إثبات القانون الأجنبي ووسائل الاتصال الحديثة

ا/ زوليخة لحميم
أستاذ مساعد
جامعة قاصدي مرباح – ورقلة

لقد عرّف الفقهاء[1] القانون الدولي الخاص "بأنه مجموعة القواعد التي تتعلق بتنظيم علاقات الأفراد المالية أو الشخصية إذا اقترن بها عنصر أجنبي، والتي تعالج مسألة الاختصاص القضائي الدولي، وحالة الأجانب والجنسية والموطن و تبيّن كيف يمكن تنفيذ الأحكام والأوامر الأجنبية".

ولقد وضعت قواعد هذا القانون بادئ الأمر لمعالجة موضوع تنازع القوانين والبحث عن القانون الأجنبي الواجب التطبيق عندما يكون النزاع المطروح أمام القضاء يتضمن عنصرا أجنبيا. والى جانب تنازع القوانين هناك تنازع الاختصاص القضائي أي البحث عن المحكمة المختصة دوليا بالنظر في النزاع، إلا أن الموضوع الذي يهمنا هنا هو تنازع القوانين من حيث المكان الذي تناوله المشرع الجزائري في المواد من 9إلى24 من ق م ج. وقد جاء في المادة 23 مكرر (القانون 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005) ما يلي:" يطبق القانون الجزائري إذا تعذر إثبات القانون الأجنبي الواجب تطبيقه" لذلك نتساءل عن الأسباب التي تشكل صعوبة عند إثبات القانون الأجنبي في العصر الحالي. فهل يمكن أن تكون هناك صعوبة في إثبات القانون الأجنبي في ظل وسائل الاتصال الحديثة؟

للإجابة عن هذه الإشكالية قسمت الموضوع إلى النقاط التالية:

أولا : تطبيق القانون الأجنبي في بلد القاضي.

ثانيا : المقصود بإثبات للقانون الأجنبي وطرق إثباته.

ثالثا: استبعاد تطبيق القانون الأجنبي.

أولا : تطبيق القانون الأجنبي في بلد القاضي

قد يكون تطبيق القانون الأجنبي في بلد قاضي الموضوع بطريقة تلقائية وقد يكون بطريقة غير تلقائية.

أ- التطبيق الغير تلقائي للقانون الأجنبي:

لقد كان تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني محل خلاف فقهي[2] لمدة طويلة من الزمن، وتساءل الفقهاء عن الطبيعة القانونية للقانون الأجنبي الواجب التطبيق وهذا ما يعرف بتحديد المركز القانوني للقانون الأجنبي أمام المحاكم[3]. فهل يطبق باعتباره قانونا أم باعتباره واقعة؟

فذهب البعض إلى القول بان تطبيق القانون الأجنبي يكون على أساس المجاملة الدولية، كما سادت في البلاد الانجلوساكسونية نظرية الحقوق المكتسبة ومؤداها أن القاضي يطبق القانون الأجنبي في بلده احتراما لحقوق مكتسبة في دولة أخرى أي بلد الخصوم.

وذهب رأي آخر إلى أن القاضي يطبق القانون الأجنبي بمقتضى تفويض من المشرع الأجنبي. ونادى الفقهاء الايطاليون بنظرية الاستيعاب وقالوا أن القاضي عندما يطبق قانونا أجنبيا في بلده إنما يطبقه على أساس انه يندمج في قانونه فمتى أشارت قاعدة التنازع في قانون القاضي بتطبيق قانون أجنبي فان هذه القاعدة تندمج في القانون الأجنبي ويصبح القاضي كأنه يطبق قاعدة التنازع في قانونه هو.

وقد وجهت للآراء السابقة عدة انتقادات لا نرى داعيا للخوض فيها .

أما في فرنسا وأمريكا فقد استقر الرأي على اعتبار تطبيق القانون الأجنبي كواقعة لا كقانون وقد برر الفقهاء هذا الاختيار بقولهم انه من العسير على القاضي أن يكونا ملما بكل قوانين العالم. وذهب الفقيه **باتيفول** إلى القول بأن القانون يتكون من عنصرين احدهما آمر يتمتع به القانون في بلده، وآخر معنوي يكون له خارج وطنه.

وقد مر القضاء الفرنسي بمرحلتين فيما يتعلق بهذه المسألة:

في المرحلة الأولى اعتبر القانون الأجنبي كواقعة و بالتالي لم يكن القاضي ملزما بتطبيقه من تلقاء نفسه إلا إذا تمسك الخصوم بتطبيقه و هنا يلتقي التشريع الجزائري مع القضاء الفرنسي في مرحلته الاولى[4].

في المرحلة الثانية وتحت تأثير الفقه الفرنسي عامل القضاء القانون الأجنبي كقانون[5].

إن اعتبار القانون الأجنبي كواقعة هو الرأي السائد اليوم ويترتب على ذلك الآثار التالية:

- على الخصوم أن يتمسكوا بالقانون الأجنبي ولا يستطيع القاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه إلا أن هناك تشريعات تلزم القاضي بتطبيق القانون الأجنبي كما هي الحال في ألمانيا و سويسرا.

- يمكن للخصوم ان يتمسكوا بالقانون الأجنبي أمام محكمة الدرجة الأولى أو الدرجة الثانية باعتباره وسيلة دفاع وليس طلبا جديدا.
- كما يترتب على اعتبار القانون الأجنبي واقعة أن يقع عبء إثباته على الخصوم ولا يكون القاضي ملزما بمعرفته.

ولقد استقر القضاء الانجليزي على تطبيق القانون الأجنبي إذا كان مشهورا وأجاز إثباته بشهادة الشهود الخبراء **expert witness**. وفي فرنسا ومصر يجيز القضاء إثبات القانون الأجنبي بكل طرق الإثبات[6].

- يمكن للخصوم أن يتنازلوا عن تطبيق القانون الأجنبي فيطبق القاضي قانونه لان الأمر يتعلق بواقعة.
- ويترتب على اعتبار القانون الأجنبي واقعة أن يقبل العذر بجهله وبالتالي لا مجال لتطبيق قاعدة لا يعذر بجهل القانون[7].
- إذا قضى الحكم الصادر تطبيقا للقانون الأجنبي بما لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبوه فلا تكون هناك حالة من حالات التماس إعادة النظر.
- إذا تحايل الخصوم على القانون الأجنبي فلا محل للدفع بالغش نحو القانون لأننا لسنا بصدد قانون.

- إذا اخطأ القاضي في تطبيق القانون الأجنبي أو في تأويله فهل يمكن الطعن فيه بالنقض؟

استقرت محكمة النقض في فرنسا وبلجيكا على عدم قبول النقض في هذه الحالة لان الهدف من النقض هو توحيد أحكام القانون الداخلي، ومنع التعارض بين المحاكم في تفسير القانون ولا ينطبق هذا على القانون أجنبي.

وبعدما استقر الرأي في محكمة النقض الفرنسية على رفض رقابة تطبيق القانون الأجنبي عادت في وقت لاحق وقبلت الطعن بالنقض للأسباب التالية:

- إذا الحكم المطعون فيه قد **مسخ** القانون الأجنبي **(dénaturation)**.
- إذا كان هناك قصور في **التسبيب**.
- إذا كان هناك خطأ في **التكييف**.

ب- التطبيق التلقائي للقانون الأجنبي:

تطبق معظم المحاكم القانون الأجنبي تلقائيا إذا تعلق الأمر بمسائل الأحوال الشخصية. وقد نص المشرع الجزائري في المادة 358 من ق إ م إ الجديد على ما يلي:

" لا يبنى الطعن بالنقض إلا على وجه واحد أو أكثر من الأوجه التالية.....

6- مخالفة القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة....."

ويخضع هذا الوجه لما يقرره القانون الدولي الخاص لاسيما سريان القوانين على الأشخاص الواردة في القانون المدني ابتداء من المادة 10.

ونستخلص من هذه المادة أن المشرع قد ميز بين القانون الأجنبي المتعلق بالأحوال الشخصية والقانون الأجنبي المتعلق بمسائل أخرى، واعتبر الأول متعلقا بالنظام العام وبالتالي جعل تطبيقه خاضعا لرقابة المحكمة العليا وقابلا للطعن بالنقض في حالة الخطأ في تطبيق القانون. إما القانون الأجنبي الذي ليست له علاقة بالأحوال الشخصية فهو لا يندرج ضمن القوانين لأنه يعتبر في نظر المشرع واقعة وبالتالي لا يخضع قاضي الموضوع لرقابة المحكمة العليا عند تطبيقها.

ويفهم من هذا الاستثناء الذي خص به المشرع قوانين الأحوال الشخصية على غرار بقية التشريعات أن القوانين التي لا علاقة لها بالأحوال الشخصية يطبق عليها نظام الواقعة. وترتب على هذا التميز جانبين سلبيين حسب رأي بعض الفقهاء[8]:

الأول يتعلق باجتماع أحكام الأحوال الشخصية وأحكام أخرى في دعوى واحدة أمام قاضي الموضوع ففي هذه الحالة كيف يمكن لقاضي الموضوع أن يطبق نظامين مختلفين في نزاع واحد.

والثاني يتعلق بوسائل الإثبات عندما يتعلق الأمر بالطعن بالنقض فان قاضي المحكمة العليا يقتصر دوره على النظر في النقاط التي عرضت على قاضي الموضوع وهذا يعني أن دوره قد تحول من رقابة صحة تطبيق القوانين إلى رقابة الحجج التي استند إليها الخصوم.

ثانيا : إثبات القانون الأجنبي وطرق إثباته

يقصد بإثبات القانون الأجنبي تحديد مضمونه و لقد ترتب على تطور موقف القضاء الفرنسي فيما يتعلق بهذا الموضوع، حيث اعتبره قانونا بعدما كان يعتبره واقعة إذ أصبح يحق للقاضي الموضوع البحث عن القانون الأجنبي الواجب التطبيق[9].

وقد سبقت الإشارة إلى انه في حالة التطبيق الغير التلقائي للقانون الأجنبي من طرف قاضي الموضوع فان عبء إثبات هذا القانون يقع على عاتق الخصوم. أي أن القاضي لا يمكنه تطبيق القانون الأجنبي إلا إذا تمسك به أطراف الدعوى.

يكون الإثبات بكافة الطرق في هذه الحالة. ولقد استثنت بعض القوانين القرائن والبيّنة رغم أنها من أهم وسائل إثبات الوقائع [10].

ولكن قد يتعذر إثبات هذا القانون لسبب من الأسباب وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 23 مكرر السابقة الذكر حيث جعل تطبيق القانون الجزائري يحل محل تطبيق القانون الأجنبي في هذه الحالة وذلك راجع لدوره الاحتياطي أي في حالة ما إذا لم يتوصل أطراف النزاع والقاضي إلى إثبات القانون الواجب التطبيق فان القانون الوطني هو الذي يطبق .

إلا أن هذا الحل قد يصطدم بصعوبات عملية فلو افترضنا أن القانون الأجنبي الواجب التطبيق يتعلق بالأحوال الشخصية و لم يتمكن الخصوم من إثباته و لم يتمكن القاضي إلى الوصول إلى نتيجة

بمجهوداته الخاصة فهل يمكن في هذه الحالة تطبيق قانون الأحوال الشخصية الجزائري على أطراف النزاع بغض النظر عن جنسيتهم ودياناتهم ؟ تشكل هذه النقطة في اعتقادي فراغا قانونيا.

ثالثا: استبعاد تطبيق القانون الأجنبي

إذا أحالت قواعد تنازع القوانين قاضي الموضوع إلى القانون الأجنبي فان ذلك لا يعني أن القانون الأجنبي سيطبق حتما، فهناك حالات يستبعد فيها هذا القانون ولا يطبق. فقد يستبعد بسبب التكييف أو بواسطة الإحالة من الدرجة الأولى أو لاعتبارات خاصة مثل الاستثناء الذي نصّ عليه المشرع الجزائري في المادة 10 من ق م ج، وقد يستبعد في حالة تعارضه مع نصوص معاهدة تربط بلد القاضي ببلد القانون الأجنبي، وقد يستبعد بسبب مخالفته لنظام العام والآداب العامة وهذا ما سنركز عليه نظرا لأهميته.

لقد عرّف الفقهاء[11] النظام العام بأنه مجموع الأسس الاجتماعية والسياسية والاقتصادية والخلقية التي تعتبر من مقومات الدولة، وهذه الأسس تختلف باختلاف الزمان والمكان.

أما خصائص النظام العام فهي:

1- لا يمكن تحديد مجال الدفع بالنظام العام لأنه يتدخل في كل المجالات وخاصة في مجال الأحوال الشخصية ويرى البعض أن استبعاد القانون لا يكون دائما بسبب مخالفته للنظام العام وإنما أحيانا تطبيق أحكام هذا القانون في حالات معينة هو الذي يتعارض بصفة خاصة مع هذه الفكرة[12].

2- نسبية النظام العام: أي انه يتغير بتغير الزمان والمكان فهي فكرة مرنة ومتطورة تختلف باختلاف الزمان والمكان فقد تكون المسألة مخالفة للنظام العام في زمن معين وتصبح غير ذلك بعد فترة. ففي فرنسا مثلا كان الطلاق مخالفا للنظام العام قبل 1884، وبعد صدور القانون الذي يبيح الطلاق في نفس السنة أصبح غير مخالف للنظام العام كما أن دعوى إثبات النسب الذي يرفعها الأبناء غير الشرعيين على أبائهم كانت تعتبر مخالفة لنظام العام قبل صدور القانون الذي يبيح ذلك سنة 1912 وبعد صدور هذا القانون، اصح رفع دعوى إثبات النسب غير مخالف للنظام العام. مثال آخر عن النظام العام في نفس الدولة[13] حيث نجد المادة 3/442 من

ق إ م القديم كانت تمنع الأشخاص الاعتبارية من اللجوء إلى التحكيم من سنة 1966 إلى 1993 حيث جاء في الفقرة الثالثة من المادة الأولى من المرسوم التشريعي 93-09 ما يلي:

"ولا يجوز للأشخاص المعنويين التابعين للقانون العام أن يطلبوا التحكيم عدا في علاقاتهم التجارية الدولية"

وينجر عن نسبية النظام العام سلطة تقديرية واسعة للقاضي الموضوع لذلك فان وقت التقييد بالدفع بالنظام العام يكون وقت نظر الدعوى وليس وقت نشوء المركز القانوني محل النزاع.

كما أن التمسك بالنظام العام يتطلب توافر شروط معينة أهمها[14]:

- أن تكون هناك صلة بين بلد القاضي والنزاع المطروح.
- أن يكون القانون الأجنبي واجب التطبيق طبقا لقواعد الإسناد في بلد القاضي.
- ان يترتب على إعمال فكرة النظام صدور قرار منشئا يؤدي إلى إنشاء علاقة قانونية، أو قرارا كاشفا يتعلق بالاعتراف بعلاقة أنشئت بالخارج.

ولا يختلف مفهوم النظام العام في القانون الداخلي عنه في القانون الدولي ففي الحالتين يعتبر المفهوم وطنيا أي انه لا يوجد نظام عام دولي ونظام عام وطني. ورغم وحدة المفهوم إلا أن هناك فوارق بين الدفع بالنظام العام في حالتين:

♦ تثار فكرة النظام العام في القانون الداخلي إما لإبطال الاتفاقيات التي يعقدها الأفراد وتكون مخالفة للقوانين الآمرة والناهية، وإما لكي تتيح للقاضي أن يطبق من تلقاء نفسه قاعدة قانونية واجبة التطبيق و لم يثرها الخصوم.

♦ تطبيق فكرة النظام العام في القانون الداخلي على علاقات الأفراد الخالية من العنصر الأجنبي، وفي نطاق القانون الدولي الخاص تنطبق على المعاملات التي تتضمن عنصرا أجنبيا.

♦ قد يكون الحق الشخصي مخالف للنظام العام في القانون الداخلي وغير مخالف له في مجال القانون الدولي الخاص لذلك يجوز التمسك به في بلد القاضي.

أن موقف القضاء الفرنسي ومن سار في اتجاهه من التشريعات كالتشريع الجزائري في اعتبار قواعد التنازع من النظام العام إذا أشارت إلى تطبيق القانون الوطني وليست كذلك إذا أشارت إلى تطبيق القانون الأجنبي يجعل قواعد التنازع مزدوجة الطبيعة، وبالتالي تكون ملزمة إذا تعلق الأمر بقانون وطني وغير ملزمة في حالة العكس. وهذا يعني تكريس عدم المساواة بين القانون الوطني والقانون الأجنبي و قد يؤدي هذا إلى تشجيع الغش نحو القانون وتفضيل قانون القاضي على القانون الأجنبي الواجب التطبيق.

أما الآثار المترتبة على الدفع بالنظام العام فتتلخص في نص المادة 24 من ق م ج التي تقضي بتطبيق القانون الوطني كلما كان القانون الأجنبي الواجب التطبيق مخالفا للنظام العام أي استخلاف القانون المستبعد بالقانون الجزائري وهذا ما يعرف بالأثر الايجابي.

وتلتقي أحكام المادة 24 من ق م ج بأحكام المادة 23 مكرر ق م ج(بمقتضى القانون 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005) في إشكالية تطبيق القانون الجزائري إذا تعلق الأمر بقانون الأسرة على أشخاص لا ينتمون إلى الدين الإسلامي.

الخاتمة

إن التغيرات المتسارعة التي نلاحظها في كافة المجالات مرتبطة ارتباطا وثيقا بتطوير القانون الدولي الخاص. وهذا ما دفع معظم المشرعين إلى عدم تقنين قواعد هذا القانون حتى لا تتجاوزها الأحداث وتصبح غي متماشية مع الواقع الذي نعيشه في هذا العصر.

وما موضوع عبء إثبات القانون الأجنبي الذي كان يقع على عاتق الخصوم وحدهم ثم سمح القضاء الفرنسي لقاضي الموضوع بإثباته أي بتحديد مضمونه والاستعانة بالخصوم في ذلك إلا دليل على تطور هذا القانون.

وقد ساير المشرع الجزائري القضاء الفرنسي في هذا الاتجاه فأضاف المادة 23 مكرر سنة 2005 ولم يحدد على من يقع عبء إثبات القانون الأجنبي أي انه فتح لمجال أمام القاضي والخصوم للقيام بذلك. إلا إننا نرى وسائل الاتصال الحديثة كالانترنت والبريد الالكتروني وغيرها قد تساهم في التضييق من حجم صعوبة الإثبات، فمن خلال المعلومات الموجود في الشبكة العنكبوتية يمكن للقاضي وللمحامي ولأي باحث أن يحصل على المعلومات التي يبحث عنها في القانون الأجنبي ولو نسبيا فعلي سبيل المثال يمكن للقاضي وهو جالس في بيته أو مكتبه و المحامي وغيرهم من الباحثين أن يحصلوا على أحدث قرارات محكمة النقض الفرنسية أو المصرية أو البلجيكية ... الخ كما يمكنهم الاطلاع على الأعمال التحضيرية والمذكرات الإيضاحية لمختلف التشريعات لفهم النصوص التشريعية الأجنبية.

ولقد أصبحت تكنولوجيا المعلومات تشكل الجهاز العصبي للمجتمعات الحديثة وما شيوع العقود الالكترونية إلا دليل على ذلك وهذا ما جعل معظم التشريعات تنظم هذه التعاملات وسبل إثباتها .

كما أن القول بتطبيق القانون الجزائري في حالة عدم تحديد نطاق القانون الأجنبي قد لا يتماشى مع كل الحالات المعروضة على قاضي الموضوع خاصة عندما يتعلق الأمر بمسائل الأحوال الشخصية. وفي اعتقادي الحل في هذه الحالة يكمن في الرجوع إلى اقرب تشريع للتشريع الأجنبي الذي لم يتمكن القاضي ولا الخصوم من تحديد نطاقه لان التشريعات كما نعلم موزعة على شرائع عالمية وكل شريعة لها ما يميزها عن الأخرى فشريعة **الكومن لو commun law** مثلا تعتمد

الدول المنتمية إليها (الدول الانجلوساكسوينة)على فكرة السابقة القضائية، في حين لا يتقيد القاضي في الدول المنتمية للشريعة اللاتينية الجرمانية كالدول العربية وفرنسا .بما صدر من أحكام من محاكم أخرى– إلا أن المبادئ التي تستقر عليها المحكمة العليا عندنا تكون ملزمة لجميع المحاكم – لان القضاء في هذه الدول يعتبر مصدرا استئناسيا فقط . وهذا يعني أن هناك نقاط مشتركة بين الدول المنتمية لشريعة واحدة وبالتالي فان اللجوء إلى اقرب تشريع للتشريع الذي لم يتمكن القاضي أو الخصوم من تحديد مضمونه يكون أنجع من تطبيق قانون القاضي في اعتقادي أنه قد يكون مختلفا اختلافا جذريا مع التشريع الذي لم يتم تحديد مضمونه، وبذلك أكون قد انتهيت من هذا البحث المتواضع، وأتمنى أن أكون قد ألقيت بعض الضوء على جانب من جوانب هذا الموضوع الشيق.فان أصبت فمن الله وان أخطأت فمن نفسي

الهـــوامش

1- علي علي سليمان، مذكرات القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزائـــر، ديـــوان المطبوعـــات الجامعيـــة، 2006، ص5.

2- علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 184.

3- هشام صادق، مركز القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، دراسة مقارنة في تطبيق القانون الأجـــنبي أمـــام محكمة الموضوع، ورقابة المحكمة العليا على تفسيره ومسخه، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1968.

4- محند اسعاد، القانون الدولي الخاص، ج1، تنازع القوانين، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعيـــة، 1989، ص237، 238.

5- Alexandre (D) " commentaire" in J.D.I1989, n°2, P352-366,Lequett (Yves)" l'abandon de la jurisprudence bistal (à propos des arrêts de la 1ere chambre civil les 11 et 18 oct1988, in rev.crit,1989 ,p.277-339.

6- المواد من 232 الى 350 من ق م ج.

7- تنص المادة 60 من دستور 1996 على انه لا يعذر بجهل القانون.

8- محند اسعاد، القانون الدولي الخاص، ج1، نفس الصفحة.

9- Pierre Mayer , Vincent Heuzé

Droit international privé, 7e ed. Paris Montchrestien, 2001, p100 et s.

10- عليوش قربوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، الجزائـــر، دار عمـــر للنشـــر، ص 118.

11- علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 150.

12- هشام صادق، المرجع السابق، ص

13- عليوش قربوع كمال، نفس المرجع، ص 177.

14- هشام صادق، المرجع السابق، ص 327، أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، ج1، ط5 ، الجزائر، دار هومة للنشر، 2005، ص 181.

15-