

المحاضرة رقم 11/- إثبات القانون الأجنبي في مسائل الاسرة.

- استبعاد القانون الأجنبي في مسائل الاسرة المخالف للنظام العام الجزائري.

تشير قاعدة الاسناد الى تطبيق القانون الوطني أو الى تطبيق القانون الاجنبي فألى أي مدى يلتزم القاضي بتطبيق القانون الاجنبي وهل القاضي الوطني يبحث عن هذا القانون من تلقاء نفسه أم يتوجب على الخصوم اثبات مضمون هذا القانون؟.

بالرجوع الى نص المادة 358 من قانون الاجراءات المدنية والادارية نصت صراحة على أن المحكمة العليا لا تراقب مخالفة تطبيق القانون الاجنبي الا اذا تعلق النزاع بمسائل الاسرة، وهذا ما جعل البعض يعتقد ان قاعدة الاسناد الجزائرية لا تتعلق بالنظام العام ولا تكون ملزمة الا اذا اشارت الى تطبيق القانون الوطني او اشارت الى تطبيق القانون الاجنبي المتعلق بشؤون الاسرة. وهذا الكلام يجانب الصواب ، فالقراءة المتأنية لنص المادة 23 مكرر من ق م ج تفيد بما يؤدي الى فرض الزامية قاعدة الاسناد، ذلك أن عبارة اذاتعذر اثبات القانون الاجنبي الواجب تطبيقه تجعلنا نقول ان القاضي ملزم بتطبيق قاعدة الاسناد حتى ولو احوالته الى تطبيق قانون اجنبي ولا يتراجع عن تطبيق هذا القانون الا اذا تعذر عليه ذلك. كما ان المشرع وفي نفس العبارة لم يبين من هو الطرف الذي تعذر عليه اثبات القانون الاجنبي أي ان الفاعل جاء في صيغة ضمير مستتر، ما يجعلنا نتجراً على القول ان هذا الضمير يرجع على القاضي قبل الخصوم. كما ان اختيار المشرع في صياغته لقواعد الإسناد لعبارة....تسري...يخضع... تطبيق يدل على اعترافه بالقوة الملزمة لقاعدة الإسناد.

اذن القانون الاجنبي ليس بواقعة مادية بل يتعامل معه القاضي الوطني كقانون تاسيساً على نص المادة 23 مكرر التي تدل صياغتها أولاً على ان القانون الاجنبي قانون واجب الاثبات، ثم ثانياً انها لم تحدد الطرف الذي يتحمل عبئ الاثبات. فهنا يمكن القول ان المشرع لو اراد ان يحمل هذه المهمة لطرف معين لكان قد حدده، وبالتالي نستطيع القول ان مسألة اثبات القانون الاجنبي هي مسألة تعاونية بين القاضي والخصوم . فالقاضي يلعب دور في الاثبات عن طريق الوسائل المتاحة اليه) كالانابة القضائية المنصوص عليها في المواد 112، 113، 114 من ق اجراءات مدنية والادارية). كما يمكنه الاستعانة بالخصوم في الاثبات. المهم انه لا بد على القاضي أي تفسير اخذ به ان يمكن الخصوم من الاطلاع عليه ويسبب حكمه على أي اساس اخذا بهذا التفسير للقاعدة القانونية الاجنبية. لانه يخضع في هذا الجانب لرقابة التسبيب والتشويه (المادة 358 من ق اجراءات مدنية وادارية).

استبعاد القانون الأجنبي في مسائل الاسرة المخالف للنظام العام الجزائري.

إذا اختلفت قواعد التنازع في دولة القاضي الى قانون اجنبي تتعارض احكامه او جزء منها مع النظام العام الجزائري فيستبعد القاضي الوطني هذه الاحكام او القانون الاجنبي ككل. وهذا مايسمى الدفع بالنظام العام وهو دفع موضوعي يثيره القاضي حتى من تلقاء نفسه على أي درجة من درجات التقاضي. للدفع بالنظام العام ثلاث آثار وهي:

الآثار السلبية للدفع بالنظام العام: استبعاد تطبيق القانون الاجنبي كله او الاحكام المتعارضة فقط مع النظام العام الجزائري. وهو ما نصت عليه المادة 1/24 من ق م ج.

الآثار الايجابية للدفع بالنظام العام: اذا استبعد القانون الاجنبي لانه مخالف للنظام العام الجزائري فسيكون هنالك فراغ تشريعي ، يؤكد القضاء الفرنسي مدعوما بغالبية الفقه هناك بأن الحل يكمن تلقائيا في احلال القانون الوطني محل القانون الأجنبي وهو ما نصت عليه المادة 2/24 من ق م ج. الآثار المخفف للنظام العام: قد يتعارض انشاء مركز قانوني في دولة القاضي مع النظام العام ، لكن هذا المركز نفسه لا تتعارض آثاره مع النظام العام في دولة القاضي لو تم انشاءه في الخارج، ففكرة النظام العام لا يتم اعمالها في هذا الفرض بنفس الوتيرة أو الشدة. حيث يبدي القاضي الوطني نوعا من التسامح مع هذا القانون في هذا الخصوص، وقد عبر الفقه عنها بالآثار المخفف للنظام العام. وتجد هذه القاعدة أساسها في قاعدة الاحترام الدولي للحقوق المكتسبة. وطالما توافرت شروط تكوين هذا الحق في الخارج كانت المطالبة بالآثار أمام القضاء الوطني يمكن ان يعتد بها، مع شرط فان القاضي الوطني لا يمنح لا أكثر ولا أقل من الآثار التي يسمح بها القانون الأجنبي الذي نشأ في ظله هذا الحق. فكرة الآثار المخفف للنظام العام فكرة فضفاضة لا يحكمها معيار معين وتبقى السلطة التقديرية لقاضي الموضوع في قبول الأثر من عدمه.

استبعاد القانون الأجنبي في حال الغش نحو القانون.

يقصد بالغش نحو القانون في ميدان تنازع القوانين بأنه تغيير إرادي في ضابط الإسناد أو في طائفة الاسناد ذاتها، تغيير مقصود يتم بطريقة قانونية للتهرب من أحكام القانون الواجب التطبيق أصلا على العلاقة، واحلال قانون آخر بدلا عنه من شأنه أن يحقق الغاية التي كان التغيير بسببها. وهو مبدأ مستقر من مبادئ القانون الدولي الخاص الشائعة بين الدول.

شروط الدفع بالغش نحو القانون:

هناك شرطين هما عنصر موضوعي وآخر معنوي

الشرط الأول: تغيير إرادي لضابط الاسناد(العنصر الموضوعي): تغيير ارادي وحقيقي في ضابط أو ظرف الاسناد بشكل قانوني لا مزور أو صوري.

الشرط الثاني: نية الغش(العنصر المعنوي) يوصف هذا الشرط بأنه شرط ذي طبيعة معنوية حاصلة ان يهدف الشخص من وراء التغيير الارادي في ضابط الاسناد الى الهرب من احكام القانون الواجب التطبيق اصلا على العلاقة. وأهم القرائن التي تفيد حدوث نية التحايل أو الغش هو التلازم الزمني التي قد يحدث بين تغيير ضابط الاسناد ورفع الدعوى القضائية . وهي مسألة متروكة للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع.

موقف المشرع الجزائري:

لقد أخذ المشرع الجزائري بنظرية الغش نحو القانون في الشطر الثاني من الفقرة الأولى من المادة 24 من ق م ج. إلا أنه لم يحدد ما هو القانون المطبق في حالة اكتشاف حالة الغش نحو القانون. بطبيعة الحال لن يطبق القانون الجزائري في هذه الحالة بل سيطبق القانون الأول قانون القضية التي يحكمها أصلا قبل تغيير ضابط الاسناد بنية الغش والتحايل وهو ما ذهب اليه الفقه الدولي والممارسات القضائية المقارنة.