جامعة قاصدي مرباح ورقلة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة ماستر أكاديمي

الميدان: الحقوق والعلوم السياسية

الشعبة: الحقوق

التخصص: قانون علاقات دولية خاصة

من إعداد الطالب: بوعروة محمد

بعنوان:

الدفع بالنظام العام عند تطبيق القوانين الاجنبية

نوقشت وأجيزت بتاريخ:.....

أمام اللجنة المكونة من السادة:

د. القاسمي الحسني ع/المنعم	أستاذ محاضر (ب)	جامعة قاصدي مرباح ورقلة	رئيسا
د. لحميم زليخة	أستاذ محاضر (ب)	جامعة قاصدي مرباح ورقلة	مشرفا
أ. بن أكلي نصير	أستاذ محاضر (أ)	جامعة قاصدي مرباح ورقلة	مناقشا

السنة الجامعية: 2015/2014

مـــــــــقدمة :

الحمد لله وحده و صلى الله وسلم على سيّدنا محمد وأله وصحبه:

أصبح عالمنا اليوم يمتاز بتطور وسائل الاتصالات وهذا ما أدى إلى قيام علاقات اقتصادية واجتماعية بين شعوبه، ولما كانت هذه العلاقات مرتبطة بأكثر من دولة واحدة فإنه من غير المناسب إخضاعها كلها للقانون الوطني، خاصة وان هذا الأخير يكون في كثير من الأحيان غير متناسب معها ولا يتلاءم مع خصوصياتها ولهذا فإن جميع الدول تسمح بتطبيق القوانين الأجنبية أمام قضائها الوطني، وإن اختلف المجال الممنوح لهذا القانون من دولة إلى أخرى.

فالقانون الأجنبي إذن أصبح محل تطبيق من طرف القاضي الوطني كلما كان هذا الأخير أمام نزاع أو علاقة قانونية مشتملة على عنصر أجنبي سواء من حيث أشخاصها، كأن يبرم العقد بين شخصين من جنسيتين مختلفتين، أو من حيث موضوعها كأن يكون محل العقد عقار موجود في دولة أجنبية، غير أنه يشترط في العنصر الأجنبي أن يكون مؤثرا في العلاقة وهذا الأمر يتوقف على طبيعة كل علاقة، إذ أنه هناك علاقات لا يكون فيها العنصر الأجنبي عنصرا مؤثرا بخلاف ما إذا كانت هناك مثلا عملية انتقال لرؤوس الأموال خارج الحدود الوطنية فهنا يمكن أن تثار مشكلة تنازع القوانين والتي يتم حلها عن طريق تطبيق القاضي لقاعدة الإسناد الوطنية وهي قاعدة غير مباشرة أي لا تطبق على النزاع مباشرة وإنما ترشد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على العلاقة محل النزاع كما أنها قاعدة مزدوجة قد تشير بتطبيق القانون الوطني أو القانون الأجنبي، ففي حالة ما إذا أشارت هذه القاعدة إلى ضرورة تطبيق القانون الأجنبي فيجب تطبيقه وهذا تماشيا مع ما يسمى بالتعاون القضائي بين الدول.

إلا أن تطبيق القوانين الأجنبية من طرف القضاء الوطني لدولة ما، قد يتعارض مع مبادئها الأساسية وقيمها ومفاهيمها الجوهرية، وهنا تبرز فكرة النظام العام والتي تختلف من دولة لأخرى، فيستخدم القاضي الوطني وسيلة الدفع بالنظام العام لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي، وهذه الفكرة هي جوهر ومحور دراستنا في هذا البحث.

ويرجع سبب اختيارنا لدراسة موضوع الدفع بالنظام العام عند تطبيق القوانين الأجنبية إلى أسباب ذاتية تتمثل في الرغبة لفهم هذا الموضوع والإحاطة بكل جوانبه، وأخرى موضوعية تتمثل في القيمة العلمية لهذا الموضوع باعتباره محور هام من محاور الدراسة في القانون الدولي الخاص، بحيث تتجلى أهمية البحث في موضوع الدفع بالنظام العام عند تطبيق القوانين الأجنبية في كونه صمام أمان يحمي القوانين الداخلية لدولة القاضي من تطبيق القوانين الأجنبية الواجبة التطبيق عند مخالفة هذه الأخيرة للأسس والمبادئ الجوهرية التي يقوم عليها كل مجتمع ومن هنا تبرز أهمية دراسة هذا الموضوع.

وعلى الرغم من تأكيد الفقه الحديث على أهمية دور الدفع بالنظام العام كأداة لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي الذي تشير إليه قاعدة الإسناد، إذا تعارض مضمونه مع الأسس الجوهرية والمبادئ الجوهرية التي يقوم

عليها أي مجتمع، واهتمام مشرعو الدول الحديثة بتقنين هذه الفكرة في شكل قواعد قانونية، سواء عبروا عنها بالنظام العام أو بالمصالح العامة أو غير ذلك من التسميات، إلا أنه رغم أهمية الدفع بالنظام العام في حالة تطبيق القوانين الأجنبية أمام القضاء الوطني، إلا أن الحالات التي يمكن فيها الدفع بالنظام العام ليست واردة على سبيل الحصر في كل التشريعات.

بالإضافة الى ان أمر تحديده بدقة يعد أمرا غاية في الصعوبة حيث أنه يتغير بتغير الزمان والمكان، وهذا ما يقودنا لضرورة البحث عن المعنى الحقيقي لفكرة النظام العام.

ومن جهة أخرى في حال قيام القاضي باستبعاد القانون الأجنبي المختص في النزاع قد تنجر عنه مشكلة القانون الذي يحل مكانه.

فكل هذا يقودنا لطرح الإشكالية التالية: – متي يمكن للقاضي الدفع بالنظام العام، وما هي الآثار المترتبة على ذلك؟.

وللإحاطة بجوانب الموضوع اعتمدنا في هذه الدراسة على المنهج التحليلي وذلك لملاءمته لموضوع البحث خصوصا مع استنادنا على بعض النصوص القانونية المتعلقة بالموضوع.

ولم تخلو هذه الدراسة من الصعوبات التي قد تواجه أي باحث، والمتمثلة أساسا في قلة وندرة الأحكام القضائية الجزائرية الصادرة بخصوص هذا الموضوع وذلك بهدف تطعيم البحث بنماذج واقعية.

للإجابة على الاشكالية السابقة قسمنا الموضوع إلى فصلين، مفهوم النظام العام وشروط الدفع به(الفصل الاول)، أثار الدفع بالنظام العام(الفصل الثاني).

ونسأل الله التوفيق

الفصل الأول

مفهوم النظام العام

وشروط الدفع به

الفصل الأول: مفهوم النظام العام وشروط الدفع به.

مسايرة للفقه الحديث تعترف معظم الدول بفكرة النظام العام كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي المخالف للمبادئ الأساسية فيها، إلا أن القاضي في استعماله لفكرة النظام العام قد يواجه صعوبات تعترض طريقه، ومن ذلك عدم وجود مفهوم موحد ومتفق عليه للنظام العام، هذا ما جعل فكرة النظام العام يكتنفها غموض من حيث المفهوم، فقد اختلفت تعريفات الفقه للنظام العام، ولم يتمكن الفقهاء من وضع تعريف لهذه الفكرة.

وقد تتضح الرؤية قليلا عند دراسة بعض خصائص فكرة النظام العام، ويزداد الأمر وضوحا إذا ميزنا بين النظام العام وبعض المفاهيم القريبة منه، ثم البحث عن شروط إعمال هذه الفكرة.

وهذه النقاط سيتم التطرق إليها بالتفصيل في هذا الفصل الذي يتفرع إلى مبحثين:

-المبحث الأول: مفهوم النظام العام.

-المبحث الثاني: إعمال الدفع بالنظام العام.

المبحث الأول: مفهوم النظام العام.

لبيان مفهوم النظام العام، يتعين البحث عن مدلول هذه الفكرة وذلك من خلال محاولة الوصول إلى تعريف للنظام العام، وهذا ما سوف نتناوله في المطلب الأول، وتحديد خصائصه ومميزاته في مطلب ثانٍ، أما في المطلب الثالث فسوف نميز النظام العام عن بعض المفاهيم القريبة منه.

المطلب الأول: تعريف النظام العام.

يرد مصطلح النظام العام كثيرا في دراسة القانون رغم أن مفهوم يستعصي على التحديد الدقيق، بحيث لا يوجد له تعريف جامع ودقيق مستقر يحدد المقصود به ويعطي صورة منضبطة عن ماهيته رغم المحاولات الفردية والجماعية التي بذلت في سبيل الوصول إلى تبني تعريف جامع له[1].

ولقد حاول الكثير من الفقهاء إعطاء تعريف للنظام العام، منهم الفقيه المصري أحمد مسلم الذي عرفه بقوله ((هو الكيان السياسي، والاجتماعي والاقتصادي لهذه الدولة، بما يقوم عليه هذا الكيان من معتقدات سياسية تتعلق بالأمن، والحرية الديمقراطية، ومعتقدات اجتماعية تتعلق بالمساواة أمام القانون واحترام أفكار دينية أساسية معينة، أو عقائد مذهبية اقتصادية كالاشتراكية والرأسمالية ونحوها........))

ومما يؤخذ على هذا التعريف أنه لم يوضح فكرة النظام العام بدقة، وبالغ في تعريفها واصفا إياها بالكيان السياسي والاجتماعي والاقتصادي لهذه الدولة، والنقد الموجه له أن هذه مقومات الدولة، وكان من الأجدر أن يدقق فيقول بأنه مجموعة من المبادئ الأساسية للكيان السياسي والاجتماعي والاقتصادي لهذه الدولة[1].

---

[1] -د/ غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص(تنازع القزانين)، ط1، دار الثقافة للنشر، الأردن 2011، ص239.

أما الفقه الإنجليزي فقد عرف النظام العام بأنه المبدأ الذي يوجب استبعاد تطبيق القانون الأجنبي في الأحوال التي يخالف فيها تطبيقه سياسية القانون الإنجليزي أو قواعد الآداب العامة المرعية في إنجلترا، أو يتعارض مع ضرورة المحافظة على النظم السياسية فيها[2].

وعرّفه الفقيه الفرنسي كابتان-Capitant- بأنه: ((مجموعة النظم والقواعد الوثيقة الصلة بمدينة بلد ما والتي يتعين على قضاتها تطبيقها بالأفضلية على أي قانون أجنبي ولو كان مختص وفقا لقواعد الإسناد العادية))[3].

والمشرع الجزائري اكتفى بالإشارة إليه في المادة 24 من ق،م،ج ، فنص على ما يلي: "**لا يجوز تطبيق القانون الاجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر**".

ويتضح لنا من خلال هذا النص أن المشرع الجزائري ألزم القاضي باستبعاد القانون الأجنبي طالما تعارضت نصوصه مع مقومات النظام العام الجزائري، وترك مهمة تحديد مفهومه الى القاضي المطروح أمامه النزاع [4].

أما القوانين الأجنبية فمنها من قام بتعريفه ومنها من اكتفى بالإشارة إليه فقط، فمثلا القانون المدني الألماني، الذي عرفه في المادة 30 منه والتي تنص على: "أن قواعد النظام العام هي تلك القواعد التي تتصل بأصل أسس النظام الاجتماعي والاقتصادي والسياسي للبلد وبمفهومها في وقت معين، ويكون من طبيعة انتهاكها ذلك النظام".

وتجدر الاشارة إلى أن النظام العام قد أشارت إليه بعض التشريعات، منها التشريع المصري في المادة 28 من القانون المدني، والتشريع السوري في المادة 30 من القانون المدني، وكذا القانون المدني الفرنسي في المادة 6 التي تنص على: "**لا يجوز بالاتفاقات الخاصة مخالفة القوانين المتعلقة بالنظام العام أو الآداب**".

أما عن مفهوم النظام العام في الشريعة الإسلامية، فهو كل نص ورد في القرآن، أو السنة، وكل حكم تم الاجماع عليه بين العلماء المسلمين.

والنظام العام بهذا التعريف في الشريعة، إنما يخاطب به المسلمون دون غيرهم أما غير المسلمين فلا يعنيهم[5].

والجدير بالذكر، من الأفضل في القانون الدولي الخاص لإبراز مفهوم النظام العام ومجالات تدخله التركيز على نطاقه الوظيفي وضبط دور القاضي في تحريكه.

إن الفقه يسلم بعدم جدوى تعريف النظام العام حصريا أو احصاء مجالات تدخله سلفا، لأنه فكرة وطنية مرنة آنية تختلف في المكان والزمان ومع ذلك يجب ضبطه بأسس موضوعية تبعث فيه الخصوبة والمرونة والقابلية للتطور استنادا لمعيار المصلحة العامة العليا في المجتمع، وبناءا عليه فإن دائرة النظام العام تضيق أو تتسع حسب مجالات تدخل الدولة في الحياة الاقتصادية حسب النظام الاقتصادي المعتمد.

---

[1] – بلمامي عمر، الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص، مذكرة لنيل شهادة الماجيستر، جامعة الجزائر 1986، ص119.

[2] –د/ حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص(تنازع القزانين)، دار الثقافة للنشر، عمان 2011، ص184.

[3] –د/ نادية فضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، ط4، دار هومة للنشر، الجزائر 2005، ص 112.

[4] –نادية فضيل، مرجع سابق، ص113.

[5] –بلمامي عمر، المرجع السابق، ص58.

ويتكون النظام العام والآداب العامة من الأسس التي يقوم عليها النظام السياسي والاقتصادي في الدولة ومن الحقوق الطبيعية والحريات الأساسية المكفولة والمعتقدات الاجتماعية والأخلاقية والدينية المتأصلة في المجتمع، ومن هذا المنطلق فإن النظام العام هو **مجموع الأسس الجوهرية التي يقوم عليها نظام مجتمع معين سياسيا واجتماعيا واقتصاديا وقانونيا ودينيا**[1] .

وخلاصة القول أنه لا يمكن وضع تعريف محدد صحيح لمضمون النظام العام، بل يجب ترك الأمر لقاضي الموضوع، يقدره بالنظر إلى كل حالة على حدة، وإن كل محاولة لتحديد مفهومه مآلها الفشل، ذلك أن النظام العام يمتاز بجملة من الخصائص لا يستطاع معه نجاح أي محاولة لوضعه في قالب علمي محدد، فالنظام العام هو وظيفية معيارية لها صبغة وطنية، نسبية في الزمان والمكان لتعلقه بصميم المصالح العليا للمجتمع والأسس الجوهرية لنظام الحكم، والضمانات الدستورية المقررة للمواطنين،[2] وللنظام العام خصائص خصصنا لها المطلب الثاني من هذا المبحث.

المطلب الثاني: خصائص النظام العام.

مما تقدم سالفا يتضح لنا جليا أنه لا يوجد اجماع حول مفهوم دقيق للنظام العام وذلك راجع لصعوبة ضبط هذه الفكرة، هذا ما يدفعنا للبحث عن الخصائص التي تميز النظام العام، وعليه يتفرع هذا المطلب إلى الفروع التالية الطابع الوطني (الفرع الأول)، الطابع النسبي (الفرع الثاني)، آنية وحالية النظام العام(الفرع الثالث)، الطابع الاستثنائي للنظام العام (الفرع الثالث).

الفرع الأول: الطابع الوطني.

بما أن النظام العام يستمد من معايير وطنية واحدة تعكس الأسس والمبادئ العليا في المجتمع، ويطبقه القاضي وحده بعد تحديده، والقول بوجود نظام عام دولي معناه صدوره من سلطة عليا تعلو على الدولة الواحدة، وهذا أصلا غير وارد ولهذا يقال النظام العام في العلاقات الدولية أو في القانون الدولي الخاص، أو في المعاملات ذات الصبغة الدولية.

وهناك جانب من الفقه الحديث يهدف للوصول إلى فكرة "**نظام عام دولي بالمعنى الحقيقي**" يهدف إلى حماية المصالح العليا للمجتمع الدولي بأسره ويستجيب للأهداف السامية التي تسعى إليها الجماعة الدولية، فيعد مخالفا للنظام العام الدولي اباحة الرق أو القرصنة أو حرمان الفرد من الحقوق الأساسية لأسباب عنصرية[3].

[1] -د/ الطيب زيروتي، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، دار هومة للطباعة، الجزائر 2011، ص293.

[2] - إعدداين حسيبة، استبعاد تطبيق القانون الأجنبي للنظام العام، مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، المدرسة العليا للقضاء 2009، ص7.

[3] - إعدداين حسيبة، نفس المرجع، ص8.

وعلى الرغم من وجاهة هذا الرأي وحرصه على السعي نحو تدويل فكرة النظام العام فمن العسير التوصل الى تحديد إطار واضح جامع لفكرة النظام العام، إلى جانب ذلك يرى غالبية الفقه أنه لا يمكن تصور فكرة النظام العام الدولي لعدم وجود سلطة عليا فوق الدول يمكن لها أن تفرض هذا النظام، وقد تتفق بعض التشريعات على اعتبار مسألة ما من النظام العام، وبمعنى آخر أن هناك مبادئ أساسية تشترك معظم الدول في الاعتراف بأهميتها، ومن ثمة اعتبار كل مساس بها مخالفة للنظام العام، إلا أنه لا يتم تطبيقها باسم النظام العام الدولي، ففي التطبيق العملي على القاضي إن هو أراد الأخذ بها فعليه أن يبدأ البحث عن طابعه الوطني، وما إذا كان مخالفا أم لا للقواعد الأساسية في قانونه فتدخل النظام العام في أي دولة يعني أن القانون الأجنبي يمس بالقاعد الأساسية في قانون القاضي، فمعيار إعماله هو أثره على قانون القاضي وليس طبيعته الدولية، ومع ذلك قد يكون لفكرة النظام العام الدولي دورا بالنسبة للمحكم في مسائل التجارة الدولية، لأنه ليس لهذا الأخير قانون وطني يعود إليه لاستبعاد القانون الواجب التطبيق على النزاعات المعروضة عليه متى كان ذلك لازما، ويبقى جائزا اللجوء للنظام العام الدولي بالمعنى الحقيقي للكلمة أمام القضاء الدولي[1]، كما أن للنظام العام طابع نسبي خصصنا له الفرع الثاني من هذا المطلب.

الفرع الثاني: الطابع النسبي.

النظام العام هو نسبي، بمعنى أنه متغير كما أن التغير في النظرة إلى النظام العام قد تكون على مستوى المفهوم نفسه، وقد تكون على مستوى المكان والزمان أو كليهما معا، فليس من قاعدة ثابتة تحدد النظام العام تحديد مطلق في الزمان والمكان وإن حاول البعض ضبطه بفكرة المصلحة العامة التي هي بذاتها تحتاج إلى ضابط.

أ-النسبية على مستوى المفهوم نفسه: ذلك أن النظام العام يرتكز إلى القواعد الأساسية التي يقوم عليها مجتمع ما، سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية، أو إلى سياسة تشريعية أساسية يسعى المشرع إلى تحقيقها، ففي نواة أي من هذه الركائز يكمن مفهوم نسبي يصعب ضبطه، ليس بين الدول فحسب، وإنما في الدولة الواحدة أيضا، فطالما أن العقلية العامة والشعور العام في أي مجتمع هي مسائل متحركة ونسبية، كذلك فإن النظام العام وليد تلك العقلية وذلك الشعور وإن كان موضوعيا يبقى كذلك متحركا ونسبيا[2].

ب-النسبية المكانية والزمنية للنظام العام: طالما أن النظام العام هو "**الوضع الطبيعي لمجتمع ما**" فهو بالضرورة متغير غير ثابت، لأن المجتمع ذاته متطور، وظروف مجتمع معين تختلف عن ظروف مجتمع آخر، ومع ذلك فما يعتبر من النظام العام في دولة ما قد لا يعتبر من كذلك في دولة أخرى، فمثلا نظام تعدد الزوجات لا

[1] -إعدداين حسيبة، نفس المرجع السابق، ص8.

[2] -سامي بديع منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، ط1، دار العلوم العربية، بيروت 1994، ص773.

يخالف النظام العام في البلاد الاسلامية[1]، بينما يخالفه في القوانين الأوربية والأمريكية(الدول التي تعتنق الديانة المسيحية).

والمثال الثاني مسألة التبني حيث تنص المادة 46 من قانون الأسرة الجزائري على منعه شرعا وقانونا، في حين تبيحه الدول الأوروبية.

ومن الناحية الزمنية، ففي داخل البلد الواحد، نجد أن ما يعد من النظام العام في وقت ما قد لا يعتبر كذلك في وقت آخر، فمثلا كان التطليق مخالفا للنظام العام في فرنسا قبل عام 1884ولا يمكن الحكم به حتى ولو كان القانون الأجنبي يجيزه، ولكنه صار غير مخالف للنظام العام بعد ذلك التاريخ، وهذا يعني أن فكرة النظام العام متغيرة تستعصي على التجميد أو التثبيت المكاني والزماني[2]. وهذا ما سنتطرق له في الفرع الثالث.

الفرع الثالث: آنية وحالية النظام العام.

قد يتغير مفهوم النظام العام داخل نفس الدولة كما اشرنا سابقا، فقد يكون الحق مخالفا للنظام العام عند نشوئه، وعند رفع الدعوى لا يكون مخالفا له، فأمامنا إذن نظام عام قديم ونظام عام جديد[3]، ومن هنا يثور التساؤل حول اللحظة التي يعتد فيها القاضي بمدى اتفاق أو تعارض القانون الأجنبي الواجب التطبيق مع النظام العام الوطني، فقد يكون ذلك القانون منافيا للنظام العام وقت نشأة العلاقة القانونية، ولكنه يصير متفق معه وقت رفع الدعوى أو الفصل فيها، وذلك على إثر تعديل تشريعي لاحق، وتثير هذه المسألة بعض الصعوبات.

-لقد استقر الرأي على الأخذ بمبدأ هام هو آنية أو **"حالية النظام العام"**.

مضمونه أن العبرة في تقدير مقتضيات النظام العام بوقت الفصل في الدعوى، دون النظر إلى ما قبل ذلك، فإذا كان القانون الأجنبي يتعارض مع مقتضيات النظام العام وقت تكون الحق أو المركز القانوني الناشئ عن العلاقة المعروضة وإلى ما قبل المنازعة، ثم زال ذلك التعارض إثر تحول أو تعديل القانون الأجنبي الواجب التطبيق، قبيل الفصل في النزاع، فلا يستبعد ذلك القانون، والعكس صحيح.

والمبدأ السابق يطبق أيضا في الفرض الذي يطرأ فيه تغير أو تحول في فكرة النظام العام ذاتها في قانون القاضي، ثم تعدل هذا الأخير وأعترف بالحكم المشار إليه، كإجازة تعدد الزوجات، أو الطلاق بإرادة منفردة، فإن العبرة أيضا بوقت الفصل في الدعوى، بمعنى أنه لا يستبعد القانون الأجنبي في هذه الحالة، والعكس صحيح هنا أيضا[4]، ومن خصائص النظام العام أيضا أنه استثنائي وهذا ما سنتطرق له في الفرع الرابع.

---

[1] -عدا القانون التونسي الصادر عام 1956.

[2] -د/ أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية، القاهرة 2008، ص596.

[3] -د/ أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري(تنازع القوانين)، ج1، دار هومة، الجزائر 2003، ص171.

[4] -عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص598.

الفرع الرابع: الطابع الاستثنائي للنظام العام.

يعد النظام العام أداة لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص أصلا في العلاقة والذي أشارت إليه قواعد الإسناد باختصاصه، فهو أداة لاستبعاد القانون الأجنبي بصورة استثنائية، ويترتب على هذا الطابع الاستثنائي لفكرة النظام العام وجوب إعمالها في أضيق نطاق لتقليص مجال استبعاد القانون الأجنبي وحصرها على تلك الحالات التي يهدد فيها تطبيق القانون الأجنبي مصلحة أساسية لحياة المجتمع بحيث لا يجوز التضحية بها[1].

فمخالفة القانون الأجنبي لأحكام القواعد الآمرة في قانون القاض لا يستلزم في جميع الأحوال استبعاد أحكام هذا القانون باسم النظام العام، فالقاعدة التي تقضي بتحديد سن الرشد تعتبر من النظام العام ولا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها، ومع ذلك فإن تحديد سن الرشد بالقانون الأجنبي بأقل أو أكثر مما في القانون الوطني لا يصطدم بالنظام العام ويجوز إعماله في العلاقات الدولية[2].

ويمكن القول بأن للنظام العام ما يميزه عن بعض الأنظمة المشابهة له وهذا ما سنتطرق له في المطلب الثالث من هذا المبحث.

المطلب الثالث: تمييز النظام العام عن الأنظمة المشابهة له.

لإزالة الغموض الذي يكتنف فكرة النظام العام ولحصر مفهومه سوف نحاول تمييزه عن بعض المفاهيم القريبة منه، وعليه يتفرع هذا المطلب إلى النظام العام في القانون الدولي الخاص والنظام العام في القانون الداخلي(الفرع الاول)، وعلاقة النظام العام بالقوانين ذات التطبيق المباشر(الفرع الثاني)، النظام العام وقواعد الإسناد(الفرع الثالث)، النظام العام ونظريتا الإحالة والتحايل(الفرع الرابع).

الفرع الأول: النظام العام في القانون الدولي الخاص والنظام العام في القانون الداخلي.

ذهب بعض المؤلفين وكذا بعض الأحكام القضائية إلى ضرورة التمييز بين النظام العام الداخلي في القواعد القانونية الداخلية البحتة والنظام العام في القانون الدولي الخاص وقالوا إن نطاق مفهوم الثاني أضيق من نطاق مفهوم الأول لأن القواعد القانونية المتعلقة بالنظام العام في القانون الداخلي هي قواعد آمرة لا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفته، وأن أي اتفاق على خلافها يعتبر باطلاً، بينما القواعد القانونية المتعلقة بالنظام العام في القانون الدولي الخاص هي قواعد آمرة تمنع وتستبعد تطبيق القانون الأجنبي وتحل قانون القاضي محله.

فدور النظام العام في القوانين الداخلية البحتة هو منع خروج الأفراد على قواعدها الآمرة أو الناهية أو تعطيلها باتفاقاتهم الخاصة واعتبار أي اتفاق يخالفها باطلاً، بينما دور النظام العام في القانون الدولي الخاص هو

[1] -حسن الهداوي، مرجع سابق، ص189.

[2] -د/هشام علي صادق، تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 2007، ص198.

استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص الذي يتقرر تطبيقه إشارة من قواعد الإسناد وطنية واستبدال قانون القاضي به[1].

ومن أوجه الاختلاف بينهما أيضاً -من حيث الاعتراض: حيث يكون الدفع بالنظام العام الداخلي بشأن علاقة وطنية بجميع عناصرها، أما الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص فيكون بخصوص علاقة قانونية مشوبة بعنصر أجنبي.

-من حيث الأثار: يترتب على الأخذ بالنظام العام الداخلي بطلان التصرف الذي يتعارض مع فكرة النظام العام، بينما الأخذ بالنظام العام في القانون الدولي الخاص لا يرتب البطلان وإنما يترتب عنه استبدال القانون المختص المخالف للنظام العام[2].

-في القانون الداخلي قد يكون الحق الشخصي مخالفاً للنظام العام وبالتالي يمنع نشوء

الحق أصلاً مثال ذلك: حظر نشوء روابط تعدد الزوجات في الدول الغربية التي تعتنق الديانة المسيحية، ومع ذلك بأثار هذا الحق إذا نشأ في الخارج طبقاً للقانون المختص، فيمكن التمسك بأثار هذا التعدد في بلد ما كفرنسا، وذلك عملاً بما يسمى بفكرة الأثر المخفف(سوف يتم التطرق له لاحقاً).

رغم أوجه الاختلاف السابقة الذكر إلا أن هناك نقاط مشتركة بينهما ونلخصها فيما يلي:

-أن هدفهما واحد وهو حماية المجتمع ومصالحه العليا-إن التمسك بكل منهما يكون داخل الدولة-إو الاحتجاج بهما يكون بنفس الشكل أمام المحكمة المرفوع أمامها النزاع وعن طريق الدفع بالنظام العام، ويحرك عادة من قبل المدعى عليه، ويحق للقاضي أن يثيره من تلقاء نفسه، كما يجوز إثارة الدفع بالنظام العام الداخلي والنظام العام في القانون الدولي الخاص في أية مرحلة من مراحل الدعوى ولا يجوز للأطراف الاتفاق على التنازل عن التمسك به[3].

وخلاصة القول أن كلاهما يهدفان إلى حماية النظام العام للقانون الوطني وتدعيم قوانين الدولة الأساسية سواء عن طريق منع الأفراد من الاتفاق على ما يخالفها بالنسبة للنظام العام الداخلي، أم عن طريق استبعاد القوانين الأجنبية التي لا يتفق تطبيقها مع الأساس القانوني الذي يقوم عليه النظام القانوني الوطني فيما يتعلق بالنظام العام في العلاقات الدولية، لذلك يقال أن النظام العام الداخلي هو الأصل والنظام العام في تنازع القوانين هو فرع منه، وفضلا عن ذلك فإن النظام العام الداخلي يرسم الحدود التي يسمح فيها بتطبيق القانون الأجنبي[4].

وأيضا يمكن أن نلمس الاختلاف بين النظام العام وبين ما يسمى بالقوانين ذات التطبيق المباشر وهذا ما سنتطرق له في الفرع الثاني.

---

[1] -غالب علي الداودي، مرجع سابق، ص246.

[2] -حسن الهداوي، مرجع سابق، ص188.

[3] -حسن الهداوي، مرجع سابق، ص187 ومايليها.

[4] -إعدداين حسيبة، مرجع سابق، ص12.

الفرع الثاني: علاقة النظام العام بالقوانين ذات التطبيق المباشر.

تتدخل الدولة في المجالات الحيوية بنصوص آمرة تطبق على كافة المواطنين والأجانب، وهذا الدور ناتج عن تطور تدخل الدولة في المجتمع وتوجيهها لحل الحياة الاقتصادية، معتمدة في ذلك على ما يسمى بالقوانين ذات التطبيق المباشر أو قوانين البوليس والأمن، وأحيانا يخلط الفقه بين هذه القوانين والنظام العام، وعلى هذا الأساس يطلق عادة تسمية "**قوانين النظام العام**" على هذه القوانين الآمرة التي يسميها الاصطلاح الحديث كذلك "قوانين التطبيق المباشر أو الآني"، وبناء عليه يرى جانب من الفقه الحديث بأن هذه القوانين ما هي إلا تجسيد لفكرة النظام العام حسب دوره التقليدي دون الاعتداد بتحليل العلاقة المطروحة أمام القضاء وردّها إلى إحدى الأفكار المسندة تمهيداً لتطبيق القانون المختص، حيث يرفض هذا الاتجاه إتباع المنهج الحديث في فض التنازع بالنسبة لهذه المسائل عن طريق إدراجها في قواعد الإسناد التي تخضع لقانون القاضي[1].

أما الاتجاه الثاني من الفقه الحديث فيرى بضرورة التمييز بن النظام العام والقوانين ذات التطبيق المباشر وهذا من خلال النقاط الآتية:

1-القوانين ذات التطبيق المباشر تتميز بالكفاية الذاتية، حيث لا تحتاج لفكرة النظام العام، فتسري على العلاقات الداخلية والدولية دون تمييز وهذا بمقتضى نصوص قانونية وطنية صادرة من المشرع الوطني، في حين أن النظام العام يشكل سداً للذرائع والنواقض التي قد يغفل عنها المشرع بالتنصيص عليها، ليتدخل النظام العام ويقف كحاجز منيع يمنع تسرب القوانين الأجنبية إلى إقليم دولة القاضي، إذا كانت تمس بالمبادئ الأساسية السائدة فيها، وهذا دون الحاجة لنصوص تشريعية آمرة.

2-هناك من الفقهاء من اعتبر القوانين ذات التطبيق المباشر منهجا مستقلاً عن مناهج التنازع يتدخل بصفة مستقلة عن قواعد الإسناد، كلما اتضح لدى القاضي الوطني أي بعض المراكز القانونية تتميز بقدر من الأهمية الوطنية[2]، فيطبق القانون الوطني عليها.

أما تدخل النظام العام فهو يفترض دائماً العمل وفق منهج قواعد التنازع ثم ثبوت الاختصاص التشريعي للقانون الأجنبي، وفي المرحلة الأخيرة يقرر القاضي الوطني استبعاد هذا القانون بلسم النظام العام.

3-إن قوانين البوليس والأمن أو التطبيق الفوري لها صفة مطلقة تقتضي التطبيق المباشر لقانون القاضي ولا ترد على هذا المبدأ تخفيفات بينما التخفيف يجوز من آثار النظام العام وفق ما يطلق عليه بالأثر المخفف للنظام العام في القانون الدولي الخاص، ولتميز النظام العام أكثر عما يشابهه من أنظمة سنتطرق للتفرقة بين النظام العام وقواعد الاسناد وهذا في الفرع الثالث.

---

[1]- نادية فضيل، مرجع سابق، ص 117.

[2]- د/ دغيش أحمد، حالات استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص بحكم النزاع أمام القضاء الجزائري، محاضرة ألقيت بالمركز الجامعي بشار، الجزائر د.ت ،ص7.

الفرع الثالث: النظام العام وقواعد الإسناد.

حاول بعض الفقه اعتبار النظام العام بمثابة إحدى طوائف الإسناد، وهذا بهدف التخفيف من الصفة المشوشة لهذا التدخل المباغت، والواقع أن مذهب مانشيني[1]، أعطى الغلبة للقانون الوطني(**شخصية القوانين**)، الأمر الذي كان بوسعه أن يؤدي إلى تطبيق كافة القوانين الشخصية الأجنبية تطبيقً واسعا في إيطاليا، ولذلك فقد اضطر لإيجاد استثناء لصالح مجموعة من القوانين المسماة إقليمية يمكنها أن تتملّص من وطأة الحالة الشخصية، وأدخل فيها عدداً من القوانين من بينها القوانين العينية، الجزائية، وشكا الأعمال القانونية.....إلخ، وقد خيّل لمانشيني آنذاك أن مفهوم النظام العام المكرس كطائفة من طوائف الإسناد كفيل بإحداث صلة تجمع بين هذه المواد المتباعدة، إلا أن هذه الفكرة ترتكز على عدد من الالتباسات:

أولاً/ دلت التجربة على أن النظام العام مجرد عن محتوى دقيق فهو يتميز بالأحرى بوظيفته ولا يتجسد في الواقع إلى حين أن يقوم بدوره، أي إلى حين أن يقرر القاضي تدخله، وهو فضلاً عن ذلك لا يشبه أي مادة أو مجموعة من المواد وإن كان يتدخل فيها، ولذلك لا غرابة إذا تدخل مثلاً لمنع إثبات النسب صلة بنوة نجمت عن الزنا مع أنها مسألة تتعلق بالحالة الشخصية وتخضع بالتالي للقانون الشخصي[2].

ثانياً/ يلعب النظام العام دوره حتى ضد قانون عيني أجنبي، والواقع أنه يحق للمحاكم أن تنظر في الدعاوى المتعلقة بعمل تم، أو جنحة ارتكبت، أو منقول متواجد في الخارج، وفي هذه الحالة يجوز للنظام العام أن يتدخل لإزاحة القانون الأجنبي المختص،

ثالثاً/ وثمة فارق أخير يفصل النظام العام عن قاعدة الإسناد العادية من حيث الوقت الذي يعتد به، فقاعدة الإسناد الواجبة التطبيق هي القاعدة السارية المفعول وقت نشوء المركز القانوني، بينما يتحدد محتوى النظام العام بوقت المنازعة أمام القضاء، إذن النظام يتميز بآنيته.

الفرع الرابع: النظام العام ونظريتا الإحالة والتحايل.

أولاً/ النظام العام ونظرية الإحالة: الإحالة نظرية تقول بتطبيق قواعد القانون الدولي الخاص، في القانون الأجنبي الواجب التطبيق، وتتفق الإحالة مع النظام العام في أن كلاهما وسيلة لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي، ففي الإحالة يستبعد القانون الأجنبي عندما نكون بصدد تنازع سلبي، وهو الدفع بعدم الاختصاص من كلا القانونين من جهة، ومن جهة ثانية إحالة القانون المسند إليه النزاع القضية المتنازع فيها، إما إلى قانون دولة القاضي الذي نظر في القضية أولاً، وهذه تسمى إحالة من الدرجة الأولى، وإما إحالتها إلى قانون دولة ثالثة، وهذه تسمى إحالة من الدرجة الثانية.

---

[1] يعد مانشيني من انصار نظرية شخصية القوانين ومتزعم المدرسة الإيطالية الحديثة.

[2] – موحند إسعاد، القانون الدولي الخاص، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1989، ص243 244.

ثانياً/ النظام العام ونظرية التحايل: يجتمع النظام العام مع نظرية التحايل أو ما يسمى(**الغش نحو القانون**) في أنهما من الموانع التي تحول دون تطبيق القانون الأجنبي، إذ يستبعد من طرف القاضي الوطني، إذا تبين له أنه مخالف للنظام العام، وكذا إذا ثبت لديه قصد أحد الأطراف التحايل على القانون، إلا أن الغش نحو القانون لا يتحرك إلا إذا عمد أحد الأطراف إلى تغيير ضابط الإسناد، الذي يتحدد به القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية، بخلاف النظام العام الذي يعمل به القاضي إذا تبين له أن هذا القانون الأجنبي مخالف لمقتضيات النظام العام، كما أنه هناك فرق في الشروط، فشروط اعمال الدفع بالنظام العام هي ثبوت الاختصاص التشريعي للقانون الأجنبي وأن يكون هذا القانون مخالف للنظام العام، في حين تتلخص شروط التحايل على القانون في نقطتين وهما أن يغيّر ضابط الإسناد وأن يتم التغيير بسوء نية[1]. ولإعمال الدفع بالنظام العام لابد من توافر شروط معينة خصصنا لها المبحث الثاني من هذا الفصل.

المبحث الثاني: إعمال الدفع بالنظام العام.

تتفق سائر التشريعات على استبعاد تطبيق القانون الأجنبي متى كان مخالفاً للنظام العام فيما بين الدول وهذا الاختلاف يمكن أن يتسع أو يمتد، وقد يضيق وذلك بفعل تزايد أو تباعد الحضارات والثقافات ويعبر عن ذلك بعض الفقه ب"**المد والجزر في نطاق النظام العام**"، ولذلك يجمع الفقه على ترك أمر تحديد مجال إعمال الدفع بالنظام العام بيد القاضي الذي يتمتع بسلطة تقديرية إن لم تكن مطلقة فهي واسعة، غير أنه يجب عليه أن يتحقق من توافر شروط إعمال هذا الدفع.

المطلب الأول: مجال تدخل النظام العام.

يرى بعض الفقه أنه لا يمكن حصر مقدماً مختلف الحالات التي يمكن تطبق فيها فكرة النظام العام لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص وفقاً لقواعد الإسناد الوطنية.

ويؤكد ذلك فشل الحل الذي تبنته المادة الثانية من اتفاقية لاهاي لسنة 1902 لتنظيم تنازع القوانين في مادة الزواج، فقد حددت مقدماً الحالات التي يمكن فيها اللجوء إلى فكرة النظام العام فكان ذلك سبباً في نقضها.

ويؤكد هذه الاستحالة أيضا كثرة المعايير التي جاء بها الفقه لفكرة النظام العام، فعند بعض الفقه يعتبر القانون الأجنبي مخالفاً للنظام العام إذا اشتمل على نظم قانونية غير معروفة في قانون القاضي، وعند البعض الآخر يعتبر القانون الأجنبي مخالفاً للنظام العام إذا كان متعارضاً مع السياسة التشريعية للدولة، ويرى البعض الآخر

[1]- نادية فضيل، مرجع سابق، ص129.

وجوب استبعاد تطبيق القانون الأجنبي باسم النظام العام إذا كان يصطدم بالمبادئ العامة المتعارف عليها لدى الأمم المتحضرة أو كان يصطدم بمبادئ القانون الطبيعي[1].

وأمام هذه الصعوبات في تحديد مختلف الحالات التي يطبق فيها النظام العام لاستبعاد القانون الأجنبي تبقى السلطة التقديرية للقاضي يحدد ما إذا كان القانون الأجنبي مخالف أو غير مخالف للنظام العام، غير أن ذلك لا يعني ترك الأمر لتقديره الشخصي أو لمعتقداته وقناعته الذاتية، بل لا بد من إعمال معايير موضوعية.

أما فيما يخص المشرع الجزائري فقد نص في المادة (24) من ق، م، ج على عدم جواز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة، إذا كان مخالفاً للنظام العام والآداب العامة في الجزائر، والمقصود بالنصوص السابقة هي المواد من (9 إلى 23)، إن هذه المواد هي التي تحدد نطاق تطبيق النظام العام.

أولاً: تحديد نطاق تدخل النظام العام في التشريع الجزائري.

إن المواد من(9 إلى 23) من القانون المدني الجزائري، تتعلق بالمسائل الآتية:

-التكييف (المادة 9) الذي يكون وفقاً لقانون القاضي.

-الأحوال الشخصية: الحالة(المادة 10)، الزواج، الطلاق(المواد 11،12،13)، النفقة (المادة 14)، الوصاية، الولاية والقوامة (المادة 15)، الميراث، الوصية (المادة 16)، الأحوال العينية (المادتان 16،17)، العقود (المادتان 18،19)، الالتزامات غير التعاقدية (المادة 20)، تغطي هذه المواد كل نطاق تدخل النظام العام.

يدخل كذلك في نطاق النظام العام، قانون الأسرة المستمد من الشريعة الاسلامية والباقي من الشريعة الاسلامية[2]، وقانون الحالة المدنية لاسيما الباب الرابع الذي جاء تحت عنوان "الحالة المدنية في القانون الدولي(المواد من 95 إلى 111)[3].

يمكن للنظام العام أن يتدخل في كل هذه المسائل و نستخلص في ذلك من القضايا التي نظر فيها القضاء الجزائري، مثال ذلك:

القرار الصادر بتاريخ 1984/06/23 في قضية (در) ضد (ب س) وزوجته، فجاء إحدى حيثياته ما يلي: **"حيث أن الحكم بدفع الفائدة المتفق عليها المقدر ب12% المحكوم بها في نفس الحكم الصادر عن محكمة "بوفيه" (فرنسا) المؤرخ في 20 جوان 1972 المتعارض مع مقتضيات المادة 454 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أن القرض بين الأفراد يكون دائماً بدون أجر ويقع باطلاً كل نص يخالف ذلك، وأنه كان على المجلس القضائي بتيزي وزو الامتناع عن منح الصيغة التنفيذية لهذا الجانب مما هو محكوم به عليه"**[4]، لذلك أستبعد تطبيق القانون الأجنبي لمخالفته للنظام العام الجزائري.

---

[1]- أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص170،171.

[2]- جاء في المادة 222 من قانون الأسرة ما يلي: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الاسلامية.

[3]- أنظر الأمر رقم 70-20 الموافق ل 19 فبراير 1970 المتعلق بالحالة المدنية.

[4]- عليوش قربوع كمال، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ج1، دار هومة للنشر، الجزائر 2011، ص168.

-في مسألة موانع الزواج: جاء في القرار الصادر عن المجلس الأعلى ما يلي: **"حيث أن المحكمة ترى وأنه مادام هذا الزواج المطلوب تسجيله من المدعية غير ثابت أصلاً، وذلك باعترافها، وما دام هذا الشخص الذي تدّعي زواجها به توفي وغير مسلم وذلك بشهادتها وشهادة الشاهدين، ولما كان ذلك مخالفاً للنظام العام فإنه يتعين رفض دعواها"**[1].

بالرجوع إلى نص المادة(31) من قانون الأسرة "**لا يجوز زواج المسلمة بغير مسلم**"، حيث جاء في القرار السابق الذكر أن زواج المسلمة بغير المسلم يكون مخالفاً للنظام العام وبالتالي يعد الزواج باطلاً، فأساس النظام العام في هذه الحالة هو أساس ديني.

-القرار الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 1989/01/02 في قضية(ف م) ضد المدعو (ص ع) جاء فيه: **"وحيث أن المجلس الأعلى قد سبق له وأن أصدر عدة قرارات في مسألة الحضانة وأتخذ فيها مبدأ وهو أنه في حالة وجود أحد الأبوين في دولة أجنبية غير مسلمة وخصاما على الأولاد بالجزائر، فإنه من يوجد بالجزائر أحق بهم ولو كانت الأم غير مسلمة ويتأكد هذا أكثر إذا كان كلا الأبوين مسلمين وكل حكم أجنبي يتعارض مع هذا المبدأ ينظر إليه من هذه الزاوية ويحول بينه وبين تنفيذه، وعليه مما ذهب إليه المجلس لموافقته على الحكم أو القرار الأجنبي المستدل بمقتضاها حضانة البنتين لأمهما بفرنسا كان كل صواب، فإبقاء البنتين بفرنسا يغيّر من عقيدتهما ويبعدهما عن دينهما وعادات بلادهما وهذا يمس بقواعد النظام العام، فضلاً عن ذلك أن الأب له الحق في الرقابة وإبعادهما عنه يحرمه من هذا الحق، ومن ثمة فإن النعي على القرار بما ورد السبب غير مقبول"**[2].

فيما يتعلق بمسألة الحضانة، فإن الإشكال المطروح لا يخص الاختلاف بين القانونين الفرنسي والجزائري، فكلاهما ينصان على أن الحضانة للام، وإنما يتدخل النظام العام في وجه النتيجة التي يؤدي إليها تطبيق القانون[3].

فبالرجوع إلى المادة(64) من قانون الأسرة والتي تنص: "**الأم أولى بحضانة ولدها....**"

والمادة (62) من نفس القانون التي تنص: "**الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه.....**".

والمادة (69) منه: "**إذا أراد الشخص الموكل له الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي، رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه، مع مراعاة مصلحة المحضون**".

فإذا كانت الأم تسكن في بلد أجنبي غير مسلم، ويصعب على الأب زيارة ولده، فإن القاضي يمنح للأب الحضانة لأن المادة(62) تنص على أن يربى الولد على دين أبي، وثمة إسقاط الحضانة على الأم المتوطنة في بلد أجنبي غير مسلم.

---

[1]- نشرة القضاة، جانفي 1987، العدد الأول، ص79-81.

[2]- المجلة القضائية، العدد 4-1990، ص74-76.

[3]- عليوش قربوع، مرجع سابق، ص173.

ففي هذه الحالة تم استبعاد تطبيق القانون الأجنبي لا لمخالفته للنظام العام، وإنما بسبب النتيجة التي يؤدي إليها تطبيق القانون الأجنبي وذلك بهدف الحفاظ على الانتماء الحضاري والعقيدة والعادات الجزائرية[1].

ويمكن القول في آخر هذا المطلب، وعلى ضوء هذه التطبيقات القضائية، أن إعمال الدفع بالنظام العام في الجزائر غالباً ما يكون في مسائل شؤون الأسرة لارتباط أحكام قانون الأسرة بمبادئ الشريعة الإسلامية، إلا أن ذلك لا يمنع إعماله في مجالات أخرى طبقاً لنص المادة (24) من القانون المدني، فإنه ونظراً للغموض الذي تتصف به فكرة النظام العام من جهة، بالإضافة إلى كون المبادئ والقيم الأساسية التي يقوم عليها أي مجتمع قابلة للتغير في أي وقت (الطابع النسبي)، من جهة أخرى فإنه يصعب تحديد وحصر الحالات التي يمكن فيها إعمال الدفع بالنظام العام، فمن الممكن أن تتعدد تطبيقات فكرة النظام العام بتعدد المنازعات، بحيث لا يمكن أن نعرف مقدماً ما إذا كان تطبيق القانون الأجنبي سوف يترتب عليه مساس بالنظام العام من عدمه.

المطلب الثاني: شروط الدفع بالنظام العام.

إن تطبيق القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة التنازع الوطنية مرهون بتحفظ مؤداه ألا يكون مخالفاً للأسس الجوهرية التي يقوم عليها قانون القاضي، ولما كان التأكد من هذه المخالفة لا يتحدد إلا في المرحلة القضائية، أي في مرحلة إثارة النزاع، فإن أهمية الدفع بالنظام العام تظهر في هذا الوقت، والدفع بالنظام العام هو دفع موضوعي موجه إلى القانون الأجنبي كله أو بعضه بقصد استبعاده أو استبعاد الجزء المخالف منه، ويمكن لأي من أطراف الخصومة أن يتمسك به في أي مرحلة تكون عليها الدعوى، كما يمكن للقاضي أن يثيره من تلقاء نفسه، على أنه يلزم لإثارته توافر بعض الشروط[2]: الأول يتعلق بثبوت الاختصاص(الفرع الأول) والثاني يتعلق بمقتضيات النظام العام(الفرع الثاني).

الفرع الأول: ثبوت الاختصاص التشريعي للقانون الأجنبي.

يجب أن تشير قاعدة الإسناد في قانون القاضي إلى اختصاص القانون الأجنبي، إذ يتعين على القاضي أن يبدأ بتطبيق قاعدة الإسناد على النزاع المطروح أمامه، فإذا أدى ذلك إلى اسناد حكم النزاع إلى قانون أجنبي توافر أول شرط لإعمال الدفع بالنظام العام، وعلى هذا لا يتصور إعماله إذا القانون الواجب التطبيق هو القانون الوطني، وذلك حتى في حالة وجود تنازع داخلي في القوانين طالما أن كافة القوانين صادرة من مشرع واحد[3].

لكن لا داعي لتحريك الدفع بالنظام العام ما دامت هناك وسائل أخرى عادية لاستبعاده ومن ذلك أن يثبت الاختصاص لقانون القاضي باعتباره قانون موقع المال(المادة17 من ق،م،ج)، أو في حالة كون القانون

[1]- عليوش قربوع كمال، مرجع سابق، ص174.

[2]- عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين(دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان 2007، ص576.

[3]- إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين)، مصر 1997، ص381.

الأجنبي يرفض الاختصاص ويحيل حكم العلاقة إلى قانون القاضي وكان هذا الأخير يقبل الإحالة وهذا ما نصت عليه المادة (23 مكرر1 فقرة 02)"**غير أنه يطبق القانون الجزائري إذا أحالت إليه قواعد تنازع القوانين في القانون الأجنبي المختص**".

كذلك قد يستبعد القانون الأجنبي المختار من المتعاقدين إذا تعلق الأمر بالتصرفات الإرادية وكان اختيار المتعاقدين غير نزيه بأن انعدمت الصلة بين القانون الأجنبي المختار وأطراف العلاقة القانونية أو موضوعها، حيث تنص المادة (18) من القانون المدني الجزائري "**يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد**"، وبالتالي يستبعد هذا القانون ويحل محله قانون آخر تتركز في إقليمه العلاقة القانونية بأهم عناصره البارزة وذلك لتخلف الشروط المطلوبة حسب مبدأ قانون الإرادة، وحسب القانون المدني الجزائري فإنه يحل محله قانون الموطن المشترك، أو الجنسية المشتركة، وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون محل إبرام العقد حسب الفقرتين الثانية والثالثة من نص المادة (18) السابقة الذكر باستثناء العقود المتعلقة بالعقار فيسري عليها قانون موقعه.[1] إلى جانب شرط ثبوت الاختصاص للقانون الاجنبي هناك شرط ثاني وهو توافر مقتضى من مقتضيات النظام العام وهذا ما سنتطرق له في الفرع الثاني.

الفرع الثاني: توافر مقتضى من مقتضيات النظام العام.

وذلك بأن يكون القانون الأجنبي في مضمونه يتعارض تعارضاً كلياً أو جزئياً مع مضمون القانون الوطني، أو بالأحرى يكون مضمون القانون الأجنبي لا يتفق تماماً مع إحدى مقتضيات النظام العام في دولة القاضي، وللإشارة فإن هذه المقتضيات تختلف من مجتمع لآخر ومن زمن لآخر داخل المجتمع نفسه، فالشيوعية مثلاً في المجتمع الصيني في عهد "**ماو تشي تونك**"، تعد من النظام العام، بينما في المجتمع الأمريكي تعتبر مخالفة للنظام العام، والسبب في هذا الاختلاف راجع لتنوع مقتضيات النظام العام من دولة لأخرى[2].

وبالتالي يجب أن يكون هناك تعارض صارخ بين القانون الأجنبي والأسس الجوهرية التي يقوم عليها قانون القاضي، وبالتالي إن أهمية وجود الرابطة بين المنازعة المطروحة ودولة القاضي يأخذ بها حسب كل قاضي وتصوره للوضع القائم.

إن مجرد اختصاص القاضي للنظر في النزاع لا يعد كافياً بحد ذاته، إلا إذا كان القانون الأجنبي يتعارض مع أبسط الحقوق الطبيعية للإنسان أو أنه كان ظالماً للغاية كأن يبيح الرق أو التمييز حسب لون الأنسان أو دينه، عندها لا يمكن للقاضي إلا رفضه، ما عدا ذلك من الصعب القبول بتمسك القاضي بالنظام العام لاستبعاد

---

[1]- مباركي نسرين، حالات استبعاد تطبيق القانون الأجنبي من طرف القاضي الوطني، مذكرة نهاية الدراسة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الجزائر 2009، ص11.

[2]- دغيش أحمد، مرجع سابق، ص09.

القانون الأجنبي وتعطيل قواعد الإسناد في تشريعه بشأن قضية لا تعنيه، وبالتالي لقد اختلفت الآراء الفقهية حول المعيار الذي يحدد الرابطة بين المنازعة المطروحة وقانون القاضي[1].

حيث يرى بعض الفقه في كل من ألمانيا وسويسرا أنه يقع على عاتق قاضي الموضوع أن يجد هذا المعيار الذي يتحقق به الصلة المطلوبة بين دولته والنزاع، ويتمتع القاضي بسلطة تقديرية تختلف من حالة لأخرى، ولكن أنصار الرأي المنادي بضرورة وجود صلة بين المنازعة المطروحة ودولة القاضي لم يحددوا مقصدهم من توافر تلك الرابطة: هل هي رابطة الجنسية أم رابطة الموطن أم رابطة موقع المال، وإزاء الحيرة التي وقع فيها هؤلاء انتهى بعضهم إلى القول بأنه لم توجد أي رابطة من الروابط السالفة الذكر، فإن مجرد رفع النزاع إلى محاكم الدولة يكفي لقيام تلك الرابطة، والفرض أنها مختصة بنظره كاف وحده للقول بارتباطها بإقليم دولة القاضي، بما يبرر تحرك الدفع بالنظام العام لاستبعاد القانون الأجنبي المخالف[2].

وقد اتجهت بعض التشريعات كالقانون الألماني والسويسري إلى تطبيق قانون القاضي في مواجهة القانون الأجنبي، هذا ما أطلق عليه البعض تسمية الشروط الخاصة بالنظام العام، وتتسم هذه الشروط بخاصيتين:

-تبيان حدود التسامح التي يبديها قانون القاضي في مواجهة القانون الأجنبي.

-تحديد الرابطة الواجب توافرها بين النزاع وقانون القاضي والتي تبرز تدخله لاستبعاد القانون الأجنبي.

وعادة ما توجد هذه الشروط في القوانين الخاصة بالأسرة أو في مسائل الأحوال الشخصية بصفة عامة لارتباطها باعتبارات دينية أو اجتماعية، وقد اختلفى الفقهاء حول ما إذا كان يتوجب أن يكون أحد الأطراف وطنيا أم لا لاستبعاد القانون الأجنبي.

بعض التشريعات كالقانون التونسي تنص بذلك، والبعض الآخر يجعل من الصفة الوطنية لأحد الأطراف مبرراً كافياً لتطبيق قانون القاضي، أن القصد الكامن وراء هذه القواعد التشريعية هو انتشار القانون الوطني بحكم العلاقة متى كان أحد أطرافها وطنياً، وفي العموم اعتمد المشرع الطابع الانفرادي لقاعدة التنازع لأنها تحقق نفس الغاية التي يحققها النظام العام وتتفوق عليه من زاوية التحديد والوضوح، وفي فرنسا وإن لم تضع محكمة النقض مبدأً عاماً أخضعت بموجبه استبعاد تطبيق القانون الأجنبي عن طريق الدفع بالنظام العام لشرط وجود رابطة تربط المنازعة المطروحة بقانون القاضي الفرنسي، إلا أنه ومن خلال الاجتهادات الفرنسية يتبين لنا أنها تجعل في مسائل الأحوال الشخصية من رابطة الجنسية في بعض الحالات معياراً لاستخدام الدفع بالنظام العام[3].

ونخلص في الأخير، إلى أنه يتوجب لإعمال الدفع بالنظام العام توافر شروط خارجية وأخرى داخلية، وتنحصر الأولى في أن كون اعمال قاعدة الاسناد في المسألة ضرورياً(وذلك لاشتمالها على عنصر أجنبي)، وأن يؤدي إعمالها إلى عقد الاختصاص التشريعي للقانون الأجنبي أي أن يكون هذا الأخير هو الواجب التطبيق على

[1]- محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، ط1، دار الحامد للنشر، الأردن 2002، ص287.

[2]- عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص579.

[3]- عكاشة عبد العال، مرجع سابق، ص585.

المسألة، أما الشروط الداخلية فهي أ، ينظر القاضي في أحكام القانون الأجنبي الواجب التطبيق وأن يبحث فيها بتريث على تطبيقها في النزاع المطروح أمامه، ثم يقارن بين ما يؤدي إليه تطبيقها وبين ما يؤدي إليه قانونه، ليتبين من خلال هذه المقارنة ما إذا كان تطبيق أحكام هذا القانون الأجنبي يتنافر مع المصالح العليا في مجتمع بلده فيمتنع عن تطبيقها، أم أن هذا التنافر لا يوجد فيطبقها[1]. وللقاضي سلطة تقديرية يستطيع من خلالها تقدير ما إذا كان في تطبيق القانون الأجنبي مساس بالنظام العام في بلده وهذا ما سنتطرق له في المطلب الثالث من هذا المبحث.

المطلب الثالث: السلطة التقديرية لقاضي الدعوى.

من خلال ما سبق يتبيّن لنا أن النظام العام يتميز بصفتي النسبية والآنية، مما يستعصي معه التحديد والحصر الدقيق له، ومن ثمة منحت للقضاء سلطة تقديرية واسعة بحيث أصبح مشرعا في دائرة مرنة وسيلته في ذلك التقيّ بآدابه عصره ونظم أمنه الأساسية مقدراً الأمور بمعيار موضوعي هو فكرة المصلحة العامة العليا لمجتمعه.

فسلطة القاضي التقديرية على الوجه السالف الذكر لا تعني إمكان تحديده لما يعد من النظام العام في ضوء نظرته الشخصية للأمور، فهو يفصل في النزاع بوصفه ممثلاً لمجتمع الدولة ومن ثمة ينحصر دوره في تمثيل الأفكار السائدة في هذا المجتمع والبحث عن مدى اصطدامها بالقانون الأجنبي الذي تشير إليه قاعدة الاسناد[2].

والملاحظ أنه من العسير القول بأن قانوناً أجنبياً معيناً يعد مخالفاً للنظام العام لقانون القاضي والحال أن قانونه يتضمن قاعدة مماثلة لذات القاعدة الأجنبية المخالفة، ولكن يستثنى من هذا التعميم، حالة ما إذا كانت القاعدة الموجودة في قانون القاضي تهدف إلى عكس الفرض الذي يهدف إليه النص الأجنبي، وينطبق هذا الاستثناء بصفة خاصة، على حالة بعض القوانين التي تصدر حديثا، في بعض الدول والتي تنص على قيود معينة متعلقة بالنقد، فإذا كان قانون القاضي يتضمن مثلاً، قيود متعلقة بالنقد بهدف حماية الاقتصاد الوطني، وكان النظام القانوني الأجنبي يتضمن ذات القيود بهدف حماية اقتصاد الدولة الأجنبية ضد الدول الأخرى ومنها دولة القاضي، الأمر الذي يترتب عليه الاضرار بمصالح دولة القاضي، إذ يمكن القول في مثل هذه الحالة بأن وجود قاعدة من هذا النوع في كل من القانونين الوطني والاجنبي قد يحول دون إمكانية إعمال الدفع بالنظام العام[3].

ويتعين على القاضي عند قيامه بتحديد مدى اصطدام القانون الأجنبي بالنظام العام في دولته ألا يقتصر على الرجوع إلى القانون الأجنبي بشكل مجرد لتحديد ما إذا كانت أحكامه تتعارض مع مقتضيات النظام العام، بل يجب عليه أن ينظر كذلك إلى الأثر الذي قد يترتب من الناحية العملية على تطبيق حكم القانون الأجنبي على النزاع ليتبين ما إذا كان الحكم في هذا النزاع وفقاً للقانون الأجنبي ينطوي على مساس بالنظام العام، وحتى لو

[1]- عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص(تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين)، ج2، ط1، د.ت.

[2]- فؤاد عبد المنعم رياض، تنازع القوانين، الاختصاص القضائي الدولي وآثار الأحكام الأجنبية، دار النهضة العربية، القاهرة 1994، ص147.

[3]- جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، ج2، طبعة 2005، ص201.

كان القانون الأجنبي غير متعارض في ذاته مع النظام العام في دولة القاضي، وبعبارة أخري يمكن القول بأن دور القاضي لا يقف عند حد التحقق من كون القانون الأجنبي يتنافى مع النظام العام أم لا من الناحية النظرية المجردة بل إن هذا الدور يمتد إلى بحث النتيجة العملية التي تترتب على تطبيق القانون الأجنبي فعلاً على النزاع المطروح أمامه، فقد يحدث أن يكون القانون الأجنبي غير مخالف للنظام العام في دولة القاضي ولكن يتضح أن تطبيقه على النزاع سيؤدي إلى نتيجة تتعارض مع النظام العام[1].

ومن الأمثلة الهامة على ذلك قضية شهيرة طرحت على المحاكم الفرنسية حديثا تعرف باسم قضية "**potino**"، حيث اتضح فيها أن تطبيق القانونين الأجنبين الذين تشير إليهما قاعدة الاسناد الفرنسية (وهما القانون الإسباني والقانون البوليفي)سيؤديان إلى نتيجة تتعارض مع النظام العام في فرنسا، إذ سيرتب على تطبيقهما على النزاع عدم إمكان حل رابطة الزوجية على الاطلاق، سواء بالطلاق أو بالانفصال الجسماني، وهذه النتيجة تتعارض مع النظام العام في فرنسا، إذ أن امكان انهاء الرابطة الزوجية يعتبر من المبادئ الاساسية في فرنسا، وهذه النتيجة المخالفة للنظام العام إنما نجمت عن تطبيق قانونين لا يعتبران في ذاتهما مخالفين للنظام العام في فرنسا، فالقانون الاسباني يسمح بإنهاء رابطة الزوجية بالانفصال الجسماني فقط ولا يسمح بالطلاق، والقانون البوليفي يسمح بدوره بإنهاء رابطة الزواج بالطلاق فقط ولا يسمح بالانفصال الجسماني، فبالرغم من عدم تعارض أي من القانونين مع النظام العام الفرنسي فإن تطبيقهما معاً على النزاع من شأنه أن يؤدي إلى نتيجة مخالفة للنظام العام الفرنسي وهي عدم إمكان وضع حد لرابطة الزوجية سواء عن طريق الطلاق أو بالانفصال الجسماني[2].

وما مما سبق أن السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي ليست مطلقة بل هي خاضعة لرقابة المحكمة العليا ذلك أن الدفع بالنظام العام هو استثناء يعطّل تطبيق قاعدة الاسناد، فهو يتعلق بمسألة قانونية حيث يحترز من احلال القضاة لآرائهم الخاصة في العدل الاجتماعي محل ما يدين به المجتمع، ومن جهة أخرى فإن رقابة المحكمة العليا ضرورية في هذا المجال لتوحيد الحلول القضائية في شأن هذه الفكرة[3].

وعلى القاضي أن يلاحظ توافر النظام العام من عدمه وقت المنازعة ورفع الدعوى وليس وقت نشوء الحكم، فمن الجائز أن يكون الحق مخالفاً للنظام العام وقت نشوئه وغير مخالف عند رفع الدعوى أمام القضاء، إذا تغيّر قانون القاضي.

وكمثال على ذلك ما حكم به القضاء الفرنسي سنة 1936 في قضية تتلخص في أن فرنسيين تبنيا طفلاً وهما بالخارج قبل سنة 1923، وكان القانون الفرنس حينها يشترط لصحة التبني أن يبلغ الزوجان سن معينة تجعلهما يائسين من الانجاب ولما صدر في سنة 1923 قانون أباح التبني حتى بالنسبة لمن لا يتوافر فيهما الشرط

[1]- عبد المنعم رياض، المرجع السابق، ص147.

[2]- عبد المنعم رياض، نفس المرجع، ص148.

[3]- هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، الدار الجامعية، د.ت، ص145.

المذكور، طعن أمام القضاء في صحة القانون الأول على أساس مخالفته للنظام العام وقت التبني، ولكن القضاء رفض الدعوى تأسيساً على أن التبني أصبح غير مخالف للنظام العام[1].

وتجدر الاشارة أخيراً بأن سلطة القاضي في التحقق من مسألة تعارض القانون الأجنبي مع النظام العام ليست مطلقة في هذا المجال، فلا يحق له أن يعتمد فحسب على آرائه الشخصية بل يتوجب عليه أن يتحرى التعارض في مضمون القانون الأجنبي بكل موضوعية وأن يستند على الركائز الاجتماعية والاقتصادية التي تشكل رأي الجماعة في دولته، وبالتالي لا يمكن أن يقرر استبعاد القانون الأجنبي لمجرد اختلافه عن قانونه فحسب[2].

[1]- اعدداين حسيبة، مرجع سابق، ص20.
[2]- محمد المصري، مرجع سابق، ص289.

ملخّص الفصل الأول:

يتبيّن لنا من خلال ما سبق دراسته في هذا الفصل بداية أنه لا يمكن وضع تعريف محدد صحيح للنظام العام، بل يجب ترك الأمر لقاضي الموضوع يقدّره بالنظر لكل حالة على حدة، وإن كل محاولة لتحديد مفهومه مآلها الفشل، ذلك أن النظام العام يمتاز بجملة من الخصائص لا يستطاع معه أي محاولة لوضعه في قالب علمي محدد، فالنظام العام هو فكرة وظيفية معيارية لها صبغة مرنة وطنية، ونسبية في الزمان والمكان لتعلقه بصميم المصالح العليا للمجتمع.

أما فيما يخص إعمال الدفع بالنظام العام فإنه يصعب تحديد وحصر الحالات التي يمكن فيها إعماله، فمن الممكن أن تتعدد تطبيقات فكرة النظام العام بتعدد المنازعات بحيث لا يمكن أن نعرف مسبقاً ما إذا كان تطبيق القانون الأجنبي سوف يترتب عليه المساس بالنظام العام من عدمه، إلا أنه يمكن القول أن إعمال الدفع بالنظام العام في الجزائر غالباً ما يكون في مسائل الأحوال الشخصية لارتباط أحكامه بالشريعة الإسلامية.

ولإعمال الدفع بالنظام العام لابد من توافر شروط خارجية وأخرى داخلية، وتنحصر الأولى في أن كون إعمال قاعدة الاسناد في المسألة ضروري وذلك لاشتمالها على العنصر الأجنبي، وأن يؤدي إعمالها إلى الاختصاص التشريعي للقانون الأجنبي، أما الشروط الداخلية فهي أن ينظر القاضي في أحكام القانون الأجنبي ويبحث فيها بتريث، ثم يقارن بين ما يؤدي إليه هذا القانون من نتائج وقانونه الوطني، ليتبيّن من وجود تنافر مع المصالح العليا للمجتمع من عدمه، إلا أنه ما يمكن قوله بهذا الخصوص أن سلطة القاضي في التحقق من مسألة تعارض القانون الأجنبي مع النظام العام ليست مطلقة، فلا يحق له الاعتماد على آرائه الشخصية بل يتوجب عليه أن يتحرى التعارض في مضمون القانون الأجنبي بكل موضوعية وأن يستند على الركائز الاجتماعية والاقتصادية التي تشكل رأي الجماعة في دولته، هذا بالإضافة إلى أنه يخضع لرقابة المحكمة العليا في هذا الموضوع.

إن الدفع بالنظام العام يثير العديد من المسائل المعقدة و هذا ما سنتطرق له في الفصل الثاني من هذا الموضوع.

الفصل الثانـي

أثار الدفع بالنظام العام

الفصل الثاني: آثار الدفع بالنظام العام.

يثير الدفع بالنظام العام مسائل معقدة، نظراً لتباين المواقف الفقهية والقضائية على الصعيد العملي، فهناك من يرى أن تحريك الدفع بالنظام العام يؤدي لاستبعاد القانون الأجنبي المختص لحكم العلاقة القانونية برمتها، وهناك من يرى بأن استبعاد الحكم القانوني المخالف للنظام العام يكون بصفة جزئية مع بقاء الاختصاص لهذا القانون فيما عداها من المسائل الأخرى، وما إذا كان ينتج عنه احلال قانون القاضي محله تلقائياً بصفته له اختصاص فرعي، كذلك ينبغي معرفة ما إذا كان تدخل النظام العام يتم بالفعالية والصرامة نفسها فيما يخص التصدي لإنشاء حقوق مكتسبة في الخارج طبقاً لقانون مختص عند نشأتها، وبالمثل يتعيّن معرفة فعالية النظام العام ما إذا كانت مطلقة أو نسبية وهذا ما يسمى بالأثر المخفف.

وبالتالي سوف نحاول التطرق لكل هذه النقاط في هذا الفصل وذلك من خلال مبحثين: نتطرق في الأول عن الآثار العادية للدفع بالنظام العام (الأثر السلبي والأثر الإيجابي للدفع بالنظام العام)، ونتطرق في المبحث الثاني إلى الأثر المخفف للدفع بالنظام العام.

المبحث الأول: الآثار العادية للدفع بالنظام العام.

يترتب على استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق على النزاع فراغاً تشريعياً وهذا الفراغ يولد أثراً إما أن يكون أثرا سلبيا أو يكون أثرا إيجابيا، وعليه يجب البحث عن قانون بديل لتطبيقه بدلاً من القانون المستبعد لكن هذا الاستبعاد قد يكون كلياً أو جزئياً وهذا هو الأثر السلبي، وقد يتمثل بثبوت الاختصاص لقانون القاضي لسد الفراغ التشريعي الناجم عن استبعاد القانون الأجنبي وهذا هو الأثر الإيجابي.

واستناداً لما تقدّم، سوف نقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب: نبيّن في الأول الأثر السلبي، ونوضح في الثاني الأثر الإيجابي، بالإضافة لإبراز موقف المشرع الجزائري من ذلك في مطلب ثالث.

المطلب الأول: الأثر السلبي للدفع بالنظام العام.

يترتب على إعمال الدفع بالنظام العام أثراً سلبياً وهو استبعاد أحكام القانون الأجنبي المتعارضة مع النظام العام في دولة القاضي، فالهدف الأساسي لإعمال الدفع بالنظام العام هو عدم السماح لقواعد القانون الأجنبي بالاندماج في النظام القانوني الوطني، نظراً للتنافر القائم بينهما وبين أساس هذا النظام القانوني.

لقد اختلفت الآراء الفقهية حول القانون الأجنبي الذي يجب استبعاده، فهناك جانب من الفقه يرى أن الاستبعاد يكون كليا والجانب الآخر يرى بأن يكون الاستبعاد جزئي.[1] والفرع الأول سنتطرق فيه للحديث على الاستبعاد الكلي للقانون الأجنبي المخالف للنظام العام.

[1] – سلطان عبد الله محمود، الدفع بالنظام العام وأثره، مقال منشور في مجلة الرافدين للحقوق، المجلد رقم 12، العدد رقم 43، العراق 2010، ص94.

الفرع الأول: الاستبعاد الكلي للقانون الأجنبي المخالف للنظام العام.

قد يصعب في بعض الحالات استبعاد القانون الأجنبي جزئيا نظراً لارتباطه البنيوي بباقي أحكام القانون فقد يحدث أن يكون نص القانون الأجنبي المستبعد باسم النظام العام مرتبط ارتباطاً وثيقاً بمجموع النصوص الأخرى في هذا القانون بحيث يصبح من المتعذر على القاضي أن يكتفي بالاستبعاد الجزئي لهذا النص وحده وتطبيق النصوص الأخرى التي لا تتعارض مع النظام العام في دولته، وفي هذه الحالة يتم استبعاد تطبيقه استبعاداً كلياً أي بمجمل أحكامه، كما لو كان القانون الأجنبي الواجب التطبيق على العقد يجيز هذا العقد استناداً إلى سبب معين وكان هذا السبب مخالفاً للنظام العام في بلد القاضي، ففي هذه الحالة إذا كان هذا السبب من الأهمية بحيث يرتكز وجود العقد عليه فإن تدخل النظام العام في مواجهة هذا السبب يؤدي بالضرورة إلى هدم العقد بكامله ولو أن بقية جوانب العقد الأخرى تعتبر صحيحة في نظر القانون الواجب التطبيق على هذا العقد. ويقرب هذا الحل مما جرى عليه القضاء في شأن العقود التي تتضمن شرطاً باطلاً، فقد استقرّ القضاء الفرنسي على الحكم بإبطال العقد برمته إذا ما تضمّن شرطاً باطلاً وكان هذا الشرط جوهرياً بحيث لا يستقيم العقد بدونه.

وإذا كان القانون الأجنبي المختص بحكم النزاع يجيز الزواج مع اختلاف الدين وكان الزوج غير مسلم والزوجة مسلمة فإن إعمال نص هذا القانون الذي يقضي بصحة الزواج يصطدم مع النظام العام في الدول الاسلامية، وبناءاً على ذلك يتوجب على القاضي عدم الأخذ به أي استبعاده من التطبيق وإعمال قانونه بدلاً عنه، مما يترتب على ذلك منع قيام الزوجية، مما يعني بالنتيجة استبعاد القانون الأجنبي المختص بحكم النزاع برمته[1].

ويستند أصحاب هذا الرأي على عدة حجج من بينها قولهم، أنه يجب النظر إلى القانون الأجنبي ككل لا يتجزأ، فلا يصح استبعاد جزء منه وتطبيق الجزء الآخر غير المخالف للنظام العام لأن ذلك قد يؤدي إلى مسخ القانون الأجنبي وتطبيقه بشكل يخالف إرادة المشرع الذي وضعه.

بالإضافة إلى أن الأخذ بفكرة الاستبعاد الجزئي يشكّل خرقاً لقاعدة التنازع في قانون القاضي، فعندما يضع المشرع الوطني قاعدة التنازع يكون هدفه تطبيق القانون الأكثر اتصالا بموضوع النزاع والأكثر قدرة على تحقيق العدالة[2].

وهذا الهدف لا يتحقق إلا بتطبيق القانون الأجنبي كاملاً، فقاعدة الاسناد الوطنية تسعى إلى تطبيق جل أحكام القانون الأجنبي ولا يقصد منها تطبيق بعض أحكامه دون الآخر، فهذا التطبيق يتنافى مع حكمة قاعدة الاسناد لما يؤدي إليه من مسخ للقانون الأجنبي وتطبيقه خارج الحدود التي رسمها له مشرعه.

إلا أن هذا الرأي تم انتقاده بحيث يرى البعض ذلك تماماً، حيث أن استبعاد أحكام القانون الأجنبي كلية وتطبيق قانون القاضي بدلاً منه يعد أكثر تعارضاً مع حكمة التشريع، إذ ما دام أن القانون الأجنبي هو الواجب

[1]- سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2009، ص755.

[2]- اعدداين حسيبة/ مرجع سابق، ص23.

التطبيق أصلاً بوصفه أكثر القوانين ملائمة للمسألة المعروضة، فإن الأقرب إلى حكمة التشريع هو ألا يستبعد من أحكامه إلا ما يتعارض فعلاً مع مقتضيات النظام العام في دولة القاضي[1]. وهذا ما سنتطرق له في الفرع الثاني.

الفرع الثاني: اقتصار الاستبعاد على الجزء المخالف للنظام العام.

يؤكد الفقه الغالب في مختلف الدول[2]، أن الأثر السلبي لفكرة النظام العام ليس من شأنه استبعاد أحكام القانون الاجنبي الواجب التطبيق بصورة كلية، وإنما ينحصر هذا الأثر في استبعاد الجزئية التي تتعارض فيها مع مفهوم هذه الفكرة في دولة القاضي.

ويكون الاستبعاد جزئياً إذا كان الجزء المخالف للنظام العام لا يرتبط ارتباطاً وثيقاً ببقية أجزاء القانون الواجب التطبيق أي أن استبعاد هذا الجزء لا يحول دون تطبيق بقية الأحكام، فمثلاً نجد لهذا الرأي تطبيقات عديدة في القضاء الفرنسي ففي قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1964/11/17 جاء فيه: **"أن ما تنص عليه أحكام الشريعة الاسلامية في الميراث لا يمس النظام العام في فرنسا إلا في منعها التوارث بين المسلم وغير المسلم، ومن ثم يتعين استبعاد أحكام الشريعة الاسلامية في هذه النقطة فحسب من جون أن يحل القانون الفرنسي محل القانون الأجنبي الاسلامي في بيان مراتب الورثة وأنصبتهم"** [3].

ويستند هذا الاتجاه إلى عدة حجج منها: أنه ينبغي استخدام الدفع بالنظام العام بحذر شديد وفقاً للغاية التي يهدف إلى تحقيقها أي بالقدر الذي يمنع المساس بالمبادئ السائدة في دولة القاضي، كما أن الدفع بالنظام العام يهدف إلى استبعاد النتيجة المخالفة للنظام العام فحسب ومتى أمكن ذلك عن طريق الاستبعاد الجزئي كان ذلك أمراً مقبولاً[4].

فمثلاً لو كان القانون الأجنبي الواجب التطبيق على التركة يجيز التوارث مع اختلاف الدين بين المورث والوارث فإن مثل هذا النص يخالف النظام العام في الدول الاسلامية ويترتب على إعماله أمام المحاكم الوطنية استبعاد هذا النص لكن الأحكام الأخرى في هذا القانون الأجنبي المتعلقة بشرط الإرث ونصيب الورثة....فتطّبق على موضوع النزاع إذا كانت لا تتعارض مع النظام العام.

وأيضاً فإذا تعلّق النزاع المطروح أمام القضاء اللبناني أو المصري مثلاً بعقد يتضمن شرط الدفع بالذهب وكان القانون الأجنبي الذي يحكم العقد يجيز هذا الشرط فإنه يتعيّن استبعاد هذا الشرط وحده، لمخالفته للنظام العام وتبقى الشروط الأخرى خاضعة للقانون الأجنبي ما دامت لا تتعارض مع هذا النظام في هذه البلدان[5].

---

[1]- يوسف البستاني، مرجع سابق، ص753.

[2]- بخلاف رأي جانب من الفقه الفرنسي.

[3]- مباركي نسرين، مرجع سابق، ص14.

[4]- مباركي نسرين، نفس المرجع، ص15.

[5]- سعيد البستاني، مرجع سابق، ص753.

والاستبعاد الجزئي نستكشفه في بعض النصوص النظامية مثل المادة 1/6 من مجموعة القانون الدولي الخاص النمساوي لعام 1979 التي تقرر أنه **"لا يجوز تطبيق حكم في القانون الأجنبي إذا كان تطبيقه يؤدي إلى نتيجة تتعارض مع القيم الأساسية للنظام القانوني النمساوي"**، فهذه المادة تتكلم عن "**حكم**" في القانون الأجنبي وليس "**كل**" القانون الأجنبي، كما أن المادة 28 من القانون المدني المصري تتكلم على أنه لا يجوز تطبيق "**أحكام**" قانون أجنبي وليس "**مجموع**" القانون الأجنبي[1].

ولقد ساند القضاء المصري هذا الرأي أين حكم بأنه **"ليس صحيح أن مطلق وجود حكم في القانون الأجنبي يخالف النظام العام في مصر يرتب ابطال العمل بالقانون المذكور برمته وإحلال القانون المصري محله، فإن هذا المذهب ليس له في القانون المصري من سند، بل هو متعارض مع نص المادة 28 من القانون المدني التي تنص على "لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عيّنته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام والآداب العامة في مصر"**، والظاهر أن النص هكذا يقصر عدم جواز التطبيق على الأحكام التي تخالف النظام العام وليس على القانون ذاته، والقول بغير ذلك تعطيل لغايات أرادها المشرع المصري من تعيين القانون الأجنبي الواجب التطبيق المطلق اشتمال هذا القانون على حكم يخالف النظام العام أو الآداب العامة، وهو الأمر الذي يعطّل ما أراده الشارع الحريص على إعمال القانون الأجنبي في الحالات التي يعنيها مع استثنائها باستثناء لا يقبل التوسع أو القياس، مما قد يتعارض مع النظام العام المصري من أحكام هذا القانون[2].

وهذا الاتجاه يتّفق مع الإعمال الطبيعي لفكرة النظام العام والتي تذهب إلى انه ليس القانون الأجنبي في جملته هو الذي يصطدم عادة بفكرة النظام العام، وإنما في بعض الأحيان جزئية منه هي التي تتعارض، فطالما أن قواعد الاسناد في دولة القاضي هي التي تشير إلى هذا القانون الأجنبي الواجب التطبيق على العلاقة موضوع النزاع، فعلى القاضي أن يجتهد في ذلك قبل استبعاد القانون الأجنبي كلياً.

إلا أنه في بعض الأحيان يصعب تطبيق القانون الأجنبي المختص أو استبعاد جزئية منه للاختلاف الجوهري بأساس النظام العام، ولعدم إمكانية فصل هذه الجزئية لارتباطها الوثيق بأحكام القانون الأجنبي مما يقتضي اللجوء إلى استبعاد القانون الأجنبي كلياً[3]. ولكن هذا الاستبعاد يترتب عليه فراغ لذلك نجد التشريعات الحديثة تحاول سد هذا الفراغ وهذا ما سنتطرق له في المطلب الثاني من هذا المبحث.

---

[1]- عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص607.

[2]- هشام علي صادق، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص201.

[3]- عبد الله محمود، مرجع سابق، ص95.

المطلب الثاني: الأثر الإيجابي للدفع بالنظام العام.

يؤدي استبعاد القاعدة المخالفة للنظام العام، إلى نشوء فراغ تشريعي وقانوني يتعيّن سده، والملاحظ أن النصوص التشريعية المقررة للدفع بالنظام العام تتكلم في غالبها عن الأثر السلبي واستبعاد القانون الأجنبي، ووجود ذلك الفراغ القانوني دون الاشارة إلى كيفية ملئ ذلك الفراغ.

ولقد اختلف الفقهاء حول القانون الذي يملئ الفراغ الذي يخلفه استبعاد الجزء المخالف من القانون الأجنبي، حيث يرى البعض أنه يجب على القاضي رفض الدعوى ويرى الجانب الآخر أنه يستوجب تطبيق قاعدة قانونية أخرى، واستمر الاختلاف أيضا حول القانون الذي تستمد منه تلك القاعدة[1]. ومن الفقهاء من أخذ بضرورة بقاء الاختصاص للقانون الاجنبي وهذا ما سنتطرق له في الفرع الأول.

الفرع الأول: بقاء الاختصاص للقانون الأجنبي.

اتجه الفقه الغالب في كل من ألمانيا وسويسرا إلى القول بأن استبعاد القانون الأجنبي المخالف للنظام العام لا يستتبع بقانون القاضي، وإنما يقتضي تطبيق نص من نصوص القانون الاجنبي المختص والتي لا تتعارض مع قانون القاضي[2].

وفي هذا المعنى قضت المحكمة العليا الألمانية بخصوص تقادم دين خاضع للقانون السويسري باستبعاد القاعدة المنصوص عليها في قانون الالتزامات السويسري (م5/149) المقررة لعدم تقادم الدين لتنافي ذلك مع النظام العام الألماني، ولكنها لم تطبق بدلاً من ذلك القاعدة المقابلة في القانون الألماني، بل طبقت قاعدة بديلة أخرى من قواعد القانون السويسري والمتعلقة بأطول تقادم يعرفه ذلك القانون.

ويذهب هذا الاتجاه إلى القول بضرورة احترام قاعدة التنازع، التي طالما قررت اختيار قانون فيجب تطبيقه، أو البحث عن حل في إطاره، وثبات فساد بعض قواعده لا يعني استبعاده جملة، طالما أنه قادر على ايجاد حل بديل، بالإضافة إلى أن تطبيق قانون القاضي يخل بتوقعات الأفراد الذي قد لا توجد بينه وبين المسألة المعروضة أية صلة، وقد لا تتلاءم أحكامه معها.

فضلاً عن أن تطبيق قانون القاضي يجعل الحل النهائي للنزاع يختلف باختلاف المحكمة المرفوعة أمامها الدعوى، وهو ما يجب تلافيه.

إلا أن هذا الرأي منتقد عل أساس أن يفترض سلفاً وجود نص أجنبي آخر يمكن تطبيقه على واقعة الدعوى، فإذا وجد هذا النص البديل فلا شك أن الأخذ بهذا الرأي يتماشى مع حكمة التشريع، لكن في حالة عدم وجود النص البديل فلا مفر من تطبيق قانون القاضي، لأن استبعاد القانون الأجنبي كان لتعارضه مع النظام العام لدولة القاضي فحتى نضمن عدم وجود تعارض مع المبادئ الاساسية و لدولة القاضي، فلا مناص من تطبيق قانون القاضي وذلك إن كان قانون القاضي ملائما للمسألة المطروحة وإلا فالأفضل الحكم على النزاع على أساس

---

[1]- عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص608.

[2]- أحمد الفضلي، الموجز في القانون الدولي الخاص، ط1، قنديل للنشر، الأردن 2011، ص153.

القواعد المستقرة في القانون الطبيعي أو العدالة[1]. والرأي الذي ينص على ضرورة حلول قانون القاضي له أنصاره وهذا ما سنتطرق له في الفرع الثاني.

الفرع الثاني: حلول قانون القاضي.

إذا استبعد القاضي القانون الأجنبي الذي تعارضت أحكامه مع النظام العام، فعليه بعد ذلك أن يتصدى للفراغ التشريعي الناجم عن هذا الاستبعاد.

ويؤكد القضاء الفرنسي، ويؤيده في ذلك الفقه الغالب ، على وجوب تطبيق القانون الوطني في هذه الحالة بدلاً من القانون الأجنبي الذي استبعدت أحكامه.

ورغم أن المشرع المصري قد اكتفى بإبراز الأثر السلبي للنظام العام في المادة 28 من القانون المدني المصري السالفة الذكر، إلا أن كل من القضاء والفقه الغالب هناك يسلّم بضرورة تطبيق القانون المصري بدلاً من القانون الذي استبعدت أحكامه لتعارضها مع النظام العام.

ويعتبر احلال قانون القاضي بدلاً من أحكام القانون الأجنبي الذي تم استبعادها، هو الأثر الايجابي للنظام العام، وهذا الأثر هو النتيجة الطبيعية لنظرة الفقه إلى النظام العام على أنه مسألة موضوعية، والأمر يختلف إذا ما نظرنا للنظام العام على أنه مسألة اجراءات كما هو الحال في البلاد الأنجلو سكسونية، حيث تكتفي المحكمة باستبعاد أحكام القانون الأجنبي وتحيل الخصوم إلى محكمة اخرى للنظر في النزاع[2].

وبالتالي فحلول قواعد قاضي النزاع محل القواعد المستبعدة من القانون الاجنبي يصطلح عليه بالأثر الايجابي أو أثر الحلول بحيث يسد الفراغ التشريعي الذي يخلفه الأثر السلبي، وتعتمد طبيعة هذا الاثر على طبيعة الأثر الاستبعادي فإذا حصل الأثر الثاني بصورة كلّية فسينسحب على الأثر الحلولي (الايجابي) بصورة كلّية، وإذا تّم بصورة جزئية يكون أثر الحلول بصورة جزئية، أي أن الاستبعاد الكلي لأحكام القانون الأجنبي يقابله حلول كلي لأحكام قانون القاضي والاستبعاد الجزئي للقانون الاجنبي يقابله الحلول الجزئي لقانون القاضي، ومثال الحلول الكلي إذا كان القانون الواجب التطبيق يقرّ بيع التركات المستقبلية أو الزواج بين المحارم يستبعد هنا كلياً إذا كان مخالفاً للنظام العام لدولة القاضي ويحل قانونه محل القانون المستبعد كلياً.

أما الحلول الجزئي يتحقق عندما يقرر القانون الواجب التطبيق بعض آثار الزواج التي تتعارض مع النظام العام لدولة قاضي النزاع فهنا يستبعد القانون الأول جزئياً، ويحل القاضي محل أحكام قانونه وهنا سوف يطبّق القانون الأجنبي جزئياً كما يطبّق قانون القاضي جزئياً في الآثار أي أن القانونين سيطبّقان جزئياً[3].

---

[1]- أحمد الفضلي، مرجع سابق، ص154.

[2]- حفيظة السيد حداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2010، ص299.

[3]- عبد الرسول رضا الأسدي، أحكام التنازع الدولي للقوانين، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2012، ص144.

إن اتجاه الفقه الغالب لتبني موقف حلول قانون القاضي بدلاً من القانون الأجنبي المستبعد له دعائم وأسانيد منطقية وأخرى قانونية:

فمن الناحية المنطقية إن غاية الدفع بالنظام العام هي حماية تضامن وتناسق النظام القانوني الوطني، وقانون القاضي هو الاقدر على تقرير أبعاد تلك الحماية، فإذا كان ذلك القانون هو الذي شخّص الداء فهو المؤهل لوصف الدواء.

وثانياً، فإنه إذا كانت الاستحالة "الواقعية" في التعرف على مضمون القانون الأجنبي تسوغ للقاضي الرجوع إلى قانونه الوطني وتطبيقه، فإن ذات الحل يجب اعتماده إذا تعلّق الامر باستحالة قانونية والمتمثلة في اصطدامه بالنظام العام[1].

وبالتالي دون الحاجة للقول بأن الأصل في تطبيق القوانين هو الاقليمية، أوالأصل هو تطبيق قانون القاضي، والاستثناء هو تطبيق القانون الأجنبي، فقد سبق القول أن قانون القاضي له اختصاص وقابلية احتياطية لحكم العلاقات الدولية للأفراد، وبمقتضى تلك القابلية يطبّق قانون القاضي ويحل مكان القانون الأجنبي الذي تتعارض قواعده مع اعتبارات النظام العام.

ومن الناحية القانونية، فقد اتّجهت العديد من التشريعات إلى النص صراحة على تطبيق قانون القاضي محل القانون الأجنبي المستبعد من ذلك مجموعة القانون الدولي الخاص النمساوي لعام 1979، فبعد أن نصّت الفقرة الأولى من المادة 6 منه على استبعاد القانون الأجنبي بناء على النظام العام، أضافت الفقرة الثانية على أنه "....**يجب أن يطبّق مكانه الحكم المقابل في القانون النمساوي**"، وهذا النص الصريح له مقابل في مجموعة القانون الدولي الخاص المجري لعام 1979 (م317) والتركي لعام 1982 (م5)، البيروئي لعام 1984 (م2049 مدني) والقانون الكويّتي لعام 1961 (م73) ....وهو حل مستقر عليه في النظام القانوني المصري رغم عدم النص التشريعي الصريح[2].

بغض النظر عن الاتّجاهات الفقهية السالفة الذكر، فلا شك أن تطبيق قانون القاضي بدلاً من حكم القانون الأجنبي الذي استبعد باسم النظام العام، هو خير الحلول لأنه أكثر الحلول ملاءمة للاعتبارات العملية، بل وأنه الحل الذي يتماشى مع طبيعة فكرة النظام العام بوصفها فكرة وطنية بالدرجة الأولى[3]. والمشرع الجزائري تبنى هذا الرأي وهذا ما سنتطرق له في المطلب الثالث.

---

[1]- عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص611.

[2]- عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص612.

[3]- هشام علي صادق، تنازع القوانين مرجع سابق، ص205.

المطلب الثالث: موقف المشرّع الجزائري.

نصت المادة 24 ق،م،ج السابقة الذكر على ضرورة تطبيق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر، وهذا نتيجة التعديل الذي أجري على القانون المدني بموجب الأمر رقم 05-10 المؤرخ في 2005/07/20، حيث أمر بتطبيق القانون الجزائري أي قانون قاضي الدعوى في حال استبعاد القانون الأجنبي لمخالفته للنظام العام، وإن كانت قبل التعديل لم تكن تبيّن هل يستخلف القانون المستبعد بقانون آخر أم لا، حيث كانت تقتصر على بيان الأثر السلبي أي استبعاد القانون الأجنبي المخالف للنظام العام في الجزائر دون أن يفرض على القضاء مسلكاً معيّناً لسد الفراغ التشريعي الناجم عن هذا الاستبعاد، وما يلاحظ من خلال بعض التطبيقات القضائية آنذاك فإننا نجد أن القاضي على العموم وفي حال استبعاد القانون الأجنبي كان يستخلفه بالقانون الجزائري[1]، ونذكر على سبيل المثال:

-بالنسبة لمسألة موانع الزواج، **إن المسلمة التي تتزوج بغير مسلم يعتبر زواجها باطلاً بطلاناً مطلقاً، ومن ثمة فإن القانون الجزائري لا يجيز هذا الزواج مع أنه مقبول من قبل القانون الأجنبي**[2].

وتطبيق المادة 24 من القانون المدني السابقة الذكر فإن القاضي قد استبعد تطبيق القانون الأجنبي المخالف للنظام العام وستخلفه بالقانون الجزائري.

ففي المسألة المتعلقة بموانع الإرث، فإن المحكمة العليا الجزائرية قد منعت أن يرث غير المسلم مسلمة مرتكزة في ذلك على مبادئ الشريعة الاسلامية، وإذا كان مبدئياً الابن له الحق أن يرث أمه، وهذا وفقاً لكل القوانين، فإن الشريعة الاسلامية تمنع التوارث بين المسلم وغير المسلم.

وفيما يخص مسألة الحضانة، حتى إذا كانت تؤول إلى الأم مبدئياً وحتى وإذا كانت أجنبية، فإنها تسحب منها إذا كانت تسكن بعيداً عن زوجها(مطلّقها)، في بلد غير مسلم، إن القاضي الجزائري يستبدل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام بالقانون الجزائري[3].

في المسألة المتعلقة بالفوائد، فوفقاً للقانون الجزائري(المادة 454) قانون مدني إذا كانت المسألة المطروحة بين جزائريين، فإن العلاقة القانونية تعتبر باطلة، أما إذا كانت المسألة مشتملة على عنصر أجنبي، فيستبعد القانون الأجنبي لاصطدامه بالنظام العام الجزائري، في قضية الحال فإن المسألة تتعلق بقرار أجنبي، والمطلوب من القاضي الجزائري أن يضفي الصيغة التنفيذية على القرار الأجنبي، فلما ثبت للقاضي الجزائري أن القاضي الأجنبي الذي أصدر القرار قد أخضع أحد الأطراف لدفع الفوائد زيادة على المبلغ المتنازع فيه، قال بعدم إضفاء الصيغة التنفيذية على الجانب المتعلق بالفوائد، لأن ذلك التعارض كان مع النظام العام في الجزائر، فيكون القاضي الجزائري قد أحل محل القانون الأجنبي القانون الجزائري.

---

[1]- اعدداين حسيبة، مرجع سابق، ص29.

[2]- نشرة القضاة، جانفي 1987، العدد الأول ، مرجع سبق ذكره، ص79-81.

[3]- المجلة القضائية، العدد 4، 1999، مرجع سبق ذكره، ص74-76.

بالنسبة لمسألة استبعاد القانون الأجنبي[1].فإن المشرع الجزائري قد نص على استبعاد القانون الأجنبي المخالف للنظام العام وقد يفهم من ذلك أن الأمر يتعلق بالقانون الأجنبي برمته، حيث نجد أن المادة 24 مدني السالفة الذكر والتي جاء فيها عبارة "**لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي**" بدلاً من عبارة "**لا يجوز تطبيق أحكام القانون الأجنبي**" وهذا مثل ما جاء في التشريعات المقارنة مثل المادة 28 مدني مصري، والمادة 4/36 تونسي، حيث يفهم من ذلك أن المشرع الجزائري يستبعد القانون الأجنبي برمته.

بينما يرى جانب من الفقه أن الدفع بالنظام العام لا يجب أن تكون آثاره أبعد مما هو ضروري للدفاع عن مصالح قاضي الدعوى ويؤدي هذا الرأي إلى استبعاد القانون الأجنبي المخالف للنظام العام بهدف حمايته.

وأحيانا يستبعد القانون الأجنبي المخالف للنظام العام يستبعد برمّته، مثلاً عندما يتعلق الأمر بموانع الزواج، كزواج مسلمة بغير مسلم.

وقد يستبعد القانون الأجنبي في بعض جزئياته فقط، مثال ذلك ما جاء في حيثيات قرار صادر عن المحكمة العليا: "**حيث أن القرار الصادر يكرس صحة قرار أجنبي حتى في أحكامه التي تصطدم مع النظام العام الجزائري، وعليه فالقرار كان صادراً خرقاً للقانون مما يعرضه للنقض من هذه الجهة، وعليه فالوجه الثاني كان مؤسساً**".

يبين هذا القرار أن القاضي الجزائري لإضفاء الصيغة التنفيذية على قرار أجنبي، فإنه استبعد القانون الأجنبي المخالف للنظام العام في الجزائر وقال بصحة جوانبه الأخرى للقرار، إنه استبعد الأحكام المتعلقة بالفوائد المحظورة في الجزائر[2].

أي أنه يستنتج من بعض التطبيقات القضائية أنه هناك استبعاد جزئي لأحكام القانون الأجنبي في الجزائر وبالتالي يحل محله القانون الجزائري حلولا جزئيا.

أما في حالة عدم قابلية تطبيق القانون الاجنبي بسبب النظام العام وعدم قابلية تطبيق القانون الجزائري بسبب عدم الملاءمة، وأمام غياب أي نص قانوني وارد في الفقرة 2 من المادة الأولى من القانون المدني الجزائري.

فيتم اللجوء لأحكام الشريعة الاسلامية مثل المادة الأولى من القانون المدني الجزائري لا يكون اللجوء لأحكام الشريعة الاسلامية إلا فيما يخص مسائل الأحوال الشخصية، شريطة أن يكون طرفي العلاقة مسلمين، أما في غير ذلك ، فمن الضرورة اللجوء إلى أحكام العرف الدولي، ثم العادات التجارية، وإلا المبادئ العدالة والقانون الطبيعي، ولكن هذا لا يعني الاخذ دائماً بهذا الترتيب[3].

وقد أورد الفقيه "**لاغارد**" حكما من هذا القبيل صادر عن القضاء المغربي جاء فيه "**بأنه من الأمور المخالفة للنظام العام ألا يتمكن شخصان من عقد زواجهما بسبب عدم وجود كاهن تابع لطائفتهما الدينية**

---

[1]- قربوع كمال، مرجع سابق، ص182-183.

[2]- قربوع كمال، مرجع سابق، ص183-184.

[3]- اعدداين حسيبة، مرجع سابق، ص30.

كي يتولى عقد قرانهما، فهذا الحكم بعد أن استند إلى القانون المغربي في تقرير المخالفة للنظام العام اكتفى بتطبيق مبادئ القانون الطبيعي، وهي مبادئ عامة مجردة على النزاع المفروض[1].

إلى جانب آثار الدفع بالنظام العام بالنسبة للحقوق التي يراد انشائها بدولة القاضي، هناك ما يسمى بآثار الدفع بالنظام العام بالنسبة للحقوق المكتسبة في الخارج، أو ما يسمى بالأثر المخفف للدفع بالنظام العام وهذا ما سوف نتناوله بالتفصيل في المبحث الآتي.

المبحث الثاني: الأثر المخفف للدفع بالنظام العام.

يفرق الفقه والقضاء في فرنسا عادة عند إعمال فكرة النظام العام كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي، بين الحالة التي يراد فيها انشاء حق في دولة القاضي وهذا ما يعرف **بالأثر الكامل(plein effet) للنظام العام**، وبين الحالة التي يراد فيها التمسك بآثار حق أكتسب في الخارج، وهذا ما يسمى **بالأثر المخفف للنظام العام(effet atténué)**، والحالة الثانية سوف نتناولها بالتفصيل في هذا المبحث، وذلك عن طريق تحديد مضمون فكرة الأثر المخفف للنظام العام(مطلب أول)، ثم الحديث عن أهم التطبيقات القضائية بشأن فكرة الاثر المخفف للنظام العام(مطلب ثاني)، ثم التطرق إلى أساس هذه الفكرة(مطلب ثالث).

المطلب الأول: فكرة الأثر المخفف للنظام العام.

قد يتم اكتساب حق في الخارج ويرغب أصحاب هذا الحق التمسك بآثاره في دولة القاضي ولم تتعارض تلك الآثار مع النظام العام في دولة القاضي بالرغم من تعارض نشوء ذلك الحق أو المركز القانوني مع النظام العام.

فإنه يجوز التمسك بنفاذ ذلك الحق في دولة القاضي ولا يصح إعمال قاعدة الدفع بالنظام العام على أساس أن نشوء الحق كان معارضاً لهذا النظام، بل العبرة بمدى مخالفة هذه الآثار للنظام العام على أساس أن الحق قد نشأ واكتسب في الخارج.

فالنظام العام هنا لا يتم إعماله بنفس الدرجة في الحالتين رغم أن إعماله يتم ويتعلق بنفس المركز القانوني المراد انشاؤه، ويعبّر الفقه على هذا ب"**الأثر المخفف للنظام العام**" (**l'effet atténué de l'ordre public**)، لأن النظام العام لا يقبل نشوء الحق في دولة القاضي ولكن يجيز قبول الاحتجاج به أو نفاده في دولة القاضي ما دام نشوئه تم في الخارج[2].

ويرجع سبب اختلاف أثر النظام العام في الحالتين إلى كون الشعور العام في دولة القاضي لا يتأثر إزاء مركز قانوني تم نشوئه في الخارج بنفس القدر الذي يتأثر به إذا ما أريد انشاء نفس المركز القانوني داخل دولة القاضي[3].

---

[1]- الطيب زيروتي، القانون الدولي الخاص(تنازع القوانين)، ج1، مطبعة الغسيلة، الجزائر 2008، ص284.

[2]- أحمد دغيش، مرجع سابق، ص13.

[3]- أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص182.

وتلك التفرقة نلمسها في حكم محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 17أفريل 1953 صادر في قضية "ريفير" rivière الشهيرة جاء فيها "**إن رد الفعل ضد حكم مخالف للنظام العام ليس واحداً بحسب ما إذا كان يعوق اكتساب الحق في فرنسا أو بحسب ما إذا كان الأمر يتعلق بالآثار التي يرتبها في فرنسا حق تم اكتسابه بغير غش في الخارج وفقاً للقانون المختص، بمقتضى القانون الدولي الخاص الفرنسي، وهي صيغة ما زالت ترددها الأحكام القضائية**[1].

ومن الأمثلة التي يرددها الفقه في هذا الخصوص، حالة الزواج بأكثر من زوجة داخل إقليم لا يقر بتعدد الزوجات كما هو معمول به في فرنسا وغيرها من الدول التي تستمد أحكامها من الديانة المسيحية، إن من غير المعقول أن يسمح القاضي الفرنسي بإنشاء علاقة مثل هذه داخل الإقليم الفرنسي لمساسها بالأسس التي تقوم عليها الأسرة الفرنسية، غير أن قيام الأجنبي بإبرام الزواج في الخارج (مثل الدول العربية التي تبيح ذلك)، وامتداد آثار هذا الزواج إلى فرنسا كمطالبة الزوجة الثانية بنفقة الزوجية في فرنسا، فإن ذلك لن يؤذي الشعور العام بنفس الدرجة إذا ما أريد إنشاء العلاقة في فرنسا، ويعبر الفقه عن هذا بالقول بأن النظام يصاب في مثل هذه الحالة ب"**الشلل الجزئي**"، باعتبار أن القاضي الفرنسي الذي رفعت أمامه دعوى المطالبة بالنفقة لا يمكنه أن يقضي ببطلان هذا الزواج الثاني رغم مخالفة تعدد الزوجات للنظام العام في فرنسا[2].

وأيضاً لقد حكم القضاء الفرنسي في الفترة السابقة لسنة 1884 بجواز الاحتجاج في فرنسا بطلاق الأجانب الذي يتم في الخارج رغم أن ايقاع الطلاق كان يتعارض مع النظام العام الفرنسي آنذاك.

وبالمثل فإن المحاكم الفرنسية لا تتردد الآن في الاعتراف بآثار الطلاق الواقع في الخارج ولو كان قد تم بناء على الأسباب التي لا يقرها القانون الفرنسي، بينما لا تقر هذه المحاكم ايقاع الطلاق في فرنسا لأسباب مماثلة لتعارض ذلك مع النظام العام فيه[3].

ورغم اعتراف الفقه والقضاء بعد ذلك في عدة بلدان بالأثر المخفف للنظام العام في مجال الحقوق المكتسبة في الخارج فإن ذلك لا يعني اهدار كل أثر لهذه الفكرة، إذ قد يتعارض نفاذ الحق المكتسب في الخارج مع النظام العام الفرنسي حتي على وجهه المخفف[4].

ولهذا حكم القضاء الفرنسي بعدم جواز الاحتجاج في فرنسا بحق الملكية على المنقول ولو كان هذا الحق اكتسب في الخارج، وفقاً للقانون الذي تشير إليه قاعدة التنازع الفرنسية باختصاصه(قانون الموقع) ما دام أنه قد تبين للمحكمة أن هذا القانون قد أجاز مبدأ نزع الملكية بدون تعويض[5].

---

[1]- عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص613.

[2]- جمال محمود الكردي، مرجع سابق، ص213.

[3] -يوسف البستاني، مرجع سابق، ص756.

[4] -يوسف البستاني، نفس المرجع، ص756.

[5] -عبد الكريم سلامة، نفس المرجع السابق، ص615.

وما يمكن قوله أنه ليس هناك معيار يحدد لنا على وجه الدقة الحالات التي يحترم فيها الحق المكتسب في الخارج مع مخالفته للنظام العام والحالات التي يفضل فيها التمسك بالنظام العام، فهي مسألة تقديرية تختلف حسب تقدير السلطة التي أثير أمامها الحق المكتسب وحسب متانة الحق وخطورة آثاره، وتختلف باختلاف الزمان فانتشار التأميم مثلا في السبعينات من القرن الماضي قد يغير مفهوم القضاء والفقه مما يجعلهما يقرّان الحقوق المكتسبة في الخارج حتى ولو كان التعويض فيه تعويض مناسباً ومؤجلاً لا عادلاً ومسبقاً[1]. ويدعم هذا الكلام بعض التطبيقات القضائية التي تاخذ بفكرة الأثر المخفف للنظام العام وهذا ما سنتطرق له في المطلب الثاني.

المطلب الثاني: التطبيقات القضائية بشأن فكرة الأثر المخفف للنظام العام.

وسنتناول في هذا المطلب التطبيقات القضائية لفكرة الأثر المخفف للقضاء الفرنسي (الفرع الأول)، والتطبيقات القضائية افكرة الاثر المخفف للنظام العام للقضاء الجزائري(الفرع الثاني).

الفرع الأول: تطبيقات القضاء الفرنسي لفكرة الأثر المخفف للنظام العام.

بدأت معالم فكرة الأثر المخفف للنظام العام في الظهور على يد القصاء الفرنسي، والذي ساهم في ابرازها في نتصف القرن 19، وذلك عندما عرضت على القضاء في ذلك الوقت العديد من قضايا التطليق، في حين كان التطليق محظوراً آنذاك ولو بين زوجين أجنبين يبيح قانونهما الشخصي ذلك، غير أن المحاكم اتجهت إلى إرساء دعائم مبدأ احترام التطليق الذي تم في الخارج، وعدم امكان تجاهله في فرنسا، بل رتّب القضاء على ذلك السماح للأجنبي المطلّق في الخارج أن يعقد زواجاً جديداً في فرنسا، وكذلك الحكم للمطلقة في الخارج بنفقة التطليق في فرنسا.

ومن أمثلة ذلك حكم محكمة النقض الفرنسية في قضية "ريفير" الشهيرة السابقة الذكر، وتطبيقاً لذلك في مجال اعتراف القضاء الفرنسي بأحكام التطليق الصادرة في الخارج، أصدرت محكمة السين في حكمها في 1956/10/22 الأمر بالتنفيذ لحكم أجنبي بالتطليق بناء على تراضي الزوجين وفقاً لما يقضي به قانون جنسية الزوج، وذلك على الرغم من أن التطليق على هذا النحو لم يكن جائزاً في فرنسا آنذاك[2].

ومن تطبيقات القضاء الفرنسي بشأن الفكرة أيضاً، فيما يتعلّق بالبنوة الطبيعية قبل تعديل المادة 40 من القانون المدني الفرنسي سنة 1912، وكان لا يجوز رفع هذه الدعوى في فرنسا لمخالفتها للنظام العام الفرنسي، لكن القضاء الفرنسي كان يعترف بآثار البنوة متى رفعت دعوى البنوة في الخارج.

-وكان الأمر يتعلق بتأميم روسيا للأساطيل التجارية، وعندما طالبت الحكومة الروسية بملكية أحد الأساطيل التي لجأت إلى الموانئ الفرنسية استنادا لحقها المكتسب وفقاً لقانون الموقع القديم، القانون الروسي رفض القضاء الفرنسي طلبها، مقرراً "إن تأميم هذه البواخر قد تم عن طريق نزع الملكية على نحو غير عادي، وغير عادل، إذ لم تعوض الحكومة السوفيتية مالكيها، وهو ما يجافي احترام حق الملكية الخاصة، ولا يمكن الاعتراف بآثاره في فرنسا لتعارضه مع اعتبارات النظام العام في الدولة الفرنسية".

[1] -حسن الهداوي، مرجع سابق، ص194.

[2] - اعدداين حسيبة، مرجع سابق، ص32.

كما أقر القضاء الفرنسي بأثار الزواج الثاني إذا تم صحيحاً في الخارج رغم أن مبدأ الزوجة الواحدة يعتبر من النظام العام في فرنسا ومن مبادئ الحضارة الفرنسية، وهكذا اضطرت المحاكم الفرنسية إلى تلطيف مفهوم النظام العام في مواجهة نظام تعدد الزوجات، فأعرفت بحق الزوجة في النفقة وبحقها في الميراث، وغيرها من الآثار[1].

وقد عرضت على المحاكم الفرنسية قضية تتلخص وقائعها في أن ثرياً أمريكياً من ولاية "**شيكاغو**" تزوّج من سيّدة فرنسية كانت تعمل بالمسارح قبل الزواج، ورغبت في الاستمرار في عملها حتى بعد الزواج، ولكن زوجها منعها من ذلك، لكنّها لم تستجيب له وحدث أن وضع أحد إصحاب المسارح اسم الزوجة في إعلان في أحد حفلاته، رفع الزوج دعوى ضد الزوجة طالباً منعها من مزاولة عملها بالمسرح، دافعت الزوجة بقولها أن أهليتها تخضع لقانون ولاية "**إيلينوا**" بالولايات المتحدة، وأن هذا القانون يجيز لها الاحتراف بالمسارح، قضت محكمة السين في 1930/04/08 بأن "القانون الذي يقرر للزوجة أهلية غير محدودة لها تجيز لها مزاولة اعمال المسرح رغم معارضة زوجها، يتعارض مع النظام العام الفرنسي[2].

إن الإيمان بفكرة الأثر المخفف للنظام العام والاعتراف بها لم يقتصر على القضاء الفرنسي فيما بعد فحسب، وإنما امتد ليشمل تحت مظلّته قضاء العديد من الدول، مثل القضاء الانجليزي، حيث نجد أن هذا الأخير قد ساير وسار على درب القضاء الفرنسي خصوصاً في مسألة تعدد الزوجات، بحيث قضى بشرعية الأولاد المولودين من علاقة يباح فيها التعدد، وبحقهم في الإرث من والدهم، وبحق الزوجات في الإرث من أزواجهم، حيث اتاحت نظرية الأثر المخفف للنظام العام للكثير من الدول فيما بعد، أن تبرر لنفسها الاعتراف ببعض الأنظمة القائمة في الشريعة الاسلامية مثل ما ذكرنا كمسألة تعدد الزوجات، بالإضافة للطلاق بإرادة منفردة.

وفي المقابل، نجد أن القضاء الفرنسي قد رفض الاعتراف ببعض آثار الزواج المتعدد المبرم في الخارج، فلم يعط حقاً للزوج في اجبار زوجته الثانية على مساكنته في مقام الزوجية، والملاحظ أن القضاء الفرنسي يرفض الاعتراف بمثل هذا الزواج عندما تكون هناك صلة بين المنازعة والقانون الفرنسي(جنسية أحد الأطراف أو إقامته).

وأيضاً فيما يخصّ آثار الطلاق بإرادة منفردة فيرفض القضاء الفرنسي الاعتراف بها عندما تكون هناك صلة تربط الزوجة بالإقليم الفرنسي مثلاً[3]. وفي الفرع الثاني سنتطرق لأهم التطبيقات القضائية لفكرة الأثر المخفف للنظام العام للقضاء الجزائري.

الفرع الثاني: تطبيقات القضاء الجزائري لفكرة الأثر المخفف للنظام العام.

لقد عمد القضاء الجزائري إلى عدم الاعتراف بأثار الحقوق المكتسبة في الخارج حسب قانون أجنبي إعمالاً لأثر الدفع بالنظام العام، وذلك إذا كانت مخالفة لمقتضيات النظام العام في الجزائر، ومن ذلك ما قضى به المجلس

[1]- كيحل كمال، تنفيد الأحكام الأجنبية بين الأثر الكامل والأثر المخفف للنظام العام، الملتقى الدولي حول تنظيم العلاقات الدولية الخاصة، جامعة أدرار، د.ت، ص5.

[2]- عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص555.

[3]- اعدداين حسيبة، مرجع سابق، ص33.

الأعلى في قراره بتاريخ 1984/06/23 من نقض قرار صادر من مجلس قضاء تيزي وزو بتاريخ 1989/04/19 كان قد أيّد حكم الدرجة الأولى الذي منحت بمقتضاه الصيغة التنفيذية لحكم فرنسي منح تعويضات للمدّعى عليها من غبر تمييز بين بين التعويض المستحق عن أصل الدين المطالب به طبقاً لاتفاق الطرفين ومبلغ الفائدة المتفق عليها التي تقدّر ب12%، وحكمها الجواز في القانون المختص.

والحظر في القانون المدني الجزائري بصريح المادة 454 منه التي تمنع تقاضي الفوائد الربوية بين الأشخاص الطبيعيين، لذلك عمد المجلس الأعلى إلى نقض القرار المطعون فيه جزئياً فيما يخص الحق المدّعى اكتسابه طبقاً للقانون الأجنبي المتضمن مبلغ الفائدة وحده، تأسيساً على أن الحكم الأجنبي المراد تنفيذه بهذا الشكل في الجزائر مخالف للنظام العام في الجزائر في هذه المسألة[1].

كما قضت المحكمة العليا في 1990/10/17 بنقض قرار صادر عن مجلس بجاية في 1967/02/14 في قضية تتلخص وقائعها في أن زوجاً مسلماً من أصل جزائري كان قد حرر لزوجته المسلمة ومن أصل جزائري أيضاً وصية رسمية سنة 1952 تضمنت الإيصاء لها بجميع تركته، توفي الزوج سنة 1956، وقد أعلن الزوج في وصيته اختياره تطبيق القانون الفرنسي بدلاً من القانون الساري على الأهالي وهو الشريعة الاسلامية، بعد الاستقلال نازع الورثة في صحة الوصية ونفادها متمسكين ببطلانها لمخالفتها لأحكام قانون الأسرة الجزائري لاسيما المادة 189 منه التي تقضي ببطلان الوصية للوارث، وقد جاء في حيثيات القرار أن المجلس قد أخطأ في تطبيق القانون وخالف مبادئ الشريعة الاسلامية في الجزائر على اعتبار أن الموصي رجل مسلم وجزائري، تطبّق أحكام الشريعة الاسلامية في الجزائر حتى في عهد الاستعمار الفرنسي، ومن ثمة فإن شرط تطبيقا للقانون الفرنسي هو شرط ملغى لأنه مخالف للشريعة الاسلامية[2].

غير أنه وفي قرار آخر ذهبت المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية إلى الاعتراف بحق أكتسب في الخارج لعدم تعارضه مع النظام العام في الجزائر وذلك بتاريخ 2006/04/12 حيث عبّرت عن ذلك بقولها "**حيث أن الحكم الصادر عن جهة قضائية أجنبية والذي قضى بتخصيص أجرة شهرية للحاضنة مقابل قيامها بحضانة أولادها الذين أسندت حضانتهم لها لم يخالف أية قاعدة جوهرية في الاجراءات كما انه لم يخالف القانون الوطني حتى وأن كان القانون الجزائري لم ينص عليها، ومع ذلك فهي تشجّع وتدفع الحاضنة بالقيام بمحضونها بكل ما تملك من جهد مما يجعل القرار الأجنبي محل الخلاف لا يتعارض مع السيادة الوطنية أو القيم الوطنية**[3].

وتجدر الاشارة إلى أنه عندما تكون أثار الحق الذي نشأ في الخارج متعارضة مع النظام العام في الجزائر، فإن القاضي هنا يستبعدها هي الأخرى باسم النظام العام، وبناء على السلطة التقديرية الممنوحة له[4].

---

[1]- الملف رقم 32463، منشور في المجلة القضائية، 1989، العدد الأول، ص149.

[2]- الطيب زيروتي، دراسات في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص311.

[3]- مباركي نسرين، مرجع سابق، ص18.

[4]- أحمد دغيش، مرجع سابق، ص13.

وبالتالي فإنه عندما يتعلق الأمر بالنسبة للحقوق التي تنشأ في الخارج فإنه وكما رأينا من خلال التطبيقات القضائية السالفة الذكر، فإن القضاء الجزائري قد اتجه إلى عدم الاعتراف بهذه الحقوق وآثارها حسب القانون الأجنبي وذلك إذا كانت متعارضة مع النظام العام في الجزائر[1].

ويمكن القول بأن فكرة الأثر المخفف للنظام العام لها أساس تقوم عليه وهذا ما سنتطرق له في المطلب الثالث والأخير من هذا المبحث.

المطلب الثالث: أساس فكرة الأثر المخفف للنظام العام.

يرجع البعض السبب لفكرة الأثر المخفف للنظام العام للحقوق المكتسبة، إلى التفرقة بين مسألة اكتساب الحقوق ومسألة احترام الحقوق المكتسبة، وفي الواقع أن سبب الأخذ بفكرة الأثر المخفف للنظام العام يرجع إلى خاصية أساسية من خصائص النظام العام، والتي تتمثل في طابعه الإقليمي فكما رأينا سابقاً أن وضيفة النظام العام الرئيسية هي دفع الخطر والاضطراب الذي قد يهدد مصالح الدولة الحيوية.

فإذا كان نشوء الحق يولّد نوع من الاضطراب بسبب الواقعة التي تنشأ في الخارج، فإن إنشاء الحق لا يمس بالنظام العام في دولة القاضي في شيء ولا يمانع النظام العام الوطني من نفاد هذا الحق المكتسب داخل الدولة، ذلك أن الخطر كان منحصراً فقط في مرحلة انشاء الحق، أما وقد زال هذا الخطر بحدوث الواقعة في الخارج، فلا مبرر لتدخل النظام العام بعد ذلك، باعتبار أن هدف النظام العام هو الدفاع عن المصالح العليا لمجتمع دولة القاضي، وأن آثاره لا تمتد خارج الدولة التي يصل الدفع به فيها[2].

ومن جهة أخرى فإن فكرة الأثر المخفف للنظام العام يعود أساسها إلى مسائل الأحوال الشخصية على وجه الخصوص، حيث تسمح الفكرة باستقرار حالة الشخص واحترام المراكز القانونية التي تكونت بالفعل والتي لا يمكن اهمالها بأي حال من الأحوال، فعقد الزواج الذي ينعقد صحيحاً وفقاً للقانون المختص وقت انعقاده، لا يمكن أن ينقلب إلى علاقة غير شرعية عند التمسك بآثاره في الخارج، وإنما يتعيّن أن يبقى صحيحاً في أي دولة ينتقل إليها الزوجان، ونفس الشيء بالنسبة للطلاق الذي يقع صحيحاً في دولة القاضي وفقاً للقانون المختص فلا يجب أن يهدر هذا الحق عندما يراد التمسك بآثاره في الخارج، إذ معنى ذلك أن تظل العلاقة الزوجية قائمة على الرغم من انفصال رابطة الزوجية وانقضائها انقضاء صحيحاً لذلك فالمجرى الطبيعي لاستمرار هذه العلاقات يقتضي الاعتراف به، لأن عكس ذلك غير منطقي، ومن ثمة تتفق فكرة الأثر المخفف على هذا النحو مع ضرورة الحد من اعمال فكرة النظام العام التي تقطع المجرى الطبيعي لعلاقات الأفراد عبر الحدود[3].

---

[1]- اعدداين حسيبة، مرجع سابق، ص37.

[2]- اعدداين حسيبة، مرجع سابق، ص34.

[3]- جمال محمود الكردي، مرجع سابق، ص218.

وما يمكن قوله أن الميدان الذي يمكن أن تعرض فيه بكثرة نظرية الأثر المخفف للنظام العام هو الاعتراف بالأحكام الأجنبية وتنفيذها في الجزائر.

وبالمقابل يجدر القول بأن فكرة الأثر المخفف قد لا نجد لها تطبيقاً في التشريعات العربية التي تعتمد على الديانة الاسلامية، ولا سيما في مسائل الاحوال الشخصية إذ أن تطبيق مبادئ الشريعة الاسلامية أمر واجب وبدون تمييز بين الحق الذي نشأ في الخارج أو في داخل هذه الدولة[1].

وتجدر الإشارة إلى أنه نظراً لغموض فكرة النظام العام في حد ذاتها واثرها المخفف بصفة خاصة فإن المسألة تبقى متروكة للسلطة التقديرية للقاضي بمتانة الحق وخطورة آثاره، وبالتالي لا يمنع القاضي الوطني من الرقابة على آثار الحقوق المكتسبة في الخارج وذلك بمراعاة الشروط التي نشأت من خلالها في الخارج وذلك بغية الحد من فعاليتها[2].

إلا أنه توجد حالة أخرى لها علاقة بالأثر المخفف للنظام العام وتتمثل في حالة نشوء حق في دولة أجنبية وفقاً لنظامها العام وخلافاً لما يقضي به القانون الأجنبي المختص، وتعرف هذه الحالة بالأثر الانعكاسي للنظام العام، فهل يمكن الاحتجاج بسريان مثل هذا الحق في دولة القاضي؟.

أن الحق الناشئ عن طريق احلال قانون القاضي محل القانون الأجنبي المختص المستبعد إعمالاً للدفع بالنظام العام يحتج به في دولة القاضي ولكنه سوف يكون عديم الأثر في البلد المستبعد قانونه، أما الاحتجاج به في دولة ثالثة فهو يتوقف على مدى موافقة مقتضيات النظام العام في هذه الدولة مع النظام العام في دولة القاضي[3].

ويذهب الفقه الحديث إلى التفرقة بين الحالة التي يكون فيها النظام العام للدولة الأجنبية متطابقاً مع النظام العام في دولة القاضي والحالة التي لا يكون فيها كذلك.

ففي الحالة الأولى يصح الاحتجاج في الدولة الأجنبية بآثار الحق المكتسب في دولة القاضي وفقاً لمقتضيات النظام العام في دولته وخلافاً لما يقضي به القانون المختص، أما في الحالة الثانية فإنه لا يصح الاحتجاج بآثار الحق المكتسب في دولة القاضي وفقاً لمقتضيات نظامه العام لعدم تطابق هذه المقتضيات مع النظام العام للدولة الأجنبية التي يراد الاحتجاج فيها بآثار هذا الحق[4].

ويقول الفقه الحديث في تبريره لهذا الرأي اتفاق مفهوم النظام العام في كل من دولة القاضي والدولة الأجنبية يترتب عليه وصول القاضي إلى نفس النتيجة لو كان النزاع قد طرح عليه ابتداء.

[1]- محمد وليد المصري، مرجع سابق، ص298.

[2]- عادل بن عبد الله، الاعتبارات العملية للدفع بالنظام العام، مقال منشور في مجلة المفكر، العدد الثالث، د.ت، ص226.

[3]- زيروتي الطيب، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص287.

[4]- أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص184.

وعليه فإنه من غير المستساغ رفض الحل الذي توصلت إليه الدولة الأجنبية لمجرد أن هذا الحل قد تم التوصل إليه أخذاً بمقتضيات النظام العام فيها إذا كانت هذه المقتضيات تتفق مع مقتضيات النظام العام في دولة القاضي[1] .

-وتوضيحاً لهذه المسألة نضرب الأمثلة الآتية:- لو أبرم زوجان يونانيان زواجهما في "الجزائر" حسب الشكل المدني وأرادا الاحتجاج بصحته في إحدى الدول العربية فلا شك أن لهما ذلك، لأن النظام العام في الدول العربية متشابه، والزواج فيها جميعاً يتم وفقاً للشكل المدني، ولكن هذه العلاقة سوف تكون عديمة الأثر في "بلغاريا" قبل 1952 لان قانونها السابق يستلزم الشكل الديني للزواج ومن باب أولى تكون العلاقة باطلة طبقاً للقانون اليوناني الذي يستوجب الشكل الديني ولو كان الزواج قد أبرم في الخارج.

بقي أن نشير في الأخير إلى أن التمسك بالأثر الانعكاسي للنظام العام يصدق على انشاء الحقوق وعلى التمسك بآثار الحقوق المكتسبة في الخارج[2]

---

[1]- أعراب بلقاسم، نفسه، ص185.

[2]-الطيب زيروتي، مرجع سابق،ص287.

ملخص الفصل الثاني:

من خلال هذا الفصل يتبين لنا أنه يترتب على إعمال الدفع بالنظام العام أثراً مهماً وهو وجوب استبعاد أحكام القانون الأجنبي المتعارضة مع النظام العام في دولة القاضي، وهو ما يسمى بالأثر السلبي للنظام العام(الأثر الاستبعادي) وهو استبعاد القانون الأجنبي المختص بحكم النزاع وفقاً لقواعد الاسناد الوطنية في حالة تعارضه معها، ولكن هذا لا يعني بقاء موضوع النزاع معلقاً بلا قانون يحكمه(فراغ تشريعي)، وإنما يتوجب على القاضي سد هذا الفراغ بأن يتجه للتفتيش علن قانون آخر يحل محله، وهذا ما يسمى بالأثر الايجابي(أثر الحلول)، وذلك يكون إما ببقاء الاختصاص للقانون الأجنبي المستبعد وذلك عن طريق البحث عن قاعدة بديلة محل القاعدة المستبعدة، أو حلول قانون القاضي محل القانون الأجنبي، وهذا الحل الأخير هو الغالب والمطبق من طرف معظم الدول.

وفيما يخص الاستبعاد فرأينا أنه هناك الاستبعاد الكلي للقانون الأجنبي، وهناك استبعاد جزئي أي استبعاد الجزء أو الشق المخالف للنظام العام فقط.

وإلى جانب هذه الآثار العادية للنظام العام، هناك آثار ناشئة في الخارج ويمكن التمسك بها ويطلق عليها بالأثار المخففة للنظام العام، فكلما تعلق الأمر بهذا النوع من الاثار فنجد هناك نوع من التساهل وذلك بالسماح بتوليد بعض الآثار والمراكز القانونية التي تنشأ في الخارج لكن هذا التساهل مع هذه الأثار ليس مطلقا، بل إن القضاء يتدخل ببسط رقابته على الشروط التي تنشأ فيها المراكز القانونية في الخارج، والتحقق من عدم تعارضها مع النظام العام.

أما فيما يخص موقف المشرع الجزائري من كل ما سبق، فإنه في مسألة استبعاد القانون الأجنبي، فقد نص على الاستبعاد الكلي له وهذا بعد التعديل، ونصّ على حلول القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المستبعد، هذا فيما يخص الأثار الناشئة داخل الإقليم، أما الأثار المكتسبة في الخارج (الأثر المخفف) فإنه لم يتم اعتمادها في الجزائر خاصة في مسائل الأحوال الشخصية لاعتمادها على الشريعة الاسلامية كمصدر عام، إلا أنه هناك بعض التطبيقات القضائية النادرة التي اعتمدت ذلك.

الـــــــخاتمة:

إن تطبيق القانون الأجنبي على الإقليم الوطني وذلك مراعاة لمصالح الأفراد يبقى دائماً في اطار عدم تجاوز المفاهيم القانونية الأساسية السائدة على الإقليم الوطني ويؤخذ بعين الاعتبار المفاهيم المتحكمة في النظام القانوني الحالي دون المفاهيم التي هجرت.

وبغية احترام تلك المفاهيم تأتي فكرة الدفع بالنظام العام لتكون عائقاً أمام تطبيق القانون الأجنبي الذي قد تشير إليه قاعدة التنازع الوطنية، وبذلك يعد وسيلة فعالة لحماية المصالح العليا للمجتمع ، إلا أنه بغية تجسيد فكرة التسامح الدولي ولضمان مصالح الأفراد، يمكن التخفيف من صرامة هذا النظام وتلطيفه، حتى لا يكون هناك صراع وتصادم بين النظم القانونية الوطنية في مجال المعاملات الدولية الخاصة، وعليه تم التوصل من خلال هذه الدراسة لعدة نتائج وتوصيات وهي:

أولاً/ النتائج:

1-إن موضوع النظام العام من أعقد المواضيع القانونية، لغموض فكرته، وصعوبة تحديدها بدقة، وكذا لارتباطه بجل فروع القانون، ولذلك لا نجد له تعريف جامع يحدد المقصود به، وذلك لاختلاف المفاهيم الفلسفية والدينية والقانونية والاقتصادية بين الدول، ويمكن القول بأنه عبارة عن "**صمام الأمان**" الذي يحمي الأسس الجوهرية في مجتمع قاضي الموضوع ويمنع تسرب القوانين الأجنبية التي تتعارض جذريا مع هذه الأسس.

2-إن صعوبة تحديد المقصود النظام العام سببه الطبيعة المتغيرة له، وذلك لأنه فكرة نسبية مرنة، ومعيار تحديد مضمونه هي المصلحة العامة، وترك السلطة التقديرية للقاضي في تحديد الحالات التي تعتبر من النظام العام.

3-إنه رغم صعوبة تحديد مضمون النظام العام، إلا أن دوره واحد وهو حماية الأسس الجوهرية التي ينهض عليها المجتمع، وهنا الأسس الاقتصادية والسياسية والثقافية والأخلاقية.....إلخ.

4-إنه يجب أن يراعى في استعمال الدفع بالنظام العام مصلحتين: مصلحة الدولة وذلك من خلال تحقيق الهدف من النظام العام فلا يطبق على إقليمها ما يتعارض مع مقوماتها الأساسية، وكذا مصلحة مراعاة واقع العلاقات الدولية الخاصة فيما بين الدول.

5-إن النظام العام نظام آني متطور، تعتد به المحكمة الفاصلة في النزاع بوقت رفع الدعوى وليس بالوقت الذي نشأ فيه المركز القانوني محل النزاع.

6-الدفع بالنظام العام في منهجية التنازع مردّه اعتبارات كامنة في مضمون القانون الأجنبي، بينما في قواعد البوليس مثلاً فمردّها اعتبارات كامنة في القانون الوطني.

7-إن للنظام العام أثران: الأول هو الامتناع عن تطبيق القانون المختص(أثر سلبي)، والثاني أن يطبق القاضي الوطني قانونه على النزاع المطروح عليه(أثر ايجابي)، هناك جانب من الفقه يرى أنه يمكن تطبيق قاعدة أخرى من القانون الأجنبي المستبعد لا تتعارض مع النظام العام لقانون القاضي.

8-الاعتراف بالحقوق المكتسبة في الخارج هو تلطيف لمفعول النظام العام ولا يعني استبعاد كلي لفكرة النظام العام في جميع الأحوال بالنسبة لأي حق أكتسب في الخارج.

9-فيما يخص الحقوق المكتسبة في الخارج، رغم التعامل المتساهل بخصوصها، إلا أن القضاء يبسط رقابته على الشروط التي نشأ المركز القانوني في الخارج في ظلها.

10-فيما يخص موقف المشرع الجزائري من كل ما سبق، نجد أنه في مسألة استبعاد القانون الأجنبي نصّ على الاستبعاد الكلي له، هذا بعد التعديل، ونص على حلول القانون الجزائري محل القانون المستبعد، إلا أنه رغم التعديل نرى أن المشرع الجزائري يشهد تأخر في مجال تطبيق القانون الأجنبي واستبعاده، مقارنة على ما هو عليه الحال في دول أخرى.

وفيما يخص القضاء الجزائري فنرى أنه هناك ندرة فيما يخص الأحكام أو القرارات التي بهذا الموضوع. أما فيما يخص موقف المشرع الجزائري من مسألة الحقوق المكتسبة في الخارج فإنه لم يتبن هذه الفكرة وذلك لاعتماده على أحكام الشريعة الاسلامية كمصدر عام، فهنا يطبق القاضي أحكام الشريعة الاسلامية دون تمييز بين الحق الذي نشأ في الخارج أو في دولته.

ثانياً/ التوصيات:

1-يجب أن يكون معيار الدفع بالنظام العام مبنياً على المنطق والضرورة، وأن تراعى عند استعماله خصوصيات المعاملات الدولية الخاصة وحاجاتها.

2-يتعين على القاضي الفاصل في النزاع أن يكون متفتحاً على القانون الأجنبي، ومتفهما لدور قاعدة الاسناد الوطنية ودور الدفع بالنظام العام، وهكذا شبّه الفقهاء النظام العام ب"**الفرس الجامح**" الذي يحتاج إلى فارس "**قاضي**" متمرس لترويضه.

3-وفي اعتقادنا فإن القاضي الجزائري قد أصبح ملزماً أكثر مما سبق بتكريس مضمون المواد التي قام المشرع بتعديلها واعطائها المزيد من الحركية والفعالية خاصة بعد أن تم إزالة الغموض الذي كان يكتنفها قبل التعديل.

وبهذا الجهد المتواضع نرجو أن نكون قد ساهمنا ولو بقسط يسير في اعطاء فكرة بسيطة حول هذا الموضوع والذي يحتاج للمزيد من البحوث.

ونرجو من الله التوفيق.

قـــائمة المراجع:

أولا/ المراجع عامة:

1– الطيب زيروتي، القانون الدولي الخاص، الجزائري، تنازع القوانين، ج1، مطبعة المغيسلة، الجزائر 2008.

2 – الطيب زيروتي، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، دار هومة، الجزائر 2011.

3 – أحمد الفضلي، الموجز في القانون الدولي الخاص، ط1، دار قنديل للنشر، الأردن 2010.

4 – أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص، الجزائري، تنازع القوانين، ج1، دار هومة، الجزائر 2003.

5- أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية، القاهرة 2008

6-إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين)، مصر 1997.

7-حفيظة السيد حداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2010.

8- حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص(تنازع القزانين)، دار الثقافة للنشر، عمان 2011.

9– جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، ج2، طبعة 2005.

10-سامي بديع منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، ط1، دار العلوم العربية، بيروت 1994.

11– سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2009.

12-فؤاد عبد المنعم رياض، تنازع القوانين، الاختصاص القضائي الدولي وآثار الأحكام الأجنبية، دار النهضة العربية، القاهرة 1994

13 – هشام علي صادق، تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 2007.

14 – هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، الدار الجامعية، مصر د، ت.

15 – عليوش قربوع كمال ، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، ج1، دار هومة، الجزائر 2011.

16 – عكاشة محمد العال، تنازع القوانين(دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2007.

17- عبد الرسول رضا الأسدي، أحكام التنازع الدولي للقوانين، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2012.

18-عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص(تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين)، ج2، ط1، د.ت.

19-غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين)، ط1، دار الثقافة للنشر، الأردن 2011.

20 -محمد السيد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، ط1، دار الحامد للنشر، الأردن 2002.

21 -موحند إسعاد، القانون الدولي الخاص، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1989.

ثانيا/ المراجع الخاصة:

1- نادية فضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، ط4، دار هومة، الجزائر 2005.

2- صلاح الدين جمال الدين، فكرة النظام العام في العلاقات الخاصة الدولية بين القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، الإسكندرية 2004.

ثالثا/ الرسائل والمذكّرات:

1 بلمامي عمر، الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص، مذكرة لنيل شهادة الماجيستر، جامعة الجزائر 1986.

2- اعدداين حسيبة، استبعاد تطبيق القانون الأجنبي للنظام العام، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الجزائر 2009.

3 – مباركي نسرين، حالات استبعاد تطبيق القانون الأجنبي من طرف القاضي الوطني، مذكرة نهاية الدراسة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الجزائر 2009.

رابعاً/ المقالات:

1- عادل بن عبد الله، الاعتبارات العملية للدفع بالنظام العام، مقال منشور في مجلة المفكر، العدد الثالث، د.ت.

2- سلطان عبد الله محمود، الدفع بالنظام العام وأثره، مقال منشور في مجلة الرافدين للحقوق، المجلد رقم 12، العدد رقم 43، العراق 2010.

خامسا/الملتقيات:

1-دغيش أحمد، حالات استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص بحكم النزاع أمام القضاء الجزائري، محاضرة ألقيت بالمركز الجامعي بشار، الجزائر د.ت ،ص7.

2-كيحل كمال، تنفيد الأحكام الأجنبية بين الأثر الكامل والأثر المخفف للنظام العام، الملتقى الدولي حول تنظيم العلاقات الدولية الخاصة، جامعة أدرار، د.ت

سادسا/ المجلات القضائية:

1- نشرة القضاة، جانفي 1987، العدد الأول.

2- المجلة القضائية، العدد 4-1990

3- الملف رقم 32463، منشور في المجلة القضائية، 1989، العدد الأول.

سابعا/ النصوص التشريعية والتنظيمية:

1-الامر رقم 75-58 المتعلق بالقانون المدني المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20يونيو 2005 والقانون رقم 05/07 المؤرخ 13 مايو 2007.

2-قانون رقم 11/84 المؤرخ في 9 يوليو 1984المتضمن قانون الأسرة.

3-الأمر رقم 70-20 الموافق ل19 فبراير 1970 المتعلق بالحالة المدنية.

الفهرس

العنوان **الصفحة**

المقدمة.....01
الفصل الأول: مفهوم النظام العام وشروط الدفع به
المبحث الأول: مفهوم النظام العام.....03
المطلب الأول: تعريف النظام العام.....03
المطلب الثاني: خصائص النظام العام.....05
الفرع الأول: الطابع الوطني.....05
الفرع الثاني: الطابع النسبي.....06
الفرع الثالث: آنية وحالية النظام العام.....07
الفرع الرابع: الطابع الاستثنائي للنظام العام.....08
المطلب الثالث: تميز النظام العام عن الأنظمة المشابهة له.....08
الفرع الأول: النظام العام في القانون الدولي الخاص والنظام العام في القانون الداخلي.....08
الفرع الثاني: علاقة النظام العام بالقوانين ذات التطبيق المباشر.....10
الفرع الثالث: النظام العام وقواعد الاسناد.....11
الفرع الرابع: النظام العام ونظريتا الإحالة والتحايل.....12
المبحث الثاني: إعمال الدفع بالنظام العام.....12
المطلب الأول: مجال تدخل النظام العام.....13
المطلب الثاني: شروط الدفع بالنظام العام.....15
الفرع الأول: ثبوت الاختصاص التشريعي للقانون الأجنبي.....16
الفرع الثاني: توافر مقتضى من مقتضيات النظام العام.....16
المطلب الثالث: السلطة التقديرية لقاضي الدعوى.....18
ملخص الفصل الاول.....21

الفصل الثاني: آثار الدفع بالنظام العام

المبحث الاول: الأثار العادية للدفع بالنظام العام.....22
المطلب الاول: الأثر السلبي للدفع بالنظام العام.....22
الفرع الاول: الاستبعاد الكلي للقانون الاجنبي المخالف للنظام العام.....23
الفرع الثاني: اقتصار الاستبعاد على الجزء المخالف للنظام العام.....24
المطلب الثاني: الأثر الايجابي للدفع بالنظام العام.....26
الفرع الاول: بقاء الاختصاص للقانون الاجنبي.....26
الفرع الثاني: حلول قانون القاضي.....27
المطلب الثالث: موقف المشرع الجزائري.....29
المبحث الثاني: الأثر المخفف للنظام العام.....31
المطلب الأول: فكرة الأثر المخفف للنظام العام.....31
المطلب الثاني: التطبيقات القضائية لفكرة الأثر المخفف للنظام العام.....33
الفرع الأول: تطبيقات القضاء الفرنسي لفكرة الأثر المخفف للنظام العام.....33
الفرع الثاني: تطبيقات القضاء الجزائري لفكرة الأثر المخفف للنظام العام.....34
المطلب الثالث: أساس فكرة الأثر المخفف للنظام العام.....36
ملخص الفصل الثاني.....39
الخاتمة.....40
قائمة المراجع.....42
الفهرس.....45

الملخص:

يعتبر اللجوء الى فكرة النظام العام ضروري عندما تقضي قاعدة الاسناد بتطبيق القانون الأجنبي، فإذا تبين أن القانون الأجنبي الواجب التطبيق على النزاع المطروح على القاضي يتعارض مع قانون القاضي ففي هذه الحالة لابد من استبعاد القانون الأجنبي الذي ثبت له الاختصاص طبقا لقاعدة الاسناد، وذلك بسبب عدم قبول النتائج التي قد تترتب عن تطبيقه.

ولكن يجب التمييز بين النظام العام في القانون الداخلي والنظام العام الدولي، وهذا الأخير بعارضه الفقه، لأن قبول تطبيق القانون الاجنبي أمام القاضي الوطني يتضمن حلاً خاصاً وبالتالي لا يمكن تعميمه الى درجة يصبح فيها عالمياً، لذلك يرى الفقيه أوديت (Audit) أن أحسن عبارة في هذه الحالة هي عبارة النظام العام في مفهوم القانون الدولي الخاص.

وبالتالي تعتبر فكرة النظام العام من المكنزمات المستعملة في العديد من المواد والمناسبات.

الكلمات المفتاحية:

النظام العام/ القانون الدولي الخاص/ القانون الاجنبي/ قواعد الاسناد/ القانون الداخلي/ تنازع القوانين.

Résumé.

Le recours à l'idée d'un ordre public nécessaire lorsque nécessaire sauvegarde de l'application de la règle de droit étranger, si elle est jugée loi étrangère applicable à devant le juge le différend contraire à juger la loi dans ce cas doit être l'exclusion du droit étranger, qui a prouvé sa compétence conformément à l'attribution de base, en raison d'un manque de à accepter les résultats qui pourraient découler de l'application.

Mais il faut distinguer entre l'ordre public dans le droit interne et l'ordre public international, et ce dernier jurisprudence barre transversale, parce que l'acceptation de l'application du droit étranger devant le juge national comprend une solution spéciale et ne peut donc pas être généralisée au point de devenir un mondiale, donc voir Faqih Odette (vérification) que la meilleure expression dans Cette affaire est dans le système public est le concept de droit international privé.

Et, par conséquent, il est l'idée de l'ordre public Almknzmat utilisé dans de nombreux matériaux et des événements.

:Mots clés

L'ordre public / droit privé / étrangère, les règles du droit / d'attribution internationales / droit interne / conflit de lois**.**

Abstract.

The resort to the idea of a necessary public order when required backing the application of foreign law rule, if found to be foreign law applicable to before the judge the dispute contrary to judge the law in this case has to be the exclusion of foreign Law, which has proved his competence in accordance with the base attribution, due to lack of to accepte the résulte That May arise frome the application.

But we must distinguish between public order in the domestic law and international public order, and the latter crossbar jurisprudence, because the acceptance of the application of foreign law in front of the national judge includes a special solution and therefore can not be generalized to the point of becoming a global, so see Faqih Odette (Audit) that the best phrase in This case is in the public system is the concept of private international law.

And, therefore, it is the idea of public order Almknzmat used in many materials and events.

Key words.

Public order / private / foreign law, international law / attribution rules / domestic law / conflict of laws.