - أنظر، السيد الحداد حفيظة، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، المبادئ العامة في تنازع القوانين، منشورات الحلبي، بيروت، 2007، ص 36.

³ - المرجع نفسه

⁴ - أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول (تنازع القوانين)، دار هومة، الجزائر، 2002، ص 122.

الفرع الثاني: إلزامية تفعيل قاعدة الإسناد من طرف القاضي.

هناك بعض الأنظمة القانونية اعتبرت قاعدة الإسناد ملزمة للقاضي، بحيث يتعين عليه تطبيقها من تلقاء نفسه، ومن الدول التي اتبعت هذا النهج هي ألمانيا. التي جعلت من تطبيق قواعد الإسناد واجبا على القاضي في جميع المنازعات ذات الطبيعة الدولية، سواء بطلب من الخصوم أو بغير طلب منهم. ويذهب القضاء الألماني إلى أن القاضي ملزم بتطبيق قواعد الإسناد لا يمكنه الإفلات من هذا الالتزام، ويعتمد هذا التوجه على اعتبار أن قاعدة الإسناد الوطنية هي قاعدة ملزمة ومتعلقة بالنظام العام في جميع الحالات، وضعها المشرع تحقيقا لاستقرار المعاملات الدولية الخاصة باختيار القانون الأنسب بحكم هذه العلاقات، ومنه فالقاضي ملزم بتطبيقها حتى ولو اتفق الخصوم صراحة على استبعادها¹. هذا من جهة، ومن جهة أخرى فقواعد الإسناد قواعد وطنية تتمتع كبقية القواعد الأخرى بعناصر تكوينها الهيكلي أي أنها تتوفر على عنصر الفرض والحكم والأثر القانوني والغاية، إذ تهدف القاعدة القانونية عامة إلى استقرار العلاقات بين الأفراد، وكذلك الحال بالنسبة لقاعدة الإسناد فهي حتى وإن كانت إرشادية في وظيفتها فإنها من حيث الإلزام لا تختلف عن مثيلاتها من القواعد الأخرى، فالقاضي ملزم بإعمالها من تلقاء نفسه احتراما لذاتية العلاقات الدولية الخاصة².

بعد استعراضنا لاختلاف النظم القانونية حول طبيعة قاعدة الإسناد سوف نحاول من خلال هذا الفرع تتبع موقف الفقه والتشريع الجزائري من المسألة.

الفرع الثالث: قاعدة الإسناد في القانون الجزائري

سوف نستعرض بعض المواقف الفقهية الجزائرية حول الصفة الإلزامية لقاعدة الإسناد (أولا) ثم الموقف التشريعي والقضائي منها (ثانيا).

أولا: الفقه يؤيد الصفة الإلزامية لقاعدة الإسناد

بنتبع بعض الآراء الفقهية في الجزائر نجدها استقرت على أن القاضي الجزائري ملزم بتطبيق قاعدة الإسناد بشكل تلقائي كلما عرض نزاع أمامه يتضمن عنصراً أجنبياً، حيث تؤكد الدكتورة نادية فضيل على أنه من الضروري أن يطبق القاضي قاعدة الإسناد الوطنية من تلقاء نفسه حينما تكون العلاقة محل النزاع تشمل على عنصر أجنبي، على اعتبار أن قاعدة الإسناد هي جزءاً من النظام القانوني للدولة التي ينتمي إليها القاضي. من خلال تطبيقها يتمكن من الوصول إلى أنسب القوانين وأكثرها صلة بحكم النزاع، سواء كان ذلك بتطبيق القانون الوطني أو القانون الأجنبي، مما يحقق التناسق والانسجام بين الأنظمة القانونية المختلفة³ في نفس السياق، يشير الدكتور الطيب زروتي إلى أن "القاضي مطالب بتطبيق قواعد الإسناد من تلقاء نفسه

¹ -أنظر، هشام علي صادق، تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007، ص 257.

² -نظر، السيد الحداد حفيظة، مرجع سابق، ص ص 39-40.

³ - فضيل نادية، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، دار هومة، الجزائر، 2004، ص 17.

متى توفرت شروط اعمالها¹. ومن جانبه، يرى الدكتور عمر بلمامي على ضرورة إعطاء قواعد الإسناد الصفة الإلزامية ، حيث يلتزم القاضي بتطبيقها حتى وإن لم يتمسك بها الخصوم، لأن مهمة القاضي الأساسية ووظيفته تكمن في تطبيق القانون².

ثانيا: مدى تكريس الصفة الإلزامية في القانون الجزائري

عند استعراض النصوص القانونية التي تتعلق بتنازع القوانين في المواد من 09 إلى 24 من القانون المدني، لا نجد نصا صريحا يفيد بالإلزام التلقائي لتطبيق قواعد الإسناد من طرف القاضي، لكن يتمعن صياغة هذه النصوص نجدها قد أقحمت عبارات: يكون ، يطبق ، يسري، تخضع إلخ بما يوحي بكون هذه القواعد آمرة ويطلبها القاضي دون حاجته لتمسك الخصوم بها³.

وعند تحليل نص المادة 23 مكرر 2 من القانون المدني، التي تحيل إلى تطبيق المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص في غياب نص في المواد الخاصة بتنازع القوانين، يتضح من هذا النص أن المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص تعد مصدراً رسمياً لحل إشكالات تنازع القوانين. وهذه المبادئ تركز في الأساس على المنهج التنازعي في حل المنازعات التي تحتوي على عنصر أجنبي، وهذا الأخير يعتمد أساساً على التطبيق التلقائي لقواعد الإسناد.

ربما يستشف كذلك على تغليب المشرع الجزائري للطبيعة القانونية للقانون الأجنبي مما يعني إلزام القاضي بتطبيق قواعد الإسناد من تلقاء نفسه من خلال نص المادة 29 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي تقضي بأن يفصل القاضي في النزاع طبقاً للقواعد القانونية التي تطبق عليه⁴، ففي صياغة هذه المادة لم يفرق المشرع بين القواعد الوطنية والأجنبية، مما يوحي بأن هذه القواعد تحتفظ بطبيعتها وإلزاميتها في كلا الحالتين⁵.

¹ - زروتي الطيب ، القانون الدولي الخاص الجزائري - دراسة مقارنة بالقوانين العربية والقانون الفرنسي تنازع القوانين -، ج1، ط2، مطبعة الفسيلا، الدويرة، الجزائر، 2008، ص 93.

² - بلمامي عمر، دراسات في القانون الدولي الخاص المعاصر، نظرية التكيف، دار هومة، الجزائر، 2008، ص 110.

³ - قتال حمزة، دور القاضي في تطبيق القانون الأجنبي في القانون الجزائري والمقارن، (رسالة دكتوراه في القانون الخاص)، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، سنة 2011، ص 38.

⁴ - الفقرة الثانية من المادة 29 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تنص " يُفصل في النزاع وفقاً للقواعد القانونية المطبقة عليه قانون رقم: 08-09 المؤرخ في 26_02_2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المعدل والمتمم بالقانون رقم: 22-13 المؤرخ في 12/07/2022، الجريدة الرسمية عدد 48 بتاريخ: 2022/07/17.

⁵ - أنظر، بلاش ليندة، دور القواعد ذات التطبيق الضروري. بين الزامية قواعد الإسناد والتخفيض من مرتبتها ، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، الصادرة عن كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، الجزائر، المجلد 10، العدد 3 سنة 2019، ص ص 489. 510.

ويتضح الأمر بشكل أكبر من خلال نص المادة (358) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ساري المفعول في فقرتها السادسة والتي أشارت إلى أنه من بين الأوجه المقبولة للطعن بالنقض " مخالفة القانون الأجنبي المتعلق بالأسرة "، بالإضافة لنص المادة (360) من القانون نفسه التي تؤكد على جواز إثارت المحكمة العليا من تلقاء نفسها وجهاً أو عدة أوجه للنقض مما يمكن أن نستنتج منه أن المشرع الجزائري يعامل القانون الأجنبي المتعلق بقضايا الأسرة كقانون بما يفيد بأن قاعدة التنازع الجزائرية في هذا المجال تُعتبر ملزمة للقاضي. يتعين عليه تفعيلها من تلقاء نفسه، ويكون خاضعاً لرقابة المحكمة العليا في هذا التطبيق

وقد أكد اجتهاد قضائي للمحكمة العليا أثارت فيه وجهاً مأخوذاً من مخالفة المادتين (12) و(13) من القانون المدني الجزائري، وهما قاعدتي إسناد تتعلق الأولى، بالقانون واجب التطبيق على الآثار التي يرتبها عقد الزواج، فيما تضمنت الثانية استثناءاً يقضي بتطبيق القانون الجزائري مباشرة متى كان أحد الطرفين جزائرياً وقت انعقاد الزواج، حيث أكدت بأن القرار المطعون فيه يتعلق بحالة الأشخاص والتي تعتبر من النظام العام، وهذا التوجه للمحكمة العليا يؤكد الصفة الإلزامية لقواعد الإسناد في القانون الجزائري¹. من خلال ما سبق نستخلص أن القاضي الجزائري ملزم بتطبيق قاعدة الإسناد على الأقل المتعلقة بالأسرة ويخضع في ذلك لرقابة المحكمة العليا، على اعتبار أن المشرع كان صريحاً في اقتصار الأمر على مسائل الأسرة نظراً لاعتبارات اجتماعية.

من المهم الإشارة إلى أن تطبيق قاعدة الإسناد يتوقف على عدم وجود قاعدة أخرى مخالفة لها في تحديد القانون المختص، سواء كان ذلك في قانون خاص أو في معاهدة دولية نافذة في الجزائر، هذا ماورد في المادة (21) من القانون المدني الجزائري².

ولتطبيق قاعدة الإسناد يمر القاضي بعدة خطوات وهي ما سنتتبعه بالدراسة والتحليل من خلال المطلب الموالي.

المطلب الثاني: خطوات أعمال قاعدة الإسناد

خلصنا في ما سبق بكون قاعدة الإسناد ملزمة للقاضي الجزائري، وعليه تفعيلها كلما عرض عليه نزاع مشتمل على عنصر أجنبي، وتختلف هذه المنازعات عن غيرها من المنازعات الوطنية في كون القاضي لا يعلم بالقانون الذي سوف يطبقه عليها مسبقاً، لأنه في النزاعات الداخلية يتحتم عليه تطبيق قواعد القانون الوطني المناسبة للفصل في موضوع النزاع مباشرة في حين في المنازعات الدولية الخاصة، يتوجب على

¹ قرار، بتاريخ 19 فيفري 1998، ملف 170082، المجلة القضائية، عدد 01، لسنة 2000، ص167.

² - تنص المادة 21 من القانون المدني على : " لا تسري أحكام المواد السابقة إلا حيث لا يوجد نص في قانون خاص أو معاهدة دولية"

القاضي المرور بمرحلتين أساسيتين من أجل تحديد القانون المختص بحكم العلاقة، تتمثل في اختيار قاعدة الإسناد المناسبة عن طريق عملية التكيف (الفرع الأول). كمرحلة أولى، تم تطبيق قاعدة الإسناد و تحديد القانون المسند إليه عن طريق ضابط الإسناد كمرحلة ثانية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: دور القاضي في تكيف النزاع

إن تصنيف المسائل القانونية ضمن فئات محددة، يستند إلى معايير فنية وأهداف تشريعية مختلفة بين الدول، مما يؤدي إلى التنوع في مضامين ومسميات الفئات القانونية من نظام قانوني إلى آخر. وعند عرض نزاع يتضمن عنصراً أجنبياً أمام القاضي، يجب عليه المرور على مسألة أساسية أولية، تتمثل في تحديد طبيعة العلاقة القانونية محل النزاع من خلال تصنيفها ضمن فئة قانونية معينة. تُعرف هذه العملية بـ "التكيف"، الذي عرّفه فقهاء القانون الدولي الخاص بأنه "تحديد طبيعة المسألة التي تتنازعها القوانين، لوضعها ضمن نطاق طائفة من النظم القانونية، بهدف إسناد حكمها إلى قانون معين"¹.

ويعتبر التكيف، تبعاً لهذا الوصف، عملية فنية أساسية يقوم بها القاضي كلما واجه دعوى قضائية، سواء كانت داخلية كالدعوى المدنية أو الجنائية أو الإدارية و غيرها. وهو عملية ضرورية لمعرفة موضوع النزاع تمهيداً لتطبيق الحكم الموضوعي المناسب عليه.

أما في مجال القانون الدولي الخاص، فإن التكيف يعني تحديد الوصف القانوني لموضوع النزاع بهدف وضعه ضمن إحدى الفئات القانونية التي حدد لها المشرع الوطني قاعدة إسناد خاصة، التي بموجبها يتحدد القانون واجب التطبيق على النزاع².

ونتيجة للاختلاف ولتباين بين الدول في تحديد الأوصاف القانونية للأنظمة والمسائل المتشابهة. فإن عملية التكيف في نطاق العلاقات الدولية الخاصة تعترضها جملة من الإشكالات.

فعلى سبيل المثال ما يُعتبر شرطاً موضوعياً للزواج في قانون دولة معينة قد يُعد شرطاً شكلياً في قانون دولة أخرى، كما أن ما يُعتبر زوجاً في قانون ما قد يُعتبر مساكنة غير شرعية في قانون آخر. أضف إلى ذلك يمكن وجود نظام قانوني في دولة معينة لا يوجد ما يقابله في دولة أخرى.

كنظام تعدد الزوجات الموجود في قوانين الدول الإسلامية، في حين لا يوجد مثل هذا النظام في القوانين الغربية. كما يمكن أن يختلف تكيف المسألة القانونية الواحدة من دولة لأخرى ومن قانون لآخر³.

¹ - الفضلي أحمد، الموجز في القانون الدولي الخاص، ط1، دار قنديل للنشر، الأردن، 2010، ص 54.

² - سامي بدیع منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، ط1، دار العلوم العربية، بيروت، لبنان، 1994، ص 174.

³ - علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص، ط5، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008، ص 41.

وهذه الاختلافات تظهر الأهمية البالغة للتكييف، ليس فقط كعملية أساسية تسبق تحديد القانون الواجب التطبيق، بل أيضًا كونه خطوة حاسمة يتحدد من خلالها طبيعة الحل النهائي للنزاع، وذلك لأنه يترتب على اختلاف التكييف اختلاف في قاعدة الإسناد وبالتالي في القانون الذي يسري على العلاقة محل النزاع¹. إن الاختلاف في التكييف يجعل من البحث عن القانون الذي يتم التكييف وفقًا لأحكامه أمر بالغ الأهمية، كونه يؤثر على عملية الإسناد وتحديد القانون، الذي سوف يختلف بناءً على القانون المعتمد كمرجع في عملية التكييف، وهو ما يصطلح عليه "بتنازع التكييفات".

لذلك تعددت الاتجاهات الفقهية لتحديد القانون الذي يخضع له التكييف، فهناك رأي فقهي يرى بوجود أن يخضع التكييف للقانون الذي يحكم النزاع، بينما يرى اتجاه آخر بأنه يخضع للقانون المقارن، كلا الاتجاهين تعرضا للنقد، ولم يتم اعتمادهما، واعتمدت جل القوانين المقارنة على الرأي الراجح فقها وقضاء والقائل بإعمال قانون القاضي المعروض عليه النزاع، كمرجع في عملية التكييف.

وهو ما تم تبنيه من طرف المشرع الجزائري بموجب المادة (09) من القانون المدني الجزائري والتي أكد من خلالها بأن القانون الجزائري هو المرجع عند تكييف العلاقات التي يتعين تحديد نوعها عند تنازع القوانين، وذلك لتحديد القانون واجب التطبيق.

ويتبين من خلال نص هذه المادة أن المشرع الجزائري قد جعل التكييف خاضعًا لقانون القاضي، كما أنه قصر التكييف وفقًا لقانون القاضي على التكييف الأولي الذي يهدف إلى تحديد القانون الواجب التطبيق. بما يفيد استبعاده للتكييفات اللاحقة التي لا تتعلق بالاختصاص التشريعي، والتي تدخل في نطاق تطبيق القانون الأجنبي الذي عينته قاعدة الإسناد².

الفرع الثاني: دور القاضي عملية الإسناد

بعد تكييف المسألة بإدخالها ضمن نظام قانون معين وفق ما يقضي به قانون القاضي تأتي الخطوة الثانية التي من خلالها يحدد القاضي القانون الذي سوف يحكم العلاقة القانونية محل النزاع، عن طريق إعمال قاعدة الإسناد وتطبيق ضابط الإسناد الذي تعينه، والذي يقصد به المعيار أو الوسيلة التي يتم من بواسطتها تحديد القانون واجب التطبيق، واستبعاد القوانين المتنازعة الأخرى، أو هو همزة الوصل بين الفئة المسندة والقانون الواجب التطبيق³، وبعبارة أخرى، يمكن اعتباره الأداة التي من خلالها يتحدد القانون المسند إليه. وقد اعتمد المشرع الجزائري، بالإضافة إلى التشريعات العربية والإسلامية ومعظم التشريعات الأوروبية، على الجنسية كمعيار يتحدد بواسطته القانون واجب التطبيق على مسائل الأحوال الشخصية. وهذا الضابط

¹ - أنظر، دويدار طلعت محمد، القانون الدولي الخاص السعودي، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1418 هـ، ص 306.

² - زروتي الطيب، مرجع سابق، ص 101.

³ - سلامة أحمد عبد الكريم، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2008، ص 53.

ذو طبيعة قابلة للتعدد كما أنه يقبل أيضا الانعدام. بمعنى أن الشخص قد يتمتع في وقت واحد بأكثر من جنسية، كما قد يكون عديم الجنسية، وهو ما يطلق عليه اصطلاحا بتنازع الجنسيات.

ولا تقتصر إشكالات أعمال ضابط الجنسية على حالتها التنازع الإيجابي والسلبي للجنسية، بل أن هذا الضابط ينجر عن أعماله إشكالية أخرى لا تقل أهمية عن الحالتين السابقتين تتمثل في الإسناد إلى قانون دولة متعددة التشريعات.

أولاً: دور القاضي في حل إشكالية تنازع الجنسيات

اعتمد المشرع الجزائري، بالإضافة إلى التشريعات العربية والإسلامية ومعظم التشريعات الأوروبية، على الجنسية كمعيار يتحدد بواسطته القانون واجب التطبيق على مسائل الأحوال الشخصية. وهذا الضابط ذو طبيعة قابلة للتعدد كما أنه يقبل أيضا الانعدام. بمعنى أن الشخص قد يتمتع في وقت واحد بأكثر من جنسية، كما قد يكون عديم الجنسية، وهو ما يطلق عليه اصطلاحا بتنازع الجنسيات

1- التنازع الإيجابي بين الجنسيات

إن بحث القاضي عن قانون الجنسية واجب التطبيق على منازعة طرفها من جنسيات متعددة أو عديمي الجنسية، يختلف وفقاً لطبيعة القضية المطروحة، فوجود جنسيات متعددة يستدعي المفاضلة والاختيار بين الجنسيات المتراكمة التي يتمتع بها الشخص، بينما يتطلب انعدام الجنسية البحث عن حل بديل لضابط الجنسية الذي لا وجود له.

ففي حالة تنازع الجنسيات ومن بينها جنسية القاضي المطروح عليه النزاع، فإن القاضي لا يعتد بغيرها من الجنسيات الأخرى ويتم تطبيق قانونه، هذا ما تنبأه المشرع الجزائري من خلال الفقرة الثانية من المادة (22) من القانون المدني الجزائري، والتي منح من خلالها الأفضلية للجنسية الجزائرية في الحالة التي يكون فيها الشخص حاملاً لها مع الجنسيات الأخرى التي يتمتع بها، فلا يعتد القاضي الجزائري إلا بالجنسية الجزائرية بصرف النظر عن علاقته بالدول الأخرى التي يحمل جنسيتها¹.

أما إذا كان التنازع بين جنسيات كلها أجنبية وليس من بينهما جنسية دولة القاضي، فبحسب الرأي الراجح يتوجب على القاضي البحث عن الجنسية الفعلية أو المهيمنة²، وهي الجنسية التي تكشف الوقائع والظروف أن الشخص مرتبطاً بها أكثر من غيرها وتظهر في جميع مناحي حياة الشخص فيقوم القاضي بتغليبها على باقي الجنسيات الأخرى.

وهو الحل الذي أخذ به المشرع الجزائري في الفقرة الأولى من المادة (22) من القانون المدني الجزائري.

2- دور القاضي في البحث عن حل بديل في حال التنازع السلبي للجنسيات

¹ - أعراب بلقاسم، القانون مرجع سابق، ص 166.

² - من المبادئ المستقرة في القانون الدولي العام، والتي تفرض قيوداً على حرية الدولة في تنظيم جنسيتها، هو المبدأ القاضي بوجود أن تأسس الجنسية على وجود روابط حقيقية بين الفرد والدولة.

عديم الجنسية، هو الشخص الذي لا يعتبر مواطن في أي دولة¹، أي أن جميع قوانين الدول تخلت عن شخص معين ولذلك لا يوجد تنازع بين القوانين ولا بين الجنسيات بالنسبة لهذا الشخص. ويتجه الرأي السائد في الفقه والقضاء إلى اعتماد فكرة مشابهة للجنسية الفعلية يتحدد من خلالها تعيين القانون واجب التطبيق على الأشخاص عديمي الجنسية، حيث يعتبر الشخص عديم الجنسية منتمياً إلى الدولة التي يرتبط بها عملياً أكثر من غيرها، وهذا الارتباط يتجلى عادةً في وجود موطنه أو محل إقامته². ويُطبق هذا الحل في العديد من التشريعات، على غرار التشريع الجزائري، من خلال الفقرة الثالثة من المادة (22) من القانون المدني.

ثانياً: دور القاضي حين الإسناد إلى قانون دولة تتعدد فيها الشرائع

عندما تشير قاعدة الإسناد المبنية على ضابط الجنسية إلى تطبيق قانون دولة متعددة الشرائع سواء كان تعدداً إقليمياً، كما في الولايات المتحدة الأمريكية، أو تعدداً شخصياً كما في العديد من دول الشرق الأوسط.

ومن المعلوم أن ضابط الجنسية ليس باستطاعته تحديد الشريعة الداخلية المختصة بنفسه، فكيف يتمكن القاضي من أن يختار شريعة واحدة ويطبقها على النزاع من بين الشرائع المتعددة في الدولة؟ وفي حال توصل إلى حل واستحال تطبيقه فما هي البدائل أو الحلول؟

في هذا السياق يؤكد الفقه والتشريع الغالب، على ضرورة رجوع القاضي الوطني إلى القواعد الإسناد في الدولة الأجنبية التي يتعين تطبيق قانونها. وهي التي تقرر أي شريعة من بين شرائعها الداخلية المختصة، وهو ما يعرف في فقه القانون الدولي الخاص بالإحالة الداخلية أو التفويض، والتي تقتضي بأن يتكفل القانون الأجنبي المختص بتحديد الشريعة الواجبة التطبيق (إقليمياً أو طائفياً) في قانونها الداخلي³.

هذا ما تبناه المشرع الجزائري من خلال (23) من قانون المدني في فقرتها الأولى. وفي الفرض التي يكون فيها إعمال قاعدة التفويض مستحيلاً، كخلو النظام القانوني الواجب التطبيق، من أي قواعد إسناد داخلية تعيين الشريعة الواجبة التطبيق، أو أن توجد هذه القواعد لكنها عاجزة عن حسم النزاع، فإن المشرع الجزائري، وبموجب المادة 23 (2) من القانون المدني، التي قررت أنه أنه في حالة عدم وجود نص في القانون المختص يحدد الشريعة الداخلية واجبة التطبيق، فإنه على القاضي الجزائري

¹ - المادة 1 من اتفاقية نيويورك بشأن وضع الأشخاص عديمي الجنسية، المعتمدة في: 1954/09/28.

² - محمدي بوزينة آمنة، إشكالات تنازع القوانين في مسائل الأحوال الشخصية مدعم بالاجتهاد القضائي وحلول لقضايا، دراسة مقارنة، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، تصدر عن المركز الجامعي العلامة أحمد بن يحيى الونشريسي تيسميسيلت معهد العلوم القانونية والإدارية، العدد الخامس، جوان 2018.

³ - زروتي الطيب، مرجع سابق، ص 147.

تطبيق القانون السائد في البلد في حالة التعدد الطائفي أو القانون المعمول به في عاصمة البلد في حالة التعدد الإقليمي.

بعد معالجة جميع الإشكالات المتعلقة بالتكييف والإسناد، يتمكن القاضي من تحديد القانون المختص الذي يسري على العلاقة القانونية وهذا القانون من الممكن أن يكون قانوناً أجنبياً، الذي يثير العديد من الإشكالات من الناحيتين النظرية والعملية، وهو ما سيكون محور دراستنا في المبحث الموالي.

المبحث الثاني: دور القاضي الوطني في إثبات القانون الأجنبي وتفسيره

أشرنا في المبحث السابق قاعدة الإسناد في النظام القانوني الجزائري ملزمة للقاضي، وبالتالي يطبقها تلقائياً على المنازعات المشتعلة على عنصر أجنبي، بما ينجر عنه أن القاضي سوف يطبق القانون الأجنبي الذي دلت عليه قاعدة الإسناد، كما يطبق قواعد القانون الوطني، وبالنظر للصفة الأجنبية للقواعد القانون الأجنبي، فإنه سوف يلاقي معاملة إجرائية خاصة إذ لا يفترض أن يكون القاضي الوطني عالماً بأحكامه، مما جعل مسألة إثبات مضمونه وكيفية وعلى من يقع عبء الإثبات محل خلاف فقهي، كما أن تفسير ما قد يتخلل القاعدة الأجنبية من غموض قد يعيق التطبيق السليم لها. وعليه سوف نخصص المطلب الأول لدور القاضي في إثبات القانون الأجنبي ونخصص المطلب الثاني إلى تفسير مضمون هذا القانون.

المطلب الأول: دور القاضي في إثبات القانون الأجنبي

قبل التطبيق الفعلي للقانون الأجنبي على النزاع من طرف القاضي الوطني، يجب أولاً إثبات هذا القانون، ويقصد بالإثبات هنا هو: "إقامة الدليل على محتوى القانون الأجنبي وبيان أحكامه الحقيقية"¹ ولأنه لا يفترض علم القاضي بأحكام القانون الأجنبي، لذلك ينبغي تحديد من يتحمل عبء إثبات هذه الأحكام هل هو القاضي أم الخصوم في الدعوى؟

الفرع الأول: عبء إثبات القانون الأجنبي

لقد سبقت الإشارة إلى اختلاف النظم القوانين حول طبيعة قاعدة الإسناد، فالنظم التي تنفي الصفة الإلزامية لقاعدة الإسناد تعامل القانون الأجنبي معاملة الوقائع، ومن ثم يقع عبء إثباته على عاتق الخصوم، بينما النظم التي تضيف الصفة الإلزامية على قاعدة الإسناد، فإنها تعامل القانون الأجنبي المختص معاملة قانون وتلزم القاضي بالبحث عن مضمونه، فالارتباط وثيق بين مسألة التزام القاضي بإثبات مضمون القانون الأجنبي ومسألة طبيعة هذا القانون.

واعتبار القانون الأجنبي قانوناً يقود إلى التزام القاضي بتطبيقه من تلقاء نفسه وأن يسعى لمعرفة أحكامه وإثبات مضمونه، هذا الالتزام تفرضه لقواعد العامة للمرافعات، والقاضية بوجوب أن يطبق القاضي قواعد القانون على وقائع الدعوى دون حاجة إلى أن يتمسك الخصوم بأحكامه أو أن يكشفوا عن مضمونه.

¹ - هشام علي صادق، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 164.

غير أن الفقه الحديث¹ يؤكد على التزام القاضي، بالتعاون مع الخصوم، البحث عن مضمون القانون الأجنبي². على افتراض أن القاضي يكون عالماً بالقانون الأجنبي، بالنظر لتقدم الوسائل العلمية والتكنولوجية من جهة، وامتلاك القضاة لثقافة قانونية واسعة من خلال الاهتمام المتزايد بالقانون المقارن من جهة أخرى. وفي مثل هذه الافتراض، يمكن للقاضي أن يتحرى من تلقاء نفسه عن مضمون القانون الأجنبي وأحكامه ويطبقها، مع السماح للأطراف بمناقشة مضمون هذا القانون، احتراماً لمبدأ الوجاهية في الدعوى. وفي حال جهل القاضي بمضمون القانون الأجنبي، يتعين على القاضي البحث عن مضمونه، حيث يقوم بدور إيجابي في إثباته، ويمكنه الاستعانة عند الاقتضاء بالخصوم، كما يجوز له اتخاذ إجراءات التحقيق في الدعوى قصد الكشف عن القانون الأجنبي، وعناصر الإثبات التي يقدمها أطراف النزاع لا تلزمه إذا كان لديه شك بشأنها، وله أن يعتمد على معرفته الشخصية بالقانون الأجنبي في تقدير عناصر الإثبات المقدمة، ولا يمكن للقاضي أن يتصل من الفصل في النزاع لمجرد عدم قدرة الخصوم على إثبات القانون الأجنبي، لأن من واجبه الفصل في الدعوى³.

في هذا السياق، ألزمت محكمة النقض المصرية القاضي بوجوب البحث عن مضمون القانون الأجنبي، مع جواز الاستعانة بمجهودات الخصوم، ويتعين عليه تطبيقه إذا كان عالماً بمضمونه⁴. فذهبت إلى أنه رغم أن القانون الأجنبي يعتبر قانوناً يتلزم القضاة بتحديد محتواه، إلا أنها اعترفت بصعوبة افتراض معرفة القضاة بالقانون الأجنبي، ف اتخذت موقفاً متوازناً بين إلزام القضاة بالبحث عن محتوى القانون الأجنبي وبين ترك عبء ذلك يقع على الخصوم وحدهم فقط⁵.

كما تبني المشرع التونسي نفس التوجه وبشكل واضح بموجب الفصل (32)⁶ من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي، والتي منحت للقاضي، بشكل تلقائي، إمكانية تقديم الدليل على مضمون القانون الأجنبي

¹ - يقود هذا التوجه جانب من الفقه الفرنسي والفرنسي الحديثين، والذي يعترف للقانون الأجنبي بطبيعته مع الإقرار بصعوبة علم القاضي بمضامين كافة القوانين الأجنبية، وهو الأمر الذي يبرر الحاجة للاستعانة بالخصوم، أنظر، هيشام علي صادق، مركز القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، مصر، 1968، ص 101 وما يليها.
² الوكيل شمس الدين، مركز القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني (دراسة مقارنة)، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1968، ص 269.

³ - الداودي غالب علي، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول في تنازع القوانين، وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2005، ص 128.

⁴ - هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 160.

⁵ - قرار محكمة النقض المصرية في عام 1948، نقلا عن، الوكيل شمس الدين، مرجع سابق، ص 273.

⁶ - تنص المادة 32 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي على "يمكن للقاضي بصفة تلقائية إقامة الدليل على محتوى القانون الأجنبي المعين بقاعدة الإسناد في حدود إمكانيات علمه به، وفي أجل معقول بمساعدة الأطراف عند الاقتضاء، وفي الحالات الأخرى فإن الطرف الذي تكون دعواه مستندة على القانون الأجنبي، مطالب بإثبات محتواه... ويجب في جميع الأحوال

المحدد بواسطة قاعدة الإسناد، وذلك في حدود علمه، وفي آجال معقولة، مع الاستعانة بالأطراف عند الاقتضاء. وفي الحالات الأخرى، يتعين على الطرف الذي تستند دعواه إلى قانون أجنبي أن يقوم بإثبات ثبت مضمونه. مع احترام مبدأ المواجهة في جميع الأحوال.

أما بخصوص المشرع الجزائري، فإنه لم ينص بشكل صريح على هذه المسألة، ولكن يمكننا أن نسوق نفس الاستنتاج الذي أوردناه بخصوص إلزامية قاعدة الأسناد، فمن خلال الفقرة السادسة من المادة (358) من قانون الإجراءات المدنية، فإنه يتعين على القاضي الجزائري إثبات مضمون القانون الأجنبي المتعلق بقضايا الأسرة. لأن المشرع ومن خلال هذا النص، قرر بأن الخطأ في تطبيق القانون الأجنبي المتعلق بالأسرة، يعتبر وجه من أوجه الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا.

استناداً إلى ما تم ذكره، الاتجاه الحديث يجعل من القاضي ملزماً بلعب دوراً إيجابياً وفعال في إثبات القانون الأجنبي، بشرط العلم بمحتواه. كما أن للأطراف المتنازعة دوراً في هذا السياق. ولكن، ما الحل في حال تعذر إثبات هذا القانون؟.

قرر الفقه بعض الحلول التي يمكن من خلالها إيجاد حل للنزاع، عن طريق البحث عن قانون آخر يكون بديلاً عن القانون الذي تعذر إثباته. فظهرت عدة اتجاهات فقهية أبرزها تطبيق المبادئ العامة السائدة في الأمم المتقدمة والاتجاه القائل بتطبيق القانون الذي تكون أحكامه أقرب صلة بأحكام القانون الذي تعذر الكشف عن مضمونه حسب رؤية القاضي المعروض أمامه النزاع¹.

والرأي الراجح فقها هو عودة القاضي في هذه الأحوال إلى تطبيق قانونه الوطني لفض النزاع، وحسب الفقيه "باتيفول" فإن الاعتبار العملية التي كانت حائلاً دون تمكن القاضي من التوصل إلى أحكام القانون الأجنبي هي أساس تطبيق القاضي لقانون دولته، لأنه ليس بإمكان القاضي الامتناع عن الفصل في النزاع بحجة عدم توصله للقانون الواجب التطبيق، لأن في ذلك إنكاراً للعدالة وإهداراً للحقوق. وتطبيق القاضي لقانونه، وهو أقرب إلى تحقيق العدالة من الامتناع عن الفصل في النزاع².

وهذا التوجه هو الذي تبناه الفقه المصري الحديث، الذي يقر بتطبيق قانون القاضي على النزاع في حالة عدم التمكن من إثبات القانون الأجنبي المختص أو مدلوله، على أساس اختصاص قانون القاضي

احترام مبدأ المواجهة"، قانون رقم 97 المؤرخ في: 27 نوفمبر 1998 يتعلق بإصدار مجلة القانون الدولي الخاص التونسي الصادر بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 96 ، بتاريخ: 1998/12/01.

¹ - أنظر، هشام علي صادق، مركز القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، مرجع سابق، ص 291.

² - اللافي مبروك ، مرجع سابق ، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في القانون الليبي ، منشورات الجامعة المفتوحة، ليبيا، 1994، ص 74.

الاحتياطي العام في حال استحالة أو تعذر تطبيق القانون الأجنبي صاحب الاختصاص الأصلي بموجب قاعدة الإسناد الوطنية¹.

وهو الرأي المعتمد من قبل المشرع الجزائري على غرار عدة تشريعات أخرى أخذت بالرأي القائل بتطبيق قانون القاضي في الحالة التي يتعذر فيها التوصل إلى مضمون القانون الأجنبي، بمقتضى تعديل 2005 للقانون المدني، حيث جاء في المادة (23 مكرر) " يطبق القانون الجزائري إذا تعذر إثبات القانون الأجنبي الواجب تطبيقه "

وعليه فطبقا للمادة (23 مكرر) المذكورة سابقا، فإذا تعذر على القاضي الجزائري إثبات مضمون القانون الأجنبي الذي عينته قاعدة الإسناد الوطنية، وجب تطبيق القانون الجزائري، سواء التزم بمفرده بهذا الإثبات أو كان ذلك بمساعدة الخصوم.

والجدير بالذكر أنه في الحالة التي تبين فيها للقاضي مضمون القانون الأجنبي، فإن تطبيقه على النزاع المطروح أمامه مرهون بشرطين أساسيين، يتعلق الأول بعدم معارضة مضمون القانون الأجنبي بشكل صارخ مع المبادئ الأساسية للقانون القاضي، وهذا ما يطلق عليه بالدفع بالنظام العام وهو دفعا موضوعيا وليس إجرائيا، والثاني يستوجب عدم انعقاد الاختصاص للقانون الأجنبي عن طريق تلاعب أطراف العلاقة القانونية بضابط الإسناد، هو ما يعرف بالغش نحو القانون، ففي الاعتبارين السابقين يستعبد القاضي الوطني تطبيق القانون الأجنبي المعين من طرف قاعدة الإسناد الوطنية ويحل محله القانون الوطني هذا ما أشارت له المادة (24) من القانون المدني الجزائري.

المطلب الثاني: تفسير القانون الأجنبي ودور القاضي الوطني فيه

بعد أن تتم عملية إثبات مضمون القانون الأجنبي، يسعى القاضي إلى تطبيقه فعليا على النزاع، وهذه العملية تتطلب من القاضي أن يقوم بتفسير القانون الأجنبي، والمقصود بالتفسير "هو تبيان معنى النص ومجاليه وشروط تطبيقه وحقيقة المراد به"².

وعملية تفسير القانون الأجنبي تثير إشكالات حول الأسلوب المعتمد في التفسير، فهل يتوجب على القاضي التقيد بالتفسير السائد في الدولة الصادر عنها القانون الأجنبي؟ وهل يمتلك حرية ولو نسبية في تفسير النصوص الأجنبية؟ أو بعبارة أخرى هل للقاضي دور ايجابي في تفسير القانون الأجنبي؟ هذه التساؤلات سوف تكون محور للدراسة والتحليل من خلال فرعين نخصص الأول إلى منهج التفسير، نستعرض في الثاني الدور الإيجابي للقاضي في تفسير القانون الأجنبي.

¹ - عبد الله عز الدين ، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، ط9، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، مصر، 1986، ص 592، هشام علي صادق، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 170.

² - عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2004، ص 204.

الفرع الأول: أسلوب تفسير القانون الأجنبي.

تضاربت الآراء الفقهية حول هذه المشكلة، ويمكن حصرها في ثلاثة اتجاهات أساسية، حيث يرى الاتجاه الأول بأن يعتمد القاضي أثناء تفسيره لأحكام القانون الأجنبي نفس الأسلوب الذي يعتمده في تفسير القانون الوطني على اعتبار اندماج القانون الأجنبي في القانون الوطني ويصبح جزءاً لا يتجزأ منه بعد أن قررت قواعد الإسناد اختصاصه¹.

في حين يرى الاتجاه الثاني، بأن يفسر القانون الأجنبي كما استقر عليه قضاء الدولة الأجنبية مع منح القاضي الوطني حرية نسبية في التفسير في الحالة التي لم يستقر فيها القضاء الأجنبي على تفسير محدد². وقد ايدت محكمة العدل الدولية هذا التوجه، حين قضت بأنه "يجب أن يؤخذ بالتفسير القضائي السائد في الدولة التي تطبق المحكمة قانونها على وقائع النزاع الدولي المعروض عليها"³.

أما الاتجاه الثالث فيرى بوجوب أن يتم تفسير القانون الأجنبي وفقاً للنظام القانوني الأجنبي كله، ومن ثمة يتحتم على القاضي التقيد بقرارات المحاكم واتجاه الفقه في الدولة المراد تطبيق قانونها، على أساس أن المشرع الوطني حينما يضع قواعد الإسناد فإنه في الواقع يقوم بتحديد نطاق تطبيق النظم القانونية المختلفة، حيث أنه يقوم بالتنازل عن حكم العلاقة للنظام الأجنبي المتصل بها، مما يترتب عليه حلول النظام القانوني الأجنبي برمته محل النظام الوطني في حكم هذه العلاقة القانونية⁴، فنص القانون الأجنبي ما هو إلا جزء من العناصر التي يتكون منها مجموع النظام القانوني الأجنبي، ومن ثمة لا مجال لتفسيره إلا بالعودة إلى جميع العناصر المكونة لهذا النظام، فلا يمكن استنتاج مضمون القاعدة الأجنبية واجبة التطبيق حقيقة بدون الرجوع النظام القانوني الأجنبي كاملاً هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى إلى ما استقر عليه القضاء الأجنبي في شأنها⁵، والقول بعكس ذلك، ينتج عنه إعطاء حل قد يكون مختلفاً عما يقرره القانون الأجنبي المختص، وبالتالي ينجر عنه مخالفة قاعدة الإسناد ذاتها⁶.

وهو الحل الذي أيده الفقه اللبناني واعتمده القضاء الفرنسي والمصري في العديد من أحكامها التي تؤكد على القاضي احترام تفسير القضاء الأجنبي لقواعده القانونية⁷.

¹ - الفضلي أحمد، مرجع سابق، ص 174.

² - زروتي الطيب، مرجع سابق، ص 284.

³ - فضيل نادية، مرجع سابق، ص 92.

⁴ - أنظر، فؤاد عبد المنعم رياض و راشد سامية، الوجيز في القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، (دون سنة نشر)، ص 100.

⁵ - سامي بديع منصور، مرجع سابق، ص 693.

⁶ - فؤاد عبد المنعم رياض و راشد سامية، مرجع سابق، ص 99.

⁷ - أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 154.

كما تم النص على هذا الحل وبشكل صريح في الفصل (34) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي، والتي أقرت بأن يطبق القاضي التونسي القانون الأجنبي بنفس الكيفية التي تم تفسيره في النظام القانوني الذي ينتمي إليه¹، كما تم التتبع على الحل ذاته في بعض تشريعات دول أمريكا اللاتينية، كالقانون الدولي الخاص البيروني لعام 1984، في المادة (2055) التي تلزم القاضي بأن يفسر القانون الأجنبي طبقاً للنظام الذي ينتمي إليه ووفقاً لقواعد التفسير التي يحددها هذا النظام، كما تم النص على ذات الحل في بعض التشريعات الأوربية، على غرار القانون المدني البرتغالي في المادة (1/23) منه، كما كانت تنص على ذلك المادة (182) من القانون الألماني الصادر في 1975/07/19 المعدل لقانون المرافعات المدنية قبل الوحدة². أما إذا عدنا للتشريع الجزائري، فإننا لا نجد نص قانوني، يحدد الكيفية التي يفسر بها القاضي الجزائري القواعد القانونية الأجنبية، حيث تظل المنظومة القانونية الجزائرية من أي نص يلزم القاضي بتفسير القانون الأجنبي طبقاً للتفسير المعمول به في النظام القانوني في الدولة الأجنبية، إلا أن فقهاء القانون الدولي الخاص الجزائريين، ومن بينهم الدكتور الطيب زروتي والدكتور موحند إسعاد والدكتور عليوش كربوع كمال، يجمعون على وجوب أن يلتزم القاضي الجزائري في تفسيره للقانون الأجنبي بالمبادئ القانونية المعمول بها في ذلك النظام القانوني، وحسب استقرار الاجتهاد القضائي هناك، لأن العمل بما يخالف ذلك يترتب عليه تحريف القانون الأجنبي وإبعاده عن هدف المشرع من خلال تقرير أحكام هذا القانون، وينسجم هذا الرأي مع احتفاظ القانون الأجنبي بطبيعته القانونية واستقلاله عن قانون القاضي وإن تم تطبيقه خارج الدولة التي أصدرته³.

الفرع الثاني: الدور الإيجابي للقاضي الوطني في تفسير القانون الأجنبي

يختلف دور القاضي في تفسير القانون الأجنبي عن دوره في تفسير القانون الوطني. ف فيما يتعلق بالقانون الوطني، لا يُلزم القاضي بالتفسيرات التي قدمها القضاء السابق في المسائل المماثلة، حتى وإن كانت تلك التفسيرات صادرة عن المحكمة العليا في الأنظمة التي لا تعتمد مبدأ السابقة القضائية، مثل الجزائر. وبالتالي، يحق له عدم الأخذ بالتفسير المعتمد من قبل القضاء الوطني إذا اقتنع بأن تفسيره الخاص هو الأكثر تحقيقاً للعدالة⁴.

وعلى خلاف ذلك، يكون القاضي ملزماً بتفسير القانون الأجنبي وفقاً للتفسير القضائي المعتمد في دولته، إذ لا يمكن فصل النص القانوني عن المبادئ والحلول السائدة في الدولة الأجنبية التي وضعتها، بحيث

¹ - حيث تنص المادة 34 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي على "يطبق القاضي القانون الأجنبي كما وقع تأويله في النظام القانوني المنتمي إليه...".

² - قتال حمزة، مرجع سابق، ص 240.

³ - أنظر، زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع السابق، ص 265؛ موحند إسعاد، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول قواعد التنازع، ترجمة فائز أنجق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989، ص 229؛ عليوش كربوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، دار هومة، الجزائر، 2006، ص 128.

⁴ - راجع، الطيب زروتي، مرجع سابق، ص 229، وكمال عليوش كربوع، مرجع سابق، ص 128.

يلتزم القاضي بالحلول المكرسة من طرف القضاء الأجنبي، إلا أنه يملك قدرا من الحرية في تفسير القانون الأجنبي ويؤدي دوراً إيجابياً فيه في حالات معينة نستعرضها كما يلي:

أولاً: عدم تعرض المحاكم الأجنبية لتفسير القانون

تعين على القاضي أن يفسر القانون الأجنبي وفقاً للتفسير المعتمد في الدولة الصادر عنها، كل ما تمكن من معرفة ذلك، أما في حالة عدم وجود تطبيقات قضائية للقاعدة القانونية الأجنبية بحيث لم يتحدد تفسيرها هناك، إذ تكون في هذه الحالة القاعدة الأجنبية هي النص القانوني الوحيد دون تطبيق قضائي يحدد تفسيرها، مما يجعل القاضي يسترد حريته في تفسير القانون الأجنبي، ولكن هذه الحرية في تفسير القانون الأجنبي تنقيد بأن يلتزم بالمبادئ العامة السائدة في الدولة التي يطبق قانونها، فينقيد بذات قواعد التفسير التي كان سيعتمدها قاضي الدولة الأجنبية لو رفعت الدعوى أمامه ابتداءً¹.

ثانياً: للقانون الأجنبي تفسيرات متناقضة أو متباينة

هذه الحالة عكس الحالة السابقة، إذ يواجه القاضي عدة تفسيرات قضائية منحت للقاعدة القانونية الأجنبية لكن هذه التفسيرات متناقضة ومتضاربة، وهنا يحق للقاضي أن يتجاهل هذه الحلول والتفسيرات، ويتصدى بنفسه لتفسير هذه القاعدة، مع الالتزام دوماً بالمبادئ العامة المكرسة في الدولة الأجنبية، لكي لا يخطر بإعطاء القاعدة القانونية الأجنبية معنى يختلف عن المضمون الحقيقي لهذا القانون، حيث يعتمد على الحل الذي يراه أكثر انسجاماً مع هذه المبادئ مع مراعاة الحلول المعتمدة في هذه الدولة².

خاتمة:

من خلال هذه الدراسة وصلنا إلى النتائج التالية:

- يلعب القاضي دوراً فعالاً و متميزاً في المنازعات الخاصة المشتملة على عنصر أجنبي، في جميع مراحل أعمال قاعدة الإسناد، بدءاً بتكييف العلاقة وصولاً إلى القانون الواجب التطبيق عليها، حيث يمر القاضي بمرحلتين أساسيتين، تتعلق الأولى بتحديد القانون الذي يحكم النزاع وتخلل هذه عدة إشكالات ينبغي للقاضي التوصل لحلول بشأنها، وترتبط الخطوة الثانية بتطبيق القانون الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد سواء كان وطنياً أو أجنبياً وفي حال كان القانون واجب التطبيق قانوناً أجنبياً فينبغي للقاضي معاملته معاملة إجرائية خاصة سواء من حيث إثباته أو تفسيره.

- وعلى الرغم من أن المشرع الجزائري لم ينص صراحة على أن قواعد الإسناد الوطنية ملزمة للقاضي، إلا أنه من خلال صياغة النصوص القانونية المتضمنة لقواعد الإسناد يؤكد على إلزامية قواعد الإسناد، لأن سن قواعد التنازع تحدده اعتبارات خاصة تتعلق بالمصلحة العامة وسياسات المشرع المتعلقة بالنظام العام.

¹ - فضيل (نادية)، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، مرجع سابق، ص 88.

² - عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 408.

- عدم وجود نص في القانون الجزائري يعالج تطبيق القانون الأجنبي، سواء من حيث طبيعته ، أو إثباته، أو وسائل تفسيره، و المادة 358 فقرة (6) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية هي الوحيدة التي قد يفهم منها كل ما يتعلق بالقانون الأجنبي وهي غير كافية.
- وعليه يمكن أن نصوغ الاقتراحات التالية:
- ضرورة النص صراحة في القانون الجزائري على إلزامية قاعدة الإسناد، حين توفر شروط إعمالها ، منعا لأي خلاف أو تأويل.
- سن نص واضح وصريح يؤكد الصفة القانونية للقانون الأجنبي.
- سن نص قانوني صريح يجعل من عملية إثبات القانون الأجنبي يلتزم بها القضاة ولهم أن يستعينوا بالخصوم إذا لزم الأمر
- وضع نصوص قانونية تؤكد بشكل صريح على وجوب تفسير القضاة المحليين للقانون الأجنبي في ضوء النظام القانوني الأجنبي وفي إطاره مع اشتراط عدم تعارض هذا التفسير مع النظام العام.
- بما أن العلاقات ذات العنصر الأجنبي عندنا تشهد تطور مستمر نظرا لكثرة العلاقات بين المواطنين وغيرهم من الأجانب، والتي من شأنها أن تكون محلا لنزاعات أمام القضاء الجزائري، نرى بأنه من الضروري أن تجمع النصوص القانونية الخاصة بهذه المسائل، في تقنين خاص شامل يحمل اسم "القانون الدولي الخاص"، مثل ما هو موجود في بعض الدول على غرار الشقيقة تونس.

المصادر والمراجع:

أولا: قائمة المصادر

أ: القوانين

- 1- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في: 26/09/1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في: 13/05/2007 الجريدة الرسمية رقم: 31 بتاريخ: 13/05/2007.
- 2- قانون رقم: 08-09 المؤرخ في 26/02/2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المعدل والمتمم بالقانون رقم: 22-13 المؤرخ في: 12/07/2022، الجريدة الرسمية عدد 48 بتاريخ: 17/07/2022.
- 3- قانون رقم: 97 المؤرخ في: 27/11/1998، يتعلق بإصدار مجلة القانون الدولي الخاص التونسي، الصادر بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 96 بتاريخ: 01/12/1998.

ثانيا : قائمة المراجع

أ: الكتب

1. أحمد الفضلي، الموجز في القانون الدولي الخاص، ط1، دار قنديل للنشر، الأردن، 2010.
2. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2008.
3. بلقاسم أعراب، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول (تنازع القوانين) ، دار هومة، الجزائر، 2002.
4. حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، المبادئ العامة في تنازع القوانين، منشورات الحلبي، بيروت، 2007.
5. سامي بديع منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، دار العلوم العربية، بيروت، لبنان، 1994.

6. سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص تطور وتعدد طرق حل النزاعات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004.
 7. شمس الدين الوكيل، مركز القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني (دراسة مقارنة)، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1968.
 8. طلعت محمد دويدار، القانون الدولي الخاص السعودي، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1418 هـ.
 9. الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري - دراسة مقارنة بالقوانين العربية والقانون الفرنسي تنازع القوانين -، الجزء الأول، الطبعة الثانية، مطبعة الفسيحة، الدويرة، الجزائر، 2008.
 10. عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، ط1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2008.
 11. عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2004.
 12. علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص، ط5، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2008.
 13. عمر بلمامي، دراسات في القانون الدولي الخاص المعاصر، نظرية التكيف، دار هومة، الجزائر، 2008.
 14. فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد، الوجيز في القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، (دون سنة نشر).
 15. كمال عليوش قريوع، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، تنازع القوانين، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2006.
 16. نادية فضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، دار هومة، الجزائر، ط 2004.
- ب: الرسائل الجامعية**
1. حمزة قتال، دور القاضي في تطبيق القانون الأجنبي في القانون الجزائري والمقارن، (رسالة دكتوراه في القانون الخاص)، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، سنة 2011.
- ج: المقالات**
- ليندة بلاش، دور القواعد ذات التطبيق الضروري. بين الزامية قواعد الإسناد والتخفيض من مرتبتها، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، الصادرة عن كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، الجزائر، المجلد 10، العدد 3 سنة 2019. ص ص 489-510.