الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
République Algérienne Démocratique et Populaire

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
جـــامـــعة أمحمد بوقرة بومـــــرداس
كـــليـــة الحقوق

Ministère de l'Enseignement
Supèrieur
et de la Recherche Scientifique
Université M'Hamed BOUGARA
Boumerdès
Faculté de Droit

النظام العام كأداة لإستبعاد تطبيق القانون الأجنبي على ضوء تعديل2005 للقانون المدني(دراسة مقارنة)

مذكرة لنيل درجة الماجيستير في الحقوق في إطار مدرسة الدكتوراه

فرع: عقود ومسؤولية

إعداد الطالبـــة:
- مريني فاطمة الزهرة

إشراف:
أ.د/ بلقاسم أعراب

لجنة المناقشة:

د/ 1- جبالي واعمر.....أستاذ محاضر قسم "أ" جامعة تيزي وزو.....رئيسا.
أ.د/2- بلقاسم أعراب.....أستاذ التعليم العالي جامعة بومرداس.....مشرفا.
د/3- حدوم كمال.....أستاذ محاضر قسم"أ" جامعة بومرداس.....عضوا ممتحنا.

السنة الجامعية: 2010/2009

التشكرات

لقد انتهيت بعون الله و فضله من إنجاز هذه الرسالة، فالحمد و الفضل له أحمده حمدا كثيرا.

الشكر للوالدة الكريمة التي كان لها الفضل في تشجيعي و مساعدتي على إنجاز هذا العمل المتواضع.

كما أتقدم بجزيل الشكر إلى الأستاذ الفاضل بلقاسم أعرابه الذي أشرف على مذكرتي و الذي أمدني بنصائحه القيمة و إرشاداته.

الإهداء

إلى من علمتني أن الحياة بلا علم ظلام سحيق

وأن العلم في زمن الظلال، ضوء منير

إلى التي كانت و تبقى وحدها عبر الزمان

أغلى كنز في رصيد الحياة

إلى.....أمي.

إلى روح أبي الطاهرة.

إلى كل العائلة و الأصدقاء.

إن المجتمع الذي نعيش فيه اليوم تميزه ظاهرة العولمة والتقدم العلمي والتكنولوجي وذلك في جميع الميادين، هذا ما دفع إلى تكثيف و تنويع المعاملات و التصرفات بين مختلف أفراد المجتمع الدولي تلبية لاحتياجات الأفراد و رغباتهم المتزايدة يوما بعد يوم.

استجابة لهذه الحتمية في العلاقات الخاصة الدولية و المعاملات ذات العنصر الأجنبي، تتدخل الدول بأنظمتها القانونية المختلفة لتسهيل عملية انتقال الأشخاص والأموال عبر الدول، وذلك في إطار قانوني منظم، هذا الوضع يفرض على مختلف الدول وذلك من خلال تشريعاتها أن تتفق فيما بينها على الحد الأدنى من الحماية القانونية و القضائية لسلامة المراكز القانونية المختلفة و تثبيت الحقوق الخاصة ونفاذها دوليا.

فاستجابة لهذه المتطلبات، نجد أغلب التشريعات تنص على طائفة من القواعد القانونية ذات طبيعة خاصة، يطلق عليها قواعد الإسناد، هذه القواعد هي التي تسمح للقاضي الوطني بتطبيق القانون الأجنبي، أي تسمح لسلطان القانون الأجنبي بالنفاذ داخل سلطان القانون الوطني بإذن من المشرع الوطني.

فقواعد الإسناد تعتبر، قواعد ملزمة و آمرة، وبالتالي القاضي ملزم بتطبيقها، ولكن تطبيق هذه القواعد لا يعني بالضرورة تطبيق القانون الأجنبي الذي أشارت إليه هذه القواعد.

فقد يجد القاضي نفسه إما أمام مانع مادي أو مانع قانوني يحول دون تطبيق القانون الأجنبي، فالمانع المادي يتمثل في استحالة الكشف عن مضمون القانون الأجنبي، أما الاستحالة القانونية فتتمثل في أن القانون الأجنبي المراد تطبيقه يتعارض مع المبادئ الأساسية و الجوهرية لدولة القاضي، وهكذا يستبعد القانون الأجنبي باسم النظام العام.

فاستبعاد القانون الأجنبي باسم النظام العام، ظاهرة عالمية معروفة لدى تشريعات مختلف دول العالم، ولقد تبنتها كل التشريعات حديثا وقديما، مع تطور مفهومها ومجالها، و قد كرستها في نصوص قانونية مختلفة.

فعندما يتبين للقاضي أن القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة التنازع الوطنية،

يتضمن أحكاما تخالف المفاهيم الجوهرية التي يقوم عليها مجتمع دولة القاضي، عند ذاك يرفض القاضي تطبيق هذا القانون الأجنبي حفاظا على نظامه القانوني، وحماية له من الأحكام التي تتعارض تعارضا صارخا مع مفاهيمه، فيقال أنه تم استبعاد القانون الأجنبي لمخالفته النظام العام .

فليس هناك مبدأ مختلف عليه في تنازع القوانين أي في القانون الدولي الخاص أكثر من مبدأ النظام العام، فهناك اختلاف كبير حول تعريفه و تحديد نطاقه و مجالات استخدامه في القانون الدولي الخاص، فهو يتميز دون غيره من المواضيع بصعوبة ضبطه، فهو يتغير من حيث الزمان والمكان، كما أن مصطلح النظام العام يجد تطبيقه في جميع فروع القانون.

ففكرة النظام العام كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي عرفت توسعا تحت تأثير عدة عوامل، منها عدم التناسق بين مختلف الأنظمة القانونية، كذلك تطور وسائل الاتصال التي سمحت بإنشاء علاقات بين رعايا بلدان مختلفة تمثل ثقافات و حضارات مختلفة و ديانات مختلفة، هذا ما سمح للقاضي باستبعاد القانون الأجنبي باسم النظام العام دفاعا عن نظامه القانوني في مواجهة القوانين الأجنبية التي يؤدي تطبيقها إلى نتائج شاذة يرفضها مجتمع القاضي.

المشرع الجزائري و من أجل مواكبة التطورات الحاصلة، ومن أجل جعل نصوصه تستجيب للمقاييس الدولية، اعتمد بتاريخ 20 فيفري 2005 القانون 05-10الذي يعدل و يتمم الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم[1]، و بموجبه عدل جزء هام من أحكام القانون المدني المعدل.

كان لأحكام تنازع القوانين الدولي في القانون الجزائري نصيبا من هذا التعديل، فالمشرع الجزائري تناول أحكام تنازع القوانين المكاني في المواد 9 إلى 24، و قد مس هذه المواد التعديل الأخير، فاستحدث المشرع الجزائري مواد لم تكن موجودة من قبل، وتتمثل هذه المواد في(13 مكرر، 13مكرر1، 17 مكرر، 21 مكرر، 23 مكرر، 23 مكرر1، 23 مكرر2)، وهناك مواد تم تعديلها و هي(المادة 10، المادة 11، المادة 12،

[1]- منشور في الجريدة الرسمية، العدد44، بتاريخ 26 فيفري2005.

المادة 15، المادة16، المادة 17، المادة 18، المادة 19،المادة 22، المادة 23، المادة 24)، ولم يبقى من أحكام التنازع السابقة غير المعدلة إلا المواد 9،13،14،20،21.

من خلال ما ورد في نصوص القانون المدني المواد 9 إلى24، يتضح أن المشرع الجزائري سمح بتطبيق القانون الأجنبي فوق الإقليم الوطني، لكن إذا أشارت قاعدة الإسناد الوطنية إلى تطبيق قانون أجنبي تتعارض أحكامه مع المبادئ الجوهرية و القيم التي يقوم عليها مجتمع القاضي الجزائري، فعليه استبعادها باسم النظام العام.

فلا يكتفي القاضي الجزائري بإثبات القانون الأجنبي وتفسيره، بل لابد أن يتأكد من أنه لا يخالف النظام العام والآداب العامة في الجزائر، ولم يثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون، وذلك تطبيقا لنص المادة 24 من القانون المدني الجزائري و التي ورد فيها: (لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر، أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون. يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام أو الآداب العامة). والذي كان نصها قبل التعديل: (لايجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب في الجزائر.)، فجاء نص المادة 24 بحكم جديد مقارنة بالنص السابق، و المتمثل في تأكيد اختصاص قانون القاضي في حال استبعاد القانون الأجنبي، فيستعيد قانون القاضي، أي القانون الجزائري اختصاصه فيفصل في النزاع المشتمل على عنصر أجنبي طبقا لأحكام القانون الجزائري.

أكد نص المادة 24 من القانون المدني الجزائري، استخدام فكرة النظام العام كأداة لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي.

فظهور مفهوم العولمة وانفتاح الجزائر على التجارة الدولية، وتوسع حركة المعاملات مع الخارج، سيؤدي حتما إلى زيادة حركة انتقال الأفراد من وإلى الخارج، وهذا ما سيسمح بالظهور الواسع لعلاقات قانونية مشتملة لعنصر أجنبي، وعليه ظهور منازعات مشتملة لعنصر أجنبي، وهذا ما يفرض على القاضي التصدي لهذه المنازعات المشتملة لعنصر أجنبي.

وحتى يتمكن القاضي من التصدي لهذه المنازعات بصفة جيدة، وحتى يحسن استعمال النظام العام كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي، أصبح من الضروري توجيه القاضي

في مسألة استبعاد القانون الأجنبي باسم النظام العام وذلك من خلال ضبط فكرة النظام العام، ولن يتم ضبط فكرة النظام العام في القانون الدولي الخاص إلا من خلال معرفة المعايير التي يتم وفقها تقدير فكرة النظام العام، وهل يؤثر الدين في تحديد وضبط فكرة النظام العام. ويتم توجيه القاضي أيضا و ذلك من خلال توضيح ما هي الشروط التي تسمح له باستخدام النظام العام كأداة لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي، و ما هي الآثار الناتجة عن استخدام الدفع بالنظام العام.

فكون أن فكرة النظام العام في القانون الدولي الخاص من المفاهيم الغامضة فلابد من البحث وفقا للقانون 05-10 المؤرخ في 20 فيفري 2005 الذي يعدل و يتمم الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم،والقوانين المقارنة عن كيفية ضبط فكرة النظام العام، و إعمالها. منطلقين بإشكالية رئيسية، هي:

كيف يتم ضبط فكرة النظام العام كأداة لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي على ضوء تعديل 2005 للقانون المدني و القوانين المقارنة؟ وهل إعمالها على ضوء هذا التعديل و القوانين المقارنة يتطلب شروط معينة وينتج أثار مختلفة؟.

من أجل التوصل للإجابة عن هذه الإشكالية، لابد من تقسيم البحث إلى فصلين:
نتطرق في الفصل الأول إلى:**ضبط فكرة النظام العام في القانون الدولي الخاص.**
أما الفصل الثاني نتناول فيه: **إعمال فكرة النظام العام في القانون الدولي الخاص.**

تقتضي منا دراسة هذا الموضوع أن نجمع في بحثه أكثر من منهج:
الوصفي والتحليلي و المقارن، لأن من خلال هذه لمناهج يمكن التطلع على المراحل التي مرت بها فكرة النظام العام في القانون الدولي الخاص ومختلف التعاريف التي أعطيت للنظام العام في القانون الدولي الخاص، وكذلك نتمكن من المقارنة بين النظام العام و المفاهيم القريبة منه والمقارنة بين مفهوم النظام العام لدى مختلف التشريعات، وبالتالي التعرف أكثر على نسبيته، وكذلك نتمكن من تحليل ومقارنة مختلف القرارات القضائية التي لديها علاقة بالموضوع، والمقارنة أيضا بين مختلف النصوص القانونية الواردة في

مختلف التشريعات، و المقارنة بين إعمال فكرة النظام العام في مختلف التشريعات و التطبيقات القضائية المختلفة.

الفصل الأول.
في ضبط فكرة النظام العام في القانون الدولي الخاص.

يؤكد الفقه الحديث في مجموعه أهمية دور النظام العام كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق، إذا تعارض مضمون هذا القانون مع الأسس الجوهرية في المجتمع.

فكون أن فكرة النظام العام هي فكرة متطورة و متغيرة، فإن هذه الاعتبارات سمحت بالاعتراف للقاضي بسلطة واسعة في تقدير فكرة النظام العام، ولكن لن يتمكن القاضي من تقدير فكرة النظام العام إلا من خلال تحديد مفهومها(**المبحث الأول**). وكون أن جميع الأنظمة القانونية تتأثر بالدين بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، بالتالي أكيد سيؤثر الدين كذلك في ضبط وتحديد فكرة النظام العام (**المبحث الثاني**).

المبحث الأول.

مفهوم النظام العام في القانون الدولي الخاص.

تنص قوانين مختلف التشريعات، وكذلك التطبيقات القضائية المختلفة بصفة عامة على مبدأ عام أساسي، وهو تطبيق القانون الأجنبي المعين من قبل قاعدة التنازع الوطنية، واستثناءا عدم تطبيق القانون الأجنبي إذا كان مخالفا للنظام العام.

مفهوم النظام العام في القانون الدولي الخاص واسع ومتطور بتطور الزمان، ويختلف باختلاف المكان، لهذا محاولة حصر مفهوم النظام العام تدعو البحث عن تطور فكرة النظام العام في القانون الدولي الخاص (**المطلب الأول**)، وكذلك التمييز بين النظام العام في القانون الدولي الخاص وبعض المفاهيم القريبة منه (**المطلب الثاني**)، والبحث في مفهوم هذه الفكرة يجعلنا نبحث في أهم الخصائص التي يتميز بها النظام العام في القانون الدولي الخاص (**المطلب الثالث**).

المطلب الأول.

تطور فكرة النظام العام في القانون الدولي الخاص.

لقد بدأت فكرة النظام العام كأداة لتثبيت الاختصاص للقانون الإقليمي(**الفرع الأول**)، ثم كان الفضل للفقيه الألماني سافيني في جعل النظام العام كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي (**الفرع الثاني**).

الفرع الأول.

النظام العام كأداة لتثبيت الاختصاص للقانون الإقليمي.

يسجل الفقه حداثة فكرة النظام العام كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي، إذ أن دوره في القديم طرح بوصفه أداة لتثبيت الاختصاص للقانون الإقليمي، ولقد استخلص الباحثون أن النواة الأولى لاصطلاح النظام العام تعود إلى فقه الأحوال الإيطالي القديم(**أولا**) كما أن الفقيه مانسيني و مدرسة شخصية القوانين(**ثانيا**) كان له الدور في إبراز النظام العام كأداة لتثبيت الاختصاص للقانون الإقليمي.

أولا: فقه الأحوال الإيطالي القديم.

بدت ملامح فكرة النظام العام لأول مرة في فقه الأحوال الإيطالي القديم، أي في المدرسة الإيطالية القديمة والتي ظهرت في أواخر القرن الثالث عشر و أوائل القرن الرابع عشر، وذلك بزعامة الفقيه بارتول (1314-1357).[1]

[1]- Issad (Mohand) ,Droit international privé ,Les règles de conflits,Office des publication universitaires,Alger,1988,pp45-46 ; Loussaourn (Yvon), Bourel(Pièrre), Droit international privé,Troissiém édition,Dalloz,Paris,1988,p390.

فعلى أثر التطورات الاجتماعية و التجارية التي ازدهرت في المدن الايطالية، و نمو العلاقات القانونية و المالية بين هذه المدن لم يعد القانون الروماني يستوعب هذه التطورات و أصبح لا يتماشى و الواقع الجديد لهذه المدن التي اجتهدت في وضع الأنظمة التي تراها مناسبة ومتفقة مع مصالحها الداخلية وعلاقاتها بالمدن الأخرى، إلا أنه حدث تباين واختلاف بين هذه الأنظمة فيما بعد، فأدى ذلك إلى ظهور تنازع داخلي بين قوانين مدن شمال ايطاليا من جهة و القانون الروماني العام من جهة أخرى، فأثار هذا الوضع انتباه الفقهاء الايطاليين فمنحوه عناية فائقة، فوضعوا في البداية حلولا فردية لهذا التنازع، ثم توالت الحلول حتى برزت هناك بدرة لنظرية عامة في تنازع القوانين عرفت باسم نظرية الأحوال، التي نشأت في ايطاليا و انتقلت منها إلى فرنسا، ثم هولندا، ثم إلى الفقه الأنجلوسكسوني.[1]

وكان منهج هذه المدرسة يقوم على تحليل القوانين أو الأحوال المتزاحمة لحكم العلاقات بين الأفراد التابعين لمدن مختلفة لتحديد طبيعتها، هل هي قوانين إقليمية تنطبق على كل من يقطنون الإقليم، أم أنها من القوانين الشخصية أي أنها لصيقة بالشخص فتتبعه أينما ذهب.[2]

فلقد توصل فقه الأحوال الايطالي القديم إلى إخضاع مثلا: العقد لقانون البلد الذي تم فيه إبرامه، كما أخضع الجرائم لقانون بلد وقوع الفعل الضار وهو الحل الذي تأخذ به التشريعات الحديثة التي تقضي بأن الفعل الضار محكوم بقانون محل وقوعه، أما المسائل المتعلقة بحالة الأفراد وأهليتهم فقد فضل الفقه القديم إخضاعها لقانون الموطن دون الاعتداد بقانون القاضي، وذلك لتعلق هذه المسائل بالفرد و التصاقها بشخصيته وحياته مما يبرر تطبيق قانون موحد في شأنها، حيث أن تغيير القانون الذي يحكم المسائل المتعلقة بحالة الأفراد و أهليتهم وفقا للمكان الذي ينتقل إليه الشخص، قد يقف أمام رغبة الأفراد في الانتقال إلى خارج المدن التي يتوطنون بها، مما يضر بمقتضيات التجارة ،

---

[1]- بلمامي (عمر)، نظرية التكييف في القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة، دكتوراه دولة في القانون الدولي الخاص، معهد الحقوق و العلوم الإدارية، بن عكنون، جامعة الجزائر، 1993، ص16.

[2]- الحداد السيد(حفيظة)، الموجز في القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، المبادئ العامة في تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2002، ص34.

هكذا بدت لدى الفقه القديم ملامح التفرقة الشهيرة بين الأحوال الشخصية والأحوال العينية[1].

ولقد استطاع فقهاء هذه المدرسة أن يقسموا القواعد القانونية لأول مرة إلى قواعد موضوعية و قواعد مرافعات أي خاصة بالإجراءات ، وأخضعوا الأولى لقانون المحل أما الثانية لقانون القاضي.[2]

كما قسم الفقيه بارتول الأحوال إلى أحوال نافعة أو مفيدة، وهي التي قررت لمصلحة الشخص و حمايته مثل الأحوال التي تقرر الحجر على الشخص إذا كان سفيها، وتتبع مثل هذه الأحوال الشخص أينما توجه، حتى لو كان خارج إقليمه، و أحوال ممقوتة أو بغيضة أو مستهجنة[3].

فبينما يمتد تطبيق الأحوال الملائمة خارج الإقليم، تبقى الأحوال الممقوتة أو البغيضة حبيسة داخل الإقليم، ومن أمثلة الأحوال البغيضة تلك التي تقضي بحرمان المرأة من الميراث، وتلك التي تمنع الزوجة من الإيصاء لزوجها[4].

هذا التقسيم الذي جاء به الفقيه بارتول هو الذي لديه علاقة مباشرة بفكرة النظام العام بمفهومها الحالي، لكن ما يجب الإشارة إليه فيما يخص تقسيم الأحوال إلى أن الفقهاء القدامى لم يتفقوا على الأحوال التي تعتبر مفيدة للشخص و تلك التي تعتبر ضارة به.

فقد رأى الفقه في هذا التمييز البدرة الأولى لفكرة النظام العام، غير أن هذه الفكرة لم تلق تطورها المنشود، ويرجع ذلك إلى كون التنازع أنذاك لم يكن تنازعا دوليا وإنما تنازع بين أحوال المدن المختلفة، وهذه الأحوال قريبة من بعضها لكونها مستمدة من القانون الروماني الذي هو الشريعة العامة و من المسيحية[5].

---

[1]- لحداد السيد(حفيظة)، الموجزفي القانون الدولي الخاص...، مرجع سابق، ص ص24-25؛ سليمان علي (علي)، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، لطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2003، ص ص27-28.

[2]- سليمان علي (علي)، نفس المرجع، ص 27.

[3]- Batiffol (Henri), Droit international privé, Tome1, Cinquième édition, Librairie général de droit et de jurisprudence, Paris, 1970, p 420 ; Loussouarn(Yvon), Bourel(Pièrre), Devarielles-Sommiers(Pascal),Droit international privé,8éme édition, Dalloz,Paris, 2004,p333.

[4]- بلقاسم (أعراب)، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، الجزء الأول، دار هومة، الجزائر، 2003، ص 168.

[5]- بلقاسم (أعراب)، نفس المرجع و نفس الموضع.

ففقه الأحوال الإيطالي القديم كان له دور كبير في إبراز اصطلاح النظام العام، حتى و لو كان ذلك بطريقة غير مباشرة، أي أنه لم يستعمل مصطلح النظام العام، كما كان لهذا الفقه دور كبير في وضع مبادئ قانونية هامة لازال الفقه و القضاء الحديث يأخذ بالكثير منها.

ثانيا: مانسيني و مدرسة شخصية القوانين.

كانت ايطاليا في منتصف القرن التاسع عشر تتنازعها عدة تيارات سياسية مختلفة، فقد كانت مقسمة إلى عدة إمارات خاضعة للنفوذ النمساوي، وكان الفقهاء أنذاك منشغلين بهذا الوضع السياسي الذي تتخبط فيه ايطاليا، ويبحثون عن وحدتها واستقلالها.

ومن بين هؤولاء الفقهاء الفقيه مانسيني (1817-1888) والذي كان رجل سياسة وقانون، وقد ساهم بهذه الصفة الأخيرة في حركة استقلال ايطاليا التي كانت تخضع للحكم النمساوي، وحسب رأيه أن القانون الواجب التطبيق هو قانون الدولة التي يكون الشخص أحد رعاياها، أينما كان المكان الذي يوجد فيه هذا الشخص و مهما كان موضوع العلاقة القانونية.[1]

فالفقيه مانسيني والذي يعتبر زعيم المدرسة الايطالية الحديثة، كان أستاذا بجامعة تورينو وقد افتتح محاضراته فيها في 1851/1/22 بقوله أن الجنسية هي أساس القانون الدولي عاما أو خاصا. وقد اعتنق مبدأ شخصية القوانين، ورأى أن القوانين توضع للأشخاص لا للأقاليم و هي لا تصلح لغير الأشخاص الذين وضعت لهم. وقال أن كل أمة يجب أن تكون لها دولة، و ليست الدولة إلا الأمة. و قد كان مذهبه وليد الظروف السياسية التي كانت تمر بها ايطاليا، إذ كان يسعى كغيره من الفقهاء الإيطاليين إلى وحدة

Batffol(Henri), Droit international privé, op.cit, pp420-421.

[1]- Issad(Mohand) , Droit international privé…,op.cit,p54 ; Monéger(Françoise), Droit international privé, Librairie de la cour de cassation, Paris,2001, p10.

إيطاليا واستقلالها عن الإمبراطورية النمساوية، فأخذ الفقيه مانسيني ينادي بالدولة الايطالية التي تتكون من الأمة الايطالية وحدها.[1]

غير أن هذا الفقيه والذي تبنى مبدأ شخصية القوانين، لم يأخذ به بشكل صارم وإنما أورد عليه عدة استثناءات، وتتمثل هذه الاستثناءات في:

الاستثناء الأول: يتعلق بقواعد النظام العام.

فالقوانين المتعلقة بالنظام العام تطبق تطبيقا إقليميا، فتسري على كل من في الإقليم من وطنين و أجانب على حد سواء. وتشمل هذه القوانين قانون العقوبات وقانون الملكية العقارية و القوانين العامة، وأساس استثناء هذه القوانين هو تعلقها بالمصالح العليا للدولة، فلا يجب التساهل فيها.[2]

الاستثناء الثاني: خضوع الشكل لقانون محل التعامل.

يعني أن قانون البلد الذي تم فيه التصرف هو الذي يطبق على شكل جميع التصرفات القانونية التي تمت في دائرته، حتى و لو كان هذا الشكل مخالف لما هو مقرر في قانون الجنسية.

و أساس العمل بهذا الاستثناء هو الاعتبارات العملية، إذ من الصعب على رعايا الدولة الموجودين في الخارج إتباع الشكل المقرر في قانون دولتهم، كما لو كان هذا الأخير يستلزم لصحة الوصية أن تحرر أمام الموثق أي أن تتم بشكل رسمي، في حين أن قانون الدولة التي يقيمون فيها لا تشترط أن تتم الوصية في شكل رسمي.

وتعتبر هذه القاعدة استثناء من نظرية شخصية القوانين، بمعنى أن الأصل هو أن يكون شكل العقد كأي أمر آخر محكوما بقانون جنسية الشخص، ولكن من باب الاستثناء إذا لم يكن الشكل صحيحا طبقا لقانون الجنسية وكان صحيحا طبقا لقانون البلد الذي أبرم فيه العقد ونحو ذلك، فإنه يعتبر صحيحا في جميع البلدان[3].

---

[1]- سليمان علي (علي)، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص ص33-34؛
Monéger(Françoise),Droit international privè, op.cit, p10.

[2]- عبد الله(عز الدين)، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، في تنازع القوانين و تنازع الاختصاص القضائي الدوليين، الطبعة السابعة مكررة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1974، ص529؛ بلقاسم (أعراب)، القانون الدولي الخاص الجزائري...، مرجع سابق، ص58.

[3]- بلمامي (عمر)، نظرية التكييف في القانون الدولي الخاص...، مرجع سابق، ص44.

الاستثناء الثالث: الالتزامات التعاقدية تخضع لإرادة المتعاقدين.

فقانون الإرادة هو القانون الواجب التطبيق على العقود من حيث موضوعها، فهو يطبق بغض النظر عن القانون الشخصي للمتعاقدين إعمالا لمبدأ سلطان الإرادة[1]. فالقانون الذي يعمل به في هذه الحالة هو القانون الذي اختاره المتعاقدون، ويمكن أن يكون قانونهم الشخصي إذا كانوا من جنسية واحدة، كما يمكن أن يكون قانونا أجنبيا محضا، بشرط أن لا تتعارض إرادة المتعاقدين مع أحكام القواعد الآمرة في قانون القاضي.

فمن خلال الاستثناءات الواردة، لقد استخدم الفقيه مانسيني صاحب مبدأ شخصية القوانين، فكرة النظام العام ليس كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي، وإنما كأداة لتثبيت الاختصاص للقانون الإقليمي، كما أن هذا الفقيه استخدم فكرة النظام العام في بناء بعض قواعد الإسناد التي ترمي إلى تطبيق القانون الإقليمي.

وجهت إلى فقه مانسيني بصفة عامة عدة انتقادات منها[2]:

أ- كثرة الانتقادات التي أوردها على مبدأ شخصية القوانين حتى طغت على المبدأ، و هدا ما لا يقبله المنطق.

ب- اعتبار مانسيني الأمة هي الدولة، وهي ليست كذلك، فالأمة تتكون من مجموعة أفراد تتحد في الأصل و الدين و اللغة و الآمال و المشاعر لكن قد لا تجمعها دولة واحدة كالأمة العربية، أما الدول فيمكن أن تتكون من أمم مختلفة، لأن العنصر الأساسي في الدولة هو وجود إقليم تستقر عليه مجموعة من الأفراد يشكلون رعاياها و تكون لها السيادة عليه وعليهم.

ج- عدم تضمنه أية قاعدة تتعلق بالعلاقات التي تنشأ ما بين أفراد ينتمون إلى جنسيات مختلفة.

---

[1]- بلقاسم (أعراب)، القانون الدولي الخاص الجزائري...، مرجع سابق، ص58.

[2]- بلقاسم(أعراب)، نفس المرجع، ص59.

كما عيب على مانسيني فيما يخص فكرة النظام العام، أنه قد وقع في خلط بين مفهومين مختلفين، وهما فكرة النظام العام و فكرة الإقليمية و استعملهما كمترادفين رغم اختلافهما[1].

كما عيب عليه أنه استخدم فكرة النظام العام باعتبارها فكرة مسندة تشمل المسائل التي للقانون الإقليمي، و ذلك لتبرير تطبيق بعض القوانين تطبيقا إقليميا[2]

فرغم الانتقادات التي وجهت إلى المدرسة الايطالية الحديثة والتي كان يتزعمها الفقيه مانسيني إلا أن هذه المدرسة كان لها تأثير كبير في التشريعات الدولية، كذلك كان لنظرية ماتسيني وقع قوي في فرنسا و الدول التي أخذت عن التشريع الفرنسي، كما تأثرت الحلول التي وضعت لتوحيد قواعد تنازع القوانين بين الدول بمبدأ مانسيني، و ظهر ذلك في اتفاقات لاهاي لسنة1896،1902،1905، حيث اتجهت جميعا نحو التوسع في مواد الأحوال الشخصية، وإسنادها إلى قانون الجنسية، بما في ذلك مجموعة بوستامنت التي جاءت متأثرة بأفكار مانسيني خاصة المادة الثالثة منها المتعلقة بالنظام العام[3].

فلفقيه مانسيني لم يبرز فكرة النظام العام كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي، إلا أنه كان له فضل كبير في إبراز هذه الفكرة في مجال تنازع القوانين.

الفرع الثاني.

النظام العام كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي.

إن دور النظام العام كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي، ظهر بصورة واضحة لدى الفقيه الألماني سافيني (1779-1849)، فقد عرض سافيني فقهه في تنازع القوانين في الجزء الثامن من كتابه (القانون الروماني) الذي نشره في سنة 1849، فقد نادى الفقيه

---

[1]- عبد الله المؤيد(محمد)، القانون الدولي الخاص، النظرية العامة لتنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي في القانون اليمني، جامعة الصنعاء، اليمن، 2005، ص78.

[2]- عبد العال محمد(عكاشة)، تنازع القوانين،دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص531.

[3]- بلقاسم(أعراب)، القانون الدولي الخاص الجزائري...،مرجع سابق، ص60.

سافيني بفكرة الاشتراك القانوني بين المجتمعات الغربية، فقال بأنها تشترك فيما بينها في الديانة المسيحية وفي أنها وارثة للقانون الروماني، ويساعد وضعها هذا على تطبيق قوانين بعضها من قبل البعض الآخر فوضع حلولا للتنازع الذي يقوم بين قوانين هذه الدول، لكن إذا قام التنازع بينها و بين قوانين دول أجنبية ليس لها اشتراك قانوني معها فعلى القاضي أن يمتنع على تطبيقها.[1]

وهكذا ظهر جليا بأن الفقيه سافيني استعمل فكرة النظام العام كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق، إذا لم تتوفر فكرة الاشتراك القانوني فيعتبر هذا القانون مخالف للنظام العام، باعتباره قانون غير معروف في دولة القاضي.

وقد استفاد الفقه الحديث وخاصة الفقيه بارتان من فكرة الاشتراك القانوني التي نادى بها في بناء نظرية النظام العام. غير أن هذه الفكرة لم تعد تتحدد بأن أساسها وحدة المصدر التي هي وليدة التطور التاريخي حسب ما قال سافيني، بل يقصد بفكرة الاشتراك القانوني في الوقت الحاضر مجرد التقارب بين الأصول العامة في التشريع بما لا يجعل تطبيق القانون الأجنبي متنافرا تنافرا بينا مع الأحكام الموضوعية في قانون القاضي.[2]

ولكن يجب الإشارة في هذا الصدد إلى أن الفقيه سافيني بالرغم من مناداته بعامل الاشتراك القانوني، إلا أنه لم يأخذ بهذه الفكرة على الإطلاق بل أشار إلى أن الاشتراك القانوني لا يعني في نظره التماثل أو التجانس أو التطابق بين النظم و القوانين الأوروبية، وإلا اختفت مسألة التنازع من مجالات البحث.[3]

ولقد أوضح سافيني ذلك بمثال عن فرنسا ، ايطاليا وانجلترا، فرغم مابين هذه الدول من تشابه في التقدم الحضاري المتمثل في نمط الحياة الاقتصادية و الإجتماعية، و الثقافية، ورغم أن تراثها القانوني الذي تنتمي إليه واحد، هو القانون الروماني، و أنها

---

[1]- بلقاسم (أعراب)، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص169.

[2]- فهمي كمال(محمد)،أصول القانون الدولي الخاص، الجنسية، الموطن، مركز الأجانب، مادة التنازع، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، مصر، بدون سنة نشر،ص ص511-512.

[3]- عبد الله(عز الدين)، القانون الدولي الخاص...، مرجع سابق، ص540.

تعتنق الديانـة المسيحية، ومع ذلك كله توجد فيها بعض القوانين التي تختلف عن بعضها البعض، و منها على سبيل المثال لا الحصر حق التطليق و كيفية حصر أسبابه.[1]

من خلال ما سبق نلاحظ بأن سافيني عند تعرضه لحلوله المقترحة لفض مشكلة التنازع، اعتمد منهجا مختلفا عن المنهج الذي اتبعه الفقه التقليدي، فلقد سبق الإشارة إلى أن فقه الأحوال الإيطالي القديم و كذلك فقه مانسيني ومدرسة شخصية القوانين ، كان يعتمد عند فض مشكلة التنازع إلى تقسيم القوانين السائدة من حيث موضوعها أو من حيث مدى تطبيقها، فهناك قوانين تلحق بالأشخاص أينما وجدوا و هناك قوانين تطبق تطبيقا إقليميا لتعلقها بالنظام العام.

وهكذا نجد أن سافيني لم يتبع طريقة المدرسة الإيطالية للأحوال في تحليل القوانين لتحديد مجال تطبيق كل منها، كما أنه لم يضع مبدأ معينا يقسم وفقه القوانين إلي قوانين إقليمية و إلـى قوانين ممتدة ليحدد مجالها، بل اتبع طريقة منفردة تتمثل في تحليل الروابط القانونية لإسناد كل منها إلى قانون معين حسب طبيعتها.[2]

و لقد توصل سافيني عن طريق التركيز للشخص و للعلاقات القانونية إلي الحلول التالية:[3]

1- فيما يتعلق بأهلية الشخص و حالة الشخص يطبق قانون موطنه على أساس أن مقر الشخص هو موطنه لأنه أراد الإستقرار فيه.

2- تطبيق على العلاقات المتعلقة بالمال قانون موقع المال سواء أكان منقولا أم عقارا على أساس أن المال شيء محسوس يحتل حيزا مكانيا. فمركزه هو مكان وجوده، ومن ثم فإن العلاقات القانونية المتعلقة به تتركز في هذا المكان.

3- إخضاع الالتزامات التعاقدية لقانون مكان تنفيذ هدا الأخير على أساس أنه المظهر المنظور الذي يمكن أن نربط به الالتزام لأن هذا الأخير شيء غير ملموس، وبالتالي لابد من البحث عن مظهر ملموس يمكن أن نربطه به. و هذا المظهر يتجلى في مكان التنفيذ

---

[1]- عبد الله(عز الدين)، القانون الدولي الخاص...، مرجع سابق، ص540؛ الهداوي (حسين)، القانون الدولي الخاص ،تنازع القوانين، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2006، ص55.

[2]- بلقاسم(أعراب)، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص61.

[3]- بلقاسم(أعراب)، نفس المرجع، ص ص61-62.

أكثر من مكان الانعقاد على اعتبار أن طرفي التعاقد قد اختارا مكان التنفيذ كمكان لتركيزه فيه. ووفقا لنفس التحليل أخضع الالتزامات المترتبة على الفعل الضار لقانون محل وقوعه.

وقد تعرض فقه سافيني لبعض الانتقادات أهمها:[1]

1- الانتقاد الموجه إلى فكرة الخضوع الإرادي، فهو يسند إلى الأشخاص إرادة معينة، في حين أنه يمكن أن تكون لهم إرادة مغايرة، فافتراض انصراف إرادة المتعاقدين إلى قانون محل التنفيذ ليس مؤكدا إذ من الجائز أن تكون إرادتهما قد انصرفت إلى قانون آخر.

2- انتقدت فكرة الاشتراك القانوني التي كانت نقطة انطلاق فقهه في تنازع القوانين، حيث كذبها الواقع. فتطور التجارة الدولية و حركة انتقال الأشخاص قد جعل فكرة الاشتراك القانوني فكرة مهجورة إذ أصبحت الدول تقبل تطبيق قوانين دول أخرى ليس بينهما اشتراك قانوني على أقاليمها.

بعد تعرض الفقيه سافيني لحلوله فيما يخص مشكلة التنازع وضع استثناء هام و هو الامتناع عن تطبيق القانون الأجنبي في حالة غياب الاشتراك القانوني[2]. فالفقيه الألماني سافيني كان له الفضل الكبير في إبراز الدور الاستبعادي للنظام العام.

يمكن القول بأن فكرة النظام العام بدأت كأداة لتثبيت الاختصاص لقانون القاضي، وهدا ما ظهر جليا في فقه الأحوال الإيطالي القديم وكذلك لدى الفقيه مانسيني ، أما بروز فكرة النظام العام كأداة لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي كان على يدي الفقيه الألماني سافيني فيقوم القاضي في هذا الإطار باستبعاد القانون الأجنبي المختص ، إلا

---

[1]- بلقاسم(أعراب)، القانون الدولي الخاص الجزائري...، مرجع سابق، ص62.

[2]- عرموش عبد الكريم حافظ(ممدوح)، القانون الدولي الخاص والمقارن، الجزء الأول، تنازع القوانين، الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية، الطبعة الثانية، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، الأردن، 1998، ص24؛ الحداد السيد(حفيظة)، الموجز في القانون الدولي الخاص...، مرجع سابق، ص190.

أن هناك جانب من الفقه الحديث يدعو إلى إعادة الدور التقليدي لفكرة النظام العام وذلك عن طريق ما يسمى بالقوانين ذات التطبيق المباشر أو الفوري.[1]

المطلب الثاني.

التمييز بين النظام العام في القانون الدولي الخاص وبعض المفاهيم القريبة منه.

قد يقع الخلط بين النظام العام في القانون الدولي الخاص والنظام العام في القانون الداخلي (**الفرع الأول**)، كما قد يقع الخلط بين النظام العام في القانون الدولي الخاص و القوانين ذات التطبيق المباشر (**الفرع الثاني**)، وبين النظام العام في القانون الدولي الخاص و قواعد الاسناد (**الفرع الثالث**)، وبين النظام العام في القانون الدولي الخاص والغش نحو القانون (**الفرع الرابع**).

الفرع الأول.

التمييز بين النظام العام في القانون الدولي الخاص و النظام العام في القانون الداخلي.

التمييز بين النظام العام في القانون الدولي الخاص والنظام العام في القانون الداخلي يتطلب التعرض إلى تعريف النظام العام في القانون الدولي الخاص (**أولا**)، ثم إلى تحديد أوجه التشابه وأوجه الاختلاف بين النظام العام في القانون الدولي الخاص و النظام العام في القانون الداخلي(**ثانيا**).

---

[1]- صادق علي(هشام)، تنازع القوانين، دراسة مقارنة مع المبادىء العامة و الحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1993، ص305؛ الحداد السيد(حفيظة)، الموجز في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص191.

أولا: تعريف النظام العام.

إن امتناع القاضي عن تطبيق القانون الأجنبي التي تشير إليه قاعدة التنازع في دولة القاضي لا يخلو من المصاعب، وأهم هذه المصاعب هو عدم وجود مفهوم موحد متفق عليه للنظام العام، فقد تعددت التعريفات بشأن النظام العام من بلد إلى أخر ومن زمن إلى آخر.

ففكرة النظام العام ليست فكرة ذات مفهوم قانوني موحد، فالمشرع و القاضي عندما يستعملانها ليس دائما للدلالة على نفس المعنى. فالمشرع بين قانون وآخر قد يعطيها مقصدا مختلفا، كما أن استناد القاضي إليها بين حكم وآخر، بل وفي ذات الحكم نفسه قد يتعدد المقصد المراد منه.[1]

ففكرة النظام العام تدخل في كل فروع القانون المختلفة: الدستوري، الإداري، العمل، المدني، التجاري، المالية العامة، المرافعات، الدولي، الأحوال الشخصية، التأمين. ففكرة النظام العام تضيق وتتسع وفق المبادئ السياسية والاقتصادية والمذاهب الاجتماعية وتدخل الدولة في الحياة الاقتصادية أو تركها للنشاط الخاص، ولاسيما قوانين التسعير الجبري وحماية المستهلك.[2]

فلقد وردت عدة تعريفات للنظام العام، ومن بينها تعريف الكتاب الإنجليز (بأنه المبدأ الذي يوجب استبعاد تطبيق القانون الأجنبي في الأحوال التي يخالف فيها تطبيقه سياسة القانون الانجليزي أو قواعد الآداب العامة المرعية في انجلترا أو مع ضرورة المحافظة على النظم السياسية فيها).[3]

ويعرفه الدكتور أحمد مسلم (بأنه الكيان السياسي و الاجتماعي والاقتصادي لهذه الدولة بما يقوم عليه هذا الكيان من معتقدات سياسية تتعلق بالمساواة أمام القانون أو احترام

---

[1]- خزار(محمد الصالح)، المفهوم القانوني العام لفكرة النظام العام، مجلة شهرية متخصصة في الدراسات و البحوث القانونية، تصدر عن دار القبة للنشر و التوزيع، الوادي، الجزائر، 2003، ص ص32-49، ص32.

[2]- عرموش عبد الكريم حافظ(ممدوح)، القانون الدولي الخاص و المقارن...، مرجع سابق، ص ص195-196.

[3]- نقلا عن: الهداوي (حسين)، القانون الدولي الخاص...، مرجع سابق، ص 184.

أفكار دينية أساسية معينة أو عقائد مذهبية اقتصادية كالاشتراكية أو الرأسمالية أو نحوها من المذاهب و الأفكار الاقتصادية كالعدالة الاجتماعية وتكافؤ الفرص و غير ذلك).[1]

ويعرفه أخرون(أنه مجموع المبادئ الأساسية العليا للنظام القانوني النافد في الدولة والتي يقوم عليها نظام المجتمع سياسيا و اقتصاديا و دينيا و قانونيا و أخلاقيا و يكون للدستور الدور الحاسم في تكوين النظام العام).[2]

هناك من المشرعين لم يضع تعريف جامد للنظام العام، وإنما اكتف بتحديد حالات أحكام معينة معتبرة من النظام العام، ومن بينها مثلا المشرع الإماراتي، فالمادة الثالثة من قانون المعاملات المدنية الاتحادي رقم 5 لسنة 1985، تعتبر من النظام العام الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية كالزواج و الميراث و النسب، والأحكام المتعلقة بنظم الحكم وحرية التجارة وتداول الثروات و قواعد الملكية الفكرية وغيرها من القواعد و الأسس التي يقوم عليها المجتمع وذلك بما لا يخالف الأحكام القطعية و المبادئ الأساسية للشريعة الإسلامية.[3]

هو نفس الاتجاه الذي عمل به كل من المشرع العراقي والأردني، والذي اعتبرا من النظام العام بوجه خاص الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية كالأهلية والميراث و الأحكام المتعلقة بالانتقال و الإجراءات اللازمة للتصرف في الوقف، العقار و قوانين التسعير الجبري و سائر القوانين التي تصدر لحاجة المستهلكين في الظروف الاستثنائية[4].

كما عرفت المحكمة العليا الاسبانية النظام العام في حكم صدر لها بتاريخ 15 أفريل 1966 جاء في حيثياته مايلي:(بما أن تطبيق القانون الأجنبي أو أثار الأحكام الأجنبية قد تصطدم في غالب الأحيان ببعض المبادئ التي يعتبرها القانون الوطني غير قابلة للمساس بها فوق إقليم دولتها، لأن النظم القانونية لمختلف الدول ليست مؤسسة بكاملها على نفس

---

[1]- نقلاعن: فضيل(نادية)، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، الطبعة الرابعة، دار هومه، الجزائر، 2005، ص112.

[2]- نقلا عن: عرموش عبد الكريم حافظ(ممدوح)، القانون الدولي الخاص و المقارن...، مرجع سابق، ص196.

[3]- ممدوح عبد الحميد(عبد المطلب)، الدسوقي السيد(إنعام)، تأثير فكرة النظام العام على حكم التحكيم و تنفيذه دراسة مقارنة، مجلة الأمن و القانون، مجلة دورية محكمة تصدرها أكادمية شرطة دبي، الإمارات العربية المتحدة، السنة11، العدد الأول، يناير 2003، ص ص458-516، ص474.

[4]- عرموش عبد الكريم حافظ(ممدوح)، نفس المرجع، ص197.

القواعد و المبادئ، و أنه من الضرورة كذلك ضمان الدفاع عن هذه المبادئ التي يتعين عدم المساس بها، والتي تكون ما نسميه بالنظام العام الوطني الذي يضم المبادئ القانونية العامة و الخاصة السياسية والاقتصادية و المعنوية وحتى الدينية التي تعتبر إجبارية بصفة مطلقة بقصد المحافظة على النظام الاجتماعي داخل شعب في فترة معينة).[1]

أما عن المشرع الجزائري فقد سكت تماما عن وضع تعريف للنظام العام و اكتفى بالنص عليه ضمن المادة 24 من القانون المدني المعدلة بالقانون 05-10 فنص على استبعاد القانون الأجنبي في حال مخالفته للنظام العام.

ثانيا: أوجه التشابه و الاختلاف.

1-أوجه التشابه.

فكرة النظام العام تهدف إلى المحافظة على المصالح الجوهرية للمجتمع، وهذا الهدف تعمل على تحقيقه سواء على مستوى العلاقات الداخلية أو على مستوى القانون الدولي الخاص، ويكون ذلك سواء عن طريق منع الأفراد من الاتفاق على ما يخالف النظام العام أم عن طريق استبعاد القانون الأجنبي.[2]

مفهوم النظام العام نفسه سواء في القانون الداخلي أو في القانون الدولي الخاص وهو مفهوم وطني بحث، وبالتالي يصعب التفكير في وجود نظام عام وطني و آخر دولي لأن كل دولة لها نظام عام الذي هو عبارة عن الأسس الاجتماعية و الخلقية والاقتصادية التي تعبر عن مقومات الدولة، ففكرة النظام العام تفترض وجود مجتمع مترابط، متناسق في تقاليده و أرائه وله تقاليد معينة وهذا غير متصور على الصعيد الدولي.[3]

---

[1]- نقلا عن: بلمامي (عمر)، الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير في العقود و المسؤولية، معهد الحقوق و العلوم الإدارية، بن عكنون، جامعة الجزائر، ص125.

[2]- الهداوي (حسين)، القانون الدولي الخاص...، مرجع سابق، ص188؛ للافي(محمد المبروك)، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع الليبي، منشورات الجامعة المفتوحة، الاسكندرية، مصر، 1994، ص80.

[3]- سليمان علي (علي)، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص 150.

كما أن التمسك بكل من النظام العام الداخلي والنظام العام في القانون الدولي الخاص يكون داخل الدولة.

يتشابه النظام العام في القانون الداخلي مع النظام العام في القانون الدولي الخاص في كون الدفع بالنظام العام في كلاهما يكون أمام المحكمة المرفوع أمامها النزاع و يحرك هذا الدفع إما من طرف المدعى عليه أو من طرف القاضي فله أن يثيره في أي مرحلة من مراحل النزاع[1].

2- أوجه الاختلاف.

رغم أن فكرة النظام العام تهدف إلى صيانة المصالح الجوهرية للمجتمع، وهو هدف تسعى مختلف التشريعات لتحقيقه سواء في مجال القانون الدولي الخاص أو في مجال القانون الداخلي إلا أن هذا لا يعني تطابق فكرة النظام العام في كليهما.

ففكرة النظام العام تستخدم في مجال القانون الداخلي لضمان عدم خروج إرادة الأفراد عن أحكام القواعد القانونية الآمرة، فهي تهدف إلى إبطال اتفاقات يعقدها الأطراف تكون مخالفة للنظام العام[2]، وهذا ما أشارت إليه المادة93 من القانون المدني المعدل والتي تنص: (إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته أو مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة كان باطلا بطلانا مطلقا) والمادة 97 من القانون المدني الجزائري التي تنص: (إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب كان العقد باطلا.) ، كذلك ما توجهت إليه المادة 162الفقرة الثانية من القانون المدني الأردني والتي جاء فيها: (2- فإن منع الشارع التعامل في شيء، أو كان مخالفا للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا)[3].

---

[1]- الهداوي(حسين)، القانون الدولي الخاص...، مرجع سابق، ص188.

[2]- بلقاسم أعراب، القانون الدولي الخاص الجزائري...، مرجع سابق، ص 175؛
Graulich(Paul), Principes de droit international privé, Conflit de lois, Conflit de juridictions,Paris, Librairie Dalloz,1961, p153 ; Monéger(Françoise), Droit international privé, op.cit, p52.

[3]- نقلا عن:سوار وحيد الدين(محمد)، الاتجاهات العامة في القانون المدني، دراسة موازنة بالفقه الإسلامي و المدونات المدنية العربية، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2001، ص31.

وهذا ما تطرقت إليه المادة 6 من القانون المدني الفرنسي،[1] كما أشارت إلى ذلك المادة 109 من القانون المدني البحريني مرسوم بقانون رقم 19 لسنة 2001 ، والتي جاء فيها:(إذا كان محل الالتزام مخالفا للنظام العام أو الآداب وقع العقد باطلا).[2]

هذا ما أشار إليه القرار الصادر عن المجلس الأعلى(متى أوجب القانون في الالتزام التعاقدي مشروعية المحل، اعتبر كل اتفاق مخالف لذلك وكان من أثير البطلان المترتب إرجاع الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل العقد.

فإن المجلس القضائي الذي أيد حكما قضى على البائع برد ثمن بيع سيارة مستوردة محظور بينهما بحكم القانون و اللوائح التنظيمية يكون قد التزم صحيح القانون وأعطى قراره الأساس القانوني مما يجعل الطعن فيه بالنقض مردود غير جدير بالقبول).[3]

تعمل فكرة النظام العام في القانون الدولي الخاص على استبعاد القانون الأجنبي المختص وفقا لقاعدة الإسناد الوطنية، أي النظام العام هنا دوره استبعادي، حيث يقوم القاضي برفض تطبيق القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة تنازع لتعارضه مع النظام العام[4]، أي مخالفته للمبادئ العليا التي ينبني عليها النظام الاجتماعي والاقتصادي والسياسي في بلد القاضي.

هذا ما أشارت إليه المادة 24 الفقرة الأولى من القانون المدني الجزائري والتي سبق الإشارة إليها. أشارت إلى ذلك أيضا المادة 28 من القانون المدني المصري، القانون

---

[1]- Articl 6 : « On ne peut déroger, par de conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs. ».www.droit.org

[2]- نقلا عن الموقع : www.moj.gov.bh

[3]- قرار صادر بتاريخ 1983/02/16 عن المجلس الأعلى، المجلة القضائية، سنة 1989، العدد الثاني، صص 37-38.

فيما يخص مشروعية المحل: السنهوري أحمد (عبد الرزاق)، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الإلتزام بوجه عام، مصادر الإلتزام، العمل غير المشروع، الاثراء بلا سبب، القانون، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، بدون سنة النشر، ص ص397-398.

[4]- المصري وليد هاشم(محمد)، محاولة لرسم معالم النظام العام الدولي العربي بمفهوم القانون الدولي الخاص، مجلة الحقوق، مجلة علمية محكمة ربع سنوية تعنى بنشر الدراسات القانونية و الشرعية، تصدر عن مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، العدد الرابع، السنة27، ديسمبر2003، ص ص142-176، ص153؛

Holleaux(Dominique),Foyer(Jacques),Dejeouffre de la pradelle(Géraud),Droit international privé, Mason,Paris, 1987, p299.

رقم 131 لسنة 1948 والتي تنص: (لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام والآداب.)[1]. وكذلك ما أشارت إليه المادة 36 الفقرة الأولى من مدونة القانون الدولي الخاص التونسي والتي جاء فيها: (لا يثير القاضي الدفع بالنظام العام إلا إذا كانت أحكام القانون الأجنبي المعين تتعارض مع الاختيارات الأساسية للنظام القانوني التونسي.).[2]

ذهب القضاء في العديد من القرارات في هذا الإتجاه، من بينها قرار بتاريخ1991/04/23 الصادر عن المحكمة العليا في الجزائر، والذي جاء في إحدى حيثياته(الاعتراف بتثبيت النسب في ظل القانون الفرنسي، يخالف النظام العام بالجزائر لأنه لا يتماشى وأحكام الشريعة الإسلامية التي لا تقر النسب إلا بالزواج طبقا لأحكامه السمحة)[3] . كذلك ما توجه إليه القضاء المصري في قرار صادر عن محكمة النقض بتاريخ 1975/02/12 و الذي جاء فيه(بأن المناط في استبعاد أحكام القانون الأجنبي الواجب التطبيق وفق المادة 28 من القانون المدني، هو أن تكون هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو للأداب في مصر بأن تمس كيان الدولة أو تتصل بمصلحة عامة و أسياسة للجماعة، و لا يدخل في هذا النطاق مجرد اختلاف أحكام القانون الأجنبي عن أحكام القانون الوطني في صدد شرط المنع من التصرف.).[4]

نتيجة إعمال الدفع بالنظام العام في نطاق العلاقات الداخلية مختلفة عن نتيجة إعمالها في نطاق القانون الدولي الخاص، ففي مجال العلاقات الداخلية ليس هناك حلول لقانون محل قانون آخر، وإنما الذي يحدث هو تأكيد الاختصاص لقانون القاضي، بينما

---

[1]– نقلاعن:عبد الفتاح (مراد)، القانون المدني طبقا لأحدث التعديلات، الإسكندرية، بدون سنة النشر، ص11.

[2]– قانون عدد 97 لسنة 1998 مؤرخ في 27 نوفمبر 1998، المتعلق بإصدار مجلة القانون الدولي الخاص، منشورات المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية، 2008.

[3]– نقلاعن:عليوش (كمال قربوع)، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، تنازع القوانين، الطبعة الأولى، دار هومة، الجزائر، 2006، ص164.

[4]– نقلا عن: طلبة(أنور)، الوسيط في القانون المدني، الجزء الأول، الحق و استعماله، القانون و تطبيقه، الأشخاص و الأموال، الإلتزام بوجه عام، مصر، 1993، ص151.

استخدام هذا الدفع في نطاق القانون الدولي الخاص يؤدي إلى استبعاد القانون المختص أصلا وإحلال قانون القاضي محله.[1]

يلعب النظام العام في نطاق تنازع القوانين، دورا استبعاديا، حيث يتم استبعاد القانون المختص أصلا بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية، لذلك يجب استخدام النظام العام كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي بحذر شديد و من غير إسراف. أما في نطاق العلاقات الداخلية فليس في الأمر خروج على مبدأ عام، فالمبدأ في نطاق العلاقات الداخلية هو حرية الإرادة في الحدود التي يقررها المشرع.[2]

يظهر دور النظام العام في القانون الدولي الخاص، بوصفه أداة استثنائية لاستبعاد القانون الأجنبي المختص وفقا لقاعدة الإسناد الوطنية، أما في القانون الداخلي تغيب هذه الصفة الاستثنائية للنظام العام، فإذا كان المشرع الوطني قد سمح بتطبيق القوانين الأجنبية في إقليمه، فإن هذا لا يعني أنه قد منح توقيعا على بياض لكافة مشرعي دول العالم، و لكن الوضع يختلف في مجال القانون الداخلي، حيث يفقد النظام العام طابعه الاستثنائي، ففكرة النظام العام تستخدم في مجال القانون الداخلي للحد من مبدأ سلطان الإرادة، فيمتنع على الأفراد الاتفاق على ما يخالف القواعد القانونية الآمرة كما سبق الإشارة إلى ذلك، ولكن هذا ليس خروجا استثنائيا عن مبدأ عام، فالمبدأ العام هنا هو أن الإرادة حرة في الحدود التي يسمح بها المشرع، وبالتالي ينحصر أثر النظام العام في القانون الداخلي على تحريم الاتفاق على ما يخالف الأحكام التي تتضمنها قواعد القانون الآمرة.[3]

يترتب على الطابع الاستثنائي لفكرة النظام العام في مجال القانون الدولي الخاص، واختلاف الدور الذي تلعبه في هذا المجال عن دورها في مجال القانون الداخلي نتيجة هامة، فنطاق إعمال فكرة النظام العام يضيق بالضرورة في مجال القانون الدولي الخاص

---

[1]- عبد العال محمد(عكاشة)، تنازع القوانين...، مرجع سابق، ص 574.

[2]- عبد العال محمد(عكاشة)، نفس المرجع و نفس الموضع.

[3]- العمروسي(أنور)، الموسوعة الوافية في شرح القانون المدني بمذاهب الفقه و أحكام القضاء في مصر والأقطار العربية، الجزء الأول، القانون وتطبيقه، تقسيم الأشياء و الأموال، الالتزامات أو الحقوق الشخصية، مصادر الالتزام، أثار الالتزام، الأوصاف المعدلة أثر الالتزام، انتقال الالتزام، قضاء الالتزامات، الطبعة الثانية، دار العدالة، القاهرة، بدون سنة نشر، ص ص121-122.

تجعلها لازمة التطبيق و دون حاجة إلى قواعد الإسناد، فلا يمكن أن تزاحمها في التطبيق القوانين الأجنبية.

فنظرية القوانين ذات التطبيق الضروري ترتكز في حل مشكلة القانون الواجب التطبيق على عملية تحليل للقواعد الموضوعية الوطنية و بيان ما يعد منها ضروري التطبيق و ما لا يعد كذلك، فمنهجية القواعد ذات التطبيق الضروري تلتقي في شأن تحليلها للقواعد الوطنية مع منهجية مدرسة الأحوال التي كانت تجري على تقسيم القوانين بحسب مجال تطبيق كل طائفة منها، هذه المنهجية تختلف عن منهجية تنازع القوانين التي تتخذ سندها من تحليل العلاقة القانونية محل البحث في عناصرها المختلفة مستهدفة الكشف عن القانون الذي يربطه بهذه العناصر رباط وثيق فيتم اختياره لحكم هذه العلاقة القانونية.[1]

تنسب القوانين ذات التطبيق المباشر أو القوانين ذات التطبيق الفوري إلى الأستاذ فرانسيسكاكيس، حيث تعرض لها لأول مرة في رسالته للدكتوراه والتي كانت بعنوان (نظرية الإحالة وتنازع القوانين في القانون الدولي الخاص)، ثم طور هذه النظرية في دراساته اللاحقة[2].

فعرف فرانسيسكاكيس القوانين ذات التطبيق المباشر كالآتي(تلك التي تقوم داخل النظام القانوني بغير التفات إلى تصنيفها أوانتمائها إلى القانون العام أو القانون الخاص وتبلغ في أهميتها حدا كبيرا لا يسمح بدخولها في منافسة مع القوانين الأجنبية ولذلك فمجال تطبيقها يتحدد على أساس الهدف الذي تبتغيه).[3]

كما قد عرفها أحد الكتاب كالأتي (قوانين البوليس لا تكتشف بالأخذ بعين الاعتبار معيار شامل ولا تطبق بدلالة معايير عامة ومسبقة، تطبيقها في حالة معينة يكون بدلالة ارتباطات النوع).[4]

---

[1]– عبد العال محمد(عكاشة)، تنازع القوانين...، مرجع سابق، ص534.

[2]– قسمت الجداوي(أحمد)، نظرية القوانين ذات التطبيق الضروري ومنهجية تنازع القوانين، مجلة العلوم القانونية و الاقتصادية، السنة23، 1981، ص ص1-58، ص5.

[3]– نقلا عن: قسمت الجداوي(أحمد)، نفس المرجع، ص7.

[4]- les lois de police ne se découvrent pas par la mise en œuvre d'un critère synthétique et elles ne s'appliquent pas en fonction de critères généraux et prédéterminés(..)leur application dans un cas donné est fonction des rattachements de l'espèce ", Nourissat(Cyril), Le droit

تطرق التشريع الفرنسي إلى هذه القوانين في نص المادة 3 من القانون المدني[1]، كما أن اتفاقية روما المتعلقة بالالتزامات التعاقدية المبرمة بتاريخ 19 جوان 1980التي دخلت حيز التنفيذ بتاريخ 1 أفريل 1991، تكلمت على القوانين ذات التطبيق المباشر أو ما يسمى بقوانين البوليس وذلك في المادة السابعة، ولقد أكدت المادة السابعة الفقرة الثانية من الاتفاقية على إلزامية احترام القوانين ذات التطبيق المباشر من قبل الأطراف المتعاقد.[2]

ولكن المعطيات الواردة في اتفاقية روما ل 19 جوان 1980، كانت قابلة للتطور التدريجي باتجاه تحول اتفاقية روما ل 19 جوان 1980 حول القانون المطبق على الإلتزامات التعاقدية في القانون الإتفاقي المعروف باسم قانون (روما1)[3]. وحقيقة القانون المتعلق بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية (روما1) عرف الضوء بتاريخ 17 جوان 2008[4]، ولقد ورد تعريف القوانين ذات التطبيق المباشر في المادة التاسعة من قانون (روما1) وذلك في الفقرة الأولى.[5]

فهناك العديد من التعريفات والتي لا يمكن حصرها، ولكن يمكن تحديد أسباب اللجوء إلى هذه القوانين.

---

international privé à l'épreuve du droit communautaire ? Quelque brève observation optimistes,Petites affiches, La loi, Le quotidien juridique, Edition quotidienne des journaux judiciaires associés,Paris, 19Avril2007, Numéro spécial(Les 50ans du traité de Rome), pp82-86, p84.

[1]- Articl 3 : « Les lois de polices et de sùreté obligent tous ceux qui abitent le territoirre.
Les immeubles, meme ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française.
Les lois concernant l'etat et la capacité des personnes régissent les Français, meme résidant en pays étrangers. ».www.droit.org

[2]- Cassation. Chambre civil.23 Janvier 2007. Note : Mahinga(Jean-Grégoire) . op.cit. p12.
أكثر تفصيل فيما يخص إتفاقية روما ل 19 جوان 1980: www.droit. technologie.org

[3]- Nourissat(Cyril)), Le droit international privé à l'épreuve du droit communautaire..., Op.cit, p84.

[4]- Archer(Delphine), Actualité sur le droit international privé communautaire des contrats de consommation, Petites affiches, La loi, Le quotidien juridique, Edition quotidienne des journaux judiciaires associés, Paris, n 186, 16 Septembre 2008, p p4-6, p4.

[5]- Article 9/1 « une loi de police est une disposition impérative dont le respect est juge crucial par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tels que son organisation politique, sociale ou économique, au point d' en exiger l'application a toute situation entrant dans son champ d'application, quelle que soit par ailleurs la loi applicable au contrat d'après le présent règlement », Archer(Delphine), ibid, p6.

ثانيا: أسباب ظهور القوانين ذات التطبيق المباشر.

فقواعد الإسناد التقليدية لا يمكنها أن تستوعب بعض النظم القانونية الحديثة التي لا يتصور أن يسري بشأنها إلا قانون القاضي، ويرجع سبب ظهور هذه القوانين إلى تزايد تدخل الدولة في مختلف المجالات نتيجة التأثر بالمذاهب الاشتراكية التي سادت حتى في عقر دار النظم الرأسمالية ، فرغم انتشار عمليات الخوصصة إلا انه لا يمكن أن نتجاهل الدور التدخلي للدولة في مجالات عديدة وفي مطلعها المجال الاقتصادي، فالدولة عبر نظامها القانوني هي التي تسهر على تنظيم و رعاية كثير من المسائل الاقتصادية مثل عمليات الائتمان و الرقابة على النقد، وعمليات الصرف والعمليات المصرفية و أسعار الفائدة و حماية المستهلك، كما تدخلت الدولة لحماية الطرف الضعيف في كثير من العقود و من أهمها عقد العمل و عقد الإيجار، فنظمت الدولة هذه المسائل بقواعد آمرة لا يمكن للأفراد الاتفاق على مخالفتها و نتيجة لذلك تقلص دور الإرادة الفردية و تراجع مبدأ سلطان الإرادة و ظهر تدخل الدولة في فكرة النظام العام الاقتصادي.[1]

هناك من يبرر أهمية القوانين ذات التطبيق المباشر في كون وظيفة النظام العام في ظل منهجية التنازع تعرف قصورا، حيث أنه في ظل منهجية التنازع إذا أشارت قاعدة الإسناد إلى تطبيق قانون أجنبي وتبين أن هذا القانون مخالف للنظام العام جاز للقاضي استخدام الدفع بالنظام العام و إحلال قانون القاضي محله، غير أن هذه الوسيلة غير كافية من ناحيتين، استبعاد القانون الواجب التطبيق أصلا على العلاقة و إحلال قانون القاضي

---

[1]- عبد العال محمد(عكاشة)، تنازع القوانين...، مرجع سابق، ص ص535-536.

مضمون النظام العام الاقتصادي: " يحمل النظام العام الاقتصادي الفكرتين اللتين تعكسان العوامل التي تتأرجح بينهما الحياة الاقتصادية و الاجتماعية، فأحيانا يكون المجتمع في حاجة إلى توجيه و تسيير الفرد، فيجبر على المساهمة في غاية اقتصادية و اجتماعية لا يرغب فيها، و أحيانا أخرى يكون الفرد في حاجة إلى الحماية من اضطهاد الأقوياء، فتوفر له تلك الحماية، وهكذا يكون هذان الاهتمامان وجهي النظام العام الاقتصادي الذي يتفرع إلى نظام عام اقتصادي توجيهي أو موجه و نظام عام حمائي أو اجتماعي " فيلالي(علي)، الالتزامات ، النظرية العامة للعقد، طبعة منقحة و معدلة، موفم للنشر، لجزائر، 2008، ص281.

أكثر تفصيل فيما يخص فكرة النظام العام الاقتصادي: مريني(حنان)، النظام العام الاقتصادي و تأثيره في العلاقة العقدية، رسالة ماجستير في العقود و المسؤولية، كلية الحقوق و العلوم الإدارية، بن عكنون، جامعة الجزائر، 2004/2003، ص ص9-25.

محل القانون المستبعد، يهدف فقط إلى سد الفراغ الناشئ عن هذا الاستبعاد وليس الهدف هو إعطاء قانون القاضي نطاق اختصاص أصيل خاص به أصلا هذا من جهة، ومن جهة أخرى إن الدفع بالنظام العام في منهجية التنازع لا يأخذ بالاعتبار مصلحة الدولة الأجنبية في تطبيق قواعدها القانونية.[1]

لكن يبدو أن الأمر خلافا لذلك، فوظيفة النظام العام في ظل منهجية التنازع لا تعرف قصورا، فكون أن الدفع بالنظام العام في منهجية التنازع لا يأخذ بالاعتبار مصلحة الدولة الأجنبية في تطبيق قواعدها القانونية غير صحيح، فلقاضي عندما يطبق قانونه فهو يغلب مصلحة بلاده مقارنة بمصلحة الدولة أجنبية وهذا تصرف منطقي، أما إحلال قانون القاضي محل القانون الأجنبي فهذا طبيعي أيضا فمجرد أن النزاع أو المسألة طرحت أمام القاضي فقانون القاضي هو المختص أصلا في حالة استبعاد القانون الأجنبي و هو الأولى.

من أمثلة القوانين ذات التطبيق المباشر في التشريع الجزائري، المادتين3 و82 من القانون 82-06 المؤرخ في 1982/02/27 المتعلق بعلاقات العمل الفردية، و ذلك حسب القرار الصادر عن المحكمة العليا الغرفة الاجتماعية بتاريخ 1990/05/28.[2]

من أمثلة القوانين ذات التطبيق المباشر كذلك في التشريع الفرنسي، لدينا المادة العاشرة من قانون الفرنسي الصادر بتاريخ 03 جانفي 1967 المتعلق بوضعية السفن و

---

[1]- عبد العال محمد(عكاشة)، تنازع القوانين...، مرجع سابق، ص ص536-537.

[2]- قرار صادر بتاريخ 1990/05/28عن المحكمة العليا، ملف رقم 57821، بين(ف ع) ضد(شركة سوناطراك)، المجلة القضائية، العدد الأول، 1995، ص ص149-153.

جاء في حيثيات القرار مايلي:(وحيث أن هذا التقدير يتعارض مع أحكام القانون رقم 06/82 المؤرخ في 27 فبراير 1982 المتعلق بعلاقات الشغل الفردية.

و بالفعل، و حيث أن القانون المسطر يوضح في مادته الثالثة أن هذا القانون ينطبق على عامل أجنبي و مؤسسة مستخدمة جزائرية في حالة قيام علاقة الشغل بالقطر الجزائري طبقا للقوانين الجاري بها العمل و خاصة القوانين الخاصة بشروط توظيف العمال الأجانب كما هو الحال بالنسبة للدعوى الراهنة فيما يخص الطاعن.

وحيث أنه توضح من جهة أخرى المادة 82 أن كل شروط لعقد التشغيل أو تصرف تنظيمي يخالف الأحكام التشريعية و التنظيمية يعتبر لاغيا لا عمل عليه و تحل محله شرعا الأحكام القانونية الحالية.

وحيث يستتبع مما تقدم أن قضاة الإستئناف خالفوا بقرارهم و تجاهلوا الأحكام القانونية التي تم التذكير بها انفا.)

العمارات المائية، وذلك حسب ما جاء في القرار الصادر عن محكمة النقض الفرنسية الغرفة التجارية بتاريخ 14 جانفي 2004.[1]

لدينا كذلك المادة 311 الفقرة37 من قانون الاستهلاك الفرنسي وذلك حسب ماجاء في القرار الصادر عن محكمة النقض الفرنسية الغرفة المدنية، وذلك بتاريخ 23 ماي 2006.[2]

ولدينا كذلك قانون 10 جانفي 1978من القانون الفرنسي والمتعلق بالقرض الاستهلاكي، وذلك حسب ما جاء في القرار الصادر عن محكمة النقض الفرنسية ، الغرفة المدنية الأولى وذلك بتاريخ 19 أكتوبر 1999.[3]

ثالثا:أوجه الاختلاف بين القوانين ذات التطبيق المباشر و النظام العام في القانون الدولي الخاص.

---

[1]- Cassation, Chambre commercial, 14 janvier 2004, Revue critique de droit international prive,N1,Edition Dalloz, Janvier, Mars, 2005,p p 55-61, p55, Note : Lagarde(Paul).

جاء في القرار مايلي:

« l'.article 10 de la loi française du 3 janvier1967, qui prescrit à peine de nullité, pour la forme des actes relatifs à la propriété des navires francisés, la rédaction d'un écrit comportant les mentions propres à l'identification des parties et du navire, constitue une loi de police du for au sens de l'article 7-2 de la convention de Rome du19 juin 1980 ».

[2]- Cassation, Première chambre civil, 23mai 2006, Revue critique de droit international privé, N1, Edition Dalloz, Janvier- Mars2007, p p 85-95,p85, Note : Cocteau-senn (Delphine).

جاء في القرار مايلي:

« Selon l'article l.311-37 du code de la consommation, d'application impérative au sens de l'article 7-2 de la convention de Rome du 19 juin 1980 sur la applicable aux obligations contractuelles, le tribunal d'instance est seul compétent en matière de crédit à la consommation quelle que soit la loi applicable au contrat ».

[3]- Cassation , Premièr chambre civil, 19 octobre 1999, Journal du droit international ,N2, Edition du juris- classeur, Paris, Avril-Mai-Juin 2000,p p328-341, p328,Note : Jean-Baptiste(Racine).

جاء في القرار مايلي:

« La convention de Rome du 19 juin n'étant pas en vigueur et la distinction établie par les articles 5 et 7 étant dès lors inopérante, la loi française sur le crédit a la consommation du 10 janvier 1978 était d'application impérative pour le juge français ».

إن كل من القوانين ذات التطبيق المباشر والنظام العام يشتركان في الوظيفة التي يؤديانها في مجال تنازع القوانين كما سبق الإشارة إلى ذلك، غير أن هذا لا يمنع من وجود أوجه اختلاف عديدة بينهما وهي:

-القواعد ذات التطبيق المباشر تكون تلقائية التطبيق بمعنى أنها ليست بحاجة لتدخل قاعدة الإسناد لتعيينها كقاعدة واجبة التطبيق فهي تقرر مباشرة استبعاد القانون الأجنبي وتحل محله، أما في الدفع بالنظام العام لابد من أن تشير قاعدة الإسناد بتطبيق قانون أجنبي معين، ثم يقوم القاضي بفحص مضمون القانون الأجنبي ويقرر مدى ملائمته مع الأسس الجوهرية التي ينهض عليها كيان مجتمع القاضي.[1]

-إن القوانين ذات التطبيق المباشر أو الضروري تتصف بالكفاية الذاتية، فهي لا تحتاج إلى النظام العام حتى تطبق و هي تطبق على العلاقات الداخلية والدولية دون تمييز بين العلاقات التي تخلو من عنصر أجنبي أو العلاقات التي لا تخلو من عنصر أجنبي، ولكن النظام العام بدوره يطبق دون حاجة إلى نصوص تشريعية آمرة، يعني أنه كلما رأى القاضي إلزامية تدخله أعمل النظام العام، فهو يملء الفراغ الذي يمكن أن يقع فيه المشرع.[2]

-هناك كذلك اختلاف بين القوانين ذات التطبيق المباشر والنظام العام في القانون الدولي الخاص من حيث الآثار، ففي حالة الدفع بالنظام العام يجوز التخفيف من أثار النظام العام بواسطة ما يعرف بالأثر المخفف للنظام العام، أما بالنسبة للقوانين ذات التطبيق المباشر يطبق قانون القاضي مباشرة ولا مجال للتخفيف.[3]

-من الفقهاء من اعتبر القوانين ذات التطبيق المباشر منهجا مستقلا عن منهجية تنازع القوانين، وبالتالي في منهجية التنازع يكون النظام كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي، بينما في منهجية القوانين ذات التطبيق المباشر يكون لهذه القوانين ذاتها صفة النظام العام فهي

---

[1]- Holleaux(Dominique)-foyer(jaques)-Degeouffre de la pradelle(geraud),Droit international privé ,op.cit,p300 ;Loussouarn(Yvon),Bourel(Pièrre), Devareilles-Sommières(Pascale), Droit international privé, op.cit, p338.

[2]- Loussouarn(Yvon)et Bourel (Pièrre),Droit international prive,op.cit ,p397.

[3]- زروتي (الطيب)، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، الجزء الأول، تنازع القوانين، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 2000، ص246.

تتدخل بصفة مباشرة دون إعمال لقاعدة الإسناد، كما أن للنظام العام في منهجية التنازع دور حمائي بينما هو وقائي في منهجية القوانين ذات التطبيق الضروري. [1]

فكثيرا ما يقع القضاء في خلط بين النظام العام في القانون الدولي الخاص وبين القوانين ذات التطبيق المباشر، وهذا ما أشار إليه القرار الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 23 جانفي2007 عن الغرفة المدنية الأولى، والذي سبق الإشارة إليه، حيث جاء هذا القرار مؤكدا أن نص المادة 12 من قانون 31 ديسمبر 1975 المتعلق بالدفع المباشر للمناول من طرف صاحب المشروع ليست من قوانين ذات التطبيق المباشر أي ليست من قوانين البوليس[2].

الفرع الثالث

التمييز بين النظام العام في القانون الدولي الخاص و قواعد الإسناد.

إن التمييز بين النظام العام في القانون الدولي الخاص وقواعد الإسناد يتطلب منا أولا (**تعريف قواعد الإسناد**)، ثم التعرف **ثانيا** على (**أوجه الشبه والاختلاف**) بين النظام العام في القانون الدولي الخاص وقواعد الإسناد.

---

[1]- قسمت الجداوي(أحمد)، نظرية القوانين ذات التطبيق الضروري و منهجية تنازع القوانين، مرجع سابق، ص ص52-55.

[2]- Cassation, Chambre civil, 23 Janvier 2007,Note : Mahinga(Jean-grégoire), op.cit, pp8-9.

جاء في القرار مايلي:

« sur le moyen unique pris en ses cinq branches :
Attendu que la société Campenon Bernard Méditerranée, sous- traitant de la société allemande Salzgitter Anlagenbau Gmbh (SAB) chargée par la société Basell production France, dont le siège social est à Levallois-perret, d'effectuer divers travaux de génie civil sur un chantier situé à Aubette (France) a, après l'ouverture dune procédure collective en Allemagne à l'égard de la société SAB, intenté à l'encontre du maître de l'ouvrage, une action directe en paiement du prix des travaux ;
Attendu que la société Campenon Bernard Méditerranée fait grief à l' arrêt attaqué (Versaille, 20novembre 2003), d'avoir rejeté sa demande de provision, alors, selon le moyen : .....,l'article 12 de la loi du 31 décembre 1975 relatif a l'action directe du sous-traitant n'est pas une loi de police régissant impérativement les relations contractuelles des parties au sens de l'article 7-2 de la convention de Rome du 19 juin 1980.... ».

أولا: تعريف قواعد الإسناد.

يمكن تعريف قواعد الإسناد بأنها(القواعد القانونية التي ترشد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على المراكز القانونية ذات العنصر الأجنبي).[1]

كما يمكن تعريفها بأنها (قواعد قانونية يضعها المشرع الوطني و هدفها إرشاد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على المسألة القانونية التي تحتوي على عنصر أجنبي).[2]

فقواعد الإسناد هي قواعد تسعى إلى وضع أكثر الحلول ملائمة لحكم العلاقات الخاصة الدولية، وذلك حسب رأي المشرع الوطني، فهي إذن من صنع المشرع الوطني.

ويجب الإشارة في هذا الصدد إلى أن هذه القواعد لا تعطي الحل المباشر للنزاع ذات العنصر الأجنبي وإنما توجه إلى القانون الذي يجب تطبيقه باعتباره أكثر القوانين اتصالا بالعلاقة القانونية.

ومن أهم خصائص قواعد الإسناد[3]:

- أنها قواعد مرشدة فهي لا تعطي الحل النهائي و إنما ترشد فقط إلى القانون الذي يعطي الحل النهائي، فمثلا قد تشير قاعدة الإسناد إلى أن الميراث يخضع لقانون جنسية المورث، فهنا المشرع يرشدنا فقط وليس يعطينا حلا نهائيا.

- قواعد الإسناد قواعد مزدوجة الجانب، فهي قد تشير بتطبيق القانون الوطني كما قد تشير بتطبيق القانون الأجنبي، وهذا ما أدى ببعض الفقهاء في كل من فرنسا و ألمانيا و إيطاليا إلى المناداة بضرورة أن تكون قاعدة الإسناد مفردة الجانب وليس مزدوجة الجانب على أساس أنه إذا كانت قاعدة الإسناد مزدوجة الجانب قد تشير إلى تطبيق القانون الأجنبي، ولا يكون لهذا الأخير أي إرادة للتطبيق.

---

[1]- نقلاعن:لحداد السيد(حفيظة)، الموجز في القانون الدولي الخاص...، مرجع سابق، ص6.

[2]- نقلا عن:بلقاسم (أعراب)، القانون الدولي الخاص الجزائري...، مرجع سابق، ص67.

[3]- عبد العال محمد(عكاشة)، تنازع القوانين...، مرجع سابق، ص ص13-17.

-قاعدة الإسناد قد تشير إلى أن الميراث يخضع لقانون جنسية المورث، فقد يكون قانون القاضي هو المعني كما قد يكون القانون الأجنبي هو المعني، فيستوي أن يكون هو قانون القاضي أو قانون أجنبي، أي أنها قاعدة محايدة.

أما عناصر قاعدة الإسناد فتتمثل أساسا في الفكرة المسندة، ضابط الإسناد وهناك من يضيف إلى عناصر قواعد الإسناد القانون المسند إليه.

من خلال تعريف قواعد الإسناد يمكن أن نتساءل، كيف لمفهوم قواعد الإسناد أن يقع في خلط مع مفهوم النظام العام في القانون الدولي الخاص، هذا ما يتضح من خلال إبراز أوجه الشبه والاختلاف.

ثانيا: أوجه الشبه والاختلاف.

من خلال التطور التاريخي لفكرة النظام العام في القانون الدولي الخاص يتضح أن بعض الفقهاء اعتبرها قاعدة الإسناد احتياطية و البعض الآخر اعتبرها قاعدة إسناد رئيسية.

فالفقيه مانسيني اعتبرها قاعدة إسناد احتياطية وذلك لإيجاد أساس استثنائي من قاعدة امتداد القوانين لتبرير استبعاد القانون الأجنبي أما الفقيه سافيني و الفقيه بيليه فقد اعتبراها قاعدة إسناد رئيسية فجعل الاختصاص أصلا لقانون القاضي أو القانون الإقليمي وحينئذ يشكل النظام العام قاعدة إسناد رئيسية تقضي بتطبيق القانون المحلي باعتباره أمرا الغرض منه حماية الجماعة ويطلق عليه قوانين حماية الجماعة أو قوانين النظام العام التي تشمل كافة الحالات التي يطبق فيها قانون القاضي، و كافة الحالات التي يطبق فيها القانون الإقليمي مثل قوانين الأمن المدني، قوانين نظام الأموال، و القوانين المتعلقة بالأفعال الضارة[1].

أما الفقيه لويس لوكا في فرنسا فكان يرى أن قواعد الإسناد مستوحاة من النظام العام، على اعتبار أن للنظام العام دورا عاديا إذا كانت قواعد الإسناد تمنح الاختصاص

---

[1]- زروتي(الطيب)، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية...، مرجع سابق، ص243؛
Issad(Mohand),Droit international privé,Op.cit, pp194-195 ;Loussouarn(Yvon), De varrielles-Sommières(Pascal), Droit international privé, op.cit, p336.

لقانون فيصبح مصدرا لصيرورة الاختصاص غير العادي إلى اختصاص عادي إذا وجب استبعاد القانون الأجنبي المختص.[1]

فهؤلاء الفقهاء في نظرهم أن النظام العام يلعب نفس دور قاعدة التنازع ولكن هناك نقاط اختلاف تؤكد عكس ذلك و هي:

-إن قاعدة الإسناد الواجبة التطبيق هي القاعدة السارية المفعول وقت نشوء المركز القانوني بينما محتوى النظام العام متغير، فقد يتغير من وقت نشوء الحق إلى وقت رفع الدعوى إلى وقت النطق بالحكم.

-النظام العام يمكن أن يقف في مواجهة القانون الأجنبي وذلك عن طريق استبعاده، بينما قاعدة الإسناد لا يمكن أن تكون كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي.

-إن مفهوم النظام العام مفهوم غير دقيق و لا يمكن حصره، فهو يتميز بالوظيفة التي يقوم بها فيتدخل في جميع الحالات فقد يتدخل في حالة تتعلق بالأحوال الشخصية بالرغم من أن المشرع أسند الأحوال الشخصية إلى قانون الشخص.[2]

- إن تأسيس النظام العام على مبدأ إقليمية القوانين فكرة خاطئة سواء تعلق الأمر بمكان تواجد المال أو مكان وقوع الفعل الضار، إذ يجوز استبعاد القانون الأجنبي المختص استنادا لمخالفته للنظام العام في قانون القاضي.[3]

إن سوء فهم الفقه التقليدي لمضمون المادتين 3 الفقرة الأولى و المادة السادسة من القانون المدني الفرنسي، أدى إلى الخلط بين دور النظام العام في القانون الدولي الخاص و مجال تطبيق قواعد الإسناد، لذلك ابتعد الفقهاء الفرنسيون عن هذا الرأي ورأوا عدم جدوى صياغة قواعد إسناد على هدي أفكار النظام العام في مجال تنازع القوانين، ما دام هناك أسسا أخرى أكثر دقة يتم بموجبها توزيع الاختصاص التشريعي بصفة موضوعية أخرى، مثال على ذلك المنازعات المتعلقة بالعقار تخضع لمكان تواجده وعليه يثبت الاختصاص للقانون الإقليمي أي لقانون القاضي.[4]

---

[1]- زروتي(الطيب)، القانون الدولي الخاص مقارنا بالقوانين العربية...، مرجع سابق، ص ص243-244.

[2]- Issad(Mohand), Le droit international privé, op.cit, 195 .

[3]- زروتي(الطيب)، نفس المرجع، ص244.

[4]- زروتي (الطيب)، نفس المرجع و نفس الموضع.

الفرع الرابع

التمييز بين النظام العام في القانون الدولي الخاص و الغش نحو القانون.

أولا: تعريف الغش نحو القانون.

إذا أشارت قاعدة الإسناد إلى تطبيق قانون الموطن أو قانون الجنسية، فعمد الشخص على تغيير موطنه أو جنسيته بموطن دولة أو جنسية دولة أخرى من أجل التهرب من القانون الذي أشارت إليه قواعد الإسناد، لكي يخضع لقانون دولة أخرى لصالحه، فيجوز للقاضي أن يستبعد هذا القانون، ويطبق القانون الواجب التطبيق، وهذا ما يطلق عليه الغش نحو القانون، أو التحايل نحو القانون.

نظرية الغش نحو القانون هي من صنع الفقهاء و القضاء الفرنسيين، و قد أثير جدل بين فقهاء القانون الدولي الخاص حول الأخذ بنظرية الغش نحو القانون[1]، و نظرية الغش نحو القانون لم تتبلور في قالب نظرية منظمة إلا بعد منتصف القرن التاسع عشر، و ذلك في قضية شهيرة عرضت على القضاء الفرنسي و هي قضية (مدام دي بوفرمون).[2]

وقد عرف بعض الفقهاء الغش نحو القانون بمايلي(هو عبارة عن إتخاد أعمال إرادية حقيقية، عمدا أو غير عمد لإيجاد مركز يتفق و حرفية القانون و لكن يخالف غرضه)، و عرفه آخر بأنه(ينحصر في وسائل يتخذها شخص ليتهرب من حكم القواعد القانونية، الآمرة أو الناهية، التي يخضع لها، بواسطة استخدام قواعد قانونية أخرى يتوقف تطبيقها على إرادته مع الانحراف بها عن معناها الحقيقي).[3]

---

[1]- الفتلاوي حسين(سهيل)، القانون الدولي الخاص، المكتب المصري لتوزيع المطبوعات، القاهرة، 2002 ،ص219.

[2]- تتلخص وقائع هذه القضية في أن أميرة فرنسية تسمى بوفرمون أرادت التطليق من زوجها للزواج بالأمير الروماني ببسكو. و لما كان القانون الفرنسي الذي هو القانون الواجب التطبيق بوصفه قانون الجنسية، والدي منع الطلاق أنذاك، تجنست الأميرة المذكورة بجنسية إحدى الدويلات الألمانية التي يسمح قانونها بالتطليق، فتحصلت عليه فيها وفقا لقانون جنسيتها الجديدة. فتزوجت في برلين الأمير الروماني ببسكو. ثم رجعت إلى فرنسا حيث أقامت معه فيها. رفع الزوج الأول الدعوى أمام القضاء الفرنسي طالبا طلاقها منه، وبالتالي بطلان الزواج المترتب عليه. فقضت محكمة النقض الفرنسية لصالحه. فأبطلت طلاقها الأول و ما ترتب عنه من زواج و استندت في قضائها إلى فكرة الغش نحو القانون؛ بلقاسم(أعراب)، القانون الدولي الخاص الجزائري...، مرجع سابق، ص188.

[3]- نقلا عن: سليمان علي(علي)، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص159.

وعليه يمكن تعريف الغش نحو القانون بأنه قيام أطراف العلاقة بتغيير أحد الضوابط التي يتحدد بمقتضاه القانون الواجب التطبيق بشكل متعمد بقصد التهرب من أحكام القانون الواجب التطبيق أصلا على العلاقة.[1]

ثانيا: أوجه التشابه و الإختلاف.

1- أوجه التشابه.

وظيفة الدفع بالغش نحو القانون هي الدفاع عن قانون القاضي ضد تطبيق قانون أجنبي، لهذا فهو يقترب من الدفع بالنظام العام، و لذلك بعض الفقهاء، ومنهم بارتان و نبوايه، رأو أن الدفع بالغش نحو القانون ليس إلا صورة خاصة من الدفع بالنظام العام.[2]

لذلك يرى هذا الجانب من الفقه أن نظرية الغش نحو القانون لا يرجى منها أية فائدة، لأن إعمال فكرة النظام العام يكفي لاستبعاد القانون الأجنبي، يقول بارتان(أن الغش هو بمثابة المظهر الشخصي لفكرة النظام العام و الذي يظهر في خلق وضعية اجتماعية غير مألوفة عند تطبيق القانون الأجنبي، كما لو كان أجنبيا قبل سنة 1884 قد حصلا على الطلاق، فإن طلاقهما يعترف به في فرنسا، و لكن إذا تعلق الأمر بفرنسين، فإن هذه الوضعية الاجتماعية تبدو غير مألوفة و لا تكون لها أية قيمة، أما المظهر المادي للنظام العام فينحصر في التعارض القائم بين القوانين التي لا تتضمن نفس الاشتراك القانوني.).[3]

ولكن رغم تقاربهما إلا أنه هناك أوجه اختلاف بينهما.

2-أوجه الاختلاف.

-في الدفع بالنظام العام يراد تجنب مضمون القانون الأجنبي الواجب التطبيق أصلا لأن هذا المضمون يتنافر مع وجهة نظر القاضي، و ليس لذوي الشأن أي باعث غير مشروع في اختيار هذا القانون، بينما الدفع بالغش نحو القانون يقوم على اعتبار وجود احتيال ارتكبه ذو الشأن، و هو يهدف إلى استبعاد القانون غير المختص أصلا بحكم العلاقة، أي أن هذا الدفع يستمد أساسه من فكرة الباعث غير المشروع.[4]

---

[1]- بلقاسم(أعراب)، القانون الدولي الخاص الجزائري...، مرجع سابق، ص187.

[2]- سليمان علي(علي)، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص166.

[3]- نقلاعن: فضيل(نادية)، الغش نحو القانون، الطبعة الثانية، دار هومه، الجزائر، 2006، ص ص105-106.

[4]-سليمان علي(علي)، نفس المرجع و نفس الموضع.

- يختلف الدفع بالنظام العام عن الدفع بالغش نحو القانون من حيث الآثار التي تترتب على كليهما، فإعمال النظام العام كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي يترتب عليه استبعاد النص المخالف للنظام العام و إحلال قانون آخر محله، بخلاف الدفع بالغش نحو القانون، فإنه يترتب عليه إبطال التصرف من أساسه، كجزاء على سوء نية الأطراف تطبيقا للقاعدة الشهيرة(الغش يفسد كل شيء).[1]

-استعمال قاعدة الدفع بالنظام العام تنحصر فقط في استبعاد القانون الأجنبي لفائدة قانون القاضي، و هذا بصريح المادة 24 من القانون المدني، أما التمسك بالدفع بالغش نحو القانون فقد يحصل لصالح قانون القاضي أي القانون الجزائري أو لصالح قانون أجنبي معين حيث عبارة نص المادة 24 السابقة في فقرتها الأولى جاءت مطلقة دون تقييد في الجزء المتعلق بقاعدة الدفع بالغش نحو القانون.[2]

إن التمييز بين النظام العام في القانون الدولي الخاص وبعض المفاهيم القريبة منه يسمح لنا بالتقرب أكثر من مفهوم النظام العام في القانون الدولي الخاص، ولكن أشير إلى أنه هناك مفاهيم أخرى قد يقع الخلط بينها وبين النظام العام في القانون الدولي الخاص من بينها النظام العام في القانون الدولي الخاص والنظام العام الدولي، الذي نتطرق إليه في المطلب الموالي.

المطلب الثالث.

أهم خصائص النظام العام في القانون الدولي الخاص.

يتميز النظام العام كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي بمجموعة من الخصائص، اعتنى الفقه المقارن بإبرازها، و وجدت العديد من التطبيقات القضائية التي أبرزتها كذلك، ومن بين أهم هذه الخصائص نسبية النظام العام(**الفرع الأول**)، واعتبار النظام العام نظام

---

[1]- بلمامي(عمر)، الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص...، مرجع سابق، ص108.

[2]- دغيش(أحمد)، حالات استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص بحكم النزاع أمام القضاء الجزائري، الملتقى الدولي حول تطبيق القانون الأجنبي، جامعة الأغواط، الجزائر، أفريل2006/ 2007، ص ص1-28، ص23.

قضائي **(الفرع الثاني)**، وكون أن فكرة النظام العام ترمي إلى حماية المجتمع و الأسس الجوهرية التي يقوم عليها وبالتالي فهو يمتاز بالصفة الوطنية **(الفرع الثالث)**.

الفرع الأول.
نسبية النظام العام

يصعب وضع فكرة النظام العام في قالب معين أو إعطاؤها تعريف محدد ويرجع ذلك لكون أن هذه الفكرة تستوحي مضمونها من مجموعة من الركائز الأساسية من اجتماعية و اقتصادية وسياسية و دينية، والتي تسود كل مجتمع من المجتمعات، ولما كانت هذه الركائز متحركة ومتغيرة من بلد إلى أخر في داخل الدولة الواحدة من وقت إلى أخر بالتالي فهي فكرة نسبية من حيث المكان **(أولا)** ومن حيث الزمان**(ثانيا)**.

أولا: نسبية النظام العام من حيث المكان.

تختلف الدول عن بعضها البعض من حيث الديانة والأفكار المهيمنة وفلسفة الحياة وحتى من حيث النظام الاقتصادي والاجتماعي والأخلاقي، وهذا الاختلاف هو الذي يجعل النظام العام مفهوما متغيرا من دولة إلى أخرى فما يعتبر مخالف للنظام العام في دولة لا يعتبر مخالف للنظام العام في دولة أخرى.[1]

الأمثلة كثيرة ومتعددة بالنسبة لنسبية النظام العام من حيث المكان، ومن أهمها والتي عرفت في السنوات الأخيرة انتشارا ملحوظا وكان لابد من تدخل التشريعات للفصل في المسألة، الزواج الذي يبرم بين شخصين من نفس الجنس، هذا الزواج غير مخالف للنظام العام ومعترف به في كل من هولندا بموجب قانون21 ديسمبر2000 والمتعلق بالقانون الدولي الخاص والذي دخل حيز التنفيذ في 1 أفريل 2001، أتبعه قانون بلجيكا 13 فيفري 2003، ، بعدها كندا بقانون20 جويلية 2005 حيث تؤكد فيه بأن الزواج من

[1]- بلقاسم(أعراب)، القانون الدولي الخاص الجزائري الجزائري...، مرجع سابق، ص173.

الناحية المدنية هو اتحاد قانوني بين شخصين[1]، بينما في سويسرا فلا يعترف بهذه العلاقة على أنها علاقة زواج وإنما هي شراكة مسجلة وذلك إذا تم إبرامها في بلد آخر وهذا ما أشارت إليه المادة 45 من القانون الدولي الخاص السويسري.[2]

أما في فرنسا فيعتبر هذا الزواج منعدم أو ينتج عنه البطلان المطلق، فالزواج بين رجل وامرأة هو من قواعد النظام العام وهذا ما توجهت إليه محكمة النقض الفرنسية عن الغرفة المدنية الأولى في القرار الصادر بتاريخ13مارس 2007[3]، هذه الغرفة نفسها أصدرت قرارين متتابعين بتاريخ 20 فيفري 2007 تحت رقم 221و القرار الثاني بنفس التاريخ تحت رقم 224، والتي أكدت من خلالهما محكمة النقض الفرنسية رفضها للزواج بين شخصين من نفس الجنس. [4]

تعود وقائع القرار الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ13مارس2007إلى تاريخ 25ماي2004عندما أعلن ضابط الحالة المدنية ب(جيرونلد) بلدة صغيرة متواجدة في بوردو في فرنسا عن زواج كل من(ستيفان وبرتران) وهما من جنس ذكر، ولكن وكيل الجمهورية عارض هذا الزواج، وعليه بتاريخ22جوان2004 محكمة بوردو أعلنت بأن زواجهما منعدم أو باطل هذا الحكم تم تأيده من طرف محكمة الاستئناف، بتاريخ19 أفريل 2005 كل من(ستيفان وبرتران) طعنا بالنقض أمام محكمة النقض مركزين على نقطتين أساسيتين و من بين هذين النقطتين، مسألة اختلاف الجنس ليس شرط لانعقاد الزواج في القانون الفرنسي.[5]

---

[1]- Fulchiront(Hugues),Le droit français et les mariages homosexuels étrangers,Recueil Dalloz,Paris, N19,11mai2006,pp1253-1258, p1253.

[2]- L'article 45" Un mariage valablement célébré a l'étranger entre personnes de même sexe est reconnu en Suisse ent tant que partenariat enregistré »Fulchiron(Hugues), ibid, p1255.

[3]- Cassation,Civ, 13 Mars2007, Petites affiches,La loi, Le quotidien juridique, Edition quotidienne des journaux judiciaires associés,Paris, N142, 17Juillet2007,pp19-22,p19,Note : Massip(Jacques).

جاء في القرار مايلي:

« Selon la loi Française, le mariage est l'union d'un homme et d'une femme. Ce principe n'est contredit par aucune des dispositions de la convention européenne de sauvegarde des droit de l'homme et de la charte des droit fondamentaux. ».

[4] -Cassation,Civ, 13 Mars2007, Note : Massip(Jacques), ibid, p20.

[5]- Cassation, Civ, 13 Mars2007, Note : Massip(Jacques), ibid, pp20-21.

حقيقة القانون المدني الفرنسي لم يعرف الزواج ولكن نعلم أن الزواج معروف بأنه بين الرجل والمرأة وذلك منذ أن وجدت الإنسانية، والمشرع الفرنسي إن لم يذكرها صراحة وذلك لأنها تبدو منطقية، كما أن المشرع الفرنسي أشار إلى أن عقد الزواج يكون بين الرجل والمرأة وذلك في المادة75من القانون المدني الفرنسي حيث أشارت إلى أن تبادل الموافقة يكون أمام ضابط الحالة المدنية بين الرجل والمرأة، كما أن المادة16/1من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة1948 تشير إلى أنه اعتبارا من سن الزواج كل من الرجل والمرأة لديهم الحق في الزواج وتكوين أسرة، و هذا ما توجهت إليه الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان في المادة12 وبالتالي لا يمكن التمسك بنص المادة9من ميثاق الحقوق الأساسية للاتحاد الأوروبي، كما لم تخالف نص المادة 8من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان التي تنص على أن لكل إنسان الحق في أن تحترم حياته الخاصة وبالتالي الزواج الذي يقع بين شخصين من نفس الجنس يعتبر مخالف للنظام العام بفرنسا.[1]وهذا ما قد أشار إليه وزير العدل والأختام بفرنسا في إجابته على السؤال الذي طرح عليه بتاريخ9مارس2006 .[2]

كما أن بلجيكا لم تكتفي بالاعتراف بالزواج بين شخصين من نفس الجنس وعدم اعتباره مخالف للنظام العام في بلجيكا، بل أنها ذهبت إلى أبعد من ذلك حيث أنه يستبعد القانون الأجنبي إذا كان لا يسمح بهذا الزواج، ويكفي فقط أن يكون أحد الطرفين لديه الجنسية البلجيكية أو إقامته العادية في بلجيكا حتى يتمكن الطرفين من إبرام هذا الزواج و

[1]- Cassation, Civ, 13 Mars2007, Note : Massip(Jacque) ,op.cit, p21.

[2]- Informations diverses, Mariage homosexuel,Effets en France, Revue critique de droit international privé, Edition Dalloz, Paris, N2, Avril-Juin2006,pp440-441.

جاء في الجواب مايلي:

« Réponse : le garde des sceaux, ministre de la justice, fait connaître a l'honorable parlementaire pour être reconnu en France, le mariage conclu a l'étranger doit être valable tant au regard de la loi du lieu de célébration que de loi personnelle de chacun des futurs époux qui en régit les conditions de font. Le mariage suppose que la loi personnelle de chacun des futurs époux l'autorise. Ainsi au regard de la loi française deux français de même sexe ne pourront valablement se marier a l'étranger, même si la loi du lieu de célébration reconnaît ce mariage dans la mesure ou leur loi personnelle, le prohibe. Il en va de même du mariage d'un français à l'étranger avec une personne étrangère de même sexe… ».

هذا ما أشارت إليه المادة 46 من قانون 16جويلية2004 للقانون الدولي الخاص البلجيكي، وبالتالي يمكن لشخصين فرنسيين يقيمان في بلجيكا إبرام هذا الزواج.[1]

كما أن القانون الإسباني يقر بالزواج بين شخصين من نفس الجنس، ويقر بالزواج بين شخص و شخص أخر قام بتغيير جنسه، وهذا ما جاء به القانون 2005/13 بتاريخ 1 جويلية 2005 المعدل للقانون المدني في المادة 44 منه.[2]

بالتالي يمكن القول بأن الزواج بين طرفين من نفس الجنس حتى وان اعترفت به أغلب الدول في أوروبا ولم تعتبره مخالف للنظام العام، وذلك باسم حقوق الإنسان، إلا أنه الأمر يختلف بالنسبة للتشريعات العربية التي أكيد تعتبر هذا النوع من الزواج مخالف للنظام العام رغم أن هذه التشريعات لم تنص على ذلك صراحة.

فالدين الإسلامي له تأثير كبير قي التشريعات العربية وخاصة في مجال الأحوال الشخصية، فالشريعة الإسلامية تنظر إلى الزواج إلى أنه يكون بين رجل وامرأة ومن بين الآيات القرآنية التي تؤكد ذلك قوله تعالى: (يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُواْ رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُم مِّن نَّفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالاً كَثِيرًا وَنِسَاء وَاتَّقُواْ اللَّهَ الَّذِي تَسَاءلُونَ بِهِ وَالأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا) [3].

كما نجد بالمقابل أن جريمة اللواط من أكبر الجرائم، وهي من الجرائم المفسدة للخلق وللفطرة وللدين بل وللحياة نفسها، وقد عاقب الله عليها بأقصى عقوبة فخسف الأرض بقوم لوط وأمطر عليهم حجارة من سجيل جزاء فعلتهم القدرة.

الجزائر وعلى غرار التشريعات العربية تعتبر هذا الزواج مخالف للنظام العام حتى لو لم ينص المشرع الجزائري على ذلك صراحة، ولكن المشرع الجزائري أشار في قانون الأسرة الجزائري إلى أن عقد الزواج بين رجل وامرأة، كما أن تصديق الجزائر

---

[1]-Fulchiront(Hugues), Le droit Français et les mariages homosexuels étrangers,op.cit, p1254.

[2]-L'article 44 « Le mariage obéit aux memes conditions et produit les meme effets, que les contractants soient de meme sexes ou de sexes différents. » ; La direction générale des registres et du notariat, Ministère de la justice du Royaume d'Espagne, 24 Janvier 2005, Revue critique de droit international privé,Paris, N4, Octobre- Décembre 2005, pp 614-627, p621, Note : Lorenzo(sanchez).

[3]- سورة النساء، الاية 1.

على الميثاق العربي لحقوق الإنسان والمعتمد بتونس في ماي 2004 في المادة 33الفقرة الأولى أشارت إلى ذلك.[1]

مثال آخر بالنسبة لاختلاف النظام العام من مكان إلى أخر هو الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، فهولا يعتبر مخالف للنظام العام مثلا في الجزائر حيث أن المشرع الجزائري أشار إليه في نص المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري.[2]

كما لا يعتبر الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج مخالف للنظام العام في العراق، فالقانون العراقي قد خص الباب الرابع من قانون الأحوال الشخصية رقم 88لسنة 1959المعدل لانحلال عقد الزواج وذلك في ثلاثة فصول من المادة الرابعة والثلاثين إلى المادة السادسة والأربعين و يعلق انحلال الزواج كقاعدة عامة على إرادة الزوج.[3]

يعتبر التشريع الفرنسي الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج كوسيلة لانحلال الرابطة الزوجية مخالف للنظام العام، فلا يتم الطلاق إلا بتراضي الزوجين المشترك حسب نص المادة 228 من القانون المدني الفرنسي، أو بإنهاء الحياة المشتركة حسب نص المادة 296 من القانون المدني الفرنسي، أي الانفصال الجسماني .[4]

---

[1]- المادة1/33: "الأسرة هي الوحدة الطبيعية و الأساسية للمجتمع والزواج بين الرجل والمرأة أساس تكوينها و للرجل والمرأة ابتداء من بلوغ سن الزواج حق التزوج و تكوين أسرة وفق شروط وأركان الزواج، ولا ينعقد الزواج إلا برضا الطرفين رضاء كاملا لا إكراه فيه و ينظم التشريع النافذ حقوق و واجبات الرجل و المرأة عند انعقاد الزواج و خلال قيامه و لدى انحلاله."؛ مرسوم رئاسي رقم 06-62 مؤرخ في 11 فيفري 2006، يتضمن التصديق على الميثاق العربي لحقوق الإنسان، المعتمد بتونس في ماي 2004، الجريدة الرسمية، العدد 8، 15 فيفري 2006.

[2]- المادة 48 تنص "مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه، يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53و 54 من هذا القانون".قانون رقم 84-11 الموافق ل 9 يونيو 1984 يتضمن قانون الأسرة معدل ومتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.الجريدة الرسمية، العدد15، 2005.

[3]- الفضلي(جعفر)، انقضاء الزواج في القانون الدولي الخاص، مجلة الحقوق،تصدرها كلية الحقوق، جامعة الكويت، العدد الأول، السنة 12، مارس1988، ص ص225- 247، ص231.

[4]- **الإنفصال الجسماني أو التفريق الجسماني هو:** نظام لا ينحل به الزواج، وإنما هو نظام ينفصل فيه الزوجان بمقتضى حكم من القضاء، انفصالا مؤقتا، لقيام سبب من أسباب الطلاق، و قد يستأنف الزوجان حياتهما الزوجية بعد الانفصال اذا انقشعت العاصفة التي فرقت بينهما، و قد يطلب إحداهما انقلاب الانفصال إلى طلاق؛ سليمان علي(علي)، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992، ص121.

كما أكد هذا الاتجاه القضاء الفرنسي حيث يستبعد في فرنسا القانون الأجنبي المختص باسم النظام العام بمفهومه المتشدد بصدد القوانين التي تجيز الطلاق بإرادة المنفردة إذا كانت دعوى الطلاق أمام القاضي الفرنسي.[1]

يعتبر زواج المسلمة بغير المسلم مخالف للنظام العام في الجزائر، فهذه القاعدة تعتبر من النظام العام، لكن هذا الحكم يعتبر مخالفا للنظام العام في دولة القاضي غير المسلم على أساس التمييز الديني، فالفقه الفرنسي يرفض تطبيق القوانين الأجنبية التي تعرف موانع للزواج مبنية على تمييز عرفي أوديني لأنها مخالفة للحرية الشخصية ، ومخالفة كذلك لاتفاقية حقوق الإنسان التي تقضي بالمساواة دون تمييز على أساس ديني أو عرقي[2]

كما أن نظام تعدد الزوجات معترف به في التشريع الجزائري وذلك حسب نص المادة 8 من قانون الأسرة الجزائري[3]، شأنه في ذلك شأن كافة الدول الإسلامية، أما المشرع الفرنسي فقد تصدى لهذا الزواج التعددي سواء أبرم العقد داخل التراب الفرنسي أو خارجه، وبالتالي يعد عقدا باطلا كونه مخالف للنظام العام السائد في فرنسا.

الأمثلة المتعلقة باختلاف النظام العام من حيث المكان عديدة ولا يمكن حصرها، والأمثلة التي ذكرت هي على سبيل المثال لا الحصر.

ثانيا :نسبية فكرة النظام العام من حيث الزمان.

كما سبق الإشارة فإن كل مجتمع يقوم على مجموعة من الركائز، هذه الركائز تختلف داخل الدولة الواحدة من وقت إلى آخر و هناك العديد من الأمثلة، و من بينها مثلا في القانون الفرنسي ، كان يحظر الطلاق قبل سنة 1884، و لكن بعد 1884 أصبح

---

[1]- يوسف(فتيحة)، النظام العام والعلاقات الأسرية في القانون الدولي الخاص، مجلة الدراسات القانونية، تصدر عن مخبر القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان،العدد 5، 2008، ص ص211-226، ص220.

[2]- كمال(سمية)، دور النظام العام في علاقات الزواج و الطلاق الدولية،الملتقى الدولي حول تطبيق القانون الأجنبي،جامعة الأغواط،2007، ص ص1-21، ص8.

[3]- المادة 8 الفقرة 1 " يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي و توفرت شروط و نية العدل" .

الطلاق في فرنسا غير مخالف للنظام العام الفرنسي، و بالرغم من ذلك فإن الطلاق الذي يتم لسبب غير تلك الأسباب التي حددها القانون الفرنسي مثل الطلاق بالرضاء المتبادل كان ممنوعا و يعد مخالفا للنظام العام حتى بعد سنة 1884، و لكن بعد صدور قانون 11 يوليو 1975و الذي سمح بالطلاق بالرضى المتبادل للطرفين، لم يعد مخالفا للنظام العام، وهكذا فإن مسألة الطلاق عرفت اختلافا من زمن إلى أخر. كذلك لدينا مسألة إثبات النسب الطبيعي و الذي كان ممنوعا في فرنسا إلى غاية سنة 1912، و اعتبارا من هذا التاريخ سمح في فرنسا بإثبات النسب الطبيعي، وأصبح كل قانون يسمح به غير مخالف للنظام العام .[1]

من المسائل التي عرفت فيها فكرة النظام العام تغير من حيث الزمان، والتي طرحت انشغالات في مختلف التشريعات في السنوات الأخيرة، الاعتراف بالعلاقة الزوجية التي تربط الشخص الذي غير جنسه مع شخص آخر من جنسه الأصلي، فالقانون السويدي بعد سنة 1972 أصبح يعترف بهذه العلاقة، و كذلك القانون الهولندي بعد سنة 1985، و الدنماركي بعد سنة 1989،[2]وهكذا أصبحت هذه التشريعات تعترف بالعلاقة الزوجية التي تربط الشخص الذي غير جنسه مع شخص آخر من جنسه الأصلي، و لم تعد هذه الرابطة الزوجية مخالفة للنظام العام.

عرفت هذه المسألة كذلك اختلافا من حيث الزمان في فرنسا، حيث أن القضاء الفرنسي لم يكن يعترف أصلا بتغيير الجنس و كان يعتبره مخالفا للنظام العام، و ذلك قبل سنة 1992، حيث قررت محكمة النقض الفرنسية أن إثبات الجنس و استقراره مسألة تتعلق بالنظام العام[3]، وبالتالي فإن علاقة الزواج التي تربط شخص غير جنسه مع شخص من جنسه الأصلي تعتبر مخالفة للنظام العام في فرنسا، ويستبعد القانون الأجنبي الذي يقر هذه العلاقة.

---

1 -Loussouarn(Yvon), Bourel(Pierre), De vaeilles-Sommières(Pascal), Droit international privé, op.cit, pp340-342 .

عبد الرحمان جاد(جابر)، القانون الدولي الخاص العربي، مرجع سابق، ص69.

[2]– تشوار(جيلالي)، عولمة القانون و مدى تأثيرها على أحكام الأسرة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية و السياسية، بن عكنون، الجزائر، العدد3، 2008، ص ص89-103، ص97.

[3]– سليمان علي(علي)، تعليق على حكم تغيير الجنس، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية، الجزء 34، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، العدد 4، 1996، ص ص615-622، ص622.

غيرت محكمة النقض الفرنسية رأيها و ذلك بعد سنة 1992، حيث اجتمعت الجمعية العامة لمحكمة النقض للفصل في هذه المسألة نهائيا، وأصدرت حكما في1992/12/18 قالت فيه(. . .إن المادتين 1/8و12من اتفاقية حقوق الإنسان، والمادة9 من القانون المدني وهي تنص على أن لكل إنسان الحق في أن تحترم حياته الخاصة، وكذلك المادة57من هذا القانون، وهي تنص على قيد المولود في سجل الحالة المدنية، كل هذه النصوص يستخلص منها أن للإنسان الحق في تغيير جنسه حتى ينسجم جنسه الظاهر مع جنسه الحقيقي)، ولقد انتقد الفقه في فرنسا هذا الانقلاب ورأوا أن محكمة النقض قد أرادت أن تخضع لرأي المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان.[1]

هكذا وطبقا لهذا الموقف لم يعد هناك أي مانع يحظر زواج الشخص الذي غير جنسه مع شخص من جنسه الأصلي في فرنسا، وهناك من التشريعات التي بدأت تأخذ بهذا الموقف بعد أن كان يعتبر مخالف للنظام العام.[2]

يمكن القول ومن خلال الأمثلة السابقة أن فكرة النظام العام حقا هي فكرة نسبية من حيث المكان والزمان، ويلعب تغير القوانين والمفاهيم السياسية والاجتماعية وحتى الاقتصادية دورا كبيرا في نسبيتها، إلا أنه يجب الإشارة في هذا الصدد إلى أن التشريعات العربية والتي في أغلبها يلعب الإسلام دور كبير في تحديد النظام العام هي أكثر حظا من التشريعات الغربية حيث تعرف فكرة النظام العام نوعا من الثبات في بعض المسائل وليس كلها، وعليه يجب على هذه الدول أن تكون حذرة من تغيير فكرة النظام العام وذلك باسم حقوق الإنسان كما هو الحال مثلا بالنسبة لفكرة الزواج بالمثل والتي موقف الإسلام فيها واضح ولا يتغير لا بتغير الزمان ولا المكان .

---

[1]- سليمان علي(علي)، تعليق على حكم تغيير الجنس، مرجع سابق، ص ص615-616.

[2]- التشريع التركي ومن خلال التقنين رقم 3444 الصادر بتاريخ 4 ماي 1998، أدخل في المادة 29 من القانون المدني نصا يسمح بتغيير محتويات عقد الحالة المدنية في حالة التغيير الجنسي شريطة أن يتم إثبات ذلك بشهادة طبية، و أن التغيير يضحى ممكنا إذا كان المعني بالأمر بالغا أكثر من 18 سنة كاملة، وأعزب وفاقدا بصفة دائمة القدرة على الحمل، والتغيير بالنسبة إليه أمر ضروري للمحافظة على صحته النفسية، تشوار (جيلالي)، عولمة القانون ومدى تأثيرها على أحكام الأسرة، مرجع سابق، ص98.

الفرع الثاني.
النظام العام نظام قضائي.

كما سبق الإشارة فإن النظام العام متغير بتغير الزمان و يتغير أيضا من مكان إلى آخر، وهذا ما يلزم القاضي على تقدير مدى تعارض القانون الأجنبي المختص مع مقتضيات النظام العام في دولته، حالة بحالة و حسب ظروف كل قضية، وبالتالي القاضي يلعب دورا كبير في ضبط فكرة النظام العام(**أولا**)، ولكن القاضي يقدر فكرة النظام العام وقت رفع الدعوى أم وقت الفصل فيها وبالتالي لابد من تحديد وقت التقيد بفكرة النظام العام(**ثانيا**).

أولا: سلطة القاضي في ضبط فكرة النظام العام.

إن للقاضي سلطة تقديرية واسعة في فحص كل حالة على حدى لرؤية ما إذا كان تطبيق القانون الأجنبي يتعارض مع النظام العام من عدمه بالنسبة للمسألة المعروضة.[1]

لكن سلطة القاضي التقديرية لا يعني أبدا ترك الأمر لتقديره الشخصي ولمعتقداته الخاصة، وإنما يتعين على القاضي أن يستلهم المبادئ الجوهرية السائدة في دولته، فلا يجب أن يكون تقدير القاضي وفق مشاعره الخاصة وإنما وفق شعور الجماعة، ولهذا فإن تقدير القاضي يخضع دائما لرقابة المحكمة العليا.فلرقابة المحكمة العليا أو محكمة النقض دور كبير في توحيد الحلول القضائية في شأن المسائل التي تتعلق بالنظام العام،[2]نظرا لكون الدفع بالنظام العام هو في حقيقته تعطيل لإعمال قواعد الإسناد ومن ثم فلا يسمح اللجوء إليها إلا في الأحوال التي تقتضيها المصلحة العليا للمجتمع.

---

[1]- عبد الرحمان جاد(جابر)، القانون الدولي الخاص العربي، مرجع سابق، ص87؛ الهداوي(حسين)، القانون الدولي الخاص...، مرجع سابق، ص187؛ الحداد السيد (حفيظة)،الموجز في القانون الدولي الخاص...، مرجع سابق، ص 195؛ دويدار محمد(طلعت)، القانون الدولي الخاص السعودي، الجنسية، الموطن، مركز الأجانب، تنازع الإختصاص، تنازع القوانين، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997، ص311.

[2]- الحداد السيد (حفيظة)، نفس المرجع و نفس الموضع، أبو السعود(رمضان)، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني،المدخل إلى القانون، القاعدة القانونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2003، ص ص186-187.

رغم إخفاق الفقه في ضبط فكرة النظام العام، إلا أنه وضع لها موجهات عامة يمكن عن طريقها إلقاء الضوء على هذه الفكرة وبالتالي يمكن توجيه القاضي في تحديد فكرة النظام العام. ويلتقي الفقه مهما كانت اتجاهاته في شأن هذه الموجهات، على فكرة أساسية هي ضرورة استبعاد أحكام القانون الأجنبي الذي يتعارض تطبيقه مع الأسس السياسية و الاجتماعية والاقتصادية في الدولة.[1]

القاضي هو مشرع هذه الدائرة المرنة المسماة النظام العام، فهو بصدد فكرة وظيفية غير ثابتة. والتشريعات نفسها التي نصت على الدفع بالنظام العام اكتفت دون أن تتطرق لتحديد المقصود بالنظام العام. فالقاضي هو الذي يقدر مدى تعارض القانون الأجنبي مع النظام العام.[2]

كما أنه ليس من الموضوعية أن يتم استبعاد القانون الأجنبي لمجرد أنه ينظم المسألة بطريقة مغايرة للقانون الوطني ما لم يكن في هذه المغايرة ما يمثل مساسا صارخا بالمبادئ الجوهرية والأساسية في قانون القاضي.

رغم شيوع فكرة النظام العام في العلاقات الخاصة الدولية لدى معظم الدول، إلا أنه لم يتم الاتفاق على قائمة مضبوطة معينة بالحالات التي يطبق فيها النظام العام، و بالتالي القاضي يعتمد على معايير لتحديد فكرة النظام العام، وبطبيعة الحال معايير تقدير فكرة النظام العام في الأنظمة القانونية ذات الأصول الدينية تختلف عنها في الأنظمة القانونية الأخرى.

يجب الإشارة في هذا الصدد بأن إثارة الدفع بالنظام العام لا يكون فقط من طرف قاضي الدعوى، ولكن يمكن إثارته أيضا من طرف الموثق[3] باعتباره قاضي الإرادة، فتأمين المعاملات الشخصية والمالية ذات العنصر الأجنبي وتفعيلها خدمة لتحفيز الاستثمارات الدولية أصبحت من متطلبات الوقت الراهن الذي يعتمد على الرسمية الموثقة لتأكيد وتثبيت المراكز القانونية وتكريس الحقوق الخاصة الدولية. فالموثق أصبح اليوم

---

[1]- الحداد السيد (حفيظة)، الموجز في القانون الدولي الخاص...، مرجع سابق، ص 196.

[2]- عبد العال محمد(عكاشة)، تنازع القوانين...، مرجع سابق، ص594.

[3]- Eric(Kerckhove),Le droit internationale privé du couple, Petites affiches, La loi, Le quotidien juridique, Edition quotidienne des journaux judiciaires associés, Paris, Reconstruire la famille,Un droit commun pour le couple,Numéro spéciale, N254, 20 Decembre2007,pp41-47, p41.

طرفا فعالا في الحياة الاقتصادية والاجتماعية للبلاد بحيث يساهم بقدراته و خبراته في تزويد الأفراد و تنويرهم بالنصائح القانونية الضرورية اللازمة لتصرفاتهم واتفاقاتهم المختلفة و يساعد على نشر الثقافة القانونية بينهم حتى تكون معاملاتهم منسجمة مع القوانين.[1]

فالموثق باعتباره قاضي الإرادة وقاضي عقود الملكية العقارية و ضابط عمومي خولته الدولة جزءا من صلاحياتها لإضفاء الصفة الرسمية على العقود والتصرفات الأخرى مراعيا في ذلك السياسة التشريعية لهذه الدولة ومحافظا على مبادئها الأساسية، وبالتالي يمكن للموثق وهو بصدد تحرير عقد دولي إثارة مسألة النظام العام من خلال رفضه إجراء تصرف أو صياغة تصرف في شكل رسمي.[2]

فالموثق ملزم عند تحرير العقود التأكد من صحتها وهذا ما أشارت إليه المواد 12،15 من قانون تنظيم مهنة الموثق [3]، فمثلا في عقد بيع عقار أو حقوق عقارية في هذه الحالة يتم تطبيق قانون مكان تواجد العقار[4]. فهذا العقد يحرر طبقا لما يتطلبه القانون من شروط موضوعية وشكلية باعتباره مكان تواجد العقار، وبالتالي تقرير فكرة النظام العام من طرف الموثق تكون طبقا لمفهوم النظام العام في القانون الداخلي، سواء كان العقار محل التصرف يدخل في الأحوال الشخصية أو الأحوال العينية، ما عدا الأهلية التي تبقى خاضعة للجنسية.[5]

---

[1]- بليعقوبي (بلخير)، تقدير فكرة النظام العام في العقود الخاصة الدولية في مجال الأحوال الشخصية، مجلة الدراسات القانونية، تصدر عن مخبر القانون الخاص الأساسي، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، العدد 5، السنة 2008، ص ص197-210، ص199.

[2]- بليعقوبي (بلخير)، نفس المرجع، ص200.

[3]- االمادة 12 " يجب على الموثق أن يتأكد من صحة العقود الموثقة" و المادة 15 " لا يجوز للموثق أن يمتنع عن تحرير أي عقد يطلب منه، إلا إذا كان مخالفا للقوانين و الأنظمة المعمول بها ".القانون 02/06، المؤرخ في 20 فبراير 2006 المتضمن مهنة الموثق، الجريدة الرسمية، العدد14 ، الصادرة بتاريخ08مارس2006.

[4]- تنص المادة 18/الفقرة 4 من القانون المدني " غير أنه يسري على العقود المتعلقة بالعقار قانون موقعه " .

أكثر تفصيل:

Bessai(M'hamed Toufik), La loi applicable au contrat international a propos de la reforme de l article 18 du code civil, Revue algérienne des sciences juridiques, économique et politique, Ben aknoun, Alger,N2, 2008 , pp5-25, p6.

[5]- بليعقوبي بلخير، نفس المرجع، ص ص202-204.

يتدخل الموثق كذلك في مسائل الأحوال الشخصية وخاصة في حال إبرام عقود الزواج، خاصة وأن الموثق لديه صلاحية إبرام عقود الزواج، فمن المسائل المتعلقة بالنظام العام في مجال الزواج ، الرضا و الذي يعتبر ركنا أساسيا إذا اختل يبطل الزواج حسب ما ورد في المواد 9،13،33 من قانون الأسرة الجزائري، وبالتالي إذا كان القانون الأجنبي يجيز الزواج الذي يجبر المرأة على الزواج دون رضاها، يكون مخالف للنظام العام الجزائري.

تعتبر كذلك موانع الزواج المؤقتة والمؤبدة من النظام العام الجزائري، فقد أوردت المادة 30 من قانون الأسرة موانع الزواج المؤقتة، والتي تتمثل أساسا في : المحصنة، المعتدة من طلاق أو من وفاة، المطلقة ثلاثا، الجمع بين الأختين أو بين المرأة و عمتها أو خالتها، سواء كانت شقيقة أو لأب أو لأم أو من الرضاع، زواج المسلمة مع غير المسلم.وبالتالي يمنع على المرأة المطلقة أو المتوفى عنها زوجها الزواج حتى تكمل العدة، و على الأجنبية التي ترغب في إبرام عقد زواجها مع جزائري في الجزائر أن تحترم هذه الأحكام حتى و لو كان قانونها الوطني يسمح بزواجها فورا، لأن الأحكام المتعلقة بالموانع تطبق تطبيقا جامعا، نفس الشيء بالنسبة للموانع المؤبدة والتي نص عليها المشرع الجزائري في المواد24،25،26،27 من قانون الأسرة الجزائري[1]، وعليه يجب على الموثق أن يثير الدفع بالنظام العام في مثل هذه الحالات.

من المسائل المتعلقة أيضا بالنظام العام، ويتدخل فيها الموثق، ويثير فكرة النظام العام، ما ورد في نص المادة 7مكررمن قانون الأسرة الجزائري، والتي جاء فيها:

(يجب على طالبي الزواج أن يقدما وثيقة طبية لا يزيد تاريخها عن 3 أشهر تثبت خلوهما من أي مرض أو أي عامل قد يشكل خطرا يتعارض مع الزواج.

يتعين على الموثق أو ضابط الحالة المدنية أن يتأكد قبل تحرير عقد الزواج خضوع الطرفين للفحوصات الطبية و من علمهما بما قد تكشف عنه من أمراض أو عوامل قد تشكل خطرا يتعارض مع الزواج، و يؤشر بذلك في عقد الزواج.

[1] – كمال(سمية)، دور النظام العام في علاقات الزواج و الطلاق الدولية،مرجع سابق، ص ص8-9.

تحدد شروط وكيفيات تطبيق هده المادة عن طريق التنظيم) [1]، فعلى الموثق أن يتأكد من تقديم الأطراف وثيقة طبية.

يتدخل الموثق من أجل إعمال فكرة النظام العام و ذلك في حالة التبني، فالإقرار بالتبني هو محرم في الشريعة وفي قانون الأسرة الجزائري و ذلك حسب ما ورد في نص المادة 46 من قانون الأسرة الجزائري، وبالتالي يعد مخالفا للنظام العام، ورغم ذلك أجازه المشرع الجزائري إذا كان القانون الواجب التطبيق يقر ذلك و هذا ما ورد في التعديل الأخير للقانون المدني الجزائري في نص المادة 13 مكرر 1 (يسري على صحة الكفالة قانون جنسية كل من الكفيل و المكفول وقت إجرائها، و يسري على أثارها قانون جنسية الكفيل.

وتطبق نفس الأحكام على التبني.)، الأمر الذي يمنع الموثق من تحرير عقد تبني إذا كان أحد طرفي العقد مسلما استنادا إلى النظام العام.[2]

بالنسبة لانتقال الحقوق الميراثية و تحديد الورثة وأنصبتهم يمكن للموثق كذلك أن يحرر عقد الفريضة طبقا لقانون جنسية الهالك، فإذا كان الميت مسلما ولا يحمل الجنسية الجزائرية فإن الموثق أثناء تحرير عقد الفريضة لا يأخذ بعين الاعتبار جنسية الأجنبي، ويحرر الفريضة طبقا للقانون الجزائري دون أن يكون في ذلك مخالفة للنظام العام باعتبار قانون الأسرة الجزائري مقتبس من الشريعة الإسلامية التي هي حق مكفول لكل مسلم وطني أم أجنبي.

يمكن القول في الأخير أن القاضي حقيقة لديه سلطة واسعة في تقدير فكرة النظام العام، ولكن هذا لا يعني أبدا أنه يخضع في ذلك لأهوائه و إرادته الشخصية ولكن هناك موجهات يخضع لها .

---

[1]- أن التنظيم الوارد في المادة صدر في مرسوم تنفيدي رقم رقم 06-154 مؤرخ في 11ماي 2006، يحدد شروط و كيفيات تطبيق أحكام المادة 7 مكرر من القانون رقم 84-11، الجريدة الرسمية، العدد31، 2006

[2]- بليعقوبي(بلخير)، تقدير فكرة النظام العام في العقود الخاصة الدولية و في مجال الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص204.

ثانيا: وقت التقييد بفكرة النظام العام.

يتغير مفهوم النظام العام في الزمان داخل نفس الدولة فقد يكون الحق عند نشوئه مخالفا للنظام العام، وعند رفع الدعوى يكون غير مخالف له، فيكون القاضي أمام نظام عام قديم ونظام عام جديد فبأيهما يأخذ القاضي عند فصله في دعوى موضوعها هذا الحق

يجمع الفقه في فرنسا أن النظام العام السائد عند الفصل في النزاع هو الذي ينبغي أن يأخذ به القاضي، حيث يقول كناب (بأن النظام العام لا يكون نظاما عاما إذا كان بالإمكان أن يتواجد في نفس الإقليم وفي نفس الزمان نظامان عامان متناقضان)، ويقول موري (إذا كان الأمر يتعلق بالدفاع عن مفاهيم أساسية للنظام القانوني الوطني فلا يعقل أن يقوم القاضي بذلك بالنسبة للمفاهيم السائدة في قانونه عندما يفصل في النزاع).[1]

استقر القضاء في فرنسا على الأخذ بهذا الحل، فقد قضت محكمة استئناف باريس في قرارها الصادر بتاريخ 2جانفي 1936بأن التبني الذي تم في روسيا بدون التقيد بحدود السن المطلوبة من طرف النظام العام الفرنسي السائد أنداك يرتب أثارا في فرنسا بعد تعديل هذه السن وتغيير مفهوم النظام العام تبعا له، ثم تضيف بأنه من تاريخ هذا التعديل ننظر ما إذا كان التبني يمكن أن يرتب أثارا في فرنسا، وقد عبرت محكمة النقض الفرنسية عن هذا الحل بصراحة في 22 مارس 1944 و عبرت عن ذلك (أن تحديد معنى النظام العام يتوقف إلى حد كبير على الرأي السائد في كل لحظة في فرنسا)،[2]وقد عبرت أيضا المحكمة الدائمة للعدل الدولية عن هذا الحل بنفس العبارات مما دفع ببعض الفقه إلى التساؤل عمن منهما يكون قد تأثر بالأخر، واعتمدت هذا الحل أيضا المحكمة العليا النمساوية في قرارها الصادر بتاريخ10جويلية1963، واعتمدته أيضا محكمة النقض الايطالية في حكمها الصادر بتاريخ21أكتوبر1955[3].

---

[1]- بلقاسم (أعراب)، القانون الدولي الخاص الجزائري...، مرجع سابق، ص 172.

[2]- عبد الرحمان جاد(جابر)، القانون الدولي الخاص العربي، مرجع سابق، الهامش 1، ص88.

[3]- بلقاسم (أعراب)، نفس المرجع، ص ص172-173.

الفرع الثالث.
الصفة الوطنية للنظام العام.

يهدف النظام العام إلى حماية المجتمع الوطني و الأسس الجوهرية التي يقوم عليها المجتمع، ولذلك من غير الصحيح القول بوجود نظام عام داخلي أو نسبي، ونظام عام دولي أو مطلق، فليس هناك نظام عام فوق الدول، و إنما يوجد نظام عام خاص بكل دولة، لهذا تجد أن فكرة النظام العام تختلف من مكان إلى أخركما سبق الإشارة إليه في المطلب السابق.

لا يوجد نظام عام عالمي وإنما هناك من الأنظمة القانونية التي تشترك فيما بينها في مجموعة من المبادئ الجوهرية و الأساسية و التي تعتبر مرتبطة بحقوق الإنسان مثل عدم التمييز بين الأفراد بسبب اللون أو العرق أو المعتقدات، فهذه المبادئ تعتبر جزء لا يتجزأ من النظام العام الداخلي، وبالتالي يمكن القول أن هناك نظام عام سوري، ونظام عام جزائري، ونظام عام لبناني وأردني، فرغم التشابه بين النظام العام لكل دولة عربية مع الدول العربية الأخرى، وذلك بسبب وجود ثقافة مشتركة و دين مشترك وتاريخ مشترك، إلا أنه لا يعني وجود نظام عام مشترك.[1]

حقيقة هناك العديد من القواعد الموضوعية التي تتضمنها معاهدات دولية، كما توجد مجموعة من القواعد الأساسية المشتركة بين الدول وذلك بصفة خاصة في ميدان التجارة الدولية حيث تنتشر الأعراف التجارية الموحدة، هذا ما يدفعنا إلى القول بأن هذه القواعد تعتبر من النظام العام الدولي و يجب إحترامها.[2]

---

[1]- عبد الله(عز الدين)، القانون الدولي الخاص...، مرجع سابق، ص534؛ الهداوي(حسين)، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص186؛

Derrupé(Jean), Droit international privé,13e édition, Edition Dalloz, Paris, 1999, p85.

[2]- إن توقيع عدة دول على المعاهدات يدل على اتفاق هذه الدول على قاعدة معينة، وبالتالي يمكن للمحكم استيحاء قواعد النظام العام الدولي من القواعد الملزمة التي تضمنتها، مثال على ذلك: المعاهدات المتعلقة بمكافحة التجارة غير المشروعة، كما يمكن اعتبار في هذا الصدد أن قرارات الأمم المتحدة و توصياتها وتوصيات المنظمات التابعة لها و القوانين الموحدة الصادرة عنها مصدرا من مصادر النظام العام الدولي، لهذا اعتبر قرار إجراء حصار العراق عند إجتياحه الكويت سنة 1990 ملزم للدول الأعضاء في الأمم المتحدة، و عليه فإن قاعدة تحريم التعامل التجاري مع

لكن القضاء الداخلي يرفض البحث في نظام عام أرفع منه مرتبة و يسمو على القوانين الداخلية لكل دولة، فمثل هدا النظام غير معترف به من طرف أي نظام قانوني.

رفض القضاء الداخلي البحث في نظام أرفع منه مرتبة، يدل و يؤكد على الصفة الوطنية للنظام العام، إلا أن دوره ينكمش في العلاقات ذات العنصر الأجنبي مقارنة بالعلاقات الداخلية.

الصفة الوطنية للنظام العام لا تمنعنا من أن نقرر أن مصطلح النظام الدولي ورد بصفة كبيرة في القرارات التحكيمية،[1] و ذلك يرجع ببساطة إلى أن ليس للمحكمين قانون وطني يستندون إليه في قراراتهم، لذلك يلجؤون إلى النظام العام الدولي لاستبعاد القانون الواجب التطبيق.

فكرة النظام العام هي فكرة نسبية من حيث الزمان و المكان، ويلعب القضاء دور كبير في تحديدها، واختلاف فكرة النظام العام من مكان لأخر يؤكد على أن فكرة النظام العام وطنية، ولا يوجد نظام عام دولي.

العراق تعتبر قاعدة آمرة، وهي تشكل بالنسبة لهم نظام عام دولي، مقراني(عائشة)، مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، فرع عقود و مسؤولية، جامعة بومرداس، 2005 ، ص144.

[1]- هناك قرار تحكيمي صدر بتاريخ 1988، أشار صراحة إلى مصطلح النظام العام الدولي، حيث جاء في القرار التحكيمي بأن العقد المبرم بين شركتي HILMARTON و O.T.V يخالف القانون الجزائري الصادر سنة 1978، الذي يحارب استغلال النفود، و هو هدف يتفق عليه القانون الجزائري مع غالبية القوانين الأوربية، و بالتالي يعد مخالف للنظام العام الدولي، أكثر تفصيل، مقراني(عائشة)، نفس المرجع ، ص147-148، كما تشير أغلب القرارات التحكمية إلى تطبيق القواعد أو المبادئ العالمية المقبولة في القانون الدولي الخاص، في هذا المعنى، زروتي(الطيب)، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن، الجزء الأول، رسالة دكتوراه،بن عكنون، جامعة الجزائر، 1991، ص211.

المبحث الثاني.
تأثير الدين على فكرة النظام العام.

إن تعقيد وصعوبة ضبط فكرة النظام العام ترجع إلى نسبيته وتباينه من مجتمع إلى آخر، ومن زمن إلى أخر حتى في الدولة الواحدة، بل أن تدخل النظام العام يختلف دوره ويشتد ويتواضع باختلاف النظام القانوني لكل دولة، هذا النظام القانوني الذي يتأثر حتما بفكرة الدين، و بالتالي يؤثر الدين في ضبط فكرة النظام العام بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، فتأثير الدين على فكرة النظام العام في الدول العربية (**المطلب الأول**)، يختلف عن تأثير الدين على فكرة النظام العام في الدول الغربية (**المطلب الثاني**)، كما يؤثر تغيير الدين في فكرة النظام العام (**المطلب الثالث**).

المطلب الأول.
تأثير الدين على فكرة النظام العام في الدول العربية.

لا يزال للدين تأثير كبير وأهمية كبيرة في الأنظمة القانونية المختلفة في البلاد العربية، خاصة في مسائل الأحوال الشخصية ، وعليه و نظرا للأهمية الكبيرة التي يلعبها الدين و في أغلب الأحيان الشريعة الإسلامية في البلاد الإسلامية فلابد من التعرف على مفهوم النظام العام الإسلامي (**الفرع الأول**)، ثم اختلاف درجة تأثير الدين في الدول العربية (**الفرع الثاني**).

الفرع الأول.
مفهوم النظام العام الإسلامي.

في الحقيقة لا مجال و لا معنى للكلام عن وجود مخالفة للنظام العام في العلاقات الخاصة الدولية، إلا إذا أمكن تطبيق قانون أجنبي على إقليم الدولة، أي إذا تضمن القانون الوطني قواعد الإسناد لحل مشكلة تنازع القوانين، ثم يمكن لنا التكلم على وجود تعارض مع القانون الأجنبي، وعليه لابد من التعرف عن إمكانية إعمال فكرة النظام العام في الشريعة الإسلامية (**أولا**) ثم تعريف النظام العام الإسلامي (**ثانيا**).

أولا: إمكانية إعمال فكرة النظام العام في الشريعة الإسلامية.

انقسمت الآراء الفقهية في هذه المسألة إلى اتجاهين، اتجاه يؤكد عدم وجود فكرة النظام العام في الشريعة الإسلامية، واتجاه ثاني يؤكد وجود فكرة النظام العام في الشريعة الإسلامية.

1/انعدام فكرة النظام العام في الشريعة الإسلامية.

يرى هذا الاتجاه بأن الفقه الإسلامي قسم العالم إلى قسمين أو دارين، دار الإسلام و دار الحرب، فدار الإسلام هي الدولة الإسلامية، أما دار الحرب هي الدولة الأجنبية. أما فيما يخص الأجنبي فإن الشريعة الإسلامية تفرق بين الذمي و المستأمن فالأول شخص يقيم بصفة دائمة ومستمرة في دار الإسلام، وهو يعتبر كالمواطنين المسلمين يتمتع بنفس الحقوق التي يتمتع بها المسلمون، فهو لا يعتبر أجنبي، أما أهل الذمة هم المسيحيون و اليهود، ويسمون أيضا بأهل الكتاب باعتبارهم من أتباع ديانات منزلة.[1]

أما المستأمنون فهم الأجانب المستفيدين من الحماية في أرض الإسلام، فهم الذين جاؤا من دار الحرب و دخلوا دار الإسلام بمقتضى عقد أمان و ذلك من أجل الإقامة في دار الإسلام و ذلك لمدة محددة قابلة للتجديد، فالشريعة الإسلامية تعترف له بالشخصية القانونية و تمنحه بموجب عقد الأمان كل الحقوق المعترف له بموجبه، و المستأمن يخضع كغيره من المسلمين و الذميين للقانون العام و هو الشريعة الإسلامية و عليه الشريعة الإسلامية تطبق بصفة إقليمية و هذا ما يسمى بمبدأ إقليمية القانون.[2] فالشريعة الإسلامية تطبق في الدول الإسلامية، على جميع المقيمين فيها تطبيقا إقليميا في كل نزاع يرفع إلى القاضي المسلم.

فمن المتفق عليه أن القاضي المسلم يختص بالنظر في النزاع كلما وجدت مصلحة للمسلم بأن كانت الخصومة بين المسلمين أو بين مسلم و غير مسلم، أما إذا كان النزاع بين غير المسلمين فيجوز للخصوم أن يترافعوا إلى القاضي المسلم، ولكن المالكية يرون أن الاختصاص في هذه الحالة يقوم على التخيير، يعني أن للقاضي المسلم الخيار إما أن يقبل هذا الاختصاص أو يرفضه و دليلهم في ذلك قوله تعالى: (سَمَّاعُونَ لِلْكَذِبِ أَكَّالُونَ

---

[1]- السيد(سابق)، فقه السنة، الأجزاء 11،12،13،14، السلم والحرب، المعاملات، الجزء الثالث،الطبعة الأولى، دار الفكر،بيروت، لبنان، 1977، ص ص 64-65؛ أبو زهرة(محمد)، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، بدون تاريخ نشر، ص 258؛ سليمان علي(علي)، مذكرات في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص18.

[2]- السيد(سابق)، نفس المرجع، ص ص96-99، سليمان علي (علي)، نفس المرجع و نفس الموضع.

لِلسُّحْتِ فَإِن جَاؤُوكَ فَاحْكُم بَيْنَهُم أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ وَإِن تُعْرِضْ عَنْهُمْ فَلَن يَضُرُّوكَ شَيْئًا وَإِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ بِالْقِسْطِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِين)، فعند المالكية إذا رفع الخصام أحد الطرفين فقط في هذه الحالة لا يختص القاضي، أما الشافعية فيرون أنه في حالة إذا رفع الخصام أحد الأطراف فقط، فالقاضي يختص و لكن بشرط أن يجبر الطرف الممتنع عن الحضور و ذلك إذا كان النزاع قائما بين ذميين أو ذمي و حربي أو ذمي و مستأمن أو ذمي و معاهد،أما إذا كان النزاع بين حربيين أو معاهدين أو مستأمن أبي أحدهما و الأخر فالقاضي المسلم له الخيار في كل الأحوال إن شاء فصل و إن شاء امتنع أما الحنفية فيرون اختصاص القاضي المسلم في كل الأحوال، إذ يرون أن التخيير السالف قد نسخ بقوله تعالى (فَاحْكُم بَيْنَهُمْ ...)، ولكن استثنوا من الحكم بين غير المسلمين الدعاوى المتعلقة بالأنكحة و أثارها مثل النفقة و النسب و نفي المهر، وكذلك بيع الخمور و الخنزير.[1]

فالقاضي المسلم لا يحكم بغير أحكام الشريعة الإسلامية، فالإسلام جاء رحمة للعالمين كافة و هو من الله سبحانه وتعالى و بشر به النبي محمد صلى الله عليه و سلم و يبقى إلى يوم القيامة لأن الله قد تكفل بهذا البقاء.[2]

ورد في القران الكريم آيات تفيد تطبيق أحكام القرآن الكريم على الجميع، المسلمين وغير المسلمين، لأن القرآن الكريم و أحكامه هي رحمة من الله تعالى، ومن بين هذه الآيات، الآيات الواردة في سورة المائدة، فيقول سبحانه وتعالى(سَمَّاعُونَ لِلْكَذِبِ أَكَّالُونَ

---

[1]- جمال الدين (صلاح الدين)، فكرة النظام العام في العلاقات الخاصة الدولية بين القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004، ص14.

روي عن أبي يوسف أنه قال: إذا بلغ الحاكم أن ذميين يعيشان في نكاح فاسد يفرق بينهما، لقوله تعالى " و أن احكم بينهم بما أنزل الله و لا تتبع أهواءهم " و لأن الشريعة عامة تلزم أحكامها من يستظلون بظل الإسلام، ولأن لهم ما لنا، وعليهم ما علينا، و لأن عمر رضي الله عنه كتب إلى عماله: " أن فرقوا بين المجوس و محارمهم "، أبو زهرة (محمد)، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 260.

[2]- عرموش عبد الكريم حافظ(ممدوح)، القانون الدولي الخاص والمقارن...، مرجع سابق، ص26.

للسُّحْتِ فَإِن جَاؤُوكَ فَاحْكُم بَيْنَهُم أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ وَإِن تُعْرِضْ عَنْهُمْ فَلَن يَضُرُّوكَ شَيْئًا وَإِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ بِالْقِسْطِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِين)[1].

و قوله سبحانه و تعالى من سورة المائدة: (وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالأَنفَ بِالأَنفِ وَالأُذُنَ بِالأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ فَمَن تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَّهُ وَمَن لَّمْ يَحْكُم بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ)[2].

أخذت الشريعة الإسلامية بمبدأ الإقليمية ، ولكن هذا لا يمنع من كون أن الشريعة الإسلامية قد أخذت بمبدأ شخصية القوانين، فلقد أباحت لغير المسلمين إذا وقع نزاع بينهم أن يحتكموا إلى حكم من ملتهم فيما يتعلق بمسائل المعتقدات و العبادات و بعض المعاملات.

واضح بأنه وفقا لهذا الاتجاه، أن الشريعة الإسلامية لم تستخدم أسلوب قواعد الإسناد، فالقاضي المسلم ملزم بأن ينظر في الدعاوى التي ترفع إليه بغض النظر عن ديانة الأطراف و جنسيتهم أي سواء كانوا مسلمين أم ذميين أم حربيين و كذلك بغض النظر عن موضوع الدعوى.

فكون أن الشريعة الإسلامية لم تستخدم أسلوب قواعد الإسناد، يعني عدم إمكانية تطبيق القانون الأجنبي و بالتالي لا مجال لإعمال فكرة النظام العام في الشريعة الإسلامية وفق هذا الاتجاه.

2/وجود فكرة النظام العام في الشريعة الإسلامية.

لم يلقى الاتجاه السابق تجاوبا من طرف بعض الفقهاء، والذين يرون عكس ذلك، إذ يرون إمكانية تطبيق النظام العام في الشريعة الإسلامية، ويستندون في ذلك، إلى وجهة نظر الإمام أبو حنيفة، إذ يرى أنه إذا رفع إلى القاضي المسلم دعوى من طرف مدع غير مسلم فإنه يختص بنظر الدعوى إلا أنه لا يطبق أحكام الشريعة الإسلامية، بل يطبق أحكام ديانة الطرفين، أما من جهة أخرى فإن بعض الفقهاء يؤكدون أن يكون الحكم

---

[1]- سورة المائدة، الاية 42.

[2]- سورة المائدة، الاية، 45.

بالعدل و ليس الحكم بالشريعة الإسلامية، فالعدل يتطلب الحكم بين غير المسلمين بما اعتادوا عليه من القوانين و الأحكام و العادات.[1]

ورد في القران الكريم آيات تبرهن أن الحكم يكون بالعدل ومن بينها قوله سبحانه و تعالى في سورة المائدة يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ كُونُواْ قَوَّامِينَ لِلَّهِ شُهَدَاء بِالْقِسْطِ وَلاَ يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَآنُ قَوْمٍ عَلَى أَلاَّ تَعْدِلُواْ اعْدِلُواْ هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى وَاتَّقُواْ اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ خَبِيرٌ بِمَا تَعْمَلُونَ "[2].

نستنتج من خلال هذه الحجج التي اعتمد عليها أصحاب هذا الاتجاه، وجود قواعد إسناد تسمح بتطبيق القانون الأجنبي و تستبعد قانون القاضي، أي استبعاد الشريعة الإسلامية، و بالتالي إمكانية وقوع تعارض بين القانون الأجنبي و أحكام الشريعة الإسلامية و بالتالي إعمال فكرة النظام العام في الشريعة الإسلامية.

ثانيا: تعريف النظام العام الإسلامي.

يميز الفقهاء المسلمين بين نوعين من القواعد[3]، النوع الأول القواعد الأساسية أو الجوهرية و الإلزامية في الشريعة الإسلامية، أما النوع الثاني من القواعد هي القواعد المسماة بالأحكام السياسية أو الأحكام الاختيارية، فالقواعد الأساسية أو الجوهرية للشريعة الإسلامية تتميز بكونها ثابتة و دائمة لا تتغير لا بتغير الزمان و لا بتغير المكان، فهي تعتبر بمثابة التشريع العام لكل الناس، الهدف منها هو تحصيل المصالح و دفع المفاسد، جاء بها نص صريح قطعي الثبوت و قطعي الدلالة، مصدرها إما نص القرآن أو سنة متواترة أو إجماع الأمة، فهذه القواعد تعتبر من النظام العام في الشريعة الإسلامية و لا يجوز مخالفتها.

---

[1]- جمال الدين (صلاح الدين)، تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ص ص 109-110؛ أبو زهرة(محمد)، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص259.

[2]- سورة المائدة، الآية رقم8.

[3]- عبد العال محمد (عكاشة)، تنازع القوانين...، مرجع سابق، ص563؛ أبو السعود(رمضان)، شرح قانون الأسرة لغير المسلمين، ، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2002، ص157.

أما النوع الثاني من القواعد، هي القواعد المسماة بالقواعد السياسية فهي تتميز بأنها مرنة غير ثابتة و لا جامدة، فهي تتغير بتغير الزمان و المكان، بل تتغير حتى بتغير الأشخاص، فهذه القواعد غير مرتبطة بأحكام أساسية جوهرية في الشريعة الإسلامية، و بالتالي هذه القواعد ليست من النظام العام .

فإذا كانت الشريعة الإسلامية تعطي لغير المسلمين المقيمين في بلد إسلامي امتيازات خاصة حيث تسمح لهم بتطبيق شرائعهم في بعض المسائل، فهذا لا يعني المساس بالقواعد الأساسية و التي تتصف بأنها إلزامية، فهذه القواعد كما سبق الإشارة تتعلق بالنظام العام، فهي تمس كيان المجتمع.

فكلما تعارض القانون الأجنبي مع قواعد أساسية جوهرية في الشريعة الإسلامية فلابد من استبعاده، فيستبعد تطبيق القانون الأجنبي الذي يسمح بزواج المسلمة من غير المسلم، و كذلك القانون الأجنبي الذي يسمح للمسيحي بإرث المسلم أو الذي يمنع الطلاق بالإرادة المنفردة.

يجب الإشارة فيما يخص القواعد منها ما يطبق على المسلمين فقط، ومنها ما يطبق على المسلمين وغير المسلمين، فمن القواعد التي تطبق على المسلمين فقط مثلا إباحة تعدد الزوجات و الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج فهي تطبق على المسلم و لو كان أجنبيا، و لا تطبق على الأجنبي غير المسلم، فمثلا يتم استبعاد القانون الفرنسي لمخالفته النظام العام، لأنه يمنع الطلاق بالإرادة المنفردة بالنسبة لفرنسي مسلم، أما القواعد التي تطبق على المسلم و غير المسلم مثلا حرمة زواج المسلمة من غير المسلم.

يرى جانب من الفقه أن النظام العام الإسلامي نوعان:

النوع الأول: ثابت لا يتغير، أحكامه لا تتغير لا بتغير الزمان و لا بتغير المكان، فهو يستمد خلوده من دليله و كونه قطعي الثبوت و الدلالة.

النوع الثاني: هو متطور و متغير، يتطور بتطور الزمان و يتغير بتغير المكان، و حتى بتغير الأشخاص، ولكنه يكون دائما مقيد بالمبادئ الكلية و النصوص القطعية و ليس له أن يخالف النوع الأول.

يبرر أصحاب هدا الرأي رأيهم بأن كل حكم دل عليه دليل شرعي قطعي الدلالة هو حكم ثابت لا يمكن مخالفته أو الخروج عليه و كل قانون آخر يخالفه يجب استبعاده، لكن

الذي لا شك فيه أيضا أن النظام الإسلامي يعرف مفهوما آخر للنظام العام يكون الحكم ذاته و ليس دليله هو المتعلق بالنظام العام، وهذا لنوع من النظام العام يتماثل مع فكرة النظام العام بمعناها الوضعي، فتكون له صفة النسبية و يتباين دوره من حالة لأخرى و من وقت لأخر، و يكون له معنى وظيفي و يقوم على صناعته و خلقه إما ولي الأمر أي الحاكم أو من يفوضه في ذلك كالقاضي مثلا و النظام العام المقصود هنا هو ذلك الذي تفضي إليه السياسة الشرعية[1].

ثالثا: خصائص النظام العام الإسلامي.

أكيد أن فكرة النظام العام الإسلامي تتميز بمجموعة من الخصائص قد تتوافق و قد لاتتوافق مع فكرة النظام العام في القانون الوضعي و من أهمها[2]:

1-النظام العام فكرة ثابتة: إن فكرة النظام العام في القانون الدولي الخاص، تتميز بكونها نسبية فهي تتغير بتغير الزمان و تتغير بتغير المكان، فما يعتبر مخالف للنظام العام في دولة قد لا يعتبر مخالف للنظام العام في دولة أخرى، وما يعتبر مخالف للنظام العام في زمن قد يعتبر غير مخالف للنظام العام في زمن أخر.

يختلف الأمر بالنسبة لفكرة النظام العام الإسلامي، فكما سبق الإشارة من قبل فإن كل حكم نص عليه نص صريح قطعي الثبوت وقطعي الدلالة فهو من النظام العام و لا تجوز مخالفته، حيث أن كل نص قطعي الثبوت و الدلالة لا يوجد فيه مجال للاجتهاد فهو ثابت، لا يتغير بتغير الزمان و لا يتغير بتغير المكان.

2-النظام العام فكرة آنية: إن فكرة النظام العام في القانون الدولي الخاص تتميز بكونها آنية يعني أنه يأخذ القاضي في تقديره لفكرة لمقتضيات النظام العام بلحظة الفصل في الدعوى، و ليس بلحظة اكتساب الحق، فقد يكون الحق عند نشوه مخالف للنظام العام و لكن عند الفصل في الدعوى لا يكون مخالف للنظام العام.

---

[1]- عبد العال محمد(عكاشة)، تنازع القوانين...، مرجع سابق، ص564.

[2]- جمال الدين(صلاح الدين)، فكرة النظام العام في العلاقات الخاصة الدولية بين القوانين الوضعية و الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص ص26-31.

تنطبق هذه الصفة على فكرة النظام العام في الشريعة الإسلامية، فمن المقرر لدى جمهور الفقهاء المسلمين أنه إذا اكتسب حق طبقا لقانون أو تشريع أجنبي، و كان في نشؤ هذا الحق ما يخالف النظام العام الإسلامي، ولكن هذه المخالفة تزول في حال رفع الدعوى إلى القاضي في دار الإسلام، أو وقت اعتناق غير المسلم للإسلام، فإن هذا لا يمنع من الاعتراف بهذا الحق و إقراره.

3-فكرة النظام العام محددة مسبقا: تتحدد مقتضيات النظام العام وقت الفصل في الدعوى في القوانين الوضعية، فلا يمكن تحديد مسبقا ما هو مخالف للنظام العام، أما في الشريعة الإسلامية فإن القواعد التي ينص عليها نص صريح قطعي الدلالة فهي محددة مسبقا، فيفترض في المكلف عالم بها مسبقا وملزم بتطبيقها كما دل عليها دليلها.

هذا هو مفهوم النظام العام في الشريعة الإسلامية، والتي لها تأثير كبير في الدول الإسلامية أو التشريعات العربية، فلو نظرنا إلى الدول العربية بشكل عام لوجدنا أن العقيدة الإسلامية متصلة بالنظامين القانوني و الاجتماعي فيها، و أن المشاعر العامة تتأذى في حال مخالفتها، ويظهر هذا الارتباط بشكل كبير في مسائل الأحوال الشخصية و ذلك لارتباطها بعقيدة الفرد، كالزواج والميراث و التبني و البنوة، و لكن تختلف درجة تأثير الدين الإسلامي بالنسبة للدول أو التشريعات العربية و ذلك من بلاد إلى أو من تشريع إلى أخر.

الفرع الثاني.

اختلاف درجة تأثير الدين في الدول العربية.

إذا رجعنا إلى التشريع و القضاء الجزائري، نجد أنه تأثر بالشريعة الإسلامية وذلك خاصة في الأحوال الشخصية، فنظام الأحوال الشخصية نظام موحد في الجزائر، حيث لا يوجد إلا تشريع وحيد للأحوال الشخصية و هو قانون الأسرة، فقد نص في المادة 221 من قانون الأسرة ضمن الأحكام الختامية لهذا القانون، على أن يطبق هذا القانون على كل المواطنين الجزائريين و على غيرهم من المقيمين بالجزائر مع مراعاة الأحكام الواردة في القانون المدني، كما نصت المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري على الرجوع إلى

أحكام الشريعة الإسلامية فيما لم يرد بشأنه نص في هذا القانون، فتطبيق قانون الأسرة من النظام العام في الجزائر.[1]

يظهر تأثير الشريعة الإسلامية في النظام العام و ذلك من خلال مثلا نص المادة 30 من قانون الأسرة حيث أنه لا يجوز زواج المسلمة بغير المسلم، ويخضع زواج الجزائريين و الجزائريات بالأجانب من الجنسين إلى إجراءات تنظيمية، كما أن زواج الجزائرية بأجنبي في الجزائر أو لدى الهيئات الدبلوماسية الجزائرية المعتمدة في الخارج لا يجوز إبرامه إلا بعد التحقق من توافر شرط الإسلام في طالب الزواج الأجنبي الذي يرغب في الزواج من جزائرية، ولا يسمح بإبرام عقد زواج أجنبي في الجزائر إلا بعد الحصول على ترخيص تسلمه المصالح المختصة بشؤون الأجانب بعد التأكد من إسلام طالب الزواج الأجنبي بالجزائرية وهذا ما تقضي به التعليمة الوزارية المشتركة بين وزير الداخلية ووزير العدل المؤرخة في 1967/01/12، أما إذا أبرم عقد زواج جزائرية بأجنبي في الخارج حسب الشكل المحلي في بلد الإبرام، وكان هذا القانون لا يقرر هذا المنع فيكون الزواج حينئذ صحيحا في نظر القانون الأجنبي و باطلا وفقا للقانون الجزائري، وأساس هذا البطلان هو مخالفة الشروط الموضوعية المقررة في القانون الجزائري ومن ضمنها القاعدة المستمدة من الشريعة الإسلامية القاضية بعدم جواز زواج المسلمة بغير المسلم[2]. فتحرير مثل هذا العقد و تسجيله من قبل موظف جزائري يعتبر عملا مخالفا للنظام العام في بلادنا و من شأنه تحليل ما حرم الله وما حرم القانون، ويحتمل أن يتعرض الموظف الذي حرره و سجله رغم علمه ببطلانه إلى إجراءات تأديبية.[3]

---

[1]- المادة 221 " يطبق هذا القانون على كل المواطنين الجزائريين و على غيرهم من المقيمين بالجزائر" و المادة 222 "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية ".

[2]- زروتي (الطيب)،أثر اختلاف ديانة الزوجين أو جنسيتهما في الزواج المختلط، تعليق على فتوى شرعية للمجلس الإسلامي الأعلى، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية والسياسية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، الجزائر، العدد 4، 1993، ص ص899-948، ص ص933-934 .

[3]- سعد(عبدالعزيز)، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، طبعة ثالثة، مدعمة بالإجتهادات القضائية، دار هومه، الجزائر، 1996، ص108.

تأثير الدين الإسلامي على فكرة النظام العام في الجزائر، يظهر من خلال مسألة الحضانة أيضا، فنجد المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري تنص:(الحضانة هي رعاية الولد و تعليمه و القيام بتربيته على دين أبيه و السهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا.)، وعليه طبقا لهذا النص في حالة الزواج بين جزائري مسلم و أجنبية غير مسلمة ثم حصل الطلاق بينهما، فإنه يسقط حق الأم في الحضانة، و لو كانت هي الأولى بالحضانة عن غيرها، ويستوي في ذلك أن بقيت بعد الزواج في الجزائر أو أنها رجعت إلى بلدها الأصلي، و السبب في سقوط الحق في الحضانة هو عقيدة الأم الدينية المختلفة عن عقيدة الأب، و إن مثل هذا الحكم لا تقره النظم القانونية الغربية التي لا تأخذ بالحالة الدينية للشخص.[1]

طبق القضاء الجزائري فكرة النظام العام في مسألة الحضانة، وذلك في قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 1989/01/02 والذي جاء فيه:(من المقرر قضاءا في مسألة الحضانة أنه وفي حالة وجود أحد الأبوين في دولة أجنبية غير مسلمة، وتخاصما على الأولاد بالجزائر، فإن من يوجد بها يكون أحق بهم و لو كانت الأم غير مسلمة، ومن المقرر قانونا أن الأحكام و القرارات الصادرة من الجهات القضائية الأجنبية التي تصطدم وتخالف النظام العام الجزائري لا يجوز تنفيذها، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون غير مبرر يستوجب رفضه.

لما كان من الثابت في قضية الحال أن الطاعنة طالبت إعطاء الصيغة التنفيذية للحكم و القرار الأجنبيين اللذان اسندا حضانة البنتين إلى أمهما، فإن قضاة الاستئناف بتأييدهم الحكم المستأنف لديهم القاضي برفض طلب الطاعنة الرامي إلى وضع الصيغة التنفيذية للحكم و القرار الأجنبيين لكون بقاء البنتين بفرنسا يغير من اعتقادهما و يبعدهما عن دينهما و عادات قومهما، فضلا عن أن الأب له الحق للرقابة و بعدهما عنه يحرمه من هذا الحق، فإنهم بقضائهم طبقوا صحيح القانون.

ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن.) .[2]

---

[1]- زروتي(الطيب)، أثر اختلاف ديانة الزوجين أو جنسيتهما المختلفة في الزواج المختلط...، مرجع سابق، ص931.

[2]- قرار بتاريخ 1989/01/02، ملف رقم 52207، قضية (ف م) ضد (ص ع)، المجلة القضائية، العدد4، 1990، ص ص74-76.

صدر كذلك عن القضاء الجزائري ودائما في مسألة الحضانة، قرار عن المحكمة العليا و الذي جاء فيه:(حيث قضاة الموضوع بإعطائهم حضانة الأولاد إلى الأم التي تسكن عند أهلها في فرنسا يكونون قد أخطأوا في تطبيق القانون و ابتعدوا عن مقاصد الشريعة الإسلامية من إسناد الحضانة). [1]، واضح من القرارين السابقين، أنه أسندت الحضانة للأب و ليس للأم التي تسكن في بلد أجنبي غير مسلم، لأن نص المادة 62 من قانون الأسرة تنص على أن يربى الولد على دين أبيه، و عليه إثارة فكرة النظام العام في مسألة الحضانة مرتبط بالدين في التشريع الجزائري.

مثال أخر بالنسبة للنسب، من خلال قانون الأسرة الجزائري المادة 1/40:(يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو البينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد32و 33و34 من هذا القانون.) والمادة 41:(ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا و أمكن الاتصال و لم ينفه بالطرق المشروعة).

إثبات النسب لابد أن لا يكون مخالف لأحكام قانون الأسرة الجزائري المستمد من الشريعة الإسلامية، و هذا ما توجه إليه القضاء الجزائري من خلال القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1991/04/23، و الذي جاء في إحدى حيثياته:(و حيث أن القرار المطعون فيه ناقش في إطار السلطة التقديرية المخولة له قانونا واقعة الزواج المزعوم من الزوج قبل ولادة البنتين.

هذا الزواج الذي تنكره المطعون ضدها و قد ثبت القرار في حيثياته أن البنتين ولدتا خارج أية علاقة قانونية بين الطرفين و قبل زواجهما، وأن الاعتراف بتثبيت نسبهما للأب في ظل القانون الفرنسي يخالف النظام العام بالجزائر لأنه لا يتماشى و أحكام الشريعة الإسلامية التي لا تقر النسب إلا بالزواج طبقا لأحكامه السمحاء). [2]

يتضح من خلال هذا القرار تأثير الدين الإسلامي في تحديد فكرة النظام العام، و استعمالها لاستبعاد القانون الأجنبي، ومادامت الأم الفرنسية قد نفت وقوع الزواج، أي أن

---

[1]- قرار بتاريخ 1990/02/19، ملف رقم 59013، المجلة القضائية، العدد4، 1991، ص ص117-120.

[2]- نقلا عن: عليوش(كمال قربوع)، القانون الدولي الخاص الجزائري...، مرجع سابق، ص ص169-170.

البنتين ولدتا خارج الزواج، فتنسب لأمهما، وبالتالي فإن تثبيت نسبهما للأب في ظل القانون الفرنسي، يخالف النظام العام بالجزائر.[1]

يظهر تأثير الدين الإسلامي على فكرة النظام العام في الجزائر وذلك من خلال مسألة اكتساب الجنسية الجزائرية، حيث يمكن اكتساب الجنسية الجزائرية بالزواج من جزائري أو جزائرية [2]، ولكن الجنسية الجزائرية المكتسبة بسبب زواج أجنبي غير مسلم بجزائرية في الخارج، يجب على القضاء أن لا يعتد بهذه الجنسية المكتسبة، و لا يمكن اعتبارها ضابط إسناد لتحديد القانون المطبق كونها تخالف النظام العام الشرعي في الجزائر.[3]

يظهر تأثير الدين على فكرة النظام العام في مسألة الميراث أيضا، حيث نجد أن المشرع الجزائري ، قد نص في المادة 16الفقرة 1 من القانون المدني الجزائري:(يسري على الميراث و الوصية وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت قانون جنسية الهالك أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته.)

يمكن استبعاد القانون الأجنبي المختص باسم النظام العام في مسألة الميراث، فإذا كان المورث الأجنبي مسلما و الورثة سواء كانوا وطنيين أو أجانب مسلمين أيضا، و لكن قواعد الميراث في القانون الأجنبي المختص تختلف مع أحكام الميراث في قانون القاضي المستمد من الشريعة الإسلامية، في هذه الحالة يستبعد القانون الأجنبي لمخالفته للنظام العام الذي يقوم على فكرة من الإسلام في دول دينها الإسلام و المفروض أن يتقيد فيها المسلمون بقواعد الميراث الإسلامي[4].استبعاد القانون الأجنبي كلما كان المورث مسلما يجعل في الحقيقة من الصفة الإسلامية في شخص المورث ضابطا للإسناد مما يهدم قاعدة

---

[1]- عليوش(كمال قربوع)، القانون الدولي الخاص الجزائري...، مرجع سابق، ص172

[2]- تنص المادة 9 مكرر من قانون الجنسية الجزائري " يمكن اكتساب الجنسية الجزائرية بالزواج من جزائري أو جزائرية بموجب مرسوم متى توافرت الشروط الاتية..." الأمر رقم 70-86 بتاريخ 15 ديسمبر 1970، قانون الجنسية الجزائرية، معدل و متمم بالأمر 05-01 المؤرخ في 27 فبراير 2005، الجريدة الرسمية، العدد43، السنة2005.

[3]- بليعقوبي(بلخير)، تقدير فكرة النظام العام في العقود الخاصة وفي مجال الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص206.

[4] - زروتي(الطيب)، أثر اختلاف ديانة الزوجين أو جنسيتهما في الزواج المختلط...، مرجع سابق، ص906.

الإسناد الواردة في المادة 16 من القانون المدني الجزائري و التي تخضع الميراث لقانون جنسية المتوفى وقت الوفاة.[1]

تأثير الشريعة الإسلامية في فكرة النظام العام الجزائري، ظهرت كذلك من خلال ما توجه إليه القضاء الجزائري، وذلك في قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1990/10/17، وتتلخص وقائع القرار فيما يأتي:

زوجا مسلما من أصل جزائري أجرى وصية رسمية لصالح زوجته المسلمة ومن أصل جزائري أيضا بتاريخ 1952/10/10، بكامل تركته ثم توفي سنة 1956، أي قبل استقلال الجزائر، و بعد الاستقلال نازع الورثة في صحة الوصية و نفادها متمسكين ببطلانها لمخالفتها لأحكام قانون الأسرة المستمد من الشريعة الإسلامية و لاسيما المادة 189 منه التي تنص على بطلان الوصية لوارث، لكن محكمة الدرجة الأولى قضت بصحة الوصية و تأيد حكمها على مستوى الاستئناف بقرار أصدره مجلس قضاء بجاية بتاريخ 1987/02/14، فطعن الورثة في هذا القرار بالنقض أمام المحكمة العليا، فأصدرت قرارها بتاريخ 1990/10/17، و لقد جاء في الحيثية الأخيرة منه مايلي (حيث أنه من هذا النص تبين أن القانون الذي يطبق على الوصية هو قانون الهالك أي قانون الموصي، و أن قانون الموصي في سنة 1952 ليس هو القانون الفرنسي كما ذهب إلى ذلك القرار المطعون فيه بل هو قانون الجزائريين و هو قانون وقواعد الشريعة الإسلامية لا القانون الفرنسي، وعليه فإن هذين الوجهين مؤسسين و يتعين معهما نقض القرار)[2].

الدفع بالنظام العام في هذه القضية كان الوسيلة الفعالة لاستبعاد القانون الفرنسي المختص، ورغم عدم إثارته من الأطراف إلا أن المحكمة العليا لها أن تثيره من تلقاء نفسها و ذلك لاعتبارات مختلفة، والتي تتمثل أساسا في أن نظام الأحوال الشخصية للأهالي خلال الاستعمار الفرنسي، مستمد من الشريعة الإسلامية و بعد الاستقلال تأكد أكثر من خلال قانون الأسرة الجزائري المستمدة أغلب أحكامه من الشريعة الإسلامية، كذلك الخيار الذي منح للأهالي بتطبيق القانون المدني الفرنسي، يعتبر مخالف للقيم العليا للمجتمع الجزائري و التي تعتبر الشريعة الإسلامية أحد أهم ركائزه و ذلك بعد الاستقلال،

---

[1] – بلقاسم(أعراب)، القانون الدولي الخاص الجزائري...، مرجع سابق، ص274.

[2] – قرار مؤرخ بتاريخ1990/10/17،صادرعن المحكمة العليا، المجلة القضائية، السنة 1991، ص79و ما بعدها.

فقواعد المجراث في التشريع الجزائري تعتبر قواعد آمرة و مصدرها الشريعة الإسلامية و بالتالي لابد أن تكون وفق وفي الحدود التي تقرها الشريعة الإسلامية، و إلا اعتبرت مخالفة للنظام العام في الجزائر[1].

واضح جدا من خلال هذا القرار و من الأمثلة السابقة، أن المشرع الجزائري و القضاء الجزائري، قد تأثر النظام العام فيه بفكرة الدين و الذي يتمثل في الشريعة الإسلامية، وبالتالي قد حدا حذو أغلب التشريعات العربية التي لعب فيها الدين الإسلامي دور كبير خاصة في مسائل الأحوال الشخصية.

نستثني من التشريعات العربية بعض التشريعات من بينها التشريع اللبناني، حيث أن الأمر يختلف في لبنان، فهو بلد تتعدد فيه الشرائع، إلا أن الدولة لا تعتمد دينا معينا و لا ترجح دين على أخر، فهناك تساوي بين الأديان والطوائف، فطرح النظام العام فيه يكون بصورة بسيطة، فلا يوجد قانون ديني أو مدني لا يجد تطبيقا له في نظام ديني أو طائفي داخل الدولة [2]، فبالنسبة لدولة كلبنان حيث تتعدد الطوائف وتتباين الأنظمة القانونية الخاصة بكل طائفة، يبدو النظام العام شديد التسامح إذا ما قورن بغيره في مواجهة القوانين الأجنبية وبصفة خاصة في مسائل الأحوال الشخصية. تعدد الأنظمة القانونية وتباينها مع التسوية بينها، حيث لا يوجد نظام قانوني بعينه يمثل الشريعة العامة، أمر من شأنه أن يتواضع دور النظام العام في مواجهة النظم الأجنبية ، فليس من قانون ديني أو مدني لا يجد تطبيقا له في نظام ديني أو طائفي داخل الدولة، وعليه لا يمكن تصور أن القاضي اللبناني يستبعد القانون الأجنبي الذي يجيز مثلا تعدد الزوجات أو الطلاق بالإرادة المنفردة أو ذلك الذي لا يعرف الطلاق أو يعرفه لأسباب محددة أو هذا الذي يحظر التبني أو يجيزه، هذا المعنى أبرزته بوضوح محكمة استئناف بيروت الغرفة المدنية الثانية عشرة حيث قالت (أن فكرة النظام العام في لبنان هي على وجه الخصوص أكثر مرونة مما هي عليه في غيرها من الدول نظرا لتعدد الشرائع في مجال الأحوال الشخصية، فالنظام العام اللبناني في نطاق القانون الدولي الخاص ليس نظاما عاما مسيحيا أو نظاما

---

[1]- زروتي (الطيب)، تنازع القوانين في الوصية، تعليق على قرار المحكمة العليا، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية، بن عكنون، الجزائر، الفهرس رقم 3، السنة 1994، ص ص640-680.

[2]- منصور بديع (سامي)، الوسيط في القانون الدولي الخاص،دارالعلوم العربية، بيروت،1994 ، ص767.

عاما إسلاميا بل نظاما وطنيا مستمدا من التعدد التشريعي الموجود في لبنان)[1].وهذا حسب ما جاء في القرار رقم 717الصادر بتاريخ1993/12/13.[2]

فالنظام القانوني اللبناني لا يفضل دين على أخر و إنما هناك تساوي بين الأديان والطوائف، وهدا ما يشبه الوضع في سوريا، حيث أن دستور سنة 1950و دستور 1953إعترف بمراعاة الأحوال الشخصية للطوائف الدينية، فنصت المادة الثانية منه على أن حرية الاعتقاد مصونة ومرعية من طرف الدولة وتحترم جميع الأديان السماوية، ونص قانون الأحوال الشخصية السوري الصادر بتاريخ 1953/09/17 في المادة 308 على أنه يطبق على الطوائف المسيحية و اليهودية ما لدى كل طائفة من أحكام تشريعية دينية بروابط الزواج[3]، يختلف الأمر بالنسبة لدولة مصر حيث تتعدد فيها الشرائع إلا أن الدين الإسلامي هو الذي يسيطر على الوضع[4].

قد تعتمد الدولة قواعد دينية معدلة، كما هو الحال في تونس، فتكون لها النظرة الخاصة لقواعد الدين، فقد اعتبرت إحدى المحاكم التونسية أن القانون الإسلامي المغربي

---

[1]- عبد العال محمد (عكاشة)، تنازع القوانين...، مرجع سابق، ص ص 525-526.

[2]- عبد العال محمد(عكاشة)، نفس المرجع، هامش1، ص526.

[3]- زروتي (الطيب)،أثر اختلاف ديانة الزوجين أو جنسيتهما في الزواج المختلط...، مرجع سابق، ص939، صنيح(فؤاد)، الزواج الديني الكنيسي و الزواج المدني بين المسيحيين في سورية، مجلة المحامون، تصدرها نقابة المحامين في الجمهورية العربية السورية، دمشق، سوريا، السنة57، الأعداد4،5،6، 1992، ص ص313-317، ص314.

[4]- صدر في مصر القانون رقم 13 لسنة 1925 الخاص بترتيب المجالس الحسبية و وحد القواعد الموضوعية التي تحكم الأهلية بعد أن كانت متفرقة كما أخرج مسائل الوصاية و القوامة و الحجر من اختصاص المحاكم الشرعية، ثم صدر القانون رقم 77 لسنة 1942 الذي بموجبه تم توحيد نظام الإرث بين جميع المصرين حسب قواعد الشريعة الإسلامية، إلا أنه أجاز أن يتفق الورثة المعتبرين كذلك في نظر الشريعة الإسلامية على تطبيق شريعة المتوفي، وقد تأكد هذا الحكم بقانون اخرر هو قانون رقم 25 لسنة 1944، ولكن القانون المدني الجديد الساري المفعول بدأ من 15 أكتوبر 1949 نص في المادة 875 منه على تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم في الإرث و انتقال أموال التركة تسري في شأنها أحكام الشريعة الإسلامية و القوانين الصادرة بشأنها، وبعد توحيد جهات القضاء في مصر بموجب القانون رقم 462 لسنة 1955 الذي ألغى النظام القضائي السابق القائم على أساس التمييز بين محاكم خاصة بالأجانب و محاكم خاصة بالوطنين، وهذه الأخيرة تنقسم إلى محاكم شرعية ومجالس ملية، لعد هذا التوحيد أبقى المشرع المصري على تطبيق الشرائع الملية فيما لا يتعارض مع النظام العام، زروتي (الطيب)، نفس المرجع، ص940.

الذي يسمح بالطلاق بالإرادة المنفردة يتعارض مع السياسة التشريعية التونسية، ويجب استبعاده لمخالفة النظام العام.[1]

فتأثير الدين على فكرة النظام العام في التشريعات العربية يختلف من تشريع إلى آخر، فهناك تشريعات تلعب الشريعة الإسلامية دور كبير في تحديد و ضبط فكرة النظام العام، إلا أن الأمر يختلف بالنسبة للدول التي تتعدد فيها الشرائع ، فمنها ما لا يرجح دين على آخر ولا ترجح دين معين، فطرح النظام العام فيه يكون بصورة مخففة، وهناك من التشريعات التي ترجح دين على آخر.فكيف هو الأمر بالنسبة للدول الغربية؟

المطلب الثاني

تأثير الدين على فكرة النظام العام في الدول الغربية.

إن فكرة الدين ليس لها تأثير لا في القانون الدولي الخاص، ولا حتى في القانون الداخلي و ذلك في الدول الغربية، فلا يؤثر الدين لا في اختيار المحاكم و لا في اختيار القانون الذي تقضي به فيما يرفع إليها من الدعاوى، كما لا تأخذ هذه الدول بالفوارق الدينية بين الأفراد التي يقررها قانون أجنبي.

لكن هذا لا يمنع من أن هناك حالات يكون للدين فيها تأثير بالنسبة للتشريعات الغربية، ومن بينها مثلا فرنسا، وهي من الدول الغربية، فعلى الرغم من أن القانون الفرنسي يتميز باللائكية إلا أنه قد جعل من الديانة المسيحية في بعض الأحيان أساسا يستمد منها تعاليمه ومن بينها الزواج الأحادي، فإذا أقدم مثلا مواطنا جزائريا متزوج على إبرام زواجا ثانيا مع فرنسية، فلا يجوز له ذلك إلا بعد انحلال زواجه الأول، فهذا الزواج الثاني لا يمكن انعقاده لأنه يمس بالنظام العام اللائيكي الفرنسي.[2]

---

[1]– منصور بديع(سامي)، الوسيط في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص767.

[2]– زلاسي (بشرى)، الزواج المختلط–إشكالية تنازع القوانين من حيث انعقاده وأثاره، رسالة ماجستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر،2001، ص79.

يظهر تأثير الدين على فكرة النظام العام بالنسبة للتشريع الفرنسي، و ذلك باعترافه بالأولاد الناتجين عن عقد زواج غير مشروع وهذا ما يسمى بالزواج الظني ذي أصل كنيسي و الذي اعتنقه المشرع الفرنسي بدوره في قانونه المدني لسنة 1804.[1]

كان التطليق في فرنسا محظورا بصفة كلية في القرن التاسع عشر، كذلك إسبانيا و التي كانت إلى عهد قريب لا تعترف على الإطلاق بقابلية العلاقة الزوجية للانحلال و ذلك مستمدا من أحكام الديانة المسيحية التي كانت ترى بأن عقد الزواج هو عقد أبدي و غير قابل للانحلال، وقد كانت فرنسا لا تمانع في أن يترتب فيها آثار أحكام التطليق الأجنبية، أما إسبانيا فلقد كانت لا تعترف بأهلية الزواج لمن طلق بمقتضى حكم أجنبي إذا ما أراد معاودة الزواج في اسبانيا، كما أنها لا تتردد في أن تعد الزواج الذي كان يقدم مثل هذا التشخص على إبرامه خارج إقليمها باطلا[2]. حيث هناك مبدأ في الديانة المسيحية يتمثل في أن(ما عقده الرب لا يحله غير الرب)، ولقد كان هذا المبدأ أي حظر التطليق في اسبانيا يحظى بقدر كبير من القداسة.[3]

فالتشريع الفرنسي و الذي يعتبر عينة من التشريعات الغربية، ورغم علمانيته إلا أنه كون أن فرنسا من الدول المنتمية إلى الحضارة المسيحية أعطت لعقد الزواج مدلولا

---

[1]- زلاسي بشرى، الزواج المختلط...، مرجع سابق، ص104.

فيما يخص مضمون الزواج الظني: قد يكون أحد الزوجين أو كليهما حسن النية لا يعلم بسبب البطلان، وقد جرت الشرائع على اعتبار الزواج مرتبا لأثاره في الفترة السابقة على الحكم بالبطلان، دون الفترة اللاحقة عليه، مراعاة لحسن النية المذكورة، ومن أهم شروط توافر الزواج الظني، لدينا شرطين، الشرط الأول، أن يكون هناك مظهر قانوني للزواج، فإذا كان الزواج منعدما في الواقع و ليس مجرد زواج باطل، فلا يمكن اعتباره زواجا ظنيا، أما الشرط الثاني، و هو توافر حسن النية؛ الجمال(مصطفى)، قانون الأسرة لغير المسلمين، الدار الجامعية، مصر، 1987، ص ص281-282.

[2]- ثابت عبد الحميد(عنايت)، أساليب فض تنازع القوانين ذي الطابع الدولي الإسلامي،المجلة المصرية للقانون،القاهرة، مصر، المجلد 53، السنة 1997، ص ص 31-231، ص ص212-213؛ عبد الكريم سلامة (أحمد)، مسائل في الأحوال الشخصية لغير المسلمين، مجلة العلوم القانونية و الاقتصادية، مطبعة عين الشمس، القاهرة، مصر، السنة 10، العدد 1، 1968،ص ص57-118، ص20.

[3]- ثابت عبد الحميد (عنايت)، نفس المرجع، ص214؛أبو السعود(رمضان)، شرح قانون الأسرة لغير المسلمين، مرجع سابق، ص ص205-206؛ صنيح(فؤاد)، الزواج الديني الكنيسي و...، مرجع سابق، ص315.

يتماشى و هذه الحضارة و إن كان ما جاء به قانونها الخاص بالاتفاق المدني للتضامن و المساكنة الحرة يثبت تناقضها مع بعض الأسس و القيم الكنيسية.[1]

نجد من التشريعات الغربية من جعل الزواج دينيا تتدخل الإرادة الإلهية في تكوينه، وتخضعه للقانون الكنسي وبالتالي لابد من تدخل رجل الدين لإبرامه، ويعد تدخله شرطا موضوعيا لصحة الزواج ، فلا يعترف التشريع المدني اليوناني بزواج يوناني أرثوذكسي إلا لو تم أمام كاهن تابع لكنيسة الروم الأرثدوكس[2].

يوجد كذلك من التشريعات ما فرض الزواج الديني على رعايا الدولة و ترك شكل الزواج المدني شكلا احتياطيا في حال استحالة إتباع الشكل الديني مثل ما نصت عليه المادة 42 من القانون المدني الاسباني الصادر في 24 يوليو 1889 و الذي جاء فيه نوعين من الزواج الديني، لمن يتبع المذهب الاثوليكي و الزواج المدني لمن لا يدين بهذا المذهب[3].

إذا رجعنا إلى أغلب التشريعات الغربية نجد أنه رغم محاولة إضفاء فكرة الدين على النظام العام، إلا أنه يبقى تقدير فكرة النظام العام في هذه الدول هو تقدير وضعي، ففكرة النظام العام في حد ذاتها فكرة وطنية بحتة تخص كل دولة لوحدها، و أساسها المصلحة الوطنية، بالتالي لا يمكن ضبط فكرة النظام العام و تحديدها إلا من خلال تحديد هذه المصلحة.

إذا قارنا التشريعات الغربية مع التشريعات العربية، نجد أن مجال إعمال فكرة النظام في أغلب التشريعات العربية في الأحوال الشخصية حيث أن الأحوال الشخصية في هذه الدول مستمدة من الشريعة الإسلامية، وتتمثل الأحوال الشخصية في هذه الدول في الزواج، الطلاق، الوصية، الأهلية، الحالة، أما نطاق الأحوال الشخصية في الدول الغربية يقتصر على الزواج و الطلاق، أما المسائل الأخرى مثل الوصية فهي تدخل في نطاق الأحوال العينية التي يقل بشأنها الدفع بالنظام العام.

---

[1]- زلاسي (بشرى)، الزواج المختلط...،مرجع سابق، ص14.

[2]- جمال الدين (صلاح الدين)، تنازع القوانين في مشكلات إبرام الزواج ، دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية،2007، ص99.

[3]- صلاح الدين(جمال الدين)، نفس المرجع و نفس الموضع.

تكتفي تشريعات هذه الدول بوضع معايير عامة يسترشد بها القاضي للوقوف على حالات يتعارض فيها القانون الأجنبي الواجب التطبيق مع الأسس و المبادئ العليا السارية في مجتمع دولة القاضي وقت النظر في الدعوى.

المعايير التي تحدد وفقها فكرة النظام العام في هذه الدول تجمع بينها فكرة أساسية هي الأسس السياسية و الاقتصادية و الاجتماعية في دولة القاضي ومن بين هذه المعايير[1]:

-**جهل النظام القانوني الأجنبي:** وفقا لهذا المعيار يمكن للقاضي الناظر في النزاع، أن يستبعد القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قواعد الإسناد الوطنية، على أساس أنه مخالف للنظام العام إذا كان يشتمل على نظم قانونية غير معروفة أو غير معترف بها في قانون القاضي، ومن بينها إباحة تعدد الزوجات.

-**عدم احترام مبادئ العدالة الدولية:** أي أن القاضي الوطني في الدول الغربية يستبعد القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قواعد الإسناد الوطنية على أساس الدفع بالنظام العام، إذا كان هذا القانون يمس بمبادئ العدالة الدولية و يستنكر المبادئ العامة المتعارف عليها في الأمم المتحضرة، مثال ذلك تجريد الفرد من بعض الحقوق على أساس الدين أو تجريده من بعض حقوقه على أساس العرق أو اللون.

-**عدم الاعتراف بالحقوق الطبيعية للإنسان:** يندرج ضمن هذا المعيار حالات عديدة و التي لا يمكن حصرها و التي ترى فيها التشريعات الغربية، أن عدم الاعتراف بها و مساس بالحقوق الطبيعية للإنسان و أحسن مثال على ذلك هو:عدم الاعتراف للأم بابنها غير الشرعي أي نفي النسب الطبيعي ، وهذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 10 فيفري 1993 في قضية تتعلق بإثبات النسب الطبيعي (إذا كان القانون الأجنبي الذي يمنع إثبات النسب الطبيعي لا يتعارض مبدئيا مع المفهوم الفرنسي

[1]- بليعقوبي (بلخير)، تقدير فكرة النظام العام في العقود الخاصة الدولية و في مجال الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص108.

للنظام العام، إلا أنه يتعارض مع هذا النظام إذا كان يحرم طفلا فرنسيا، أو مقيما بصفة دائمة في فرنسا من حقه في إثبات نسبه، مما يتعين معه استبعاد هذا القانون الأجنبي).[1]

يستبعد القانون الجزائري إذا كان هو الواجب التطبيق في فرنسا، لأنه لا يعترف إلا بالبنوة الشرعية تطبيقا لنص المادة 41 من قانون الأسرة، فيستبعد تطبيقا لمبدأ المساواة بين الولد الشرعي والولد غير الشرعي و الذي أكده أكثر هو صدور قانون8 جانفي 1993 حول البحث عن الحقيقة البيولوجية، فقد وسع من مجال إثبات النسب الأبوي خارج إطار الزواج، وأصبح معيار تدخل النظام العام في القانون الفرنسي هي مصلحة الطفل وقد عبر القضاء الفرنسي عن معيار تدخل النظام العام في القانون الدولي الخاص في مسألة النسب في قرار صادر بتاريخ 9 أكتوبر 1984، عن محكمة النقض الفرنسية.[2]

تقوم هذه الدول غالبا باستبعاد القانون الأجنبي بناءا على مبدأ المساواة، فمثلا الطلاق بالإرادة الصنفردة للزوج، تعتبر مخالفة وماسة بالمبادئ التي يقوم عليها المجتمع الغربي مثل فرنسا، خاصة مبدأ المساواة بين الزوجين المستوحى من اتفاقيات حقوق الإنسان المصادق عليها من طرف أغلب الدول.

تصر محكمة النقض الفرنسية على مطابقة الطلاق الإسلامي أي الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج للمادة 5 من البرتوكول الإضافي رقم 7 المتعلق بالاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان و الخاصة بالمساواة بين الزوجين خلال الزواج و عند انحلاله، وهذا ما أشارت إليه في قرارها الصادر في 17 فيفري 2004 حيث قررت أنه (حتى ولو كان الحكم الأجنبي صادر عن سلطة مختصة وفقا لإجراءات قانونية و تكريسا لمبدأ الحضور

---

[1]- نقلا عن: رايس (أمينة)، النظام العام و الغش نحو القانون كموانع لتطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الجزائري، الملتقى الدولي حول تطبيق القانون الأجنبي، جامعة الأغواط ، الجزائر، 2007/2006، ص ص1-18، ص7.

[2]- يوسف(فتيحة)، النظام العام و العلاقات الأسرية في القانون الدولي الخاص، مجلة الدراسات القانونية، تصدر عن مخبر القانون الخاص الأساسي، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، العدد 5، السنة 2008، ص ص211-226، ص224.

هناك من يرى في الجزائر بأن التفرقة بين الولد الشرعي و الولد غير الشرعي تعتبر عدم مساواة بين الأطفال، لكن في حقيقة الأمر التفرقة بين الولد الشرعي و الولد الغير الشرعي هو من باب الحفاظ على النظام العام فيالجزائر؛ Akroune (Yakout), Droit de la famille et droit de l'homme en Algérie : Une coexistence toujours conflictuelle,Revue Algérienne des Sciences Juridiques,Economiques et Politique, Ben Aknoun, Alger, N2, 2008, pp73-88 , p88.

و المواجهة فإن الحكم الجزائري الذي قرر الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج بدون ترتيب أي أثر على معارضة الزوجة، بحيث لم يكن للسلطة القضائية المختصة إلا منح التعويضات المالية الناتجة عن فك الرابطة الزوجية، يعتبر مخالفا لمبدأ المساواة بين الزوجين المقرر في المادة 5 من البروتوكول رقم 7 الصادر في 22 نوفمبر 1984 الإضافي للاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، والتي تلتزم فرنسا بضمانه لكل شخص يلجأ لقضائها، وبالتالي مخالف للنظام العام الدولي المتحفظ عليه في الاتفاقية الثنائية الفرنسية الجزائرية الموقعة في 27 أوت 1964 متى كان الزوجين أو الزوجة مقيمان في فرنسا).

يجب الإشارة أن تاريخ 17 فيفري 2004 الذي صدر فيه هذا القرار يعتبر تاريخ مهم في القضاء الفرنسي، حيث صدرت فيه 5 قرارات قضائية أصبح لا يعترف بناءا عليها بالطلاق بالإرادة المنفردة، وتعتبر هذه السنة بالنسبة للكثير من القانونين الفرنسيين سنة لرفض الطلاق الإسلامي.[1]

يرى القضاء الفرنسي أن رفض تنفيذ القرار الأجنبي الذي ينص على الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج يستند إلى المادة الأولى من الاتفاقية المتعلقة بتنفيذ الأحكام و تسليم المجرمين المبرمة بين الجزائر و فرنسا، التي تنص على أن :(القرارات الصادرة حسب الاختصاص القضائي في الأمور المدنية و التجارية عن المحاكم المنعقدة في الجزائر أو فرنسا تحوز حكما قوة القضية المقضية في بلد الدولة الأخرى إذا توفرت فيها

[1]-Courbe (Patrick)et Chanteloup(Hélène), Droit international privé, Recueil Dalloz, Paris, N19, 2005, pp1261-1269, p1266.

جاء في القرار ما يلي:

« La décision étrangère constatant une répudiation unilatérale du mari qui s'effectue sans donner deffet juridique à lopposition éventuelle de la femme et en privant l'autorité compétente de tout pouvoir autre que celui d'aménager les conséquences financières de cette rupture du lien matrimonial est contraire au principe d'égalité des époux lors de la dissolution du mariage reconnu par l'article 5 du protocole du 22 novembre 1984, n 7 additionnel à la convention européenne des droits de l'homme que la France s'est engagée à garantir à toute personne relevant de sa juridiction, et donc à l'ordre public international réservé par l'article 1er, d, de la convention Franco- algérienne du 27 aout 1964, dés lors que les deux époux ou la femme sont domiciliés sur le territoire français ».

جملة من الشروط ، من بينها أن لا يتضمن القرار ما يخالف النظام العام الخاص بالدولة المنابة لتنفيذ القرار أو لمبادئ الحقوق العمومية).[1]

فالقضاء الفرنسي و القضاء الغربي بصفة عامة يقف دائما أمام تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية، خاصة في مسائل الأحوال الشخصية للمسلمين المتواجدين في أروبا، لذلك حاول بعض الفقهاء إيجاد الحلول لمشكلات الأحوال الشخصية للمسلمين المقيمين في الدول الغربية، وذلك بإقتراح إصدار قانون أروبي موحد للأحوال الشخصية للمسلمين، يعتمد أسلوب القواعد المادية الفورية التطبيق بدلا من تطبيق القوانين الشخصية لأطراف العلاقة، فيراعى في أحكامه تطبيق الشريعة الإسلامية في ضوء التفسيرات المعاصرة التي تتناسب مع المبادىء و القيم المعمول بها دوليا.[2]

اقتراح إصدار قانون أروبي موحد للأحوال الشخصية للمسلمين، يعني مثلا تقييد تعدد الزوجات ليكون في حالات استثنائية، وبالتالي لا يكون إلا للضرورة القصوى، كذلك تقييد الطلاق بالإرادة المنفردة ، لكن ينتقد هذا الاقتراح على أساس أنه إذا كان من الممكن تقييد تعدد الزوجات، إلا أن القول بتقييد الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج لا يمكن تقبله و لا يمكن تقبله أيضا في مسألة الميراث حيث يتم المساواة بين الرجل و المرأة، ذلك أن مسألة الميراث تخضع لنص قطعي الدلالة و لا يجوز مخالفته ويطبق على المسلمين أينما وجدوا.

يمكن القول أن تقدير فكرة النظام العام في هذه الدول هو تقدير وضعي، يقوم في أغلب الأحيان على فكرة أساسية تتمثل في إحترام حقوق الإنسان و المساواة بين الرجل والمرأة، ولا يتدخل الدين بصفة كبيرة في فكرة النظام العام.

---

[1]-أمررقم 65-194 مؤرخ في 29 يوليو 1965 يتضمن المصادقة على الاتفاقية المتعلقة بتنفيذ الاحكام و تسليم المجرمين المبرمة بين الجزائر و فرنسا و على مبادلة الرسائل المتعلقة بتعديل البروتوكول القضائي الجزائري-الفرنسي المؤرخ في 28 غشت سنة 1962 ، الجريدة الرسمية، العدد 68 ، السنة 1965 ، ص 962.

[2]- جمال الدين (صلاح الدين)، تنازع القوانين في مشكلات إبرام الزواج ....، مرجع سابق، ص ص 126-127.

المطلب الثالث.

تأثير تغيير الدين على فكرة النظام العام.

إن تغيير الأشخاص لديانتهم، يترتب عليه نتيجة أساسية تتمثل في تغيير القانون الواجب التطبيق، سواء على المستوى الداخلي أو على المستوى الدولي، و بالتالي ستتغير النظرة إلى فكرة النظام العام، وذلك سواء في القانون الجزائري **(الفرع الأول)** أو في الأنظمة القانونية المختلفة **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول.

تأثير تغيير الدين في القانون الجزائري.

تطبيق أحكام قانون الأسرة في القانون الجزائري تعتبر من النظام العام، فلا يجوز مخالفتها، فمثلا لدينا نص المادة 32 من قانون الأسرة الجزائري[1] والتي تنص على أنه يبطل عقد الزواج إذا اشتمل على مانع من موانع الزواج وبالتالي إذا أبرم عقد زواج بين زوجين جزائريين مسلمين، ثم إرتد[2] أحدهما عن ديانته في هذه الحالة يفسخ عقد الزواج بصفة تلقائية، فمثلا إذا كانت هناك علاقة زواج بين زوجين جزائريين مسلمين، ثم غير الزوج ديانته إلى الديانة المسيحية ففي هذه الحالة، الإبقاء على هذه العلاقة يعتبر مساسا بنص المادة 30 من قانون الأسرة الجزائري[3] والتي تنص صراحة على عدم زواج الجزائرية المسلمة بغير المسلم، والتي يعد تطبيقها من النظام العام في القانون الجزائري.

---

[1]- المادة 32 " يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى و مقتضيات العقد" .

[2]- يقصد بالردة، رجوع المسلم العاقل البالغ عن الإسلام إلى الكفر باختياره دون إكراه من أحد، سواء في ذلك الذكور والإناث، فلا عبرة بإرتداد المجنون و لاالصبي، لأنهما غير مكلفين، السيد (سابق)، فقه السنة، نظام الأسرة الحدود و الجنايات، الأجزاء 6-7-8-9-10،الجزء الثاني، الطبعة الأولى، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1977، ص381.

[3]- تنص المادة30 " كما يحرم مؤقتا ..... زواج المسلمة مع غير المسلم".

لدينا مثال أخر يظهر فيه جليا أن تغيير الدين يؤثر في فكرة النظام العام، و هي فكرة تعدد الزوجات، ففي الشريعة الإسلامية و القوانين المستمدة من الشريعة الإسلامية تسمح بتعدد الزوجات، ففي الدول التي تتعدد فيها الشرائع و كان الزوج يعتنق الديانة التي لا تسمح له بالتعدد، ثم يعتنق الإسلام في هذه الحالة يصبح لديه الحق في الاستفادة من التعدد، وبالتالي إذا كان في ظل الديانة السابقة مخالف للنظام العام إذا أبرم عقد زواج ثاني إلا أنه في ظل الديانة الجديدة والتي تتمثل في الإسلام يصبح لديه الحق في إبرام عقد زواج ثاني ويعتبر غير مخالف للنظام العام.

ينبغي إذن استبعاد باسم النظام العام الإسلامي القانون الأجنبي الذي يمنع تعدد الزوجات إذا كان الزوج قد دخل في الإسلام[1]، فلو أخدنا مثال على حالة الاستفادة من تعدد الزوجات في ظل الديانة الجديدة، نأخذ كمثال شخص كان يحمل الجنسية الفرنسية متزوجا سابقا في فرنسا، ثم تجنس بالجنسية الجزائرية و اعتنق الإسلام، فيكون من حقه طبقا لديانته الجديدة و لقانونه الشخصي الجديد أن يتزوج بزوجة ثانية، و يعتبر ذلك غير مخالف للنظام العام، ويمكن له التمسك بأثار هذا الزواج في فرنسا و ذلك بناءا على فكرة الأثر المخفف للنظام العام.[2]

لدينا مجال أخر يظهر فيه تأثير تغيير الدين على فكرة النظام العام، و هو نظام الميراث في القانون الجزائري حيث أنه لا يجوز أن يرث المسلم إلا المسلم، و بالتالي إذا ثبت أن الوارث غير ديانته من الإسلام إلى دين أخر فلا يستحق الميراث، لأن ذلك يعتبر مخالف للنظام العام في القانون الجزائري، و لقد أشار القضاء الجزائري إلى ذلك.[3]

---

[1]- بلقاسم(أعراب)، القانون الدولي الخاص الجزائري...، مرجع سابق، ص237.

[2] - يمكن لشخص يحمل الجنسية الفرنسية ثم يقوم بتغيير جنسيته إلى الجنسية الجزائرية، أن يستفيد من فكرة تعدد الزوجات حتى لو لم يقم بتغيير ديانته وذلك لأن قانون الأسرة الجزائري يطبق على كل الوطنيين دون الأخذ بعين الاعتبار الديانة تطبيقا لنص المادة 221 من قانون الأسرة الجزائري، زروتي (الطيب)، أثر اختلاف ديانة الزوجين أو جنسيتهما في الزواج المختلط، مرجع سابق، ص ص931-932.

[3]- قرار بتاريخ 1995/07/25، ملف رقم 123051، قضية (ا ص) ضد(لا م و من معه)، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، العدد الأول، السنة 1996، ص ص113-116.

جاء في القرار مايلي:

" من المقرر قانونا أن يرجع القاضي لأحكام الشريعة الإسلامية في كل ما لم يرد فيه نص في قانون الأسرة، ومن الثابت شرعا: أن لا يرث الكافر المسلم و لا المسلم الكافر و لا يتوارث أهل الملتين شيئا، و لما تبين من قضية الحال

تشترط المادة 93 من قانون الأسرة الجزائري[1]، و كذلك المادة 100 من قانون الأسرة الجزائري[2]، في الوصي والمقدم أن يكونا مسلمين، و بالتالي لا يمكن لغير المسلم أن يقوم بالوصاية و التقديم على القاصر و لو كان من أقربائه من جهة الأم غير المسلمة و عليه إذا كلفا بمهمة الوصاية أو التقديم و كانا مسلمين ثم ارتدا عن الدين الإسلامي في هذه الحالة يسقط الحق في الوصاية والتقديم لأن ذلك يعتبر مخالف للنظام العام في القانون الجزائري.[3]

فمن من خلال ما سبق يتضح بأن تغيير الديانة في القانون الجزائري يؤثر في تحديد فكرة النظام العام، حيث يفسح لنا المجال لمعرفة ما يعتبر مخالف للنظام العام وما لا يعتبر مخالف للنظام العام في القانون الجزائري.

الفرع الثاني.
تأثير تغيير الدين في الأنظمة القانونية المختلفة.

أكيد أن تغيير الديانة له تأثير بالنسبة للأنظمة القانونية المختلفة ومن ثم له تأثير على فكرة النظام العام، وبالخصوص الأنظمة العربية.

و من الأمثلة على ذلك ما توجه إليه القضاء المصري، فقد رفضت محكمة النقض المصرية في إحدى القضايا تطبيق شريعة العقد على الزواج مؤيدة تطبيق أحكام الديانة الجديدة، و لقد جاء في القرار مايلي: (مهما اختلفت ديانة الزوجين بعد العقد فمتى ثبت

أن الطاعن لم يعتنق الإسلام ما دام لم يتلفظ بالشهادتين أمام الجهة المؤهلة لذلك، إلا بعد وفاة أمه المسلمة فإنه لا توارث بينهما، مثلما دهب إليه قضاة الموضوع في قرارهم، ويتعين بدلك رفض الطعن" رفض القضاة يمكن أن يفسر في هذه الحالة إلى فكرة الغش نحو القانون.

[1]- المادة 93 تنص: "يشترط في الوصي أن يكون مسلما عقلا بالغا قادرا أمينا حسن التصرف و للقاضي عزله إدا لم تتوفر فيه الشروط المدكورة"

[2]- المادة 100تنص: "يقوم المقدم مقام الوصي و يخضع لنفس الأحكام".

[3]- زروتي(الطيب)، أثر إختلاف ديانة الزوجين أو ديانتهما في الزواج المختلط...، مرجع سابق، ص930.

أن الشخص أسلم فإن الشريعة الإسلامية هي التي تحكم حالته من هذا الوقت إذ القول بغير ذلك فيه إهدار غير مباشر لحقوق موضوعية ومخالفة للنظام العام).[1]

القضاء المصري و من خلال هذا القرار أوضح بأن الأخذ بأحكام شريعة الإسلام بعد تغيير الدين إلى الإسلام تعتبر من النظام العام.

أكد القضاء المصري موقفه هذا في عدة قضايا، فقد قام باستبعاد القانون الأجنبي الذي يسمح بإنهاء رابطة زوجية لتغيير الزوج لدينه إلى الإسلام لمخالفة حق المسلم في الزواج بالكتابية، كما قضى بترتيب الأثر الكامل للدفع بالنظام العام في مواجهة القانون الأجنبي الذي يحظر الطلاق بالإرادة المنفردة على أجنبي بعد إسلامه. [2]

قضت محكمة استئناف القاهرة في 13 فيفري 1951 باستبعاد القانون اليوناني و تطليق الزوجة اليونانية من زوجها اليوناني وفقا للقانون المصري لاعتناقها الإسلام[3]، فستبعد القانون الأجنبي الذي لا يبيح إنهاء الرابطة الزوجية بسبب استمرار قيام حالة الزوجية بين المسلمة و غير المسلم يعد مخالفا لأحكام الشريعة الإسلامية وبالتالي مخالف للنظام العام.

كذلك من القضايا التي توضح هذا الأمر ما توجه إليه القضاء العراقي ، خلاصة القضية أن عائلة انجليزية كانت متوطنة في العراق وهي مكونة من أب و أم و بنت، توفي الأب وعند بلوغ البنت سن 13 من العمر أشهرت إسلامها و عقدت نكاحها على عراقي أمام المحكمة الشرعية الجعفرية في بغداد، وعندما علمت أم البنت بهذا الزواج رفعت دعوى أمام محكمة المواد الشخصية طالبت فيها إبطال الحجة الصادرة بإسلامها و إبطال عقد زواجها لأنها في نظر القانون الإنجليزي لم تبلغ سن الرشد و المقرر بالثامنة عشر من العمر، و بما أن أحكام القانون الدولي الخاص تتطلب أن يكون العقد صحيحا وفقا لشريعتي الزوجين، و بما أن زواج هذه البنت غير صحيح وفقا للقانون الإنجليزي لذلك يجب فسخه.[4]

---

[1]- زروتي(الطيب)، أثر إختلاف ديانة الزوجين أو ديانتهما في الزواج المختلط...، مرجع سابق ، ص919.

[2]- جمال الدين(صلاح الدين)، فكرة النظام العام في العلاقات الخاصة الدولية بين القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص60.

[3]- جمال الدين(صلاح الدين)، نفس المرجع و نفس الموضع، هامش2.

[4]- بلمامي(عمر)، الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص...، مرجع سابق، ص ص65-66.

جاء في القرار الصادر عن القضاء العراقي: (وبعد أن لجأت المحكمة إلى قواعد الإسناد بموجب قانون مركز الأجانب في العراق الصادر في سنة 1931 و كذلك أحكام القانون المدني قبل وضعه موضع التطبيق، تبين لها أن القانون الانجليزي يحيل الحكم إلى القانون العراقي باعتباره قانون الموطن بخصوص القواعد الموضوعية لانعقاد الزواج.

و بما أن القانون العراقي المأخوذ عن فقه الشريعة الإسلامية يجيز زواج البنت المراهقة إذا ادعت ببلوغها أمام القاضي و ظاهر الحال لا يكذبها لأن البلوغ في الشريعة الإسلامية يتراوح من سن التاسعة إلى سن الخامسة عشر من العمر.

لذا فإن لهذه البنت الحق في أن تزوج نفسها بمن تشاء و لوليها حق إبطال زواجها من ناحية الكفاءة فقط وعلى هذا الأساس ليس لأمها المدعية الحق في معارضتها في الزواج لأنها ليست ولية عليها حيث أن غير المسلمة لا يجوز أن تكون ولية للمسلمة).[1]

واضح من هذا القرار أن القضاء العراقي لم يقرر ولاية غير المسلمة على المسلمة وذلك لمخالفتها للنظام العام.

واضح مما سبق أن التغيير إلى الإسلام يعتد به حتى ولو وقع بعد رفع الدعوى كما هو الحال في القضاء المصري، فالإسلام يعلو و لا يعلى عليه فلا يمكن أن يخضع المسلم لغير أحكام الشريعة الإسلامية، وهذه القاعدة تعتبر من النظام العام في الإسلام وبالتالي في البلاد الإسلامية.

من خلال ما سبق وضحنا الحالات التي يتم فيها التغيير إلى الإسلام، لكن في الحالات التي يتم فيها الخروج عن الإسلام فما هو الموقف المتخذ؟

نجد التشريع المصري و من خلال الدستور قرر حرية العقيدة و لكن في الحدود التي ترسمها القواعد و الأسس التي يقوم عليها الدين الرسمي في البلاد، والدين الرسمي في البلاد المصرية هو الدين الإسلامي، وبالتالي النظام العام فيها يقوم على فكرة من الإسلام، وبالتالي التغيير من الإسلام إلى غير الإسلام يعتبر ردة، وعليه أحكام الردة

[1]- نقلا عن: بلمامي(عمر)، الدفع بالنظام العام...، مرجع سابق، ص ص66-67.

تعتبر من النظام العام في مصر حيث يتأذى شعور غالبية المواطنين من الخروج عن الإسلام[1].

يجب الإشارة فيما يخص تغيير الديانة غالبا ما يصطدم بمفهوم الغش نحو القانون، فقد يسعى مثلا أحد أطراف العلاقة الزوجية إلى تغيير دينه أو ملته أو طائفته وذلك بقصد الغش و المتحايل على القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية أو الشكلية اللازمة لصحة الزواج، و في هذه الحالة يجد القاضي نفسه أمام إشكال كبير ويتمثل هذا الإشكال في البحث في نية الطرف الذي قام بتغيير ديانته.[2]

فأكيد أن تغيير الدين يلعب دور كبير في إبراز الدور الاستبعادي لفكرة النظام العام، وعليه يجب على القاضي الوطني أن يكون متفطنا لهذه النقطة عندما يطرح عليه نزاع من هذا النوع.

---

[1]- سلامة(أحمد)، مسائل في الأحوال الشخصية لغير المسلمين، مرجع سابق، ص102؛ الأهواني كامل(حسام الدين)، الاتجاهات الحديثة لمحكمة النقض في سبيل الحد من الغش في تغيير العقيدة، بحث في مسائل الأحوال الشخصية لغير المسلمين، مجلة العلوم القانونية و الاقتصادية، مطبعة جامعة عين الشمس، القاهرة، مصر، السنة15، العدد1، 1973، ص ص71-166، ص92.

[2]- اختلفت القضاء في هذه المسألة، باختلاف تغيير الدين باعتناق الإسلام أو باعتناق ديانة غير الإسلام، التغيير بين الديانات و المذاهب غير الإسلامية ، توجه فيه القضاء اتجاهين، ففي بعض الأحكام من القضاء المصري قرر بأن تغيير الدين حصل لأغراض شخصية، وبالتالي لا يترتب عليه شيء، وعلى العكس من ذلك توجه القضاء المصري إلى أنه متى غير الإنسان ديانته فلا يخضع إلا لأحكام هذا الدين الجديد، أما في حالة تغيير الدين إلى الإسلام فهذا الأمر أثار جدلا بين ترتيب الغش وبين رفض ترتيب الغش، لكن المسلم به هو رفض ترتيب الغش؛أكثر تفصيل: جمال الدين(صلاح الدين)، تنازع القوانين في مشكلات إبرام الزواج، مرجع سابق، ص ص170-174.

الفصل الثاني.
إعمال فكرة النظام العام في القانون الدولي الخاص.

إن إعمال قاعدة التنازع في القانون الدولي الخاص و القبول بإمكانية تطبيق القانون الأجنبي الذي تشير إليه قاعدة التنازع، لا يعني التسليم المطلق باختصاص هذا القانون الأجنبي و هذا ما سبق الإشارة إليه، ولكن لابد من التأكد من عدم مخالفته للنظام العام في دولة القاضي، وهذا ما يعني إعمال فكرة النظام العام. و إعمال فكرة النظام العام في القانون الدولي الخاص أكيد لا يكون إلا بشروط (**المبحث الأول**)، و الأكيد أيضا أن إعمالها سيؤدي إلى أثار معينة (**المبحث الثاني**).

المبحث الأول.
شروط إعمال الدفع بالنظام العام.

تطبيق القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة التنازع الوطنية مرهون بشروط، بتوفر هذه الشروط يمكن للقاضي استعمال النظام العام كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي، فالدفع بالنظام العام هو دفع موضوعي موجه إلى القانون الأجنبي كله أو بعضه، وكون أن الدفع بالنظام العام يؤدي إلى تعطيل عمل قواعد الإسناد، لذلك وجب التأكد من توفر جميع الشروط لإعماله، لكن هناك شروط نصت عليها أغلب التشريعات واتفقت على تطبيقها جميع الجهات القضائية، ومنها المشرع الجزائري في المادة24 وهي الشروط العامة **(المطلب الأول)**، وهناك من الشروط التي لم تنص عليها جميع التشريعات و لم تأخذ بها جميع الجهات القضائية فهي الشروط الخاصة بالنظام العام**(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول.
الشروط العامة[1].

تشير قاعدة الإسناد في قانون القاضي في بعض الحالات إلى اختصاص القانون الأجنبي، فيتم تطبيق القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة التنازع، لكن قد يتدخل النظام العام بوصفه صمام الأمان أو الحارس الأمين لاستبعاده، ويمارس النظام العام دوره في كل مرة يصل فيها الاختلاف بين القانون الأجنبي وقانون القاضي إلى درجة من التناقر البين والصارخ، وعليه جميع التشريعات تؤكد على أن تطبيق القانون الأجنبي لا يكون إلا إذا أشارت قاعدة الإسناد الوطنية إلى اختصاص القانون الأجنبي(**الشرط الأول**)، وأن يتعارض في حكمه مع مقتضيات النظام العام في دولة القاضي (**الشرط الثاني**).

الشرط الأول.
أن تشير قاعدة الإسناد الوطنية إلى اختصاص القانون الأجنبي[2].

يأتي النظام العام كعلاج لاستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق في حالة تعارضه مع الأسس الجوهرية التي ينهض عليها كيان مجتمع القاضي، فإذا لم يكن

---

[1]– يقول لاغارد إن لإعمال الدفع بالنظام العام شروطا داخلية و شروط خارجية، الأولى هي إعمال قاعدة الإسناد في المسألة ضروريا، وأن يؤدي إعمالها إلى عقد الاختصاص التشريعي لقانون أجنبي أي أن يكون هذا القانون الواجب التطبيق في المسألة، وأما الشروط الداخلية فهي أن ينظر القاضي في أحكام القانون الأجنبي الواجب التطبيق، وأن يبحث فيما يترتب على تطبيقها في النزاع المطروح أمامه، ثم يقارن بين ما يؤدي إليه تطبيق قانونه، ليتبين من هذه المقارنة ما إذا كان تطبيق أحكام القانون الأجنبي يتنافر مع المصالح العليا لبلده فلا يطبقها، أولا يوجد تنافر فيطبقها"

Lagarde (Paul), Recherches sur l'ordre public en droit international privé, Thèse pour le doctorat, Université de paris, Faculté de droit, 1957, P113.

[2]– عبد الرحمان جاد(جابر)، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص83؛ سليمان علي(علي)، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص152؛ زروتي(الطيب)، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية...، مرجع سابق، ص250؛ محمد(عبدالله المؤيد)، القانون الدولي الخاص...، مرجع سابق، ص83.

القانون الأجنبي مختصا حسب قاعدة الإسناد الوطنية، فلا داعي للتمسك بالنظام العام لاستبعاده من ميدان التطبيق.

إن الهدف من الدفع بالنظام العام، هو حماية الدولة من أخطار بعض الحالات التي تطبق فيها القوانين الأجنبية، فإذا لم تكن هناك قوانين أجنبية واجبة التطبيق، فالخطر ينعدم تماما ولا تدعو الحاجة إلى اللجوء إلى استعمال الدفع بالنظام العام.

فالمقصود بالقانون الأجنبي بالمفهوم الواسع، من وجهة النظام العام، ليس فقط النصوص التشريعية بما فيها الدستور و المعاهدات الدولية المصادق عليها، ولكن حتى الأحكام والقرارات الأجنبية[1]. ومن وجهة القانون الدولي الخاص بصفة عامة، يعني القانون الوضعي للنظام القانوني المحدد بموجب قواعد القانون الدولي الخاص لدولة القاضي.

يمتد مفهوم القانون الأجنبي ليشمل الأعمال الحكومية، والأحكام القضائية في الدولة الأجنبية، فإذا كان في المقدور استبعاد القانون الأجنبي المختص بالنظر إلى أن مضمونه يتنافر بصورة صارخة مع الأسس التي يقوم عليها مجتمع دولة القاضي، فإنه يمكن الدفع بالنظام العام لرفض الاعتراف في دولة القاضي بالآثار المرتبة على الأعمال و القرارات التي تصدر عن دولة أجنبية.[2]

من الأمثلة التي دفع فيها بالنظام العام عند تنفيذ حكم أجنبي، ما توجه إليه المجلس الأعلى و ذلك في قرار صادر بتاريخ 1989/1/2 في قضية تتعلق بحضانة الأولاد ، حيث أن الطاعنة طالبت بإعطاء الصيغة التنفيذية للحكم والقرارين الأجنبيين اللذان أسندا حضانة البنتين إلى الأم، إلا أن المجلس الأعلى جاء قراره واضحا.[3]

وهذا كذلك ما توجهت إليه الاتفاقية المتعلقة بالتعاون القضائي في المجال الجزائي بين حكومة الجمهورية الجزائرية وحكومة الجمهورية الإسلامية الإيرانية، الموقعة بطهران 19أكتوبر2003، والذي أشارت فيه إلى حق كل دولة طرف في الاتفاقية

---

[1]-Lagarde(Paul), Ordre public, Encyclopedie dalloz, Droit international privé,2005, Edition dalloz, pp1-10, p10.

[2]-Batiffol (Henri) et Lagarde (Paul), Droit international privé, Septiem edition,Tom 1, lgdj, Paris, 1981,pp412-413 ; Batiffol(Henri), Droit international privé, op.cit,p423.

[3]- سبق الإشارة إليه في الفصل الأول.

رفض تنفيذ إنابة قضائية إذا كانت مخالفة للنظام العام[1]، كذلك ما توجهت إليه اتفاقية التعاون القضائي و الإعلانات و الإنابات القضائية و تنفيذ الأحكام و تسليم المجرمين بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية و دولة الإمارات العربية المتحدة، الموقعة بالجزائر.[2]

ولكن يمكن أن يكون قانون القاضي هو المختص، ليس لأنه تم استبعاد القانون الأجنبي باسم النظام العام، ولكن لأن قانون القاضي هو قانون الموقع أو قانون المحل، أو الذي اختارته إرادة المتعاقدين، أو القانون الذي أسند إليه الحكم بطريق الإحالة.....الخ.

فمثلا قد يكون قانون القاضي هو المختص لأنه أسند إليه الحكم بطريق الإحالة، ويكون قانونه يتقبل الإحالة، فالمشرع الجزائري سابقا سكت عن موضوع الإحالة، وقد فسر شراح القانون الجزائري هذا الموقف بأنه رفض للإحالة وفضل بعضهم ذلك الموقف، وتأسف آخرون لعدم أخذ المشرع بالإحالة، ولكن مادامت الإحالة وسيلة

---

[1]- المادة 6: "يجوز للسلطة المطلوب منها التنفيذ، رفض تنفيذ الإنابة القضائية إذا كان تنفيذها ليس من اختصاص السلطة القضائية أو كان من شأنها أن تمس بالسيادة أو بالأمن والنظام للدولة وكانت مخالفة للمبادئ الأساسية للنظام القانوني للدولة التي يتم فيها التنفيذ" مرسوم رئاسي رقم06-69 مؤرخ في 11فبراير 2006،يتضمن التصديق على الاتفاقية المتعلقة بالتعاون القضائي في المجال الجزائي بين الحكومة الجمهورية الجزائرية و حكومة الجمهورية الإيرانية،الموقعة بطهران 19 أكتوبر2006، الجريدة الرسمية، العدد9، 19 فيفري 2006.

[2]-المادة 20 " لا يجوز للسلطة القضائية المختصة في الدولة المطلوب إليها التنفيذ أن تبحث في موضوع الدعوى و لا يجوز لها أن ترفض تنفيذ الحكم إلا في الحالات الآتية:

أ) إذا كانت الجهة القضائية التي أصدرت الحكم غير مختصة بنظر الدعوى بسبب عدم ولايتها وفقا لقوانينها أو لسبب كون المنازعة التي صدر فيها الحكم معتبرة في الدولة المطلوب منها التنفيذ من اختصاص محاكمها دون سواها.

ب) إذا كان الخصوم لم يعلنوا بالحضور على الوجه الصحيح أو لم يمثلوا تمثيلا صحيحا.

ج) إذا كان الحكم و السبب الذي بني عليه يخالف النظام العام أو الآداب العامة في الدولة المطلوب إليها التنفيذ...." مرسوم رئاسي رقم 07-323 مؤرخ في23 أكتوبر 2007، يتضمن التصديق على اتفاقية التعاون القضائي و الإعلانات و الإنابات القضائية و تنفيذ الأحكام و تسليم المجرمين بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية و دولة الإمارات العربية المتحدة، الموقعة بالجزائر في 12 أكتوبر 1983، الجريدة الرسمية ، العدد 67، 24 أكتوبر 2007؛ بالنسبة لتأثير الإتفاقيات الدولية و علاقتها بفكرة النظام العام، بلمامي(عمر)، أثر الإتفاقيات الدولية في إعمال فكرة النظام العام، دراسة في ضوء القانون الدولي الخاص، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الإقتصادية و السياسية، بن عكنون، الجزائر، الجزء 33، العدد 1، السنة 1995، ص ص172-190.

للتنسيق بين أنظمة قانونية مختلفة، ومجال تطبيقها الواسع هو الأحوال الشخصية، والجزائر تأخذ بقانون الجنسية في الأحوال الشخصية، ونظرا لوجود جالية أجنبية في الجزائر تسند الأحوال الشخصية لقانون الموطن والأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى يوسع أكيد من نطاق تطبيق القانون الجزائري على هؤلاء الأجانب، وفي ذلك تيسير على القضاء لا سيما إذا كانت تلك النظم تأخذ بالتعدد التشريعي إقليميا وطائفيا، فبدلا من البحث عن القانون المختص حسب النظام الداخلي لذلك البلد عملا بنص المادة 23 من القانون المدني الجزائري المذكورة آنفا، ويكون المعني بالأمر مقيما بالجزائر وقانونه يسند العلاقة القانونية إلى القانون الجزائري بوصفه قانون الموطن، فإن القاضي الجزائري وبناءا للحل الجديد الوارد في نص المادة23 مكرر1 الفقرة2 المضافة، يطبق القانون الجزائري وكفى، بالمقابل لا يؤثر هذا الحكم على الجزائريين المقيمين في الخارج مادام ضابط الإسناد للأحوال الشخصية في الجزائر هو قانون الجنسية. [1]

كما يمكن أن يكون قانون القاضي هو المختص لأنه القانون الواجب التطبيق باعتباره قانون موقع المال، فالمشرع الجزائري ومن خلال نص المادة 17 معدلة بالقانون رقم 05-10[2]، أورد حكما خاصا في الفقرة الأولى بموجبه أصبح تكييف الطبيعة القانونية للمال ما إذا كان عقارا أو منقولا يخضع لمكان وجوده عملا برأي الفقيه بارتان وهذا استثناء من القاعدة العامة في التكييف التي تسند تكييف موضوع العلاقة إلى قانون القاضي.

أبقى المشرع على قاعدة التنازع الخاصة بالعقار، حيث تخضع الحقوق العينية الواردة عليه أصلية كانت أم تبعية إلى قانون الموقع، كما يخضع لهذا القانون بعض

---

[1]- زروتي (الطيب)، قراءة في إصلاح أحكام تنازع القوانين الدولي في الجزائر بقانون 05-10...، مرجع سابق ص ص96-97.

مع الإشارة إلى نص المادة 23 مكرر 1 الفقرة 2 المضافة: " غير أنه يطبق القانون الجزائري إذا أحالت عليه قواعد تنازع القوانين في القانون الأجنبي المختص.".

[2]- المادة17 : "يخضع تكييف المال سواء كان عقارا أو منقولا إلى قانون الدولة التي يوجد فيها، يسري على الحيازة و الملكية و الحقوق العينية الأخرى قانون موقع العقار، ويسري على المنقول المادي قانون الجهة التي يوجد فيها وقت تحقق السبب الدي ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى،أو فقدها"

أسباب كسب الملكية العقارية كالحيازة والالتصاق و الشفعة، أما الحقوق العينية التبعية بالإضافة لتطبيق موقع العقار عليها يجب أن تخضع لقانون آخر هو قانون مصدر الحق المضمون بالحق العيني التبعي، أما الحقوق الشخصية المترتبة على العقار كالإيجار فيسري عليها القانون الذي يحكم الالتزامات التعاقدية، وتطبيق قانون الموقع بالنسبة للعقار ملائم يتماشى مع التركيز الموضوعي للعلاقات القانونية، أساسه مبدأ إقليمية القانون والسيادة العينية للدولة على أراضيها، ولا يثير هذا الحكم إشكالا لأن العقار ثابت و مستقر وغير قابل للنقل دون تلف[1].

بشأن المنقول، أضيفت كلمة مادي للصياغة السابقة و أصبح الحكم الوارد في المادة17من القانون المدني المتعلق بالمنقول، خاصا بالأموال المنقولة المادية ويسري عليها قانون مكان تواجدها وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحق العيني.[2]

بموجب المادة 17مكرر[3]أصبح للأموال المعنوية قاعدة إسناد خاصة في القانون الجزائري و لا يقابلها حكم في القوانين العربية باستثناء القانون الكويتي وهذا النص يتماشى مع الأحكام المقررة في الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الملكية الفكرية بشقيها الأدبية و الصناعية.[4]

---

[1]- زروتي (الطيب)، قراءة في إصلاح أحكام تنازع القوانين الدولي في الجزائر بقانون 05-10....، مرجع سابق، ص ص 79-80.

[2]- في هذا الصدد يميز الفقه في حالة انتقال المنقول من دولة لأخرى بين الحقوق التي ترتبت فعلا ونفذت حسب قانون الموقع القديم، فتحتفظ بصحتها وأثارها عملا بنظرية النفاذ الدولي للحقوق المكتسبة، اذا توافرت فيها مجموعة من الشروط، وبين الوضعية القانونية الجديدة للمنقول بعد انتقاله لدولة أخرى، فتكون الآثار الجديدة للحقوق الجديدة محكومة بقانون مكان الموقع الجديد ، عملا بمبدأ التطبيق المباشر للقانون الجديد بأثر فوري بمجرد انتقال المال إلى نطاق سيادة القانون الجديد،على أساس تحل إشكالية التنازع المتحرك أوالمتغير" زروتي(الطيب)، نفس المرجع ، ص81.

[3]- المادة 17مكرر:"يسري على الأموال المعنوية قانون محل وجودها وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى أو فقدها، يعد محل وجود الملكية الأدبية والفنية مكان النشر الأول للمصنف أو إنجازه، ويعد محل وجود براءة الاختراع البلد الذي منحها، و يعد محل وجود الرسم و النموذج الصناعيين البلد الذي سجلا أوأودعا فيه، ويعد محل وجود العلامة التجارية منشأة الاستغلال، ويعد محل وجود التجارية منشأة الاستغلال، ويعد محل وجود الاسم التجاري بلد المقر الرئيسي للمحل التجاري".

[4]- زروتي (الطيب)، نفس المرجع و نفس الموضع.

أوضحت الفقرة الأولى من المادة 17 مكرر معيار تحديد القانون المختص وهو قانون محل وجودها، ولكن نظرا لكون تلك الأموال معنوية ويتعذر تركيزها ماديا لذلك اعتمد معيار التركيز الحكمي بحسب العنصر الغالب في كل مال حسب طبيعته، و يسري هذا الحكم على الأموال المذكورة في الفقرات التالية من المادة و على غيرها من الأموال المعنوية والقيم المنقولة، كانتقال الديون و الحقوق والسندات المالية و العناصر المعنوية للمحل التجاري.[1]

بينت الفقرة الثانية القانون الواجب التطبيق على حقوق الملكية الأدبية والفنية، وحدد بقانون مكان النشر الأول فيما يخص حقوق التأليف وبمكان الإنجاز بالنسبة للحقوق المجاورة، و في حالة تعدد مكان النشر أو الإنجاز فالعبرة بمكان النشر الأول الأساسي أو الإنجاز الأول الأساسي و توالت الفقرات من المادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على أهم فئات الملكية الصناعية، براءات الاختراع، الرسوم، والنماذج الصناعية، العلامات و الأسماء التجارية، وقد اعتمد بصددها أيضا التركيز الصوري للمال المعنوي، فأقر القانون الجزائري قاعدة إسناد خاصة بالأموال المعنوية في التعديل الجديد.

كما أنه يسري في الأصل على التصرفات القانونية التي يبرمها الأفراد القانون الذي تختاره إرادتهم، لهذا أخضعت غالبية الدول العقود الدولية لقانون الإرادة، وهو القانون الذي تختاره إرادتهم.

يمكن أن يكون قانون القاضي هو المختص لأنه القانون الذي اختاره المتعاقدين، و المشرع الجزائري أشار إلى ذلك في التعديل الأخير للقانون المدني من خلال نص المادة18 الفقرة الأولى[2]، المشرع الجزائري أورد تعديلات على نص المادة 18 حتى

---

[1]- زروتي(الطيب)، قراءة في إصلاح أحكام تنازع القوانين الدولي في الجزائر بقانون 05-10...، مرجع سابق، ص82.

[2]- المادة 18 قبل التعديل تنص: " يسري على الالتزامات التعاقدية، قانون مكان الذي أبرم فيه العقد مالم يتفق المتعاقدان على تطبيق قانون أخر، غير أن العقود المتعلقة بالعقار يسري عليها قانون موقعه " أما بعد التعديل تنص: " يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد، وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة، و في حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون محل إبرام العقد، غير أنه يسري على العقود المتعلقة بالعقار قانون موقعه.".

تواكب التطورات الواردة على العقود الدولية و بالتالي على التجارة الدولية.[1]

كما تخضع الالتزامات الغير تعاقدية لقانون المحل، فلمقصود بالالتزامات غير التعاقدية الالتزام الناشئ عن الفعل الضار و الالتزام الناشئ عن الفعل النافع، ولعل المبرر الذي يجعل تطبيق قانون المحل على الفعل الضار هو مبدأ الشرعية، فقانون المحل هو المختص بتحديد مشروعية الفعل الذي يقع تحت سلطانه أو عدم مشروعيته، أي أن هذا القانون هو المختص بتحديد الجرائم المدنية، إذ المسألة مسألة أمن مدني و تدخل في نطاق إقليمية القانون.[2]

المشرع الجزائري جعل الاختصاص أصلا لقانون محل وقوع الفعل الضار و استثناءا لقانون القاضي إذا كان هذا الأخير غير متفق في الحكم على مشروعية الفعل مع قانون محل وقوعه، وهذا ما أشارت إليه المادة 20 من القانون المدني الجزائري " يسري على الالتزامات غير التعاقدية قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام، غير أنه فيما يتعلق بالالتزامات الناشئة عن الفعل الضار، لا تسري أحكام الفقرة السابقة على الوقائع التي تحدث في الخارج و تكون مشروعة في الجزائر و إن كانت غير مشروعة في البلد الذي وقعت فيه."

بالتالي لا داعي لتحريك الدفع بالنظام العام ضد القانون الأجنبي إذا كان هذا الأخير يمكن استبعاده لسبب أخر، كأن يكون قانون القاضي قانون الموقع أو القانون الذي اختاره المتعاقدين، أو القانون الذي أسند إليه الحكم بطريق الإحالة، أو قانون المحل.

[1]- Bessai(Mohamed), La loi applicable au contrat international…, op.cit, p6.

[2]- سليمان علي(علي)، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص88

الشرط الثاني.
توافر مقتضى من مقتضيات النظام العام[1].

يستدعي توفر مقتضى من مقتضيات النظام العام الامتناع عن تطبيق أحكام القانون الأجنبي الواجب التطبيق، ولقد رأى بعض الفقهاء أنه يمكن تحديد هذه المقتضيات مسبقا وتقسيم القوانين إلى متعلقة بالنظام العام وغير متعلقة بالنظام العام، وكل هذا يفيد في منع تحكم القاضي، ولكن هذا الرأي لم يلقى النجاح، كما فشلت في سبيل تحقيق هذه الغاية جهود المؤتمرات الدولية وبالخصوص مؤتمر القانون الدولي.[2]

لكن المشرع عندما يسمح بتطبيق القانون الأجنبي فإنه يفترض توفر مقدار من الاشتراك القانوني ما بين هذا القانون وقانونه الوطني، فإذا تبين له عدم توافر مثل هذا الاشتراك مع قانونه الوطني فيمتنع عن تطبيقه ويتجه من جديد لتطبيق قانونه الوطني.

أقام سافيني هذا الاشتراك القانوني على عاملين اثنين هما:الديانة المسيحية والقانون الروماني، ولكن هذا الاشتراك لم يكن يعني تماثل أحكام القانون الأجنبي مع أحكام القانون الوطني بقدر ما يعني اتفاقه في أصوله العامة و أسسه الجوهرية مع المبادئ والقواعد المطبقة في دولة القاضي بما لا يجعل تطبيق القانون الأجنبي متنافرا تنافرا بينا مع الأحكام الموضوعية في قانون القاضي.[3]

نظرا لكون فكرة الاشتراك القانوني بحد ذاتها تعتبر صعبة الضبط و التحديد فلقد اتجه الفقه السائد إلى ترك أمر تحديد هذه الحالات لتقدير القاضي، ولحصر حالات إعمال الدفع بالنظام العام اقترح الفقه عدة معايير لكي يعمل بها القاضي.[4]

---

[1]- عبد الرحمان جاد(جابر)، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص84؛ عبد الله(عز الدين)، القانون الدولي الخاص...، مرجع سابق، ص543؛ زروتي(الطيب)، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية...، مرجع سابق، ص251؛ اللافي(محمدالمبروك)، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي...، مرجع سابق، ص81.

[2]-عبد الله(عز الدين)، القانون الدولي الخاص...، مرجع سابق، ص543.

[3]- سبق الإشارة في الفصل الأول.

[4]- اللافي (محمد المبروك)، نفس المرجع، ص81؛ جمال الدين(صلاح الدين)، فكرة النظام العام في العلاقات الخاصة الدولية بين القوانين الوضعية و الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص39.

يرى بعض الفقهاء وجوب استبعاد القانون الأجنبي إذا كان يتعارض مع المصالح الحيوية أو المصلحة العامة للدولة كالقوانين التي تخل بالسياسة النقدية مثلا، والبعض الآخر يرى ضرورة استبعاد القوانين الأجنبية التي تتعارض مع المعتقدات المشتركة للمجتمع الإنساني و مبادئ القانون الطبيعي وذلك حفاظا على المبادئ الأساسية العليا السائدة في المجتمع المتمدن كالقوانين التي تنظم الرق أو التي تمنع الأم من الاعتراف بابنها غير الشرعي.

يرى آخرون بإعمال فكرة النظام العام لاستبعاد القوانين الأجنبية التي من شأنها أن تعكر السياسة التشريعية في ميدان معين تتباعد بشأنه المواقف بين الدول مثلا: القانون الأجنبي الذي يسمح بإقامة دعوى إثبات الأبوة الطبيعية في مدة تفوق المدة التي يحددها القانون الفرنسي و يؤدي إلى اختلال النظام العام الفرنسي، ويقول رأي آخر باستخدام الدفع بالنظام العام من أجل استبعاد القوانين الأجنبية التي تشتمل على نظم قانونية غير معروفة في قانون القاضي مثل القوانين التي تسمح بالتبني خلافا لأحكام الشريعة الإسلامية.[1]

وعليه فإن مختلف الآراء تجتمع حول فكرة أساسية وهي وجوب استبعاد القوانين الأجنبية التي تتعارض مع المبادئ و الأفكار الأساسية السياسية والاقتصادية والاجتماعية والخلقية والفكرية التي يقوم عليها مجتمع معين.

يجب أن لا ننسى بأن النظام العام نسبي من حيث الزمان والمكان، والسبب في اختلاف النظام العام من مجتمع لآخر ترجع إلى تنوع مقتضيات النظام العام من مجتمع لآخر، والسبب كذلك في نسبية النظام العام من حيث الزمن هو تغير مقتضيات النظام العام من زمن إلى آخر، وهذا ما يؤكد استحالة تحديد النظام العام مسبقا ويترك تحديده إلى القاضي.

---

[1]- البستاني سعيد (يوسف)، القانون الدولي الخاص، تطور و تعدد طرق حل النزاعات الخاصة الدولية، تنازع القوانين، المعاهدات، التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2004، ص 227.

تؤكد سائر التشريعات[1] على أنه إذا كان القانون الأجنبي مخالفا للنظام العام وجب استبعاده، و هو الحل المستقر عليه عند كافة التشريعات التي لم تنص عليه صراحة، فيطبقه القضاء في إجماع و تواتر في القانون الفرنسي والإنجليزي والأمريكي وغيرهم.

بصدد توفر مقتضى من مقتضيات النظام العام هناك العديد من التطبيقات القضائية، والتي أثبت فيها القضاء بأنه لإعمال الدفع بالنظام العام لابد من توفر مقتضى من مقتضيات النظام العام ومن الأمثلة على ذلك ما توجهت إليه مثلا المحاكم المصرية في قضيتين تتعلقان بالميراث.

تتمثل وقائع **القضية الأولى:**[2] في وفاة شخص تركي الجنسية عن ابن وبنت، وهم جميعا مسلمون، رفع الابن دعوى على البنت أمام محكمة القاهرة طالب فيها باستحقاق نصيبه في الثلثين من تركة المورث وفقا لقاعدة الميراث في الشريعة الإسلامية التي تقضي للذكر مثل حظ الأنثيين، وهي الشريعة الواجبة التطبيق على التركة لأن قواعد القانون التركي تخالف النظام العام في مصر، ولأن أموال التركة عقارات في مصر، والعقار يخضع لقانون موقعه وفقا للمادة 18 من القانون المدني المصري، ولأن معاهدة الإقامة بين مصر وتركيا وإن كانت تقضي بتطبيق القانون التركي على مواريث الأتراك إلا أن ذلك مشروط بعدم تعارض أحكامه مع النظام العام في مصر، لم تأخذ المحكمة بهذا النظر وقضت بتطبيق القانون التركي على التركة و باستحقاق المدعي لنصف التركة فقط مستندة إلى النقاط التالية: أولا- أن المادة 875 فقرة أولى من القانون المدني المصري و هي تقضي بأن تسري في شأن التركات أحكام الشريعة

---

[1]- مثال: المادة 36 من القانون المدني التشيكي لسنة 1963 و المادة 6 من القانون المدني البولوني لسنة 1960، والمادة 6 من القانون المدني البرتغالي لسنة 1966 و المادة 7 من القانون المدني المجري لسنة 1979، والمادة 5 من القانون المدني التركي لسنة 1982، و المادة 4 من القانون المدني اليوغسلافي لسنة 1982، والمادة 142 من قانون الأسرة لسنة 1985 البلغاري، و المادة 6 من القانون المدني الألماني لسنة 1986 والمادة 17 من القانون المدني السويسري،عبد العال محمد (عكتاشة)، تنازع القوانين...، مرجع سابق، ص553.

[2]-عبد الله(عز الدين)، إتجاهات القضاء في تطبيق قواعد الإسناد في مواد الأحوال الشخصية، مجلة القانون والاقتصاد، مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة، مصر، السنة24، العدد 1-2، مارس وأفريل 1954، ص ص51-134، ص ص33-34.

الإسلامية و القوانين الصادرة في شأنها، خاصة بالمصريين ولا تهدم قاعدة الإسناد الواردة في المادة 17 مدني.

ثانيا- و أن مجرد الاختلاف في أنصبة الورثة ما بين القانون الأجنبي و القانون المصري، لا يجعل الأول مخالف للنظام العام في مصر، والقول بتطبيق القانون المصري في حالة توافر هذا الاختلاف من شأنه هدم قاعدة الإسناد الواردة في المادة 17 مدني، خاصة أن قواعد الشريعة الإسلامية و القوانين المستمدة منها تجيز حرمان بعض الورثة أو إنقاص نصيبهم أو إيثار بعض الورثة على بعض بتصرفات مشروعة كالهبة و الوصية.

ثالثا- أن المادة 18 مدني خاصة ببيان حكم الميراث كسبب من أسباب الملك فقط.

رابعا- أنه ليس هناك أي تعارض بين معاهدة الإقامة المعقودة بين مصر و تركيا فيما تقضي به من تطبيق القانون التركي إلا إذا تعارض مع النظام العام في مصر، وبين القاعدتين المقررتين في المادتين 17 و 28 من القانون المدني (حكم محكمة القاهرة الابتدائية الصادر في 4 نوفمبر 1952 في القضية رقم 177 لسنة 1951 أحوال شخصية).

تتلخص وقائع **القضية الثانية:**[1] والتي عرضت على نفس المحكمة في أن فرنسيا جزائري الأصل إسرائيلي الديانة توفي فرفعت زوجته دعوى تطالب فيها بمؤخر صداقها و بالنفقة التي لها في التركة و إبنها المشمول بولايتها، فرأت المحكمة أن القانون الواجب التطبيق هو القانون الفرنسي، وأنه وفقا لقواعد الإسناد الداخلي في هذا القانون يخضع الجزائريون الإسرائيليون للشريعة الموسوية، فدفعت النيابة بتعارض أحكام هذه الشريعة مع النظام العام المصري لأنها تحرم الزوجة من الميراث اكتفاءا بحقها في النفقة، ولأنها تحرم البنات من الإرث متى وجد ذكور، لكن المحكمة لم تأخذ بهذا الدفع وقالت أن مجرد اختلاف شريعة معينة أو قانون معين مع الشريعة الإسلامية أو مع قانون آخر من القوانين المصرية لا يؤدي في ذاته إلى اعتبار الأحكام المغايرة لأحكام الشريعة الإسلامية أو القوانين المصرية الأخرى مخالفة للنظام العام في مصر،

[1]-عبد الله(عز الدين)، إتجاهات القضاء في تطبيق قواعد الإسناد في مواد الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص34.

والقول بغير ذلك يجعل قاعدة الإسناد المنصوص عليها في المادة 17 مدني لغوا، وهذا الحكم صدر بتاريخ 29 أفريل 1952 في القضية رقم 2394.

يظهر من خلال الحكمين الصادرين على المحكمة أنه تم إعمال قانون جنسية المتوفى، غير أن النظام العام في بلد القاضي قد يتدخل لتعارض بعض أحكام القانون الأجنبي الواجب التطبيق مع مقتضيات النظام العام في دولة القاضي.

لكن متى يتحقق هذا التعارض؟ هناك من يرى أن مجرد اختلاف القانون الأجنبي مع قانون القاضي في بيان الورثة و تحديد مراتبهم و درجاتهم وأنصبتهم لا يمس بذاته النظام العام، ولو أن تنظيم علاقات الأسرة وما يتصل بها في كل مجتمع يعتبر تنظيما للمصالح الاجتماعية فيه، وذلك لأن هذا التنظيم يوجهه المشرع في الأصل إلى من يخضعون لسلطان القانون الوطني دون اللذين يخضعون لسلطان القانون الأجنبي، ولكن إذا بلغ هذا الاختلاف حد المساس بحماية المصالح الاجتماعية في بلد القاضي وجب تعطيل تطبيق القانون الأجنبي، و لقد عرض بعض الفقهاء الأحكام التي يمكن أن يعتبر تعارضها مع قانون القاضي من شأنه تحريك الدفع بالنظام العام، من ذلك الأحكام التي تقضي بحرمان الإناث من الميراث أو بتمييز الابن الأكبر، والحرمان من الميراث على أساس اختلاف الدين أو الجنس أو قتل المورث، وتقرير الميراث للولد الطبيعي أو حرمانه منه، الأمر الذي قد يختلف من دولة إلى دولة.[1]

يبدو من خلال الحكمين السابقين بأن مجرد اختلاف أحكام القانون الأجنبي مع أحكام الشريعة الإسلامية و القانون المصري في شأن بيان الورثة ومراتبهم و درجاتهم وحالات الحجب لا يتوافر معه التعارض مع النظام العام المصري، ومن ثم يطبق القاضي المصري أحكام القانون الأجنبي رغم ذلك الاختلاف ودلك لأنه في نظره غير مخالف لمقتضى من مقتضيات النظام العام المصري.

لكن إذا رجعنا إلى الحكم السابق الصادر بتاريخ 4 نوفمبر 1952 نلاحظ بأن الشخص المتوفى تركي الجنسية و ديانته الإسلام، و بالنسبة للورثة كذلك مسلمين، وبالتالي كان لابد من استبعاد القانون الأجنبي وهو القانون التركي لأنه تختلف أحكامه مع أحكام الميراث في الشريعة الإسلامية، وأحكام المواريث يتقيد بها المسلمون حتما،

[1]-عبد الله(عزالدين)، إتجاهات القضاء في تطبيق قواعد الإسناد في مواد الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص34.

خاصة في دولة دينها الإسلام و عليه أرى أنه قد أخطأ قاضي الحكم عندما أقر في حكمه أن مجرد الاختلاف في أنصبة الورثة ما بين القانون الأجنبي والقانون المصري، لا يجعل الأول مخالفا للنظام العام في مصر، والقول بتطبيق القانون المصري في حالة توافر هذا الاختلاف من شأنه هدم قاعدة الإسناد الواردة في المادة 17 مدني، فهذا الاختلاف ذاته هو الذي يمس مصلحة الجماعة المصرية و ذلك لأن الإسلام يعتبر دين الدولة، كما أن القول بهدم قاعدة الإسناد ليس في محله وذلك لأن وجود حالة مثل هذه والتي تؤدي إلى المساس بمصلحة الجماعة في مصر، الأولى هو عدم الأخذ بهذه القاعدة و استبعاد القانون الأجنبي.

أما بالنسبة للحكم الثاني أرى كذلك أن قاضي الحكم قد أخطأ بتطبيقه لهذا القانون الأجنبي ليس فقط لمخالفته للنظام العام في مصر ومخالفته للشريعة الإسلامية ولكن لأنه يمس بالمبادئ الإنسانية، فحرمان البنت من الإرث بوجود الذكور يعتبر تمييز بين الجنسين، وكذلك حرمان الزوجة من حقها من الميراث اكتفاءا بحقها في النفقة يعتبر مساس بحقوق المرأة.

تشير معظم التشريعات إلى أنه يلزم أن يكون تعارض صارخ و تنافر بين، بين القانون الأجنبي و الأسس الجوهرية التي يقوم عليها قانون القاضي، لكن هل يلزم أن تكون هناك رابطة بين النزاع ودولة القاضي حتى يتدخل النظام العام كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي.

ثمة اتجاه يسانده الفقه والقضاء في ألمانيا و سويسرا ، يذهب إلى اشتراط وجود رابطة أو صلة بين قانون القاضي و المنازعة المطروحة على القاضي، فلا يمكن للقاضي أن يتمسك بفكرة النظام العام ليستبعد القانون الأجنبي إذا انعدمت هذه الصلة[1]، فإعمال النظام العام في هذه الحالة سيؤدي حسب رأي أنصار هذا الاتجاه إلى تعطيل عمل قواعد الإسناد أو قواعد التنازع في دولته في خصوص مسألة لا تعنيه لا من قريب و لا من بعيد بالإضافة إلى ذلك فإن القرار الذي سيصدر لا تكون له أي فعالية.

يرى جانب أخر من الفقه إلى أن إعمال الدفع بالنظام العام لا يتطلب وجود رابطة

[1]- Lagarde (Paul), Ordre public, op.cit, p 4; Lagarde(Paul), Recherche sur l'ordre public en droit international privé, op.cit, pp56-59.

بين النزاع و دولة القاضي الناظر في النزاع، وهذا مثلا ما توجه إليه التشريع التونسي حيث كان صريحا في ذلك فنص في المادة 36 الفقرة 3 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي: (لا يخضع الدفع بالنظام العام لمدى قوة ارتباط النزاع بالنظام القانوني التونسي)، تلزم الصمت معظم التشريعات العربية، حيث لا تنص صراحة على أن إعمال الدفع بالنظام العام يتطلب وجود رابطة بين النزاع ودولة القاضي الناظر في النزاع، فإذا رجعنا إلى نص المادة 28 من القانون المدني المصري السابق الإشارة إليها، وكذلك المادة27 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي (لا يجوز تطبيق أحكام قانون عينته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام تخالف الشريعة الإسلامية أو النظام العام أو الآداب في دولة الإمارات لعربية المتحدة) [1].وكذلك ما هو مقرر في القانون المدني السوري الصادر بتاريخ 18 جانفي 1949 بالمرسوم التشريعي رقم 84 لسنة 1949في المادة 30 " لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته النصوص السابقة، إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو للآداب في سورية"[2]، و المادة 29 من القانون المدني الأردني: (لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام تخالف النظام العام أو الآداب في المملكة الهاشمية).[3]

يكفي في نظر التشريعات العربية لاستخدام النظام العام كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي أن يكون القضاء الوطني مختصا، فمجرد رفع النزاع أمام محاكم الدولة، يفترض أنها مختصة بنظر النزاع و كاف وحده للقول بارتباطها بإقليم دولة القاضي و استبعاد القانون الأجنبي باسم النظام العام.

يعود ظهور هذا الشرط أي وجود رابطة إلى الفقه الألماني في نهاية القرن، حيث أن عامل الربط هذا يمثل بالنسبة إليهم ضابط احتياطي، يوجب على القاضي تطبيق القواعد المادية في قانونه، حيث يتم بموجبها تكملة عدم كفاية قواعد الإسناد ، وطالما

---

[1]- نقلا عن الموقع: www.b7st.com

[2]- نقلا عن: اللافي (محمد المبروك)، تنازع القوانين...، مرجع سابق، ص275.

[3]- نقلا: المصري هاشم وليد(محمد)، محاولة لرسم معالم النظام العام الدولي العربي بمفهوم القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص145.

أن النظام العام في القانون الدولي الخاص ما هو إلا استثناء على قواعد الإسناد، فعلاقة الربط مع إقليم القاضي ما هي إلا عنصر كاشف للمساس بالنظام العام.[1]

اشتراط وجود هذه الرابطة في الفقه الألماني ساعد على ظهور مفهوم جديد للنظام العام وهو النظام العام القريب من قانون القاضي، و يؤدي هذا المفهوم إلى نتيجة أساسية تتمثل في وجود حالات بعيدة عن إقليم القاضي سوف يحكمها القانون الأجنبي الذي يرفض تطبيقه في حالات مماثلة قريبة من إقليم القاضي.

في فرنسا و على النقيض مما يفعله القضاءان الألماني و السويسري، لم يضع القضاء مبدأ عاما جعل فيه استبعاد القانون الأجنبي مرهون بوجود هذه الرابطة ، و لكن بالرجوع إلى بعض الأحكام القضائية الصادرة عن القضاء الفرنسي تشترط وجود هذا الربط و ذلك بصفة خاصة في مسائل الأحوال الشخصية كالطلاق و الزواج و البنوة، [2]ومن بين هذه القرارات، ما صدر مؤخرا عن القضاء الفرنسي.

حيث صدر قرار عن محكمة النقض الفرنسية الغرفة المدنية الأولى بتاريخ 10 ماي 2006 [3]، و الذي من خلاله يمكن تحديد موقف القضاء الفرنسي من اشتراط وجود

---

[1] – يوسف(فتيحة)، النظام العام والعلاقات الأسرية في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص217.

[2]- Lagarde(Paul), Ordre public, op.cit, p5.

[3]- la cour de cassation, 1re civ, 10mai 2006, Recueil Dalloz, 30 novembre 2006, n 42, pp 2890-2894, p2890, Note : Kessler(Guillaume),Salame(Georgette).

بعض ما جاء في القرار:

« la cour : sur le moyen qui est recevable, pris en ses deux branches :-vu l'article 311-14 du code civil, ensemble l'article 3 du code civil ; attendu que la filiation est régie par la loi personnelle de la mère au jour de la naissance de l'enfant ; qu'une loi étrangère qui ne permet pas l'établissement dune filiation naturelle n'est contraire a la conception française de l'ordre public international, des lors qu'elle n'a pas pour effet de priver un enfant nationalité française ou résidant habituellement en France du droit d'établir sa filiation ;
Attendu que Mmex...., de nationalité algérienne, a donne naissance le 3 mai 2001 en Algerie, a une fille prénommée Leana-Myriam ; qu'en Algérie elle a, le 31 juillet 2002, fait assigner M.Y... devant les juridictions françaises en recherche de paternité naturelle ;
Attendu que, pour écarter la loi algérienne qui ne connaît que l'établissement de la filiation légitime, l'arrêt retient que le principe d'égalité entre enfants légitime et naturel rend la loi algérienne contraire a l'ordre international public français ;
Attendu qu'en statuant ainsi, alors que l'enfant n'a pas la nationalité française et ne réside pas en France, la cour d'appel a viole les textes susvisés ;..... ».

Article 311-14 : « La filiation est régie par loi personnel de la mère au jour de la naissance de l'enfant ; Si la mère n'est pas connue, par la loi personnelle de l'enfant » www.droit.org

رابطة بين النزاع ودولة القاضي و كذلك من أجل تسليط الضوء أكثر على المفهوم الحديث لفكرة النظام العام " **النظام العام القريب من قانون القاضي** ".

تتمثل وقائع هذه القضية في أن امرأة من جنسية جزائرية وضعت مولودة بتاريخ 3 ماي 2001 بالجزائر، بعد مرور سنة من ميلادها توجهت إلى القضاء الفرنسي من أجل رفع دعوى لإثبات نسب الابنة المولودة في الجزائر إلى الأب الطبيعي، محكمة الاستئناف بفرساي بعدما تأكدت بأن القانون الواجب التطبيق هو القانون الجزائري على أساس أنه قانون جنسية الأم وقت ميلاد الطفلة و ذلك حسب ما تنص عليه المادة 311-14 من القانون المدني الفرنسي، فقامت باستبعاد القانون الجزائري على أساس أنه مخالف للنظام العام في فرنسا لكونه لا يساوي بين الولد الشرعي و الولد غير الشرعي، لكن محكمة النقض الفرنسية رأت رأيا مخالفا لذلك، فرأت بأن القانون الجزائري غير مخالف للنظام العام في فرنسا و ذلك لأنه لا توجد علاقة ربط بين الأم والابنة لوجودهما في الجزائر.

استعمل القضاء الفرنسي المفهوم الحديث للنظام العام و المتمثل في (**النظام العام القريب من قانون القاضي**) في مجال إثبات النسب في هذه القضية، فيسمح للطفل المقيم بصورة معتادة في فرنسا أو الذي له جنسية فرنسية عن طريق أمه من إثبات نسبه اتجاه والده الطبيعي.

صدر كذلك قرار عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 25 أفريل 2007 والذي اشترط من خلاله القضاء الفرنسي وجوب وجود رابطة بين النزاع ودولة القاضي لإعمال فكرة النظام العام، تتمثل وقائع القضية في أن (الهاشمي س) مولود بتاريخ 9 ماي 1977 بوهران الجزائر، جاء إلى فرنسا بسنة 1994، تقدم بطلب إصدار شهادة الجنسية بتاريخ 14 فيفري 2001 بناءا على أن الوالد متحصل على الجنسية الفرنسية الذي تم إعادة إدماجه في الجنسية الفرنسية بمقرر بتاريخ 4 مارس 1988، محكمة استئناف باريس رأت بأن نسب الهاشمي منظم بناءا على نص المادة 311-14 من القانون المدني الفرنسي، أي القانون الجزائري، والذي لا يعترف بالنسب الطبيعي،

فطعن بالنقض أمام محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 12 جانفي 2006، محكمة النقض الفرنسية وبتاريخ 25 أفريل 2007 أصدرت قرارها بالرفض.[1]

توجه القضاء الفرنسي و أكد هذا المفهوم أيضا في مجال الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج ، حيث أن القضاء الفرنسي وبموجب خمسة أحكام قضائية صدرت في 17 فيفري 2004، أصبح لا يعترف بالطلاق بالإرادة المنفردة للزوج ، لأن الاعتراف به يعتبر مساس بمبدأ المساواة بين الجنسين على أساس اتفاقية حقوق الإنسان هذا من جهة، كما أكدت هذه القرارات بأن انحلال الزواج بالإرادة المنفردة للزوج لا يعترف به باسم النظام العام القريب من النظام القانوني الفرنسي، وهذا بسبب توطن الزوجة بفرنسا.[2]

استعمل القضاء الفرنسي ليومنا هذا فكرة نظام العام القريب من قانون القاضي، أو اشتراط وجود رابطة بين النزاع ودولة القاضي من أجل ضمان الطلاق لشخص مقيم بفرنسا[3]، أو حتى يتمكن الطفل المقيم بصورة معتادة في فرنسا أو الذي له جنسية فرنسية عن طريق أمه من إثبات نسبه اتجاه والده الطبيعي، أو من أجل المحافظة على

---

[1]- La cour de cassation (1re ch. Civ), 25 avril 2007,Revue critique de droit international prive,Edition Dalloz, Paris, Janvier- Mars 2008, pp81-88, p81, Note : Lagarde(Paul).

جاء في القرار مايلي:

« ....n'a pu bénéficier de l'effet collectif attaché a la réintégration de son père dans la nationalité française l'enfant d'une mère algérienne qui ne produit pour établir sa filiation paternelle qu'un acte de naissance mentionnant le nom du père. En effet, la loi algérienne applicable a la filiation naturelle, n'est pas contraire a l'ordre public, des lors que l'enfant résidait en Algérie a la date de la déclaration de réintégration de son père..... »

[2]-سبق الإشارة في الفصل الأول.

[3]- هذا ما توجهت إليه محكمة النقض الفرنسية بقرار صادر بتاريخ 1 أفريل 1981، ففي دعوى طلاق رفعتها زوجة فرنسية متوطنة في فرنسا على زوجها الاسباني المتوطن في اسبانيا، كان القانون الواجب القانون الاسباني ، مع الإشارة إلى أن القانون الإسباني كان يمنع الطلاق، ولكن تطبيقا لنص المادة 310 الفقرة 3 من القانون المدني الفرنسي التي تجعل الاختصاص للقانون الاسباني ، رأت محكمة النقض الفرنسية أن هذا القانون يخالف مفهوم النظام العام الفرنسي و الذي يسمح للفرنسي المتوطن بفرنسا رخصة طلب الطلاق؛ عبد العال محمد(عكاشة)، تنازع القوانين...، مرجع سابق، ص583.

حقوق الزوجة الفرنسية أو المقيمة بفرنسا و التي تربطها علاقة زواج بشخص متعدد الزوجات.[1]

يبدو مما سبق أن هناك من يجعل إعمال فكرة النظام العام كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي مرتبط بوجود رابطة بين النزاع ودولة القاضي، لكن ما هو المعيار المعتمد في ذلك؟

يرى جانب من الفقه أنه يقع على القاضي الناظر في النزاع تحديد المعيار الذي تتحقق به الصلة المطلوبة بين دولته و النزاع المطروح، ويتمتع القاضي في ذلك بسلطة تقديرية، وحسب رأيهم بما أن فكرة النظام العام في حد ذاتها يقدرها القاضي، فلا مشكل من أن يحدد كذلك المعيار الذي يحدد الصلة بين النزاع و دولة القاضي الناظر في النزاع ، القاضي في حد ذاته.[2]

لكن إذا رجعنا إلى القرارات القضائية السابقة ومختلف القرارات الصادرة عن القضاء الفرنسي كمثال، نجد بأنه يعتمد في بعض الأحيان الموطن وفي أحيان أخرى يجعل من الجنسية معيارا، لتحديد الصلة بين النزاع و دولة القاضي.

يمكن القول بأن اشتراط وجود رابطة بين النزاع المطروح ودولة القاضي الناظر في النزاع سمح بظهور مفهوم جديد للنظام العام و هو النظام العام القريب من قانون القاضي ولكن للحد من الغموض المحاط بهذا المفهوم، لجأت بعض التشريعات

---

[1] – هذا ماتوجهت إليه محكمة النقض الفرنسية الغرفة المدنية الأولى بتاريخ 6 جويلية 1988، وملخصها أن بعزيز فرنسي يخضع لنظام الأحوال الشخصية للمسلمين (المخصص بموجب المادة 82 من دستور 1949) كان متزوجا بفرنسية، وعند استقلال الجزائر في 1962 لم يفضل الجنسية الفرنسية وأصبح جزائريا، و رغم أنه لا يزال متزوجا تزوج امرأة ثانية في الجزائر و عاد للعيش في فرنسا أين توفي بسبب حادث عمل، فرفعت الزوجة الفرنسية دعوى إبطال الزواج الثاني التي رفضت ، ثم رفعت دعوى ثانية لحل مشكل اقتسام المعاش، فأصدرت محكمة الاستئناف بليون قرار يقضي باقتسامه بين الزوجين، فطعن فيه أمام محكمة النقض الفرنسية التي قررت أن النظام العام الدولي يعارض زواج ثاني يبرم في الخارج و لا ينتج اثاره في مواجهة الزوجة الأول الفرنسية"، كمال (سمية)، دور النظام العام في علاقات الزواج و الطلاق الدولية، مرجع سابق، ص14؛

Bernard(Audit), Droit international privé, 3éme édition, Economica,Paris, 2000, p275.

[2] – عبد العال محمد (عكاشة)، تنازع القوانين...، مرجع سابق، ص579.

إلى النص على الحالات التي يطبق عليها مباشرة قانون القاضي بدلا من القانون الأجنبي وذلك بخلق ما يسمى بالشروط الخاصة بالنظام العام .

المطلب الثاني.

الشروط الخاصة بالنظام العام.

هناك من يرى أنه للخروج من دائرة الغموض التي تتصف بها فكرة النظام العام و الدفع بها، وكذلك للإنقاص من الغموض الذي يحيط فكرة الارتباط بين النزاع و دولة القاضي، وبهدف تحديد الحالات التي يتم فيها التمسك بالدفع بالنظام العام و معرفة ذلك بصورة مسبقة و من أجل حماية الروابط و العلاقات التي يكون فيها أحد الأطراف وطنيا أو مقيما أو متوطنا أو له مركز أعماله في الدولة، تعمد بعض التشريعات إلى تطبيق قانون القاضي في مواجهة القانون الأجنبي، و هذا ما يطلق عليه بالشروط الخاصة بالنظام العام.[1]

فمثل هذه الشروط عادة ما نجدها في القوانين الخاصة بالأسرة أو ما يسمى بمسائل الأحوال الشخصية مثل علاقات الزواج انشاءا و أثارا و انقضاءا، وذلك يرجع إلى ارتباط معظم هذه التشريعات في مسائل الأحوال الشخصية إلى اعتبارات دينية أو اجتماعية.[2]

التشريعات التي تنص على هذا النوع من الشروط عادة ما تتصف بخاصيتين أساسيتين و هما:[3]

- يظهر فيها حدود التسامح التي يبديها قانون القاضي في مواجهة القانون الأجنبي.
- تحديد الرابطة التي يتعين توافرها بين المنازعة المطروحة و قانون القاضي حتى تبرر تدخل قانون القاضي و استبعاد القانون الأجنبي.

---

[1]- Lagarde(Paul), Ordre public, op.cit, pp4-5.

[2]- عبد العال محمد (عكاشة)، تنازع القوانين...، مرجع سابق، ص580.

[3] - Lagarde(Paul), ibid, P4 .

تجعل البعض من التشريعات الصفة الوطنية عند أحد أطراف العلاقة مبررا كافيا في جميع الحالات لتطبيق قانون القاضي و استبعاد القانون الأجنبي.وهذا ما نجده عند مختلف التشريعات العربية بصفة خاصة في علاقة الزواج نشأة و أثارا و انقضاءا.

مثال على ذلك لدينا المادة 14 الفقرة 1 من القانون المدني المصري " إذا كان أحد الزوجين مصريا وقت الزواج فإن القانون المصري هو الذي يحكم الزواج نشأة و آثارا و انقضاءا "[1]، والمادة 15 من القانون المدني السوري " في الأحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين إذا كان أحد الزوجين سوريا وقت انعقاد الزواج، يسري القانون السوري وحده فيما عدا شرط الأهلية للزواج "[2]، كذلك المادة 15 من القانون المدني الأردني " في الأحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين إذا كان أحد الزوجين أردنيا وقت انعقاد الزواج، يسري القانون الأردني وحده فيما عدا شرط الأهلية

---

[1]- تطبيقا لنص المادة 14 من القانون المدني المصري يثور إشكال تحديد القانون المصري، حيث هناك أكثر من قانون مصري، الشريعة الإسلامية و الشريعة المسيحية، والشريعة اليهودية، والرأي الراجح أن القاضي إذ يقرر تطبيق القانون المصري يجب عليه في نفس الوقت أن ينسى أن العلاقة أجنبية أو ذات عنصر أجنبي، ويعتبرها في خصوص النزاع القائم، كما لو كانت وطنية بحتة، ويطبق نفس المعايير التي يطبقها لاختيار شريعة وطنية معينة تنطبق على النزاع وفق أحكام القانون رقم442 لسنة 1955، و ذلك إعمالا لنص المادة 26 من القانون المدني، العمروسي (أنور)، الموسوعة الوافية في شرح القانون المدني...، مرجع سابق، ص80.

ومن أحكام القضاء المصري في هدا الشأن ورد في قرار مايلي:

(عقد الزواج لا يكسب أيا من الزوجين فيما يختص بالطلاق أو التطليق حقا مستقرا بما قد يطرأ بعد إبرامه، مما يكون من شأنه سريان قانون أخر في هذا الخصوص ونص المادة 14 من القانون المدني نص آمر متعلق بالنظام العام يسري بأثر فوري، وهو صريح في أنه يكفي أن يكون أحد الزوجين مصريا وقت الزواج ليكون القانون المصري وحده هو الواجب التطبيق، فإذا كان النزاع المطروح دائرا بين زوج إيطالي و زوجة مصرية، فتحكمه المادة 14 من القانون المدني، ويكون القانون المصري هو القانون الواجب التطبيق، فإذا كان الزوج يهودي الديانة، وكانت الزوجة مسيحية كاثوليكية فإن القانون المصري الواجب التطبيق هو القانون الذي كانت تطبقه المحاكم الشرعية صاحبة الاختصاص العام في مسائل الأحوال الشخصية، وهذا القانون هو ما بينته لائحة ترتيب المحاكم الشرعية التي نصت على أن تصدر الأحكام طبقا للدون في هذه اللائحة و لأرجح الأقوال من مذهب أبي حنيفة، ما عدا الأحوال التي ينص فيها قانون المحاكم الشرعية على قواعد خاصة، فيجب فيها أن تصدر الأحكام طبقا لتلك القواعد ولما كانت المادة 99 من اللائحة قد نصت في فقرتها الأخيرة على حكم من الأحكام الواجبة التطبيق بأن لا تسمع دعوى الطلاق من أحد الزوجين غير المسلمين على الأخر،إلا إذا كان يدينان بوقوع الطلاق الطلاق، فإن دعوى طلاق زوجها إياها تكون غير مسموعة، ولا يترتب على الطلاق آثاره)نقلاعن: العمروسي (أنور)، نفس المرجع، ص ص80-81.

[2]- نقلا عن اللافي (محمد المبروك)، تنازع القوانين...، مرجع سابق، ص272.

للزواج"[1]، مع الإشارة إلى أن المادتين السابقتين المقصودتان في نص المادة تنصان على شروط الزواج و انقضائه و آثاره، و لدينا كذلك المادة 14 من قانون المعاملات المدنية ا لإماراتي الصادر بالقانون الاتحادي رقم 5 لسنة 1985 و القوانين المعدلة له و التي جاء فيها(في الأحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين إذا كان أحد الزوجين وطنيا وقت انعقاد الزواج يسري قانون دولة الإمارات وحده فيما عدا شرط الأهلية للزواج).[2] مع الإشارة إلى أن نص المادة 12 و 13تنصان على شروط الزواج وانعقاده وانقضائه و أثاره. هذا ما توجهت إليه المادة 14 من القانون المدني الليبي الصادر في 28 نوفمبر1953، والتي جاء فيها(في الأحوال المنصوص عليه في المادتين السابقتين إذا كان أحد الزوجين لبيا وقت انعقاد الزواج يسري القانون الليبي وحده، فيما عدا شرط الأهلية)،[3]مع العلم أن المادتين 12 و13 تنصان على شروط الزواج وانقضائه و أثاره.المشرع الجزائري نص كذلك في المادة 13 من القانون المدني على أنه إذا كان أحد الزوجين جزائريا عند انعقاد الزواج يكون القانون الجزائري هو وحده المطبق على انعقاده، وعلى اثاره، وعلى انحلاله.

إذا حللنا هذه النصوص القانونية التي تنص عليها مختلف التشريعات العربية نجد بأن إعمال الدفع بالنظام العام في هذه الحالات رهين بكون أن أحد أطراف العلاقة يحمل الصفة الوطنية، هذا الموقف الذي كان فيه التشريع التونسي صريحا حيث جاءت المادة36 الفقرة2 صريحة إذ تنص " الدفع بالنظام العام مهما كانت جنسية أطراف النزاع".

إذا رجعنا إلى التشريع الفرنسي يبدو في البداية على أنه لم ينص على هذا النوع من الشروط، لكن نجد القانون رقم 93-1027 الصادر بتاريخ 24 أوت 1993 هو الذي تطرق إلى هذا النوع من الشروط الخاصة بالنظام العام.[4]

---

[1]- نقلا عن: المصري هاشم وليد(محمد)، محاولة لرسم معالم النظام العام الدولي العربي بمفهوم القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص163.

[2]- نقلا عن الموقع:www.b7st.com

[3]- نقلا عن الموقع: www.aladel.gov.ly

[4]- La loi n 93-1027 du 24 août 1993 prévoyant le retrait de la carte de résident délivrée à un étranger vivant en état de polygamie ou à un bénéficiaire du regroupement familial ayant fait venir en France une seconde épouse,Lagarde(Paul),Ordre public, op.cit, p5.

تحليلنا لمختلف هذه المواد يجعلنا نتسأل عن الطبيعة القانونية لهذه القاعدة التي قننتها هذه التشريعات ، هل هي قاعدة إسناد مفردة الجانب، أم أنها قاعدة من القواعد ذات التطبيق المباشر، وماهو السبب الذي يجعل المشرع يلجأ إلى هذا النوع من القواعد؟

يرى جانب من الفقه أن الطبيعة القانونية لهذه القاعدة التي قننتها التشريعات العربية هي قاعدة إسناد مفردة الجانب، وليس قاعدة من القواعد ذات التطبيق المباشر، فالقوانين ذات التطبيق المباشر تطبق على كل من يوجد في الإقليم بغض النظر إذا كان أحد الأطراف وطنيا أم لا، وبالتالي يبدو أن الطبيعة القانونية لهذه القواعد أنها قواعد إسناد مفردة الجانب. ولجوء المشرع إلى هذا النوع من القواعد يعتبر ضمان لتطبيق القاضي للقانون الوطني لأن المسألة تتصل باعتبارات أساسية، دينية أو اجتماعية، هذا من جهة، من جهة أخرى فإن لجوء المشرع العربي لهذه الصياغة أي صياغة قاعدة إسناد مفردة الجانب لأنها تحقق نفس الغاية التي يحققها الدفع بالنظام العام وتتفوق عليه من زاوية التحديد و الوضوح، وهي أوصاف تتجرد منها فكرة النظام العام حيث أنها تتميز بالغموض ونسبيتها في الزمان والمكان وعدم انضباطها.[1]

بالرجوع إلى نص المادة 13من القانون المدني الجزائري والنصوص المشابهة له في التشريعات العربية، نجد بأن ما ورد في نص المادة 13 مثلا ما هو إلا إمتياز مقرر لصاح الجزائريين .

المشرع الجزائري و على غرار التشريعات العربية، وكما سبق الإشارة إليه نص في المادة 13 على مايلي:(يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11و12، إدا كان أحد الزوجين جزائريا وقت إنعقاد الزواج، إلا فيما يخص أهلية الزواج).

من خلال هذا النص نجد أن المشرع الجزائري وضع استثناء على قاعدة إخضاع الشروط الموضوعية لصحة الزواج لقانون جنسية الزوجين إذا كان أحدهما جزائريا وقت انعقاد الزواج، فالمشرع الجزائري رفض مزاحمة القانون الأجنبي للقانون الوطني

[1]– غصوب جميل(عبده)، دروس في القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر والتوزيع، بيروت، لبنان،2008،ص212؛ عبد العال محمد(عكاشة)، تنازع القوانين...، مرجع سابق، ص582.

في حكم الشروط الموضوعية لصحة الزواج إذا كان أحد الطرفين جزائريا، فيما عدا شرط الأهلية ، لأن الأهلية تخضع كقاعدة عامة لقانون الجنسية، وعليه إذا تزوج جزائري بإيطالية خضع انعقاد الزواج للقانون الجزائري من حيث كافة الشروط الموضو عية إلا أهلية الزوجة تخضع للقانون الإيطالي.

يقصد من هذه المادة حماية زواج الجزائريين من أجانب بحيث يعتبر صحيح إذا كان وفق القانون الجزائري و لو كان باطلا بمقتضى القانون الأجنبي و العبرة بالجنسية الجزائرية وقت إبرام الزواج، فلقد ضبط المشرع الجزائري الوقت الذي يعتد فيه بقانون الجنسية، و الحكمة من ذلك معالجة مشكل ما يسمى بالتنازع المتحرك.[1]

كذلك الأصل في التشريع الجزائري، هو خضوع أثار الزواج إلى قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج، لكن المادة 13 أوردت استثناء في حالة كون أحد الزوجين جزائريا، بمعنى إدا كان الأصل أن تخضع أثار الزواج الشخصية والمالية لقانون جنسية الزوج وقت إبرام الزواج، لكن استثناء من الأصل إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج تخضع كل أثار الزواج للقانون الجزائري، والملاحظ على هذا النص أنه يقصد الزوجة إذا كانت جزائرية و كان زوجها أجنبيا، و ليس الزوج لأن الزوج إذا كان وحده جزائريا، فإن القانون الجزائري هو الذي يسري وحده بناءا على نص المادة 12 و ليس بناءا على نص المادة 13. [2]

انحلال الزواج في القانون الجزائري يخضع كقاعدة عامة للقانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى، ولكن استثناءا وضع المشرع الجزائري استثناء

---

[1]- يوسف(فتيحة)، قواعد التنازع الدولي في بعض المسائل من قانون الأسرة الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصاديةو السياسية، بن عكنون، الجزائر، الجزء37، 1999، ص ص97-123، ص107.

[2]- عيب على هذا الاستثناء الوارد في نص المادة 13 من حيث أخذه بوقت انعقاد الزواج، فقد لا يطبق القانون الجزائري لا حسب الأصل و لاالاستثناء، مثال ذلك: لو تونسية تزوجت بمغربي في الجزائر، ثم تجنست بالجنسية الجزائرية و ثار نزاع حول الأثار المالية أو الشخصية لعقد الزواج فلن يطبق القانون الجزائري لأن الأصل أن نطبق قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج و ليس قانون جنسية الزوجة، و لن يتم تطبيق الاستثناء لأن الزوجة لم تكن جزائرية وقت انعقاد الزواج، وبالتالي بالرغم من أن الزوجة الجزائرية هي التي رفعت دعوى مطالبة بتطبيق القانون الجزائري فلن يتم تطبيقه؛ أمجد عبد الفتاح(أحمد حسان)، والي(أحمد)، عدالة ضبط الجنسية في تحقيق مصلحة الزوجة الجزائرية، الملتقى الدولي حول تطبيق القانون الأجنبي، جامعة الأغواط، أفريل، 2007/2006، ص ص 1-29، ص22.

على القاعدة يتمثل في انفراد القانون الوطني أي القانون الجزائري بحكم الطلاق إذا كان أحد الزوجين جزائريا، وقت انعقاد الزواج، لكن تطبيق هذا الاستثناء قد يؤدي إلى نتيجة غريبة في حالة ما يكون أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج، و يصبح هو الآخر أجنبيا نتيجة تغيير جنسيته، بحيث يترتب على ذلك أن كلا الزوجين أجنبيين وقت رفع دعوى الطلاق، ومع ذلك يحكم هذه المسألة القانون الجزائري تطبيقا للاستثناء الوارد بالمادة 13، في حين أنه لا يوجد ما يبرر ذلك، أما في حالة كون أحد الزوجين أجنبيين وقت انعقاد الزواج و يصبحا وطنيين أو يكون الزوج جزائريا وقت رفع الدعوى، فيحكم هذه المسالة القانون الجزائري تطبيقا للقاعدة العامة المنصوص عليها في المادة 12 من القانون المدني الجزائري.

يتضح مما سبق أن المادة 13 من القانون المدني الجزائري هي امتياز مقرر لصالح الجزائريين وهو نفس الامتياز الذي كرسته تشريعات الكثير من الدول الإسلامية، ومن الفقه من حاول إيجاد تبرير لهذا الامتياز في الدول الإسلامية، وخاصة بالنسبة للشروط الموضوعية للزواج فقال أن هذا الامتياز من شأنه تصحيح زواج المسلم التابع لإحدى الدول الإسلامية مع أجنبية غير مسلمة تابعة لدولة يبطل زواجها مع أجنبي يختلف معها في الديانة.[1]

لكن هذا التبرير غير مقنع إذ يمكن أن نصل إلى نفس النتيجة بدون الأخذ بهذا الامتياز، فيحكم بصحة زواج جزائري مسلم مع أجنبية غير مسلمة يمنع قانونها الوطني مثل هذا الزواج و ذلك بالرجوع إلى فكرة النظام العام التي بموجبها يستبعد قانونها المختص وفقا لقواعد التنازع العادية، ولذلك يستحسن حذف هذا الامتياز في أي تعديل مستقبلي.[2]

فما ورد في نص المادة 13 من القانون المدني الجزائري، والنصوص المشابهة له في التشريعات العربية مثل نص المادة 14 من القانون المدني المصري، و نص المادة

---

[1]- بلقاسم(أعراب)، أثر العولمة على بعض حلول تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصاديةو السياسية، بن عكنون، الجزائر، الجزء 41، العدد2، 2004، جامعة الجزائر، ص ص22-32، ص32.

[2]- بلقاسم(أعراب)، نفس المرجع، ص ص32-33.

15 من القانون المدني السوري، و نص المادة 15 من القانون المدني الأردني، و النصوص الأخرى المختلفة والتي سبق الإشارة إليها ما هي إلا استثناء أوردته التشريعات العربية و امتياز منحته هذه التشريعات لمواطنيها. فهذا الامتياز يمكن الاستغناء عنه و ذلك بالرجوع إلى فكرة النظام العام.

يمكن القول أن فكرة النظام العام كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي تتطلب شروط عامة، و هي الشروط المتفق عليها من طرف أغلب التشريعات و التطبيقات القضائية و هي أن تشير قاعدة الإسناد الوطنية إلى اختصاص القانون الأجنبي، وان يتوافر مقتضى من مقتضيات النظام العام، أما الشروط الخاصة بالنظام العام فهي شروط غير متفق عليها.

المبحث الثاني.
آثار الدفع بالنظام العام.

يتمثل الأثر العام للنظام العام في أن هذا الأخير يتدخل بصورة رئيسية لإزاحة قانون أجنبي مختص وفقا لقاعدة الإسناد الوطنية، وبما أن الأمر يتعلق بإزاحة قانون فإن القضية تطرح نفسها على مستوى إنشاء الحقوق، أي عدم السماح للقانون الأجنبي بإنشاء حقوق ضمن إقليم قاضي الدعوى إذ كان هذا القانون يتعارض مع نظامه العام ونكون هنا بصدد الأثر السلبي للدفع بالنظام العام أي استبعاد القانون الأجنبي و في هذه الحالة نكون في مواجهة فراغ فأي قانون يحل محل هذا القانون الأجنبي المستبعد؟ (**المطلب الأول**)، من جهة أخرى فإن النظام العام يمكن أن يتدخل لا بمناسبة إنشاء الحقوق و إنما بمناسبة تطبيق حق تم اكتسابه في الخارج، أي أثر الدفع بالنظام العام بالنسبة للحقوق المكتسبة (**المطلب الثاني**).

المطلب الأول.
أثر الدفع بالنظام العام بشأن علاقة تنشأ في دولة القاضي.

يترتب على إعمال فكرة النظام العام بشأن علاقة يراد إنشاءها في دولة القاضي أثر هام يتمثل في استبعاد القانون الأجنبي المختص وفقا لقواعد الإسناد في قانون القاضي وهذا ما يسمى بالأثر السلبي للنظام العام **(الفرع الأول)**، و مقابل ذلك ينشأ أثر ايجابي للأثر السابق يعتبر نتيجة حتمية لاستبعاد القانون الأجنبي المختص و يتمثل في إحلال قانون آخر محل القانون الأجنبي المستبعد **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول.
الأثر السلبي للدفع بالنظام العام.

جاءت المادة 24 من القانون المدني الجزائري بعد التعديل الأخير له بموجب قانون05-10 السابق الإشارة إليها، بنص صريح يقضي باستبعاد القانون الأجنبي المخالف للنظام العام أو الآداب في الجزائر، وعليه فالتعارض الصارخ للقانون الأجنبي مع المبادئ الجوهرية لدولة القاضي يلزم هذا الأخير باستبعاده لتحقيق الحماية لنظامه القانوني، ولكن الإشكال الذي يطرح في هذا المقام هو هل يكتفي فقط بطرح قواعده التي تخرق النظام العام أي الاستبعاد الجزئي للقانون الأجنبي **(أولا)** أم يلجأ إلى الاستبعاد الكلي للقانون الأجنبي **(ثانيا)**.

أولا: الاستبعاد الجزئي للقانون الأجنبي.

ينعقد الإجماع في القانون المقارن، على أنه في حالة استخدام النظام العام كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي فيتم استبعاد فقط الجزء المخالف للنظام العام في دولة القاضي، مع الإبقاء على الأجزاء الأخرى.

هذا الحل أخذت به صراحة بعض التشريعات، من بين هذه التشريعات التشريع التونسي حيث جاء نص المادة 36 الفقرة الرابعة صريح بنصه على أنه: (و لا يستبعد من القانون الأجنبي عند العمل بالنظام العام سوى أحكامه المخالفة للنظام العام في المفهوم الدولي).

أخذ القضاء كذلك بهذا الحل، ومن ذلك القضاء الفرنسي، حيث اعتبر القضاء الفرنسي القاعدة التي تمنع توريث غير المسلم من المسلم مخالفة للنظام العام الفرنسي، وبالتالي استبعدت فقط الجزء المتعلق بمنع توريث المسلم غير المسلم مع الاحتفاظ بمراتب الورثة ونصيب كل منهم.[1]

مثال أخر بالنسبة للقضاء الفرنسي، والذي استخدم فيه فكرة الاستبعاد الجزئي للقانون الأجنبي، قرار صدر بتاريخ 28 نوفمبر2006، عن الغرفة المدنية الأولى، حيث أنه تم الطعن في قرار صادر عن محكمة الاستئناف بتاريخ 18 سبتمبر2003، والدي قضى بالطلاق بين زوجين مغربيين مقيمين بفرنسا، مع دفع الزوج تعويض لزوجته، و استند الزوج في طعنه في هذا القرار على أساس أنه:

أولا: لم يأتي في القرار واضحا ما هو القانون المطبق.

ثانيا: أن القرار الصادر لم يأخذ بعين الاعتبار ما جاء في المادة 4 من الاتفاقية المغربية الفرنسية المبرمة بتاريخ 10 أوت 1981، والمادة 11 من معاهدة لهاي المبرمة بتاريخ 2 أكتوبر 1973.[2]

لكن جاء في القرار الصادر عن محكمة النقض الفرنسية الغرفة المدنية الأولى مايلي: أن محكمة الاستئناف طبقت القانون المغربي و ذلك بناءا على نص المادة 56 فقرة 1 من قانون الأسرة المغربي، فتطبيق القانون المغربي ليس فيه إشكالا و ذلك حسب ما جاء في المادة 9 من الاتفاقية الفرنسية المغربية، و التي تنص على تطبيق

---

[1]- لمصري هاشم وليد(محمد)، محاولة لرسم معالم النظام العام الدولي العربي بمفهوم القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص167؛

Yvon(Loussouarn), Bourel(Pierre), DeVareilles-Smmières(Pascal), Droit international privé, op.cit, p354.

[2]- La cour de cassation(1re ch civ),28 novembre2006,Revue critique de droit international privé,Edition Dalloz,Paris, N3, juillet-septembre2007, p p584-592, p584, Note : Joubert (Natalie).

قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوجين معا بالجنسية و ذلك في انحلال الزواج.أما فيما يخص الآثار المالية للطلاق فلقد طبق القانون الفرنسي، وذلك لأن القانون المغربي الواجب التطبيق غير مطابق للنظام العام في فرنسا فيما يخص أجرة الإيجار و بالتالي يطبق القانون الفرنسي.[1]

استبعدت محكمة النقض الفرنسية في قرارها هذا الجزء فقط المخالف للنظام العام دون الجزء الآخر.

أخذ بالاستبعاد الجزئي للقانون الأجنبي القضاء المصري[2]، وأيضا القضاء الجزائري توجه نفس التوجه في قضية تتعلق بالفوائد، فوفقا للقانون الجزائري المادة 454 من القانون المدني، إذا كانت المسألة المطروحة بين جزائريين، فإن العلاقة القانونية تعتبر باطلة بطلانا مطلقا، أما إذا كانت المسألة تشتمل على عنصر أجنبي

---

[1] - La cour de cassation(1re ch civ), 28 novembre 2006, Note : Joubert(Natalie), op.cit, p584.

جاء في القرار مايلي:

« il ne peut être reproché à une cour d'appel de n'avoir pas précisé la loi dont elle a fait application, dès lors qu'en énonçant que la demande en divorce de la femme avait été appréciée au regard de l'article 56-1 du code de la famille marocain, elle a sans équivoque fait application de la loi marocain régissant les rapports personnels entre époux.
Une cour d'appel qui a souverainement estimé que la loi marocaine, alors applicable, ne permettait pas d'allouer à l'épouse une allocation suffisante après le divorce, en a exactement déduit qu'elle était, sur ce point, contraire à l'ordre public international français ».

[2]- جاء في قرار محكمة استئناف الاسكندرية " ليس صحيحا أن مطلق وجود حكم في القانون الأجنبي يخالف النظام العام في مصريرتب إبطال العمل بالقانون المذكور برمته و إحلال القانون المصري محله، فإن هذا المذهب ليس له من القانون المصري سند، بل هو متعارض مع نص المادة 28 من القانون المدني المصري الذي يجري بأنه(لا يجوز تطبيق أحكام قانون عينته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو الاداب في مصر). و ظاهر أن هذا النص هكذا يقصد عدم جواز التطبيق على الأحكام التي تخالف النظام العام و ليس على القانون ذاته، وترى المحكمة أن القول بغير ذلك تعطيلا لغايات تغياها القانون المصري من تعيين القانون الأجنبي الواجب التطبيق لمطلق اشتمال القانون على حكم يخالف النظام العام أو الاداب، و هو الأمر الذي يعطل ما أراده الشارع الحريص على إعمال القانون الأجنبي في الحالات التي يعينها مع استثنائها باستثناء لا يقبل التوسع أو القياس مما يتعارض مع النظام العام المصري من أحكام هذ القانون " عبد العال محمد(عكاشة)، تنازع القوانين...، مرجع سابق، ص ص600-601.

فيستبعد القانون الأجنبي لاصطدامه بالنظام العام الجزائري، في قضية الحال فإن المسألة تتعلق بقرار أجنبي، والمطلوب من القاضي الجزائري إضفاء الصيغة التنفيذية على القرار الأجنبي الذي أخضع أحد الأطراف لدفع الفوائد زيادة على المبلغ المتنازع فيه، فجاء القرار صريحا و ذلك بعدم إضفاء الصيغة التنفيذية على الجانب المتعلق بالفوائد، لأن ذلك يتعارض مع النظام العام في الجزائر، وبالتالي استبعد فقط الجانب المخالف للنظام العام في الجزائر، و المتمثل في دفع الفوائد.[1]

استبعاد القانون الأجنبي المخالف للنظام العام في دولة القاضي فقط في جزئه المخالف للنظام العام، اتجاه يؤيده أصحابه بمايلي:[2]

-الاستبعاد الجزئي للقانون الأجنبي هو وحده الذي من خلاله تحقق قاعدة التنازع وظيفتها التي وضعها من أجلها المشرع الوطني، و بالتالي يحتفظ للقانون الأجنبي باختصاصه الأصيل، فاستبعاد القانون الأجنبي برمته هو الذي يعد انتهاك لقاعدة الإسناد، و الذي كانت ترغب أصلا في تطبيق القانون الأجنبي.

-الهدف من استبعاد القانون الأجنبي هو منع حدوث تصادم مع النظام الوطني، وبالتالي إذا كان ممكن تفادي هذا الاصطدام بالاستبعاد الجزئي، فيتم استبعاد الجزء المخالف فقط.

-استخدام النظام العام كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي، يجب أن يتم بصورة استثنائية و لا يجب الإسراف فيه.

لكن هناك اتجاه أخر يؤكد بأنه في حال استبعاد القانون الأجنبي لابد من استبعاده كلية

ثانيا: الاستبعاد الكلي للقانون الأجنبي.

---

[1]- قرارصادر بتاريخ 1984/06/23، ملف رقم 32463، قضية(در) ضد (ب س) و زوجته، المجلة القضائية، العدد 1، السنة 1989، ص ص149-152.

[2]- عبد العال محمد(عكاشة)، تنازع القوانين...، مرجع سابق، ص ص602-603.

يؤكد جانب أخر من الفقه على أنه يجب استبعاد القانون الأجنبي المخالف للنظام العام في دولة القاضي استبعادا كليا، أي استبعاد جميع أحكامه دون استثناء، وذلك حتى لو كان يتعارض مع قانون القاضي فقط في جزء معين.

فلو أخذنا المثال السابق في القضاء الفرنسي المتعلق الميراث، فإنه لا يتم استبعاد القاعدة الإسلامية التي تقر بمنع التوارث بين غير المسلم والمسلم لوحدها، وإنما يستبعد القانون العربي الإسلامي برمته، كذلك بالنسبة للقرار الصادر عن القضاء الجزائري والمتعلق باستبعاد فقط الجزء الذي ينص على الفائدة، والذي سبق الإشارة إليه فإنه يتم استبعاد كل الحكم، وبالتالي عدم مهره بالصيغة التنفيذية كلية.

يبرر أصحاب الرأي القائل بالاستبعاد الكلي للقانون الأجنبي المخالف للنظام العام في قانون القاضي، في حكم من أحكامه بمايلي:[1]

-يجب النظر إلى القانون الأجنبي كوحدة واحدة، فاستبعاد الجزء المخالف للنظام العام و الإبقاء على الجزء الآخر يعتبر تشويه لهذا القانون مما يؤدي إلى تطبيقه بصورة مخالفة لإرادة المشرع الأجنبي المصدر لهذا القانون.

- الأخذ بالاستبعاد الجزئي للقانون الأجنبي يعتبر مخالفة لقاعدة الإسناد في قانون القاضي، فالمشرع الوطني عندما يضع قاعدة تنازع معينة يكون هدفه هو تطبيق أكثر القوانين اتصالا بالعلاقة وبالتالي تطبيق القانون الأكثر تحقيقا للعدالة، وهذا لا يتحقق إلا بتطبيق القانون الأجنبي كاملا.

استقر القضاء الفرنسي على هذا الرأي في شأن العقود التي تتضمن شرطا باطلا و كان هذا الشرط جوهريا بحيث لا يستقيم العقد بدونه، فيعتبر العقد برمته باطلا.

الرأي الراجح هو الاستبعاد الجزئي للنظام العام، لكن هناك حالات يجب فيها استبعاد القانون الأجنبي برمته، وذلك لارتباط كل أجزاء القانون الأجنبي و بالتالي يصعب استبعاد جزء دون الجزء الآخر مثال ذلك: إذا كان القانون الأجنبي المختص بحكم النزاع يجيز الزواج مع اختلاف الدين و كان الزوج غير مسلم و الزوجة مسلمة

[1]- غصوب جميل(عبده)، دروس في القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر والتوزيع، بيروت، لبنان،2008، ص214.

فإن إعمال نص القانون الذي يقضي بصحة الزواج مع اختلاف الدين يصطدم مع النظام العام في لبنان أو سوريا أو مصر أو الجزائر، بناءا على ذلك يتوجب على القاضي عدم الأخذ به أي استبعاده من التطبيق و إعمال قانونه بدلا عنه مما يترتب على ذلك منع قيام الزوجية، مما يعني استبعاد القانون الأجنبي المختص بأكمله.

مثال أخر ما توجهت إليه محكمة النقض الفرنسية، في قضية "باتينو"، حيث استبعدت القانون البوليفي لمخالفته النظام العام الفرنسي كونه يمنع التفريق الجسماني بين الأشخاص، وطبقت بدلا منه القانون الفرنسي ليس فقط فيما يخص السماح للزوجين بالانفصال، وإنما في يخص مسألة النظام المالي لهما ايضا .[1]

استبعاد القانون الأجنبي كلية أو جزئيا يستتبع بالضرورة تطبيق قانون أخر محله، و هذا ما يسمى بالأثر الإيجابي للنظام العام.[2]

المشرع الجزائري ومن خلال نص المادة 24 المعدلة إلتزم الصمت، حيث لم يوضح إدا كان الاستبعاد جزئيا أم كليا.

الفرع الثاني.
الأثر الإيجابي للدفع بالنظام العام.

إن الأثر السلبي للدفع بالنظام يقترن دائما بأثر إيجابي، فيتمثل الأثر الايجابي للنظام العام في إحلال قانون آخر محل القانون الأجنبي المستبعد، ليتمكن القاضي من البت في النزاع فما هو القانون البديل؟

اختلفت الآراء حول القانون البديل حيث عمل بعض الفقه على:

---

[1]- المصري وليد هاشم (محمد)، محاولة لرسم معالم النظام العام الدولي العربي بمفهوم القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص167؛

Yvon(Loussouarn), Bourel(Pierre), Devareilles-Sommières(Pascal), Droit international privé, op.cit, pp354-355, Mayer(Pièrre), Droit international privé, 5éme édition,Delta, Libanon, 1994, p147.

[2]- غصوب جميل(عبده)، دروس في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 218.

أولا: الأخذ بنص بديل في القانون الأجنبي.

يذهب القضاء الألماني إلى ضرورة البقاء في دائرة القانون الأجنبي المستبعد لأنه صاحب الاختصاص الأصيل الذي أشارت إليه قاعدة التنازع، فإذا كان هذا القانون مخالفا للنظام العام لدولة القاضي وجب على هذا الأخير البحث عن نص بديل في القانون الأجنبي نفسه يكون متوافقا مع النظام العام وعند عدم وجود هذا النص إطلاقا يمكن تطبيق قانون القاضي.

يستند هذا الحل إلى مبررات تبدو منطقية، فهي تقوم على الصفة الاستثنائية للدفع بالنظام العام و الحرص على وظيفة قاعدة الإسناد و عدم إهدارها بإحلال القانون الوطني بمجرد ظهور تعارض القانون الأجنبي الذي عينته مع النظام العام لدولة القاضي، و عليه يمكن القول أن هذا الاتجاه يرتكز على مجموعة من الحجج[1] ومن أهمها مايلي:

- استخدام فكرة النظام العام كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي، لا يعني بالضرورة تطبيق قانون القاضي محل القانون المستبعد، فالدفع بالنظام العام تعتبر وسيلة استثنائية، والأصل هو تطبيق القانون الأجنبي، وبالتالي يجب الرجوع إلى القانون الأجنبي بذاته محاولة لسد الفراغ.

- الرجوع للقانون الأجنبي في حد ذاته محاولة لسد الفراغ، يعتبر احتراما للقانون الأجنبي، و من ثم احترام قاعدة الإسناد الوطنية لأنها هي التي أشارت إلى تطبيق القانون الأجنبي.

- تطبيق قانون القاضي في حال استبعاد القانون الأجنبي يؤدي إلى تطبيق قانون لم يكن يتوقعه أطراف العلاقة، وبالتالي يستحسن الرجوع إلى القانون الأجنبي في حد ذاته.

---

[1]- مصري وليد هاشم (محمد)، محاولة لرسم معالم النظام العام الدولي العربي بمفهوم القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص168.

إلا أنه رغم هذه الامتيازات وجهت لهذا الاتجاه عدة انتقادات من أهمها مايلي[1]:

-الأخذ بهذا الحل يؤدي إلى منح القاضي سلطة مشابهة لسلطة المشرع الذي يعود له فقط الحق في تحديد ما يجب تطبيقه من القانون الأجنبي وما يجب استبعاده.

-إن اختيار القاضي في القانون الأجنبي لنص مشابه بدلا من النص المعارض للنظام العام يؤدي إلى تطبيق قاعدة قانونية في غير النزاع الذي وضعت لأجله.

- يجب إعطاء الأولوية لنص بقانون القاضي وضع خصيصا لمواجهة النزاع المطروح على القاعدة الأجنبية التي لم توضع أصلا لمواجهة النزاع المطروح.لذلك يتم الإجماع على هذا الرأي.

الرأي السابق في ألمانيا و الذي يتمثل في البحث في القانون الأجنبي المختص عن قاعدة قانونية أخرى تحل محل القاعدة القانونية المستبعدة، كان محل تطبيق القضاء الألماني، إذ قررت محكمة الرايخ الألمانية في سنة 1922 بصدد تقادم دين أن القانون السويسري الذي يمنع تقادم الدين ينبغي أن يستبعد من طرف القاضي لمخالفته للنظام العام، وأن يخضع هذا الدين لأطول مدة تقادم ينص عليها القانون السويسري نفسه، وبذلك فإن المحكمة العليا الألمانية لم تحل القانون الألماني الخاص بتقادم الدين محل القانون السويسري المستبعد.[2]

يعتبر كل من الأستاذان (باتيفول و لاغارد) أن هذا الحل الذي تبناه الفقه و القضاء في ألمانيا هو حل شاذ لأنه يتنافى مع المبدأ القاضي بتطبيق القانون الأجنبي كما هو، إذ يرى الأستاذ (بلقاسم أعراب) أن تطبيق القاضي الوطني للقانون الأجنبي في غير الحالات التي يرى المشرع الأجنبي إخضاعها لحكمه ينطوي على تحوير لهذا القانون و تغيير لطبيعته.[3]

---

[1]- المصري وليد هاشم(محمد)، محاولة لرسم معالم النظام العام الدولي العربي بمفهوم القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص169؛ الهداوي(حسين)، القانون الدولي الخاص...، مرجع سابق، ص190

[2]- Bischoff(Jean-Marc),La compétence du droit français dans le règlement des conflits de lois, Paris,1959, p178, Mayer(Pierre), Droit international privé, op.cit, p147.

[3]- بلقاسم (أعراب)، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص181

ثانيا: تطبيق القانون الأقرب للعلاقة.

يرى جانب أخر من الفقه أنه من الأحسن تطبيق القانون الأقرب في أحكامه إلى القانون المستبعد، وذلك باللجوء إلى قاعدة إسناد احتياطية في قانون القاضي، مثال على ذلك أن يتم تطبيق قانون موطن الشخص في مسائل الأحوال الشخصية في الحالة التي يكون فيها قانون الجنسية مخالفا للنظام العام في دولة القاضي، وهذا القانون البديل قد يكون قانونا أجنبيا كما قد يكون هو قانون القاضي نفسه بأن يطبق منه القواعد الأقرب في مضمونها إلى القانون الذي تم استبعاده، فيما يخص القانون الأجنبي الذي يقرر عدم انقضاء حق معين بمرور الزمن فإنه يمكن الرجوع إلى قانون القاضي نفسه و ليس إلى القانون الأجنبي المستبعد كما ذهب إلى ذلك القضاء الألماني، ونطبق النص القانوني في قانون القاضي الذي يكرس أطول مدة تقادم تنقضي بها الحقوق.[1]

تعرض هذا الاتجاه أيضا إلى انتقادات من بين أهم هذه الانتقادات:[2]

- اللجوء إلى الضوابط الاحتياطية عند استبعاد القانون الأجنبي المختص لتشير إلى تطبيق قانون أخر له صفة القانون الملائم، هذا غير مقبول، وهذا ما يؤدي إلى تعطيل عمل النظام العام كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي، كما أن تطبيق قانون القاضي في هذه الحالة يفي بالغرض.

-الأولى هو عند استبعاد القانون الأجنبي، يفتش القاضي في نصوصه القانونية عن الحل الملائم وليس في قانون أخر.

القول بهذا الرأي يؤدي إلى وقوع إشكال في حالتين.[3]

الحالة الأولى: تفترض أن قاعدة الإسناد الوطنية لبلد معين وليكن تونس أشارت إلى تطبيق قانون أجنبي، وليكن القانون الفرنسي، وأحالت قواعد التنازع فيه إلى قانون دولة ثالثة، وقانون هذه الدولة يقبل الاختصاص، ولكن أحكام هذا القانون مخالفة للنظام

---

[1]- عبد العال محمد (عكاشة)، تنازع القوانين...، مرجع سابق، ص613.

[2]- Mayer(Pierre), Droit international privé, op.cit, p146.

[3]- غصوب جميل(عبده)، دروس في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ص221-222.

العام التونسي، فهل القانون البديل هو قانون القاضي أم القانون الذي أشارت إليه قاعدة التنازع ابتدءا .

الحالة الثانية: قد يعجز القاضي عن إحلال قانون أخر محل القانون الأجنبي المستبعد، وذلك إما لعدم وجود قاعدة قانونية أصلا أو لعدم وجود قاعدة ملائمة.

فيما يخص الحالة الأولى، يستحسن الرجوع إلى القانون الذي أشارت إليه قاعدة التنازع الأولى، أما في الحالة الثانية فيتم اللجوء إلى المبادئ العامة في قانونه أو في القوانين الأجنبية.

ثالثا:تطبيق القانون الطبيعي.

تنص المادة الأولى من القانون المدني الجزائري: (يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها.

و إذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف.

فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي و قواعد العدالة).

يتضح من نص المادة أنه توجد حالات لا يوجد فيها حل لا في القانون الأجنبي و لا في قانون القاضي في هذه الحالة نلجأ إلى القانون الطبيعي، ولقد استشهد الأستاذ (لاغارد) لشرح مفهوم القانون الطبيعي بقرار يعلن بأنه من الأمور المخالفة للنظام العام ألا يتمكن شخصان من عقد زواجهما بسبب عدم وجود مسؤول ديني عائد لطائفتهما في مكان العقد، فلا يستند هذا القرار لأي قانون وضعي و إنما يتدخل النظام العام لكي يسمح فقط بتطبيق مجرد مبادئ عامة.[1]

رابعا:تطبيق قانون القاضي[2].

---

[1]- Issad(Mohand), Droit international privé, op.cit, pp201-202.

[2]- Graulich(Paul), Principes de droit international prive,coflit de lois, conflit de juridictions,Dalloz, Paris,1961,p162 ; Mayer(Pierre), Droit international privé, op.Cit, p147 ;

عبد الرحمان جاد(جابر)، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ص90-91.

تكاد تجمع أغلب التشريعات و من بينها التشريع الإماراتي، حيث جاء في نص المادة 28 من قانون المعاملات المدنية الصادر بالقانون الاتحادي رقم 5 لسنة 1985و القوانين المعدلة له أن(يطبق قانون دولة الإمارات العربية المتحدة إذا تعذر إثبات وجود القانون الأجنبي الواجب التطبيق).[1]وهذا ما أشارت إليه المادة 38 من القانون المدني القطري، القانون 2004/22 و التي جاء فيها(لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته المزاد السابقة إذا كانت هذه الأحكام تخالف النظام العام أو الآداب في قطر و يتعين في هذه الحالة تطبيق القانون القطري).[2]بالإضافة إلى تشريعات أخرى و التي نصت صراحة على ذلك. [3]

اتجهت أغلب التطبيقات القضائية المختلفة على تطبيق القانون الوطني عندما يتم استبعاد القانون الأجنبي باسم النظام العام، و عليه يتعين إحلال قانون القاضي محل القانون الأجنبي، و ذلك سواء تم استبعاد القانون الأجنبي بصفة كلية، أو تم استبعاد فقط الجزء المخالف للنظام العام.

تطبيق قانون القاضي محل القانون الأجنبي المستبعد، قد يعتبر الحل الأمثل، إذ أخذت به أغلب التشريعات، و ذلك يرجع أكيد إلى أسباب معينة ومن بينها:

– إن الهدف الأساسي من استخدام فكرة النظام العام كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي، هو المحافظة على المبادئ الجوهرية لقانون القاضي، وهذه الحماية ستتحقق أكثر بإحلال قانون القاضي محل القانون الأجنبي.

---

[1]- نقلا عن الموقع: www.b7st.com.

[2]- نقلا عن الموقع: www.gcc-legal.com

[3]– القانون الكويتي في المادة 73 من القانون المدني الكويتي رقم 5 لسنة 1961التي تنص: "لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته النصوص الواردة في هذا الباب، إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو الآداب في الكويت، ويتعين في هذه الحالة تطبيق القانون الكويتي "، وهو الحل الذي أخذ به صراحة القانون الدولي الخاص التساوي لسنة 1979 في المادة 6 الفقرة 2، والمجري لسنة 1979 في المادة 7 الفقرة3(1)، غصوب جميل(عبده)، دروس في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق،ص222، الهامش،2،أخذ بهذا الحل أيضا التشريع اللبناني، وذلك ما يستنتج من نص المادة 142 الفقرة 2 من قانون أصول المحاكمات اللبناني، حيث أن المشرع اللبناني عبر عن موقفه في الحالة التي يتعذر فيها إثبات مضمون القانون الأجنبي فيكون الاختصاص لقانون القاضي، و بالتالي لا يختلف الحال في حالة الفراغ التشريعي الناجم عن استبعاد القانون المختص أصلا عندما يظهر أنه مخالف للنظام العام اللبناني،عبد العال محمد(عكاشة)، تنازع القوانين...، مرجع سابق، ص ص621-622.

- استبعاد القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد الوطنية، يعني أن القاضي يجد نفسه أمام مسألة بدون حل، في هذه الحالة لابد من تطبيق قانون القاضي.
- الأولى هو تطبيق قانون القاضي، وذلك لأنه مطلع عليه أكثر من أي قانون أخر، و هذا أفضل من البحث عن بديل في القانون الأجنبي بذاته أو في قوانين أخرى.

أثبتت التطبيقات القضائية في معظم الدول بأخذها هذا الحل، و من الأمثلة على ذلك ما توجه إليه القضاء الفرنسي و ذلك في القرار الصادر بتاريخ 28 نوفمبر 2006 الذي سبق الإشارة إليه، حيث تم إحلال القانون الفرنسي محل القانون المغربي في الجزء المستبعد.

و هذا كذلك ما توجه إليه القضاء اللبناني وذلك في القرار الصادر عن محكمة الدرجة الأولى في جبل لبنان " الغرفة الثانية " وذلك بتاريخ 1991/1/29 حيث تم استبعاد القانون الأجنبي الذي يجيز الاعتراف بأولاد الزنا و تم إحلال القانون اللبناني محله.[1]

إحلال قانون القاضي في حالة استبعاد القانون الأجنبي، هل هذا يعني أن قانون القاضي هو الأفضل ؟

يعتبر بعض رؤساء الجمعيات في فرنسا أن تطبيق القانون الفرنسي، بعد استبعاد القانون الأجنبي و الذي في أغلب الأحيان يتمثل في القانون المغربي، وذلك لتواجد عدد كبير من الجالية المغربية في فرنسا،على الرعايا الأجانب و خاصة المغاربة يعتبر ذو فائدة ، خاصة بالنسبة للنساء حيث يحررهن من التقاليد العائلية و من السلطة الأبوية أو سلطة الزوج ، فهو وسيلة للمساواة بين المرأة و الرجل ، حيث

---

[1]- هذا ماتوجه إليه حكم محكمة الدرجة الأولى في جبل لبنان (الغرفة الثانية) أساس رقم 3614 بتاريخ 1991/1/29 وفيه قالت المحكمة "....وحيث يتبين من صورة القانون البرازيلي رقم 883 تاريخ 21 تشرين الأول 1949 أنه يحق للزوجين أثناء الحياة الزوجية الاعتراف بالولد غير الشرعي بموجب وصية سرية، و أنه أيا كان نوع البنوة يرث الولد غير الشرعي كالولد الشرعي و يحق له إقامة دعوى إثبات الأبوة بدون تقييدها بأية مهلة، وورد في القانون 725 تاريخ 14 تشرين الثاني 1974 أنه استنادا إلى حكم اكتسب قوة القضية المقضية يمكن الاعتراف بالولد من قبل الزوج المفترق عن زوجته منذ أكثر من خمس سنوات.

وحيث أن الجهة المعترض عليها تدلي بأن هذه النصوص تتعارض مع الانتظام العام اللبناني و تطلب بالتالي استبعاد القانون البرازلي و احلال القانون اللبناني)؛ عبد العال محمد(عكاشة)، تنازع القوانين...، مرجع سابق، ص558، الهامش2.

تبدي نساء الجيل الثاني أكثر من الرجال رغبتهن في الاندماج في المجتمع الفرنسي سواء من حيث اللغة أو الشكل أو الثقافة أو الدين، لكن هذه الامتيازات التي يرها رؤساء الجمعيات الفرنسية لا تعني بالضرورة أن القانون الفرنسي، أي قانون القاضي في هذه الحالة هو الحل الأفضل، لأن تطبيق هذا القانون على المغاربة و على الجالية الإسلامية بصفة عامة فيما يخص أحوالهم الشخصية يعتبر مخالفا للنظام العام في الشريعة الإسلامية خاصة إذا ما سمح بإقامة علاقة معاشرة أو زواج لواطي أو سمح للمسلمة بالزواج بغير المسلم ، بالرغم من أن هذه المسموحات في نظر القانون الفرنسي تكرس الحرية الشخصية للفرد إلاّ أنها تكون على حساب مصلحة المجتمع الإسلامي، فمسألة زواج المسلمة بغير المسلم تعتبر من موانع الزواج المؤبدة، وهي في نظر القانون الفرنسي تعتبر سبب من أسباب الدفع بالنظام العام.[1]

كذلك في حالة إذا أشارت قاعدة الإسناد الوطنية إلى قانون دولة أجنبية، ثم أحالت قواعد الإسناد فيها إلى قانون دولة ثالثة، في هذه الحالة إذا تبين للقاضي أن أحكام قانون هذه الدولة مخالف للنظام العام، فمن الأفضل الرجوع إلى القانون الأجنبي الذي تعين اختصاصه بناءا على قواعد الإسناد في قانون القاضي، وليس تطبيق قانون القاضي.

يبقى في الأخير الحل الراجح، هو إحلال قانون القاضي محل القانون الأجنبي، و لقد أخد بهذا الحل أغلب التشريعات ومختلف التطبيقات القضائية، هناك من التشريعات التي لم تنص صراحة على هذا الحل ومن بينها مثلا: المادة 35 من القانون المدني اليمني، قانون رقم 14 لسنة 2002 والتي جاء نصها كمايلي(لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي تعين تطبيقه طبقا للنصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام تخالف أحكام الشريعة الإسلامية أو الآداب في الجمهورية).[2]ونص المادة 16الفقرة 2 من قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة 1984 و التي جاء نصها (لايجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام تخالف الشريعة الإسلامية

---

[1]- كمال(سمية)، دور النظام العام في علاقات الزواج و الطلاق الدولية، مرجع سابق، ص17.

[2]- نقلا عن:www.damanat4hr.maktoobblog.com

أو النظام العام أو الآداب في السودان). [1]هذا هو موقف أغلب التشريعات فما هو موقف المشرع الجزائري؟

خامسا:موقف المشرع الجزائري.

اكتفى المشرع الجزائري في نص المادة 24 من القانون المدني لسنة 1975 بتبيان الأثر السلبي للنظام العام، وهذا يعتبر نقص لأنه يجعل العلاقة القانونية بدون قانون يحكمها، لهذا تفطن المشرع الجزائري لهذا العجز و النقص و استدرك ذلك بإضافة فقرة لنص المادة24 من القانون المدني اثر تعديله بقانون رقم 05-10المؤرخ في 20يونيو 2005 حيث نص: (....يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام و الآداب العامة).

أصبح موقف المشرع الجزائري بعد التعديل الأخير صريحا بتبني الأثر الايجابي للنظام العام بإحلال القانون الجزائري محل القانون المستبعد، وبهذا يؤيد أغلبية الفقه الفرنسي والمصري و قضائهما.

إذا رجعنا إلى القضاء الجزائري نجد أن القضاء الجزائري أخذ بهذا الحل حتى قبل التعديل الأخير، فالقاضي قد استبعد القانون الأجنبي المخالف للنظام العام و استخلفه بالقانون الجزائري في المسألة المتعلقة بموانع الإرث، والتي سبق الإشارة إليها والتي منع فيها القضاء الجزائري أن يرث كافر مسلمة مرتكزا في ذلك على مبادئ الشريعة الإسلامية، فالإقرار بعدم توريث الابن لأمه في حد ذاته يعتبر إحلال للقانون الجزائري.

توجه القضاء الجزائري نفس التوجه في قضية أخرى تتعلق بالفوائد، والتي سبق الإشارة إليها أيضا ، قال بعدم إضفاء الصيغة التنفيذية على الجانب المتعلق بالفوائد، لأن ذلك يتعارض مع النظام العام في الجزائر، فيكون القاضي الجزائري قد أحل محل القانون الأجنبي القانون الجزائري.

---

[1]- نقلا عن: www.sudanlaws.net

في هذا القرار الذي رفض فيه القضاء الجزائري إضفاء الصيغة التنفيذية، يتعلق الأمر بقرار أجنبي أريد تنفيذه على الأراضي الجزائرية، هذا ما يدفعنا إلى إثارة فكرة الأثر الإيجابي بالنسبة للأحكام الأجنبية.

سبق الإشارة في المبحث الأول من هذا الفصل إلى أن تنفيذ الأحكام الأجنبية يدخل في إطار القانون الأجنبي، و في أغلب الأحيان يقوم القاضي الوطني برفض تنفيذ الحكم الأجنبي أو الاعتراف به دون أن يحل محله حكما بديلا، كما أنه لا يطبق قانونا أخر محل القانون الذي بالاستناد إليه صدر الحكم الأجنبي فيما لو كان هذا القانون نفسه مخالفا للنظام العام في دولة التنفيذ.

يرى جانب من الفقه أن رفض إعطاء الصيغة التنفيذية لحكم أجنبي، هو بصورة غير مباشرة و بصفة ضمنية يقر إحلال قانون القاضي محله، من الأمثلة التي دفع فيها بالنظام العام عند تنفيذ حكم أجنبي[1]،ما توجه إليه المجلس الأعلى و ذلك في قرار صادر بتاريخ 1989/1/2 في قضية تتعلق بحضانة الأولاد و الذي سبق الإشارة إليه، حيث أنه رفض إعطاء البنتين للأم، يمثل الأثر السلبي، و الأثر الإيجابي هو إسناد حضانة البنتين للطرف المتواجد في الجزائر وهو الأب.

من خلال هذه الأمثلة، يتضح أن القضاء الجزائري أخذ بفكرة الأثر الإيجابي لفكرة النظام العام، أي إحلال قانون القاضي محل القانون الأجنبي، و ذلك حتى قبل تعديل نص المادة 24 من القانون المدني ، لكن تعديل هذا النص بإضافة الأثر الإيجابي يعتبر خطوة إيجابية بالنسبة للتشريع الجزائري، و هذا ما يجعل نصوص القانون المدني الجزائري أكثر وضوحا.

يترتب على إعمال فكرة النظام العام بشأن علاقة يراد إنشاؤها في دولة القاضي أثران، أثر سلبي و يتمثل في استبعاد القانون الأجنبي المختص وفقا لقواعد الإسناد في قانون القاضي، و الثاني هو إيجابي و يتمثل في إحلال قانون القاضي محل القانون الأجنبي المستبعد.

[1]– عبد العال محمد(عكاشة)، تنازع القوانين...، مرجع سابق، ص619.

المطلب الثاني.
أثر الدفع بالنظام العام بالنسبة للحقوق المكتسبة.

قد يتعارض إنشاء مركز قانوني في دولة مع النظام العام، لكن نفس هذا المركز لا تتعارض أثاره مع النظام العام في دولة القاضي لو أن نشوءه أو اكتسابه تم في الخارج(**الفرع الأول**)، الدفع بالنظام العام يثير موضوع حق تم اكتسابه في الخارج بصورة مخالفة لنظام عام أجنبي، فهل يتعين على قاض الدعوى أن يأخذ بعين الاعتبار موقف النظام العام الأجنبي أم لا؟ و هذا ما يطلق عليه الأثر الانعكاسي للنظام العام (**الفرع الثاني**).

الفرع الأول.
الأثر المخفف للنظام العام.

إن فكرة الأثر المخفف للنظام العام أو هناك من يفضل تسميتها بالأثر الملطف للنظام العام، تعود نشأتها إلى القضاء الفرنسي، ثم أصبح الفقه و القضاء يتبناها في مختلف التشريعات.

و هذا ما يفرض علينا البحث في مضمون فكرة الأثر المخفف للنظام العام(**أولا**)، ولكن وجود فكرة الأثر المخفف للنظام العام لا يعني بأي حال استبعادا كليا لفكرة الدفع بالنظام العام في جميع الأحوال بالنسبة لأي حق اكتسب في الخارج، وعلى هذا فإن هناك حالات أخرى لم يقبل فيها التمسك بآثار الحق المكتسب في الخارج حالات عدم الأخذ بفكرة الأثر المخفف للنظام العام(**ثانيا**).

أولا: مضمون فكرة الأثر المخفف للنظام العام.[1]

حرص القضاء الفرنسي على التمييز بين حالتين في الدفع بالنظام العام، أولاهما حالة الحق المخالف للنظام العام الذي ينشأ في الخارج وفقا للقانون الأجنبي و يراد الاعتراف بآثاره فقط في فرنسا، وثانيهما حالة الحق المخالف للنظام العام الذي يراد إنشاؤه في فرنسا، فإذا كان النظام العام الفرنسي يرفض قيام الحق المخالف له بشكل قطعي في الحالة الثانية، إلا أنه يتقبل الحالة الأولى لأنها تقتصر على الاحتجاج بآثار هذا الحق على الأراضي الفرنسية.[2]

فالنظام العام لا يتم إعماله بنفس الدرجة في الحالتين رغم أن إعماله يتعلق بنفس المركز القانوني المراد انشاؤه، وقد عبر الفقه عن أثر النظام العام بالنسبة للحقوق المكتسبة في الخارج بالأثر المخفف للنظام العام لأن النظام العام لا يسمح بنشوئها في دولة القاضي، و لكن يمكن قبول بها لو أن نشؤها تم في الخارج.

سمحت فكرة النظام العام المخفف للعديد من المحاكم في فرنسا الاعتراف ببعض المؤسسات القائمة في الشريعة الإسلامية مثل تعدد الزوجات و الطلاق بالإرادة المنفردة، بالرغم من عدم جواز نشوء هاتين المؤسستين في هذه الدولة، فإذا كان النظام

---

[1]- إدمون(تعيم)، الموجز في القانون الدولي الخاص وفقا للتشريع و الإجتهاد في لبنان،الطبعة الثالثة،شركة الطبع والنشر اللبنانية، بيروت، لبنان، 1967، ص105-107،المصري وليد هاشم(محمد)، الوجيز في شرح القنون الدولي الخاص،دراسة مقارنة مع التشريعات العربية و القانون الفرنسي، الطبعة الأولى،الحامد للنشر و التوزيع، 2002، ص ص295-296.

[2]- هذا التمييز أخذ به القضاء الفرنسي مند زمن بعيد، وذلك في اعترافه بطلاق فرنسية بتراضي الطرفين، تم في الخارج و جاء في القرار الصادر بتاريخ 17 أفريل 1953 صياغة أصبحت تقليدية حيث تنص:

"La réaction a l'encontre d'une disposition contraire à l'ordre public n'est pas la même suivant qu'elle met obstacle à l'acquisition d'un droit en France ou suivant qu'il s'agit de laisser se produire en France les effets d'un droit acquis, sans fraude, à l'étranger et en conformité de la loi ayant conpetance en vertu du droit international prive français » Bernard(Audit), Droit international privé, op.cit, p276.

في هذا المعنى أيضا:

Henri (Batifol) et Paul (Lagard),Droit international privé, op.cit, p425 , Gutmann (Daniel), Droit international privé, 2eme édition, Dalloz,Paris, 2000, p 91.

عبود(موسى)، الوجيز في القانون الدولي الخاص المغربي، الطبعة الأولى، المركز الثقافي المغربي، الدار البيضاء، 1994، ص 212.

العام الفرنسي يمنع إنشاء زواج متعدد، إلا أنه لا يحول دون الاعتراف ببعض أثاره فيها متى تم صحيحا في الخارج، فقد تم الاعتراف للزوجة الثانية بالحق في طلب النفقة الزوجية ، وحقها في الإرث، وحقها بالتعويض الذي طالبت به على أثر وفاة زوجها.[1]

كذلك اعترف القضاء الفرنسي بآثار الطلاق الذي يحدث في الخارج و في هذا الصدد رفضت محكمة النقض الفرنسية الطعن الذي قدمته الزوجة ضد قرار يؤكد الاعتراف بآثار حكم أجنبي صادر عن محكمة برج بوعريريج (الجزائر) في 16 ماي 1994 القاضي بفك الرابطة الزوجية بين الزوجين الجزائريين ، و استندت الزوجة في طعنها إلى أن قاضي الاستئناف لم يتأكد من تطبيق المادة 5 من البروتوكول رقم 7 الصادر في 22 نوفمبر 1984 المتعلق بالاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان ، و أجابت محكمة النقض أن محكمة الاستئناف أعلنت أن التصور الفرنسي للنظام العام الدولي لا يعارض الاعتراف بفرنسا بطلاق أجنبي بالإرادة المنفردة للزوج مادام أن اختيار المحكمة لم يكن نتيجة غش، و أن حكم الطلاق بالإرادة المنفردة قد راعى مصالح الزوجة و حقوق دفاعها ، و منحها حقوقها المالية من تعويض بسبب الطلاق التعسفي و النفقة الغذائية و نفقة الاهمال.[2]

لكن هذا القرار تعرّض للنقد من طرف الفقه لأنه قرر أن التصور الفرنسي للنظام العام الدولي لا يتعارض مع الاعتراف في فرنسا بالطلاق بالإرادة المنفردة للزوج مادام أنه مكّن كل طرف من إبداء دفاعه و أن الحكم الحائز على حجية الأمر المقضي فيه قابل للتنفيذ قد ضمن الحقوق المالية للزوجة ذلك أن منحها التعويضات المالية غير كاف لتحقيق المساواة ، التي تقود محكمة النقض أن تترك كل تمييز بين إعلان الطلاق و آثاره ، فطابع الإرادة المنفردة لهذا النوع من الطلاق هو الذي يبرر مخالفته لمبدأ المساواة ، نظرا للحق التقديري للزوج في تطليق زوجته فلا يكون للزوجة و لا للقاضي الحق في الاعتراض و لا ترتيب أي أثر قانوني على رفض الزوجة ، و لا رفض طلب الزوج ، إلاّ ماعدا المستحقات المالية، إذن فطبيعة الطلاق

---

[1]- Gutmann (Daniel), Droit international privé, op.cit, p120

[2]- نقلا عن: كمال(سمية)، دور النظام العام في علاقات الزواج و الطلاق الدولية، مرجع سابق، ص14.

هي التي تمس بمبدأ المساواة بغض النظر عن أثاره[1]، فرغم الانتقاد الذي تعرض له هذا القرار إلا أنه يعتبر نموذج لإعمال فكرة الأثر المخفف للنظام العام في القضاء الفرنسي.

اعترف كذلك القضاء الفرنسي مؤخرا بقرار صادر عن محكمة استئناف بوردو بالطلاق الإسلامي، وذلك بناءا على فكرة الأثر المخفف للنظام العام من جهة، وكذلك لأن القرار القاضي بالطلاق جاء موافقا للإجراءات اللازمة للطلاق.[2]

يقر القضاء اللبناني كذلك فكرة الأثر المخفف للنظام العام، فبمناسبة حكم صدر في السعودية ضد لبناني ونفذ فيها، رأى المحكوم ضده تضرره من هذا الحكم فسعى إلى القضاء اللبناني من أجل إفساد نتائجه مستندا في ذلك إلى فكرة النظام العام اللبناني كون أن الحكم الصادر في السعودية مخالف لحكم سابق صدوره لصالحه، فحكمت المحكمة أنه ليس هناك أي تعد على النظام اللبناني بسبب أن للنظام العام مفهوما إقليميا و أنه لم تحدث في لبنان أية واقعة متعلقة بالحكم الذي صدر في جدة ونفذ فيها من غير أن يدلي به في لبنان.[3]

---

[1]- كمال (سمية)، دور النظام العام في علاقات الزواج و الطلاق الدولية، مرجع سابق، ص ص14-15.

[2]- La cour d'appel de Bordeaux (-e ch), 10 janvier 2005, recueil Dalloz, n 16, 2006, pp 1090-1094,p1090, Note : Sagot-Duvauroux(Jean).

جاء في القرارما يلي:

« celui qui invoque l'inposibilite d'un jugement de divorce étranger en France doit apporter de son irrégularité au regard des conditions de l'exequatur.
En l'espèce cette preuve ne peut être rapportée.
En effet, le divorce litigieux étant survenu entre deux époux étrangers à la France et son lien avec ce pays tenant exclusivement à l'immeuble et aux meubles meublants laisses en France par un néerlandais et une argentine devenue néerlandaise, l'ordre public international francait s'apprécie avec un effet atténue.
Les époux en cause ayant divorce devant leur juge naturel, la fraude est exclue. »

[3]- **جاء في القرار مايلي:**(حيث أنه بالتالي لا اختصاص دوليا لمحكمة وطنية لتنظر في طلب تجريد الحق الأجنبي من أي مفعول في بلدها إذا بقي الحق خارجا بالصورة التي لم تستلزم إثارة الدفع بالنظام العام لشل مفاعيله لأنه لم يطلب في الأرض الوطنية الإقرار بأثر لهذا الحق فيها عن طريق السعي إلى إنفاذه أو عن طريق التمسك به فيها لمصلحة صاحبه.

وحيث أن النظريات الحديثة في تطور القانون الدولي الخاص تكشف عن أن هناك اتجاها واضحا مكرسا يرمي إلى التخفيف من وطأة النظام العام الوطني عن طريق التفرقة بين إنشاء الحق في بلد استنادا إلى قانون بلد أجنبي مخالف للنظام العام وبين الاعتراف للحق المنشأ و المكتسب في الخارج بمفعول في البلد الوطني و إلى جعل وظيفة

القضـاء الإنجليزي كذلك استخدم فكرة الأثر المخفف للنظام العام، فبناءا على فكرة الأثر المخفف للنظام العام، اعترف بآثار الزواج المتعدد المعقود خارج إنجلترا، فاعترف بشرعية أولاد الزواج الثاني، و اعترف بحق هؤلاء الأولاد في الإرث من والديهم، وبحق للزوجات في الإرث من أزواجهن.[1]

يرجع تقبل القضاء الفرنسي، وكذلك القضاء في مختلف الدول إلى تقبل الاعتراف بالحقوق التي تنشأ في الخارج صحيحا وفق قانون دولة تقره، هو أقل حساسية فيما لو أريد إنشاء هذا الحق في بلد القاضي، و لكن هذا لا يمنع من وجود حالات يرفض فيها الاعتراف بحقوق نشأت صحيحة في الخارج و ذلك أكيد يرجع إلى أسباب معينة والتي يبرر القضاء موقفه في كل مرة و قد لا يبرر أصلا موقفه من عدم الاعتراف بهذه الحقوق.

ثانيا:حالات عدم الأخذ بفكرة الأثر المخفف للنظام العام.

يجب التوضيح بأن الاعتراف بالحقوق المكتسبة في الخارج، ما هو إلا تلطيف لمفعول النظام العام، و لا يعني بأي حال استبعادا كليا لفكرة الدفع بالنظام العام في جميع الأحوال بالنسبة لأي حق اكتسب في الخارج، وعلى هذا فإن هناك حالات أخرى لم يقبل فيها التمسك بآثار الحق المكتسب في الخارج، فقد رفض احترام الحق المكتسب في الخارج كلما كان لا يتفق مع النظام العام للدولة و له أخطاره المفرطة بحيث يظهر بحد ذاته متضمنا اعتداء على نظامها العام في جميع الأحوال بالنسبة لأي حق اكتسب

النظام لعام محدودة في الحالة الثانية، ومن هنا تولدت تحت عامل فكري وعملي نظرية المفعول المخفف للنظام العام.

وحيث أنه على أساس هذه النظرية يمكن الاعتراف في البلد الوطني بأثر لحق أجنبي مع أن هذا الحق هومن ناحية منشئه و تكوينه في الخارج مخالف للنظام العام في البلد الوطني، و لم يكن بالإمكان القبول أصلا بإنشائه فيه لو قدر للإنشاء أن يكون فيه....." عبد العال (عكاشة)، تنازع القوانين...، مرجع سايق، ص615.

[1]- لمصري وليد هاشم (محمد)، محاولة لرسم معالم النظام العام الدولي العربي بمفهوم القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص173.

في الخارج، وعلى هذا توجد هناك العديد من الحالات التي رفضت فيها المحاكم التمسك بحق اكتسب في الخارج لمخالفته للنظام العام .

مثلا على ذلك ما توجه إليه القضاء الجزائري، حيث قضى المجلس الأعلى في قرار صادر بتاريخ 1984/06/23 بنقض قرار صادر عن مجلس تيزي وزو بتاريخ 1982/04/19 قضى بالموافقة على حكم الدرجة الأولى الذي منح بمقتضاه الصفة التنفيذية لحكم فرنسي منح تعويضات للمدعى عليها من غير تمييز بين التعويض المستحق عن الأصل الحق المطالب به طبقا لاتفاق الطرفين، ومبلغ الفائدة المتفق عليها، والتي تعتبر وفقا للقانون الجزائري باطلة بناءا على ما جاء في نص المادة 454 من القانون المدني الجزائري، لذلك عمد المجلس الأعلى إلى نقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يخص الحق المدعي اكتسابه طبقا للحكم الأجنبي المتضمن مبلغ الفائدة، تأسيسا على أن هذا الحكم الأجنبي المراد تنفيذه في الجزائر يعتبر مخالف للنظام العام في الجزائر.[1]

ما توجه إليه كذلك المجلس الأعلى و ذلك في قرار صادر بتاريخ 1989/1/2 في قضية تتعلق بحضانة الأولاد ، والتي سبق الإشارة إليها.

من خلال القرارات السابقة يتبين لنا أن قضاة المحكمة العليا في الجزائر لم يأخذوا بهذا الأثر المخفف فرفضوا مهر الحكم القضائي الأجنبي بالصيغة التنفيذية لتعارض مضمونه مع النظام العام في الجزائر بالرغم من أنه نشأ خارجها.

القضاء الفرنسي رفض أن يستخدم لفكرة الأثر المخفف للنظام العام، حيث قضت المحاكم الفرنسية بعدم جواز الاحتجاج في فرنسا بحق الملكية في منقول و لو أنه اكتسب في الخارج وفقا لقانون الموقع الذي يجيز نزع الملكية دون تعويض، و هذا ما ذهب إليه القضاء الفرنسي في قرار قديم نسبيا، تتمثل وقائع هذه القضية، في أن روسيا أممت الأساطيل التجارية، التجأ أحد هذه الأساطيل إلى ميناء فرنسا، و عندما طالبت روسيا بملكية بواخر هذا الأسطول استنادا إلى حقها المكتسب فيها وفقا للقانون الروسي. لكن رفض القضاء الفرنسي دعواها وسبب قراره بأن (لأن تأميم هذه

---

[1]– قرارصادر بتاريخ 1984/06/23،مرجع سابق. مع الإشارة إلى نص المادة 454 من القانون المدني " القرض بين الأفراد يكون دائما بدون أجر و يقع باطلا كل نص يخالف ذلك ".

البواخر حصل بطريق نزع الملكية بطريق غير عادي و غير عادل، إذ لم تعوض الحكومة السوفيتية الملاك، وهو ما يتجافى مع احترام حق الملكية، و ما لا يمكن الاعتراف بآثاره في فرنسا لتعارضه مع مقتضيات النظام العام الفرنسي).[1]

القضاء الفرنسي رفض إعمال فكرة الأثر المخفف للدفع بالنظام العام حيث جاء إحدى قراراته (بأنه و إن كان الاتفاق بشأن الحضانة المصاحب لانفصال والدي الطفل قد تم صحيحا وفقا لقانون جنسيتهما المشتركة و هي الجنسية المكسيكية، إلا أن أثره فيما يتعلق بعدم إمكان نقل حضانة الطفل إلى غيرهما يخالف مبدأ من مبادئ النظام العام الدولي في فرنسا و هو تحقيق مصلحة الطفل الذي قد يقتضي نقل الحضانة إلى غير والدي المحضون)[2]، القضاء الفرنسي كذلك رفض مؤخرا في حالات عديدة إعمال فكرة الأثر المخفف للنظام العام، فيما يتعلق بمسائل الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، ويجد تبريرا لذلك أحيانا بفكرة التحايل على الأثر المخفف للنظام العام ذاته، مثال على ذلك أن يسافر الزوج المغربي المقيم في فرنسا خصيصا لإيقاع الطلاق، وأحيانا أخرى بوجود صلة بين القاضي الفرنسي و النزاع المطروح، وأحيانا أخرى بإعمال قواعد التنازع المتحرك.[3]

القضاء الفرنسي رفض الاعتراف كذلك بحق الملكية لمنقول اكتسب في الخارج وفقا لقانون يجيز نزع الملكية بدون تعويض، وبررت موقفها بأن نزع الملكية بدون تعويض يعتبر مخالف للنظام العام الفرنسي، ولكن بالنسبة لمسألة تعدد الزوجات، نجد أن القضاء الفرنسي يرفض الاعتراف بآثار الزواج المتعدد الذي أبرم في الخارج، على أساس وجود رابطة بين النزاع ودولة القاضي، كأن تكون الزوجة مقيمة بفرنسا، وهذا ما توجه إليه مثلا القضاء الفرنسي في قضية بعزيز التي سبق الإشارة إليها، كما أن القضاء الفرنسي رفض الاعتراف بالطلاق بالإرادة المنفردة للزوج أو ما يحبذ الفقه وحتى القضاء الفرنسي تسميته بالطلاق الإسلامي، و قد برر القضاء هذا الرفض في

---

[1]- عبد الله(عزالدين)، القانون الدولي الخاص...، مرجع سابق، ص ص552-553.

[2]- جمال الدين(صلاح الدين)، مشكلات حضانة الأطفال في زواج الأجانب، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004، ص135.

[3]- غصوب جميل(عبده)، دروس في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص227.

حالات عديدة بوجود رابطة بين النزاع و دولة القاضي، كأن تكون الزوجة مقيمة بفرنسا أو الإقامة العادية بفرنسا، وهذا ما أشار إليه القضاء الفرنسي في أربعة قرارات صادرة بتاريخ 24 فيفري2004، ولقد سبق الإشارة إلى هذه النقطة، وسميت هذه السنة من طرف الفقهاء الفرنسيين بسنة رفض الطلاق الإسلامي.

يمكن القول فيما يخص فكرة الأثر المخفف للنظام العام، ليس هناك معيار يحدد لنا على وجه الدقة الحالات التي يحترم فيها الحق المكتسب في الخارج مع مخالفته للنظام العام و الحالات التي يفضل فيها التمسك بالنظام مسألة تقديرية تختلف حسب تقدير السلطة التي أثير أمامها الحق المكتسب و حسب مكانة الحق و خطورة آثاره و تختلف باختلاف الزمان، فانتشار التأميم في الوقت الحاضر قد يغير مفهوم القضاء و الفقه مما يجعلهما يقران الحقوق المكتسبة في الخارج حتى و لو كان التعويض فيه تعويضا مناسبا و مؤجلا لا عادلا و مسبقا.

بالنسبة لفكرة النظام العام المخفف، يمكن التمييز بين الحلات التالية:

الحالة الأولى: هناك حالات يتعارض فيها النظام العام بمعنى القانون الدولي الخاص مع وجود الحق في مختلف مظاهره، سواء أريد إنشاء هذا الحق في دولة القاضي أو خارج دولة القاضي، وكان المطلوب فقط الاحتجاج ببعض أثاره.

الحالة الثانية: هناك حالات يتعارض فيها النظام العام بمفهوم القانون الدولي الخاص مع إنشاء الحق فقط في دولة القاضي، فإذا نشأ في الخارج أمكن عندئذ الاعتراف بآثاره، فمثلا إذا تم الطلاق بالإرادة المنفردة في الخارج، فإنه يمكن الاعتراف بآثاره في فرنسا في ظروف معينة.

الحالة الثالثة:هي الحالات التي يرفض فيها القضاء الفرنسي الاعتراف بالحق المكتسب في الخارج، بحجة أنه يتعارض مع النظام العام، وذلك في الحالة التي تشير قواعد التنازع الفرنسية على تطبيق القواعد الموضوعية الفرنسية، أو التي تكون فيها صلة بين النزاع المطروح و الإقليم الفرنسي.

يجب أن نشير فيما يخص فكرة الأثر المخفف للنظام العام لم تأخذ بها البلدان التي تعتمد الشريعة الإسلامية كمصدر عام في مسائل الأحوال الشخصية، إذ أن تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية يبدو واجبا على القاضي دون التمييز بين الحق الذي نشأ في

الخارج أو في دولته، فالإسلام ينكر الأثر المخفف للنظام العام، فلا يمكن للقاضي الجزائري مثلا الاعتراف بآثار زواج نتج صحيحا في الخارج بين شخصين من نفس الجنس، فتطبيق قواعد الشريعة الإسلامية تمنعه من التمييز بين إنشاء الحق في دولته أم خارجها.

فنجد فقهاء الإسلام على اختلاف مذاهبهم يقررون أنه حيث يترافع إلى القاضي المسلم زوجان التماسا لحكم الشريعة الإسلامية في شأن ما بينهما من نكاح المحارم فإنه يتعين عليه أن يفرق بينهما، كما أن بعض الفقهاء يقرر (وإن نكح المجوسي محرما له، و لم يترافعا إلينا لم نعترض عليهما، لأن الصحابة رضي الله تعالى عنهم عرفوا من حال المجوس أنهم ينكحون المحارم و لم يعترضوهم، فإن ترافعا إلينا في النفقة أبطلنا نكاحهما و لا نفقة، لأنهما بالترافع أظهرا ما يخالف الإسلام).[1]

الفرع الثاني.
الأثر الإنعكاسي للنظام العام.

قد ينشأ حق في دولة أجنبية وفقا لنظامها العام و خلافا لما يقضي به القانون الأجنبي المختص، فهل يمكن الاحتجاج بهذا الحق في بلد القاضي الوطني؟

أولا: مفهوم الأثر الإنعكاسي للنظام العام.

يجوز للقاضي أن يعتبر من النظام العام في دولته ما يعتبر من النظام العام في دولة أخرى، وهذا ما يسمى في القانون الدولي الخاص الأثر الانعكاسي للنظام العام و لتوضيحه نعرض القضية التالية: تزوج بولونيان ببلجيكا و كان مختلفين دينا، وهذا غير مهم في القانون البلجيكي، مع أن قانون جنسيتهما البولوني كان يستلزم الاتفاق في الدين، فطعن في زواجهما أمام القضاء البلجيكي لمخالفته لحكم قانون جنسيتهما الذي تقضي بتطبيقه قاعدة التنازع في القانون البلجيكي، فاستبعد القضاء البلجيكي القانون

[1]- عنايت(عبد الحميد)، أساليب فض تنازع القوانين...، مرجع سابق،ص 210 .

البولوني لمخالفته للنظام العام في بلجيكا من هذه الناحية، وطبق القانون البلجيكي و قضى بصحة الزواج، فعرض النزاع على محكمة السين بباريس في 15 فيفري 1922 فقضت بصحة الزواج على اعتبار أن النظام العام في بلجيكا يشبه النظام العام في فرنسا.[1]

ندرج مثالا آخر في هذا الصدد، حيث كان النظام العنصري في جنوب إفريقيا يمنع الزواج بين البيض و السود، فلو تم الزواج في فرنسا بين البيض و السود مع أن قانون جنوب إفريقيا يمنع ذلك، فلو توطن الزوجان في الجزائر و طرحت مسألة صحة أو بطلان هذا الزواج على القاضي الجزائري، فما هو الموقف الذي سيتخذه؟

تخضع المادة 11 من القانون المدني الجزائري، الشروط الموصوعية للزواج إلى قانون الزوجين، وفقا لذلك فإن هذا الزواج يخالف قوانين جنوب إفريقيا التي تقول بالتمييز العنصري، السؤال المطروح هل يعترف القاضي الجزائري بهذا الزواج أم لا؟ رغم أنه تم في ظل النظام القانوني الفرنسي، ومخالفا لقاعدة التنازع الجزائري يقبل بذلك مادام النظام العام في الجزائر يندد بالتمييز العنصري.

ثانيا: موقف الفقه من الأثر الانعكاسي للنظام العام.

انقسم الفقه و القضاء بصدد الأثر الانعكاسي للنظام العام، فيذهب جانب من الفقه إلى القول بأن فكرة النظام العام فكرة وطنية، وأن قانون الدولة الأجنبية الذي يطبق إعمالا لفكرة النظام العام لا يتعدى أثره إلى دولة أخرى حتى و لو كان مفهوم النظام العام في كلتيهما غير مختلف.[2]

وعليه لا يمكن التمسك في بلد القاضي بأثر الحق الذي اكتسب في دولة أجنبية وفقا لنظامه العام و خلافا لما يقضي به القانون المختص وفقا لقواعد الإسناد في قانون

---

[1]- Batiffol (Henri) et Lagarde (Paul),Droit international privé, op.cit, p417, Lagarde (Paul), Recherches sur lordre public en droit international privé,opcit,p224 ; Batiffol(Henri), Droit international privé, op.cit, p437, Derrupé(Jean), Droit international privé,op.cit, p86,

[2]بلقاسم(أعراب)، القانون الدولي الخاص الجزائري...، مرجع سابق، ص183.

القاضي، ففي المثال السابق لا يمكن للزوجين البولونيين التمسك بآثار زواجهما في فرنسا على الرغم من اتحاد مفهوم النظام العام بين فرنسا و بلجيكا.

أما جانب أخر من الفقه و منهم الفقيه (بييه) الذي ابتدع اصطلاح الأثر الانعكاسي للنظام العام[1]،يرى أنه إذا تشابه النظام العام في دولة مع النظام العام في دولة أخرى، فلا بأس من الأخذ بهذا الأثر، فقد ظهر هذا الانقسام بين الفقه و القضاء بصدد قضية عرضت على القضاء الفرنسي تتلخص في أن فرنسية مطلقة تزوجت في فرنسا من اسباني في حين أن القانون الاسباني وهو القانون الواجب التطبيق طبقا لقاعدة التنازع الفرنسية، يحرم زواج الاسبانيين بالمرأة المطلقة، وقد عرض النزاع على محكمة السين بباريس فقضت بصحة هذا الزواج طبقا للقانون الفرنسي و استبعدت تطبيق القانون الاسباني و قالت أن ما يعتبر من النظام العام في اسبانيا من هذه الناحية لا يتفق مع النظام العام الفرنسي في حين أن مثل هذا النزاع عرض على محكمة مونبلييه فقضت ببطلان الزواج مستندة إلى أن الفرنسية التي أصبحت اسبانية بالزواج تخضع من حيث موانع الزواج للقانون الاسباني، وهو يقضي بعدم صحة زواجها لأنها مطلقة، و قد انتقد الفقهاء هذا الحكم بأن المحكمة نسيت أن القانون الفرنسي هو الذي يجب أن يطبق على الزوجة الفرنسية قبل الزواج، وهو يقضي بصحة زواج المطلقة.[2]

يذهب الفقه الحديث إلى التفرقة بين الحالة التي يكون فيها النظام العام للدولة الأجنبية متطابقا مع النظام العام في دولة القاضي و الحالة التي لا يكون فيها متطابقا معه.

ففي الحالة الأولى يصبح الاحتجاج في دولة القاضي بآثار الحق المكتسب في الدولة الأجنبية وفقا لمقتضيات نظامها العام و خلافا لما يقضي به القانون المختص. و عليه فإنه يمكن في المثال السابق للزوجين البولونيين التمسك في فرنسا بآثار زواجهما الذي تم وفقا لمقتضيات النظام العام البلجيكي و التي هي نفسها في فرنسا.

أما لو اختلف النظام العام في البلدين اختلافا جوهريا، كما هو الحال بين دولة تعتبر الزواج رابطة مدنية، و دولة أخرى تعتبره رابطة دينية فلا يتسنى حينئذ أن

---

[1]- Lagarde (Paul), Recherches sur lordre public en droit international privé,op.cit, p223..

[2]- سليمان علي(علي)، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص158.

يكون لفكرة النظام العام تأثير واحد في الدولتين و الدليل على ذلك أنه لما عرض أمر زواج البولونيين على القضاء البولوني قضى ببطلان الزواج معتبرا أن فكرة النظام العام في بلجيكا تختلف اختلافا جوهريا عن فكرة النظام العام في بولونيا.

يبرر الفقه الحديث رأيه هذا أن اتفاق مفهوم النظام العام في كل من دولة القاضي و الدولة الأجنبية يترتب عليه وصول القاضي إلى نفس النتيجة لو كان النزاع قد طرح عليه ابتداءا[1].

وعليه فإنه من غير المستساغ رفض الحل الذي توصلت إليه الدولة الأجنبية لمجرد أن هذا الحل قد تم التوصل إليه أخذا بمقتضيات النظام العام فيها إذا كانت هذه المقتضيات تتفق مع مقتضيات النظام العام في دولة القاضي.[2]

المشرع الجزائري ومن خلال نص المادة 24 المعدلة، لم يوضح موقفه من فكرة الأثر المخفف للنظام العام وكذلك موقفه من فكرة الأثر الإنعكاسي، و هذا ما يعتبر نقص يحيط بنص المادة 24 من القانون المدني الجزائري، وهذا ما سيفتح المجال لإختلاف القرارات التي تصدر عن القضاء الجزائري.

أكيد أن القاضي يتشدد في حالات إنشاء الحق مقارنة بحالات اكتساب الحق في الخارج و محاولة الاعتراف به في دولة القاضي، لكن ما يميز فكرة الأثر المخفف، بالنسبة للقضاء الفرنسي، أنها في التطبيقات القضائية القديمة، كان القاضي يعلل رفض الاعتراف بهذا الحق لأنه مخالف للنظام العام، و لكن في القرارات الحديثة نجد رفض استعمال فكرة الأثر المخفف للنظام العام بناءا على وجود رابطة الإقامة، أو رابطة الجنسية أو رابطة الموطن.أما فيما يخص الأثر الانعكاسي، فإنه من غير المنطق رفض الحل الذي توصلت إليه الدولة الأجنبية لمجرد أن هذا الحل قد تم التوصل إليه أخذا بمقتضيات النظام العام فيها إذا كانت هده المقتضيات تتفق مع مقتضيات النظام العام في دولة القاضي.

---

[1]- بلقاسم(أعراب)، القانون الدولي الخاص الجزائري...، مرجع سابق، ص185.

[2]- بلقاسم (أعراب)، نفس المرجع و نفس الموضع.

يتضح مما سبق أن استخدام فكرة النظام العام كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي، يعتبر موضوعا من أكثر المواضيع اتساعا و تعقيدا في مجال القانون الدولي الخاص فلقد استحال على الفقه و القضاء ضبط فكرة النظام العام، و ذلك يعود إلى تغير مفهوم النظام العام في الزمان و المكان، فما يعتبر مخالف للنظام العام في دولة، قد لا يعتبر مخالف للنظام العام في دولة أخرى.

فمفهوم النظام العام يتسم بالتغير و التطور و هذا ما صعب من إيجاد تعريف موحد للنظام العام، و لم يستطع الفقه إلا أن يعرفه من حيث مضمونه فقط تاركا المجال للقاضي في تحديد الحالات التي تعتبر من النظام العام، و بالتالي يلعب القضاء دورا كبيرا في تطوير فكرة النظام العام و جعلها تتماشى مع المستجدات.

ترجع صعوبة ضبط فكرة النظام العام إلى تشابهها مع بعض المفاهيم القريبة منها، ولكن التركيز في هذه المفاهيم يؤكد بأن النظام العام في القانون الدولي الخاص يلعب دورا مختلفا عن المفاهيم الأخرى، فدور النظام العام في القانون الدولي الخاص هو استبعاد القانون الأجنبي المخالف للمبادئ الأساسية و الجوهرية بخلاف النظام العام في العلاقات الداخلية والذي يتمثل دوره أساسا في إبطال الاتفاقات التي تتم بين الأفراد و تكون مخالفة للنظام العام، يختلف دور النظام العام عن الغش نحو القانون، و الدور الذي تلعبه قواعد الإسناد، كذلك دور النظام العام في القانون الدولي الخاص يختلف عن دور القوانين ذات التطبيق المباشر و التي رغم أهميتها إلا أنه يبقى للنظام العام في القانون الدولي الخاص دورا أكثر فعالية، حيث يلجأ إليها القاضي في الحالات التي لم يحددها المشرع مسبقا، حيث يصعب على المشرع تحديد جميع الحالات التي يتم فيها تطبيق القانون الوطني في حالة وجود عنصر أجنبي، خاصة أمام التطور المشهود حاليا في جميع المجالات، فيمكن القول أن دور النظام العام هو استبعادي حمائي بينما دور القوانين ذات التطبيق المباشر وقائي.

سماح المشرع بتطبيق القانون الأجنبي فوق الإقليم الوطني، يعني أنه أعطى صلاحية تطبيقه لجهات معينة، و هي تتمثل أساسا في القاضي أثناء وقوع نزاع،

والموثق أثناء إنشاء الحقوق وهذا ما ينتج عنه أن استبعاد القانون الأجنبي المخالف للنظام العام لا يكون فقط من طرف القاضي الناظر في النزاع، و إنما من طرف الموثق كذلك أثناء نشوء الحق باعتباره قاضي الإرادة.

صعوبة ضبط فكرة النظام العام تعود أيضا إلى اختلاف المعايير المعتمدة في تحديد هذه الفكرة، فبالنسبة للدول الإسلامية يلعب الدين الإسلامي دور كبير في تحديد فكرة النظام العام، أما في الدول التي تتعدد فيها الشرائع حيث لا يفضل دين على أخر ففكرة النظام العام تطرح بصفة جد بسيطة، أما الدول الغربية تقدير فكرة النظام العام فيها وضعي، وتحدده مجموعة من المعايير منها: جهل النظام القانوني الأجنبي، عدم احترام مبادئ العدالة الدولية، عدم الاعتراف بحقوق الإنسان.

لكن ما يمكن أن نستنتجه بالنسبة لغالبية الدول العربية، أنها تبنت نظاما قانونيا وسطا مستندا في الوقت نفسه إلى أحكام الشريعة الإسلامية و إلى القواعد العلمانية، و هذا ما حاول تكريسه المشرع الجزائري من خلال قانون الأسرة المعدل، وهذا ما يفسح المجال من جهة لتقبل تطبيق القوانين الأجنبية المختلفة، و يؤدي من جهة أخرى إلى تضييق حالات إعمال الدفع بالنظام العام عكس الدول التي تبنت نظاما علمانيا أو نظاما دينيا خالصا، ويجب الإشارة إلى أن فكرة النظام العام في التشريعات العربية هي أكثر استقرارا مقارنة بالتشريعات الغربية و ذلك لاعتماد أغلب التشريعات العربية على الشريعة الإسلامية خاصة في مجال الأحوال الشخصية، و الشريعة الإسلامية فيها أحكام ثابتة قطعية لا تتغير لا بتغير الزمان و لا بتغير المكان.

تأثير الدين في ضبط فكرة النظام العام، يظهر أيضا في حالة تغيير الديانة، فقد تكون مسألة معينة غير مخالفة للنظام العام في ظل ديانة معينة، و لكن تصبح مخالفة للنظام العام باعتناق الشخص ديانة أخرى، وبالتالي لابد للقاضي الناظر في النزاع أن يأخذ ذلك بعين الاعتبار، و كذلك الموثق أثناء نشوء الحق باعتباره قاضي الإرادة.

استبعاد القانون الأجنبي باسم النظام العام وسيلة وضعت في يد القضاة لكن ذلك لا يكون إلا بتوفر شروط، هناك من الشروط ما اتفقت عليهم أغلب التشريعات و مختلف

التطبيقات القضائية، وتتمثل في إشارة قاعدة الإسناد الوطنية إلى تطبيق القانون الأجنبي وأن يكون هذا القانون مخالف للنظام العام في دولة القاضي.

من التشريعات من جعلت تطبيق الدفع بالنظام العام مرتبط بوجود رابطة بين النزاع و دولة القاضي، هذا الشرط كان موقف المشرع التونسي صريحا منه حيث نص على عدم إلزامية وجود هذا الشرط، و هناك من التطبيقات القضائية التي وضحت موقفها منه، و من أهمها القضاء الفرنسي و الذي استخدم هذا الشرط بصفة كبيرة في قراراته الحديثة.

نتيجة الغموض الذي يحيط فكرة وجود رابطة بين النزاع ودولة القاضي أو ما يسمى(النظام العام القريب من دولة القاضي)، وبهدف تحديد الحالات التي يتم فيها التمسك بالدفع بالنظام العام، و معرفة ذلك بصورة مسبقة و بقصد حماية الروابط و العلاقات التي يكون فيها أحد الأطراف وطنيا أو مقيما أو متوطنا، تعمد بعض التشريعات إلى تطبيق قانون القاضي في مواجهة القانون الأجنبي، و هذا ما يجري العمل على تسميته بالشروط الخاصة بالنظام العام.

المشرع الجزائري ومن خلال نص المادة 24 المعدلة بالقانون 05-10 اعتمد الشروط العامة المتعلقة بالدفع بالنظام العام، والمتمثلة في أن تشير قاعدة الإسناد الوطنية إلى اختصاص القانون الأجنبي، و أن يتوفر مقتضى من مقتضيات النظام العام، وهي الشروط المعتمدة أيضا من طرف القضاء، أما فيما يخص الشروط الخاصة بالنظام العام ، لم يشر المشرع الجزائري إليها لا في نص المادة 24 ولا في النصوص السابقة أي المواد 9إلى 23، أما ما ورد في نص المادة 13ما هو إلا استثناء منح لصالح الجزائريين.

إعمال فكرة النظام العام في القانون الدولي الخاص، يرتب آثار، وعليه يفرق الفقهاء بالنسبة لأثر الدفع بالنظام العام بين أثره بالنسبة لإنشاء الحق في دولة القاضي، وأثره بالنسبة لحق اكتسب في الخارج وأريد التمسك بآثاره في بلد القاضي.

يترتب على إعمال فكرة النظام العام بشأن علاقة يراد إنشاؤها في دولة القاضي أثران: أحدهما سلبي يتمثل في استبعاد القانون الأجنبي المختص وفقا لقواعد الإسناد في

قانون القاضي، و الثاني هو إيجابي و يتمثل في إحلال قانون القاضي محل القانون الأجنبي المستبعد.

قد يتعارض إنشاء مركز قانوني في دولة القاضي مع النظام العام، لكن نفس هذا المركز قد لا تتعارض آثاره مع النظام العام في دولة القاضي لو أن نشوءه تم في الخارج، فالنظام العام لا يتم إعماله بنفس الدرجة.

فأكيد أن القاضي يتشدد في حالات إنشاء الحق مقارنة بحالات اكتساب الحق في الخارج و محاولة الاعتراف بهذا الحق لأنه مخالف للنظام العام، لكن ما يميز فكرة الأثر المخفف، بالنسبة للقضاء الفرنسي، أنه في أحكامه القضائية القديمة، كان القاضي يعلل رفض الاعتراف بهذا الحق لأنه يخالف مقتضيات النظام العام في دولته، لكن في قراراته القضائية الصادرة مؤخرا، يعلل رفضه بناءا على وجود رابطة الإقامة، أو رابطة الجنسية، أو رابطة الموطن.أما فيما يخص الأثر الانعكاسي، فإنه من غير المنطق رفض الحل الذي توصلت إليه الدولة الأجنبية لمجرد أن هذا الحل قد تم التوصل إليه أخذا بمقتضيات النظام العام فيها إذا كانت هذه المقتضيات تتفق مع مقتضيات النظام العام في دولة القاضي.

المشرع الجزائري ومن خلال نص المادة 24 من القانون المدني، أثار إعمال فكرة النظام العام، والتي تتمثل في استبعاد القانون الأجنبي فقط وهذا قبل التعديل، وهذا ما كان يعتبر نقص في هذه المادة، لكن في التعديل الأخير نص صراحة على إحلال القانون الجزائري محل القانون المستبعد، أي أخذ بفكرة الأثر الإيجابي للنظام العام، وهذا ما يعتبر نقطة إيجابية بالنسبة للمشرع الجزائري.وهذا ما يؤكد اختصاص قانون القاضي في حال استبعاد القانون الأجنبي، فيستعيد قانون القاضي أي القانون الجزائري اختصاصه، فيفصل في النزاع المشتمل على عنصر أجنبي طبقا لأحكام القانون الجزائري.

المشرع الجزائري و من خلال نص المادة 24 المعدلة بالقانون 05-10، لم يشر ما إذا كان استبعاد القانون الأجنبي باسم النظام العام، يكون استبعاد كلي أم يستبعد فقط الجزء المخالف للنظام العام، وهذا ما يفتح المجال للتأويل من طرف القضاة عند استعمال النظام العام كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي.

المشرع الجزائري ودائما من خلال نص المادة 24المعدلة بالقانون 05-10، لم يتطرق إلى مسألة الحق المكتسب وفقا للقانون المختص المخالف للنظام العام في دولة القاضي و التمسك بأثاره في دولة القاضي أو ما يعرف بالأثر المخفف للنظام العام، وهذا ما يعتبر نقص في هذه المادة، وكذلك لم يبين موقفه من فكرة الأثر الإنعكاسي.

تطبيق قانون القاضي في مواجهة القانون الأجنبي المستبعد، قد يعتبر الحل الأمثل عندما يتم استبعاد القانون الأجنبي و إحلال القانون الجزائري محله، و لكن الأمر يختلف حينما يتم استبعاد القانون الجزائري و يحل محله قانون أجنبي في قضاء الدول الأجنبية، هذا المشكل تعاني منه بصفة عامة العائلات المغربية المهاجرة و المقيمة في بيئة مختلفة عن بيئتها، فغالبا ما يتم استبعاد القانون المغربي بصفة عامة والقانون الجزائري بصفة خاصة على أساس مخالفته للنظام العام مثلا الفرنسي، ويترتب على استبعاد القانون المغربي بصفة عامة و القانون الجزائري بصفة خاصة، تطبيق قانون القاضي الذي يختلف عن القانون الشخصي للأطراف من ناحية المصدر و الأحكام ، و ينتج عن ذلك عدم الاعتراف بعلاقة صحيحة حسب القانون الشخصي، كعدم الاعتراف بالزواج الثاني، كما أن القانون الجزائري مثلا يرى بطلان زواج المسلمة بغير المسلم، ولكن القاضي الفرنسي يرى بأنه مخالف للنظام العام الفرنسي لأنه يخل بمبدأ المساواة بين الجنسين و مبدأ عدم التمييز على أساس ديني و الحق في الزواج و حرية اختيار الزوج، كما يرفض القاضي الفرنسي الاعتراف بحكم الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج لمخالفته مبدأ المساواة بين الرجل و المرأة، هذا ما ينتج عليه تطبيق القانون الفرنسي بسبب النظام العام، ويؤدي تطبيقه إلى نتائج غير مقبولة، وهذا ما كرسه القضاء الفرنسي.

التردد المتزايد في القضاء الفرنسي و الهجوم المتزايد على تطبيق الشريعة الإسلامية في مسائل الأحوال الشخصية للمسلمين في أوروبا، جعل البعض يفكر في وضع حل للمشكلة و ذلك من خلال اقتراح إصدار قانون أوربي موحد للأحوال الشخصية للمسلمين، وبالتالي يستخدم أسلوب القواعد المادية و القواعد الفورية التطبيق بدلا من تطبيق القوانين الشخصية لأطراف كل علاقة.

يبدو هذا الاقتراح مبدئيا أنه جيد، لكن أكيد لن يخدم المسلم، فإذا كان يمكن تقييد تعدد الزوجات إلا في حالات استثنائية، إلا أنه لا يمكن السماح بتوريث بين المسلم وغير المسلم والمساواة بين الذكر و الأنثى في الميراث، وبالتالي سيؤدي ذلك إلى تعارض نصوص قطعية الدلالة لا خلاف بينها و هي صالحة للتطبيق على المسلمين في كل مكان وزمان، ولهذا يجب أن تقوم التشريعات الغربية بالبحث على طرق أخرى حتى تتمكن من تقبل مثلا الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج.

من خلال ما تم عرضه، ومن خلال مختلف القرارات القضائية، نجد أن استخدام فكرة النظام العام كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي في القضاء الجزائري ضئيلة جدا مقارنة بدول أخرى، وذلك يرجع أكيد إلى ندرة في تطبيق القانون الأجنبي مقارنة بدول أخرى.

غير أن تطور الاتصالات و انفتاح الجزائر على التجارة الدولية، سيؤدي حتما إلى اتساع حركة المعاملات مع الخارج، و زيادة انتقال الأفراد من و إلى الخارج، وبالتالي زيادة العلاقات القانونية المشتملة على عنصر أجنبي، وهذا ما دفع المشرع الجزائري من خلال التعديل الأخير لنصوص القانون المدني، وخاصة النصوص المتعلقة بتنازع القوانين أن يجعلها تتماشى مع المستجدات الراهنة.

لكن التعديلات التي جاء بها المشرع في التعديل الأخير تبقى غير كافية، حيث أن الجزائر وكما سبق الإشارة إليه في بداية البحث، تعرف انفتاح على التجارة الدولية و اتساع حركة المعاملات، وهذا ما سيؤدي إلى ظهور علاقات قانونية مشتملة على عنصر أجنبي، و هذا ما يحتم على القاضي الجزائري التصدي لحل النزاعات المشتملة على عنصر أجنبي.

ومن أجل توجيه القاضي في حالات استبعاد القانون الأجنبي التي سيجد أكيد القاضي الجزائري نفسه أمامها أحاول تقديم مجموعة من التوصيات المتواضعة:

- محاولة ضبط مفهوم النظام العام في القانون الدولي الخاص، وذلك على الأقل بوضع معايير عامة لتوجيه القاضي، وذلك سدا لكل فراغ قانوني وحدا لكل التباس يواجه به القاضي، و لا يكون ذلك إلا في التعديلات المستقبلية للقانون المدني الجزائري.

- كون أن أغلب التشريعات العربية ومنها التشريع الجزائري تعتمد على الإسلام، وذلك في الأحوال الشخصية وبالتالي يجب على القاضي أن يراعي ذلك في تقديره لفكرة النظام العام في علاقات الأسرة.

- كون أن التشريعات العربية تقوم على الشريعة الإسلامية في الأحوال الشخصية، وكون أنه تتواجد جالية عربية كبيرة في الخارج، لاسيما الجالية المغربية في فرنسا لهذا لابد من أن تسعى الجزائر و هذه الدول إلى إبرام إتفاقات دولية و ذلك من أجل حماية الجالية العربية بصفة عامة، و الجالية المغربية و الجزائرية بصفة خاصة.

- من أجل توجيه القاضي أحسن توجيه، يجب على المشرع الجزائري إعادة تعديل نص المادة 24 من القانون المدني مرة أخرى، وذلك بتحديد:

أولا: إذا كان إثارة الدفع بالنظام العام مرتبط بجنسية الأطراف.

ثانيا: تحديد مدى ارتباط الدفع بالنظام العام بقوة ارتباط النزاع بالنظام القانوني الجزائري.

ثالثا: تحديد إذا كان الدفع بالنظام العام يستدعي استبعاد القانون الأجنبي بكامله أم يستبعد فقط الجزء المخالف للنظام العام.

رابعا: توضيح موقفه من مسألة الحق المكتسب وفقا للقانون المختص المخالف للنظام العام في دولة القاضي و التمسك بأثاره في دولة القاضي، توضيح موقفه بالنسبة للأثر الإنعكاسي.

فيستحسن على المشرع الجزائري أن يجعل من نص المادة 36 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي، مرجعا له في تعديله المستقبلي.

- إعادة صياغة نص المادة 13 من القانون المدني الجزائري، وذلك لأنها لا تكرس مبدأ المساواة من جهة، ومن جهة أخرى المادة 24 من القانون المدني بصياغتها الحالية تفي بالغرض.

في الأخير يمكن القول بضرورة أن يراعي القاضي الوطني الذي يعرض عليه النزاع الذي يشمل لعنصر أجنبي، مفهوم النظام العام و الآداب العامة حسب الاتجاه الغالب في المجتمع، و خاصة في حالة عدم وجود نصوص قانونية صريحة تحدد ما هو مخالف للنظام العام، و أن لا يحكم في ذلك قناعاته و مذهبه الشخصي.

قائمة المراجع:

I. المراجع باللغة العربية:

أولا- الكتب:

1- أبو السعود(رمضان)، **شرح قانون الأسرة لغير المسلمين**، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2002.

2- أبو السعود(رمضان)، **الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني، المدخل إلى القانون، القاعدة القانونية**، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2003.

3- أبو زهرة(محمد)، **الأحوال الشخصية**، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، بدون تاريخ نشر.

4- إدمون(نعيم)، **الموجز في القانون الدولي الخاص وفقا للتشريع و الاجتهاد في لبنان**، الطبعة الثالثة، شركة الطبع والنشر اللبنانية، بيروت، لبنان، 1967.

5- البستاني سعيد(يوسف)، **القانون الدولي الخاص، تطور وتعدد طرق حل النزاعات الخاصة الدولية، تنازع القوانين، لمعاهدات، التحكيم التجاري الدولي**، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2004.

6- الجمال(مصطفى)، **قانون الأسرة لغير المسلمين**، الدار الجامعية، مصر، 1987.

7- الحداد السيد(حفيظة)، **الموجز في القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، المبادئ العامة في تنازع القوانين**، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2002.

8- السنهوري أحمد (عبد الرزاق)، **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، العمل غير المشروع، الإثراء بلا سبب، القانون**، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، بدون سنة النشر.

9- السيد (سابق)، **فقه السنة، نظام الأسرة الحدود و الجنايات**، الأجزاء 6،7،8،9،10 الجزء الثاني، الطبعة الأولى، دار الفكر، بيروت، لبنان،1977.

10- السيد(سابق)، **فقه السنة، السلم والحرب، المعاملات**، الأجزاء 11،12،13،14 الجزء الثالث، الطبعة الأولى، دار الفكر،بيروت، لبنان، 1977.

11- الحمروسي(أنور)، **الموسوعة الوافية في شرح القانون المدني بمذاهب الفقه و أحكام القضاء في مصر والأقطار العربية، الجزء الأول،القانون وتطبيقه، تقسيم الأشياء و الأموال، الالتزامات أو الحقوق الشخصية، مصادر الالتزام، أثار الالتزام، الأوصاف المعدلة أثر الالتزام، انتقال الالتزام، قضاء الالتزامات**، الطبعة الثانية، دار العدالة، القاهرة، بدون تاريخ النشر.

12- الفتلاوي حسين(سهيل)، **القانون الدولي الخاص**، المكتب المصري لتوزيع المطبوعات، القاهرة، 2002.

13- اللافي(محمد المبروك)، **تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع الليبي**، منشورات الجامعة المفتوحة، الإسكندرية، مصر، 1994.

14- المصري وليد هاشم(محمد)، **الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص،دراسة مقارنة مع التشريعات العربية و القانون الفرنسي**، الطبعة الأولى، الحامد للنشر و التوزيع، عمان، الأردن، 2002.

15- الهداوي (حسين)، **القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2006.

16- بلقاسم (أعراب)، **القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، تنازع القوانين**، دار هومة، الجزائر، 2003.

17- جمال الدين(صلاح الدين)، **مشكلات حضانة الأطفال في زواج الأجانب، دراسة مقارنة**، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004.

18- جمال الدين (صلاح الدين)، **فكرة النظام العام في العلاقات الخاصة الدولية بين القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية**، الطبعةالأولى، دارالفكر الجامعي،لإسكندرية، 2004.

19- جمال الدين (صلاح الدين)، **تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص**، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006.

20- جمال الدين (صلاح الدين)، **تنازع القوانين في مشكلات إبرام الزواج، دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية**، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،2007.

21- دوبيدار محمد(طلعت)، **القانون الدولي الخاص السعودي، الجنسية، الموطن، مركز الأجانب، تنازع الاختصاص**،تنازع القوانين، منشأة المعارف، الإسكندرية،1997.

22- زروتي(الطيب)، **القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية**، الجزء الأول، مطبعة الكاهنة، الجزائر،2000.

23- سعد(عبدالعزيز)، **الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري**، طبعة ثالثة، مدعمة بالاجتهادات القضائية، دار هومه، الجزائر،1996.

24- سليمان علي(علي)، **ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري**، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992.

25- سليمان علي (علي)، **مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري**، لطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003.

26- سوار وحيد الدين(محمد)،**الاتجاهات العامة في القانون المدني، دراسة موازنة بالفقه الإسلامي والمدونات المدنية العربية**، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2001 .

27- صادق علي(هشام)، **تنازع القوانين، دراسة مقارنة مع المبادئ العامة و الحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري**، منشأة المعارف، الإسكندرية،1993.

28- طلبة(أنور)، **الوسيط في القانون المدني، الجزء الأول، الحق واستعماله، القانون و تطبيقه، الأشخاص و الأموال، الإلتزام بوجه عام**، مصر، 1993.

29- عبد الرحمان جاد(جابر)، **القانون الدولي الخاص العربي، الجزء الثالث، في تنازع القوانين**، المطبعة العالمية، القاهرة، 1962.

30- عبد العال محمد(عكاشة)، **تنازع القوانين،دراسة مقارنة**، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007.

31- عبد الفتاح (مراد)، **القانون المدني طبقا لأحدث التعديلات**، الإسكندرية، بدون سنة النشر.

32-عبد الله المؤيد(محمد)، **القانون الدولي الخاص، النظرية العامة لتنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي في القانون اليمني**، صنعاء، اليمن، 2005.

33- عبد الله(عز الدين)، **القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، في تنازع القوانين و تنازع الاختصاص القضائي الدوليين**، الطبعة السابعة مكررة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1974.

34- عبود(موسى)،**الوجيز في القانون الدولي الخاص المغربي**،الطبعة الأولى، المركز الثقافي المغربي، الدار البيضاء، 1994.

35- عرموش عبد الكريم حافظ(ممدوح)، **القانون الدولي الخاص و المقارن، الجزء الأول، تنازع القوانين، الاختصاص القضائي الدولي، تنفيد الأحكام الأجنبية**، الطبعة الثانية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن،1998.

36- عليوش (كمال قربوع)، **القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، تنازع القوانين**، الطبعة الأولى، دار هومة، الجزائر، 2006.

37- غصوب جميل(عبده)، **دروس في القانون الدولي الخاص**، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر والتوزيع، بيروت، لبنان،2008.

38- فضيل(نادية)، **تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني**، الطبعة الرابعة، دار هومه، الجزائر، 2005.

39- فضيل(نادية)، **الغش نحو القانون**، الطبعة الثانية، دار هومه، الجزائر، 2006.

40- فهمي كمال(محمد)، **أصول القانون الدولي الخاص، الجنسية، الموطن، مركز الأجانب، مادة التنازع**، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، مصر، بدون سنة نشر

41- فيلالي(علي)، **الالتزامات، النظرية العامة للعقد**، طبعة منقحة و معدلة، موفم للنشر، لجزائر، 2008.

42- منصور بديع (سامي)، **الوسيط في القانون الدولي الخاص**، دار العلوم العربية، بيروت، لبنان، 1994.

ثانيا- الرسائل الجامعية:

1- بلمامي (عمر)، **الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة**، رسالة ماجستير في العقود و المسؤولية، معهد الحقوق و العلوم الإدارية، بن عكنون، جامعة الجزائر،1986.

2- بلمامي (عمر)، **نظرية التكييف في القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة**، دكتوراه دولة في القانون الدولي الخاص، معهد الحقوق و العلوم الإدارية، بن عكنون، جامعة الجزائر، 1993.

3- زروتي(الطيب)، **النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن**، الجزء الأول، رسالة دكتوراه، بن عكنون، جامعة الجزائر، 1991.

4- زلاسي (بشرى)، **الزواج المختلط-إشكالية تنازع القوانين من حيث انعقاده وأثاره**، رسالة ماجستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، 2001.

5- مريني(حنان)، **النظام العام الاقتصادي و تأثيره في العلاقة العقدية**، رسالة ماجستير في العقود و المسؤولية، كلية الحقوق و العلوم الإدارية، بن عكنون، جامعة الجزائر،2004.

6- مقراني(عائشة)، **مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري، دراسة مقارنة**، رسالة ماجستير، فرع عقود و مسؤولية، جامعة بومرداس، 2005.

ثالثا- المقالات و البحوث:

1-أمجد عبد الفتاح(أحمد حسان)ووالي(أحمد)، **عدالة ضبط الجنسية في تحقيق مصلحة الزوجة الجزائرية**، الملتقى الدولي حول تطبيق القانون الأجنبي، جامعة الأغواط، أفريل، 2007/2006، ص ص1-29.

2- الأهواني كامل(حسام الدين)، **الاتجاهات الحديثة لمحكمة النقض في سبيل الحد من الغش في تغيير العقيدة، بحث في مسائل الأحوال الشخصية لغير المسلمين**، مجلة العلوم القانونية و الاقتصادية، مطبعة جامعة عين الشمس، القاهرة، مصر، السنة15، العدد1، 1973، ص ص71-166.

3- الفضلي(جعفر)، **انقضاء الزواج في القانون الدولي الخاص**، مجلة الحقوق، تصدرها كلية الحقوق، جامعة الكويت، العدد الأول، السنة 12، مارس1988، ص ص225 – 247.

4- المصري وليد هاشم(محمد)، **محاولة لرسم معالم النظام العام الدولي العربي بمفهوم القانون الدولي الخاص**، مجلة الحقوق، مجلة علمية محكمة ربع سنوية تعنى بنشر الدراسات القانونية و الشرعية، تصدر عن مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، العدد الرابع، السنة27، ديسمبر2003، ص ص142-176.

5- بلقاسم(أعراب)، **أثر العولمة على بعض حلول تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص الجزائري**، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصاديةو السياسية، بن عكنون، الجزائر، الجزء 41، العدد2، 2004، ص ص22-32.

6- بلمامي(عمر)، **أثر الإتفاقيات الدولية في إعمال فكرة النظام العام، دراسة في ضوء القانون الدولي الخاص**،المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية و السياسية، بن عكنون، الجزائر، الجزء 33، العدد 1، السنة 1995، ص ص172-190.

7- بليعقوبي (بلخير)، **تقدير فكرة النظام العام في العقود الخاصة الدولية في مجال الأحوال الشخصية**، مجلة الدراسات القانونية، تصدر عن مخبر القانون الخاص الأساسي، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، العدد 5، السنة 2008، ص ص197-210.

8- تشوار(جيلالي)، **عولمة القانون و مدى تأثيرها على أحكام الأسرة**، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية و السياسية، بن عكنون، الجزائر، العدد3، 2008، ص ص89-103.

9- ثابت عبد الحميد(عنايت)، **أساليب فض تنازع القوانين ذي الطابع الدولي الإسلامي**، المجلة المصرية للقانون،القاهرة، مصر، المجلد 53، السنة 1997، ص ص 31-231.

10- خزار(محمد الصالح)، **المفهوم القانوني العام لفكرة النظام العام**، مجلة شهرية متخصصة في الدراسات و البحوث القانونية، تصدر عن دار القبة للنشر و التوزيع، الوادي، الجزائر، 2003، ص ص32-49.

11- دغيش(أحمد)، **حالات استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص بحكم النزاع أمام القضاء الجزائري**، الملتقى الدولي حول تطبيق القانون الأجنبي، جامعة الأغواط، الجزائر، أفريل2006/ 2007، ص ص1-28.

12- رايس (أمينة)، **النظام العام و الغش نحو القانون كموانع لتطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الجزائري**، الملتقى الدولي حول تطبيق القانون الأجنبي، جامعة الأغواط ، الجزائر، 2007/2006، ص ص 1-18.

13- زروتي (الطيب)،**أثر اختلاف ديانة الزوجين أو جنسيتهما في الزواج المختلط، تعليق على فتوى شرعية للمجلس الإسلامي الأعلى**، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية والسياسية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، الجزائر، العدد 4، 1993، ص ص899-948.

14-زروتي (الطيب)، **تنازع القوانين في الوصية،تعليق على قرار المحكمة العليا**، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، الاقتصادية، السياسية، الفهرس رقم 3، السنة 1994. ص680 وما بعدها.

15-زروتي (الطيب)، **قراءة في إصلاح أحكام تنازع القوانين الدولي في الجزائر بقانون 05-10...**، مجلة المحكمة العليا، قسم الوثائق، العدد الأول، 2006، ص ص51-101، ص ص96-97.

16- سليمان علي(علي)، **تعليق على حكم تغيير الجنس**، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية، الجزء 34، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، العدد 4، 1996، ص ص615-622.

17- صنيح(فؤاد)، **الزواج الديني الكنيسي والزواج المدني بين المسيحيين في سورية**، مجلة المحامون، تصدرها نقابة المحامين في الجمهورية العربية السورية، دمشق، سوريا، السنة57، الأعداد4،5،6، 1992، ص ص313-317.

18- عبد الكريم سلامة (أحمد)، **مسائل في الأحوال الشخصية لغير المسلمين**، مجلة العلوم القانونية و الاقتصادية، مطبعة عين الشمس، القاهرة، مصر، السنة 10، العدد 1، 1968،ص ص57-118.

19- عبد الله(عز الدين)، **اتجاهات القضاء في تطبيق قواعد الإسناد في مواد الأحوال الشخصية**، مجلة القانون والاقتصاد،مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة، مصر، السنة24، مارس، أفريل، العدد1و2، 1954، ص ص51-134.

20- قسمت الجداوي(أحمد)،**نظرية القوانين ذات التطبيق الضروري و منهجية تنازع القوانين**، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، السنة23، 1981، ص ص1-58.

21- كمال(سمية)، **دور النظام العام في علاقات الزواج والطلاق الدولية**، الملتقى الدولي حول تطبيق القانون الأجنبي، جامعة الأغواط،2007، ص ص1-21.

22- ممدوح عبد الحميد(عبد المطلب)، الدسوقي السيد(إنعام)، **تأثير فكرة النظام العام على حكم التحكيم و تنفيذه دراسة مقارنة**، مجلة الأمن و القانون، مجلة دورية محكمة تصدرها أكادمية شرطة دبي، الإمارات العربية المتحدة، السنة11، العدد الأول، يناير 2003، ص ص458-516.

23- يوسف(فتيحة)، **قواعد التنازع الدولي في بعض المسائل من قانون الأسرة الجزائري**، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية، بن عكنون، الجزائر، الجزء37، 1999، ص ص97-123.

24- يوسف(فتيحة)، **النظام العام و العلاقات الأسرية في القانون الدولي الخاص**، مجلة الدراسات القانونية، تصدر عن مخبر القانون الخاص الأساسي، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، العدد 5، السنة 2008، ص ص211-226.

رابعا- المواقع على الشبكة المعلوماتية:

1- الموقع: www.moj.gov.bh
(القانون المدني البحريني، مرسم بقانون رقم 19 لسنة 2001).
2- الموقع: www.b7st.com
(قانون المعاملات المدنية الإماراتي الصادر بالقانون الاتحادي رقم 5 لسنة 1985 والقوانين المعدلة له).
3- الموقع: www.aladel.gov.ly
(القانون المدني الليبي الصادر بتاريخ 28 نوفمبر 1953).
4- الموقع: www.gcc.legal.com
(القانون المدني القطري، القانون رقم 22 لسنة 2004).
5- الموقع: www.damanat4hr.maktoobblog.com
(القانون المدني اليمني، قانون رقم 14 لسنة 2002).
6- الموقع: www.sudanlaws.net
(قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة 1984).

خامسا- الأوامر و المراسيم و القوانين:

1-مرسوم رئاسي رقم06-62المؤرخ 11فيفري2006، يتضمن التصديق على ميثاق العربي لحقوق الإنسان المعتمد بتونس في مايو2004، جريدة رسمية، العدد08، 15فيفري2006.
2-مرسوم رئاسي رقم06-69 مؤرخ في 11فيفري 2006، يتضمن التصديق على الاتفاقية المتعلقة بالتعاون القضائي في المجال الجزائي بين الحكومة الجمهورية الجزائرية و حكومة الجمهورية الإيرانية، الموقعة بطهران 19 أكتوبر2006، الجريدة الرسمية، العدد9، 19 فيفري 2006.

3-مرسوم رئاسي رقم 07-323 مؤرخ في23 أكتوبر 2007، يتضمن التصديق على اتفاقية التعاون القضائي و الإعلانات والإنابات القضائية و تنفيذ الأحكام و تسليم المجرمين بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية و دولة الإمارات العربية المتحدة، الموقعة بالجزائر في 12 أكتوبر 1983، الجريدة الرسمية ، العدد 67، 24 أكتوبر 2007.

4-أمر رقم 65-194 مؤرخ في 29 يوليو 1965 يتضمن المصادقة على الاتفاقية المتعلقة بتنفيذ الأحكام و تسليم المجرمين المبرمة بين الجزائر و فرنسا و على مبادلة الرسائل المتعلقة بتعديل البروتوكول القضائي الجزائري-الفرنسي المؤرخ في 28 غشت سنة 1962 ، جريدة رسمية، عدد 68، سنة 1965 ، ص 962.

5- الأمر رقم 70-86 بتاريخ 15 ديسمبر 1970، قانون الجنسية الجزائرية، معدل و متمم بالأمر 05-01 المؤرخ في 27 فيفري 2005، الجريدة الرسمية، العدد43، السنة2005 .

6- مرسوم تنفيذي رقم رقم 06-154 مؤرخ في 11ماي 2006، يحدد شروط و كيفيات تطبيق أحكام المادة 7 مكرر من القانون رقم 84-11، الجريدة الرسمية، العدد31، 2006.

7- قانون رقم 84-11 الموافق ل 9 يونيو 1984 يتضمن قانون الأسرة معدل ومتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، الجريدة الرسمية، العدد15، 2005.

8- قانون 05-10 مؤرخ في 20 فيفري 2005، يعدل ويتمم الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 و المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم، الجريدة الرسمية، عدد44، 26 فيفري 2005.

9- القانون 02/06، المؤرخ في 20 فبراير 2006 المتضمن مهنة الموثق، الجريدة الرسمية، العدد14 ، الصادرة بتاريخ08مارس2006.

10-قانون عدد 97 لسنة 1998 مؤرخ في 27 نوفمبر 1998 يتعلق باصدار مجلة القانون الدولي الخاص، منشورات المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية، 2008.

II. المراجع باللغة الفرنسية:

أولا- الكتب:

1- Batiffol(Henri), **Droit international privé**, Tome1, Cinquième édition, Librairie général de droit et de jurisprudence, Paris, 1970.

2-Batiffol(Henri)et Lagarde(Paul),**Droit international privé**, Tome1, septième édition, Lgdj, paris, 1981.

3- Bernard(Audit), **Droit international privé**, 3ème édition, Economica, Paris, 2000.

4- Bischoff(Jean-Marc),**La compétence du droit français dans le règlement des conflits de lois**, Paris,1959.

5- Dérrupé(Jean), **Droit international privé**, 13éme édition, Edition Dalloz, Paris, 1999.

6- Gutmann (Daniel),**Droit international privé** ,2ème édition, Dalloz, Paris, 2000.

7- Graulich(Paul), **Principes de droit international privé**, **conflit de lois, conflit de juridictions**,Dalloz, Paris,1961.

8- Holleaux(Dominique)-foyer(jaques)geouffre de lapradelle (Geraud), **Droit international privé**, Mason, Paris, 1987.

9- Issad(Mohand), **Droit international privé, Les règles de conflits**, Office des publications universitaires, Alger, 1980.

10- Kitic(Dusan), **Droit international privé**, Edition ellipse, Paris, 2003.

11- Loussouarn(Yvon),Bourel(Pièrre), **Droit international privé**, Troisième Edition, Dalloz, Paris, 1988.

12- Loussouarn(Yvon), Bourel (Pièrre), Devarielles Sommiers (Pascal), **Droit international privé**,8ème édition, Dalloz,Paris, 2004.

13- Mayer(Pièrre), **Droit international privé**, 5ème Edition, Delta, Libanon, 1994.

14-Monéger(Françoise), **Droit international privé**, Librairie de la cour de cassation, Paris, 2001.

ثانيا- الرسائل الجامعية:

1- Lagarde (Paul), **Recherches sur l'ordre public en droit international privé**, Thèse pour le doctorat, Université de paris, Faculté de droit, 1957.

ثالثا- المقالات:

1- Akroune (Yakout), **Droit de la famille et droit de l'homme en Algérie : Une coexistence toujours conflictuelle**,Revue Algérienne des Sciences Juridiques,Economiques et Politique, Ben Aknoune, Alger, N2, 2008, pp73-88

2- Archer(Delphine), **Actualité sur le droit international privé communautaire des contrats de consommation**, Petites affiches, La loi, Le quotidien juridique, Edition quotidienne des journaux judiciaires associés, Paris, n 186, 16 Septembre 2008, p p4-6,

3- Bessai (M' hamed Toufik), **La loi applicable au contrat international a propos de la reforme de l article 18 du code civil**, Revue algérienne des sciences juridiques, économique et politique, Ben aknoun, Alger,N2, 2008 , pp5-25.

4- Eric(Kerckhove),**Le droit internationale privé du couple**, Petites affiches, La loi, Le quotidien juridique, Edition quotidienne des journaux judiciaires associés, Paris, Reconstruire la famille,Un droit commun pour le couple,Numéro spéciale, N254, 20 Decembre2007,pp41-47.

5- Fulchiront(Hugues), **Le droit français et les mariages homosexuels étrangers**,Recueil Dalloz,Paris, N19,11mai2006,pp1253-1258.

6- Nourissat (Cyril), **Le droit international privé à l'épreuve du droit communautaire ?** Quelque brève observation optimistes,Petites affiches, La loi, Le quotidien juridique, Edition quotidienne des journaux judiciaires associés,Paris, 19Avril2007, Numéro spécial(Les 50ans du traité de Rome), pp82-86.

7- Informations diverses, **Mariage homosexuel,Effets en France**, Revue critique de droit international privé, Edition Dalloz, Paris, N2, Avril-Juin2006,pp440-441.

رابعا- التعليق على الأحكام و القرارات القضائية:

1-Cassation , Premièr chambre civil, 19 octobre 1999, Journal du droit international ,N2, Edition du juris- classeur, Paris, Avril-Mai-Juin 2000,p p328-341,Note : Jean-Baptiste(Racine).

2-Cassation,Chambre civil,23 janvier2007,Petite affiches, La loi, Le quotidien juridique, Edition quotidienne des journaux judiciaires associés,Paris, 21Aout2007, n167,pp8-13, Note Mahinga(jean-grégoire).

3- Cassation, Chambre commercial, 14 janvier 2004, Revue critique de droit international privé,N1,Edition Dalloz, Janvier, Mars, 2005,p p 55-61, Note : Lagarde(Paul).

4- La direction générale des registres et du notariat, Ministère de la justice du Royaume d'Espagne, 24 Janvier 2005, Revue critique de droit international privé,Paris,N4,Octobre-Décembre2005,pp 614-627, Note : Lorenzo(sanchez).

5- La cour d'appel de Bordeaux (-e ch), 10 janvier 2005, Recueil Dalloz, n 16, 2006, pp 1090-1094, Note : Sagot-Duvauroux(Jean).

6- la cour de cassation, 1re civ, 10mai 2006, Recueil Dalloz, 30 novembre 2006, n 42, pp 2890-2894, Note : Kessler(Guillaume),Salame(Georgette).

7- Cassation première chambre civil, 23mai 2006, Revue critique de droit international privé, N1, Edition Dalloz, Janvier- Mars2007, p p 85-95 , Note : Cocteau-senn (Delphine).

8- Cassation,Civ, 13 Mars2007, Petites affiches,La loi, Le quotidien juridique, Edition quotidienne des journaux judiciaires associés,Paris, N142, 17Juillet2007,pp19-22,p19,Note : Massip(Jacques).

9- La cour de cassation(1re ch civ),28 novembre2006,Revue critique de droit international privé,Edition Dalloz,Paris, N3, juillet-septembre2007, p p584-592, Note : Joubert (Natalie).

10- La cour de cassation (1re ch. Civ), 25 avril 2007,Revue critique de droit international privé,Edition Dalloz, Paris, Janvier- Mars 2008, pp81-88, Note : Lagarde(Paul).

خامسا- المواقع على الشبكة المعلوماتية:

1-الموقع: www.droit.org

(Le code civil français).

2- الموقع: www.droit-technologie.org

(Convention sur la loi applicable aux obligations contractulles ouverte à la signature à Rome le 19 juin 1980(80/934/CEE).)

الفهرس.

مقدمة.. 1

الفصل الأول: في ضبط فكرة النظام العام في القانون الدولي الخاص.....6

المبحث الأول: مفهوم النظام العام في القانون الدولي الخاص.....7
المطلب الأول: تطور فكرة النظام العام في القانون الدولي الخاص.....8
الفرع الأول: النظام العام كأداة لتثبيت الاختصاص للقانون الإقليمي.....8
أولا: فقه الأحوال الإيطالي القديم.....8
ثانيا: مانسيني و مدرسة شخصية القوانين.....11
الفرع الثاني: النظام العام كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي.....14
المطلب الثاني: التمييز بين النظام العام في القانون الدولي الخاص و بعض المفاهيم القريبة منه.....18
الفرع الأول: النظام العام في القانون الدولي الخاص والنظام العام في القانون الداخلي.....18
أولا: تعريف النظام العام.....19
ثانيا: أوجه التشابه و الاختلاف.....21
1:أوجه التشابه.....21
2: أوجه الاختلاف.....22
الفرع الثاني: التمييز بين النظام العام في القانون الدولي الخاص و القوانين ذات التطبيق المباشر.....27
أولا: تعريف القوانين ذات التطبيق المباشر.....27
ثانيا: أسباب ظهور القوانين ذات التطبيق المباشر.....30

ثالثا: أوجه الاختلاف بين القوانين ذات التطبيق المباشر و النظام العام في القانون الدولي الخاص.....32
الفرع الثالث: التمييز بين النظام العام في القانون الدولي الخاص و قواعد الإسناد...34
أولا: تعريف قواعد الإسناد.....35
ثانيا: أوجه الشبه و الاختلاف.....36
الفرع الرابع: التمييز بين النظام العام في القانون الدولي الخاص و الغش نحو القانون.....38
أولا: تعريف الغش نحو القانون.....38
ثانيا: أوجه التشابه و الاختلاف.....39
المطلب الثالث: أهم خصائص النظام العام في القانون الدولي الخاص.....40
الفرع الأول: نسبية النظام العام.....41
أولا: نسبية النظام العام من حيث المكان.....41
ثانيا: نسبية النظام العام من حيث الزمان.....46
الفرع الثاني: النظام العام نظام قضائي.....49
أولا: سلطة القاضي في ضبط فكرة النظام العام.....49
ثانيا: وقت التقيد بفكرة النظام العام.....54
الفرع الثالث: الصفة الوطنية للنظام العام.....55
المبحث الثاني: تأثير الدين على فكرة النظام العام.....57
المطلب الأول: تأثير الدين على فكرة النظام العام في الدول العربية.....58
الفرع الأول: مفهوم النظام العام الإسلامي.....58
أولا: إمكانية إعمال فكرة النظام العام في الشريعة الإسلامية.....58
1: انعدام فكرة النظام العام في الشريعة الإسلامية.....59
2: وجود فكرة النظام العام في الشريعة الإسلامية.....61
ثانيا: تعريف النظام العام الإسلامي.....62
ثالثا: خصائص النظام العام الإسلامي.....64
1- النظام العام فكرة ثابتة.....64

2- النظام العام فكرة آنية.....64
3- فكرة النظام العام محددة مسبقا.....65
الفرع الثاني: اختلاف درجة تأثير الدين على فكرة النظام العام في الدول العربية...65
المطلب الثاني: تأثير الدين على فكرة النظام العام في الدول الغربية.....73
المطلب الثالث: تأثير تغيير الدين على فكرة النظام العام 80
الفرع الأول: تأثير تغيير الدين في القانون الجزائري.....80
الفرع الثاني: تأثير تغيير الدين في الأنظمة القانونية المختلفة.....82

الفصل الثاني: إعمال فكرة النظام العام في القانون الدولي الخاص.....86

المبحث الأول: شروط إعمال الدفع بالنظام العام.....87
المطلب الأول: الشروط العامة 88
الشرط الأول: أن تشير قاعدة الإسناد الوطنية إلى اختصاص القانون الأجنبي.....88
الشرط الثاني: توافر مقتضى من مقتضيات النظام العام.....95
المطلب الثاني:الشروط الخاصة بالنظام العام.....106
المبحث الثاني: آثار الدفع بالنظام العام.....113
المطلب الأول: أثر الدفع بالنظام العام بشأن علاقة تنشأ في دولة القاضي.....114
الفرع الأول: الأثر السلبي للدفع بالنظام العام.....114
أولا: الاستبعاد الجزئي للقانون الأجنبي.....114
ثانيا: الاستبعاد الكلي للقانون الأجنبي.....117
الفرع الثاني: الأثر الإيجابي للدفع بالنظام العام.....119
أولا: الأخذ بنص بديل في القانون الأجنبي.....120
ثانيا: تطبيق القانون الأقرب للعلاقة.....122
ثالثا: تطبيق القانون الطبيعي.....123
رابعا: تطبيق قانون القاضي.....123
خامسا: موقف المشرع الجزائري.....127

المطلب الثاني: أثر الدفع بالنظام العام بالنسبة للحقوق المكتسبة.....129
الفرع الأول: الأثر المخفف للنظام العام.....129
أولا: مضمون فكرة الأثر المخفف للنظام العام.....130
ثانيا: حالات عدم الأخذ بفكرة الأثر المخفف للنظام العام.....133
الفرع الثاني: الأثر الانعكاسي للنظام العام.....137
أولا: مفهوم الأثر الانعكاسي للنظام العام.....137
ثانيا: موقف الفقه من الأثر الانعكاسي للنظام العام.....138
الخاتمة. 141
قائمة المراجع.....148
الفهرس. 162

ملخص

المشرع الجزائري و من أجل مواكبة التطورات الحاصلة و من اجل جعل نصوصه القانونية تستجيب للمقاييس الدولية اعتمد بتاريخ 20 فيفري 2005 القانون 05-10 الذي يعدل و يتمم الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم، و بموجبه عدل جزء هام من أحكام القانون المدني المعدل و قد مس هدا التعديل نص المادة 24 من ق م ج، و المتعلقة باستبعاد القانون الأجنبي باسم النظام العام.

فهكذا لا يكتفي القاضي الجزائري بإثبات القانون الأجنبي و تفسيره، بل لابد أن يتأكد من أنه لا يخالف النظام العام و الآداب العامة في الجزائر، ولم يثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون، لدلك أصبح من الضروري توجيه القاضي في مسألة استبعاد القانون الأجنبي باسم النظام العام و دلك من خلال ضبط فكرة النظام العام، و لن يتم ضبطها إلا من خلال معرفة المعايير التي يتم وفقها تقدير فكرة النظام العام و هل يؤثر الدين في تحديد و ضبط فكرة النظام العام و كيف يتم إعمالها.

لكن هناك صعوبة في ضبط فكرة النظام العام و يرجع دلك أولا إلى عدم وجود تعريف واضح للنظام العام، ولتشابه هده الفكرة مع بعض المفاهيم القريبة منها، و ترجع كذلك على اختلاف المعايير المعتمدة في تحديد هده الفكرة باختلاف الدول و باختلاف الشرائع، كما أنه و كون أن إعمال فكرة النظام العام يؤدي إلى تعطيل عمل قواعد الإسناد بالتالي فإن إعمالها لا يكون إلا بتوفر شروط معينة، و إعمالها كذلك سيؤدي أكيد إلى أثار مختلفة.

المشرع الجزائري و من خلال نص المادة 24 ق م ج نص صراحة على استبعاد القانون الأجنبي و أضاف في تعديله الأخير نقطة أساسية و التي تعتبر نقص في هده المادة، و هي تطبيق القانون الجزائري في حال استبعاد القانون الأجنبي، و لكن يبقى هدا التعديل غير كافي، وما يجب الإشارة إليه أيضا أن في الجزائر هناك ندرة في تطبيق القانون الأجنبي، غير أن انفتاح الجزائر على التجارة الدولية و اتساع حركة المعاملات و زيادة حركة انتقال الأفراد من و إلى الجزائر، سينعكس على ازدياد العلاقات القانونية المشتملة على عنصر أجنبي و هدا ما يفرض على القاضي التصدي لكل المنازعات الناجمة عن هده العلاقات.

Résumé

Dans les relations juridiques contenant un élément d'extranéité, la loi applicable par le juge du fond est déterminée par la règle de conflit nationale. Celle-ci peut désigner la loi algérienne, comme elle peut désigner la loi étrangère. Aucun problème d'application ne se pose quand la loi algérienne est désignée, par contre si la loi étrangère est désignée, il peut qu'elle soit incompatible avec les conceptions fondamentales, juridiques, politiques et sociales de notre société, ce qui pousse le juge à éloigner son application. On est alors en présence d'un ordre public national face à une loi étrangère compétente.

Le problème essentiel que pose son intervention , c'est sa définition, du fait de son changement d'une époque à une autre, et d'un pays à un autre, c'est pour cela que les juristes disent qu'il y a peu de notions qui sont difficiles à définir que celle d'ordre public. Une partie de notre recherche sera consacré à sa définition tout en poursuivant son parcours depuis le moyen âge jusqu'à notre époque. Si on peut trouver une conception unie de l'ordre public dans les pays occidentaux cette conception est différente dans les pays musulmans. L'ordre public.

dans ces pays puise son fondement dans la religion ce qu'il le rend immuable, par contre dans les pays occidentaux, c'est un ordre public laïque, ce qui le rend changeant d'une époque à une autre, on dit alors que l'ordre public se caractérise par son actualité.

Le problème de la définition n'est pas le seul qui se pose au juge chargé de l'application de la loi étrangère déclarée compétente par les règles de conflit de son système juridique. L'autre problème, c'est celui de son effet, c'est-à-dire que doit faire le juge s'il s'aperçoit que la loi étrangère désignée par la règle de conflit nationale, est contraire à l'ordre public de son pays, doit-il l'éloigner totalement ou partiellement, et s'il l'éloigne totalement qu'elle autre loi doit il appliquer ? L'étude de ce problème est nécessaire, d'où on doit lui consacrer une partie de notre étude.