الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

المركز الجامعي بلحاج بوشعيب– عين تمو شنت –

معهد العلوم الإقتصادية ، التجارية و علوم التسيير

قسم: حقوق

تخصص : قانون خاص

مذكرة تخرج مقدمة لنيل شهادة الماستر بعنوان :

# النظام العام في القانون الدولي الخاص : دراسة مقارنة

من إعداد الطالبين :

- درار كريمة
- بلعباسي عمر

تحت إشراف الأستاذ:

أ. تروزين بلقاسم

أعضاء لجنة المناقشة:

| | | |
|---|---|---|
| الدكتورة . الشيخ نسيمة ، أستاذة محاضر –أ– | المركز الجامعي بلحاج بوشعيب عين تموشنت | رئيسا |
| الدكتور . تروزين بلقاسم ، أستاذ محاضر –أ– | المركز الجامعي بلحاج بوشعيب عين تموشنت | مشرفا ومقررا |
| الدكتورة . مهداوي محمد صالح ، أستاذ محاضر–أ– | المركز الجامعي بلحاج بوشعيب عين تموشنت | مناقشا |

السنة الجامعية : 2019/2018

بسم الله الرحمن الرحيم

# الإهداء

الحمد لله رب العالمين و الصلاة و السلام على خاتم الأنبياء و المرسلين .

﴿ قل إعملوا فسيرى الله عملكم و رسوله و المؤمنون ﴾ صدق الله العظيم .

أهدي هذا العمل المتواضع إلى الوالدة العزيزة حفظها الله لي

التي سهرت و تعبت على تعليمي في إتمام هذا العمل من قريب أو من بعيد...

و إلى زوجتي و اولادي " يوسف – علاء – بشرى–" حفظهم الله

و إلى كل أفراد عائلتي

إلى كل الأصدقاء و الأحباب من دون استثناء

عمر

# الإهداء

:

الحمد لله رب العالمين و الصلاة و السلام على خاتم الأنبياء و المرسلين .

﴿ قل إعملوا فسيرى الله عملكم و رسوله و المؤمنون ﴾ صدق الله العظيم .

أهدي هذا العمل المتواضع إلى عائلة بن صالح : زوجي و أبنائي : زكرياء – يوسف

و بناتي : خولة – إخلاص – سمية – صورية

إلى إخوتي و أخواتي

و لكل من يعرف درار كريمة

و إلى كل موظفي إدارة املاك الدولة و بالأخص مكتب المستخدمين

إلى كل الأصدقاء و الأحباب من دون استثناء

كريمة

# شكر و تقدير

إن الشكر أولا و أخيرا لله العزيز القدير العليم البصير له الحمد الكثير وحده لا شريك له

أعطانا القوة و الشجاعة لانجاز هذا العمل المتواضع ووفقنا لاتمامه .

ان اتقدم بالشكل والامتنان الي اساتذة المركز الجامعي بلحاج بوشعيب الذين سهروا على نجاح تكويننا وعلى راسهم الأستاذ

" تروزين بلقاسم "

والى زملائنا في الجامعة الذين عرفناهم و ساعدونا .

وفي النهاية يسرنا ان نتقدم بجزيل الشكر الى كل من مد لنا يد العون في مسيرتنا ..... وفق الله الجميع

**مقدمـة**

ينظم القانون الدولي الخاص العلاقات التي تشتمل على عنصر أجنبي، فإذا كان المشرع سمح بتطبيق القانون الأجنبي على العلاقة ذات الطابع الدولي فلأنه قدر أن هذا القانون هو الأكثر صلة بها والملائم لحكمها.

تعد فكرة النظام العام من الأفكار الأساسية والمعقدة في العلوم القانونية عموما، ففي القانون الداخلي بفروعه المختلفة تعتبر قيدا على سلطان إرادة الأطراف في الخروج عن القاعدة القانونية الآمرة أو الاتفاق على مخالفتها. يهدف النظام العام إلى حماية المبادئ والأسس العامة الاقتصادية والاجتماعية والسياسة التي يقوم عليها كيان المجتمع، أما في إطار القانون الدولي الخاص فيرمي لإدراك ذات الهدف ولكن بطريقة مختلفة، حيث يُستخدم كدفع يُعترض به على تطبيق الأحكام الموضوعية في القانون الأجنبي الواجب التطبيق بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية وذلك عندما تتعارض هذه الأحكام مع الأسس الجوهرية لقانون دولة القاضي المعروض أمامه النزاع.

يتعذر أحيانا على القاضي المختص تطبيق القانون الأجنبي المختص و المعين بموجب قاعدة الإسناد الوطنية، نذكر إجمالا حالة تعارض مضمون القانون الأجنبي الواجب التطبيق مع المبادئ والقيم الوطنية لدولة القاضي.

إن الأساس الذي تقوم عليه قواعد القانون الدولي الخاص هو التضامن الدولي الذي يحقق نوع من التوازن بين الأنظمة القانونية الداخلية للدول المختلفة من جهة ومقتضيات التجارة الدولية من جهة أخري. إن هذا التوازن يحقق نوع من التنسيق والتكامل بينها يقوم على فرضية وجود حد أدنى من الاشتراك القانوني فيما بينها، خاصة في ظل تشابه الثقافات القانونية للقوانين المتنازعة، أو على الأقل وجود نوع من التّنسيق في حالة التّعارض الظاهر جليا بين نفس القوانين موضوع التنازع.

إن من مسلمات القانون الدولي الخاص أن القانون الأجنبي يقدم حلول تختلف عن تلك الموجودة في القانون الداخلي، باعتبار أن كل نظام قانوني يعكس سيادة دولة بعينها، لكن شريطة أن يكون لهذا الاختلاف حدود وفي حالة تجاوزها يتم تفعيل فكرة الدفع بالنظام العام. فإذا ما عُرض نزاع متعلق بزواج جزائري بفرنسية كزوجة ثانية أمام الجهات القضائية الفرنسية، فبالرغم من صحة هذا الزواج طبقا للقانون الجزائري المختص بالنزاع فان النظام العام الفرنسي يُشكل حاجزا أمام نفاذه لان مضمونه يتعارض مع المبادئ الأساسية للقانون الفرنسي ومنه

القضاء ببطلان هذا الزواج ونفس الأمر قد يحدث مع القاضي الجزائري في حالة عرض إرتباط قانوني بين رجل وإمرأة من جنسية أجنبية مشتركة لكن يكون هذا الإرتباط مخالف بطريقة فاضحة لمبادئ الشريعة الإسلامية الّتي يستند عليها قانون الأسرة الجزائري.

إن قبول تطبيق القانون الأجنبي داخل الإقليم الوطني ليس معناه منح صك على بياض للمشرع الأجنبي وإنما يجب توفير آلية للقاضي الوطني لحماية قيمه والدفاع عنها وتجنب القفز نحو المجهول Saut dans l'inconnu.

في بعض الحالات يجد القاضي الوطني نفسه أمام حقوق ومراكز قانونية أنشئت وإكتسبت في الخارج ويريد أصحابها التمسك بآثارها في إقليم دولة القاضي المعروض أمامه النزاع le juge saisi du litige رغم تعارضها مع نظامه العام، كأن يتمسك شخص بطلاق وقع بالخارج لأجل إعادة الزواج في بلد قانونه الداخلي لا يجيز ذلك، فهل يعترف القاضي المختص بهذا الطلاق أم يرفضه بحجة تعارضه مع النظام العام في دولته ؟

إزاء هذا الوضع إستحدث القضاء الفرنسي فكرة الأثر المخفف للنظام العام effet atténué de l'ordre public والتي تهدف إلي التقليص من مفعوله الكلي والمطلق، فسمح بالاحتجاج داخل الإقليم الفرنسي بآثار الحقوق والمراكز القانونية المنشأة بالخارج لكن بتوفر مجموعة من الشروط[1] .

لما كانت درجة تدخل النظام العام تتفاوت حسب الموضوع محل النزاع، فانه سيتم دراسة تفعيله في مسائل الأحوال الشخصية لارتباط هذه الأخيرة بمفاهيم إجتماعية وأخلاقية أودينية، إضافة إلى أن أغلب القواعد التي تنظم الأسرة هي قواعد آمرة.

نظرا للاختلاف الشاسع في المفاهيم القانونية بين الدول العربية والأوربية في الأحوال الشخصية فإنه غالبا ما يحول النظام العام في هذه الدول دون تطبيق القانون الأجنبي المختص.

بالمقابل سوف لا نكتفي بالتطرق إلى إثراء موضوع دراستنا بالحديث عن النظام العام في إطار مقارن أو بالأحرى تقليدي و إنما سنتناول أيضا فكرة النظام العام في نطاق مستحدث و هو ما نجده على وجه التحديد في نطاق إندماجي كحالة النظام العام الأوربي l'ordre public européen و الذي كانت تسميته في السابق النظام العام المجموعاتي l'ordre public communautaire. يشكل هذا الأخير نموذجا للنّظام العام من حيث كونه غير تقليدي.

[1] جمال الدين عنان، الأثر المخفف للنظام العام في القانون الدولي الخاص "دراسة مقارنة"، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، العدد الثاني، جامعة محمد بوضياف، المسيلة (الجزائر)، 2016، ص 117.

من خلال الفكرة المقدمة أعلاه فإنّ الغرض من هذا البحث هو تبيان كيفية تصدي النظام العام لكلّ ما من شأنه التّعارض مع النّظام القانوني الجزائري. إن كانت هذه الفكرة واضحة في إطار المهامّ التّقليدية للقاضي المعروض أمامه نزاع ينطوي على عنصر أجنبي فإنّ الأمر لا يبدو كذلك أثناء عرض نفس الحالة أمام قاضي ينتمي إلى إحدى المحاكم الداخلية لدولة من دول الإتحاد الأوربي. نقصد بذلك أنّ الخلط أو الإبهام يتكرّر بمناسبة محاولة التّفرقة من قبل هذا القاضي بين نظامه العامّ التّقليدي و النّظام الأوربي، إذ يصير القاضي مكلّفا بحماية نظامين قانونين أحدهما تقليدي و الآخر مستحدث و ذلك في إطار ما يُصطلح عليه بالمهمة الأوربية (سايقا المجموعاتية) للقاضي الداخلي l'office communautaire devenue européenne du juge saisi du litige.

تبدو الفكرة المشار إليها أعلاه غير واضحة أو على الأقل غير مألوفة في القانون و القضاء الجزائريين، خاصّة إذا ما علمنا أنّ الجزائر لا تنتمي إلى منظمة إندماجية كما هو عليه الوضع بالنّسبة للدّول الأعضاء في المجموعة الأوربية Communauté européenne الّتي صارت فيما بعد الإتّحاد الأوربي Union européenne بعد دخول معاهدة لشبونة بين هذه الدّول حيّز التّنفيذ. غير أنّ العبرة من التطرق لهذه الجزئية في بحثنا هذا تكمن في معرفة مصير الأحكام القضائية الجزائرية، خاصّة في مسائل الأحوال الشخصية أمام إحدى المحاكم الداخلية لدول الإتحاد الأوربي. نلاحظ هنا أنّ التّغيير الّذي طرء على التّعامل مع هذه الأحكام أصبح جذريا منذ 2004 و الّذي يُبرّر كما سنرى في دراستنا هذه بفرض فكرة النّظام العام الأوربي المستمدّ في جزء كبير منه من المعاهدة الأوربية لحقوق الإنسان Convention européenne des droits de l'homme.

إن اختيارنا لهذا الموضوع ناتج عن أسباب عديدة من ضمنها ما هي ذاتية تتمثل أساسا في رغبتنا في تناول مادة القانون الدولي الخاص نظرا لميولاتنا لدراسة هذه الشعبة القانونية التقنية. أمّا عن الأسباب الموضوعية، فنذكر أن مادة القانون الدولي الخاص عموما لا زالت تحتاج إلى المزيد من الدراسة والبحث. بالإضافة إلى ذلك هناك أسباب تتعلق بخصوصية وأهمية النظام العام كون أن أغلبية المسائل التي يعالجها غير منظمة تشريعيا في كثير من الدول ومن ضمنها الجزائر نظرا للطابع القضائي الذي يغلب على تفعيل فكرة الدفع بالنظام العام و الذي لا يتمُّ ضبطه بسهولة. نلاحظ في هذا المعنى أن في الغالب يكتفي المشرع بسن مواد قانونية تتضمن القواعد العامة تاركا الأمور التفصيلية إلى تقدير للقاضي الوطني. في هذا السّياق نجد أنّ المشرّع الجزائري إكتفى بذكر النّظام العام بموجب المادة 24 من القانون المدنيّ كمعطّل

لأحكام المواد السّابقة. يعني ذلك أنّه يعود للقاضي ضبط مسألة إعمال هذه المادة القانونية و معرفة درجة ملائمة القانون الأجنبي للمبادئ الّتي يقوم عليها النّظام القانوني الجزائري.

تأسيسا على ما سبق سيتم معالجة هذا الموضوع بالإجابة على إشكالية رئيسة ألا وهي تقدير النّظام العام من خلال إدراك معناه و بالتالي تطبيقه في جانبيه التّقليدي و المستحدث.

لأجل ما تقدّم سنتطرّق إلى مفهوم النظام العام التقليدي في القانون الدولي الخاص وتطبيقاته، ثمّ نتناول جانب النظام العام المستحدث في القانون الدولي الخاص مع تقديم بعض النّماذج عن هذه الآلية المستحدثة للدّفع بعدم تطبيق قانون أو حكم أجنبيين.

لغرض الخوض في بحثنا هذا آثرنا إتباع منهجين، المنهج التحليلي الذي يعتمد أساسا على التحليل الدقيق للنصوص القانونية وكذا الاجتهادات القضائية الصادرة في هذا الشأن ، إضافة إلى المنهج المقارن الذي يتم من خلاله توضيح الإختلاف في التطبيقات التقليدية الخاصة بتفعيل النظام العام بين قضاء الدول العربية (القضاء الجزائري كنموذج) ومقارنتها بالقضاء الفرنسي دون إهمال تأثر القضاء الفرنسي بما جاء بموجب النّصوص الأوربية (معاهدات بروكسل على الخصوص بشأن النّظام العام).

وعليه يتم تقسيم هذه المذكرة إلي فصلين على النحو الأتي:

**الفصل الأول: ماهية النظام العام في القانون الدولي الخاص التقليدي وتطبيقاته**

**الفصل الثاني: ماهية النظام العام المستحدث (الاندماجي وتطبيقاته)**

## الفصل الأول : ماهية النظام العام في القانون الدولي الخاص التقليدي وتطبيقاته

تحقيقا لاعتبارات الملائمة التي تقوم عليها قاعدة الإسناد كونها ذات طبيعة مزدوجة، سمح المشرع الجزائري في بعض الحالات بتطبيق القوانين الأجنبية على إقليمه، وذلك إعمالا للمبدأ الذي يقوم عليه التنازع والذي يقضي بان تفسح الدولة المجال في قانونها الداخلي لتطبيق القانون الأجنبي.

يعد النظام العام صمام الأمان الذي يحمي أسس ومبادئ المجتمع، بحيث من غير المقبول أن يطبق القاضي الوطني قانونا أجنبيا يتعارض مع مضمون النظام العام في دولته. وتختلف أثار الدفع بالنظام العام في مرحلة إنشاء الحقوق في بلد القاضي عن مرحلة التمسك بآثار حق نشأ في الخارج.

تشكل الأحوال الشخصية المجال الخصب الذي يستدعي تدخل النظام العام، حيث غالبا ما يُستبعد القانون الأجنبي الواجب التطبيق (المتأثر بثقافة قانونية مختلفة) في مسائل كالزواج والطلاق، النسب، التبني، الميراث، الوصية، ... الخ. يُعلّل إستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق إلى كون تلك المسائل تستند في تنظيمها على المفاهيم الدينية والأخلاقية و هذا خلافا على نظيراتها المتعلقة بالأحوال العينية وكذا الوقائع القانونية فنادرا ما يثار النظام العام بشأنها.

سنقسم دراستنا في هذا الفصل إلى محورين يتمثّلان في ماهية النظام العام التقليدي في القانون الدولي الخاص (**المبحث الأول**) والتطبيقات التقليدية لهذا النظام في مسائل الأحوال الشخصية (**المبحث الثاني** ).

### المبحث الأول : ماهية النظام العام التقليدي في القانون الدولي الخاص وأثار الدفع به

يلعب النظام العام دور مهم وخطير في آن واحد فمن جهة يعد الآلية التي تستند عليها الدولة في ضمان حماية نظامها القانوني و حماية المصالح العليا للمجتمع ومن جهة أخرى، يتعين عدم الإفراط في إستعماله لأن ذلك يؤدي إلى تعطيل قواعد الإسناد الذي يكمن دورها الرئيسي في تنظيم العلاقات الدولية الخاصة.

إنّ إختلاف مفهوم النظام العام وتباينه بين الدول يعد نتيجة منطقية لأنّ كل دولة تقوم على أسس دينية، إجتماعية، ثقافية، إقتصادية و سياسية مختلفة عن مثيلاتها في الدول الأخرى. يبدو إعمال النّظام العام أكثر وضوحا في مجال الأحوال الشخصية، خاصة بين الدول الغربية والدول الإسلامية نظرا لإختلاف الثّقافات القانونية فيما بين طائفتي هاته الدّول[1].

[1] في هذا المعنى: زاير فاطمة الزهرة، النظام العام في النزاعات الدولية الخاصة المتعلقة بالأحوال الشخصية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2010، ص 12.

لتوضيح فكرة الدفع بالنظام العام لابد من التطرق للمفهوم التقليدي لهذا النظام ومجال إعماله **(المطلب الأول )**، ثمّ نتطرق إلى آثار الدفع به **(المطلب الثاني)**.

**المطلب الأول: مفهوم النظام العام التقليدي ومجال إعماله**

نظرا للدور المهم الذي يؤديه النظام العام في مجال العلاقات الدولية الخاصة، فان معظم الدول اعتبرته وسيلة دفاعية في مواجهة القانون الأجنبي المختص الّذي تتعارض أحكامه مع القانون الداخلي (الوطني). هناك تشريعات لبعض الدول نصت عليه صراحة بهذا المسمى و إن كانت قد إستعملت مرادفا له على سبيل الإضافة و الشرح و هذا ما نلمسه في المادة 36 من القانون التونسي 97/98، المتضمن تقنين القانون الدولي الخاص أو بالأحرى مجلة القانون الدولي الخاص التونسي. تضمنت هذه المادة في فقرتها الأولى مصطلح "الإختيارات الأساسية للنظام القانوني" كمرادف للنظام العام[1].

حسب الأستاذ كمال كيحل فالمشرع النمساوي قد إستعمل مصطلح القيم الأساسية، أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد أضاف إلى النظام العام الآداب العامة وهي القواعد الأخلاقية السائدة في الجماعة طبقا لأحكام المادة 24 من القانون المدني الجزائري، بينما هناك دول أخرى لم تنص على تعريفه صراحة ولكن كرسته من خلال الاتجاهات القضائية كفرنسا[2].

يستقر الفقه والقضاء عل الصفة الاستثنائية بالنسبة للدفع بالنظام العام في العلاقات الدولية الخاصة أي لا يُستعمل هذا الدفع على إطلاقه. يترتب على ذلك انكماش مقتضيات النظام العام والتضييق من مجال إعماله و لأجل لتوضيح أكثر سنتطرق لمفهوم هذا النظام **( الفرع الأول)** وبما أنّه لا يلجأ إليه إلاّ في حالة الضرورة، فلا بدّ من تبيان مجال تفعيله **(الفرع الثاني)**.

**الفرع الأول: مفهوم النظام العام**

لم يعرف الفقه القانوني فكرة عصية على التعريف والتحديد كفكرة النظام العام، بالرغم من تكريسها واستعمالها من السلطات الثلاث في الدولة التي تعتبرها مظهرا سياديا لها.

---

[1] المادة 36 ف 1: "لايثير القاضي الدفع بالنظام العام إلا إذا كانت أحكام القانون الأجنبي المعين تتعارض مع الإختيارات الأساسية للنظام القانوني التونسي".

أنظر القانون التونسي رقم 97/98 المتضمن مجلة القانون الدولي الخاص المؤرخ في 27 نوفمبر 1998، الرائد الرسمي (جريدة رسمية) للجمهورية التونسية، عدد 96 لسنة 1998.

[2] كمال كيحل، "مفهوم النظام العام في القانون الدولي الخاص"، مجلة الحقيقة، العدد 42، جامعة أدرار، 2017، ص, 488.

نظرا لتعلق مصطلح النظام العام بالجانب العملي القضائي خصوصا المتأثر بالثقافة القانونية السائدة فقد عمد الفقه إلى استجلاء المعايير الضابطة لهذا النظام من خلال تفحص النصوص القانونية المنظمة له وإبراز معالمه من تطبيقات القضاء.

أمام صمت المشرع عن تعريف النظام العام لاعتبارات نذكر منها اتساع مضمونه وتغيره بتغير المكان والزمان، تدخل الفقه لمحاولة تعريفه بهدف حصر عناصره، حيث سنرى التطور التاريخي لفكرة النظام العام **(أولا)** ثم سنقدم جملة من التعريفات الفقهية الّتي تُسهم في توضيح معناه أكثر **(ثانيا)**.

**أولا. التطور التاريخي لفكرة النظام العام**

ظهرت فكرة النظام العام لأول مرة في القانون الدولي الخاص في فقه الأحوال الايطالي في القرن الثالث عشر، حيث فرق بارتول Bartol رائد المدرسة الايطالية القديمة بين الأحوال (كان يقصد بها القوانين) الملائمة أو المستحسنة التي تكون شخصية التطبيق أي تتبع الشخص أينما وجد و بالتالي يمتد تطبيقها خارج الإقليم الذي صدرت فيه، من جهة، والقوانين البغيضة أو المستهجنة التي لا تتعدى حدود الإقليم (مثالها ما تعلق بحرمان المرأة من الميراث أو منع وصية الزوجة لزوجها)، من جهة أخرى[1].

تعتبر هذه التفرقة هي النواة الأولى لفكرة النظام العام، إذ يرى الفقه أن هذه الفئة الأخيرة من القواعد هي التي تسمى اليوم بالقواعد المتعلقة بالنظام العام، مع الأخذ بعين الاعتبار أن التنازع آنداك لم يكن دوليا وإنما تنازع بين أحوال المدن المختلفة المستمدة من القانون الروماني (باعتباره الشريعة العامة) ومن الديانة المسيحية[2].

أما فيما يخص مفهوم فكرة النظام العام في فقه المدرسة الايطالية الحديثة، فلقد جاء الفقيه مانشيني Mancini بمبدأ شخصية القوانين في تنازع القوانين، على أساس أن القوانين توضع للأشخاص وليس للأقاليم وهذا على خلاف ما كان سائدا في السّابق. من هذا المنظور أي بتبني مبدأ الشخصية فقانون الدولة وُضع لرعاياها الذين يحملون جنسيتها ومن ثمّ يخضعون له سواء داخل الإقليم أو خارجه.

---

[1] عز لدين عبد الله، القانون الدولي الخاص "الجزء الثاني في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي"، الطبعة التاسعة، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة (مصر)، ص 18 ؛ موحند إسعاد، ترجمة فائز أنجق، القانون الدولي الخاص" الجزء الأول: قواعد التنازع"، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989، ص 242 و ما يليها.

[2] حفيظة السيد حداد، الموجز في القانون الدولي الخاص "الكتاب الأول: المبادئ العامة في تنازع القوانين"، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت (لبنان)، 2005، ص291.

غير أن الفقيه مانشيني لم يأخذ بهذا المبدأ على إطلاقه، بل أورد عليه عدة استثناءات بمبرر المحافظة على إستقرار النظام القانوني للدولة، فنجد أن القوانين المتعلقة بالنظام العام (التي يندرج ضمنها القوانين التي تنظم الملكية العقارية والمسؤولية التقصيرية...) تطبق على كل المقيمين داخل إقليم الدولة من وطنيين وأجانب.

بالرغم من أن مانشيني هو أول من استعمل مصطلح النظام العام في تنازع القوانين لتثبيت الاختصاص للقانون الإقليمي، إلاّ أنّ ما يُعاب عليه من قبل الفقهاء أنّه يعتبر فكرة النظام العام هي نفسها إقليمية القوانين الّتي إستُخدمت كبديل للإحاطة بالفئة المسندة ولتبرير تطبيق بعض القوانين تطبيقا إقليميا، مثل قانون العقوبات والقوانين المتعلقة بالملكية العقارية. في تلك الفترة لم يكن الفقه يعرف منهج تنازع القوانين على وضعه الحالي القائم على تقسيم المسائل إلى فئات مسندة وإنما كان يعتمد على تصنيف القوانين من حيث موضوعها، فمنها ما يتبع الأشخاص خارج الإقليم ومنها ما يطبق إقليميا لتعلقه بالنظام العام[1].

يُعتبر الفقيه الألماني سافيني Savigny أول من اقترح المنهج المتبع حاليا لحل تنازع القوانين والذي قسم المسائل إلى فئات تُسند كل واحدة منها منها إلى قانون يكون أكثر ملائمة لها حسب المشرع. بالمثل يرجع الفضل إلى سافينيي في إبراز المفهوم الحديث لفكرة النظام العام في القانون الدولي الخاص في القرن التاسع عشر، حيث إستند إلى فكرة الاشتراك القانوني بين الدول الغربية في الديانة المسيحية وفي الأصل التاريخي لقوانينها وهو القانون الروماني.

إعتبر سافيني Savigny أن الدول التي تشترك في نفس الثقافة القانونية تتخلى عن تطبيق قانونها الدّاخلي في "بعض الفروض"، مما يفسح المجال لوضع حلول مشتركة لتنازع القوانين وحسبه تتقطع الوحدة القانونية بين قانون القاضي والقانون الأجنبي المختص إذا انعدم الاشتراك القانوني، ممّا يؤدي إلى الامتناع عن تطبيق القانون الأجنبي نتيجة هذا التعارض.

إتّجه الفقه الحديث نحو استعمال النظام العام في تثبيت الإختصاص للقانون الإقليمي تحت ستار فكرة أخرى تسمى القوانين ذات التطبيق المباشر أو الفوري. يتعلّق الأمر بقوانين تهدف لتنظيم كيان الدولة الاجتماعي والاقتصادي مثل فئة قوانين البوليس والأمن loi de police ou loi d'application immédiate، إذ لا يُمكن تصور تنازع تشريعي في هذه المسائل كونها تخضع أصلا لقانون القاضي[2].

[1] بلقاسم أعراب، القانون الدولي الخاص" تنازع القوانين"، دار هومة، الجزائر، 2001، ص 169 ؛ كمال كيحل، المرجع السابق، ص 486.

[2] حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص 294 ؛ عزا لدين عبد الله، المرجع السابق، ص 47.

**ثانيا. التعاريف الفقهية للنظام العام**

اكتفت النصوص التشريعية بالإشارة إلى بعض عناصر النظام العام وتجنبت إعطاء مفهوم شامل ومحدد له، حيث أرجع الفقه هذا السلوك إلى عجز المشرع عن مواكبة التطور الإجتماعي و الإقتصادي للمجتمع ، ناهيك عن مرونة فكرة النظام العام التي تحول دون تحديد هذا النظام تحديدا دقيقا[1].

إن فكرة النظام العام فكرة محورية في علم القانون، فهي قاعدة أساسية في تنظيم المجتمع والإخلال بها يؤدي إلي إشاعة الفوضى والاضطراب مما ينتج عنه خلل أو مساس بالنظام.

تدخّل الفقه في الدول الأوربية خاصة في فرنسا لأجل لتعريف النظام العام نظرا لتراجع المشرع عن هذه المهمة وذلك وفقا لتسلسل تاريخي، إنطلاقا من كون النظام العام يتعلق بالمبادئ السياسية (المجال التقليدي)، قبل أن تتدخل الدولة في الحياة الإقتصادية ومع تطور دورها إتسع نطاقه ليشمل المجال الاقتصادي والاجتماعي.

عرف الفقيه جورج بيرد فيرى النظام العام بأنه "فكرة ذات مضمون واسع تشمل صور النظام المادي والأدبي والاقتصادي كافة، وتيشمل النشاط الاجتماعي".

حسب الفقيه ليون دوجي Léon Duguit فالنظام العام هو "المصلحة الاجتماعية أيا كانت وفق النهج المتعارف عليه في دولة معينة "[2]. في حين ذهب الفقيه موريس هوريو إلى إعتباره بأنه "حالة واقعية عكس الفوضى"[3]. بالمقابل يرى نبواييه بأنه "الحد الأدنى من الملائمة الإجتماعية التي يكون احترامها مفروضا على الأفراد في اتفاقاتهم"[4].

[1] ورد النص على مصطلح النظام العام من طرف المشرع الفرنسي في المادة 06 من القانون المدني الفرنسي لسنة 1804، لكن الإشارة إلى بعض عناصره كانت قبل ذلك في المادة 50 من المرسوم المؤرخ بتاريخ 14 ديسمبر 1789 التي نصت على انه "يجب على سلطات البلدية جعل السكان يتمتعون بمزايا كالنظافة والصحة والأمن في الشوارع والأماكن العمومية والمنشات العامة". بينما نصت المادة 06 على انه "يمنع على الأفراد إتيان تصرفات تخالف قواعد النظام العام".

[2] Malaurie Philipe, L'ordre public et le contrat, étude de droit civil comparé, France, Angleterre:, URSS, tome 1. p. 232.

[3] Maurice hauriou, Precis de droit administratif et de droit public , librairie du recueil Sirey, paris,1933,P3232

[4] - Malaurie Philipe, *op. cit.* p. 263.

أما الأستاذ فيلشيرون Fulchiron فيقول أن النظام العام هو "الوسيلة التي تهدف إلى إستقرار مسائل الأحوال الشخصية من خلال تجنب المسائل المعقدة"[1].

كما عرفه الأستاذ العربي بلحاج "أن فكرة النظام العام والآداب العامة[2] هي من أدق الأفكار القانونية من حيث نطاقها وطبيعتها، ويمكن القول بأن النظام العام هو مجموعة المصالح الأساسية التي يقوم عليها كيان المجتمع سواء كانت سياسية، إجتماعية، اقتصادية، ... إلخ. فقواعد النظام العام هي مجموعة النظم المراد بها تأمين سير المصالح في الدولة وضمان الثقة وحسن الآداب في علاقات الأفراد فيما بينهم، بحيث لا يجوز لهؤلاء استبعادها في علاقاتهم أو في الاتفاق على خلافها. وعرفه أيضا "بأنه مجموعة الأسس الإجتماعية والسياسية والاقتصادية التي يقوم عليها كيان المجتمع"[3].

و حسب الأستاذ أحمد مسلم فالمقصود بالنظام العام " الكيان السياسي والاقتصادي والاجتماعي للدولة، بما يقوم عليه هذا الكيان من معتقدات سياسية تتعلق بالأمن والحرية والديمقراطية، ومعتقدات إجتماعية متعلقة بالمساواة أمام القانون، واحترام أفكار دينية أو عقائد مذهبية إقتصادية كالاشتراكية والرأسمالية أو نحوها من المذاهب والأفكار الإقتصادية كالعدالة الاجتماعية وتكافؤ الفرص[4].

---

[1] Kevin Bihannie, *Repenser l'ordre public de proximité : d'une conception hiérarchique à une conception proportionnelle,* thèse de doctorat s. la dir. de Sandrine Clevel, Université Paris 1, 2017, p. 16.

[2]. إن التميز بين النظام العام والآداب العامة تمييز سطحي، لأن كليهما يفيد أولوية المجتمع على الفرد وتقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، فالنظام العام يفرض على المتعاقد احترام المبادئ الأساسية لتي يقوم عليها المجتمع في المجالات المختلفة لضمان التعايش والسلم، أما القواعد الأخلاقية المكونة للآداب فالعبرة في قيمتها الاجتماعية ومنه فان مجالها أضيق من مجال النظام العام. غير أن الفرق والتباين يمكن ملاحظته في الأنظمة غير الإسلامية وهو ما أكده الفقه الفرنسي، ورد ذلك إلا أن الآداب تحكمها تعدد الآراء الدينية والفلسفية، مما يؤدي إلى تعددها ويستوجب تحديدها تحديدا موضوعيا، بينما في الدول الإسلامية نجدها أكثر ثباتا واستقرار لتعلقها بالمعتقد والشعور بإلزامية الحفاظ عليها.

بالنتيجة فان مفهوم النظام العام و الآداب العامة كليهما ينصرف إلى غاية واحدة هي حماية المجتمع وضمان تماسكه ويختلفان في مجال عمل كل منهما، مع ملاحظة أن الآداب العامة تمتاز بثبات أكثر مما هو عليه الأمر بالنسبة للنظام العام، فيصعب التنصل منها إلاّ بتدرج ومراحل لأنها تعبر عما يؤمن به المجتمع ويحترمه ويقدسه بينما النظام العام يجد احترامه في القاعدة القانونية التي تفرضه وتلزم الأفراد باحترامه.

[3]. توفيق حسن فرج، مذكرات في المدخل للعلوم الإنسانية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص 55 ؛ كماعرف بأنه ظاهرة قانونية اجتماعية تهدف إلي المحافظة على الأسس والمبادئ والقيم التي يقوم عليها المجتمع، والتي لا يجوز مخالفتها بأي حال من الأحوال وإلا تحلّل المجتمع، وتجد هذه القواعد مصدرها في القوانين أو العرف أو أحكام القضاء وتتصف بالمرونة والنسبية وتختلف باختلاف النظام السياسي والاجتماعي والاقتصادي السائد في الدولة. انظر محمد عصفور، وقاية النظام الاجتماعي باعتباره قيد على الحريات العامة، رسالة دكتورة، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 1961، ص 44.

[4]. أحمد مسلم، موجز القانون الدولي الخاص المقارن، دار النهضة العربية، بيروت (لبنان)، 2003.

من جملة ما تقدم من تعاريف نستخلص أن فكرة النظام العام فكرة متغيرة ونسبية متطورة[1]، تقوم على دعامتين أساسيتين أولهما المصلحة العامة والتي تختلف في صورها من دولة إلى أخرى ومن زمن إلى أخر في نفس الدولة، وثانهما مصطلح النسبية .

**الفرع الثاني : مجال إعمال الدفع بالنظام العام**

تعتبر فكرة النظام العام ذات وظيفة حمائية تتسم بالغموض والتعقيد، وهي صعبة الضبط والتحديد، يتم إعمالها في مجال تنازع القوانين لتعطيل القانون الأجنبي الذي يتضمن قواعد معارضة للقواعد القانونية في قانون القاضي وسوف نتطرق لذلك في**(أولا.)**، أما فيما يخص قواعد الاختصاص القضائي الدولي فإنها تتميز بطابعها الوطني، إذ تستقل كل دولة بوضع قواعد لمحاكمها مرتبطة بمبادئ عامة وأساسية يتم احترامها، كمبدأ قوة النفاذ، مبدأ اختصاص محكمة موطن المدعى عليه أو محل إقامته، مبدأ الاختصاص القائم على ضابط الجنسية ...ألخ. قد تثور مشكلة تنفيذ من صدر لفائدته حكم في دولة أجنبية و عليه سنوضح تنازع الاختصاص القضائي ومدى تنفيذ الأحكام الأجنبية في الجزائر وعلاقة النظام العام بها **(ثانيا.)**.

**أولا. فكرة النظام العام في مجال تنازع القوانين**

على المشرع الوطني أن يبدي درجة من المرونة في التعامل مع القانون الأجنبي وذلك بالسماح للقاضي بتطبيقه، إذ يتسنى دلك بالنص عليه في قواعد يُصطلح عليها قواعد الإسناد. بالمفهوم المخالف فإن انعدام هده القواعد يعني غياب التنازع وعدم الإجازة بتطبيق قوانين أجنبية إلى جانب الوطنية على الإقليم الوطني.

إن التنازع في إطار القانون الدولي الخاص ينشأ عن الاختلاف بين قانونين أو أكثر. قد ينصب هذا الإختلاف على بعض المسائل الثانوية كتحديد سن الرشد، ففي هذه الحالة لا يكون هناك مانع في تطبيق القانون الأجنبي المختص وفقا لقاعدة الإسناد الوطنية. على نقيض ذلك قد يكون مضمون هذا الإختلاف مسالة أو أكثر من المسائل الجوهرية كتعدّد الزوجات مثلا، ففي هذه الحالة يتم تفعيل النظام العام لأجل إستبعاد تطبيق القانون الأجنبي الواجب التّطبيق أصالة.

يمكن القول أن الاختلافات في المسائل الثانوية هي متعلقة بقواعد مفسرة تحرك التنازع أما الاختلافات في المسائل الجوهرية فهي متعلقة بقواعد آمرة لا تقبل التنازع بل التنافر والاستبعاد.

[1] العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزء الأول، 20011، ص 148.

في هذا الصدد، نشير أن معظم الدول تأخذ بهذه الفكرة ونصت عليها في قوانينها كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي المختص[1]، حيث إعتبر الفقه النظام العام في العلاقة ذات العنصر الأجنبي صمام الأمنune soupape de sécurité نتيجة الدور الذي يلعبه في مواجهة القوانين الأجنبية المختصة بالفصل في النزاع.

فيما يخص المشرع الجزائري فإنه سمح للقاضي الوطني بتطبيق القوانين الأجنبية الأكثر صلة بالعلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي إذا ما أشارت باختصاصها قواعد الإسناد الوطنية طبقا لإحكام المادة 24 من القانون المدني، بشرط أن لا يكون مضمونها يتعارض مع المبادئ التي يقوم عليها المجتمع الجزائري.

خلاصة لما سبق ذكره فانه لا يمكن القول أن المشرع يفتح الباب على مصراعيه لكافة القوانين الأجنبية بغض النظر عن محتواها[2]، وحتى يتسنى لنا الإلمام بهذا الموضوع وتبيان دور النظام العام كمانع يحول دون تطبيق القانون الأجنبي المختص يتعين علينا تعريفه في مجال تنازع القوانين وتميزه عن الأنظمة المشابهة له **(1)**، ثم تبيان خصائصه وشروط إعماله **(2)**.

## 1. فكرة الدفع بالنظام العـــام في تنازع القوانين وتميزه عن الأنظمة المشابهة له

لما يتعرف القاضي الوطني على القانون الأجنبي الذي أشارت قاعدة الإسناد الوطنية بتطبيقه ويجد أن هناك تعارض وتباين في مضمون أحكامه مع المبادئ الأساسية السائدة في دولته يقوم باستبعاده عن طريق إعمال فكرة النظام العام. سنوضح مدلول فكرة الدفع بالنظام العام في تنازع القوانين **(أ)** ثم في مرحلة ثانية نميز النظام العام في القانون الدولي الخاص مع الأنظمة المشابهة له **(ب)**.

### أ . مدلول فكرة النظام العام في تنازع القوانين

تعد فكرة النظام العام من المسائل المهمة والمعقدة في القانون بحيث ليس هناك تعريف جامع ومانع لها في معظم تشريعات الدول، إلا انه لا خلاف على وظيفتها وهي سدّ مانع يحول دون نفاذ القانون الأجنبي المختص، فكلما وجد القاضي أن أحكام هذا القانون الأجنبي تتعارض مع المبادئ والقيم

[1] انظر على سبيل المثال في القانون المصري المادة 28 من القانون المدني ؛ القانون السوري المادة 30 من القانون المدني ؛ المادة 32 من القانون المدني العراقي ؛ المادة 22 من القانون المدني البرتغالي و أيضا القانون الفدرالي النمساوي الصادر في 15جوان 1975 و المتضمن القانون الدولي الخاص.

[2] يقول الأستاذين هنري باتيفول و بول لاقارد Henri Batifole et Paul Lagarde لما سمح المشرع بتطبيق القانون الأجنبي على إقليم دولته، لا يعني ذلك أنه منح توقيعا على بياض لجميع تشريعات العالم.

الأساسية لمجتمعه فإنه يمتنع عن تطبيقها. على سبيل المثال فان طلب الزواج الثاني من مسلم في بلد لا تسمح قوانينه بنظام تعدد الزوجات يعد مخالفا للنظام العام في تلك الدولة، ويعد كذلك إذا كان القانون الأجنبي المختص يورث المتبني في دولة لا تعترف بالتبني في قانونها، هذا من جهة ومن جهة أخرى، يتدخل النظام العام بمنع نفاذ بعض القوانين الأجنبية التي تجيز بعض العقود مثل بيع التركات المستقبلية في بلد لا يجيزها[1].

إن فكرة النظام العام تتعدى مسألة تنازع القوانين وتتسع لتشمل موضوع إحترام الحقوق المكتسبة فهي الأساس في نظرية تطبيق الأحكام الأجنبية.

هناك عدة أسباب أعاقت عمل الفقه في تحديد نطاق مجال إعمال الدفع بالنظام العام نذكر منها:

* عدم ثبات فكرة النظام العام، فهو متغير في الزمان كون الأسس الذي يقوم عليها قابلة للتطوير والتغيير باستمرار، فعلى سبيل المثال مبدأ الزوجة الواحدة كان أحد المبادئ الجوهرية للحضارة الفرنسية وقبل سنة 1884 كان الطلاق مخالف للنظام العام في فرنسا وكذلك قبل صدور القانون المؤرخ بتاريخ 03 يناير 1973 لم يكن يعترف بولد الزنا[2].

* إنّ لكل دولة نظامها العام، فتعدد الزوجات مباح في الجزائر وغيرها من الدول الإسلامية ومخالف للنظام العام في الدول الغربية، ومنه نقول أن المفاهيم والقيم التي يقوم عليها النظام العام تختلف من مكان إلى مكان أخر.

* لا يمكن معرفة ما إذا كان القانون الأجنبي المختص يتعارض مع مفهوم النظام العام في دولة القاضي إلا أثناء حدوث النزاع.

لقد عمد الفقه على إيجاد معيار واضح يستند عليه القاضي الوطني لتبيان تعارض أحكام القانون الأجنبي مع النظام العام في بلده أم لا [3]، فهناك جانب من الفقه إقترح أنه يتم استبعاد القانون الأجنبي إذا كان يتضمن نظم قانونية غير معروفة في قانون القاضي، وهناك من إعتمد معيار المساس

[1] عبد الله حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني في تنازع القوانين (المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني دراسة مقارنة )، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ص 178.

[2] موحند اسعد، القانون الدولي الخاص" قواعد التنازع"، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989، ص 240.

[3] جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، منشاة المعارف بالإسكندرية، مصر، 2005، ص 190.

بمبادئ العدالة الدولية كالتفرقة بين الجنس واللون ورأي ثالث اعتمد معيار التعارض مع السياسة التشريعية في دولة القاضي.

أجمع غالبية الفقه على اعتماد معيار المصالح الحيوية للدولة (المصلحة العليا للدولة) من طرف القاضي، وضرورة منحه سلطة تقديرية لتفحص وتقدير ما إذا كان القانون الأجنبي يتعارض مع النظام العام لمجتمع دولته من عدمه.

استنادا إلى مبدأ آنية النظام العام فان القاضي يُقدّر تعارض القانون الأجنبي مع النظام العام السائد في دولته وقت رفع الدعوى[1]، وبما أن هذا الدفع هو إستثناء يعطل قاعدة الإسناد الوطنية، فيعتبر من مسائل القانون يخضع تقديره لرقابة المحكمة العليا[2]. يتعين على القاضي رفض تطبيق القانون الأجنبي الذي يتخلف في شأنه شرط الاشتراك القانوني مع قانون القاضي .

كون الأحوال الشخصية كالزواج والميراث والتبني والبنوة في الدول العربية مستوحاة من الشريعة الإسلامية فتعد من أكثر المسائل التي تثير فكرة النظام العام، ومثال ذلك أن يستبعد القانون الفرنسي المختص بموجب قاعدة الإسناد الوطنية في دولة تستلهم قوانينها من الشريعة الإسلامية بشأن الأحوال الشخصية إذا كان يمنع تعدد الزوجات وكان الأمر يتعلق بفرنسي مسلم، إضافة إلى المسائل المتعلقة

[1] محند إسعاد، المرجع السابق، ص 244.

تكتسي مسالة تحديد طبيعة القانون الأجنبي المختص أهمية قصوى في تحديد كيفية تعامل القاضي الوطني معها وقد ثار خلاف فقهي حول هذه الطبيعة، فيذهب اتجاه إلى أن القانون الأجنبي يحتفظ بصفته قانونا ومن أهم النظريات الفقهية التي أسست لهذا الاتجاه نذكر نظرية المجاملة الدولية ونظرية التفويض، أما الاتجاه الثاني فلا يعترف بالصفة القانونية للقانون الأجنبي ويعتبره واقعة، وعلى أطراف النزاع التمسك بها وإثباتها أمام محكمة الموضوع ومن أهم النظريات الفقهية التي تبنت هذا الاتجاه نظرية الحقوق المكتسبة ونظرية العنصر الواقعي.

بالنسبة للتشريع الجزائري فطبقا لأحكام المادة 358 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية إعتُرف للقانون الأجنبي في مسائل الأسرة بالطبيعة القانونية وبالتالي يطبقها القاضي الوطني بشكل تلقائي ولو لم يطلبها الخصوم ويجب عليه إثبات مضمونها، ويخضع لرقابة المحكمة العليا في تطبيقه لها، أما فيما يخص مسائل أخرى غير مسائل الأسرة تعد واقعة ويقع عبئ الإثبات على الخصوم ولا يخضع القاضي لرقابة المحكمة العليا. غير أن لمحكمة النقض الفرنسية موقف متميز أكدت عليه في عدة قرارات وهو الازدواجية في تحديد طبيعة القانون الأجنبي، فالمسائل التي تتعلق بحقوق لا يجوز للأطراف التصرف فيها يكون قانونا، أما المسائل المتعلقة بحقوق يجوز للأطراف التصرف فيها تكون واقعة.

[2] الطيب زروتي، قراءة في إصلاح أحكام تنازع القوانين الدولي في الجزائر بالقانون 10/05، مجلة المحكمة العليا، العدد 01-2006 ، ص 95 ؛ احمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، 2008، ص 492.

بزواج مسلمة بغير مسلم والتوارث بين المسلم وغير المسلم[1]. كما يمكن إعمال الدفع بالنظام العام بين الأنظمة القانونية المتشابهة.

**ب . النظام العام والأنظمة المشابهة له:** لم يتسنى للقانون الدولي الخاص الوصول إلى حدود ثابتة ودقيقة لفكرة الدفع بالنظام العام، وبالرغم من اعتراف معظم التشريعات الدولية على أن الدفع بالنظام العام هو دفع استثنائي يستخدم لاستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق من طرف القاضي الوطني متى اصطدم بالقيم والمبادئ الأساسية لمجتمع دولته، إلا أنه لا يمكن تحديد خصوصية هذا الدفع الاستثنائي إلا بعد التعرف على الأنظمة المشابهة له.

- **النظام العام الدولي والنظام العام الداخلي**

هناك تشابه بين النظام العام في العلاقات ذات الطابع الدولي وفي القانون الداخلي، بحيث أن كليهما يهدف لحماية المجتمع وصيانة مصالحه العليا، ويتم الدفع به في كلا الحالتين أمام المحكمة المعروض أمامها النزاع وفي أي مرحلة من مراحل الدعوى. للقاضي إثارة الدفع بالنظام العام من تلقاء نفسه، فليس لتنازل أطراف النزاع (المدعى والمدعى عليه ) عن هذا الحق المقرر لهم أثر كبير على سير الدعوى[2].

إلا انه يمكن التمييز بين صورتي النظام العام في النصوص الداخلية و نظيراتها الدولية من حيث أثر الدفع به، فنجد أن اثر إعمال الدفع بالنظام العام في العلاقة ذات الطابع الدولي يتمثل في تغيير القانون الذي يحكم التصرف، فيستبدل القانون المختص المخالف للنظام العام بقانون آخر ويستوجب حصر نطاق إعماله لتقليص مجال استبعاد القانون الأجنبي المختص نظرا للطابع الاستثنائي لفكرة النظام العام. على سبيل المثال فان شرط الدفع بالذهب يعمل على تنشيط العلاقات الخاصة في مجال العلاقات الدولية ومنه لا يوجد مانع في استبعاد القانون الأجنبي الذي يجيز شرط الدفع بالذهب[3].

أما فيما يخص أثره في العلاقة الداخلية فهو بطلان التصرف الذي يتعارض وفكرة النظام العام الداخلي طبقا لأحكام المادتان 96 و97 من القانون المدني الجزائري، فهو يُستخدم لمنع الخروج الإرادي عن الأحكام الآمرة، فيقيد مبدأ سلطان الإرادة وفي مثالنا السابق فان شرط الوفاء بالذهب يُعتبر باطلا في العقود الوطنية لمخالفته لقاعدة آمرة تقضي وجوب التعامل بالعملة الوطنية.

---

[1] كمال كيحل، المرجع السابق، ص 497.

[2] عبد الله حسن الهداوي، المرجع السابق، ص 188.

[3] إذا كان تحديد سن الرشد يعتبر من النظام العام ولا يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفته، فان تحديده بالقانون الأجنبي بأقل أو أكثر من السن المحدد في القانون الوطني لا يتعارض مع مفهوم النظام العام ويجوز إعماله في العلاقات الدولية.

**- النظام العام وقواعد الإحالة**

لقد وضع المشرع الجزائري بعد تعديل القانون المدني نصا صريحا حسم به موقفه بالأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى في الفقرة الثانية من المادة23 مكرر1[1]، كما رفض الإحالة من الدرجة الثانية فما فوق حسب الفقرة الأولى من نفس المادة. لنوضح الفكرة بهذا المثال:

لنفترض وجود نزاع متعلق بأهلية فرنسي موطنه في الجزائر عُرض أمام القاضي الجزائري، فطبقا لأحكام المادة 10 من القانون المدني الجزائري نطبق قانون جنسيته، وعند الذهاب إلى قواعد الإسناد في قانون جنسيته (القانون الفرنسي) نجدها تشير إلى تطبيق قانون الموطن. نتيجة لذلك يطبق القاضي القانون الجزائري لأن موطن هذا الفرنسي يتقاطع مع الإقليم الجزائري مما يترتب عنه وجود إحالة من الدرجة الأولى[2]. أما إذا كان موطن الشخص في إسبانيا فان القاضي الجزائري يرفض هذه الإحالة التي تكون في حقيقة الأمر من الدرجة الثانية ويطبق مباشرة القواعد الموضوعية في القانون الفرنسي وفقا لأحكام المادة السالفة الذكر. لقد انتقد جانب من الفقه قبول الإحالة غير المشروط كونه قد يؤدي إلى

[1] قانون رقم 10/05 المؤرخ بتاريخ 20 جوان 2005 يعدل ويتمم الأمر رقم 58/75 المؤرخ بتاريخ 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم ،ج ر عدد 44، الصادرة بتاريخ 26جوان 2005.

[2] ظهرت نظرية الإحالة من خلال قضية شهيرة تسمى قضية فورجو فصلت فيها محكمة النقض الفرنسية بموجب الحكم الصادر عنها بتاريخ 1887/02/24. تتلخص وقائع هذه القضية في أن فورجو كان ابن طبيعي انتقلت به أمه وعمره خمس سنوات من إقليم بافاريا (ألمانيا) إلى فرنسا، حيث أقام بصورة منتظمة ومستمرة دون أن يتخذ منها موطن قانوني له إلى حين وفاته على إقليمها عن عمر يناهز 78سنة.بعدها لجأت إدارة الدومين الفرنسية إلى وضع يدها على تركته المنقولة في فرنسا بحجة أن الأمر يتعلق بتركة منقولة تخضع للقانون الفرنسي إعمالا لقاعدة الإسناد الفرنسية التي تفرق بين الميراث في المنقول وفي العقار، فتخضع الأول لقانون آخر موطن للمتوفى والثاني تخضعه لقانون موقع العقار. نظرا لأن القانون الفرنسي يقصر انتقال التركة بالنسبة للطفل الطبيعي على ورثته المباشرين (الأم، الأب والإخوة المباشرين) وبما أن فورجو لم يترك حين وفاته أيا من هؤلاء، بالتالي تصبح إدارة الدومين الفرنسية هي الوارثة له عملا بقاعدة" الدولة هي الوارثة لمن لا وارث له. بعدها نازع الورثة غير المباشرين للمتوفى إدارة الدومين الفرنسية أمام القضاء الفرنسي محتجين في ذلك بأنه بالرغم من وفاة فورجو على الإقليم الفرنسي فانه لم يتخذ موطنا قانونيا بها، ونتيجة لذلك يعد آخر موطن له في بافاريا ويطبق القانون البافاري على تقسيم تركته وهو قانون لا يقيم أي تميز بين الورثة المباشرين وغير المباشرين للطفل الطبيعي ويؤهلهم ليصبحوا ورثته. غير أن إدارة الدومين تمسكت بتطبيق القانون الفرنسي عملا بقاعدة الإسناد البافارية التي تنص على تطبيق قانون آخر موطن للمتوفى دون إجرائها أي تميز بين الموطن الفعلي والقانوني. مقتبس من محمد حبار، القانون الدولي الخاص، الرؤى للنشر والتوزيع، الدار البيضاء، الجزائر، 013 ، ص 79.

تطبيق القانون الجزائري في مسائل الأحوال الشخصية الذي يتعارض مع مصلحة أزواج لا يدينون بالإسلام[1].

نستخلص مما سبق ذكره أن الإحالة من الدرجة الأولى واستبعاد القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد الوطنية لمخالفته النظام العام يؤديان إلى نفس النتيجة وهي تطبيق قانون القاضي (القانون الجزائري)، بمعنى إذا كان للنظام العام أثر سلبي يتمثل في استبعاد القانون الأجنبي المختص واثر ايجابي يتمثل في تطبيق القانون الجزائري، فيمكن إسقاط ذلك على الإحالة من الدرجة الأولى ونقول أن لها أثر سلبي وهو رفض القانون الأجنبي صاحب الاختصاص الممنوح له بموجب قاعدة الإسناد الوطنية وأثر ايجابي يتمثل في تطبيق القانون الوطني.

يمكن القول أيضا أن رفض الإحالة من الدرجة الثانية ساهم في صون النظام العام، لأن استبعاد القواعد الموضوعية للقانون الأجنبي في حالة مخالفتها للنظام العام الجزائري، التي أشارت إليها قاعدة الإسناد الوطنية بعد رفض الإحالة من الدرجة الثانية طبقا لأحكام المادة 23مكرر 1/1 من القانون المدني الجزائري كونها تتعارض مع مفهوم النظام العام الجزائري، يؤدي في النهاية إلى تطبيق القانون الجزائري[2].

**- النظام العام وقوانين البوليس (ذات التطبيق المباشر)**

أدت زيادة تدخل الدولة في المجتمع ورسم وتوجيه الحياة الاقتصادية إلى سن نصوص آمرة تطبق على المواطنين والأجانب تُعرف بقوانين البوليس والأمن règle de police. يرى جانب من الفقه أن هذه القواعد تجسد فكرة النظام العام التقليدي ويستبعد المنهج الحديث المتعلق بحل النزاع عن طريق إدراج هذه المسائل في أحد الفئات المسندة وتطبق عليها قواعد الإسناد التي تخضع لقانون القاضي.

---

[1] عمر بلمامي، إشكالية الإحالة في القانون الدولي الخاص الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، الاقتصادية و السياسية، العدد 2 ، جامعة الجزائر، 2008، ص 356.

[2] تلعب الإحالة دور في حماية النظام العام طبقا لأحكام المادة 12 من القانون المدني الجزائري لمّا يؤول الاختصاص لقانون أجنبي، سواء تعلق الأمر بانحلال العلاقة الزوجية أو الانفصال الجسماني (قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى) أو بالآثار المالية والشخصية لعقد الزواج (قانون جنسية الزوج وقت إبرام عقد الزواج )، فلو افترضنا أن قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى المتعلقة بالانفصال الجسماني قانونا أجنبيا و أنّ قاعدة الإسناد الأجنبية ترفض الاختصاص المخول لها، فإن القاضي يطبق قانونه، أي يقبل الإحالة من الدرجة الأولى (المادة 23 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري) ويتفادى الوقوع في مخالفة النظام العام، خاصة إذا ما تعلق الأمر بحقوق لا يمكن إنشاؤها أمام القضاء الجزائري كالانفصال الجسماني. بالنسبة للحالة الثانية تتعلق برفض قاعدة الإسناد الأجنبية الاختصاص المخول لها وتحيلنا إلى قانون أجنبي آخر. في هده الحالة يطبق القاضي الجزائري القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي المختص كونه يرفض الإحالة من الدرجة الثانية ويتفادى البحث في قانون أجنبي آخر قد يتعارض مع النظام العام الجزائري.

أما فيما يخص الاتجاه الثاني من الفقه فيرى أن القوانين ذات التطبيق المباشر تتميز بالكفاية الذاتية، فهي نصوص تشريعية وطنية تسري على العلاقة الداخلية والدولية، فقانون البوليس يقضي على مشكلة التنازع وهي في المهد ويستبعد كل تطبيق للقانون الأجنبي، وفي حالة إغفال المشرع الوطني تقنين بعض المسائل يتدخل النظام العام لسد هذا الفراغ التشريعي ويكون حاجزا يمنع نفاذ أحكام القانون الأجنبي إلى إقليم دولة القاضي.

من جهة ثانية فان قوانين البوليس تقتضي التطبيق المباشر لقانون القاضي بصفة مطلقة، إذ ليس هناك اثر مخفف أو ملطف له كما هو موجود في تنازع القوانين أثناء إعمال فكرة الدفع بالنظام العام بالنسبة للاحتجاج داخل دولة القاضي بآثار ناتجة عن مركز قانوني نشأ بالخارج.

**- النظام العام ونظرية الغش نحو القانون**

يعد كل من النظام العام والغش نحو القانون (نظرية التحايل) من موانع تطبيق القانون الأجنبي، يستبعد من طرف القاضي إذا خلص لدى القاضي أنه مخالف للنظام العام أو إذا ثبت للقاضي تحايل أحد الأطراف بتغير ظرف الإسناد بهدف نقل الاختصاص من قانون لآخر يتوافق مع رغبته ويتهرب من القواعد الآمرة للقانون المختص.

كما أن هناك فرق في الشروط، فشروط إعمال الدفع بالنظام العام هو مخالفة مضمون أحكام القانون الأجنبي الذي أُسند إليه الاختصاص لمفهوم النظام العام في دولة القاضي، أما فيما يخص شروط إعمال نظرية الغش نحو القانون فانه يتم تغير ضابط الإسناد ويتم بسوء نية، ومثال ذلك أن يكون قانون الجنسية لا يجيز تعدد الزوجات فيقوم الراغب بالزواج إمرأة ثانية إلي تغير ضابط الإسناد (الجنسية) والحصول على جنسية دولة أخرى يسمح قانونها بتعدد الزوجات.

نتيجة تعارض حرية الأفراد مع القواعد والأحكام القانونية الآمرة في ترتيب علاقاتهم، فان الغش نحو القانون يمتد ويشمل جميع فروع القانون ولا يقتصر على قواعد القانون الدولي.

## 2. خصائص النظام العام وشروط االدفع به

يستلزم استبعاد القانون الأجنبي المختص من طرف القاضي الوطني توافر شروط معينة حتى يتسنى له ذلك عن طريق إعمال فكرة الدفع بالنظام العام نظرا لغياب تعريف جامع ومانع لمفهوم النظام العام سنحاول تبيان الخصائص التي تميزه **(أ)**، ثم نوضح شروط الدفع به **(ب)**.

**أ- خصائص النظام العام**

جاء البحث في خصائص النظام العام وتبيانها نتيجة لعدم وجود تعريف دقيق له، حيث إتفق الفقه والقضاء على أن النظام العام يتصف بالصفات الآتية[1]:

- **الصفة الوطنية للنظام العام:** ترمي إلى حماية الأسس الجوهرية التي يقوم عليها المجتمع الوطني، ويمكن القول أن غموض فكرة النظام العام في تنازع القوانين راجع أساسا لصفته الوطنية التي تختلف من بلد لآخر نظرا لارتباطه بالمثل العليا المستقرة في ضمير مجتمع كل دولة من حيث الدين ،السياسة،... الخ. إن الصفة الوطنية للنظام العام في القانون الدولي الخاص لا يعني ذوبانه وامتزاجه في النظام العام الداخلي المتضمن قواعد آمرة لا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفة أحكامها.

مما سبق فان إعمال الدفع بالنظام العام من طرف القاضي الوطني يقتضي البحث عن الطابع الوطني للمبدأ و التأكد من عدم مخالفته للأسس الجوهرية التي تقوم عليها دولته [2].

- **الصفة النسبية للنظام العام:** تختلف مقتضيات النظام العام باختلاف الزمان[3]. فطالما أن الشعور العام في أي مجمتع متحرك، ومتغير، بالتالي فان النظام العام يوافق هذا التغير المتحرك، ومنه ما يعتبر من النظام العام في دولة قد لا يعتبر كذلك في دولة أخري، كما أنّ ما يُعدُّ مخالفا للنظام العام في زمن معين في دولة ما قد لا يعد كذلك في نفس الدولة وفي زمن آخر. مثال ذلك في بعض الدول الأوربية كإسبانيا كان الطلاق محظور ومخالف للنظام العام قبل إباحته، وكان الزواج ذو طبيعة دينية في بعض الدول وأصبح فيما بعد مدنيا.

إن النظام العام يتسم بالنسبية لكن إذا ما تم مقارنته بالشريعة الإسلامية فان الدفع به يكون مطلقا، فمفهوم النظام العام في الشريعة الإسلامية يقوم أساسا على الدليل القطعي الذي مصدره القران الكريم

---

[1]. صلاح الدين جمال الدين، فكرة النظام العام في العلاقات الخاصة الدولية بين القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية، الطبعة الأولي، دار الفكر الجامعي، 2004، ص 21 ؛ عبد الله سنينات عبد الله، دور النظام العام في حماية الرابطة الزوجية وانحلالها في إطار القانون الدولي الخاص، مذكرة نيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع قانون الأسرة، كلية الحقوق، جامعة ابوبكر بلقا يد، تلمسان، 2008، ص 26.

[2] عكاشة محمد عبد العالي، تنازع القوانين (دراسة مقارنة )، دار المطبوعات الجامعية، 2002، ص 519.

3. صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص 28.

والسنة وإجماع الفقهاء. بالتالي لا يمكن مخالفته مهما اختلفت الأمكنة والأزمنة وحرية الديانة مكفولة في الشريعة الإسلامية وبالتالي فان مفهومه مقتصر على المسلمين دون غيرهم .[1]

- **الصفة القضائية للنظام العام:** تعود الصلاحية للقاضي في تقدير مدى تعارض القانون الأجنبي المختص مع النظام العام في دولته وهي سلطة محدودة ليست مطلقة تخضع لرقابة المحكمة العليا. إن أول إجراء يقوم به القاضي هو التوصل إلى مضمون القانون الأجنبي والتحقق من أبعاده وآثاره الناجمة عن تطبيقه ومدى تعارضه مع المبادئ والأسس الجوهرية للمجتمع قبل الدفع بفكرة النظام العام لأنه نظام استثنائي يؤدي إلى تعطيل قاعدة إسناد، إذ وليس دائما يكون النص متعلقا بالأسس الذي يقوم عليها كيان المجتمع، لذا تُرك للقضاء تقدير حالات إعماله حسب النزاعات المعروضة عليه أي كلّ على حدى.

من الأفضل وضع معايير يستند عليها القاضي في الكشف عن تعارض القانون الأجنبي مع مفهوم فكرة النظام العام في دولته ويكون وقت النظر في الدعوى مستوحى من شعور الجماعة لا من القناعات والمشاعر الخاصة للقاضي.

**ب . شروط الدفع بالنظام العام**

أوكلت معظم التشريعات للقضاء مهمة مراقبة القانون الأجنبي وتقدير مدى توافقه مع القيم السامية في مجتمع دولة القاضي، بحيث يقوم هذا الأخير بتقديره في كل حالة على أساس موضوعي يخضع لرقابة المحكمة العليا. يرتكز عمل القاضي هنا في تقدير ما إذا كان القانون الأجنبي أو الحكم الصادر عن سلطة قضائية أجنبية متعارضا مع النظام العام في دولة القاضي أم لا. يتم إعمال الدفع بالنظام العام في تنازع القوانين عند توافر الشروط الأتي ذكرها:

- **ثبوت الاختصاص للتشريعي للقانون الأجنبي**

لابد لإعمال الدفع بالنظام العام أن تشير قاعدة الإسناد الوطنية إلي تطبيق أحكام هذا القانون الأجنبي،حيث يستوي أن يسند لهذا الأخير الاختصاص بموجب قاعدة الإسناد في قانون القاضي أو بموجب اتفاقية دولية، لأنه في ظل وجود وسائل أخرى لاستبعاد القانون الأجنبي يمكن تطبيق قانون القاضي دون الحاجة للدفع بالنظام العام ومثال ذلك كأن يثبت الاختصاص لقانون القاضي باعتباره قانون موقع المال (المادة 17 ق.م.ج )، وفي حالة قبول الإحالة من الدرجة الأولى(المادة 23 مكرر ق.م.ج)،

[1] الديانة تعتبر من النظام العام لكنها ليست ضابط إسناد مثل الجنسية والموطن ومنه يضل الفرنسي خاضع للقانون الفرنسي رغم إسلامه، وهذا ما نصت عليه المادة 30 من قانون الأسرة الجزائري التي تحرم زواج المسلمة من غير المسلم وتعتبره متعلق بالنظام العام.

وكذلك يتم استبعاد القانون الأجنبي من حكم العلاقة القانونية إذا كان قانون الإرادة وثبت انعدام الصلة بينه وبين المسألة محل النظر سواء في أطرافها أو موضوعها[1]. أما في حالة مخالفة أحكام القانون الأجنبي لقواعد البوليس الوطنية فيطبق القاضي هذه الأخيرة دون اعتماد آليات التنازع لبحث قانون يحكم المسالة و هو ما أشرنا إليه سلفا.

- **توافر مقتضى من مقتضيات النظام العام** : إن وضع قاعدة الإسناد الوطنية التي تشير إلى تطبيق القانون الأجنبي لا يعني تطبيقه مهما كانت النتيجة المترتبة عنه، وإنما قصد المشرع تطبيقه ما لم يكن مخالفا للنظام العام في دولة القاضي، حيث تخضع مسالة تقدير مخالفة القانون الأجنبي للنظام العام لقاضي الموضوع تحت رقابة المحكمة العليا[2].

لقد أشار المشرع الجزائري في المادة 24 من القانون المدني إلى استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المخالف لمقتضيات النظام العام ونفس الحكم ينطبق على الأحكام الأجنبية القضائية والتحكمية وفقا لنص المادة 605 من قانون الإجراءات المدنية.

- **آنية النظام العام:** يتم تقدير النظام العام لحظة الفصل في الدعوى، فإذا إفترضنا أن القانون الأجنبي كان يتعارض مع النظام العام أثناء فترة نشأة العلاقة القانونية أو المركز القانوني ولم يعد كذلك عند رفع الدعوى نتيجة تعديله قبل الفصل في النزاع، ففي هذه الحالة لا يمكن استبعاد القانون الأجنبي المختص استنادا إلى قاعدة الإسناد الوطنية[3].

فما كان في السابق يصطدم مع النظام العام قد يصبح غير ذلك في الوقت الحالي، ففي بلجيكا مثلا قبل سنة 1961 كان الطلاق يعتبر من النظام العام وتمت إباحته بعد هذا التاريخ[4]، وتماشيا مع الطبيعة المتغيرة للنظام العام يشترط للدفع به أن تكون مخالفة النظام الأجنبي حالية[5].

---

[1] المادة 18 من القانون المدني الجزائري: "يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد".

[2] حسن الهداوي، المرجع السابق، ص 187.

[3] القضاء الفرنسي لم يعد يرفض تطبيق القانون الذي يسمح بالطلاق بالتراضي منذ سنة 1975 لعدم تعارضه مع النظام العام الفرنسي.

[4]. بلمامي عمر، المرجع السابق، ص 141.

[5] يضيف الفقه الألماني شرط آخر للدفع بالنظام العام ويتمثل في ضرورة وجود رابطة بين النزاع ودولة القاضي، يرجع ذلك إلى أنه لا يجوز سلب الاختصاص من القانون الأجنبي، الذي أُسند إليه حكم النزاع بموجب قاعدة الإسناد لتوفر هذه الرابطة أو الصلة. لقد طبقت فرنسا هذا الشرط خاصة فيما يخص الأحوال الشخصية، بحيث يمنح القضاء الفرنسي للزوجة الأولى متى كانت لها صلة بفرنسا سواء كانت حائزة على الجنسية الفرنسية أو مقيمة بفرنسا، فلها الحق في طلب الطلاق

**ثانيا: فكرة النظام العام في مجال الاختصاص القضائي الدولي**

يندرج ضمن تنازع الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية موضوعان أساسيان[1] هما الاختصاص القضائي الدولي بمفهومه الضيق و هو موضوع بحثنا والذي يوافق مجموعة القواعد التي تحدد ولاية المحاكم الوطنية بنظر المنازعات التي تتضمن عنصرا أجنبيا بدلا من محاكم الدول الأخرى، إضافة إلى إجراءات التقاضي. أما الموضوع الثاني فيتعلق بالقواعد الخاصة بتنفيذ الأحكام الأجنبية. يتم منح هذا الاختصاص بالاستناد على معيار فعالية النفاذ ودلك كون أن العلاقة القانونية الواحدة مرتبطة بأكثر من نظام قانوني. بالرغم من أن قواعد الاختصاص القضائي الدولي تجسد فكرة السيادة، فلا يمكن بحال من الأحوال تجاهل وجود رابطة بين المحكمة وموضوع النزاع.

إن من بين أهم الإشكالات الأساسية في تنازع الاختصاص بين الهيئات القضائية المنتمية لدول مختلفة هو كيفية التوفيق بين حماية حقوق الأشخاص وضمانها، عن طريق منح الاختصاص لمحاكم الدولة التي ينتمون إليها عن طريق رابط الجنسية وبين منح الاختصاص على أساس معايير موضوعية.

مما سبق ذكره لابد من توضيح فكرة النظام العام في مجال الاختصاص القضائي الدولي في مسائل القانون الدولي الخاص و الممارس في نهاية المطاف من قبل محكمة داخلية و ليست دولية[2]، بحيث نتطرق لأسس تحديد الاختصاص القضائي الدولي **(1)** ومدى اعتبار مخالفة القواعد المنظمة لهذا الإختصاص من النظام العام **(2)**.

**1 – أسس تحديد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية أو الداخلية**

إن منح الاختصاص للمحاكم الوطنية للنظر في المنازعات المشتملة على عنصر أجنبي، يجب أن يتم وفق معايير دقيقة وموضوعية حتى نضمن فاعلية هذه الأحكام الصادرة والاعتراف بالمراكز القانونية المنشأة إلى جانب ضمان قوة النفاذ الدولي لها.

---

إذا ما ارتبط زوجها بزوجة أخرى. بمفهوم المخالفة، يُمنع هذا الحق إذا إنتفت هذه الصفة، ففي تعدد الزوجات فان محكمة النقض الفرنسية أقرت في قضية Baaziz أن الزواج المتعدد المبرم في الخارج بواسطة أجنبي في الوقت الذي كان مرتبطا فيه بفرنسية لا يرتب أي اثر بحق الزوجة الفرنسية طبقا لمفهوم النظام العام في فرنسا.

[1] سلطان عبد الله محمود، الدفع بالنظام العام وآثاره، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 12، العدد 43–2010، ص 98 .

[2] طيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، دار هومة للطباعة والتوزيع والنشر، الجزائر، 2010، ص 317.

قبل تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية المشوبة بعنصر أجنبي يجب أولا الفصل في الاختصاص القضائي الدولي، بحيث أن هذا الأخير له تأثير في توجيه مسار النزاع، من خلال اعتماد التكييف المقرر في قانون القاضي المعروض عليه النزاع ومن ثم تطبيق قواعد إسناده.

يمكن القول أن قواعد الاختصاص القضائي الدولي تتفق مع قواعد الاختصاص التشريعي، أي تنازع القوانين، فكلاهما وطني من حيث المصدر، إلا أن الاختلاف يكمن في أنّ قواعد الاختصاص القضائي أحادية تكتفي ببيان ولاية وحدود اختصاص المحاكم الوطنية ولا تفصل في اختصاص أو عدم اختصاص محاكم أجنبية أخرى، بالمقابل فإن قواعد لتنازع القوانين هي قواعد مزدوجة تعين القانون المختص سواء وطنيا كان أو أجنبيا.

يدخل ضمن نطاق الاختصاص القضائي الدولي الاختصاص المباشر للمحاكم الوطنية وكذا مجموع الإجراءات ذات الصلة بالمرافعات مثل التكليف بالحضور، تبليغ الأحكام والإنابة القضائية الدولية[1]، مع التأكيد على ضرورة إحترام الالتزامات والقيود التي نصت عليها المعاهدات والاتفاقيات الدولية المصادق عليها. لأجل ما سبق، سنتطرق لقواعد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الجزائرية **(أ)** وبعدها نتناول الاختصاص المانع (القواعد الاستثنائية) لتدخل القضاء الجزائري **(ب)**.

### أ – قواعد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الجزائرية

لقد تدخل القضاء الجزائري لسد النقص التشريعي فيما يخص قانون الإجراءات المدنية لسنة 1966 في مسألة الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية وتجلى دلك في حكمين شهيرين[2]:

---

[1] راجع المواد 16 فـ4 و 404 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ؛ أنظر اسعد محند، القانون الدولي الخاص، الجزء 2، ترجمة فائز انجق، ديوان المطبوعات الجامعية، 1989، ص11.

[2] لقداضطر القضاء الفرنسي للتدخل أمام عدم وجود نصوص في التشريع الفرنسي تحكم اختصاص القضاء الفرنسي للنظر في للمنازعات المنطوية على عنصر أجنبي، فوضع قاعدة هامة فحواها أن قواعد الاختصاص القضائي الدولي ليست سوى تطبيق لقواعد الاختصاص المحلي الداخلي لكن مع إعطائها بعدا دوليا. أنظر في هذا الخصوص ما جاء في الإجتهاد القضائي بيلاسا Pelassa لمحكمة النقض الفرنسية، الصادر بتاريخ 19 أكتوبر 1959.

نشير إلى أن تفسير المادتين 14 و 15 من قبل المشرع الفرنسي (تُقابلهما المادتين 41 و 42 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري) يجب أن يتم في حدود ضيقة، لأن هاتين المادتين ما هما إلا إنعكاس لما يُعرف بالإمتياز القضائي privilège de juridiction.

لقد تم إعتماد قاعدة إعطاء البعد الدولي للإختصاص القضائي الداخلي وفقا حكمين شهيرين هما:

1 . حكم **بيلاسا** الصادر عن الغرفة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1959/10/19 الذي مدد القاضي بموجبه قواعد إختصاصه المحلي لأجل تطبيقها على علاقة قانونية تتميز بوجود عنصر أجنبي (على أساس الجنسية الأجنبية أو

الأول صادر بتاريخ 19 أكتوبر 1966 صادر عن محكمة إستئناف الجزائر، أكد على إمكانية رفع دعوى أمام القضاء الجزائري، ولا يعتبر حق مدني للجزائريين فقط. لا يوجد أي نص قانوني يمنع الأجنبي من عرض دعواه أمام القانون الجزائري بصفته مدعى أو مدعى عليه هذا من جهة، ولا يمكن الحكم بعدم الاختصاص القضائي للمحاكم الوطنية كون أطراف الدعوى أجنبيين من جهة أخرى.

أما الحكم الثاني فلقد صدر بتاريخ 20 أبريل 1972 عن محكمة قسنطينة والذي يؤكد على اختصاص الهيئات القضائية الجزائرية في الفصل في الدعاوى المعروضة أمامها ضد الأجانب، متى كان للمدعى عليه موطن أو محل إقامة في الجزائر، كونه كان يمارس مهنة طبيب فيها لمدة فاقت ثلاث سنوات من تاريخ قيد الدعوى ضده من طرف المدعى الأجنبي.

أمام سكوت المشرع على تبيان القواعد العامة التي تحكم الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية يمكن الاستعانة بالمعايير الآتية:

–معيار الاختصاص لمحكمة موطن المدعى عليه (طبقا لأحكام المادة 37 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية) يُمنح لاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الجزائرية متى كان للمدعى عليه موطن أو محل إقامة في الجزائر .

– معيار الاختصاص القضائي لمحكمة موقع المال (المادة 40 الفقرة 1 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية) ، كون هذه المحكمة هي التي لها القدرة على اتخاذ جميع الإجراءات الخاصة بهذا المال بما

---

الموطن المتواجد في الخارج). أنظر محكمة النقض الفرنسية، 19 أكتوبر 1959، إجتهاد بيلاسا، تعليق ج. هولو، مجلة مجلد الأحكام القضائية دالوز (بالفرنسية)، 1960، ص. 37.

Cass. civ., 19 oct. 1959, Pelassa, *in Recueil Dalloz*, 1960.37, note G. Holleaux.

« En droit international, le principe est que les règles de compétence territoriale interne sont transposées dans l'ordre international ». في القانون الدولي (الخاص) يتم تحويل أو نقل قواعد الإختصاص الإقليمي الداخلي إلى المستوى الدولي.

أنظر إيلان قودمي طالون، "الأنظمة المتعلقة برفض تنفيذ الإختصاص القضائي في المواد المدنية و التجارية، المجلة الدولية للقانون المقارن (فرنسية)، العدد 2، 1994، ص. 425.

Hélène Gaudemet-Tallon, « les régimes relatifs au refus d'exercer la compétence juridictionnelle en matière civile et commerciale : *forum non conveniens, lis pendens », in Revue internationale de droit comparé,* n° 2, 1994, p. 425.

2 حكم **شيفيل** الصادر عن الغرفة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1962/10/30 الذي أكد أن كون طرفي النزاع من الأجانب لا يعتبر مانعا لاختصاص جهات القضاء الفرنسي بنظره، ويتم استخلاص قواعد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الفرنسية من قواعد الاختصاص المحلي الداخلي.

C cass. Schefel, 30 octobre 1962, *in Les Grands Arrêts de la jurisprudence française de Droit International Privé,* n°37, 1963.

في ذلك الخبرة القضائية، الحجز التحفظي، قسمة العقار المشاع بين ملاكه في حالة قابليته للقسمة أو بيعه في المزاد العلني في حالة تعذر ذلك[1].

–معيار الاختصاص القضائي لمحكمة محل الالتزام (المادة 40 الفقرة 2 و3 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية)، يتم تقرير الاختصاص القضائي الدولي للمحكمة الجزائرية التي يقع بدائرة اختصاصها الفعل الضار.

–معيار مفاذه أن الفصل في النزاع يتطلب تدخل هيأة عمومية تابعة لهذه الدولة مثال ذلك تعديل عقد من عقود الحالة المدنية أو إلغائها. نلمس هنا أنّ المسألة تتعلق بسيادة الدولة، فهي من تتكلف بتصحيح الخطأ المادي الوارد في العقد. يستتبع ذلك أنه لا يمكن تصور صدور حكم من جهة قضائية أجنبية في هدا الموضوع، إذ تُلزم المحكمة الوطنية بتنفيذه.

– مبدأ الاتفاق الاختياري لأطراف الدعوى على عرض نزاعهم أمام المحكمة الجزائرية حتى ولو لم تكن مختصة أصلا بالفصل فيه (المادة 46 الفقرة 1 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية)، عدم تعلق الأمر بمسألة تدخل ضمن مسائل شؤون الأسرة أو بالمسؤولية التقصيرية لتعلقهما بالنظام العام[1].

---

[1] الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري علما وعملا، ص 30. توجد عدة معايير معمول بها في تحديد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم نذكر منها:

– مبدأ إمتياز الجنسية، بحيث يكون للوطني مدعيا أو مدعى عليه أن يرفع دعواه أمام المحاكم الوطنية مهما كان موطنه، وجنسية وموطن خصمه.

– مقر وجود الأطراف أو أحدهما إما استنادا إلى الموطن أو الإقامة، ويمكن حتى الاعتداد بالتواجد المادي العارض، هناك تقارب وتماثل بين الاختصاص الدولي والمحلي القضائي في حالة الأخد بمعيار الموطن أو محل الإقامة.

– مكان وجود المال سواء عقار أو منقول وهذا الاختصاص عام وشامل مقرر في مختلف الأنظمة القانونية، مؤداه ممارسة السيادة وتنفيذ الحكم.

– اختصاص محاكم محل وقوع الالتزام غير التعاقدي، يشمل الأفعال الضارة (محاكم محل وقوع الضرر، محاكم تحقق الضرر) والأفعال النافعة ( الإثراء بلا سبب، الدفع غير المستحق، الفضالة).

– فيما يخص دعوى تصفية التركة، يؤول الاختصاص هنا إلى الجهة القضائية التي تم فيها فتح التركة سواء تعلق الأمر بكل المال الموروث أو بعضه الموجود في إقليم تلك الدولة، وسواء كان المورث مواطن لتلك الدولة أو يعد موطنه المختار.

– اختصاص محكمة الدولة التي يتحفظ على أموال في نطاق إقليمها أو تتخذ فيها إجراءات وتدابير حماية القاصر المقيم بها وكذلك في حالة ارتباط الدعاوى فيما بينها.

– الاختصاص الناتج عن حق اختيار الأشخاص للجهة القضائية فيما يخص مسائل يجوز التصرف فيها، سواء كانت هيئات قضائية دولية أو تحكيمية.

**ب-الاختصاص المانع للقضاء الجزائري (القواعد الاستثنائية)**

يطرح تساؤل عن الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الجزائرية بالنسبة للدعوى القضائية التي يكون أحد أطرافها جزائري الجنسية. بالرجوع لأحكام المادتين 41 و42 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية لسنة 2008[2] نجد أن هاتين المادتان تمنحان إمتيازا للمواطن الجزائري، بحيث تعطي الاختصاص القضائي للمحاكم الوطنية (الجزائرية) للفصل في الدعاوى القضائية، التي يكون أحد طرفيها يحمل الجنسية الجزائرية، دون النظر إلى مكان إقامته والبحث فيما إذا كان للنزاع صلة وارتباط بالجزائر من عدمه، وأيضا دون الإهتمام بما إذا كان لخصمه في الدعوى موطن أو محل إقامة في الجزائر، بل ودون مراعاة أي ضابط اختصاص آخر.

لقد أخذ القضاء الجزائري بالتفسير الموسع لهاتين المادتين مثل ما أخذ به القضاء الفرنسي في تفسيره للمادتين 14 و 15 من القانون المدني الفرنسي[3] (التي لهما نفس الصياغة للمادتين 41 و42 من

---

[1] يرى الفقه الفرنسي أنه في حالة خطر إنكار العدالة فان المحاكم الوطنية تصبح مختصة في الفصل في النزاع المعروض أمامها بالرغم من تعلقها بأجانب وانعدام كل عنصر من شانه أن يؤهل المحاكم الوطنية للفصل فيه، شريطة عدم انعقاد الاختصاص القضائي الدولي لمحكمة أجنبية، أن يكون للنزاع ارتباط مع القاضي المعروض عليه.

[2] في فرنسا تختص المحاكم الفرنسية بالنظر في الدعاوى التي يكون احد أطرافها فرنسيا سواء أكان مدعيا أو مدعى عليه ولو كان موطنه في دولة أجنبية ومهما كانت نوع الدعوى فيما عدا الدعاوى المتعلقة بعقار واقع في الخارج. هذا الاختصاص المبني على الجنسية الوطنية يقوم على اعتبار سياسي، أما الدعاوى التي يكون أطرافها أجانب فهي تقوم على اعتبارات قانونية. أما في إنجلترا، فان ضوابط الاختصاص القضائي تستند إلى مبدأ قوة النفاذ الدولي ومعناه أنه لا اختصاص للقاضي بإصدار حكم لا يستطيع كفالة تنفيذه في إقليم دولته.
طبقا لأحكام المواد من 28 إلى 35 من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم 13 لسنة 1968 فان الاختصاص القضائي يقوم على مبادئ ثلاث:
1 ـ مبدأ الإقليمية ويعد تجسيدا لفكرة السيادة لتعلق الاختصاص القضائي الدولي بمرفق هام من مرافق الدولة و هو مرفق القضاء.
2. المدعى عليه أولى بالرعاية، تتوافق مع قاعدة أساسية في قانون المرافعات مقتضاها أنه على المدعى أن يسعى إلى المدعى عليه حتى لا يرهق المدعى عليه بتكاليف القضاء.
3ـ الأخذ بفكرة العدالة والملائمة اللتان قد يوجبا في بعض الأحيان الخروج عن المبدأين السالفي الذكر.

[3] أخذ القضاء الفرنسي بالتفسير الموسع للمادتين 14 و 15 ولكنه استثنى من دلك نوعين من الدعاوى إحداها تخص المسائل المتعلقة بعقار موجود خارج فرنسا والأخرى بطرق التنفيذ التي يتم إجراؤها خارج فرنسا.
Article 14 du code civil français : « L'étranger, même non résidant en France, pourra être cité devant les tribunaux français, pour l'exécution des obligations par lui contractées en France avec un Français ; il pourra être traduit devant les tribunaux de France, pour les obligations par lui contractées en pays étranger envers des Français ».

قانون الإجراءات المدنية والإدارية للقانون الجزائري)، فالمشرع الوطني حينما وضع هاتين القاعدتين القانونيتين كان يهدف حماية المتقاضي الجزائري، ومنه لا يمكن تصور إقتصار هذه الحماية إلاّ على الدعاوى المالية التعاقدية بل يتسع مجالها لتشمل الدعاوى القضائية الأخرى سواء تعاقدية أو غير تعاقدية.

بالرجوع لأحكام المادتين السالفتين الذكر نجد أنهما لا تحددان المحكمة الجزائرية الداخلية (ذات الاختصاص المحلي) المختصة في فصل النزاع الذي يكون أطرافه أجانب أو أحد أطرافه جزائري الجنسية. ولاسيما أن لها طابع احتياطي يلجأ إليه في حالة انعدام كل ضابط اختصاص محلي داخلي يمنح الاختصاص للقضاء الجزائري للفصل في الدعوى المعروضة أمامه، كما لو انعدم موطن أو محل الإقامة في الجزائر للمدعى عليه، أو محل وقوع الضرر. نُضيف أن الإختصاص القضائي في القانون الداخلي الخاص إجمالا هو إختصاص عام، يُفيد ذلك أن الهدف هو البحث عن ملأ الإختصاص لمصلحة القاضي المعروض أمامه النزاع، بغض النظر عن طبيعة المسألة المعروضة.

في هذا الصدد، هنالك اجتهاد قضائي عن محكمة النقض الفرنسية لحل هذا الإشكال، حيث تم إعطاء الخيار للمدعي في رفع دعواه أمام أية محكمة داخلية فرنسية، بشرط عدم اختياره لهاته المحكمة عن طريق الغش أو بصفة تعسفية للإضرار بالمدعى عليه في الدعوى، ومن جهة أخرى أن تكون المحكمة الفرنسية المختارة مؤهلة أكثر من غيرها للفصل في هده الدعوى [1].

### 2- مدى إعتبار مخالفة القواعد المنظمة للاختصاص القضائي الدولي من النظام العام

إن تأثير النظام العام على قواعد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم يختلف من دولة إلى أخرى، فهناك بعض الدول تعطي حلول مفصلة لاختصاص المحكمة[2]. بالمقابل، فإن القانون الفرنسي يلجأ إلى تطبيق قواعد الاختصاص القضائي الداخلي في المجال الدولي عن طريق إعمال مبدأ الملائمة وطبيعة العلاقة الدولية.

هناك اختلاف فقهي حول مدى أحقية الأفراد في الاتفاق على مخالفة قواعد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية، فهناك اتجاه يعتبر هذه القواعد القانونية من النظام العام ولا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها، فحسبهم إن المشرع الوطني هو الذي يحدد أسس و ضوابط اختصاص

---

L'article 15 du code civil français : « Un Français pourra être traduit devant un tribunal de France, pour des obligations par lui contractées en pays étranger, même avec un étranger ».

[1] محمد حبار، المرجع السابق، ص 203

[2] القانون المصري، العراقي، اللبناني.

المحاكم الوطنية وتبيان مجال ونطاق ولاية محاكم الدولة بنظر المنازعات، التي تتضمن عنصر أجنبي إزاء غيرها من محاكم دول أخرى[1].

إن اتفاق أطراف الخصومة على عرض نزاعهم أمام محكمة دولة أجنبية بالرغم من أنه يدخل في صميم إختصاص المحكمة الوطنية يعد باطل، إذ تبقى هي المختصة دون سواها في نظر هدا النزاع. أما إذا اتفق المتخاصمين على عرض نزاعهم أمام المحكمة الوطنية بالرغم من عدم اختصاصها وفقا لضوابط إختصاص أخرى، فهنا لا مانع في دلك مادام أنه لا يمس بسيادة الدولة على إقليمها، كما عليها الإقرار بعدم الاختصاص القضائي من تلقاء نفسها في حالة النزاع المعروض عليها و الذي يتعدى حدود ولايتها.

نتيجة تعلق قواعد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم بالنظام العام، أعطى المشرع للإرادة الأثر المانح للاختصاص وجردها من أثرها السالب لولاية المحاكم الوطنية. غير أن ذلك لم يمنع القاضي من حق التخلي عن الإختصاص بنظر الدعوى المرفوعة أمامه، إستنادا إلى اعتبارات الملائمة والحصول على الدليل وتنفيذا لمبدأ قوة النفاذ في الأحكام، ومن بين أهم الاستثناءات على حالات الاختصاص في القانون المقارن الثابتة للمحاكم المصرية على سبيل المثال نذكر:

- قبول الدفع بالإحالة أمام المحكمة المصرية لقيام دعوى عن نفس النزاع أمام محكمة أجنبية متى كانت هده الأخيرة أكثر قدرة وفعالية في الفصل في الدعوى بحكم مبدأ النفاذ.
- حالة الخضوع الاختياري لولاية المحاكم المصرية، بحيث يمكن للمحكمة التخلي عن نظر النزاع لعدم وجود رابطة قوية بين النزاع والمحكمة المختصة.
- إذا كان الاختصاص مبني على ضابط الجنسية، فيجوز إخراج الاختصاص من المحكمة المصرية لضعف هذا الضابط في تحديد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم.

بالنسبة للإتجاه الثاني، فهو يُقسم الاختصاص القضائي إلى نوعين أحدهما أصلي و الآخر جوازي[2]. يدخل ضمن مجال الاختصاص الأصلي كل من الاختصاص المبني على موطن أو محل إقامة المدعى عليه، وكذلك قانون موقع العقار...، وبالنسبة للاختصاص الجوازي فهو الاختصاص المبني على ضابط الجنسية للمدعى عليه والاختصاص المتعلق بالدعاوى المرتبطة بدعاوى أخرى مرفوعة أمام جهات قضائية غير تلك المرفوع أمامها النزاع الأصلي.

[1]. سلطان عبد الله محمود، المرجع السابق، ص 102.

[2]سامي بديع و عكاشة محمد عبد العالي، القانون الدولي الخاص، الدارة الجامعية، بيروت،1997، ص 447.

نستخلص مما سبق ذكره أنه يمنع على الخصوم في المنازعات ذات الطابع الدولي أن يسلبوا بإرادتهم اختصاص قضائي مقرر للمحاكم الوطنية. إن الهدف الجوهري والأساسي للقضاء هو حماية حقوق الأفراد الخاصة، ويتم إغفال هذه الإرادة وإهمالها إذا ما تم ربط الاختصاص القضائي بسيادة الدولة وتنظيم مرفق القضاء.

يمكن نقد هذا الرأي بحيث إذا ما اعتبرنا أن قواعد الاختصاص القضائي متعلقة بالنظام العام فيسمح للخصوم بمنح الاختصاص للمحاكم الوطنية بمسألة خارجة عن حدود ولايتها، ومن جهة أخرى يمنع عليهم سلب الاختصاص القضائي المقرر للمحكمة الوطنية لفائدة ولاية محكمة أجنبية، إضافة إلى هذا كيف يمكن قبول الدفع بإحالة قضية ما أمام المحاكم الوطنية لعرض النزاع أمام محكمة دولة أجنبية.

حسب المشرع الجزائري يجوز التنازل عن الامتياز الممنوح بموجب أحكام المادتين 41 و42 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية من طرف الشخص الذي تقرر لفائدته هذا الامتياز، حيث يكون التنازل ببند صريح في العقد المبرم مع الطرف الأخر، كما قد يكون ضمنيا ومثال ذلك في الحالة التي يرفع فيها الجزائري دعواه أمام المحكمة الأجنبية (يتنازل عن الامتياز المقرر له في المادة 41 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية) وأيضا في حالة رفع دعوى قضائية ضد جزائري أمام محكمة أجنبية فيحضر المدعى عليه (الجزائري) أمام هذه المحكمة الأجنبية ويتقدم بدفوعه وطلباته وهده تعد قرينة على تنازله عن الإمتياز المقرر له بموجب أحكام المادة 42 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري[1]، ولا يمكن للقاضي إثارة تطبيق هاتين المادتين من تلقاء نفسه، كون أن الأمر متوقف على إرادة الطرف الذي تقرر لفائدته هذا الامتياز.

**المطلب الثاني: اثر التمسك بالنظام العام**

نستخلص مما سبق ذكره أن النظام العام يرتب أثر يتمثل في منع نفاذ الأحكام الموضوعية للقانون الأجنبي، الذي أشارت قواعد الإسناد باختصاصه كلما تعارضت مع مفهوم النظام العام في البلد المعروض فيه النزاع[2]. يفرق الفقهاء بين اثر الدفع بالنظام العام بالنسبة لإنشاء حق في دولة القاضي **(الفرع الأول)** وحق أكتسب في الخارج والتمسك بآثاره في دولة القاضي أو ما يسمى النفاذ الدولي للحق **(الفرع الثاني)**.

[1] القانون رقم 09/08 المؤرخ بتاريخ 2008/02/25، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، ج ر العدد 21، 2008.

[2] حسن الهداوي، مرجع سابق، ص 189.

**الفرع الأول: أثر الدفع بالنظام العام في مرحلة إنشاء الحق في دولة القاضي**

إن منع تطبيق أحكام القانون الأجنبي ونفاذه إستنادا لفكرة النظام العام يؤدي إلى نتيجة حتمية وهي عدم الفصل في النزاع المعروض، وفقا للقانون المختص والمستبعد هذا من جهة، كما نكون أمام معضلة حقيقية وهي إنكار العدالة في حالة عدم وجود قانون بديل كفيل بحل النزاع، من جهة أخرى. يترتب على إعمال فكرة النظام العام فيما يخص علاقة يراد إنشائها في دولة القاضي أثران، فاستبعاد القانون الأجنبي وتعطيله يعد اثر سلبي**(أولا)**، أما الأثر الإيجابي فيتمثل في إحلال قانون القاضي عموما مكان القانون المستبعد باسم النظام العام **(ثانيا)**.

**أولا- الأثر السلبي للنظام العام**

إن استبعاد القانون الأجنبي المختص نتيجة الدفع بالنظام العام نسميه الأثر السلبي، فيقتصر دور القاضي على استبعاده لان قاعدة النظام العام في بلده ناهية، كأن يطلب فرنسي حكم الطلاق طبقا لقانون جنسيته الفرنسية من القضاء الاسباني وبالتالي ترفض المحكمة الاسبانية المختصة تطبيق أحكام هذا القانون الأجنبي لمخالفته النظام العام في اسبانيا.

يأخذ قانون القاضي موقفا سلبيا، لكن هل القاضي يستبعد تطبيق فقط الجزء المخالف لمفهوم النظام العام في الدولة المراد تطبيقه على إقليمها أو القانون بأكمله؟

يرى بعض الفقه أن الاكتفاء بالاستبعاد الجزئي يتنافى مع ما تصبو إليه قاعدة الإسناد وهي تطبيق القانون الأجنبي كاملا وخلاف ذلك يؤدي إلى مسخ القانون الأجنبي والتعارض مع إرادة مشرعه.

أما الفقه الغالب وحرصا منه على ضمان فعالية ونجاعة قاعدة الإسناد والقانون الأجنبي التي أشارت إليه أقر بضرورة استبعاد فقط الجزء المخلف للنظام العام دون الأجزاء الأخرى. يمكن الإشارة أن هذا الحل أخذت به محكمة النقض الفرنسية في بعض أحكامها وعلى سبيل المثال الحكم الصادر في قضية fayeulle في08 نوفمبر1943 فقد استبعد طرق إثبات النسب الطبيعي المقررة في القانون الألماني المختص كون هذا الجزء مخالف للنظام العام أما فيما يتعلق أحكامه المتعلقة بآثار النسب لم تستبعد نظرا لعدم مخالفتها للنظام العام الفرنسي .

اعتبرت نفس المحكمة إن تنظيم الميراث وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية غير مخالفة للنظام العام ومنه يتم تحديد الأنصبة للورثة وفقا لأحكامها، باستثناء الأحكام التي تنص على حرمان الشخص الذي لا يدين بالإسلام من الميراث تعتبر مخالفة للنظام العام طبقا للحكم الصادر عنها بتاريخ 17 نوفمبر 1964

بجدر الذكر انه في حالة ارتباط الجزء المخالف لنظام العام ارتباط وثيق ببقية الأجزاء الأخرى ولا يمكنه فصله عنها، يستبعد القاضي جميع الأحكام الموضوعية للقانون الأجنبي المختص لتفادي نتائج عكسية في حالة استبعاد الجزء المخالف فقط (مسخ القانون المختص) ، وعلى سبيل المثال أن النظام العام في الجزائر يستبعد تطبيق القانون الأجنبي المختص بالنظر في العلاقة القانونية وهو قانون جنسية الزوجين الذي يمنع الزواج بين زوجين مختلفين اللون ونتيجة لدلك يبرم زواجهما في الجزائر .

يمكن أن يظهر الأثر السلبي بصورة منفردة ،بحيث يتم منع نفاذ أحكام القانون الأجنبي المخالفة للنظام العام دون إحلال مكانه قواعد وطنية تحل مكان القواعد المستبعدة وأحسن مثال على ذلك، لو أن قواعد القانون الأجنبي تجيز الاعتراف بولد الزنا ويمنع تطبيقها في بلد القاضي لمخالفتها لنظام العام ولا يتبع بتطبيق قواعد وطنية لخلو القانون الوطني من مثل هدا النظام والذي يجهله وامتنع مشرعه عن تنظيمه.

**ثانيا- الأثر الايجابي للنظام العام**

الأثر الايجابي هو إحلال قانون محل القانون الأجنبي المستبعد والمعطل بإعمال فكرة الدفع بالنظام العام ويصبح مختص بدلا منه، مثال ذلك أن يتقدم يونانيان يقيمان في فرنسا بطلب عقد زواجهما في الشكل الديني وفقا لقانون جنسيتهما ( اليوناني ) فيستبعد لمخالفته لنظام العام الفرنسي ويعقد زواجهما طبقا للشكل المدني وفقا لأحكام القانون الفرنسي ،إلا انه هناك اختلاف فيما يخص القانون الذي يعطى له الاختصاص .

إن القضاء الألماني يميل إلى استبعاد القاعدة التي تتعارض وتتنافي مع فكرة النظام العام وتطبيق قاعدة قانونية من نفس القانون الأجنبي المستبعد، بحجة أن الاختصاص في الأصل للقانون الأجنبي المشار إليه بقاعدة الإسناد، وبالتالي فان منع نفاذه لتعارضه مع مفهوم النظام العام في البلد الذي يراد تطبيقه على إقليمه ليس مبرر للابتعاد كليا عن حيز تطبيقه مادام أنه مختص .أما في حالة عدم وجود قاعدة قانونية مشابهة لتلك المستبعدة، يقوم القاضي بتعديل القواعد المستبعدة وجعلها مسايرة وملائمة للنظام العام في بلد القاضي المعروض أمامه النزاع. يتضح مما سبق ذكره أن هناك توسيع في سلطات القاضي لتصبح تنافس سلطات المشرع .

لقد استقر القضاء الفرنسي والمصري على إحلال قانون القاضي محل القانون الأجنبي المستبعد لمخالفته للنظام العام، ونعطي مثال تطبيقي لهذا الحل، فإذا اعتبرنا أن قانون جنسية المورث الأجنبي يعتبر اختلاف اللون مانع من موانع الميراث فهذا الحكم لا يمكن تطبيقه في الجزائر لتعارضه مع النظام العام ويطبق بدلا منه الأحكام الموضوعية للقانون الجزائري التي تخص موانع الميراث وهي تجيز التوارث

بين مختلفي اللون،أما فيما يخص نصيبه من الميراث فيحدد حسب قانون جنسيته لا بمقتضي القانون الجزائري .

في هدا الصدد، نشير إلى الحكم الشهير الصادر عن محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 08أبريل 1930المتعلق بقضية شهيرة سرد وقائعها على النحو الأتي[1]:

أن شخص من جنسية أمريكية يدعى نيلسون موريس Nilsson Morris تزوج بامرأة تدعى جين أوبارت Jeanne Aubert تحمل الجنسية الفرنسية واحتفظت بجنسيتها الفرنسية عند الزواج،حيث اشترط عليها زوجها أثناء انعقاد الزواج ترك التمثيل في المسرح بعد الزواج، إلا أنها أخلت بالتزامها بعد دلك وقامت بالتعاقد مع صاحب مسرح في باريس، وتم الدعاية والترويج لعودتها لخشب المسرح، حينئذ قام زوجها برفع دعوى ضد صاحب المسرح أمام محكمة السين الفرنسية يطالبه بعدم التعاقد مع زوجته ويطالب بالتعويض فدفع صاحب المسرح بصفته مدعى عليه هذه الدعوى استنادا لقاعدة الإسناد الفرنسية التي تعطي الاختصاص لقانون جنسية الزوج فيما يخص أهلية الزوجة وهو القانون الأمريكي وهذا الأخير يجيز للزوجة التمثيل دون إذن زوجها، فرفضت المحكمة دفع المدعى عليه واستبعدت تطبيق القانون الأجنبي (القانون الأمريكي ) لمخالفة النظام العام في فرنسا وطبقت القانون الفرنسي كما يبين الحكم المشار إلى مراجعه أنفا[2] .

وفي قضية شهيرة أخرى تسمى قضية الزوجين باتينو Patinoوالتي تتلخص وقائعها أن الزوجين تقدما بدعوى الطلاق أمام القاضي الفرنسي، مع العلم ان قانون جنسيتهما (الجنسية البوليفية) الصادر بتاريخ 15أفريل 1932سمح بهذا الطلاق بشرط أن يجيزه القانون الذي خضع شهر الزواج لأحكامه هذا من جهة وألغى ضمنيا نظام الانفصال الجثماني للزوجين من جهة أخرى. إن شهر هذا الزواج طبقا لأحكام القانون الاسباني الذي يعترف بهذا الطلاق وضع القضاء الفرنسي أمام معضلة حقيقة تتمثل في زيادة الاضطراب والشقاق بين الزوجين إذا ما تم رفض الطلاق طبقا لأحكام القانون الاسباني ورفض الانفصال الجثماني بين الزوجين وفقا للقانون البوليفي، وبما أن هذا يعد إخلال بالنظام العام في

[1] نص الحكم ( ...انه إذا كان قانون أجنبي يمنح الزوجة أهلية غير محدودة تسمح لها بممارسة مهنة التمثيل رغم معارضة زوجها وبالنيل من سلطته الزوجية ،فان هدا القانون يكون مخالف للنظام العام في فرنسا من هده الناحية ويتعين استبعاده).

[2] علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ديوان المطبوعات الجزائرية، بن عكنون، الجزائر الطبعة الخامسة، ص154.

فرنسا تم استبعاد تطبيق أحكام القانون البوليفي وتم إحلال قانون القاضي مكانه للحكم بالانفصال الجثماني ورتب على دلك تصفية علاقتهما المالية [1].

مما سبق ذكره، نستخلص أن النظام العام يعطل أحكام القانون الأجنبي المختص التي تتعارض مع مفهومه ويستبدلها بقواعد موضوعية لقانون القاضي.

**الفرع الثاني : اثر الدفع بالنظام العام بالنسبة للنفاذ الدولي للحق المكتسب في الخارج**

قد تصاب العلاقة القانونية بالشلل نتيجة التطبيق الحرفي لفكرة النظام العام . من الناحية العملية يمكن أن يواجه القاضي إشكالية تتمثل في طلب الاعتراف في إقليم دولته بآثار حقا أو مركز قانوني اكتسب في الخارج بمقتضى القانون الأجنبي إلا أن قانونه الوطني لا يسمح بإنشائه في دولته لتعارضه مع نظامه العام، فعلى سبيل المثال هل يعترف القاضي الوطني للشخص بطلاقه الموقع في الخارج ويسمح له بإعادة الزواج في بلده، أم يرفضه لتعارضه مع نظامه العام لأن قانونه الداخلي لا يعترف بهذا النظام القانوني[2].

إن عدم الاعتراف بواقعة الطلاق الموقعة في الخارج وعدم السماح بنفاذ حكمها على إقليم دولة القاضي سيؤثر سلبا على حالة الشخص، فيعتبر هذا الشخص المذكور في مثالنا مطلق في دولته ومتزوج في نظر دولة القاضي وهذا يؤدي إلى تعطيل النفاذ الدولي للحقوق المكتسبة في الخارج الحقوق وإفراغها من محتواها.

إستحدث القضاء الفرنسي فكرة الأثر المخفف للنظام العام والتي تهدف إلى التلطيف والتخفيف من حدة الدفع بالنظام العام عن طريق الاحتجاج بآثار حقوق أو مراكز قانونية أنشئت وأكسبت صحيحة بالخارج على الإقليم الفرنسي، اعتنقت مختلف الجهات القضائية الأجنبية هذه الفكرة وأخذ الفقه نفس

[1] علي علي سليمان، المرجع السابق، ص155.

[2] الأثر الانعكاسي للنظام العام :أن الحق الناشئ عن طريق إحلال قانون القاضي محل القانون الأجنبي المستبعد إعمالا للدفع بالنظام العام، يعترف به في دولة القاضي ولكنه سوف يكون عديم الأثر في البلد الذي استبعد قانونه . أما فيما يخص الاحتجاج به في دولة ثالثة فهو يتوقف على مدى موافقة مقتضيات النظام العام في هذه الدولة مع مقتضيات النظام العام في دولة القاضي، ومثال ذلك لو أبرم زوجين يونانيان زواجهما في الجزائر حسب الشكل المدني وأراد الاحتجاج به في احدي الدول العربية فلهما ذلك لان مقتضيات النظام العام بين الدول العربية في هذه المسالة متشابهة (الزواج فيها يتم وفق النظام المدني )، ولكن العلاقة تكون عديمة الأثر في دولة بلغاريا قبل قانون 1952 كون قانونها السابق يلزم الشكل الديني للزواج ومن باب أولى تكون العلاقة باطلة وفقا للقانون اليوناني الذي يستوجب أيضا الشكل الديني ولو أبرم في الخارج.

المسعى إلا انه حاول التوسع من مجال إعماله، بحيث يسمح في أحوال معينة تطبيق القانون الأجنبي رغم مخالفته لمقتضيات النظام العام[1].سنحدد في هذا الفرع مفهوم فكرة الأثر المخفف وشروطها **(أولا )** و نطاق تطبيقها**(ثانيا)**

**أولا – مفهوم فكرة الأثر المخفف للنظام العام وشروطها**

فكرة الأثر المخفف للنظام العام هي من صنيع القضاء الفرنسي وأيده فيها الفقه محاولا التوسع في مجال تفعيلها، فيسمح بتطبيق القانون الأجنبي في أحوال معينة رغم مخالفته لمقتضيات النظام العام في دولة القاضي. سنعرف مضمون فكرة الأثر المخفف للنظام العام **(1)** وشروط إعمال هذا الدفع **(2)**.

**1– مضمون فكرة الأثر المخفف للنظام العام**(effet atténué)

حتى يتسنى لنا فهم فكرة الأثر المخفف للنظام العام أو ما يسمي النفاذ الدولي للحقوق المكتسبة في الخارج، لابد لنا أن نضع تفرقة وتمييز عند إعمال الدفع بالنظام العام بين الحالة التي يتم فيها تكوين وإنشاء حق أو مركز قانوني في دولة القاضي والحالة التي يطلب الاعتراف داخل إقليمها بآثار مركز قانوني نشأ بالخارج .

يتصدى النظام العام كحاجز أمام إنشاء مركز قانوني في دولة القاضي لتعارضه معه فيما يخص الإجراءات وظروف الإنشاء ولا يسمح بتكوينه أصلا[2]، فالقاضي الفرنسي لا يقبل بإنشاء مركز قانوني لا يبيحه تشريعه الوطني فلا يعترف مثلا بتعدد الزوجات La polygamieالذي يمس بالمبادئ الأساسية لنظام الأسرة، وكان يحضر توقيع الطلاق ولو بين الأجانب الذي يبيحه قانونهم الشخصي إلي غاية سنة 1884.[3]

دور القاضي في الحالة الثانية ينحصر فقط في البحث فيما إذا كان نفاذ هذا الحق أو التمسك بآثاره يتنافى مع مفهوم النظام العام في دولته، لأن المركز القانوني نشأ وتدرج على جميع مراحل تكوينه

---

[1] جمال الدين عنان،الأثر المخفف للنظام العام في القانون الدولي الخاص "دراسة مقارنة"، مجلة الدراسة والبحوث القانونية،جامعة المسيلة،العدد 2، ص 121.

[2] عمر بلمامي، الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 1988.

[3] لقد أجازت محكمة النقض الفرنسية الاعتراف بالطلاق الموقع في الخارج قبل إباحته سنة 1884 وذلك بموجب قرار لها صادر بتاريخ 28 فيفري 1860 في قضية *Bulkly* وهي أول مرة يكرس فيها القضاء الفرنسي فكرة الأثر المخفف للنظام العام معتبرا أن الأجنبي المطلق بالخارج بإمكانه إعادة الزواج في فرنسا دون الحاجة الى تنفيذ حكم الطلاق. لقد كان تبرير هذا القرار هو ضمان استقرار العلاقات الاجتماعية على الصعيد الدولي وتوحيد الحالة الشخصية للفرد لتفادي اعتباره مطلقا بموجب قانون دولة وفي ان واحد متزوج في قانون دولة أخري مقتبس :جمال الدين عنان ،الأثر المخفف للنظام العام في القانون الدولي الخاص (دراسة مقارنة ) ،مجلة الدراسات والبحوث القانونية ،العدد الثاني ،ص 120.

في الخارج، أما في حالة التعارض يتم التصدي بعدم الاعتراف بآثاره ومنع نفاذه في دولة القاضي. ومن أمثلة ذلك الاعتراف بآثار تعدد الزوجات كحق النفقة ، الميراث وقسمة المنح العائلية بين الزوجين بفرنسا بالرغم من أن هذا النظام محظور في فرنسا وكذا الاعتراف بصحة الزواج الديني المبرم في الخارج وكافة أثاره القانونية بفرنسا، يمنع بالمقابل إجبار الزوجة الثانية على الإقامة مع الزوجة الأولى حتى و لو كان القانون الشخصي للزوج يبيح ذلك، لان ذلك يتعارض مع مقتضيات النظام العام في القانون الفرنسي[1].

يعتبر القرار الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 17 ابريل 1953في قضية **Rivière** هو المرجع في الأخذ بفكرة الأثر المخفف للنظام العام حيث قرر أنه :[2]

« la réaction a l'encontre dune disposition contraire a l'ordre public n est pas la même suivant quelle met obstacle a 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 ,a l étranger et en conformité de la loi ayant compétence en vertu du droit international prive Français »[3]

استنادا إلى أحكام المادة 05 من البروتوكول الإضافي السابع الصادر بتاريخ 22نوفمبر 1984 للاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان التي تضمن المساواة بين الزوجين في الحقوق والواجبات عند فك الرابطة الزوجية لم يكن يسمح في فرنسا الاعتراف بالطلاق الموقع بالخارج بالإرادة المنفردة للزوج. تراجعت محكمة النقض في بعض قراراتها صادرة بتاريخ 17 فيفري 2004 حيث اعتبرت انه لا اثر للطلاق الصادرعن الزوج في الخارج بالإرادة المنفردة إذا كانت الزوجة تقيم بفرنسا أما في حالة إقامتها بالخارج فيمكن الاعتراف بهذا الطلاق والآثار المترتبة عليه إذا كان قانونه الشخصي يجيز ذلك[4] .

### 2 –شروط إعمال فكرة الأثر المخفف

نستخلص مما سبق ذكره انه لإعمال فكرة الأثر المخفف لنظام العام يتعين توافر الشروط التالية:

---

[1] محند اسعد،المرجع السابق، ص 99.

[2] تتلخص وقائع هذه القضية في أن مهاجرة روسية متجنسة بالجنسية الفرنسية تدعى *Lydia roumiant zeff* تزوجت سنة 1934 من مهاجر روسيي غير متجنس بالجنسية الفرنسية يدعي *Dimitri Petrov* سافر الزوجين إلى الإكوادور للعيش هناك وفي سنة 1936 قررا حل الرابطة الزوجية عن طريق الطلاق المتبادل consentement mutuel وفقا للقانون الإكوادوري. وفي سنة 1939انتقلت السيدة Lydia إلى المغرب وتزوجت بالسيد Rivière، إلا انه في سنة 1945رفعت السيدة دعوى طلاق أمام محكمة دار البيضاء (بصفتها هيئة قضائية فرنسية سابقا)وقام السيد Rivière من اجل التهرب من دفع النفقة الشرعية بالدفع أمام المحكمة المختصة بان ارتباطهم معدوم بما أن الزواج الأول لم يفسخ لان الطلاق بالتراضي المتبادل غير معروف في فرنسا.

[3] -Bertrand Ancel et Yves lequette ,les grand arrêts de la jurisprudence française de droit international prive ,Dalloz2001 4 éme éd ,arretno4.

[4] François Melin, Droit international prive, édition Casbah Alger 2004 p134.

- الاحتجاج في دولة القاضي بآثار مركز قانوني اكتسب في الخارج واستنفذ جميع مراحل تكوينه
- عدم نشوء حق مضاد له في دولة القاضي .
- عدم اكتساب الحق عن طريق الغش نحو القانون .

نفاذ الحق والاحتجاج بآثاره لا يتعارض مع مفهوم النظام العام في دولة القاضي.

- أن يكون المركز القانوني معروف في النظام القانوني لدولة القاضي، كالتمسك بحق الرهن الحيازي لمنقول دون انتقال الحيازة للدائن المعمول به في الدول الانجلوسكسونية وغير معروف في التشريع الجزائري أو الفرنسي أو الانفصال الجسماني قبل إقراره في التعديل الأخير للقانون المدني (المادة 12 الفقرة 2)

**ثانيا – نطاق تطبيق الآثار المخفف للنظام العام**

يهدف الأثر المخفف إلى إفساح المجال للقانون الأجنبي بالنفاذ في دولة قانون القاضي والإقرار بالحقوق المكتسبة في الخارج لحماية استقرار المراكز القانونية والمعاملات الدولية الخاصة، ويتم ذلك عن طريق الحد من صرامة الدفع بالنظام العام هذا من جهة ومن جهة أخرى، يستعيد النظام العام دوره إذ ما تبين أن نفاذ الحق المكتسب في الخارج بتعارض ويمس بالأسس الجوهرية الذي يبنى عليها النظام العام في دولة القاضي[1].

تمنح سلطة تقديرية للقاضي لتقدير مقتضيات النظام العام وهذا في غياب معيار ثابت لتحديد الحالات التي تحرك فكرة الأثر المخفف للنظام العام، فيقوم بعملية الموازنة بين الآثار الناتجة عن التمسك بعلاقة قانونية نشأت بالخارج ومدى تقبلها من طرف المجتمع وعدم المساس بمبادئه الأساسية . فإذا رأى أن المجتمع في دولته لا يصطدم بهذه الآثار فانه يسمح بنفاذها، أما إذا رأى أنه من شأنها إلحاق ضرر بالأسس الجوهرية التي يقوم عليها مجتمعه، استوجب عليه صد نفاذها وسريانها ورفض التمسك بآثارها على إقليم دولته.[2]

نذكر في هذا الشأن القرار الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 5مارس 1928الذي قضى بأنه لا يجوز الاحتجاج في فرنسا بحق الملكية على منقول ولو انه اكتسب بالخارج وفقا لقانون الموقع الذي يجيز نزع الملكية دون تعويض عنه وتتلخص وقائع القضية ، أنه لما قامت روسيا السوفياتية بعملية تأميم الأساطيل التجارية، لجأ أحد الأساطيل إلى ميناء مرسيليا بفرنسا واسمه روبي La ropit ولما طالبت روسيا بملكية بواخر هذا الأسطول استنادا لقانون الموقع السابق (القانون السوفياتي ) رفض القضاء الفرنسي دعواها بحجة أن تأميم البواخر تم بطريق غير عادل، فالحكومة السوفياتي لم تقم

[1] عمر بلمامي، المرجع السابق، ص 202.

[2] عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص522؛ جمال الدين عنان، المرجع السابق، ص 124.

بتعويض الملاك وهذا يتعارض مع مبدأ احترام الملكية الخاصة و يعتبر مخالف للنظام العام في فرنسا ولا يمكن الاعتراف به[1].

سبق للمحكمة العليا أن رفضت التمسك بآثار حقوق اكتسبت بالخارج لتعارضها مع مقتضيات النظام العام في الجزائر[2]، بحيث نقضت القرار الصادرعن مجلس قضاء تيزي وزو بتاريخ 1982/04/19 والذي وافق حكم المحكمة الدرجة الأولى التي منحت الصيغة التنفيذية لحكم أجنبي فرنسي منح تعويضات للمدعى عليها دون تميز بين التعويض المستحق على أصل الدين المطالب به ومبلغ الفائدة المقدرة باثني عشرة بالمائة والمحظور طبق للنص المادة 454 من القانون المدني الجزائري، وتم نقض القرار المطعون في شقه المتعلق بمبلغ الفائدة تأسيسا على أن الحكم الأجنبي المراد تنفيذه مخالف للنظام العام الجزائري فيما يخص هذه المسألة [3].

---

[1] الدفع بالنظام العام اتجاه الحقوق المكتسبة بالخارج موضوع الاحتجاج بآثارها على الإقليم الفرنسي متغير حسب الظروف والأحوال، ويظهر جليا في عدم تماثل وتطابق قرارات محكمة النقض الفرنسية ولاسيما المسائل المتعلقة بتنفيذ أحكام الطلاق الموقع في الخارج بالإرادة المنفردة للزوج، وكذا أثار تعدد الزوجات. فبالنسبة للاعتراف بتنفيذ أحكام الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج تباين موقف محكمة النقض بين القبول والرفض فاعترفت بالطلاق الموقع بالخارج مع انعدام رضا الزوجة شريطة تمكنها بإبداء دفوعها وطلباتها أثناء رفع الدعوى، وبعدها تميز موقف القضاء الفرنسي (محكمة النقض ) بنوع من الصرامة والتشدد في رقابته على تنفيذ أحكام الطلاق خصوصا ما يتعلق بالغش في اختيار الاختصاص القضائي وضمان حقوق الدفاع وتقرير امتيازات مالية للزوجة واشتراط عدم تعارض التنفيذ مع مقتضيات النظام العام. وتم ذلك استنادا إلى الاتفاقية الثنائية المبرمة بين فرنسا وعديد من الدول والمادة الخامسة من البروتوكول السابع الإضافي للاتفاقية الأوربية لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية.تم صدر قرار عن نفس الهيئة القضائية بتاريخ 2001/07/03 مانحا الصيغة التنفيذية لحكم طلاق صدر بالجزائر دون الاستناد إلى البرتوكول السالف الذكر، وفيما بعد وبتاريخ 2004/02/17 أصدرت خمس قرارا ت مستندة على نفس المادة (05)من البرتوكول والمادة1 من الاتفاقية الجزائرية الفرنسية منها قرارين متعلقين بأحكام طلاق موقعة بالجزائر و رفضت تنفيذ أحكام الطلاق ما لم يتوفر في الحكم 04 شروط يلزم القاضي الوطني من تفحصهما (اختصاص الجهة القضائية الأجنبية التي أصدرت الحكم، تطبيق القانون المختص، عدم تعارض الحكم مع مقتضيات النظام العام، عدم وجود غش نحو ا لقانون ). وفيما يخص التمسك بآثار تعدد الزوجات نجد أن الاتفاقية الثنائية الجزائرية الفرنسية الخاصة بالضمان الاجتماعي تنص على استفادة العمال الجزائريين والفرنسيين من خدمات صندوق الضمان الاجتماعي في الجزائر وفرنسا، فقضت محكمة النقض بمنح الزوج منحة التأمين المرضي لزوجته الثانية مادام نظام تعدد الزوجات يبيحه القانون الشخصي للزوجين وتم إشهاره في الخارج، وهذا بالرغم من رفض الطلب من صندوق الضمان الفرنسي بحجة انه سبق منح ذلك للزوجة الأولى وبالمقابل رفضت نفس الهيئة القضائية دعوى الزوجة الثانية المتعلقة بطلب المنح المرضية الخاصة بالولادة ودفعت بالنظام العام الفرنسي الذي لا يعترف بتعدد الزوجات .

[2] قرارا لمحكمة العليا الصادر بتاريخ 1984/06/23 ملف رقم 32463 منشور في المجلة القضائية لسنة 1989،العدد الأول،ص 149.

[3] الطيب زروتي، المرجع السابق، ص257. [3]

## المبحث الثاني : التطبيقات التقليدية للدفع بالنظام العام

تعد الأحوال الشخصية المجال الخصب لتفعيل فكرة الدفع بالنظام العام، فكلما كان تطبيق القانون الأجنبي المختص كالذي يبيح زواج المسلمة بغير المسلم أو يمنع تعدد الزوجات[1] يمس بحقوق المسلم يتدخل النظام العام لاستبعاده .

إن تنظيم مسائل لأحوال الشخصية تخضع في معظم التشريعات العربية لأحكام للشريعة الإسلامية أما في البلدان الغربية فانها تستند على بعض المبادئ نذكر منها حرية الزواج والمساواة ووحدة الزوجة، وبالتالي يتدخل النظام العام لحماية هذه المبادئ المكرسة في قانون القاضي لاستبعاد القانون الأجنبي الذي يبيح كل من تعدد الزوجات وحق الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج .

في هذا الصدد سنقدم تطبيقات عمليةعن تفعيل فكرة النظام العام في المسائل المدرجة ضمن الأحوال الشخصية في القانون الجزائري **(المطلب الأول)** ثم في القانون المقارن القانون الفرنسي كنموذج **(المطلب الثاني)**

### المطلب الأول :الدفع بالنظام العام في الأحوال الشخصية في القانون الجزائري كنموذج

نحاول إبراز في هذا المطلب دور الذي يضطلع به القاضي الجزائري لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي كلما اصطدم وتعارض هذا الأخير مع النظام العام الجزائري سواء بمناسبة إنشاء حق جديد أو الاحتجاج بآثار حق اكتسب في الخارج وفقا لقانون أجنبي يجيزه ويعترف بآثاره. يكون تدخل النظام العام بحدة في مسائل الأحوال الشخصية فسنعرض تفعيله في مجال الزواج المختلط **(الفرع الأول)** وفي مرحلة ثانية إعمال الدفع به في مسألتي النسب والوصية **(الفرع الثاني)**.

[1] عبد الحميد الشورابي، مجموعة الأحوال الشخصية في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر ،2001، ص490 ؛ زاير فاطمة الزهرة، الرجع السابق، ص87.

**الفرع الأول: إعمال الدفع بالنظام العام في مجال الزواج المختلط**

يلعب النظام العام دور هام وأساسي في استبعاد القانون الأجنبي المختص بحكم مسائل الزواج المختلط لكونه ذو طابع ديني أو علماني وفي جميع مراحله**(أولا)** ، بحيث تتسع دائرة تدخل القاضي الوطني وله نفس الدور فيما يخص مجال انحلال الرابطة الزوجية بجميع طرقها**(ثانيا )**

**أولا –إعمال الدفع بالنظام العام في مسالة انعقاد الزواج المختلط**

يتحرك النظام العام في جميع مراحل الزواج ويتسع نطاقه إلى أثاره الشخصية والمالية، فيكون تدخل القاضي الوطني لاستبعاد القانون الأجنبي الذي يسري على الشروط الموضوعية للزواج المبينة بموجب المادة 11من القانون المدني الجزائري إذا كان مخالف للنظام العام الجزائري.

يعتبر زواج المسلمة من غير المسلم من النظام العام[1]، وهذا ماكرسه المجلس الأعلى في القرار الصادر بتاريخ 1989/02/06 بقوله"حسب أنه مع افتراض وجود هذا الزواج فان عقده سواء كان عرفيا أورسميا يقع باطلا عملا بما هو مقرر شرعا، أنه يشترط لصحة الزواج ألا تكون المرأة محرمة على الرجل تحريما مؤبدا أو مؤقتا ومنها زواج المسلمة بغير المسلم، وبالتالي فإذا حدث فان القاضي ملزم بالتفريق بينهما[2] "

من المسائل التي يتدخل فيها القاضي باسم النظام العام لاستبعاد القانون الأجنبي المختص فيما يخص الشروط الموضوعية للزواج المختلط:الرضا، موانع الزواج[3] ...وتعتبر مخالفة للنظام العام العلاقات المبرمة مابين الأجانب في الجزائر خارج إطار الزواج مثلا المعاشرة.[4]

اعتمد المشرع الجزائري الشكل المدني الذي يوثق أمام ضابط الحالة المدنية أو موثق كشرط يستوجب توفره في عقد الزواج كونه تصرف قانوني، فلم يعتدبالشكل الديني لصحة الزواج ولم يكتفي فقط بتوافق الإرادتين على إحداث هذا المركز القانوني.

---

[1] المادة 31من القانون 84. ـ 11المعدل والمتم بالأمر 02/05 المؤرخ بتاريخ 2005/02/27 المتضمن قانون الأسرة ،ج رالعدد15–2005.

[2] كمال عليوش قربوع، القانون الدولي الخاص الجزائري (تنازع القوانين)، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار هومة ،2006،ص 185.

[3]موانع الزواج طبقا لإحكام المادة 30 من الأمر 02/05 المعدل والمتمم المتضمن قانون الأسرة الجزائري "يحرم من النساء مؤقتا، المحصنة، المعتدة من طلاق أو وفاة، الجمع بين الأختين، أو بين المرأة وعمتها وخالتها ..."

[4] نص المادة 32من قانون الأسرة الجزائري السالف الذكر.

ان عدم وجود قاعدة إسناد خاصة بشروط الزواج فانه يسري عليها القاعدة العامة الخاصة بشكل التصرفات القانونية طبقا لأحكام المادة 19 من القانون المدني الجزائري وهي تقضي بخضوع شكل التصرف لقانون محل الإبرام، أو قانون الموطن المشترك، أو قانون الجنسية المشتركة، أو القانون الذي يسري على الموضوع. وطبقا لأحكام المادة 24من نفس القانون يحق للقاضي الجزائري استبعاد القانون الأجنبي الذي انعقد له الاختصاص لحكم شكل عقد الزواج بمقتضى النظام العام في الجزائر.

ويمكن كذلك الدفع بهذه الفكرة فيما يخص الآثار التي يرتبها الزواج المختلط سواء الشخصية أو المالية بحيث أنها تخضع لقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج طبقا لأحكام المادة 12 الفقرة 1 من القانون المدني الجزائري، واستثناءا ما أقرته المادة 13 السالفة الذكر من نفس القانون. يستبعد تطبيق القانون الأجنبي الذي يقر بعدم أهلية الزوجة بعد الزواج، أو يحدد النفقة المستحقة للزوجة اقل من تلك المستحقة في قانون القاضي أو لا يلزم الزوج بالإنفاق على زوجته باسم النظام العام من طرف القاضي الوطني.

**ثانيا – إعمال الدفع بالنظام العام في مسالة انحلال الزواج المختلط**

تنحل الرابطة الزوجية بالوفاة أو الطلاق وحسب نص المادة 48 من الأمر 02/05المؤرخ بتاريخ 2005/02/27 المعدل والمتمم لقانون الأسرة الجزائري أن الطلاق يتم بأحد الطرق الثلاث: بالإرادة المنفردة للزوج، بتراضي الزوجين، بطلب من الزوجة عن طريق التطليق أوالخلع طبقا للمادتين 53و54من نفس القانون، وطبقا لأحكام المادة 49 منه لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز المدة 3 أشهر[1]، بحيث لم يفرق المشرع الجزائري على خلاف القوانين الأخرى[2] فوحد ضابط الإسناد بالنسبة لانحلال الزواج سواء الطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي

[1] بخصوص الطلاق بالتراضي وهو حل الرابطة الزوجية بإرادة الزوجين المشتركة تضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية مقتضياته في المواد من 427الى438.

[2] وفقا للتشريعات العربية أخضعت التطليق والانفصال الجسماني لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى وقانون جنسية الزوج وقت الطلاق بالنسبة للطلاق المادة 2/13القانون المدني المصري، المادة19 /2 المدني العراقي والمادة 2/14المدني سوري.

أما بالنسبة للقانون المدني الفرنسي وبموجب المادة 310 التي تعتبر قاعدة إسناد أحادية، حددت اختصاص القانون الفرنسي بشان الطلاق والانفصال الجسماني في الحالات التالية : إذا كان الزوجين فرنسيان، إذا كان أجنبيين مقيمين بفرنسا، إذا لم يكن هناك قانون أجنبي مختص بالطلاق ورفعت الدعوى أمام المحاكم الفرنسية .

وهناك نظام جديد صدر عن الاتحاد الأوربي بتاريخ 2010/10/20 أعطى الحرية للأفراد في اختيار القانون الواجب التطبيق فيما يخص التطليق والانفصال الجسماني كضابط الإقامة المعتادة، قانون أخر موطن للزوجين، وقانون جنسية احدهما .

الزوجين والتطليق بطلب من الزوجة. اخضع المشرع الجزائري انحلال الرابطة الزوجية لأحكام المادة 12 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه "يسري على انحلال الزواج والانفصال الجسماني القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوي"[1].

إضافة إلى هذا تم استحداث نظام الانفصال الجثماني[2]، هذا النظام القانوني الذي يجهله المشرع الوطني ولا يجيزه بموجب القانون رقم 10/05 المؤرخ بتاريخ2005/07/20 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم[3]، لكن من الجائز أن يعرض نزاع بشأن زوجان يقر قانونهما هذا النظام القانوني أمام القاضي الوطني .

أورد المشرع الجزائري استثناءا مفاذه إخضاع انحلال الرابطة الزوجية للقانون الوطني متى كان أحد طرفي العلاقة وطنيا وقت انعقاد الزواج طبقا للمادة13 من القانون المدني الجزائري وحتى لوتم تغير جنسيته بعد ذلك وأصبح كلا الزوجين أجنبين وقت رفع الدعوى. ففي قضية عرضت على مجلس قضاء الجزائر تتعلق بحل رابطة الزوجية عن طريق الطلاق بين زوجة تحمل الجنسية الجزائرية وزوج يحمل الجنسية الايطالية، حيث قامت الزوجة بالطعن بالنقض أمام المحكمة العليا ضد قرار المجلس الصادر

---

[1] إن إخضاع انحلال الزواج لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى أو الحكم فيه يعد إجحاف وظلم في حق الزوجة، فقد يسعى الزوج إلى تغير جنسيته بعد الزواج عندما يرغب في إيقاع الطلاق وبهدف التنصل من الالتزامات والحقوق التي يقرها قانون جنسيته الأول لزوجته .

[2] يلجأ الزوجين إلى القضاء لإصدار حكم قضائي، وبموجبه يتم المباعدة بين الزوجين فلا تجمعهما معيشة مشتركة مدة معينة مع بقاء الرابطة الزوجية قائمة، وقد تنتهي حالة الانفصال بعد مدتها إما بالعودة إلى الحياة المشتركة وإما بتحويل الانفصال إلى تطليق وهو نظام لا تعرفه الشريعة الإسلامية إنما تعرفه الشرائع غير الإسلامية الموجودة مثلا في مصر سوريا لبنان والعراق، وكذا القوانين الأوربية كما هو الحال بالنسبة للقانون المدني الفرنسي، اذ يكون بناء على طلب احد الزوجين ولنفس الأسباب الخاصة بالطلاق، بحيث يؤدي إلي وقف المعيشة المشتركة بين الزوجين وتعليق الالتزامات المتبادلة بينهما مع بقاء الرابطة الزوجية قائمة كمرحلة مؤقتة تسمح للزوجين اختيار احد الطريقين إما الصلح أو التطليق ويتحول إلى طلاق إذا استغرق 03 سنوات كاملة (انظر المواد 296ألى 309 من القانون المدني الفرنسي )

La séparation de corps peut être prononce a la demande de l'un des époux dans les mêmes conditions que le divorce (art 296)

La séparation de corps ne dissout pas le mariage mais elle met fin au devoir de cohabitation (art 299)

[3] الأمر رقم 58/75 المؤرخ بتاريخ 26 سبتمبر 1975 المعدل بالقانون رقم 10/05 المؤرخ بتاريخ 20 يونيو 2005 ،ج رالعدد2005،44.

بتاريخ 14 جويلية 1996 الذي قضى بتطبيق القانون الايطالي قانون الزوج ، فقبلت المحكمة العليا الطعن شكلا ومضمونا ونقضت قرار المجلس القضائي[1].

لا يسمح بنفاذ القانون الأجنبي الذي يقرر أحكام فيما يخص حل الرابطة الزوجية في الإقليم الجزائري باسم النظام العام إذا كان محتواها يتنافى مع الأسس والمثل العليا في المجتمع الجزائري، فحل رابطة الزواج يعتبر حق من حقوق الزوج المسلم لا يجوز حرمانه منه حسب التشريع الجزائري ومختلف التشريعات العربية المستمدة نصوصها من أحكام الشريعة الإسلامية، وعليه يستبعد كل قانون أجنبي لا ينظم أي وسيلة لحل الرابطة الزوجية من طرف القاضي الوطني وكل اتفاق على عدم الطلاق يعد باطل[2]

إذا كان القانون الأجنبي الواجب التطبيق على انحلال الزواج يقضي بحل الرابطة الزوجية بسبب تغير الزوج لدينه ودخوله للإسلام فيتم استبعاده لتعارضه مع قانون الأسرة المستمدة أحكامها من الشريعة الإسلامية التي تبيح للمسلم الزواج بالكتابية، أما فيما يخص منع زواج المسلمة بغير المسلم ففي حالة أسلمت الزوجة فلابد من عرض الإسلام على زوجها وفي حالة رفضه لذلك لابد من فك الرابطة الزوجية[3] بالنسبة للدول أحادية التشريع، أي أن قوانينها تتضمن قواعد موحدة لتنظيم طرق حل رابطة الزواج كالجزائر يكون تدخل النظام العام فيها أكثر صرامة وحدة[4].

يحول للنظام العام أيضا دون أن تمهر الأحكام الأجنبية بالصيغة التنفيذية ومن ذلك ما قضت به محكمة بشار في حكمها الصادر بتاريخ 2007/01/30 حيث رفضت أن تمهر حكم الطلاق بالصيغة التنفيذية الصادر عن محكمة قضائية بألمانيا بتاريخ 2004/07/01 وذلك بعد تبين أن الحكم مبني على قانون الإجراءات المدنية الألماني وليس قانون الأسرة الجزائري.

**الفرع الثاني: إعمال الدفع بالنظام العام في مسألة النسب والوصية**

يعتبر النسب جزء لا يتجزأ من الحالة الشخصية فهو يخضع لقانون الجنسية ففي حالة اتحاد جنسية أطراف العلاقة القانونية لا يطرح أي إشكال كونهم سيخضعون لقانون الجنسية المشتركة لكن في حالة اختلاف الجنسية هناك تباين في مختلف التشريعات المقارنة، فالقاضي الوطني يستبعد باسم فكرة النظام

[1] قرار المحكمة العليا،1998/02/17، ملف رقم 6551، مجلة قضائية، العدد1،1-170.

[2] الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص187.

[3] استبعد القضاء المصري في احد قراراته القانون اليوناني الواجب التطبيق وقرر تطليق الزوجة اليونانية من زوجها اليوناني غير المسلم بسبب اعتناق زوجته الإسلام.

[4] . تدخل النظام العام في الدول المتعددة الشرائع كمصر ولبنان يكون اقل حدة عنه في الدول الأحادية التشريع فهذه الدول تطبق فيها إلى جانب الشريعة الإسلامية نظم أخري خاصة بالطائفة غير المسلمة وتختلف هذه الشرائع عن بعضها البعض في تنظيم طرق وشروط حل الرابطة الزوجية .

العام الجزائري القانون الأجنبي المختص الذي يجيز إثبات الأبوة غير الشرعية(**أولا**) ونتطرق فيما بعد إلى فكرة النظام العام في مسألة الوصية (ثانيا)

**أولا – إعمال الدفع بالنظام العام في مسالة النسب**

هناك من يكيف النسب على أنه جزء من الحالة الشخصية وبالتالي يخضعه لقانون جنسية الدولة التي اكتسبها الابن وقت الميلاد من حيث لإثبات والإقرار والإنكار، أما دول أخري فتخضعه(النسب) لقانون جنسية الأب كالقانون الألماني لسنة1965 كونه يشكل رابطة قانونية وطبيعية بين الأب والابن ترتب بينهم حقوق والتزامات[1].

نص المشرع الجزائري بعد تعديل القانون المدني بموجب أحكام المادة 13 مكرر على انه " يسري على النسب والاعتراف به وإنكاره قانون جنسية الأب وقت ميلاد الطفل وفي حالة وفاة الأب قبل ميلاد الطفل يطبق قانون جنسية الأب وقت الوفاة ".

إن رابطة الزواج لها صلة وثيقة بالنسب في التشريع الجزائري وبالتالي فان إلحاق الأولاد غير الشرعيين بنسب أبيهم يعتبر معارضا لنظام العام الجزائري، حيث جاء في قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 19نوفمبر 1984بأنه :" **من المقرر شرعا انه لا يعتبر دخولا ما يقع بين الزوجين قبل إبرام عقد الزواج من علاقات جنسية بل هو مجرد عمل غير شرعي لا يثبت عنه نسب الولد** " وهناك قرار صادر عن المحكمة العليا انه:"**وحيث أن القرار المطعون فيه ناقش في إطار السلطة التقديرية المخولة له قانونا واقعة الزواج المزعوم من الزوج قبل ولادة البنتين** " .

حسب حيثيات القرار فان البنتين كانتا نتيجة علاقة جنسية بين الطرفين وقبل زواجهما ، نفت الأم الفرنسية وجود رابطة زواج بينها وبين أب البنتين هذا من جهة و الاعتراف بتثبيت نسبهما للأب طبقا للقانون الأجنبي المختص (القانون الفرنسي) يخالف النظام العام بالجزائر من جهة أخرى.لأننا كما اشرنا سابقا أن مسائل الأحوال الشخصية في التشريع الجزائري تستمد أحكامها من الشريعة الإسلامية وهذه الأخيرة لا تقر النسب إلا بالزواج فطبقا لأحكام المادة41 من قانون الأسرة "ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا و أمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة ".وعليه تم إحلال القانون الوطني محل القانون الفرنسي المستبعد بعد تفعيل فكرة الدفع بالنظام العام .

كما يستبعد القانون الأجنبي الذي يعطي للزوجين حق الاعتراف بالولد غير الشرعي والتساوي في الميراث مع الابن الشرعي.

[1] سعاد يوبي، تنازع القوانين في مجال النسب، مذكرة ماجستير، جامعة تلمسان،2010، ص 52 .

**ثانيا-إعمال الدفع بالنظام العام في مسالة الوصية**

تعد الوصية تصرف لما بعد الموت ترتب أثارها القانونية بمجرد صدورها من الموصي ونفاذها مرتبط بوفاته وقبولها من الموصي له. وطبقا لأحكام المادة 16من القانون المدني الجزائري تخضع شروط صحة الوصية لقانون جنسية الموصي وقت الوفاة، أما فيما يخص الأهلية تخضع لقانون جنسيته وقت إبرام الوصية[1].

ينافس قانون جنسية الموصى قانون القاضي المعروض عليه النزاع في حالة تعارض مع النظام العام في دولته، وقانون موقع المال بالنسبة للوصية المتعلقة بعقار فيما يخص التوثيق والتسجيل والإشهار[2]. أما فيما يخص شكل الوصية فانه طبقا لأحكام المادة 19 من القانون المدني الجزائري يخضع لقانون محل إبرامها إعمالا لقاعدةLocus أو لقانون الموطن المشرك الموصى والموصى له، أو قانون جنسيتهما المشتركة، أو للقانون الذي يسري على الشروط الموضوعية للوصية.

إن أهم التطبيقات القضائية الجزائرية في مسألة الوصية في إطار تنازع القوانين القرار الصادر عن المحكمة العليا[3] والذي يعتبر اجتهاد قضائي ومرجعي في القانون الدولي الخاص الجزائري .

تتلخص وقائع القضية في أن زوجا مسلما من أصل جزائري أجرى وصية رسمية لمجموع تركته لفائدة زوجته المسلمة ومن أصل جزائري بتاريخ 1952/10/10 واختار تطبيق القانون المدني الفرنسي بدلا من الشريعة الإسلامية القانون الشخصي للأهالي وتوفي قبل الاستقلال سنة 1956. لكن بعد الاستقلال نازع الورثة في صحة الوصية استنادا لأحكام المادة 189من قانون الأسرة الجزائري المشار إليه سابقا التي تنص على بطلان الوصية للوارث، إلا انه صدر حكم من درجة أولي يقر بصحة الوصية وتم تأييد ذلك بموجب قرار صادر بتاريخ 1987/02/14عن مجلس قضاء بجاية بعد استئنافه. فطعن الورثة في هذا القرار بالنقض أمام المحكمة العليا معتبرين أن تأييد حكم درجة أولى من طرف قضاة الاستئناف كان دون تسبيب هذا من جهة ومن جهة أخرى، فان المادة المستند عليها لا تنص على السريان بأثر رجعي (المادة 02 من القانون المدني ) وبخصوص الجنسية الفرنسية كضابط إسناد لبيان الاختصاص التشريعي تعتبر غير مشروعة ولا ترتب عليها أثار قانونية لأنها مفروضة على الجزائريين بواسطة الإكراه.

---

[1] يأخذ نفس الحكم بالنسبة للتصرف الذي يقوم به الشخص وهو في مرض الموت طبقا لأحكام المادة 776من القانون المدني الجزائري ولا يسري في مواجهة باقي الورثة إلا إذا قاموا بإجازته ومهما كانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف ،وكذلك حالة تبرع المالك عن حق الرقبة لأحد الورثة ويحتفظ لنفسه بحيازة هذا المال الموهوب وحق الانتفاع به طول حياته ولحين وفاته فيأخذ هذا التصرف حكم الوصية ويسري عليه أحكامها .

[2] حبار محمد ،المرجع السابق،ص 144.

[3] لقرار المنشور في المجلة القضائية، 1991، ج2، ص79 وما بعدها.

إضافة إلى هذا فان مسائل الميراث والوصية تخضع لولاية الشريعة الإسلامية ونص المادة 189 من قانون الأسرة "**لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي** " وبما أن المدعى عليها في الطعن زوجة الهالك ينطبق عليها هذا الحكم الشرعي لان لها حق معلوم في ميراثه[1].

بالنسبة للمدعى عليها دفعت بصحة الوصية لتوافر الشروط الموضوعية والشكلية المحددة في القانون المختص، وهو قانون جنسية الموصي وقت الوفاة وهو القانون الفرنسي الذي اختاره المورث ليطبق على وصيته ودفعت أيضا بأنه لا يمكن سريان كل من القانون المدني وقانون الأسرة الجزائري على وقائع حدثت قبل صدورهما بأثر رجعي.

لقد أثارت المحكمة العليا في حيثيات قرارها إلى أن المجلس أخطأ في تطبيق القانون وخالف مبادئ الشريعة الإسلامية لما إستند على أحكام المادة 16 من القانون المدني الفرنسي، كون أن الموصي مسلم جزائري وتطبق عليه أحكام الشريعة الإسلامية في الجزائر حتى في عهد الاستعمار الفرنسي، وشرط تطبيق القانون الفرنسي هو شرط ملغى وتصبح الوصية مقررة في حدود ثلث التركة .

ركزت المحكمة في تعليل قرارها على مضمون الفقرة 1من المادة المشار إليها أنفا واعتبرت أن قانون الهالك هو القانون الجزائري (قانون قواعد الشريعة الإسلامية ) وعليه نقض القرار محل الطعن وإقرار إبطال الوصية.

تتجلى أهمية هذا القرار أنه أشار مباشرة إلى قواعد تنازع القوانين،على خلاف بعض القرارات الأخرى التي عمدت المحكمة تطبيق النصوص الموضوعية في الشريعة الإسلامية في قضايا تخص الأحوال الشخصية، وتتطلب النظر في آليات التنازع ومثال ذلك قرار المحكمة العليا المؤرخ بتاريخ 20مارس 1968[2]، بحيث أن المجلس في هذا القرار لم يشر إلى قواعد تنازع القوانين وتوزيع الاختصاص التشريعي الداخلي بين القانون المدني الفرنسي وقواعد الشريعة الإسلامية وتتلخص وقائعها :

أن سيدة جزائرية مسلمة أوصت لقريبتها جميع تركتها بموجب وصية مؤرخة بتاريخ 30 أكتوبر 1941 واختارت تطبيق القانون الفرنسي بدلا من أحكام الشريعة الإسلامية وبعد الوفاة نازع الورثة صحتها ونفاذها، فصدر حكم أول درجة في 26مارس1964 مبطلا شرط الاختيار وإرجاع النصيب الموصى به إلى الثلث الجائز شرعا، فطعنت الموصى لها في القرار الصادرعن محكمة المرافعة الكبرى بسطيف

[1] طبقا للشريعة الإسلامية لا وصية لوارث ،واتفق جمهور على جواز الوصية لوارث في حالة إجازة الورثة لذلك بعد وفاة الموصي ،وفي حالة أجازها البعض دون الأخر ،فإنها تنفذ في نصيب من أجازها فقط،كما يجوز أن يوصي المورث للوارث بما يزيد عن الثلث لكن يتوقف أيضا على إجازة بقيت الورثة.

[2] منشور في مجموعة الأحكام الصادرة عن مديرية التشريع، وزارة العدل، المجموعة الأولى، الجزء1، ص21

بتاريخ 28مارس 1965المؤيد لحكم الدرجة الأولى أمام المجلس الأعلى الذي اصدر القرار المذكور أنفا حيث جاء في حيثيات تأسيسه إن خيار التشريع المنصوص عليه في الأمر المؤرخ في 23نوفمبر1944 مالا يجب مد أثاره إلى عقد أحادي الجانب يمس بحقوق الغير المثبتة بالقانون المطبق .

نستخلص مما سبق ذكره،أنه بالرغم من عدم تمسك المدعيين في الطعن بالدفع بالنظام العام إلا أن المحكمة العليا أثارته من تلقاء نفسها لعدة اعتبارات[1]، كما تمسكت المحكمة بعدم نفاذ الوصية في الجزائر لمخالفتها للنظام العام الجزائري ولو أنها كانت صحيحة موضوعا وشكلا عند إنشائها [2].

## المطلب الثاني :الدفع بالنظام العام في الأحوال الشخصية في القانون المقارن

## ( القانون الفرنسي كنموذج )

تعد الأحوال الشخصية ميدانا ملائم لتدخل النظام العام الفرنسي في مواجهة القانون الأجنبي الواجب التطبيق الذي يتعارض مع حرية الزواج وعلمانيته وأحادية الزوجة التي تشكل المبادئ الأساسية التي يرتكز عليها الزواج في فرنسا، وهذا الأخير يعتبر جوهر نظامها الاجتماعي(**الفرع الأول** ) ونتطرق إلى إعمال فكرة الدفع بالنظام العام الفرنسي في مواجهة القانون الأجنبي المختص في موضوعي التبني والميراث (**الفرع الثاني** )

### الفرع الأول: الدفع بالنظام العام الفرنسي في مجال الزواج المختلط

إن ارتباط الزواج باعتبارات دينية واجتماعية واقتصادية وفكرية مما أدى إلى اختلاف جل تشريعات الدول في تنظيمه من حيث شروط انعقاده وأسباب انحلاله، فكلما كان هناك تعارض مع مفهوم النظام

---

[1] أهم الاعتبارات : نظام الأحوال الشخصية للأهالي خلال الاستعمار مستمد من الشريعة الإسلامية وتأكد هدا المبدأ بعد الاستقلال المواد 184 حتى 201 قانون الأسرة.

- إن حق تطبيق القانون الفرنسي الممنوح للأهالي بموجب النصوص المعمول بها قبل الاستقلال ،لا يعمل بها في الجزائر المستقلة ،لما يخالف القيم العليا للمجتمع.
- حق الاختيار يعبر عن وحي استعماري يهدف إلى إبعاد المجتمع عن القيم الإسلامية.
- لا ينبغي الاعتداد بإرادة الموصي باختيار القانون الفرنسي، لان الوصية ليست من الالتزامات التعاقدية التي يغلب عليها الطابع المالي، حتى يجوز للأطراف اختيار القانون الواجب التطبيق بشأنها.
- أساس اختلاف وجهة نظر القانون الفرنسي والجزائري في الوصية المتنازع عنها يرجع لتكيف والوصف القانوني لها ،فيعتبرها القانون الفرنسي ميراثا اتفاقيا ويصنف الميراث ضمن الأحوال العينية ويخضع لقانون الموقع إذا كان عقار وأخر موطن للهالك إذا كان منقول.بينمانجد في القانون الجزائري قواعد الميراث قواعد أمرة ومقررة لمصلحة الأسرة ومصدرها الشريعة الإسلامية .

[2] الطيب زروتي، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق،ص 110.

العام الفرنسي يستبعد تطبيق القانون الأجنبي المختص فيتم تفعيله في مسألة انعقاد الزواج المختلط **(أولا)** وكذلك في مسألة انحلاله**(ثانيا )**

**أولا ـ إعمال الدفع بالنظام العام الفرنسي في مسالة انعقاد الزواج المختلط**

يعتبر الزواج جوهر النظام الاجتماعي لفرنسا، وعليه فان القانون الأجنبي المختص الذي يبيح تعدد الزوجات أو يمنع الرواج لاختلاف الدين أو للون أو ينص على شروط اقل تشدد من تلك المنصوص عليها في القانون الفرنسي، يستبعد من التطبيق لتعارضه مع النظام العام الفرنسي[1].

طبقا لأحكام المادة 147 من القانون المدني الفرنسي [2]لا يجوز أن يكون للزوج أو الزوجة أكثر من شريك في آن واحد، ويعتبر تعدد الزوجات جنحة يعاقب عليها القانون الفرنسي سواء الزوج المخالف أو الموظف الذي أعطى الصيغة الرسمية للعقد مع علمه بوجود زواج أول غير منحل .

واستناد على هذا المبدأ (مبدأ وحدة الزواج في فرنسا)[3] يمنع على المسلم إبرام عقد الزواج الثاني في فرنسا بالرغم من إباحته في قانون جنسيته كونه نظام قانوني مجهول وغير معترف به في القانون الفرنسي ومعظم القوانين الغربية. فقد استبعدت محكمة استئناف باريس القانون المغربي بوصفه القانون الأجنبي المختص فيما يخص مسألة إبرام عقد زواج ثاني بفرنسا عن طريق إعمال فكرة الدفع بالنظام العام، لأن تعدد الزوجات يتعارض مع المبادئ والقيم الأساسية للمجتمع الفرنسي، وكذلك قضت المحكمة الفرنسية ببطلان زواج متعدد بين زوجة تحمل الجنسية الفرنسية وزوج يحمل الجنسية الكاميرونية بالرغم من أن قانونه الشخصي يجيز تعدد الزوجات. لا يجوز الاحتجاج أمام القضاء الفرنسي بذلك ويعتبر باطل الزواج الثاني المبرم أمام القنصليات في فرنسا، فقد حكم على جزائري تزوج بفرنسا مرة ثانية بغرامة مالية.

---

[1] اعترف القضاء الفرنسي بآثار الزواج الثاني إذا تم صحيح في الخارج رغم أن مبدأ الزوجة الواحدة يعتبر من النظام العام في فرنسا. واعترف بحق الزوجة في النفقة والميراث وبغيرها من الآثار تحت فكرة الأثر المخفف للنظام العام.ولكن رفض الاعتراف بهذه الآثار إذا كانت الزوجة الأولى فرنسية الجنسية أو مقيمة بها ..ولقد ساير القضاء الانجليزي ذلك وقضى بشرعية الأولاد المولودين من علاقات زوجية يباح فيها التعدد والحق في استحقاق الميراث بالنسبة للأولاد والزوجات، مقتبس أعراب بلقا سم، المرجع السابق، ص193.

[2]Article 147 du code civil français : " On ne peut contracter un second mariage avant la dissolution du premier " Cf.Jacqueline RUBELLIN- DIVICHI ,Droit de la famille, édition Dalloz ,paris, p29

[3]نص المشرع السويسري في المادة 101 من قانون الالتزامات على أن كل شخص يرغب في الزواج بامرأة ثانية عليه أن يثبت قبل ذلك انحلال الزواج بالمرأة الأولى ونفس الموقف بالنسبة للقانون المدني الألماني بحيث تنص المادة 1326منه على بطلان الزواج الذي يتم بين الزوجين ويكون أحدهما يعيش مع الغير ضمن عقد زواج صحيح، مقتبس من عبد العزيز سعد ،المرجع السابق، ص 81.

يستبعد القاضي الفرنسي القانون الأجنبي المختص الذي يمنع زواج المسلمة بغيرالمسلم كونه يتعارض مع مبدأ الحرية الشخصية للأفراد، أوالمنع لاختلاف اللون. وإضافة إلى موانع أخري لا يعرفها القانون الفرنسي ومثال ذلك منع انعقاد الزواج مع المرأة المطلقة طبقا للقانون الاسباني قبل صدور القانون المؤرخ بتاريخ 1981/07/07.

تعتبر موانع القرابة من النظام العام الفرنسي فطبقا لنص المادة 163 من القانون المدني الفرنسي لا يجوز زواج الخال من ابنة أخته وبالتالي يستبعد القانون الأجنبي المختص الذي يبيح هذا الزواج من طرف القاضي الفرنسي.

**ثانيا ـ إعمال الدفع بالنظام العام الفرنسي في مسالة انحلال الزواج المختلط**

قبل سنة صدور القانون المؤرخ بتاريخ 11جويلية 1975 أعتبر القانون الأجنبي الذي يتساهل في منح الطلاق مقارنة مع القانون الفرنسي مخالف للنظام العام الفرنسي، لكن بعد صور هذا القانون أصبح النظام العام يتدخل لاستبعاد القانون الأجنبي الأكثر تشدد، فأباح الطلاق بالتراضي والطلاق بسب انقطاع الحياة المشتركة[1].

لقد استبعد القضاء الفرنسي في العديد من أحكامه القانون الأجنبي الذي يجيز الطلاق بالإرادة المنفردة لتعارضه مع النظام العام الفرنسي، وحجته في ذلك الإخلال بمبدأ المساواة بين الزوجين ولو أوقعه الزوج المسلم في فرنسا بالرغم من جوازه وفقا لقانونه الشخصي. ونذكر في هذا الصدد أحد التطبيقات القضائية متعلق برفض الطعن من محكمة النقض الفرنسية ضد القرار الصادر بتاريخ 04 سبتمبر 2007 عن محكمة الاستئناف في كان وتتلخص وقائع القضية :

أن السيد(س) يحمل الجنسية المغربية أبرم عقد الزواج مع السيدة (ش) تحمل هي كذلك الجنسية المغربية بتاريخ 1975 وأنجبت له أربعة أولاد وانتقلوا للإقامة بعد ذلك في فرنسا، وتقدمت السيدة بعريضة طلاق أمام القضاء الفرنسي، في حين الزوج تمسك بحكم الطلاق الصادر عن المحكمة الابتدائية في خميست بالمغرب بتاريخ 4أكتوبر 2007. ومما سبق سرده رفضت محكمة الاستئناف بكان الاعتراف بهذا الحكم الأجنبي مسببتا قرارها بان قرار القضاء الأجنبي المثبت للطلاق من جانب واحد من طرف

[1] كان القضاء الفرنسي يخضع انحلال الزواج لقانون جنسية الزوجين في حالة اتحاد جنسيتهما وفي حالة الاختلاف يلجأ إلي التطبيق الموزع، ويخضع الطلاق لصالح الزوج الذي يبيح قانونه الشخصي الطلاق. كما حدث في قضية شابة فرنسية الجنسية متزوجة بايطالي الجنسية يدعى Ferrari ، وتقدمت بطلب الطلاق إلى المحكمة الفرنسية فقضت لها بذلك نظرا لتوافر شروط الطلاق الواردة في القانون الفرنسي، بالرغم من أن قانون الزوج الايطالي يمنع الطلاق استردت السيدة حريتها في الزواج من أخر بعد طلاقها بموجب قانون جنسيتها بينما بقي السيدFerrari مقيد بهذا الزواج لان قانون جنسيته الايطالي كان يمنع الطلاق وبالتالي يحرم عليه الزواج مرة أخرى.

الزوج دون إعطاء مفعول قضائي للمعارضة المحتملة من طرف الزوجة، وتدخل القاضي محصور فقط بآثارالانفصال المالية بعد فشل محاولات الصلح حسب المادتين 83 و 84من قانون الأسرة المغربي[1]يعد مخالف لمبدأ المساواة بين الزوجين لدى انحلال الزواج المنصوص عليه في المادة 05 من بروتوكول 22نوفمبر 1984المكمل للاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان، والذي التزمت فرنسا بضمانه لكل شخص خاضع لقضائها وبالتالي للنظام العام الدولي[2].

استنادا لفكرة الأثر المخفف للنظام العام، اعترف القضاء الفرنسي بآثار الطلاق بالإرادة المنفردة الذي تم في الخارج، إلا أنه في حالة وجود صلة تربط النزاع بالنظام القانوني الفرنسي لا يعترف به، ومثال ذلك إقامة الزوجة أو الزوجين في فرنسا مبرر على عدم الاعتراف بهذا الطلاق الموقع بالخارج طبقا للقانون الشخصي للزوج، كما لا يقبل تطبيق القانون الأجنبي الذي يمنع الفرنسي المقيم بفرنسا من الطلاق،بحيث رفض القضاء الفرنسي تطبيق القانون الاسباني لمنعه الطلاق بين فرنسية (مقيمة بفرنسا) وزوجها الاسباني المقيم باسبانيا لتعارض ذلك مع النظام العام الفرنسي لان تطبيق القانون الاسباني المختص يؤدي إلى حرمان الزوجة من الطلاق .

استبعدت محكمة الاستئناف بباريس تطبيق القانون الأجنبي الذي يقوم على مفاهيم وقيم بعيدة عن القانون الفرنسي، بحجة عدم المساواة بين الجنسين كالقانون الذي يعطي للزوج الحق في طلاق زوجته بسبب زنا الزوجة، ويمنع ذلك الحق عليها في حالة زنا الزوج.

**الفرع الثاني : الدفع بالنظام العام الفرنسي في مسألة التبني والميراث**

يعتبر التبني من مواضيع الأحوال الشخصية التي تثير العديد من الإشكالات على مستوى العلاقات الخاصة الدولية سواء بين الدول التي تقره وتلك التي تمنعه وسوف نوضح الحالات التي يثور فيها النظام العام الفرنسي كنموذج عن القانون المقارن**(أولا)** ، وبالنسبة للتشريع الفرنسي فان الميراث يدخل ضمن مواضيع الأحوال العينية على عكس الدول العربية التي تدرجه ضمن الأحوال الشخصية ويستمد أحكامه من الشريعة الإسلامية بحيث نبين حالات التدخل النظام العام الفرنسي لاستعاد القانون الأجنبي المختص في مسائل الميراث **(ثانيا)** .

[1] منشور بموجب مرسوم مؤرخ في 03 فبراير 2004.

[2] محكمة النقض، الغرفة المدنية الأولى، الجلسة العامة بتاريخ04 /2009/11، رقم الطعن 08-20574، منشور في نشرة قرارات محكمة النقض، 2009.

**أولا ـ إعمال النظام العام من طرف القضاء الفرنسي في شان التبني**

التبني هو نظام قانوني يتمثل في اتفاق بمقتضاه يتخذ شخص ولد غيره ولدا له، ويصبح يتمتع بجميع حقوق الولد الشرعي[1]، هي بنوة مصطنعة تقوم بين شخصين أحدهما قاصر ولا تقوم بينهم رابطة نسب مباشرة وبالتالي يصبح الولد المتبنى في مرتبة الولد الشرعي سواء كان ولد شرعي معلوم النسب أو غير شرعي مجهول النسب، بحيث يتم بعقد رسمي أو أمام المحكمة طبقا لأحكام المواد من 343الى 370 من القانون المدني الفرنسي[2] .

إذا كانت معظم القوانين العربية تمنع التبني، فان الدول الغربية تعترف بالتبني وتعتبره نظاما قانونيا يهدف لحماية مصالح الطفل[3]، فقررت محكمة النقض الفرنسية إخضاعه للقانون الوطني للمتبني، فهل يؤخذ بقانون المتبني إذا كان يجهل هذا النظام القانوني أو يمنعه[4].

طبقا لأحكام المادة 37الفقرة 2 من القانون المدني الفرنسي، فانه لا يجوز تبني قاصر أجنبي في حالة ما إذا كان قانون جنسيته يمنع هذا النظام القانوني باستثناء أن يكون مولود أو مقيم على الإقليم الفرنسي .

لقد أكدت هذا الطرح محكمة النقض الفرنسية حيث اعتبرت انه من المستحيل تبني طفل يحمل الجنسية البرازيلية من أجنبي غير مقيم طبقا لأحكام القانون البرازيلي، ذات المحكمة قررت فيما بعد إمكانية تبني الزوجين الفرنسيين ولد يمنع أو يجهل قانون جنسيته نظام التبني، كما يسمح بالاعتراف بالتبني الواقع في الخارج شريطة عدم تعارضه مع مفهوم فكرة النظام العام في فرنسا.

---

[1] أمر مخالف للنظام العام الجزائري وغير جائز شرعا وقانونا طبقا لأحكام المادة 46 من قانون الأسرة الجزائري.

[2]هناك نوعين من التبني:.

التبني الكامل (التام ) وهو الذي يكون بناء على طلب زوجين متزوجين لمدة لا تقل عن سنتين وغير منفصلين جسمانيا أو يبلغان سن 28سنة ،أما التبني البسيط وهو متاحا لكل شخص مهما كان سن المتبني ولأسباب جدية وموضوعية . [2]

[3]Cf. Isabelle LAMMERANT, L'adoption et les droits de Lhomme en droit compare, L GD J, Paris, PP0321]

[4]حرمت الشريعة الإسلامية التبني باعتباره بنوة صورية وتؤدي إلى نتائج وخيمة، وتزيف الحقائق وهو غير جائز قانونا وفقا للمادة 46 من قانون الأسرة و34 من قانون الحالة المدنية و217 من قانون العقوبات الجزائري وذلك منعا لاختلاط الأنساب، ومنعا لتجريد الطفل عن نسبه الأصلي وهو مخالف للفطرة الإنسانية. من المؤكد أن القاضي الجزائري لا يمكنه أن ينشئ حقا يتضمن التبني تطبيقا لقاعدة الإسناد الجزائرية (المادة 13مكرر) بل يشهر سلاح النظام العام طبقا لأحكام المادة 24 من القانون المدني الجزائري ويستبعد القانون الأجنبي الذي يجيز هذا التبني ونظمت بدله الكفالة (نظمها المشرع الجزائري في قانون الأسرة المواد 116الى125 ).

في هذا الشأن أيدت محكمة النقض الفرنسية[1] قرار محكمة الاستئناف لنيم بتاريخ 12ديسمبر 2006، بحيث تتلخص وقائع القضية بان سيدة (ش) تقوم بحضانة ابن أخيها مصطفي المولود بالمغرب بتاريخ 22اكتوبر 1988 بموجب قرار كفالة مغربي مؤرخ في 17 أوت 2003، ورفعت أمام محكمة ابتدائية عريضة تبني بسيطا فقوبل طلبها بالرفض. فقامت المدعية برفع التماس إلى محكمة الاستئناف فقوبل بالرفض من طرف هذه الأخيرة مسببة قرارها بأنه لا يمكن النطق بتبني قاصر أجنبي إذا كان قانونه الشخصي يحظر هذا النظام (القانون المغربي) ما لم يكن هذا القاصر ولد في فرنسا أو يقيم بها بصورة اعتيادية، هذا من جهة ومن جهة أخرى، فان وثيقة الكفالة لا تشبه التبني المنشئ لعلاقة البنوة .

لقد اعتبر القضاء الفرنسي أن تبني أم لولدها ومنحه اسم أبيه من الزنا يعد مخالف للنظام العام في فرنسا، وكذلك لا يعترف به عن طريق الدفع بالنظام العام في حالة عدم مراعاة مصلحة الطفل التي ترعاها قوانين الدول الغربية مثل فرنسا.ومثال ذلك عدم الحصول على الموافقة من الممثلين الشرعيين للمتبنى،فرضا الوالدين يعد من النظام العام.[2] أما في حالة تخلي الوالدين عن طفلهم أو أن الطفل مقيم بفرنسا بشكل فعلي فانه يمنع تطبيق القانون الأجنبي الذي يمنع التبني في إقليم فرنسا.

**ثانيا ـ إعمال النظام العام من طرف القضاء الفرنسي في شان الميراث**

تختلف حالات تفعيل فكرة الدفع بالنظام العام لاستبعاد القانون الأجنبي المختص بحكم الميراث، باختلاف المبادئ والقيم الجوهرية التي يقوم عليها النظام القانوني في كل دولة .

يستحق الإرث بموت المورث حقيقة أو اعتباره ميتا بحكم القاضي، وتكون الخلافة عنه بسبب القرابة (النسب ) وعلى ذلك يرث الأصول و الفروع والزوجة بحكم القانون.هناك خلاف في مسألة تكيف الميراث فمعظم الدول العربية أدرجته ضمن مواضيع الأحوال الشخصية على عكس فرنسا ودول أخرى اعتبرته من مواضيع الأحوال العينية[3].

---

[1] محكمة النقض، الغرفة المدنية الأولى، الجلسة العامة بتاريخ 2009/01/28، رقم الطعن 08-10034، منشور في النشرة 2009،العدد17.

[2] يشترط الحصول على رضا الطفل المتبني البالغ أكثر من 13سنة طبقا لأحكام المادة 345 فقرة 3من القانون المدني الفرنسي وعليه فان التبني الذي يحدث دون موافقة الطفل ورضاه لا يعترف به في فرنسا.

[3] تبنت العديد من الدول الأوربية والعربية مبدأ وحدة القانون الذي يخضع له الميراث، فنجد أن كل من ألمانيا واسبانيا واليونان تسند الميراث لقانون جنسية المتوفى على غرار الدول العربية مثل الجزائر (المادة 16القنون المدني الجزائري) ،المادة 17 القانون المدني الليبي ،المادة 22 من القانون المدني العراقي ،المادة 17 من القانون المدني المصري والمادة 19 نمن القانون المدني السوري .أما دول أخرى أخضعته لقانون موطن المتوفى مثل الأرجنتين والد نمارك، مقتبس من زروتي الطيب، المرجع السابق، ص197.

في هذا الصدد، يمكن أن نميز بين إتجاهين رئيسيين فان الاتجاه الأول يأخذ بوحدة القانون الواجب التطبيق على التركة أما الاتجاه الثاني يأخذ بمبدأ ازدواجية القانون بحيث تدرج أموال التركة غير المنقولة (العقارات ) ضمن الأحوال العينية وتخضع لقانون موقع المال، أما الأموال المنقولة المتعلقة بالميراث يحكمها قانون موطن المورث أثناء الوفاة بصفته قانون الموطن الحكمي للمنقولات أو قانون جنسية المتوفى على أساس ارتباط الميراث في المنقول بالأحوال الشخصية في دول أخرى[1].

أخذ المشرع الفرنسي بمبدأ ازدواجية القانون الواجب التطبيق على التركة[2]، فيطبق على للعقار قانون موقعه وعلى المنقول قانون موطن المتوفى ونتيجة لهذا الحل فيمكن أن يخضع الميراث لأكثرمن قانون، فعلى سبيل المثال يطبق على أثاث المنزل قانون وعلى المنزل(العقار ) قانون أخر.و يطبق القانون الذي أعطت له قاعدة الإسناد الاختصاص فيما يخص تحديد الورثة ومقدار أنصبتهم وموانع الميراث ...إلخ ، شريطة عدم تعارضه مع النظام العام الفرنسي.

إذا كان القانون الفرنسي هو الذي ينظم تخصيص التركة فيما يخص العقارات الموجودة في فرنسا، فان صفة الزوجة واثبات القرابة للازمة لتخصيص التركة هما من اختصاص قانون الأحوال الشخصية. هذا ما خلصت إليه محكمة النقض الفرنسية عن طريق رد الطعن ضد القرار الصادر بتاريخ 1978/02/22 عن محكمة الاستئناف بباريس، وتتلخص وقائع القضية:[3]

حيث أن السيد العربي (ش) تزوج مع السيدة الزهرة (س) بالجزائر سنة 1936وأنجبت له سبعة أولاد، وانتقل للإقامة في فرنسا مع أسرته وتم اكتساب فيها عقارات ب، وبعدها رجع للجزائر وتزوج مرة ثانية سنة 1969من السيدة فاطمة (ص) وأنجبت له ولدين. بعد وفاة العربي قررت محكمة الاستئناف أن للسيدة فاطمة وولديها وهم جزائريو الجنسية مثل جنسية مورثهم الحق في المشاركة في تركة العقارات المملوكة للمتوفى بفرنسا، لقد استند قرار محكمة الاستئناف على فكرة الأثر المخفف للنظام العام.

طبقا لهذه الفكرة فان ردة الفعل إتجاه أحد أحكام القانون الأجنبي المخالف للنظام العام الفرنسي ليست هي نفسها تبعا لوضع حاجز أمام إنشاء مركز قانوني في فرنسا أو الأمر يتعلق فقط بالسماح لنفاذ أثار

---

[1] نشير إلى أحكام اتفاقية لاهاي لعام 1973 المتعلقة بتحديد القانون الواجب التطبيق على تصفية التركة، بحيث أخذت بمحل السكن المعتاد للمورث والالتزام بهذه الاتفاقية بالنسبة للدول التي تأخذ بنظام الازدواجية وكان محل السكن المعتاد للمورث خارج إقليم دولة موطنه سيؤدي إلى خضوع تصفية التركة إلى قانونين مختلفين في أن واحد .

[2] أخذت انجلترا والولايات المتحدة بازدواجية القانون مثل فرنسا، أما فيما يخص النمسا أخذت بنفس المبدأ لكن أخضعت المنقول لقانون جنسية المتوفى .

[3] محكمة النقض، الغرفة المدنية الأولى، الجلسة العامة بتاريخ 1980/01/03،رقم الطعن 78-13762، منشور في نشرة قرارات محكمة النقض، 1980، العدد04.

حق نشأ في الخارج دون تدليس وفقا للقانون المختص بموجب القانون الدولي الخاص الفرنسي. وعليه فإن الزوجة الثانية وأولادها الشرعيين في حال نظام تعدد الزوجات المنعقد بصورة صحيحة في الخارج طبق لقانونهم الشخصي تمكنهم هذه الصفة مشاركة الزوجة الأولى وأولادها فيما يخص البنايات (العقارات) الموجودة في فرنسا،وذلك طبقا لأحكام القانون الفرنسي الذي ينظم التركة .

يستبعد القانون الأجنبي الذي يمنع التوارث بين بالمسلم وغير المسلم لأنه يمس بمبدأ حرية المعتقد[1]، فتم استبعاد القانون الإسلامي الذي ينص على حرمان الشخص من الميراث بسبب اختلاف الدين بموجب قرار من محكمة النقض الفرنسية[2]، وكذلك القانون الأجنبي الذي يحرم الأولاد الطبيعيين من الميراث سواء كليا أو جزئيا وتم استبعاد القانون المختص الذي يمنع الطفل المسلم أن يرث أمة غير المسلمة، وبالنسبة لتعدد الزوجات فيحق للزوجة الثانية استحقاق الميراث من زوجها شريطة انعقاده في الخارج وأن لا تكون الزوجة الأولى تحمل الجنسية الفرنسية.

[1] يعد مخالف للنظام العام في الدول العربية القانون الذي يجيز التوارث بين المسلم وغير المسلم ،وأكد هذا المنع القضاء المصري في قضية رفعتها لبنانية مسيحية الديانة ضد ورثة زوجها اللبناني المسلم، إذ قررت محكمة النقض المصرية ،ولما كان ثابت من مدونة الحكم المطعون إن المتوفى لبناني الجنسية ،فان القانون للبناني هو الذي يحدد الورثة ومقدار نصيبهم وموانع الميراث ...شريطة عدم التعارض مع النظام العام في مصر وكون اختلاف الدين من موانع الميراث لان الزوجة مسيحية وتدخل في نطاق النظام العام ويمتنع معها تطبيق قانون يأتي بحكم مخالف لها.لم ينص المشرع الجزائري صراحة على هذا المنع ولكن تطرق إلى للعان والردة كموانع للميراث طبقا لأحكام المادة 138من قانون الأسرة المشار إليه أنفا، وتم تكريس هذا المنع بموجب أحكام قضائية منها قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1995/7à/25والذي تم بموجبه الرفض الطعن بالنقض في القرار الذي صدر عن مجلس عنابة والذي صادق على حكم المحكمة الذي منع المدعى من الميراث لأنه كان كافر وقت وفاة المورث المسلم ،انظر المحكمة العليا،غ.أ.ش.م،25 جويلية 1995،ملف رقم 123051،مقتبس عن عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 113.

[2] Cass. 1re civ,17 novembre1964,Dans cet arrêt la cour de cassation a juge qu' « une incapacité successorale fondée sur la non-appartenance aune religion déterminée est directement contraire aux principes de la lois française et notamment a celui de la liberté de conscience ». Cf. Paul LAGARDE ,successions ,Rep,internat, JCP,1988,tome3,Dalloz, p10,n°64

## الفصل الثاني: ماهية النظام العام في القانون الدولي الخاص المستحدث وتطبيقاته

سنتناول أيضا فكرة النظام العام في نطاق مستحدث و هو ما نجده على وجه التحديد في نطاق اندماجي كحالة النظام العام الأوربي l'ordre public européen و الذي كانت تسميته في السابق النظام العام المجموعاتي l'ordre public communautaire. يشكل هذا الأخير نموذجا للنّظام العام من حيث كونه غير تقليدي.

في القانون الأوروبي، يمكن أن يكون مفهوم النظام العام معقدًا أيضًا لأن النظام الأوروبي يمكن أن يحيلنا إلى نظام الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان Convention Européenne des Droits de l'Homme وكذلك إلى النظام العام المجموعاتي .ويصبح القاضي الذي ينتمي إلى أحد دول الاتحاد مكلف بحماية نظامين قانونين أحدهما تقليدي و الآخر مستحدث و ذلك في إطار ما يُصطلح عليه بالمهمة الأوربية (سابقا المجموعاتي) للقاضي الداخلي l'office communautaire devenue européenne du juge saisi du litige

سنقسم دراستنا في هذا الفصل إلى محورين يتمثّلان في مفهوم النظام العام في الإطار الاندماجي وتطبيقاته(**المبحث الأول**) اثر النظام العام المجموعاتي في تنفيذ الأحكام الأجنبية لدول من لغير tiers (**المبحث الثاني**).

### المبحث الأول:مفهوم النظام العام في الإطار الاندماجي وتطبيقاته

أصبح مفهوم "النظام العام" بموجب القانون الأوربي droit européen (المجموعاتي سابقا ex– droit communautaire) موضوعًا محل نقاش مند منتصف التسعينات وكانت هناك عدة تساؤلات هل هناك "نظام عام للاتحاد الأوروبي و على وجه التحديد في القانون الدولي الخاص؟[1]

نتيجة للتأثير المتزايد للقانون الأوربي على القوانين الداخلية لدول الإتحاد الأوربي، ظهر مفهوم أوروبي خاص بالنظام العام، إذ من المعروف أيضًا أن تفعيل النظام العام في بُعده الدولي يجب أن يكون في خدمة أنظمة أوربية الأصل بقدر ما هو على مستوى المفاهيم الوطنية البحتة هذا من جهة، فعندما يتم الدفع بواسطة اللوائح الأوروبية التي تعمل على تسوية قواعد تنازع القوانين و/ أو الاختصاص القضائي، فإن شروط الطعن الخاصة بها تخضع مباشرة لتعريف أوروبي موحد أو على الأقل متجانس يخضع إلى رقابة محكمة العدل للإتحاد الأوربي Cour de justice de l'Union européenne

[1] M. Fallon, « Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré : l'expérience de la Communauté européenne », *in RCADI,* t. 25, 1995, p. 9.

و المعروفة اختصارا بـ CJUE (كانت هذه المحكمة معروفة سابقا باسم محكمة العدل للمجموعة الأوربية CJCE – Cour de justice de la Communauté européenne و ذلك قبل أن تدخل معاهدة لشبونة حيز التّنفيذ)[1].

على هذا الأساس، برزت فكرة النظام العام الأوربي l'ordre public européen والتي صار لزاما على أي قاضي ينتمي إلى هيأة قضائية داخلية لدولة من دول الإتحاد إحترامها إلى جانب نظامه العام في بعده الدولي (عند وجود عنصر أجنبي). لأجل ذلك سنعرض تعريف النظام العام الأوربي كنموذج (**المطلب الأول** )، ثمّ نتطرق إلى تطبيقاته (**المطلب الثاني** ).

**المطلب الأول: مفهوم النظام العام الأوربي**

يصوَّر "النظام العام" الأوربي في بداياته الأولى على أنّه فرض للقواعد الّتي تضمنتها المعاهدة الأوربية لحقوق الإنسان Convention européenne des droits de l'homme المعروفة إختصارا بـ CEDH[2]، حيث صار لزاما على قضاة المحاكم الداخلية للدول الأعضاء في المجموعة الأوربية (التي تحولت إلى الإتحاد الأوربي فيما بعد) إحترام المبادئ الأوربية كجزء أو مكون لنظامها العام في بُعده الدولي, نضيف أن هذه المبادئ متفق عليها بين دول الإتحاد الأوربي و هو ما أشارت إليه الأستاذة آدلين جونو Adeline Jeauneau[3]. غير أن لهذا النظام مفهوم آخر كان لوقت قريب يختلط بمفهوم اقتصادي مؤداه حماية الحرية الاقتصادية أو بالأحرى حرية التنقل La libre circulation في إطار السوق الأوربية المشتركة Marché commun و هو ما تُشير إليه الاتفاقية الخاصة بسير أو عمل الإتحاد

[1] Arrêt Krombach ,(CJCE,28mars2000,C_7/98) .

[2] Dernier a être entré en vigueur (août 2018), le protocole n°16 prévoit la possibilité, pour les plus hautes juridictions des Etats parties (Conseil constitutionnel, conseil d'Etat et cour de cassation en France), d'adresser des demandes d'avis consultatif à la Cour sur des questions de principe relatives à l'interprétation ou à l'application des droits et libertés définis par la Convention ou ses protocoles.

ينص البروتوكول الأخير الذي دخل حيز التنفيذ (أغسطس 2018) على إمكانية تقديم أعلى محاكم في الدول الأطراف (المجلس الدستوري ومجلس الدولة ومحكمة النقض في فرنسا) فتوى للمحكمة بشأن مسائل مبدأية تتعلق بتفسير أو تطبيق الحقوق والحريات المحددة في الاتفاقية أو بروتوكولاتها.

[3] Adeline Jeauneau, *L'ordre public en droit national et en droit de l'Union européenne : essai de systématisation,* Thèse de doctorat, s. dir. De Vincent Heuzé, Université Paris 1 – Panthéon Sorbonne, octobre 2015, p. 5.

الأوربي Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne المعروفة اختصارا بـ TFUE.

سنحاول البحث عما إذا كان هناك نظام عام دولي موحد، حيث سنأخذ كنموذج النظام العام في الاتحاد الأوربي و ذلك على مرحلتين في الأولى نتناول درجة فعالية هذه الفكرة ( **الفرع الأول**)، ثم نتحول إلى تطوير فكرة النظام العام الأوربي (**الفرع الثاني**).

**الفرع الأول: درجة فعالية فكرة النظام العام الأوربي**

يُفيد النظام العام الأوربي استعمال المبادئ المتفق عليها بين دول الإتحاد الأوربي لأجل استبعاد قانون أجنبي مخالف لإحدى هذه القيم أو لغرض رفض الاعتراف أو تنفيذ حكم أجنبي لا يحترم إحدى هذه المبادئ المتعارف عليها بين دول الإتحاد الأوربي و مثالها مبدأي الإنصاف (المادة 6 من المعاهدة الأوربية لحقوق الإنسان و مبدأ المساواة بين الجنسين (المادة 14 من نفس المعاهدة المذكورة).

إن تحديد درجة فعالية النظام العام الأوربي ليس بالأمر السهل، فمن المهم أن نُدرك أن صياغة قانون الاتحاد يرتكز ضمنيا على مفهومين متعارضين بشكل جذري للعلاقة بين النظام القانوني الوطني والنظام القانوني الأوربي والجدير بالذكر أنّ فهم فكرة النظام العام الأوربي يتم عن طريق عرض المفهوم النموذج الأحادي والمفهوم التعددي بحيث نتطرق للفصل بين النظام القانوني الوطني والنظام القانوني الأوربي وفقا للنموذجين المشار إليهما آنفا (**أولا**) وإنشاء وتكوين القيم في النظام القانوني الأوربي (**ثانيا**).

**أولا – الفصل بين النظام القانوني الوطني والنظام القانوني الأوربي وفقا للنموذج الأحادي و التعددي**

إنّ التحديد الدقيق للطبيعة القانونية لنظامين قانونين ينتميان لدولتين مُختلفتين يُؤدي في مرحلة أولى إلى فهم الفروقات بين هاتين الفئتين. في مرحلة موالية يُمكن التّقليل من هذه الفرو قات عن طريق تبني بعض المبادئ المشاركة و هو ما ذهب إليه الفقيه سافينيي Savigny في إطار أوربا تتبنى نفس الفكر أو بالأحرى نفس الثّقافة القانونية فيما يُعرف بنظرية "الإشتراك القانوني" و هذا ما يسمح بالتعايش الايجابي لنموذجين قانونين مختلفين (للعلاقات بين الأنظمة القانونية ) في إطار الاتحاد الأوربي.

إن النموذج الأحادي هو الذي يعرف الخصائص البارزة في الفقه المؤسساتي، أما النموذج التّعددي فله القدرة على تفسير الواقع المعاين في حالة عدم استكمال عملية التكامل.

### 1- النموذج الأحادي la théorie moniste

حسب نظرية هانس كلسن Hans Kelsen، فان النموذج الأحادي يفترض نفاذ النظم الموجودة على مستوى دولي international أو عبر وطني supra-national إلى النّظام القانوني الداخلي[1]. في هذا الصدد يكون قانون الاتحاد أحاديا عندما يكرس مبدأ التطبيق الفوري والأولوية، حيث يفرض شروط وطرق استقبالها من جانب واحد في الأنظمة القانونية الوطنية. علاوة على دلك وبالمعني الدقيق للكلمة فان الأحادية تحظر تصور العلاقات بين الأنظمة القانونية.

طبقا لقرار كوستا ضد إينال Costa c. Enel فإن محكمة العدل الأوربية حسمت علاقة القانون الأوربي بالقوانين الداخلية يسمو الأول عن الطائفة الثانية[2]. نفس الملاحظة تنطبق على قرار محكمة العدل للمجموعة الأوربية الصادر في قضية سيمونتال[3]. حيث نستخلص من هذا القرار استبعاد القانون الوطني الذي يتعارض مع القانون الأوربي ومنه يمكن القول أن محكمة العدل للمجتمعات الأوربية La Cour de justice des Communautés européennes أنشأت تسلسل هرمي للأنظمة القانونية بحيث أن النظام القانوني الأوربي يسمو على النظام القانوني الداخلي.

---

[1]La présentation s'appuie ici sur les caractéristiques respectives des théories moniste et pluraliste dégagées par D. Boden dans son ouvrage l'ordre public : limite et condition de la tolérance, *op.cit.* p534 à 543.

[2] CJCE, Costa c. Enel, affaire n° 6/64, 15 juillet 1964.

[3]في عام 973 اضطرت شركة simenthal، وهي إحدى شركات استيراد لحوم الأبقار، إلى دفع ضريبة بقيمة 480،581 Litخلال فحص صحي للحوم البقر المستوردة إلى إيطاليا من فرنسا. طلبت المحكمة الإيطالية من محكمة العدل الأوروبيةCJCE إصدارحكم أولي من أجل تقييم مدى توافق هذه الضريبة مع قانون المجتمع ، ولا سيما لائحة المجلس رقم 68/805 المؤرخة 27 يونيو 1968. تم الرد من طرف المحكمة بموجب القرار رقم 6/35 ، حسب تقيم القاضي فان قيمة الضريبة غير متوافقة مع قانون المجتمع la taxe incompatible avec le droit communautaire ، أمرًا بالرد إلى الإدارة الإيطالية التي اعترضت عليه.

هذا التنازع بين قانون الجماعة والقانون الوطني اللاحق ، وفقًا للسوابق القضائية للمحكمة الدستورية الإيطالية قررت المحكمة الدستورية : لا يمكن للقاضي أن يقرر بنفسه عدم توافق القانون المطعون فيه مع القاعدة الدستورية.

نفهم مما تقدم أن هناك أثر لنصوص قانون الإتحاد بمقتضي مبدأ الأسبقية، مع عدم إهمال النظام القانوني المطبق في إقليم كل دولة من الدول الأعضاء للحيلولة دون تكوين نصوص قانونية وطنية جديدة إلى الحد الذي تكون غير متوافقة مع المبادئ المجموعاتية les normes communautaires.

يشير النموذج الأحادي إلى وجود نظام قانوني واحد (المذهب الأحادي)، يُفيد أن القانون الأوربي من شأنه أن يمتص النظام القانوني الوطني وهذا ما يتعارض مع الحد الأدنى للطابع الجزئي للتكامل وبشكل متناسب للطبيعة المحدودة لنطاق قانون الاتحاد الذي لا يحكم جميع جوانب الحياة الاجتماعية مقارنة بالقانون الوطني.

### 2- النظرية التعددية La théorie pluraliste[1]

على نقيض ما رأينا بمناسبة طرح النموذج الأحادي تظل الأنظمة القانونية في إطار النظرية التعددية مستقلة على الرغم من قبولها لمبدأ الأسبقية التي يطالب بها قانون الاتحاد و بإسقاط ذلك فإن القانون الدولي الخاص لكل دولة عضو في الإتحاد الأوربي يبقى قائما إلى جانب القانون الأوربي و إن كان ذلك لا يمنع تأثر طائفة القوانين الداخلية droit commun بالقانون الأوربي. على سبيل المثال فإن فكرة النظام العام المنصوص عليها في مختلف أنظمة بروكسل règlements de Bruxelles تشمل على المستوى الداخلي بالإضافة إلى المبادئ و القيم الداخلية لكل دولة عضو في الإتحاد القيم المشتركة للإتحاد الأوربي.

**ثانيا – إنشاء وتكوين القيم في الاتحاد الأوربي وفقا للنموذج الأحادي والتعددي**

يفسر الغموض الذي يؤثر في معالجة إشكالية النظام العام في قانون الاتحاد، جزئيا على الأقل من خلال التعايش في القانون بين مفهومين متعارضين ويكلف كل من الاتحاد والدول الأعضاء في مهمة حماية القيم والمبادئ السامية .

على الرغم من أنه لا يمكن إنكار أن فكرة النظام العام الأوربي التي تقوم على النموذج الأحادي أصبحت مؤخرا انجاز ملحوظ **(1)**إلا أن النموذج التعددي لا يزال يسيطر في القانون الوضعي **(2)**

[1] Adeline Jeauneau ,*Existe-t -il un « ordre public européenne ? »,* ,RDLA n°1, 2018, p. 208.

**1**_ تشكل العوامل التقليدية ذات التأثير الأوربي على تنفيذ الدفع بالنظام العام الدولي جزءا من نموذج تعددي، تكمن مهمة الدول الأعضاء أولا وقبل كل شيء في حماية القيم والمبادئ تناغما مع الأهداف التي يسعى الاتحاد إليها، نظرا لطابعها الإلزامي فانه في حالة التصادم لابد من ضرورة التوفيق بينها وبين القيم الوطنية .

إن الاعتراض الممارس من جانب الدول الأعضاء عن طريق تفعيل نظامها العام يخضع لرقابة محكمة العدل الأوربية ، حيث تكمن هذه الرقابة فيما يتعلق بالهدف العام والمتمثل في تداول السلع وانتقال الأشخاص،أو في ضوء الهدف الأكثر تحديد المتمثل في حرية نفاذ الأحكام والقرارات التي تتعلق باللوائح والتنظيم في مجال القانون الدولي الخاص.

في هذا السياق تشغل الأهداف الأوربية وظيفة تحديد محتوى النظام العام وفقا للمفاهيم الوطنية للدول الأعضاء، كما يستلزم الاعتراف بالأهداف الأوربية كعنصر من عناصر النظام العام نتيجة طابعها الإلزامي.

من المهم الإشارة أنه كما هو الشأن بالنسبة للقيم الوطنية، يكفي فقط وضع الآليات الموجودة في خدمتهم لتحقيق هذه الأهداف الأوربية دون حاجة لتصميم محتوى أوربي.

خلاصة لما سبق ذكره لابدمن ضرورة التنسيق والتعايش للمساهمة في تحقيق الأهداف الأوربية مابين القيم الوطنية والالتزامات التي تعهدت بها الدول الأعضاء هذا من جهة، ويتعين وضع التأثير الذي يمارسه قانون الاتحاد على إعمال الدفع بالنظام العام الدولي في نطاقه الصحيح من جهة أخرى .

**2**_ تشمل فكرة النظام العام الأوربي محتوى قيم أوربية بحتة.على هذا النحو فانه يستند إلى تركيبة تقوم على التقليص من النموذج التعددي بتوزيع الاختصاص لحماية قيم معينة للاتحاد.أما على المستوى الوطني يمنحها دور لا مركزي في تنفيذ الأحكام ذات القيم الأوربية .

نحن ندرك التسلسل الهرمي في النموذج الأحادي، فيما يتعلق بأثر الأحكام يسهر النموذج الأحادي على إلغاء إجراء التنفيذ ومعه الدفع بالنظام العام الدولي ، بل صار في بعض المسائل يستغني عن كل هذه الشروط وهوما يتوافق مع مسائل الديون غير المتنازع فيهاles créances incontestées والتي تضمنتها لائحة بروكسل المعروفة باسم السند التنفيذي الأوربيle titre exécutoire européen

في المجال القضائي الأوربي، فان القضاة الوطنيون يؤكدون على ضرورة مواجهة القاعدة القانونية الإجرائية المتشددة بإعمال فكرة الدفع بالنظام العام، والاعتراض على نفاذها في دولة المنشأ العضو.استند المشرع الأوربي على ماسبق ذكره لسن قواعد إجرائية أوربية تحقق التوازن بين حرية الحركة واحترام حقوق الدفاع ويتم دلك تحت رقابة سلطة دولة القاضي .

في هذا الصدد، فان استنفاذ طرق الطعن المتاحة يعتبر شرط جديد من صنيع الفقه لتفعيل الدفع بالنظام العام الدولي.

ومع دلك، فان في المجال القضائي الأوربي ،فيما يخص العقوبة المفروضة على المتقاضين ، واستنادا على مبدأ الثقة المتبادلة والدي تفسره محكمة العدل "**على انه يفرض على كل دولة من الدول الأعضاء إلى أن تنظر ،باستثناء الظروف الاستثنائية ،في أن جميع الدول الأعضاء الأخرى تحترم قانون الاتحاد ولاسيما الحقوق الأساسية المعترف بها في هدا القانون** ".

هذا التبرير الجديد يغير بعمق شرط استنفاذ سبل الطعن بحيث تقع سلطة التنفيذ لدولة المنشأ العضو حسب ما تقرر على المستوى الأوربي في مجال الاختصاص بهدف تحقيق القيم الأوربية.

**الفرع الثاني :تطوير فكرة النظام العام الأوربي**

إن بروز فكرة النظام العام الأوربي ،مرتبط ببيانات موضوعية مستمدة من كلتا الظاهرتين القانونيتين التي تسعى هده الفكرة لتوحيدهما ،وعليه سوف نتطرق إلى القيود المتعلقة بخصائص النظام العام الأوربي **(أولا)**وتكمن هده القيود في الطبيعة المتجددة للتكامل في الاتحاد الأوربي **(ثانيا)**

**اولا_ القيود المتعلقة بخصائص النظام العام الدولي**

مثل بعض الميكانيزمات الأخرى القائمة على مفهوم "النظام العام"، فإن تفعيل النظام العام الدولي هو تطبيق للتقنية "المسماة"[1] « standard » (1). وبما أن مفهوم القيم متجدد ومتغير فلابد من تفعيل فكرة الدفع بالنظام العام وفقا لهذا المنطق (2).

[1] Ibid , p. 213.

1) ـ من الناحية الفنية، يتمتع "النظام العام الدولي" بخصوصية في التكوين والذي يسميه الفقه الفرنسي "المعيار « standard »، ويشترك في هذه الخاصية مع آليات أخرى تدخل ضمن مفهوم مصطلح النظام العام

يتكون النظام العام الدولي بنفس طريقة تكوين النظام العام في لقانون الإداري أو النظام العام في للقانون المدني، بحيث تمنح سلطة تقديرية للقاضي لتقدير مدى توافق أو تعارض الحالة الخاصة الخاصة المعروضة عليه مع مفهوم القيم في نظامه القانوني .

إن الاهتمام باستخدام هذه التقنية « standard » واضح بشكل خاص في القانون الدولي الخاص . عملياً تجعل هذه التقنية في حالة عدم التمكن من تحديد محتوى "النظام العام" في مرحلة النزاع تبيان تغير مفهوم القيم عبر الزمن وهذا ما يطلق عليه l'actualité de l'ordre public فله دور كبير على سيبل المثال عن التطورات التي تم التعليق عليها على نطاق واسع في المجال الحساس لقانون الأسرة.

في القانون الدولي الخاص ، حيث الوقائع المتجددة التي يحتمل أن تنشأ بسبب "قفز نحو المجهول" والتي تشكل الحكم لنفاذ القانون الأجنبي ، بعد نقلها إلى النظام القانوني للاتحاد ، فان محكمة العدل لم تقدم أي تعريفًا "شاملاً" للمفهوم وهذا ما يؤكد الطبيعة المتأصلة لمعيار "النظام العام" .

في الواقع، عندما تنوي مراقبة الحدود التي يمكن للقضاة الوطنيون من خلالها استخدام هذاالمفهوم لمعارضة الاعتراف بحكم صدر في دولة عضو أخرى ، فإن المحكمة تفعل ذلك من حيث تبقى كلاسيكية ، والتي هي أكثر قليلاً من دعوة شفافة لحماية القيم.

**2)** ـ علاوة على ذلك، فإن الوظيفة المعيارية "للنظام العام الدولي" تعني التخلي عن التفكير المنطقي من حيث الشرعية الصارمة، من أجل احتضان المنطق الخاص بالقيم.

بالنسبة للقاضي الذي يشكك في توافق القانون الأجنبي مع النظام العام الدولي، فإن وظيفة مبدأ المشروعية تستنفذ من خلال ملاحظة مفادها أن المشرع نفسه لم يرسم الحدود بين المواقف المقبولة. وتلك التي ليست كذلك.

إن المنطق الجدلي لأحكام القيمة هو المفتاح للهندسة المتغيرة للحكم الذاتي المعياري الذي يترك للدول الأعضاء في مجال تطبيق قانون الاتحاد.

بعيدًا عن أن تكون قادرًا على حل التمييز القائم بين النظام العام الوطني و النظام العام الأوروبي، فإن شدة الإشراف الذي تمارسه محكمة العدل تعتمد على القدرة التي تعترف بها، على أساس كل حالة على حدة. لإقناع السلطات الوطنية بشرعية قرارها. بطبيعة الحال فإن توافر معيار مشترك سوف يفعل الكثير.

هذا ما يفسر لماذا في المجال القضائي الأوروبي، حيث يفعل النظام العام الدولي بشكل حصري تقريبًا في بعده الإجرائي لا تتردد محكمة العدل في فرض مفهومها الخاص بمتطلبات المحاكمة العادلة بالأمس من خلال المبادئ العامة لقانون المجتمع واليوم بالرجوع إلى المادة 47 من ميثاق الحقوق الأساسية للاتحاد.ومما ساعد على ذلك وجود المادة 6 ، الفقرة 1 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان التي تفرض نفسها "كحد أدنى" على جميع الدول الأعضاء في نفس الوقت بحكم انضمامهم إلى الاتفاقية وإلى محكمة العدل نفسها عملاً بالمادة 52 (3) من الميثاق.

إن سبب الأساسي لهذا التناقض هو أن المهمة الأولى والأساسية للاتحاد لا تكمن في حماية القيم والمبادئ العليا في الحالة الراهنة لعملية التكامل .

**ثانيا. القيود المتعلقة بخصائص الاتحاد الأوربي**

إن الطابع غير المحدد لإجراءات التكامل يعد العقبة الثانية أمام تطوير فكرة النظام العام الأوروبي، فيعمل الاتحاد على تحقيق الأهداف المسطرة من قبل دول الاتحاد كمجوعة أكثر من تركيزه على حماية القيم التي تشكل النظام العام الأوربي **(1)** هذا النقص يجعل ظاهرة استمرار القيم الوطنية حتمية في النظام القانوني الأوروبي (2).

**1-** ليس السؤال هنا هو التشكيك في أهمية القيم في البناء الأوروبي. مجرد الإشارة إلى أنه من وجهة نظر حماية القيم التي تشكل النظام العام، فإن الاتحاد ليس على قدم المساواة مع الدول الأعضاء.

الاتحاد عبارة عن بناء مكتمل ويكمن سبب وجوده في تحقيق الهدف العام للتكامل والذي تلخصه المادة 3من معاهدة الاتحاد الأوربيTUE في قائمة طويلة من الأهداف التي تشكل إطارًا لهذه الاختصاصات الممنوحة[1].

في هذا السياق، تلعب القيم دور الحاجز الذي يعمل على ضمان تحقيق الأهداف الأوروبية في إطار إحترام الحقوق الأساسية. هذا هو معنى تقييد نطاق الميثاق، والذي لا يُطبق إلا على المؤسسات والدول الأعضاء "عندما تنفذ قانون الاتحاد[2].

إن الطبيعة الاجتماعية للقيم تضع لاتحاد قبل كل شيء في حالة اعتماد قيمي على دوله الأعضاء، على الأقل فيما يتعلق بالهدف – النهائي ولكن غير الرسمي – للوحدة السياسية الأوروبية الذي لم يتحقق بعد.

---

[1] L'article 3 dispose :
« 1. L'Union a pour but de promouvoir la paix, ses valeurs et le bien-être de ses peuples.
2. L'Union offre à ses citoyens un espace de liberté, de sécurité et de justice sans frontières intérieures, au sein duquel est assurée la libre circulation des personnes, en liaison avec des mesures appropriées en matière de contrôle des frontières extérieures, d'asile, d'immigration ainsi que de prévention de la criminalité et de lutte contre ce phénomène.
3. L'Union établit un marché intérieur. Elle œuvre pour le développement durable de l'Europe fondé sur une croissance économique équilibrée et sur la stabilité des prix, une économie sociale de marché hautement compétitive, qui tend au plein emploi et au progrès social, et un niveau élevé de protection et d'amélioration de la qualité de l'environnement. Elle promeut le progrès scientifique et technique.
Elle combat l'exclusion sociale et les discriminations, et promeut la justice et la protection sociales, l'égalité entre les femmes et les hommes, la solidarité entre les générations et la protection des droits de l'enfant.
Elle promeut la cohésion économique, sociale et territoriale, et la solidarité entre les États membres.
Elle respecte la richesse de sa diversité culturelle et linguistique, et veille à la sauvegarde et au développement du patrimoine culturel européen.
4. L'Union établit une union économique et monétaire dont la monnaie est l'euro.
5. Dans ses relations avec le reste du monde, l'Union affirme et promeut ses valeurs et ses intérêts et contribue à la protection de ses citoyens. Elle contribue à la paix, à la sécurité, au développement durable de la planète, à la solidarité et au respect mutuel entre les peuples, au commerce libre et équitable, à l'élimination de la pauvreté et à la protection des droits de l'homme, en particulier ceux de l'enfant, ainsi qu'au strict respect et au développement du droit international, notamment au respect des principes de la charte des Nations unies.
6. L'Union poursuit ses objectifs par des moyens appropriés, en fonction des compétences qui lui sont attribuées dans les traités. »

[2] V, L art51, paragraphe1 de la Charte, tel qu'interpréter par le grand arrêt Akerberg Fransson (CJUE, gde ch., 26fevrier2013,C-617/10 :GACJUE ,t,1,n°16,p214-232

تنص المادة 2 من معاهدة الاتحاد الأوربي[1]( Traite sur L'Union Européenne(TEU على ذلك بشكل صريح على أن القيم التي أوجدت الاتحاد ليست سوى تلك القيم المشتركة بين الدول الأعضاءcommunes aux Etats membres.

إن البحث عن قيم أوروبية صارمة في غياب التوافق على المستوى الوطني أمر محفوف بالمخاطر.

.في إطار القانون الدولي الخاص فشلت اللجنة الأوربية في تضمين قانون روما 2 ببند خاص بالنظام العام المجتمع ordre public communautaire يعارض منح تعويضات الضرر غير المناسبة، إلا أن هذه الدول الأعضاء حافظت على أدنى قاسم مشترك لها مقيدة بذلك في ديباجة اللائحة التي اعتمدت أخيرًا على إمكانية اعتبار منح تعويضات الضرر غير متناسبة مخالفا النظام العام في دولة القاضي[2] .

**2 ـ** إن استمرار القيم الوطنية في النظام القانوني للاتحاد يظهر جليا في استخدام النظام العام الذي تأذن به محكمة العدل أحيانًا خارج النصوص. ومع ذلك فإن المبدأ المعمول به في قانون الاتحاد الأوروبي صارم، والذي يحظر على الدول الأعضاء عدم التقيد بالتزاماتها خارج القضايا والإجراءات المنصوص عليها صراحة في التشريعات الأولية والثانوية.

على هذا الأساس، أنكر أحد المؤلفين رسمياً أن مبدأ القانون العام قد يسمح للدول الأعضاء بتفعيل فكرة النظام العام واعتبارها أمر جوهري في المعاهدات. فعلى سبيل المثال سمح حكم كرومباش

[1] L'article 2 dispose :
« L'Union est fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'État de droit, ainsi que de respect des droits de l'homme, y compris des droits des personnes appartenant à des minorités. Ces valeurs sont communes aux États membres dans une société caractérisée par le pluralisme, la non-discrimination, la tolérance, la justice, la solidarité et l'égalité entre les femmes et les hommes. »

[2] Règlement(CE)n°864/2007 du parlement Européen et du Conseil du 11juillet 2007 Sur la loi applicable aux obligations non contractuelle ,cons ,n°32

Krombach الشهير الذي يعتمد على تفسير شبه قانوني لاتفاقية بروكسل للدول الأعضاء باللجوء إلى بند النظام العام الدولي[1].

**المطلب الثاني : تطبيقات النظام العام الأوربي**

يتجلى دور تشريعات دول الاتحاد الأوربي فإنشاء نظام عام دولي جديد في مجال القانون الدولي الخاص عن طريق فتح الزواج للأشخاص من نفس الجنسun couple homosexuel ، وفقا للمفهوم الفرنسي التقليدي الزواج هو اتحاد رجل وامرأة إلا أن الأمور تغيرت اليوم فتطور مفهومنا للزواج، الزوجين، والأسرة[2].

لقد سن بالفعل قانون زواج المثليين في عدد صغير من دول الاتحاد الأوروبي، كما لا يمكن للمشرع الفرنسي أن يتجاهل هذا التقدم بما أنه عضو في هذا الاتحاد[3].

ليس هناك أي أدنى شك في أن فتح الزواج لأشخاص من نفس الجنس يزعج بشدة المفاهيم التقليدية في القانون المحلي و أيضًا في القانون الدولي الخاص[4].

---

[1] affaire Dieter Krombach, également nommée affaire Kalinka Bamberski, commence à Lindau en Allemagne le 10 juillet 1982.Dieter Krombach, médecin cardiologue allemand né le 5 mai 1935 et domicilié à Scheidegg (Bavière), a été condamné par la justice française par contumace en 1995, puis en 2011 et 2012 pour le viol et l'homicide involontaire de sa belle-fille Kalinka Bamberski, mais jamais poursuivi pour ces mêmes faits par la justice allemande. L'enlèvement de Krombach en 2009, commandité par le père de la victime pour le traduire devant la justice française, a suscité la polémique.

[2] هكذا كما يتذكر البروفيسور GRIMALDI "في سياق قانون الأسرة، عندما تحدثنا عن الزيجات الشهيرة غير الموجودة، هذه الزيجات الأبرشية، قدمنا كمثال، إلى جانب الزواج الذي يتم الاحتفال به وفقًا لطقوس غريبة، زواج من نفس الجنس، وكلاهما يثير فرحة قاعة المحاضرة... ".

[3] هولندا، بلجيكا، اسبانيا، السويد، البرتغال، الدانمرك.

[4] في القانون الدولي الخاص، "الزواج للجميع" هو تحد كبير.أولاً ، لأنه يواجه نظرية القانون الدولي الخاص مع مؤسسة قانونية عالمية بالتأكيد، لكن تعريفها أصبح الآن مصدرًا للصراع. في الواقع، إذا كان الزواج معروفًا للجميع، فسيكون تعريفه موضع تساؤل من خلال فتح زواج من نفس الجنس: بينما بالنسبة للبعض، يوحد الزواج بين رجل وامرأة، وبالنسبة للآخرين الآن، فإنه يوحد شخصين ببساطة، دون شرط الجنس.والنتيجة هي تنوع عميق، يجب على القانون الدولي التعامل معه.لأن اليوم، التنقل الدولي لم يعد غير عادي. بعد ذلك، سيكون هناك العديد من الفرضيات التي يجب إجراؤها حول زواج المثليين الذي يتم الاحتفال به بشكل صحيح في الدولة، والمطالبة بآثاره في دولة قريبة من هذا النوع من الاتحاد.

إلا انه يبدو أن المشرع الفرنسي قد تجاهل هذه الصعوبات في القانون17 ماي 2013[1].أما فيما يخص القضاء الفرنسي فبموجب قرار صادر بتاريخ 22 أكتوبر 2013 نظرت محكمة الاستئناف Chambéry في استحالة الاحتفال بزواج المثليين في فرنسا متعارض مع النظام العام الفرنسي الدولي الجديد. هذا القرار يعد نقلة نوعية مفاجئة. في حين أن هذا المفهوم المتجدد للنظام العام الدولي يجعل من الممكن فتح باب الوصول إلى زواج المثليين على أوسع نطاق ممكن، إلا أنه يعرقل تنسيق الأنظمة القانونية الوطنية في هذا المجال.

في الواقع المشرع الفرنسي ملتزم بضمان أقصى قدر من صحة الزواج المحتفل به في فرنسا بين أشخاص من نفس الجنس، وتحقيقا لهذه الغاية قام المشرع بإدراج قاعدتان جديدتان في قواعد القانون الدولي الخاص منصوص عليهما في المادتين 202-1 والمادة 202-2 من القانون المدني الفرنسي تتعلقان بتنظيم مسائل الزواج في شروطه الإجرائية والموضوعية[2] .بالرجوع إلى أحكام المنشور الصادر في 29 مايو 2013[3] نجد أن مواطني الدول التي أبرمت معها فرنسا اتفاقًا ثنائيًا ينص على أن القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية للزواج هو قانون الأحوال الشخصية الوطني للزوجين، ومنه لاتطبق عليهم أحكام المادة 202-1 من القانون المدني الفرنسي

سنعالج في هذا المبحث احترام الدول الأوربية ذات الثقافة القانونية المشتركة لالتزاماتها الدولية بخصوص مسائل القانون الدولي الخاص وصعوبة التّأقلم مع بعض المسائل المستحدثة فيما بين هذه الدول **(الفرع الأول)**. بعد ذلك سنتطرق لاستخدام النظام العام في بعده الدّولي كأداة لصحة بعض المسائل المستحدثة الّتي سنشير ‘ليها في حينها **(الفرع الثاني )**.

---

[1] Loi du17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de même sexe,n°2013-404 du 18mai2013,P8253

[2] وفقًا للمادة 202-2 من القانون المدني الفرنسي، "يتم الاحتفال بالزواج بشكل صحيح إذا تم ذلك وفقًا للإجراءات المنصوص عليها في قانون الدولة التي تم الاحتفال بها في إقليمها". وبهذه الطريقة ، يقوم المشرع بتثبيط القاعدة المنصوص عليها بالفعل في المادة 171-1 من القانون المدني المتعلقة بزواج الرعايا الفرنسيين في الخارج ، وبالتالي يتبنى نفس الحل الذي قبلته بالفعل محكمة النقض.

[3] Circulaire du 29mai 2013 de présentation de la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, prec, point2 1 2p 4

**الفرع الأول: احترام الالتزامات الدولية والحد من صلاحية زواج المثليين**

لقد نص المنشور رقم 29 مايو 2013 المتعلق بزواج المثليين على أن الاستثناء المنصوص عليه في الفقرة الثانية من المادة 202-2 من القانون المدني الفرنسي الذي لا ينطبق على رعايا البلدان التي تلتزم فرنسا معهما باتفاقيات ثنائية بحيث تمنح الاختصاص القضائي لقانون الأحوال الشخصية للزوجين بمفردهم لحكم الشروط الموضوعية للزواج.

إن هذا الاستثناء له ما يبرره وهو سمو الاتفاقية المصادق عليها من طرف الدولة على قانونها الداخلي احتراما لمبدأ التسلسل الهرمي للقواعد القانونية. فلا تستطيع امرأة فرنسية الزواج من امرأة جزائرية، مثلما لا يمكن أن يتزوج جزائريان من نفس الجنس في فرنسا.

في الواقع العملي نواجه بعض العقبات خاصة في كيفية الموازنة بين الحد من صلاحية هذا الزواج دون أن يتعارض ذلك مع مبدأ المساواة **(أولا)** والحد الخاص للفعالية **Une limite privée d'efficacité (ثانيا)**.

**أولاـ الحد من صلاحية الزواج المتعارض مع مبدأ المساواة**

يُنتقد الاستثناء المنصوص عليه في المنشور الصادر في 29 مايو 2013، لأن له تأثير على معاملة الأجانب بطريقة مختلفة عن القانون الفرنسي[1]، وهو أمر محظور ببساطة سواء بوجود أو عدم وجود اتفاقية ثنائية، فهو يتعارض مع أسس القانون الجديد، أي حرية الزواج ولكن أيضًا وقبل كل شيء المساواة بين الأزواج ورفض التمييز على أساس الميل الجنسي.

علاوة على ذلك، من حيث المساواة في المعاملة يصعب توضيح هذا الاستثناء لأن نص المادة 171-9[2] من القانون المدني الفرنسي تجيز للأزواج أو أحدهم على الأقل (فرنسي الجنسية) يقيمون في

[1] CHAFFAUT Philae, Le mariage homosexuel en droit international prive, mémoire de Master2, faculté droit, économie, gestion, Université Paris-sud,2013/2014,p21

[2] par dérogation aux articles 74 et 165, lorsque les futurs époux de même sexe, dont l'un au moins a la nationalité française, ont leur domicile ou leur résidence dans un pays qui n'autorise pas le mariage entre deux personnes de même sexe et dans lequel les autorités diplomatiques et consulaires françaises ne peuvent procéder à sa célébration, le mariage est célébré publiquement par l'officier de l'état civil de la commune de naissance ou de dernière résidence de l'un des époux ou de la commune dans laquelle l'un de leurs parents a son domicile ou sa résidence établie dans les conditions prévues à l'article 74. A défaut, le mariage est célébré par l'officier de l'état civil de la commune de leur choix.

بلد لا يسمح بزواج المثليين، بالاحتفال بارتباطهم في فرنسا في البلدية التي يختارونها. في هذه الحالة فإننا نتجاهل القانون الأجنبي الذي يحظر هذا الارتباط للسماح بالاحتفال بالزواج في فرنسا.

على العكس من ذلك فإن مضمون هذا الاستثناء الوارد في المنشور السالف الذكر انه يقر بالاحترام التام للقانون الأجنبي الذي يحظر الزواج المثلي على الزوج الأجنبي لأسباب دبلوماسية، و بالتالي تؤدي القاعدة (الاستثناء ) إلى حظر الزواج (الذي يقال إنه "للجميع") لبعض الفرنسيين حسب جنسية شركائهم. وبعبارة أخرى، فإن هذا التحفظ الدبلوماسي له اثر في التمييز ضد بعض الأجانب وفقًا لقانونهم الوطني، ومن باب أولى التمييز ضد بعض الفرنسيين وفقًا للقانون الوطني لشركائهم.

إن الموقف الذي اعتمده المنشور قد يكون مبررًا للزواج بين الأجانب القادمين من دولة وقعت اتفاقية مع فرنسا، إلا أنه محل للنقد في حالة الزواج المختلط لأنه سيؤدي إلى خلافات غير مبررة. على سبيل المثال يُمنع زواج فرنسي من بولندي مقيم في فرنسا وذلك لاحترام القانون البولندي المختص بموجب الاتفاقية الفرنسية البولندية المؤرخة 5 أبريل1967[1].

إذا ما اعتبرنا أن الزواج بين المثلين homosexuel هو حق أساسي فما مصير مبدأ حق المساواة إذا كان بوسع بعض الفرنسيين أن يتزوجوا إلا من بعض الأجانب فقط. علاوة على ذلك، تواجه المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان صعوبة في الاعتراف بأن بعض الفرنسيين محرومون من حق الزواج بسبب جنسية شركائهم، في حين أن القانون الفرنسي يهدف إلى فتح الزواج للجميع، ، وأن دور النظام العام سيجعل من الممكن تجنب هذا الاختلاف في المعاملة[2].

### ثانيا- الحد الخاص للفعالية Une limite privée d'efficacité

تنص بعض الاتفاقيات الثنائية الموقعة بين فرنسا والدول الأخرى على تطبيق القانون الفرنسي على المواطنين الفرنسيين، أو مجرد التذكير بالمبدأ الذي يخضع بموجبه مواطنو الدول الموقعة

[1] Ph. Chaffaut, op.cit., p:22.

[2] Larticle 4, alinéa 3 de la convention dispose en effet que « Si l'un des époux a la nationalité de lune des parties contractantes et le second celle de l'autre, les conditions de fond du mariage obéissent pour chacun a la loi de l'État dont il a la nationalité » (convention relative a la loi applicable, la compétence et l'*exequatur* dans le droit des personnes et de la famille, 5 avril 1967, publiée par décret n°69-176 du 3fevrier1969, Journal officiel de la République française du 22 février 1969, p14).

على الاتفاقيات في مسائل الأحوال الشخصية إلى قانونهم الوطني.هذا هو الحال على سبيل المثال في الاتفاقيات الفرنسية – التونسية[1] والفرنسية الكمبودية[2].

إذا تم إضفاء الطابع الثنائي على القاعدة القانونية بحيث يخضع مواطنو هذه البلدان المتعاقدة لقانونهم الوطني فإن هذا التطبيق لا يندرج تحت الاتفاقية بل بموجب القانون الدولي الخاص الفرنسي.

فهل يعتبر الاحتفال بزواج المثليين جنسياً في فرنسا لرعية يحمل جنسية دولة متعاقدة، انتهاك للاتفاقية ؟

علاوة على ذلك تشير رسالة من وزارة العدل إلى أنه وفقًا لوزارة الخارجية "يمكن تصور تفسير أكثر مرونة لهذه الاتفاقيات إلى الحد الذي تسمح به يمكن التفكير في تفسير أكثر مرونة لهذه الاتفاقيات إلى الحد الذي لا يسمح بالإحالة لقانون الأحوال الشخصية للمواطن الأجنبي. لذلك يمكن قبول الاحتفال بالزواج وتظهر إرادة المشرع في العمل على توسيع مجال تطبيق القانون المؤرخ بتاريخ 17 ماي 2013مع احترم التسلسل الهرمي للقواعد القانونية .

وهكذا فإن مثل هذه المرونة في تفسير هذه الاتفاقات، قد تجعل الاتفاقات المذكورة باطلة وفي الواقع للحد من صحة الزواج من نفس الجنس المنصوص عليه في المنشور الصادر في 29 مايو 2013، علاوة على ذلك لا يزال من الممكن تعزيز عدم فعالية هذا الاستثناء من خلال الدفع بالنظام العام الدولي.

**الفرع الثاني . استخدام النظام العام الدولي كأداة لصحة الزواج المثلي في وجود التزام دولي**

تنص أحكام المنشور المؤرخ 29 ماي 2013على ضرورة الامتثال لبنود الاتفاقيات الثنائية التي أبرمتها فرنسا، وبالتالي عندما يكون لأحد الزوجين جنسية دولة تكون طرفًا متعاقدًا مشاركًا وترفض الاعتراف بالزواج المثلي، فإنه يؤدي إلى استحالة الاحتفال بزواج من نفس الجنس[3].

[1] اتفاقية مبرمة بتاريخ 9 مارس1957 مشهرة بموجب مرسوم رقم 58/ 86 بتاريخ 1فيفري 1958، الجريدة الرسمية للجمهورية الفرنسية ،بتاريخ 1فيفري 1958،ص1266.

[2] Accords entre la France et le Cambodge du 29 aout et 9 septembre, publiés par décret n° 59-593 du 22 avril 1959, JORF du 3 mai 1959, p 4758.

[3] Ph. Chaffaut, *op.cit*., p:24 .

ومع ذلك ، فإن القانون الأجنبي المختص يطبق شريطة احترام النظام العام الدولي على النحو الذي يرسمه النظام القانوني الفرنسي، وبعبارة أخرى فإن إعمال فكرة الدفع بالنظام العام يجعل من الممكن إبطال القانون الأجنبي المختص عادة لضمان الاحتفال بزواج المثليين، على الرغم من وجود اتفاقية ثنائية تحظر ذلك **(أولا)**، و المسار الذي سلكه القضاء الفرنسي **(ثانيا)**.

**أولا. إعمال الدفع بالنظام العام لإبعاد القانون الأجنبي المختص**

جميع الاتفاقيات الإحدى عشرة المنصوص عليها في منشور 2013، تحتوي جميعها على فكرة تفعيل الدفع بالنظام العام الدولي، بحيث لا ينطبق القانون الأجنبي ذي الصلة بالعلاقة القانونية بموجب الاتفاق الذي يحكم الشروط الموضوعية للزواج إذا تعارض مع مفهوم النظام العام الفرنسي في الشؤون الدولية.

ينطبق هذا بشكل خاص على الاتفاقية الفرنسية– المغربية المؤرخة 10 أغسطس 1981 والتي تنص في المادة 4 منها على أنه "لا يجوز رفض قانون إحدى الدولتين المعينين في هذه الاتفاقية من قبل محاكم الدولة الأخرى فقط إذا كان يتعارض بشكل واضح مع النظام العام[1]. لذلك على سبيل المثال سيتم استبعاد القانون الأجنبي لصالح القانون الفرنسي إذا كان العمر المحدد للزواج منخفضًا أو مرتفعًا بشكل مفرط. إن حرية الزواج، كمبدأ دستوري ستؤدي إلى استبعاد هذه النقطة من القانون الأجنبي المختص عادة.

بنفس الطريقة، يعتبر الزواج الأحادي مبدأً أساسيًا في القانون الفرنسي فلا يمكن الاحتفال بالزواج الثاني في فرنسا حتى لو تم إجازة نظام تعدد الزوجات la polygamie بموجب القانون الأجنبي المختص.

مثال آخر هو حل الرابطة الزوجية بحيث إذا لم يتم النص على تحفظ باسم لنظام العام في الاتفاقيات الثنائية الموقعة بين فرنسا و الدول التي تعترف بالطلاق والتطليق، فإن مثل هذه الاتفاقيات ستسمح للجزائريين، على سبيل المثال طلب الطلاق أمام القاضي الفرنسي وفقًا للقانون الجزائري وبالتالي مع إمكانية اختيار إجراءات حل الرابطة الزوجية.مع ذلك عارضت محكمة النقض الفرنسية تطبيق القانون

[1] Convention franco-marocaine relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire, 10 aout 1981, publiée par décret n° 83-435, J. O. du 27 mai 1983, p 1643.

أجنبي لا يحترم مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة عند فسخ الرابطة الزوجية، وهذا بالرغم من وجود إتفاقية مبرمة بين الجزائر وفرنسا، واتفاقية بين المغرب وفرنسا (القانون الجزائري والمغربي كلاهما يعترفان بالطلاق) .

إن تفعيل الدفع بالنظام العام لمنع نفاذ القانون الأجنبي المختص بالفصل في النزاع يكون عادة لضمان الامتثال للقيم الفرنسية.ثم يطرح السؤال هل يمكن اعتبار الزواج المثلي (أشخاص من نفس الجنس)كقيمة ومثل عليا تدرج ضمن المفهوم الفرنسي للنظام العام الدولي. لا يبدو أن هذا موضع شك بالنظر إلى النطاق الواسع الذي تنوي الهيئة التشريعية أن تضعه في موقعها في الفضاء الدولي.

في الواقع، إن تفحص ما تضمنته الفقرة 2 من المادة 202-1 باستبعاد القانون الأجنبي المعادي للزواج من نفس الجنس، وما جاءت به المادة 171-9 بالسماح للشخص الفرنسي بالاحتفال بزواجه من شخص من نفس الجنس في فرنسا عندما يرفضه بلد إقامته، ندرك أن المشرع قد إعتبر أن الزواج للجميع(الزواج من نفس الجنس) كمبدأ سامي في القانون الفرنسي ، أي أنه (زواج المثليين) مسجّل كقيمة للنظام العام في المجال الدولي وبالتالي يتم استبعاد القانون الأجنبي المختص بموجب الاتفاقية الثنائية عن طريق تفعيل فكرة الدفع النظام العام الدولي الفرنسي، يبدو أن هذا هو الموقف الذي يتبناه القضاة الفرنسيون.

**ثانيا . الموقف المتخذ من طرف القضاء**

أصدرت محكمة الاستئناف لشامبيري Chambéry قرارها المؤرخ بتاريخ 22 أكتوبر 2013 المتضمن بعدم السماح بنفاذ القانون الأجنبي المختص وهو القانون المغربي المطبق عادة على القضية بموجب الاتفاقية الفرنسية المغربية المؤرخة في 10 أغسطس 1981[1]، وذلك نتيجة تعارضه مع النظام العام الدولي، وبالتالي السماح بالاحتفال بالزواج للمتدخل[2].

[1] sur la Convention franco-marocaine relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire du 10 août 1981 dont l'article 5 stipule que « les conditions de fond du mariage (…) sont régies pour chacun des futurs époux par la loi de celui des deux Etats dont il a la nationalité ».

[2]CA Chambry, 22 octobre2013,n°13/02258 :Dalloz2013,P2464 ;JCP G2013,p1159 ,veilleA

تتلخص وقائع هذه القضية أنه قبل يومين من احتفال الزوجين الفرنسي والمغربي المثليين un couple homosexuel المقيمين في فرنسا بزواجهما، تم إخطارهما من قبل غرفة Chambéry بقرار اعتراض جوهري في الموضوع كما هو منصوص عليه في المنشور الصادر في 29 مايو 2013، بشأن الاتفاقية الفرنسية المغربية المؤرخة 10 أوت 1981 والتي تنص في المادة 5 على تطبيق القانون الوطني للزوجين فيما يخص تنظيم الشروط الموضوعية للزواج.

إن إخضاع الشروط الموضوعية للقانون الوطني فبالنسبة للزوج المستقبلي المغربي فان قانونه الوطني المغربي لا يسمح بزواج المثليين. بعد ذلك استأنف الزوجان الحكم أمام محكمة le Tribunal de grande instance de Chambéry ،اتخذت محكمة الاستئناف Chambéry قرار بشأن هذه القضية وتم فصل قضاة الاستئناف بعد ذلك لصالح صحة الزواج الفرنسي المغربي، معتبرين أن الوصول إلى الزواج بين أشخاص من نفس الجنس هو نظام عام دولي ويجب أن يستفيد منه الجميع، بمن فيهم مواطنو البلدان التي أبرمت اتفاقية ثنائية مع فرنسا[1]، وتم تسبيب قرارهم على أن التمييز على أساس الجنس إخلال بالمادة 5 من اتفاقية la convention franco marocaine ».

وفقًا للقضاة فان استبعاد تطبيق الاتفاقية الفرنسية المغربية لصالح المبادئ العليا للنظام العام الدولي الجديد الذي أنشأه القانون المؤرخ بتاريخ 17ماي 2013 والمشار اليه انفا ، ونتيجة لذلك عدم الاعتراف في هذه القضية بسمو الاتفاقية المصادق عليها على القانون الداخلي وفقا لمبدأ التسلسل الهرمي للقواعد القانونية .

هناك تصوراً متجدداً للنظام العام الدولي في فرنسا يجعل من الممكن فرض الاحتفال بزواج المثليين، والذي يشكل اليوم مبدأً أساسياً في القانون الفرنسي.

في الواقع يبدو من الصعب التوفيق بين هذا النهج المتبع وأحكام والمادة 55 من الدستور الفرنسي التي تنص على سيادة المعاهدات على القوانين[2]. فكان من الأرجح إعمال فكرة الدفع بالنظام

[1] MELIN François, *op.cit.,* p147/170

[2] Article 55 de la Constitution du 4 octobre 1958 « Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie. »

العام الدولي الفرنسي لاستبعاد القانون المغربي الأجنبي المختص الذي يحظر الزواج من نفس الجنس،بدلاً من رفض تطبيق الاتفاقية الفرنسية المغربية.

يرغب المشرع بموجب هذا النص توسيع مجال تطبيقه وامتداده إلى أكبر عدد ممكن من الأشخاص للوصول إلى الزواج من نفس الجنس أما القضاة فإنهم يطبقون فقط إرادة هذا المشرع طبقا لأحكام قانون 17 ماي 2013 وفقا لأسس موضوعية.

من المنطقي أن النظام العام الدولي، والذي هو ناقل هذه السياسة التشريعية الجديدة أن يعارض تطبيق القانون الأجنبي المحدد في اتفاقية دولية، ونتيجة لدلك استحالة تطبيق أحكام المادة 220-1 الفقرة 2 لاسيما عندما يكون كلا الطرفين مقرهما في فرنسا وأحدهما فرنسي. لذلك هل كان سيتم استبعاد الاتفاقية الفرنسية المغربية إذا كان قد تم طلب الزواج من قبل مغربين، أحدهما يقيم في فرنسا أو في بلد يعترف بزواج المثليين؟ الإجابة هي انه لايمكن تفعيل الدفع بالنظام العام الدولي الفرنسي الانزعاج للنظام الفرنسي إلا عندما يكون أحد الزوجين المستقبليين فرنسيًا.

صحيح أن قبول هذا الزواج سيؤدي في النهاية إلى حقيقة أنه لا يمكن الاعتراف به في بعض البلدان لاسيما القانون الوطني لأحد الأشخاص المعنيين، لكن إذا كان لدينا رجلان فرنسيان يتزوجان في فرنسا ويذهبان للعيش إلى الجزائر فلن يعترف القانون الجزائري بالزواج أيضاً[1].

في الواقع ، كيف يتم تبرير رفض الزواج لبعض الفرنسيين بسبب جنسية شركائهم، في حين أن القانون الفرنسي اتخذ خيار فتح الزواج للجميع(الزواج المثلي )، ولو أن إعمال النظام العام سيجعل من الممكن تجنب مثل هذا الاختلاف في الحلول وإيجاد التوازن الصحيح بين الحرية الفردية، والمساواة بين الأزواج،احترام الالتزامات الدولية ...

[1] http://www.revuedlf.com/droit-international/le-mariage-homosexuel-et-le-nouvel-ordre-public-international-un-surprenant-changement-de-paradigme-commentaire/6 déc. 2013 **...** Chronique classée dans Droit international, Personnes, famille ... la reconnaissance des **mariages homosexuels en droit international privé**.

## المبحث الثاني: اثر النظام العام المجموعاتي في تنفيذ الأحكام الأجنبية لدول من الغير pays ou États tiers

يعتبر النظام العام الميدان الخصب لرفض تنفيذ الأحكام الأجنبية الصادرة من دول (الغير) خارجة عن دول الاتحاد الأوربي كنموذج ، فتتجسد فكرة النظام العام في مجال تنفيذ الأحكام الأجنبية في التعارض بين النظام العام الإجرائي والإجراءات المتبعة في الدولة الأجنبية لإصدار هذا الحكم الأجنبي، أو تعارض مضمونه مع المبادئ الأساسية والقيم العليا لدولة التنفيذ.

فإذا كان إبعاد القانون الأجنبي المختص هو هدف النظام العام في مجال تنازع القوانين[1]، فانه في مجال تنفيذ الأحكام الأجنبية ينحصر دوره في منح الأمر بالتنفيذ للحكم الأجنبي أو الرفض ولمعالجة اثر فكرة النظام العام الاندماجي على الأحكام الأجنبية الصادرة عن دول أجنبية من الغير tiers ،نتطرق الى نظرية الأثر الانعكاسي (الفرع الأول ) والأثر السلبي للنظام العام الأوربي على الأحكام الجزائرية في مسائل الأحوال الشخصية (الفرع الثاني )

### الفرع الأول :نظرية الأثر الانعكاسي Théorie de l'effet réflexe

هناك بعض الفقهاء على مستوى الإتحاد الأوربي من تحدث عن إمكانية وجود أثر خارجي (أي خارج الفضاء القضائي الأوربي) للوائح بروكسل règlements de Bruxelles الخاصة بالإختصاص القضائي، الإعتراف بالأحكام الأجنبية و تنفيذها. من بين هؤلاء الفقهاء نذكر إيلان–قودمي طالون Hélène Gaudemet-Tallon و أوراسيا مير–واط Huratia Mur Watt و كذا الفقيه دقوز Droz.

مفاذ هذه النّظرية الّتي تُطبّق خاصّة في إطار منح الإختصاص القضائي، أنّ لمعاهدات بروكسل règlement de Bruxelles، الّتي تُطبّق أصالة بين المحاكم الدّاخلية لدول الإتّحاد الأوربي، أنّ لهذه النصوص أثر يتخطّى الفضاء القضائي الأوربي. حسب الأستاذ مارك فالون فإنّ هذه النّظرية ما هي إلاّ تفسير لإمكانية إلتقاء القانون الأوربي مع القوانين الغير les lois tierces[2].

[1] بلقا سم أعراب، المرجع السابق،ص 168ومابعد.

[2] En ce sens, v. Belkacem Trouzine, Unification européenne des règles de conflit de juridiction et exequatur des décisions juridictionnelles tierces, Thèse de doctorat s. la dir.

على المستوى الأوربي طُرحت هذه الفكرة لأجل حلّ الإشكالات المتعلّقة خاصّة بتنازع القوانين بين جهة قضائية تنتمي إلى إحدى دول الإتّحاد الأوربي و دولة من الغير كالجزائر الّتي لا تنتمي طبعا لهذا التّكتّل ذو الطّبيعة الإندماجية.

بالمقابل نلاحظ أنّ حلّ النّزاع القضائي في هذه الحالة أو تعيين الجهة القضائية المختصّة لا يكون إلاّ من جانب واحد، أي من خلال رفض منح الإختصاص القضائي المباشر عن طريق نصّ قانوني لمعاهدة بروكسل واحد مكرّر. يُفيد ذلك أنّ في حالة تعدّد موطن المدّعى عليهم و كان موطن أحدهم خارج دول الإتّحاد، في الجزائر مثلا، فلا يُمكن بأيّ حال من الأحوال أن تكون إحدى المحاكم الجزائرية مُختصّة كون أنّ نظام بروكسل في هذه الحالة لا يمنح الإختصاص إلاّ لمحكمة تنتمي إلى إحدى دول الإتّحاد الأوربي,

بعد تقديم هذه النّظرية نتساءل عن جدوى الحديث عنها، خاصّة و أنّها تُشبه إلى حدّ بعيد قواعد الإختصاص الأحادية أي قواعد الإسناد في تحديد المحكمة المختصّة لأجل النّظر في النّزاع.

تحيلنا الإجابة عن هذا التّساؤل إلى فكرة النّظام العامّ، بمعنى أنّ نقطة الإشتراك بين هذه النّظرية، من جهة و النّظام العامّ، من جهة أخرى تكمن في أنّ غرض كلاهما في هذه الجزئية هو إستبعاد إختصاص المحكمة الأجنبية الّتي تختصّ أصالة في الفصل في النّزاع.

نُضيف أيضا أنّ هذه النّظرية ما هي إلاّ مجاز قانوني على إعتبار أنّ المشرّع الأوربي (مجلس الإتّخاد الأوربي بالتّعاون مع برلمان الإتّحاد)، حاول قدر الإمكان إعطاء الأولوية للمحاكم الدّاخلية للدّول الأعضاء في هذه المنظّمة الإندماجية و ذلك على حساب محاكم الغير les juridictions tierces.

مناط هذه الفكرة المقدّمة أعلاه أنّ المشرّع الأوربي عوضا عن إستعمال الفكرة التّقليدية المتمثّلة في النظام العامّ، يلجأ من حين إلى آخر إلى الإستعانة بأساليب قانونية أخرى تهدف إلى نفس الغرض، أي إستبعاد إختصاص المحكمة الأجنبية أو محكمة الغير، كالإمتياز القضائي le privilège de juridictions، أو عن طريق إبطال مفعول معاهدات بروكسل (الأثر الخارجي)، حينما لا تكون في مصلحة المحاكم الداخلية لدول الإتّحاد.

---

Sandrine Sana Chaille de Néré, Université Montesquieu – Bordeaux IV, novembre 2012, p. 71.

نختم هذا الفرع بالقول أنّ نظرية الأثر الإنعكاسي للقانون الأوربي، سواء في إطار تنازع الإختصاص القضائي، أو حتّى في مجال تنازع القوانين (حالة الإستعانة بنفس النّظرية من خلال تعليمتي روما 1 و 2 règlements de Rome 1 et 2) تبقى مجرّد مجاز قانوني، على أساس أنّ الأنظمة القانونيةُ الدّاخلية لدول الإتّحاد لا تعترف بمنح الإختصاص القانوني أو القضائي متى صبّ ذلك في مصلحة نظام قانوني لا ينتمي إلى الإتّحاد الأوربي. بالتّالي إنّ فشل تطبيق هه النّظرية ما هو إلاّ تجسيد لفكرة النّظام العامّ الأوربي بطريقة ضمنية.

## الفرع الثاني : الأثر السلبي للنظام العام الأوربي عل تنفيذ الأحكام الأجنبية في مسائل الأحوال الشخصية (الجزائر كنموذج )

نحاول في هذا الفرع توضيح كيفية إعمال فكرة الدفع بالنظام العام لاندماجي (الاتحاد الأوربي) من مسألة الاعتراف بالحكم الأجنبي وتمتعه بحجية الشيء المقضي فيه خارج النطاق الإقليمي لدولة من الغيرtiers التي صدر منها، من حيث الحقوق التي أنشأها هذا الحكم أو قررها هذا من جهة ومن جهة آخري، فان تنفيذه يصطدم بمضمون النظام العام الأوربي الذي يقع أمامه كحاجز وصمام أمان .

إن الأمر يتعلق بالاعتراف بآثار حق تم تكوينه وإنشائه في الخارج وليس حق جديد، فان قاضي التنفيذ يطبق ما يسمى بنظرية النظام العام المخفف[1]، ويقدر مفهوم وحدود النظام العام أثناء نظره في دعوى طلب الأمر لا من تاريخ صدور الحكم الأجنبي.

للإلمام أكثر بهذا الموضوع سنتطرق إلى مفهوم الحكم الأجنبي ومدى حيازته حجية الأمر المقضي فيه**(أولا)**، وبعدها نبين اثر النظام العام الاندماجي (فرنسا كعضو في الاتحاد الأوربي)على تنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية الجزائرية في مسائل الأحوال الشخصية **(ثانيا)**.

**أولا_ مفهوم الحكم الأجنبي ومدى حيازته حجية الأمر المقضي فيه:** إن الحكم القضائي[2]سواء كان صادر في موضوع الخصومة أو جزء منها أو مسألة متفرعة عنها هو الذي يصدر من محكمة مشكلة

[1]« En effet que l’ordre public oppose a une loi étrangère na pas la même intensité selon qu’il s agit de faire appliquer la loi étrangère concernée ou simplement de reconnaitre a un droit acquis a l’étranger selon cette même loi », MONEGER(F), Droit International Prive, LITEC, Paris, 2eme, éd,2003,p/57,

[2] تقسم الأحكام القضائية إلى أحكام قطعية لحسمها للمسائل التي فصلت فيها، سواء كانت هذه المسائل موضوعية أو إجرائية وأحكام غير قطعية يقتصر دورها على تنظيم سير الخصومة، كاتخاذ إجراء من إجراءات التحقيق ويكمن أهمية هذا

تشكيلا صحيح في نزاع رفع إليها وفق قواعد المرافعات.فماذا نقصد بالحكم الأجنبي (1)، وما مدى حيازة هذا الحكم الأجنبي حجية الأمر المقضي فيه (2).

**1 ـ مفهوم الحكم الأجنبي**

الحكم القضائي الأجنبي هو حكم توافرت فيه شروط وأوصاف محددة وله حجيته حسب نصوص قانون البلد الذي صدر فيه[1]، وكذلك الحكم الذي يصدر عن محكمة غير وطنية أي باسم سيادة دولة أجنبية[2].

قد يكون الحكم[3] صادر من هيئة إدارية منحها المشرع سلطة القضاء في بعض المنازعات، ومن قبيل ذلك السندات الرسمية المحررة في بلد أجنبي كالعقود التوثيقية ومحاضر الصلح ويندرج أيضا ضمن هذا المفهوم أحكام المحكمين الصادرة في بلد أجنبي .

---

التقسيم أن الأحكام القطعية لا يجوز للمحكمة أن تعدلها أو تغير منها عكس الأحكام غير القطعية التي يجوز تعديها وتزول بسقوط الخصومة أو انقضائها.

وتقسم الأحكام حسب مدى قابليتها للطعن إلى أحكام ابتدائية وأحكام نهائية وأحكام حائزة لقوة لآمر المقضي به، وأحكام باتة، فالأحكام الابتدائية هي التي تصدر من أول درجة وتكون قابلة للاستئناف ،أما الأحكام النهائية صادرة من أخر درجة ولا يقبل الاستئناف، وفيما يخص الأحكام الحائزة لقوة الشيء المقضي به هي لا تقبل الطعن بالطرق العادية (المعارضة والاستئناف مع إمكانية ذلك بموجب الطرق غير العادية ( الطعن بالنقض ،والتماس إعادة النظر) والأحكام الباتة هي أقوى الأحكام بحيث لا تقبل الطعن بكلتا الطريقين (العادية وغير العادية ) وتظهر أهمية هذا التقسيم في مدى تنفيذ هذا الحكم تنفيذا جبريا والذي لا ينطبق إلا على الأحكام النهائية والحائزة لقوة الشيء المقضي به.

[1]محمد سامي الطيب إدريس، موقف القضاء الوطني من الأحكام الأجنبية، مجلة الشريعة والقانون، العدد31، المجلد 1، 2016.

[2] عبد الكريم ممدوح، القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2005، ص292.

[3]يرى الفقه القانوني الدولي أن هناك معيارين لتحديد مفهوم الحكم الأجنبي هما:

أولا معيار السيادة:يأخذ به الفقه اللاتيني (فرنسا) ويعرف بأنه كل حكم يصدر عن جهة قضائية أجنبية باسم سيادة الدولة التي تتبع لها الجهة القضائية بغض النظر عن مكان وجودها.وبموجب هذا المعيار لا تعد الأحكام الصادرة عن المستعمرات الفرنسية خارج فرنسا أحكام أجنبية لأنها صادرة باسم السيادة الفرنسية، وتعد الأحكام الصادرة عن القنصلية داخل فرنسا أجنبية متى صدرت باسم دولة ما . هذا المعيار سائد في معظم دول العالم لاسيما الدول الأوربية والعربية.

ثانيا. معيار مكان صدور الحكم يأخذ به النظام الأنجلو. أمريكي ويعرف الحكم الأجنبي" كل حكم يصدر عن جهة قضائية تقع خارج إقليم الدولة المراد تنفيذ الحكم القضائي فيها" :فمثلا الأحكام الصادرة عن المستعمرات البريطانية خارج بريطاني تعتبر أجنبية بالرغم من صدورها باسم السيادة البريطانية، ولا تعتبر أحكام أجنبية تلك الصادرة عن المحاكم القنصلية لدول أخرى داخل بريطانيا.

إن تنفيذ هذا الحكم الأجنبي خارج إقليم دولة المحاكم التي صدر منها يتطلب مجموعة من الإجراءات.

هناك رأيين في الفقه الدولي حول مسألة الالتزام بتنفيذ الحكم الأجنبي، فيرى الرأي الأول أن الاعتراف غير المشروط بالحكم الأجنبي يتنافى مع مبدأ سيادة الدولة، أي خضوع الدولة المراد تنفيذ الحكم على إقليمها إلى سيادة الدولة التي صدر عنها الحكم، أما الرأي الثاني يرى ضرورة الاعتراف بتنفيذ الأحكام الأجنبية [1]حتى لا يتعارض مع حاجة المعاملات الدولية وتطور العلاقات التجارية والاقتصادية[2].

لقد ظهرت عدة اتجاهات مختلفة فيما يخص كيفية تنفيذ الأحكام القضائية الدولية المشوبة بعنصر أجنبي[3]. يرى أصحاب الاتجاه الأول انه على صاحب الحكم سوى رفع دعوى جديدة أمام قضاء الدولة المراد تنفيذ الحكم على إقليمها، وتعتبره كقرينة أمام قضائها عند نظر النزاع من جديد،الاتجاه الأخر يرى ضرورة تنفيذ الأحكام الأجنبية نزولا على اعتبارات التعاون القضائي الدولي في مجال تعقب المجرمين، وتفويت عليهم فرصة الاحتماء في دول أخرى[4].

---

[1]هناك آليات يجب إتباعها قبل تنفيذ الحكم، فهناك دول تخضع الحكم الأجنبي لنظام المراقبة بحيث يقتصر الفحص على الجانب الشكلي دون الجانب الموضوعي، أما بالنسبة للدول التي تأخذ بنظام المراجعة سواء النسبية أو المطلقة فان الحكم لا ينفذ إلا بعد مراجعته وفحصه من قبل الجهة المنوطة بتنفيذه، يأخذ على هذا النظام (خاصة نظام المراجعة المطلقة) لأنه يمس بالحقوق المكتسبة للأفراد والذي يجب الاعتراف بها مادام أنها نشأت صحيحة وفقا لقانون البلد الذي صدرت فيه طبقا لمبدأ للنفاذ الدولي للحقوق المكتسبة،كما أن النظر في النزاع من جديد يعد إهدار لقيمة الحكم الأجنبي وتجاهل لعمل القاضي الذي أصدره.

[2]الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، الجزء الأول، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 2000 ،ص 108.

[3]هشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي دراسة مقارنة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2007، ص 168.

[4]النسبة لموقف التشريعات الدول العربية ووفقا للمادة الأولى من اتفاقية تنفيذ الأحكام الأجنبية المعقودة بين دول الجامعة العربية سنة 1952والمادة 25 الفقرة ب من اتفاقية الرياض للتعاون القضائي العربي حيث جاء فيهما "أن كل حكم نهائي مقرر حقوق مدنية أو تجارية أو قاضي بتعويض من المحاكم الجزائية والإدارية، أو متعلق بالأحوال الشخصية ... يكون معترف به وقابل للتنفيذ في سائر الدول العربية، إذا كان صادر من محاكم أحد الدول التي صادقت على الاتفاقية أو انضمت إليها. أما إذا صدرا لحكم من محكمة دولة غير موقعة على الاتفاقية فيجب أن يعلق التنفيذ على شرط المعاملة بالمثل.

**2 ـ مدى حيازة الحكم الأجنبي حجية الأمر المقضي فيه** من بين الآثار المهمة التي ترتبها الأحكام القضائية "حجية الشيء المقضي فيه"، بمعنى لا يجوز لنفس الأطراف الرجوع إلى القضاء حول نفس الموضوع الذي تم الفصل فيه سابقا لحماية استقرار المعاملات واحترام الحقوق المكتسبة.

يكون صاحب المصلحة في تنفيذ الحكم الأجنبي أمام خيارين، فعدم اعتراف الدولة بحجية الحكم المراد تنفيذه على إقليمها والصادر في دولة أجنبية أخري هو الخيار الأول مما يستلزم عليه إعادة رفع دعوى جديدة أمام محاكم الدولة التنفيذ، أما الخيار الثاني فهو قبول الدولة المراد تنفيذ الحكم الأجنبي على إقليمها من حيث المبدأ شريطة توفر بعض الضوابط والشروط الشكلية في الحكم التي حددها الحكم الشهير لمانزر Munzer وهي شرط الاختصاص ، شرط تمتع الحكم بقوة الشيء المقضي فيه ،عدم اصطدام الحكم الأجنبي بحكم وطني ، وعدم مخالفته للنظام العام .التي يتم فحصها من طرف القاضي المكلف بالتنفيذ[1].

- **الاعتراف بحجية الشيء المقضي فيه للحكم الأجنبي مقترن بالأمر بالتنفيذ** Exequatur

يذهب اتجاه من الفقه التقليدي إلى ضرورة اقتران الحكم الأجنبي بالأمر بالتنفيذ[2]للاعتراف له بحجية الشيء المقضي فيه[3]. فيخضع الحكم لمراقبة بسيطة من حيث الشكل للتأكد من صحته[4]، كما أن الحكم

---

[1] Cass. Civ, du 07/°1/1967 ,in Riv . Crit D. I. P,1964 ,p/344 Note BATIFFOUL(H) Clunet1964_302 note GOLDMANE,J. C.P1964
Voir aussi ANCEL (B)/ LEQUETTE (Y),les grands Arrêts de la jurisprudence française de droit international prive,4eme éd ,Dalloz paris,2001 ,p.p/376-383.

[2] لا يرقى الحكم الأجنبي إلى مصاف الحكم الوطني إلا بعد اجتيازه امتحان القبول أو الرفض من قبل قاضي دولة التنفيذ وهذا ما اعتمدته فرنسا وهو ما يسمى بالنظام الأمر بالتنفيذ.إن الاعتراف بالحكم الأجنبي لا يطرح أي إشكال عكس التنفيذ الذي يضع سيادة الدولة المصدرة للحكم في واجهة سيادة الدولة المراد تنفيذ الحكم على إقليمها .

[3]وللحجية مظهران احدهما ايجابي يتمثل في القوة التنفيذية للحكم، والآخر سلبي يتمثل بالاعتراف للحكم بقوة الشيء المقضي فيه وبأنه حجة بما فصل فيه بالنسبة لأطرافه أو الغير ، فالحكم القضائي يؤدي إلى إنشاء مراكز قانونية تؤثر بطريقة مباشرة على حقوق الإطراف وبطريقة غير مباشرة على حقوق الغير وذلك للترابط بين هذه الحقوق ومراكز الخصوم.

[4] موحند إسعاد ،القانون الدولي الخاص (القواعد المادية )، ترجمة فائز أنجق، الجزء الثاني ،ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر،1989 ، ص 70.

لذي يصدر في مسألة التنفيذ هو الحكم الأجنبي بذاته ممهورا بالصيغة التنفيذية وليس حكما وطنيا جديدا كما هو الشأن في نظام المراجعة[1].

يضاف إلى ذلك أن القوة التنفيذية وحجية الأمر المقضي فيه هما وجهان لمسألة واحدة وهي تنفيذ الحكم، فقوة التنفيذ تخاطب السلطة التنفيذية ويراد منها اقتضاء صاحب الحق حقه جبراً عند الاقتضاء ، أما الحجية فأنها تخاطب السلطة القضائية ويراد من التمسك بها إقرار الحق وعدم إعادة النظر فيما فصل فيه الحكم الأجنبي، مما يؤدي إلى اعتبار الاعتراف للحكم الأجنبي بحجية الشيء المقضي فيه من قواعد الأمن المدني التي يقتصر نطاق تطبيقها على الدولة التي أصدرته.

كما أن هناك حجة أخرى مؤداها أن الاعتراف بحجية الشيء المقضي فيه للحكم الأجنبي يعني افتراض الصحة القانونية للحكم الأجنبي بوصفه يمثل عنواناً للحقيقة فيما قضى به وهذا أمر يصعب التسليم به دون التأكد من توافر الشروط الأساسية المتطلبة لذلك، ذلك لان القاضي الذي يراد التمسك أمامه بحجة الشيء المقضي فيه للحكم الأجنبي لا يقبل بسهولة افتراض صحته، خاصة في بعض الفروض التي يكون الحكم فيها قد صدر وفقاً لإجراءات غير صحيحة تفقده قيمته القانونية.

- **الاعتراف بحجية الشيء المقضي فيه للحكم الأجنبي**

هناك اتجاه أخر يستند إلى فكرة الحقوق المكتسبة التي تأخذ مداها بشكل واضح في مجال تنفيذ الأحكام الأجنبية، في هذه الحالة ليس من الضروري إصدار الأمر بالتنفيذ حتى يتم الاعتراف للحكم الأجنبي بحجية الشيء المقضي فيه، فهي تخلق مراكز قانونية مباشرة لأصحابها إلا أن ذلك مقروناً أيضا بضرورة تواجد مجموعة من الشروط .

رغم حرص القضاء في فرنسا على مبدأ الأمر بالتنفيذ للاعتراف بالحجية للحكم الأجنبي أي يكون مشمول بالصيغة التنفيذية، إلا انه استثنى طائفة من الأحكام ولم يلزمها الحصول على الأمر بالتنفيذ وهي الأحكام الخاصة بحالة الأشخاص وأهليتهم والتي لا تتطلب تدخل السلطة العامة للتنفيذ، أي

[1] يقول الأستاذ احمد عبد الكريم سلامة فيما يخص حقيقة نظام المراقبة "فعلاقة القاضي الذي ينظر دعوى الأمر بالتنفيذ تقترب من علاقة محكمة النقض بأحكام قضاء الموضوع، فهي لا تعيد النظر في الوقائع وإنما تراقب صحة تطبيق القانون وفي خصوص الحكم الأجنبي ينحصر دور قاضي التنفيذ في التحقق من الشروط اللازمة لصحة الحكم من الناحية الدولية"

لا تتطلب تنفيذ جبريا على الأموال أو الإكراه على الأشخاص، ومثال ذلك تمسك الزوجة بحكم الطلاق الأجنبي للحصول على نفقة من مطلقها، وقد صدر قرار في فرنسا بهذا الشأن في قضية Buckley[1].

فلا حاجة لاقتران الأحكام المقررة والمنشأة بالأمر بالتنفيذ، على سبيل المثال حكم الطلاق كافيا بذاته للاحتجاج به، عكس الأحكام الملزمة التي يعلق فيها الاعتراف بحجية الشيء المقضي فيه على ضرورة اقترانها بالأمر بالتنفيذ[2].

يرى الفقه الفرنسي إنه إذا كان الحكم الأجنبي غير مشمول بالصيغة التنفيذية، يمكن الاعتداد به كواقعة قانونية[3]، ترتب أثار قانونية لا يمكن تجاهلها على العلاقة القانونية التي صدر الحكم بشأنها.

إن عدم الاعتراف الفوري والمباشر بحجية الأحكام المنشأة لحالة واقعية، سيؤدي إلي نتائج غير مقبولة في نطاق الحياة الدولية الخاصة، كأن يعد الشخص متزوجاً في دولة ومطلق في دولة أخرى، لنفرض ان جزائرية لم تحصل على الصيغة التنفيذية من القضاء الجزائري على حكم الطلاق الصادر بفرنسا فهل نعتبر أن أولادها من الزواج الثاني غير شرعيين؟

هناك اتجاه ثاني يرى أن الحكم الأجنبي الصادر في الخارج يرتب ذات الآثار خارج النطاق الإقليمي للدولة التي صدر عن محاكمها.فهو يوسع من نطاق الاعتراف بحجية الشيء المقضي فيه للأحكام الأجنبية ولا يحصرها في الأحكام الخاصة بحالة الأشخاص وأهليتهم، كل ذلك شريطة صدور الحكم صحيحا من الناحية الدولية بأن يكون قد صدر عن قضاء مختص وقد روعيت فيه سلامة الإجراءات القانونية وليس فيه ما يخالف النظام العام أو يتعارض مع حكم وطني سابق فصل في هذا النزاع

---

[1] قرار الدائرة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 1860/02/28 حيث قضت محكمة النقض الفرنسية بأن الحكم الأجنبي القاضي بتطليق سيدة أجنبية يكون كافيا بذاته للاحتجاج به، دون أن يكون حصل على الأمر بالتنفيذ لدى موثق الحالة المدنية الفرنسي لإثبات انقطاع العلاقة الزوجية السابقة وإمكانية إبرام زواج جديد.

[2] هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 306.

[3] كان الفقيه "بارتان" أول من أخذ بفكرة الاعتداد بالحكم الأجنبي كواقعة وأخذت هذه الفكرة من حكم لمحكمة استئناف نانسي بفرنسا صادر سنة 1921 حيث تتلخص وقائع هذا الحكم فان عامل بلجيكي كان يعمل لدى شركة فرنسية في فرنسا، فوقع له حادث عمل فرفع بشأنه دعوى تعويض أمام محكمة إمارة لكسمبورغ فقضت له بالتعويض، فرفع دعوى جديدة أمام القضاء الفرنسي يطالب برفع التعويض. قررت المحكمة الفرنسية إنقاص قيمة التعويض المحدد له من طرف المحكمة الأجنبية وهنا لاحظ الفقيه بارتان أن القاضي الفرنسي استند على الحكم الأجنبي كواقعة قانونية ورتب عليه بعض الآثار ليس باعتباره حكما وإنما واقعة قانونية .

إضافة لما سبق ذكره ،على القاضي أثناء نظر الدعوى المتعلقة بتنفيذ حكم أجنبي أن يتحرى ويقارن كيفية معاملة الحكم القضائي الوطني إذا ما طلب تنفيذه في الدولة مصدرة الحكم الأجنبي، فإذا اعتبرت الدولة الأجنبية أن الحكم الوطني دليل لا يقبل إثبات عكسه وتتبنى فكرة رفع دعوى جديدة في معاملتها لهذا الحكم، فان القاضي الوطني واستنادا لمبدأ المعاملة بالمثل يطلب من صاحب مصلحة تنفيذ الحكم الأجنبي رفع دعوى جديدة .

إذا كان جانب من الفقه لا يعتبر مبدأ المعاملة بالمثل شرطا من شروط تنفيذ الحكم الأجنبي عكس ذلك، غالبية الفقه يدرجه ضمن الشروط الموضوعية، يمكن أن تكون محددة بموجب أحكام اتفاقية دولية أو مدرجة في التشريع الداخلي أو ما يسمى المعاملة الواقعية والفعلية[1](تعتمد بالرغم من عدم ورودها في اتفاقية دولية أو تشريع داخلي ).

خلاصة القول انه بالرغم من حيازة الحكم الأجنبي قوة الشيء المقضي فيه ،إلا انه لا يستمد قوته التنفيذية في الدولة الأخرى إلا إذا منحت له من طرف محاكم هذه الأخيرة بموجب شروط يحددها قانونها الوطني.وتكون نصوص المعاهدة الدولية الخاصة بتنفيذ الأحكام الأجنبية هي الواجبة التطبيق حتى ولو تعارضت أحكامها مع أحكام القانون الوطني، أما فيما يخص النظام العام فهو يقرر وفقا للمبادئ والقيم الأساسية في دولة التنفيذ، والعبرة بوقت التنفيذ وليس وقت استصدار الحكم.[2]

**ثانيا ـ اثر النظام العام الأوربي عل تنفيذ الأحكام القضائية الجزائرية في مسائل الأحوال الشخصية.**

الحكم القضائي في الأصل لا ينتج أثاره إلى في إقليم الدولة التي صدر فيها والاستثناء وبتوفر مجموعة من المقومات[3]، إمكانية الاعتراف بحجيته وتنفيذه في دولة أخرى [1].

---

[1] عبد النور أحمد، إشكالية تنفيذ الحكم الأجنبي دراسة مقارنة، رسالة نيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص جامعة ابوبكر بلقا يد، جامعة تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية،2010.

[2] هذا الشرط تم اعتماده في معاهدة الرياض ومختلف الدول العربية والأجنبية ؛ انظر،إبراهيم احمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة،2004، ص 106.

[3] أهم الشروط :

أن يكون الحكم صادر من محكمة أجنبية ومختصة ، تسليم صورة رسمية منه،الحكم القضائي صادر وفق إجراءات قضائية صحيحة، الحكم حائز قوة الأمر المقضي به، ألا يكون هناك حكما وطنيا صادرا في ذات النزاع، أن لا يكون الحكم صادر عن طريق الغش نحو القانون، عدم تعرضه مع النظام العام في الدولة المراد تنفيذه على إقليمها.

معظم تشريعات دول العالم انتهجت نظام المراقبة للاعتراف بالأحكام الأجنبية وتنفيذها[2]، كما تبنت مبدأ المعاملة بالمثل وتفادي التناقض مع أحكام ونصوص القانون الوطني[3].

يمكن القول أن قرارMUNZERهو الذي عبد طريق تنفيذ الأحكام الأجنبية في الدول الأوربية والعربية غير أن القضاء الفرنسي لم يتوقف عند الشروط الذي تضمنها هذا القرار، وسعيا منه لحماية وضعية الأشخاص وامتدادها دوليا هذا من جهة ومن جهة أخرى حماية مصالح دولة التنفيذ(السياسية ،الاجتماعية ،...) فانه عمل على إيجاد إطار جديد[4].

لقد أصبح القاضي الفرنسي يبحث عن وجود ترابط بين الحكم الأجنبي ودولة القاضي المختص مصدر هذا الحكم، وعدم وجود غش في رفع الدعوى.

لعب القضاء الفرنسي دور مهم في إعمال فكرة النظام العام في مجال تنفيذ الأحكام الأجنبية بموجب قرارين شهيرين لمحكمة النقض الفرنسية، القرار الأول متعلق بقضية Bulkly ويتعلق الحكم بطلاق صدر بهولندا ونقل تنفيذه إلى فرنسا التي كانت تحرم الطلاق حينها والقرار الثاني متعلق بقضية Rivière الصادر بتاريخ 1953/04/17 تبنت بموجبه محكمة النقض فكرة النظام العام المخفف،لان الأمر لا يتعلق بإنشاء حق جديد وإنما بأثر حكم صدر بالخارج .

جاء القضاء الفرنسي بمفاهيم جديدة للنظام العام في عدة قرارات من النظام العام الموضوعي إلى النظام العام الإجرائي، ومن النظام العام المخفف (الأثر المخفف)إلى النظام العام المنبثق عن المواثيق

---

[1] السندات الصادرة من مجموعة الدول المشكلة للاتحاد لأوربي والتي تنص المادة 5من تنظيمه رقم 2004/805 أن كل السندات التي تتضمن ديونا غير متنازع فيها الصادرة في مجموعة الدول الأوربية يتم تنفيذها على الأراضي الفرنسية دون الحاجة إلي إجراءات تنفيذ الأحكام الأجنبية .

[2] لعب القضاء الفرنسي دورا هام في القضاء على نظام المراجعة وتأسيس نظام المراقبة، ذ يرجع قرار Munser إلى حكمين صدر الأول سنة 1926والثاني سنة 1958 لصالح السيدة "مانزر" وطلبت تنفيذهما في فرنسا باعتبار إقامة زوجها فيها ،وكان الحكم الأول يقضي بالتفريق الجسماني بين الزوجين على أن يدفع الزوج "مانزر نفقة غذائية لزوجته، أما الحكم الثاني ألزمه بدفع النفقة المتأخرة لمطلقته وذلك منذ سنة 1930 فرفع استئناف ضد الحكم كون النفقة المحكوم بها مرتفعة جدا .فأصدرت محكمة استئناف Aix حكمها بتأيد الحكم الصادر بالتفريق الجسماني للزوجين دون النظر في الحكم الثاني والمتعلق بالنفقة لضرورة حصوله على الأمر بالتنفيذ وبتاريخ 1964/01/07 أصدرت محكمة النقض الفرنسية قرار في قضية" مانزر" بموجبه حددت 5شروط يتعين على قاضي التنفيذ التحقق من وجودها في الحكم الأجنبي قبل منحه الأمر بالتنفيذ.

[3] الشريفة ولد الشيخ ، تنفيذ الأحكام الأجنبية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر،2004، ص48.

[4]الشريفة ولد الشيخ ، المرجع السابق، ص 133.

الدولية المتضمنة حقوق الإنسان، كما تم إدراج الغش ضمن مفهوم النظام العام بنوعيه الموضوعي والإجرائي

بالرغم من هذه المفاهيم الجديدة المشار إليها أنفا، إلا أن القضاء الفرنسي له اثر سلبي فيما يخص رفضه لتنفيذ بعض الأحكام الأجنبية الصادرة من الجزائر ودول المغرب العربي في مسائل الأحوال الشخصية لاسيما الطلاق بالإرادة المنفردة دون الأخذ بعين الاعتبار الاتفاقيات الثنائية المبرمة بين فرنسا ودول المغرب العربي التي تنظم هذه المسائل .

إن من بين شروط قرار MUNZER[1]هو عدم احتواء الحكم الأجنبي على غش نحو قانون دولة التنفيذ وهو نفس المبدأ المطبق في مجال تنازع القوانين إلا أن الآثار تختلف، ففي مجال تنفيذ الأحكام الأجنبية يستبعد تنفيذ الحكم الأجنبي نتيجة حدوث الغش، أما في مجال تنازع القوانين يطبق القانون المختص لان الهدف من الغش كان للتملص من أحكام هذا القانون المختص.

تبنى القضاء الفرنسي عدة أصناف لمفهوم الغش، فقد يغير الزوجين جنسيتهما للحصول على طلاق محظور في دولة جنسيتهم لأصلية[2]، فيتصدى قاضي التنفيذ لهذا الحكم المراد تنفيذه في فرنسا بالرفض نتيجة الغش نحو القانون الفرنسي المختص.

يتمثل الركن المادي للغش في تغير ضابط الإسناد، كتغير الجنسية أ وموطن مسكن الزوجية.كما أن اتجاه إرادة الشخص مرتكب الغش إلى التملص من أحكام القانون المختص لإحلال محله قانون يلبي مطالبه يعد الركن المعنوي.

[1] صدر قرار عن نفس المحكمة بتاريخ 10/04/ 1967متعلق بقضية السيد بشير"Bachir" قلص شروط مانزر إلى 04 وذلك بإدماج شرط تقدير صحة الإجراءات ضمن شرط النظام العام والاختصاص الدولي للقضاء الأجنبي وتتعلق القضية بقرار صدر من مجلس قضاء داكار،حكم بالطلاق بين الزوجين مع إسناد حضانة الطفل للام والحكم على الأب دفع نفقة غذائية .أرادت السيدة "بشير" تنفيذ هذا القرار في فرنسا فرفعت دعوى التنفيذ وبتاريخ 1965/11/03 .أصدرت محكمة اكس بروفانس" Aix en Provence"قرار بالرفض، ولما قامت المدعية بالطعن بالنقض رفض من طرف محكمة النقض بموجب القرار المشار إليه أنفا.

[2]مثل قضية السيدة الأميرة "دي بوفورمون "التي غيرت جنسيتها من الفرنسية إلى الألمانية ،لان القانون الألماني آنذاك يحول الانفصال الجسماني إلى طلاق آليا، وتمكنت من الزواج مرة ثانية.

لقد تبنى الفقه والقضاء الفرنسيين فكرة الغش نحو الحكم، والتي تتجلى في تغير ضابط الاختصاص القضائي باللجوء إلى رفع دعوى قضائية في دولة أجنبية والحصول على حكم قضائي لا يصدره القضاء الفرنسي لو طرح عليه النزاع، وتم استبعاد أحكام الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج الصادرة من الدولة الأجنبية كتلك الصادرة من الجزائر خاصة لما يكون الحكم كرد فعل لدعوة أصلية أولية متعلقة بطلب النفقة الغذائية رفعت أمام الهيئة القضائية الفرنسية من طرف الزوجة .

أما في الميدان الإجرائي يتجسد الغش ضد حقوق الغير، فيتم إخفاء الموطن الحقيقي المدعى عليه حتى لا يتسنى له استلام التكليف بالحضور ومنه الحصول على حكم في غيابه، وأدرجت هذه الفكرة ضمن مفهوم النظام العام الإجرائي.

لقد تراجع القضاء الفرنسي في تبني نظرية المراقبة لتنفيذ الأحكام الأجنبية إضافة إلى التميز فيما يخص الأحكام الصادرة من دول المغرب العربي ونخص بالذكر الجزائر[1].

فمنذ سنة 1999 أصدرت محكمة النقض الفرنسية قرارات في مجال الحالة والأهلية مستندة على النظام العام الدول في فرنسا والمنبثق من المادة الخامسة من بروتكول المؤرخ بتاريخ 1984/11/22 رقم 7 من الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان والمواطن، والذي يقضي بالمساواة بين الزوجين معاكسة تماما لتلك التي كانت تستجيب لمبدأ الاعتراف وتنفيذ هذه الأحكام .

اتجه القضاء الفرنسي إلى ضرورة تقدير إرادة الزوجة وهذا استنادا إلى مبدأ المساواة بين الزوجين أمام القانون في إنهاء أو إبقاء الرابطة الزوجية، فلا يجوز للزوج أن يطلق زوجته بالإرادة المنفردة حتى ولو كان ذلك مقابل مبلغ مالي يقدم لها.

بالرغم من الاتفاقية الثنائية المبرمة بين فرنسا والجزائر والملزمة للطرفين، وبعدما كان القضاء الفرنسي يقبل بتنفيذ أحكام الطلاق بالإرادة المنفردة، عدل عن ذلك مفضلا تطبيق مبدأ المساواة الذي احتوته الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان والمواطن على تطبيق القانون لاتفاقي .

في هذا الشأن أصدرت محكمة النقض الفرنسية عدة قرارات بتاريخ 2004/02/17 اثنان بين زوجين جزائريين تزوجا في الجزائر ويقيمان في فرنسا متبنية ما يلي "حتى ولو كان ناتجا عن إجراءات

[1] MELIN François ,Droit international prive (droit des conflits dej juridiction),3eme,ed , Gualino éditeur ,lextenso éditions ,paris ,2008,p62—67

وجاهية عادلة، فان الحكم القاضي بالطلاق بالإرادة المنفردة للزوج بدون إعطاء أي اثر للمعارضة الاحتمالية للزوجة، والذي يحرم السلطة المختصة من أي حكم ماعدا ذلك المتعلق بالآثار المادية لحل الرابطة الزوجية يتعارض مع مبدأ المساواة للزوجين أثناء حل الرابطة الزوجية والمعترف به بموجب المادة 5من بروتكول1984/11/22رقم 7 المضاف للاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان والتي تعهدت فرنسا بضمانها لأي شخص تابع لاختصاصها القضائي وهذا في حالة إقامة الزوجين على الإقليم الفرنسي .

وهكذا وضعت حاجز النظام العام بمختلف صوره لاعتراض تنفيذ أحكام الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج ولا يبقى أمام المواطن الجزائري الذي حصل على حكم الطلق من دولته إلا إعادة رفع دعوى من جديد أمام القضاء الفرنسي. وهذا ما يعتبر تراجعا عن الأسس المعتمدة من طرف القضاء الفرنسي لتنفيذ الأحكام الأجنبية المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليته وتعارضا مع الاتفاقية المبرمة مع الجزائر[1].

[1]الاتفاقية الجزائرية الفرنسية الموقع عليها بتاريخ 1964/08/27 المصادق عليها بالأمر 194/65المؤرخ بتاريخ 1965/07/29،ج ر،العدد 1965،68.

**الخاتمة**

فسحت الأنظمة القانونية المجال للقانون الأجنبي أن يكون مختصا من خلال قواعد الإسناد في مجال العلاقات الدولية الخاصة، إلا أنها تحفظت في تطبيقه عن طريق تفعيل الدفع بالنظام العام من طرف القاضي الوطني إذا كان يخالف المبادئ والقيم الجوهرية لبلده، وعليه يعد النظام العام أداة رقابة يستعملها القاضي محافظا على سيادته الوطنية ويكون وفق تقديره ساعة عرض النزاع أمامه.

يتمثل أكبر عائق أمام تفعيل هذا الدفع من الناحية التطبيقية في تعذر وضع مفهوم ثابت ودقيق لفكرة النظام العام، نظرا لكونها فكرة نسبية ومتطورة تتغير بتغير المكان والزمان، وعليه فان للقاضي سلطة تقديرية واسعة في فحص كل حالة على حدة وتقدير ما يعتبر وما لا يعتبر من النظام العام. غير أنّ على القاضي المعروض أمامه النزاع أن لا يكون جدّ متأثر بالذاتية، أي يجب أن يكون موضوعيا لحظة تقدير درجة تعارض القانون الأجنبي الواجب التطبيق (أو الحكم الأجنبي المراد الإعتراف به و بالتالي منحه الصيغة التنفيذية) مع المبادئ الّتي يقوم عليها نظامه العامّ.

جانب من الفقه أبدى تخوفه من هذه السلطة المنوحة للقاضي لدرجة انه قيل أن القاضي مشرع في هذه الدائرة المرنة، غير أنه يمكن التخفيف من هذه المخاوف إذا علمنا أن تقدير القاضي يكون موضوعيا بحتا يُستوحى من خلاله شعور الجماعة، لا على ميولاته الشخصية ومعتقداته الخاصة ويخضع لرقابة المحكمة العليا أو محكمة النقض.

يجب على القاضي الوطني أن لا يتوسع في إعمال هذه الآلية و إلا ترتب عنها شل وظيفة آلية التنازع، القائمة على الملائمة، هذا من جهة و يسعى جاهدا لجعل الدفع بالنظام العام سلاحا ثانويا لا أصليا إذا كان هناك تعارض صارخ بين القانون الأجنبي المختص وقانونه من جهة أخرى،. من هذا المنظور، يصير النظام العام حاميا بذلك لسيادته الوطنية ويكون قد وفق بين النزعة الموجودة في النصوص الدولية و القائمو أساسا على روح التنسيق بين القوانين المنتمية لأنظمة قانونية مختلفة، ونظيرتها الوطنية التي تهدف لها قاعدة الإسناد.

يعتبر النظام العام سلاح ذو حدين، فهو وسيلة فعالة لحماية النظام القانوني والمقومات الجوهرية لمجتمع دولة القاضي، بحيث يمنع نفاذ القوانين الأجنبية التي يتعارض معها، إلا أن الإفراط في تفعيله يؤثر سلبا على التعايش المشترك بين النظم القانونية .

قد يعجز القاضي عن إحلال قانونه الوطني محل القانون الأجنبي المستبعد إما لعدم وجود قاعدة وطنية أصلا، أو لعدم ملائمتها للنزاع، فعلى القاضي الرجوع إلى القانون الطبيعي والمبادئ العامة للقانون للفصل في هذا النزاع وإلا كان منكرا للعدالة. نقدم هذه الفكرة بتحفظ على إعتبار أن اللّجوء إلى مبادئ العدالة و الإنصاف كمصدر قانوني يتم بصفة إحتياطية، أي في حالة غياب نصّ قانوني واضح، يتوافق في هذه الحالة مع قاعدة تشريعية أو حتى قضائية إستقر عليها العمل.

الاعتراف بالحقوق المكتسبة بالخارج هو مجرد تخفيف من مفعول النظام العام و لا يعني الإقرار بهذه الحقوق إستبعاد آلي لتفعيل فكرة النظام العام، بحيث لا يمكن الأخذ بهذه الفكرة في البلدان الإسلامية التي تتبنى الشريعة الإسلامية كمصدر أساسي لها في مسائل الأحوال الشخصية ومن بينها الجزائر، فعلى القاضي تطبيق أحكام الشريعة دون تميز بين حق نشأ في إقليم دولته أو نشأ في الخارج ويريد الاحتجاج بآثاره في الدخل، ومثال ذلك أن القاضي الجزائري لا يعترف بآثار زواج نشأ صحيحا في الخارج بين شخصين من نفس الجنس. نقول ذلك بتحفظ نظرا للتّقارب الجزائري الأوربي في إطار ما يُعرف بالفرنسي Euromed justice تبعا لمصادقة الجزائر على إتفاقية الشراكة و الذي أدى إلى تفعيل ما يُعرف ب"تقريب التشريعات" بين الجزائر و الإتحاد الأوربي.

حاولنا قدر الإمكان في مذكرتنا هذه تخطي فكرة النظام العام في جانبه التقليدي لفهم النظام العام الأوربي و كيفية تصديه للأحكام و قبلها للقوانين الأجنبية غير الأوربية (الخارجة عن نطاق الإتحاد الأوربي و دوله الأعضاء). نذكر في هذا الصّدد أنّ تفعيل النّظام العامّ الأوربي في مسائل القانون الدّولي الخاصّ يكون من صميم المحاكم الدّاخلية للإتّحاد الأوربي. بالتّالي لا يكون لمحكمة العدل للإتّحاد الأوربي إلاّ دور المراقب لأحكام أو قرارات المحاكم الداخلية في هذا الشّأن. على أنّ مفهوم هذا النّظام يتمحور حول توحيد تبني المبادئ و القيم بين دول الإتحاد الأوربي، ممّا يُؤدّي إلى التّساهل في تطبيق قانون أجنبي ما لإحدى دول الإتّحاد أمام قاضي دولة أخرى لكن تابعة أيضا للإتحاد الأوربي و هذا على نقيض ما قد يحدث بمناسبة الوقوف عند أحقية قانون أو حكم من الغير أمام قاضي ينتمي لجهة قضائية تابعة لإحدى الدّول الأعضاء في نفس الإتحاد.

تبعا لما تقدم و من أجل ضمان حرية حركة الأحكام والقرارات في المسائل المدنية والتجارية داخل مجال الفضاء الأوربي، تم إعادة صياغة اللائحة بروكسل 1 رقم 44/2001 المؤرخة في 22 ديسمبر 2000 règlement Bruxelles I المتعلقة بالاختصاص القضائي والاعتراف بالأحكام وتنفيذها في

المسائل المدنية والتجارية بين جميع الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي باللائحة رقم1215/2012المؤرخة بتاريخ 2012/12/12 والمسماة بروكسل1 مكرر. من بداية تاريخ سريان أحكام هذه اللائحة وصلت شروط الإعتراف بتنفيذ حكم أجنبي بين دول الإتحاد الأوربي إلى أدنى حدّ لها، بل صار في بعض الحالات يُستغنى عن كلّ هذه الشّروط و هو ما يتوافق مع مسائل "الديون غير المتنازع فيها" les créances incontestées و الّتي تّنظمها لائحة بروكسل المعروفة باسم "السند التنفيذي الأوربي" .Le titre exécutoire européen.

عموما يقوم الإعتراف بالأحكام الأجنبية بين دول الإتحاد الأوربي على مبدأ "الإعتراف الجماعي" la reconnaissance mutuelle بالأحكام الصادرة فيما بين الدّول الأعضاء ; و بالتّالي لا يكون للنّظام العامّ الأوربي ذلك الأثر الواضح المتمثّل في الرّفض و هذا خلافا على تفعيل نفس النّظام إتّجاه قانون أو حكم قضائي صادر من دولة من الغير (حالة الجزائر) و الّذي يُراد تنفيذه أمام إحدى المحاكم الدّاخلية، الّتي تنتمي لدولة من دول الإتّحاد الأوربي.

أمّا عن الاعتراف بحكم مدني أو تجاري صادر في دولة عضو أمام دولة أخرى بدورها عضو في هذا الإتحاد، فالمتعارف عليه أنّه أي إعتراف يكون تلقائيا، حيث نميز بين هذه الحالة (الإعتراف la reconnaissance) و التّنفيذ (l'exécution).

بالمقابل، أصبح تدخل قاضي الدولة المستقبلة للحكم أو القرار الذي لا يكون مصدره أوربيا كحاجز ضد نفاذ هذه الأحكام والقرارات التي لا تتوفر على الشروط الأوربية للتنظيم وتعارضها بشكل واضح مع النظام العام في الدولة العضو، متلقية الطلب طبقا لنص المادة 34 من المعاهدة السالفة الذكر.

إن سمو قانون الاتحاد الأوروبي على القوانين الوطنية للدول الأعضاء لا يعني بالضرورة اعتبار قانون الاتحاد الأوروبي بكامله نظامًا أساسيًا للنظام العام الدولي للدول الأعضاء، على إعتبار أنّ المفروض أنّ على هذه الدّول الإستمرار في تطبيق قانونها أو بالأحرى قوانينها الدّاخلية droit commun إتّجاه القانون أو الحكم الغير loi ou décision tierce.

يعتبر النظام العام الدولي النواة الصلبة للنظام العام الداخلي والأوروبي، بمعني أنه مجموع القواعد القانونية والحقوق الأساسية في هذين النظامين القانونيين والمتمثلين في قانون دولة القاضي وقانون الاتحاد الأوربي.

لى صعيد آخر و نظرا للصّفة الإقليمية للقانون الأوربي و أيضا للنظام العام الأوربي، فعادة ما تلجأ محاكم الدّول الأعضاء إلى الإستعانة ليس بالضرورة بلوائح بروكسل و إنّما بالمبادئ الّتي تتضمّنها المعاهدة الأوربية لحقوق الإنسان Convention européenne de sauvegarde des libertés et des droit de l'homme و المعروفة إختصارا بـCEDH.

بالعودة إلى وضع القوانين الأجنبية كما الأحكام الجزائرية أمام القاضي الجزائري، نقول أنّ القاضي الجزائري لا زال يعتمد بشأن الأولى (القوانين الأجنبية) أسلوب القواعد الثنائية و بالتّالي فتدخل النّظام العام يكون محدودا و نفس الملاحظة بالنّسبة للأحكام الأجنبية، حيث نلمس أنّ القاضي الجزائري لا زال يعتمد في تفسير لتطبيق نظامه العامّ على المعاهدات الثّنائية التّقليدية المتعلقة بالتّنفيذ، خاصّة إتّجاه نظيره الفرنسي.

بالمقابل نلمس أنّ التّسامح الّذي غالبا ما يُبديه القاضي الجزائري إتّجاه الأحكام الأجنبية من خلال عدم الإفراط في إستعمال النّظام العامّ الجزائري، يُقابله منذ 2004 تشدّد من الطّرف الفرنسي و الأوربي عموما نتيجة إستعانة المحاكم الدّاخلية على مستوى الإتحاد بمبادئ الإتّفاقية الأوربية لحقوق الإنسان، و التي تختلف جوهريا عن مبادئ الشريعة الإسلامية.

**التّوصيات**

سنوجز هذه التّوصيات في بعض المقترحات، الّتي نُقدّمها كما يلي:

- مراجعة الاتفاقية الجزائرية الفرنسية المتعلقة بالتعاون القضائي و التّنفيذ *exequatur* القائمة أساسا على نظرية المراقبة، أو على الأقل الوقوف على التّطبيق غير المتكافئ بين القاضي الجزائري و القاضي الفرنسي لفكرة النّظام العامّ ؛

- محاولة الاستفادة من أنظمة أو لوائح بروكسل المتعلّقة بتفعيل الآلية السلسة للإعتراف بالأحكام الأجنبية و تنفيذها،خاصّة و أنّ هذه الأنظمة أو اللّوائح مُشار إليها في برنامج Euromed justice بين الجزائر، من جهة، و الإتّحاد الأوربي و دوله الأعضاء، من جهة أخرى.

**المصادر:**

1. الاتفاقية الجزائرية الفرنسية الموقع عليها بتاريخ 1964/08/27 المصادق عليها بالأمر 65 /194المؤرخ بتاريخ 29جويلية 1965والمتضمنة تنفيذ الأحكام وتسليم المجرمين بين الجزائر وفرنسا وعلى مبادلة الرسائل المتعلقة بتعديل البروتكول القضائي الجزائري –الفرنسي المؤرخ في 28 أوت 1962،الجريدة الرسمية ،العدد 1965،68 .

2. القانون رقم11/84المؤرخ بتاريخ 9 يونيو1984 المعدل والمتمم بالأمر 02/05 المؤرخ بتاريخ 27 فبراير 2005يتضمن قانون الأسرة ،الجريدة الرسمية –العدد2005،15.

3. القانون رقم10/05 المؤرخ بتاريخ 20 جوان 2005 يعدل ويتمم الأمر رقم 58/75 المؤرخ بتاريخ 26 سبتمبر 1975المتضمن قانون المدني الجزائري،الجريدة الرسمية العدد44، 2005.

4. القانون رقم 09/08 المؤرخ بتاريخ 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري الجريدة الرسمية ، العدد،2008،21.

**المراجع باللغة العربية :**

**أ– الكتب**

***–العامة :**

1. إبراهيم احمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.
2. احمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية، القاهرة(مصر)،2008.
3. أحمد مسلم، موجز القانون الدولي الخاص المقارن، دار النهضة العربية، بيروت(لبنان)،2003.
4. أعراب بلقا سم، القانون الدولي الخاص " تنازع القوانين"، دار الهومة، الجزائر،2001.
5. بديع سامي وعكاشة محمد عبد العالي، القانون الدولي الخاص، الدارة الجامعية، بيروت، 1997.
6. جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، منشاة المعارف بالإسكندرية( مصر)، 2005.
7. حبار محمد، القانون الدولي الخاص، الرؤى للنشر والتوزيع، الدار البيضاء، الجزائر، سنة 2013.
8. حسن الهداوي عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني في تنازع القوانين (المبادئ العامة عمان(الأردن)، 2005.

9. حفيظة السيد حداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، المبادئ العامة في تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، الطبعة الأولى 2005.

10. الشريفة ولد الشيخ ، تنفيذ الأحكام الأجنبية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر،2004.

11. الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، الجزء الأول، مطبعة الكاهنة، الجزائر،2000.

12. الطيب زروتي، في القانون الدولي الخاص الجزائري، دار هومة للطباعة والتوزيع والنشر، الجزائر،2010

13. عبد الحميد الشورابي، مجموعة الأحوال الشخصية في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف، الإسكندرية (مصر)،2001.

14. عبد الكريم ممدوح، القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2005.

15. عبد الله عزا لدين، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة (مصر)، الطبعة التاسعة

16. العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزء الأول،2001 .

17. عكاشة محمد عبد العالي، تنازع القوانين (دراسة مقارنة )، دار المطبوعات الجامعية،2002 .

18. علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ديوان المطبوعات الجزائرية، بن عكنون، الجزائر، الطبعة الخامسة .

19. محمد عصفور، وقاية النظام الاجتماعي باعتباره قيد على الحريات العامة، رسالة الدكتورة ،كلية الحقوق، جامعة القاهرة (مصر)،1961.

20. موحند إسعاد، القانون الدولي الخاص (القواعد المادية )، ترجمة فائز أنجق، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989.

21. موحند إسعاد، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، قواعد التنازع ،ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ،1989.

22. هشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي دراسة مقارنة، منشأة المعارف، لإسكندرية،2007.

23. والحلول الوضعية في القانون الأردني دراسة مقارنة )، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع،

***- الخاصة**

1. جمال الدين صلاح الدين، فكرة النظام العام في العلاقات الخاصة الدولية بين القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية، الطبعة الأولي، دار الفكر الجامعي، 2004.

**ب-الدرسات الأكادمية**

1. أحمد عبد النور، إشكالية تنفيذ الحكم الأجنبي دراسة مقارنة، رسالة نيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، جامعة ابوبكر بلقا يد، جامعة تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية،2010 .

2. سعاد يوبي، تنازع القوانين في مجال النسب، مذكرة نيل شهادة ماجستير، جامعة ابوبكر بلقايد، تلمسان،2010 .

3. عبد الله سنينات، دور النظام العام في حماية الرابطة الزوجية وانحلالها في إطار القانون الدولي الخاص، مذكرة نيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع قانون الأسرة، كلية الحقوق، جامعة ابوبكر بلقا يد، تلمسان، 2008.

4. عمر بلمامي، الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر،1988.

5. فاطمة الزهرة زاير، النظام العام في النزاعات الدولية الخاصة المتعلقة بالأحوال الشخصية، مذكرة نيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان،2010.

6. يوسف مسعودي ، تنازع القوانين في مسائل الزواج والطلاق (دراسة مقارنة)، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه،كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة ابوبكر بلقايد ، تلمسان ، 2011.

**ت-المقالات العلمية**

1. جمال الدين عنان، الأثر المخفف للنظام العام في القانون الدولي الخاص (دراسة مقارنة )، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، العدد الثاني،

2. الطيب زروتي، قراءة في إصلاح أحكام تنازع القوانين الدولي في الجزائر بقانون 10/05، مجلة المحكمة العليا، العدد 2006،1.

3. عمر بلمامي، إشكالية الإحالة في القانون الدولي الخاص الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية جامعة الجزائر، العدد02، 2008.

4. كمال كيحل، مفهوم النظام العام في القانون الدولي الخاص، مجلة الحقيقة، جامعة ادرار، العدد 42.

5. محمد سامي الطيب إدريس، موقف القضاء الوطني من الأحكام الأجنبية، مجلة الشريعة والقانون، العدد31، المجلد2016،1.

6. محمود سلطان عبد الله، الدفع بالنظام العام وأثاره، مجلة الرافدين للحقوق، بغداد (العراق)، المجلد12 ،العدد 43، 2010.

**المراجع باللغة الأجنبية**

1. Adeline Jeauneau," *L'ordre public en droit national et en droit de l'Union européenne : essai de systématisation",* Thèse de doctorat, s. dir. De Vincent Heuzé, Université Paris 1 – Panthéon Sorbonne, octobre 2015.

2. Bertrand Ancel et Yves lequette ,"*les grand arrêts de la jurisprudence française de droit international prive* ",Dalloz2001
3. CHAFFAUT Philae,"*Le mariage homosexuel en droit international prive*", mémoire de Master2,faculté droit ,économie ,gestion, Université Paris-sud,2013/2014.
4. François Melin, *"Droit international prive*", édition Casbah Alger 2004
5. Herne Capitaine, introduction a l'étude de droit civil, libraire de la court d'appel 1 ère ed,1925
6. M. Fallon, " *Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré : l'expérience de la Communauté européenne* ", *in RCADI,* t. 25, 1995.

7. Malaurie Philipe ," *l'ordre public et le contrat , étude de droit civil compare France Angleterre",* URSS, tome1er,
8. Maurice hauriou,"*precis de droit administratif et de droit public , librairie du recueil sirey*", paris,1933
9. MELIN François, "*Droit international privé (droit des conflits de juridiction)*",3eme,ed , Gualino éditeur ,lextenso éditions ,paris ,2008.
10. Belkacem Trouzine, Unification européenne des règles de conflit de juridiction et exequatur des décisions juridictionnelles tierces, Thèse de doctorat s. la dir. Sandrine Sana Chaille de Néré, Université Montesquieu – Bordeaux IV, novembre 2012.

# الفهـــــرس


| العنوان | الصفحة |
| --- | --- |
| بسملة | أ |
| إهداء | ب |
| شكر | د |
| مقدمة | 02 |
| الفصل الأول: ماهية النظام العام التقليدي في القانون الدولي الخاص وتطبيقاته | 07 |
| المبحث الأول: ماهية النظام العام التقليدي في القانون الدولي الخاص و آثار الدفع به | 07 |
| المطلب الأول: مفهوم النظام العام التقليدي و مجال إعماله | 08 |
| الفرع الأول : مفهوم النظام العام | 08 |
| أولا: التطور التاريخي لفكرة النظام العام | 09 |
| ثانيا : التعاريف الفقهية لنظام العام | 11 |
| الفرع الثاني : مجال إعمال الدفع بالنظام العام | 13 |
| أولا : فكرة النظام العام في مجال تنازع القوانين | 13 |
| ثانيا : فكرة النظام العامل في مجال الإختصاص القضائي الدولي | 24 |
| المطلب الثاني: أثر التمسك بالنظام العام | 31 |
| الفرع الأول : أثر الدفع بالنظام العام في مرحلة إنشاء الحق في دولة القانون | 32 |
| أولا : الأثر السلبي لنظام العام | 32 |
| ثانيا : الأثر الإيجابي لنظام العام | 33 |
| الفرع الثاني : أثر الدفع لنظام العام بالنسبة للنفاذ الدولي للحق المكتسب في الخارج | 35 |
| أولا : مفهوم فكرة الأثر المخفف لنظام العام و شروطه | 36 |
| ثانيا : نطاق تطبيق الأثر المخفف لنظام العام | 38 |
| المبحث الثاني : التطبيقات التقليدية للدفع بالنظام العام | 40 |
| المطلب الأول : الدفع بالنظام العام للأحوال الشخصية في القانون الجزائر كنموذج | 40 |
| الفرع الأول : إعمال الدفع بالنظام العام في مجال الزواج المختلط | 41 |

| | |
|---|---|
| أولا : إعمال الدفع بالنظام العام في مسألة إنعقاد الزواج المختلط | **41** |
| ثانيا: إعمال الدفع بالنظام العام في إنحلال الزواج المختلط | **42** |
| الفرع الثاني : إعمال الدفع بالنظام العام في مسألة النسب و الوصية | **44** |
| أولا: إعمال الدفع بالنظام العام في مسألة النسب | **45** |
| ثانيا: إعمال الدفع بالنظام العام في مسألة الوصية | **46** |
| المطلب الثاني : الدفع بالنظام العام في الأحوال الشخصية في القانون المقارن | **48** |
| الفرع الأول : إعمال الدفع بالنظام العام الفرنسي في مجال الزواج المختلط | **48** |
| أولا: إعمال الدفع بالنظام العام الفرنسي في مسألة إنعقاد الزواج المختلط | **49** |
| ثانيا: إعمال الدفع بالنظام العام الفرنسي في مسألة إنحلال الزواج المختلط | **50** |
| الفرع الثاني : الدفع بالنظام العام الفرنسي في مسألة التبني و الميراث | **51** |
| أولا : الدفع بالنظام العام الفرنسي في مسألة التبني | **52** |
| ثانيا: الدفع بالنظام العام الفرنسي في مسألة الميراث | **53** |
| الفصل الثاني: ماهية النظام العام في القانون الدولي الخاص المستحدث و تطبيقاته | **57** |
| المبحث الأول : مفهوم النظام العام في إطار الإندماجي و تطبيقاته | **57** |
| المطلب الأول: مفهوم النظام العام الأوروبي | **58** |
| الفرع الأول: درجة فعالية فكرة النظام العام الأوروبي | **59** |
| أولا: الفصل بين النظام القانوني الوطني و النظام القانوني الأوروبي | **59** |
| ثانيا :إنشاء و تكوين القيم في الإتحاد الأوروبي | **61** |
| الفرع الثاني: تطوير فكرة النظام العام الأوروبي | **63** |
| أولا : القيود المتعلقة بخصائص النظام العام الدولي | **63** |
| ثانيا: القيود المتعلقة بخصائص النظام الاتحاد الأوروبي | **65** |
| المطلب الثاني: تطبيقات النظام العام الأوروبي | **68** |
| الفرع الأول:احترام الالتزامات الدولية و الحد من صلاحية زواج المثليين | **70** |
| أولا : الحد من صلاحية زواج المتعارض مع مبدأ المساواة | **70** |
| ثانيا الحد الخاص للفعالية | **71** |
| الفرع الثاني: استخدام النظام العام الدولي كأداة لصحة الزواج المثالي | **72** |
| أولا:إعمال الدفع بالنظام العام لاستبعاد القانون الأجنبي المختص | **73** |
| ثانيا : الموقف المتخذ من طرف القضاء | **74** |

| | |
|---|---|
| المبحث الثاني :أثر النظام العام المجموعاتي في تنفيذ الأحكام الأجنبية لدول الغير | **77** |
| الفرع الأول:نظرية الأثر الانعكاسي | **77** |
| الفرع الثاني :الاثر السلبي لنظام العام الأوربي على تنفيذ الأحكام الأجنبية | **79** |
| أولا– مفهوم الحكم الأجنبي ومدى حيازته حجية الأمر المقضي فيه | **79** |
| ثانيا:اثر النظام العام الأوربي على تنفيذ الأحكام القضائية الجزائرية في مسائل الأحوال الشخصية | **85** |
| الخاتمة | **91** |
| قائمة المصادر و المراجع | **96** |
| الفهرس | |

**ملخص :**

إذا ما أشارت قاعدة الإسناد الوطنية إلى اختصاص قانون أجنبي كقانون واجب التّطبيق على علاقة منطوية على عنصر أجنبي، فليس معنى ذلك أن القاضي سيطبق هذا القانون بصفة آلية وإنما ينبغي أن يقوم بفحصه. قد يظهر أن تطبيق القانون الأجنبي المختص وفقا لقاعدة الإسناد الوطنية يتعارض مع المبادئ الأساسية أو إحدى الأسس الجوهرية التي يقوم عليها النظام القانوني للقاضي المعروض أمامه النّزاع، من ثم يتعين عليه في هذه الحالة الامتناع عن تطبيقه باسم النظام العام لمحكمته.

بالمقابل قد يترتب على التطبيق الحرفي لفكرة النظام العام في مجال القانون الدولي الخاص الإفراط في إستبعاد القانون الأجنبي المادّي الواجب التّطبيق أصالة على الفئة المسندة ، لذلك عمد القضاء إلى إستحداث نظرية الأثر المخفف للنظام العام، التي تهدف إلى التخفيف من حدة الدفع بالنظام العام عن طريق الاعتراف بآثار المراكز القانونية المنشأة أو الحقوق المكتسبة في الخارج. حفاظا على روح التّنسيق بين القوانين يتوجب على القاضي الدفع بالنظام العام فقط عند الضرورة القصوى وفق سلطته التقديرية بعيدا عن الذّاتية.، غير أنّنا تطرّقنا في سبيل فهم هذه الفكرة من حيث المضمون كما التّطبيقات إلى الجانب المستحدث للنّظام العامّ و ذلك في إطار إندماجي أيضا.

**Résumé :**

La désignation d'une loi étrangère sur un rapport juridique contenant un élément d'extranéité, par la règle nationale de conflit n'implique pas forcément l'application de celle-ci. , notamment que le juge doit d'abord l'examiner. En effet, il peut apparaître que cette application contredit les principes fondamentaux ou l'une des bases essentielles de l'ordre juridique du juge saisi du litige. Par conséquent, le juge est amené à s'abstenir de cette application au nom d'ordre public de son *for*.

En revanche, l'application *stricto sensu,* de l'idée de l'ordre public en droit international privé peut aboutir à un refus systématique de la loi étrangère substantielle normalement applicable sur la catégorie de rattachement. Pour cette raison, la jurisprudence a trouvé refuge dans la théorie de l'effet atténué de l'ordre public. Celle-ci vise à adoucir la sévérité de l'ordre public par le biais de la reconnaissance des effets nés ou des droits acquis à l'étranger. Pour sauvegarder l'esprit de coordination entre les différentes lois, le juge est amené à faire recours à son ordre public dans des cas très limités et cela loin de toute subjectivité.

Enfin et dans notre quête de comprendre la conception de l'ordre public, comme ses pratiques, nous avons examiné cette institution sous son ongle moderne ou plutôt intégré.