جامعة أبي بكر بلقايد -تلمسان-

كلية الحقوق

دور النظـــام العـــام فـــي حمايـــة الرابطـــة الزوجيـــة و انحلالهـــا فـــي إطـــار القانـــون الدولـــي الخـــاص

مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص فرع قانون الأسرة

من إعداد الطالبة:

✍ سنينات عبد الله

تحت إشراف الأستاذة:

د. يوسف فتيحة

لجنة المناقشة:

1 -أ. رايس محمد	أستاذ محاضر	جامعة تلمسان	رئيساً
2-أ. يوسف فتيحة	أستاذة محاضرة	جامعة تلمسان	مقررة
3-أ. شهيدة قادة	أستاذ محاضر	جامعة تلمسان	مناقشاً

السنة الجامعية 2008- 2009

{ إن فتحنا لك فتحا مبينا ليغفر الله ما تقدم من ذنبك و ما تأخر ويتم

نعمته عليك و يهديك صراطا مستقيما و ينصرك الله نصرا عزيزا }

الآية (3) سورة الفتح

شكر وتقدير

قال الله تعالى : { لَئِن شَكَرْتُمْ لأَزِيدَنَّكُمْ }

الآية (07) سورة إبراهيم

أشكر الله تعالى الذي أتم علي نعمته و أدامها الله و حفظها من الزوال ووفقني في انجاز هذا الموضوع و كل ذلك بفضله ، أتقدم بآيات العرفان والتقدير لأستاذتي الفاضلة المشرفة على هذه المذكرة الدكتورة " **يوسف فتيحة** " على ما أولتني به من نصح وتوجيه ،وعناية في مختلف مراحل إنجازها وأسأل الله تعالى أن يوفقها في عملها كما نتوجه بجزيل الشكر كذلك إلى الأساتذة الكرام أعضاء لجنة المناقشة على قبولهم مناقشتنا وسعة صدرهم ،وخصوصاً رئيسة اللجنة ومديرة المشروع الدكتورة بنوني هجيرة و جميع أساتذة السنة النظرية لتخصص قانون أسرة.

كما أتقدم بخالص الشكر إلى كل من ساهم في إعداد هذا البحث المتواضع منذ نعومة أظافره الأخت بلة صفية ، و الأستاذة بن شرف نسيمة ، أمحمدي ثورية.

إهداء

-إليك والدتي.....

يامن كلما أشرق يوم جديد إلا و رفعت يدها للسماء مناجية ربي في كل صلاة.

فإليك يا من احترقت كبدك و اسقيتني من ماء حنانك تقبلي مني جهدي المقل مع آلاف القبلات.

-إليك والدي.....

يامن أدركت أن الحياة حق ثم رحيل. أهديك ثمرة هذا الجني مقاسما اياه معك، كما كنت تتقاسم معي بركت مالديك، عساني أن أكون ولدا صالحا يدعو لك رحمة فرحمة الله يا من علمتني.

- إليكم إخوتي و أخواتي

إلى كل هؤلاء أهدي ثمرة هذا الجهد المتواضع.

سنينات عبد الله

بشار في:

الفصل الأول

مضمون النظام العام

في

القانون الدولي الخاص

الفصل الثاني

تطبيقات النظام العام في حماية الرابطة

الزوجية و انحلالها في القانون الدولي الخاص

أبي بكر بلقايد -تلمسان-

كلية الحقوق

دور النظـــام العـــام فـــي حمايـــة الرابطـــة الزوجيـــة و انحلالهـــا فـــى إطـــار القانـــون الدولـــى الخـــاص

مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص فرع قانون الأسرة

من إعداد الطالبة:

✍ سنينات عبد الله

تحت إشراف الأستاذة:

د. يوسف فتيحة

لجنة المناقشة:

1 -أ . دايم بلقاسم	أستاذ محاضر	جامعة تلمسان	رئيساً
2-أ. يوسف فتيحة	أستاذ محاضر	جامعة تلمسان	مقرراً
3-أ. شهيدة قادة	أستاذ محاضر	جامعة تلمسان	مناقشاً
4-أ. رايس محمد	أستاذ محاضر	جامعة تلمسان	مناقشاً

السنة الجامعية :2008- 2009

1- باللغة العربية:

النظام العام يعتبر بمثابة حاجز في مواجهة القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قواعد التنازع الذي يكون واجب التطبيق في دولة القاضي، إلا أن في تطبيقه قد يخالف المبادئ و الأسس الجوهرية، الاجتماعية، الأخلاقية، الدينية، و التشريعية التي تقوم عليها دولة القاضي، لدى يتم استبعاده باسم النظام العام للمحافظة على النظم القانونية و التشريعية، إلا أن مجال النظام العام يكون خصب في العلاقات الأسرية خاصة نظام الزواج و انحلال الرابطة الزوجية التي تتضمن عنصر أجنبي في حالة نزاع معروض أمام القضاء الجزائري.

***الكلمات المفتاحية**: ~ النظام العام ـــ القانون الدولي الخاص – قواعد التنازع– ضابط الإسناد – الزواج – الطلاق – الحكم الأجنبي.

2- باللغة الفرنسية:

L'ordre public doit être barrière en face de la loi étrangère qui désigné par la règle de conflit qui applique au juge de k'exequatur, mais dans son application a été en violation des principes fondamentaux et les fondements essentiels de la religieuse et l'éthique social , et l'législatif, d'état juge se pour sa la loi étrangère sera exclure au nom de l'ordre pu plique pour protéger légale system juridique et législatif mais le domaine l'ordre pu plique afin d'être riche dans le domaine des relation familiales notamment le mariage et la dissolution du lien conjugal qui contient un élément étranger lorsque le létij et devant le juge algérien

**Les mots-clés:* *- ordre pu plique – droit international privé - règle de conflit - rattachement - mariage - divorce – jugement international.*

3- باللغة الانجليزية:

The public order is a barrier in the face of foreign law estrangers abroad which designs , the conflict rules applicable in the state of the judge, but in its application has been in violation of the fundamental principles and foundation of religious and social ethics, and legislative under the éta judge, be half exclude law estranger of the name the public order to protect general of the legal and legislative systems, but the area of public order to be fertile in the area of family relations, especially marriage and the dissolution of the association marital status, which contains a foreign element judge algérien …

**Keywords:* *- public order – private international law – conflict rules – dhbz support - marriage – divorce- - divorce –foreign rule.*

مقدمة

مصطلح النظام العام قد يمر كثيرا في دراسة القانون كما أن نطاقه أوسع من دائرة القواعد الآمرة أو الناهية المتعلقة به، و إن اختلاف الفقه حول تعريفه و مضمونه و نطاقه جعل من الصعب تحديد فكرته على درجة دقيقة للنظام العام و إنما قربوا معناه فقط للأذهان عندما وجدوا أن أساسه هو فكرة المصلحة العامة، مهما كانت هذه المصلحة سياسية كتنظيم الدولة و طريقة مباشرة سيادتها أو اجتماعية كتنظيم الأسرة أو اقتصادية[1]

إن فكرة النظام العام قد تبنتها كل التشريعات قديما و حديثا مع تطور مفهومها و مجالها و قد كرستها في نصوص مختلفة ضمن قوانينها ، إلا أن تدخله في مسائل الأحوال الشخصية الأخرى لاسيما عقد الزواج و النزاعات الناجمة عنه، فإنه يمثل المجال الخصب لإعمال النظام العام و ذلك راجع لسببين، السبب الأول هو أن العلاقات الأسرية تقوم على مفاهيم اجتماعية و أخلاقية و دينية، و السبب الثاني يتمثل في كون أن العلاقات غالبا ما تنظم بقواعد آمرة كما هو الشأن في قانون الأسرة الجزائري[2]

و انطلاقا من ذلك فإن الأسرة المسلمة اليوم باحتكاك فيما بينها باختلاف ثقافتها و نظامها، مبادئها، مصالحها الاجتماعية، الأخلاقية، الثقافية، الدينية، السياسية نجم عن هذا الأخير بفعل نظام الزواج بما يسمى زواج الأجانب لحرية الفرد حق الارتباط مع شخص ثاني ليس من دولته و لا يخضع لنظامه القانوني، و نظرا لاعتبار العلاقات الأسرية ذات العنصر الأجنبي أكبر مجالا لاستخدام فكرة النظام العام كوسيلة لاستبعاد القانون

---

[1]) حلو أبو الحلو مداخلة بعنوان "النظام العام في مجال المنافسة و الاستهلاك "، دراسات قانونية ،مجلة سداسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان كلية الحقوق، العدد 08/05، ،ص20.

[2]) بليعقوبي بلخير مداخلة بعنوان" تقدير فكرة النظام العام في لعقود الخاصة الدولية في مجال الأحوال الشخصية" ،دراسات قانونية ،مجلة سداسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان كلية الحقوق، العدد 08/05، ،ص197-202.

الأجنبي الواجب التطبيق و يفسر هذا بأسباب عدة أهمها أن العلاقة الأسرية ذات العنصر الأجنبي كعلاقة خاصة دولية تثير مسألة حالة الأشخاص التي هي جزء لا يتجزأ من النظام الداخلي لكل دولة، و هذا النظام الداخلي الذي ينظم العلاقات الأسرية في أي دولة يختلف من دولة[1] إلى الأخرى من حيث مجاله و مفهومه و القانون الواجب التطبيق عليه .

وهنا في هذا البحث المتواضع نحاول بإذن الله عزوجل مناقشة شيء من التفصيل مشكلات تنازع في جانب من الجوانب المتمثل في المنازعات الأسرية (الزواج و الطلاق) الذي قد يتضمن عنصر أجنبي قد أشارت قواعد التنازع إلى القانون الأجنبي الواجب التطبيق و يكون مخالف للنظام العام لدولة القاضي.

كما يجب أن نوضح أن النظام العام سوف يتدخل لحماية الأسس الجوهرية للزواج و انحلاله سواء أثناء إنشاء العلاقة أو أثناء الاحتجاج بآثارها عن طريق تنفيذ الحكم الأجنبي و لهذا يثار التساؤل حول ما إذا كان دور النظام العام و مفهومه يتدخل بنفس الشدة في كلتا الحالتين أم أن هناك اختلاف فيما بينهما.

استجابة لهذه التساؤلات و تماشيا مع منهجية المتبعة في الدراسة المنهج التحليلي الذي يتطلبه هذا النوع من المواضيع الأسرية و اعتماد على النصوص القانونية التي تحكم الرابطة الزوجية و انحلالها،و مما دفعني لاختيار موضوع دور النظام العام في العلاقة الأسرية خاصة الزواج و انحلال الرابطة الزوجية دون باقي المواضيع الأخرى كونه يقوم بدور فعال في هذا الموضوع بناءا على أمرين هما كون أن العلاقات الأسرية تبنى على الأسس الأخلاقية، الدينية، الاجتماعية و نظام التشريعي الذي ينظم الزواج و الطلاق الذي هو قانون الأسرة يستمد من الشريعة الإسلامية، الأمر الثاني هو لاحتوائها العنصر

الأجنبي الذي قد تكون له ديانة أخرى و يخضع إلى نظام قانوني غير مستمد من الشريعة الإسلامية بمعنى علمانيي، لأن الدين الحنيف لم يمنع الارتباط بالأجنبي إلا بشروط بل حث

[1]) يوسف فتيحة ، مداخلة بعنوان" النظام العام و العلاقات الأسرية القانون الدولي الخاص" ،دراسات قانونية ،مجلة سداسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان كلية الحقوق، العدد 08/05، ،ص211.

على ذلك لقوله تعالى:"**إن خلقناكم شعوبا و قبائل لتعارفوا إن أكرمكم عند الله أتقاكم**" [1]

و في المقابل إذا نظرنا إلى واقع المحاكم في النزاعات الأسرية المتعلقة بانحلال الرابطة الزوجية ذات العنصر الأجنبي و المصادقة على الأحكام الأجنبية أغلب الأحيان تكون مرفوضة لأن في تطبيقها قد يكون مخالف للنظام العام.

و ارتباطنا بموضوع القانون الدولي الخاص لاشتماله على تنازع القوانين مع الاختصاص القضائي مع تنفيذ الأحكام الأجنبية و قصد معالجة هذا الموضوع كان بودي طرح الإشكال الذي مفاده مايلي:

ما هو مفهوم النظام العام وفي ماذا يتجلى دوره، إذا ما أشارت قواعد التنازع على أن القانون الأجنبي هو واجب التطبيق في دولة القاضي و في تطبيقه يكون قد خالف الأسس الجوهرية ، المبادئ ، المفاهيم التي يقوم عليها النظام القانوني لدولة القاضي.

و بما أننا نقوم بدراسة موضوع خاص يتمثل في الرابطة الزوجية و انحلالها التي يكون أحد أطرافها أجنبي، ففي ماذا يتجلى دوره في حمايتها، انحلالها ، آثارها سواء نشأت العلاقة خارج دولة القاضي و أراد الاحتجاج بها، أم نشأت العلاقة بالداخل.

و كيف يلعب النظام العام دوره سواء من حيث تنازع القوانين أو تنفيذ الأحكام الأجنبية في شأن حكم الطلاق و أثاره ، كما تثار مشكلة المحاكم المختصة للنظر في النزاعات المتعلقة بصحة الزواج و آثاره و كذا ما هي المحاكم المختصة للنظر في الطلاق خاصة أن قانون الإجراءات المدنية الجديد 2008 قد فصل في هذه المسائل.

[1]) الآية 57 من سورة النساء

و استجابة لهذه التساؤلات و تماشيا مع المنهجية المتبعة في دراسة المنهج التحليلي الذي يتطلبه هذا النوع من المواضيع الأسرية اعتماد على النصوص القانونية التي تحكم العلاقات الزوجية و انحلالها و دفعا منا إلى التفصيل الموضح لهذه الإشكالية، ارتأينا أن نقسم البحث إلى فصلين نتناول في (الفصل الأول) ،مضمون النظام العام في القانون الدولي الخاص، ثم نتعرض الى تطبيقات النظام العام في حماية الرابطة الزوجية و انحلالها في القانون الدولي الخاص سواء من حيث تنازع القوانين أو تنفيذ الحكم الأجنبي ، (الفصل الثاني).

ينقسم المجتمع الدولي إلى عدة دول لكل منها سيادتها المستقلة التي تمارسها في حدود إمكانية معينة و يكون لكل دولة قانونها الذي تطبقه في حدود إقليمها بحيث لا يتعدى تلك الحدود التي تقف عندها. سلطان إرادة الدولة، فإذا ما اتصلت العلاقة القانونية بشيء أو بشخص أو بواقعة قانونية خارج هذه الحدود فإنها تقع تحت سلطان قانون آخر و تصبح هذه العلاقة القانونية متسمة بطابع جديد تنتقل به من الحياة الخاصة الداخلية إلى ميدان الحياة الدولية، و في العصر الحديث و نتيجة لتقدم المجتمعات و الدول و في ظل تطور وسائل الاتصال الحديثة التي جعلت من العالم كله قرية صغيرة ، و في ظل تطور العلاقات الدولية الخاصة و اتجاه العالم نحو الانفتاح الاقتصادي و التكامل و التعاون، لم يعد يقتصر نشاط الفرد اليوم على النطاق الذي يعيش فيه أو على الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته بل امتد إلى دول أخرى لا سيما كثرة نزوح و انتقال الأفراد من دولهم و استقرارهم في دول أخرى و دخولهم في علاقات كثيرة و في مجالات متعددة و خاصة الأسرية الأمر الذي أدى إلى نشوء نوع من الروابط القانونية ذات الطبيعة الدولية الخاصة تتميز بأحد عناصر العلاقة الأجنبية[1].

وتعتبر العلاقات الأسرية ذات العنصر الأجنبي أكبر مجالا لاستخدام فكرة النظام العام كوسيلة لاستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق و يفسر هذا بأسباب عدة أهمها أن العلاقة الأسرية ذات العنصر الأجنبي كعلاقة خاصة دولية تثير مسألة حالة الأشخاص التي هي جزء لا يتجزأ من النظام الداخلي لكل دولة ، و هذا الأخير الذي

[1]) رنا إبراهيم سليمان العطور، مداخلة بعنوان"التطبيق المباشر و الغير المباشر للقانون الأجنبي من قبل قانون القاضي"، الملتقى الدولي حول تطبيق القانون الأجنبي، 2007/4/10/9/8، جامعة الأغواط، ص1.

ينظم العلاقات الأسرية في أي دولة يختلف من دولة إلى أخرى من حيث مجاله و مفهومه و القانون الواجب التطبيق عليه، فمن حيث مفهومه و مجال تطبيقه[1].

فالنظام الداخلي الذي ينظم العلاقات الأسرية في مختلف المواضيع يحتوي على مفاهيم اجتماعية و أخلاقية و دينية مشمولة بتنظيم من القواعد الآمرة لخلاف الدول العلمانية الأمر الذي جعل كل محاولات الفقه تفشل في وضع إطار واضح لمضمون النظام العام كما أن مجال هذه العلاقات قد يتسع في دولة عنه في أخرى، فبينما يضيق نطاق الأحوال الشخصية في فرنسا و يقتصر على الحالة و الأهلية ، يتسع في ايطاليا و ألمانيا و اسبانيا ليشمل الميراث و الوصية الهبة، كما يتسع موضوع العلاقات الأسرية في القانون الجزائري على غرار أغلب التشريعات العربية ليشمل جميع المسائل المنصوص عليها في قانون الأسرة[2].

الشيء الذي يجعل فكرة النظام العام فكرة جوهرية و أساسية و مطروحة النقاش، حيث من غير المقبول أن يطبق القاضي قانونا أجنبيا يتعارض مفهومه مع النظام العام في دولته، و بهذا يكون فكرة النظام العام بمثابة صمام الآمان الذي يحمي الأسس الجوهرية في المجتمع، وتطبيقه يتم وفق ضوابط، لأن الأصل دائما هو تطبيق القانون الوطني و الاستثناء هو تطبيق القانون الأجنبي، و بالتالي إذا زال الاستثناء لا بد من الرجوع إلى الأصل، و بحكم النزاع المعروض أمام القاضي الجزائري إذا كان أحد أطراف العلاقة أجنبيا، و يكون القانون الأجنبي قد أشارت إليه قواعد الإسناد الوطنية التي تشير إلى تطبيقه بوصفه القانون الواجب التطبيق ، إلا أن مضمون هذا القانون

[1]) يوسف فتيحة، دراسات قانونية ،مجلة سداسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان كلية الحقوق، العدد 08/05، مداخلة بعنوان" النظام العام و العلاقات الأسرية القانون الدولي الخاص" ،ص211.

[2]) يوسف فتيحة، دراسات قانونية ،مجلة سداسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان كلية الحقوق، العدد 08/05، المداخلة نفسها ،ص211-212.

الأجنبي قد يتعارض مع المفاهيم الأساسية و المبادئ القانونية و الميادين القانونية المستقر عليها في دولة القاضي و هنا يمكن للقاضي استبعاده باسم مخالفته للنظام العام.

وقد أخذت بفكرة النظام العام كأداة لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص معظم دول العالم والتي نصت عليها في تشريعاتها[1] لأنها هي التي تقف كحاجز أمام القوانين الأجنبية التي تمس المبادئ الأساسية السائدة فيها باعتبار أن النظام العام في حد ذاته من المفاهيم الغامضة و الفضفاضة في مجال القانون.

و لهذا سنتعرض في هذا الفصل أولا إلى تطور فكرة النظام العام في ظل صعوبة ضبط الفكرة و مدى سلطة القاضي في تحديدها لننتقل إلى خصائصه و شروطه للدفع باسمه و ما هي الآثار الدفع بالنظام العام.

[1] أعراب بلقاسم ، القانون الدولي الخاص الجزائري ، دار هومة ، 2001، ص167.

المبحث الأول:

تطور فكرة النظام العام

يتناول هذا المبحث محاولة الإحاطة بفكرة النظام العام من خلال تحديد المراحل التي مر بها تطور الفكرة في ظل صعوبة ضبطها .

إذا ما سلمنا أن فكرة النظام العام ليست فكرة قانونية خالصة ابتدعها علم القانون بل تطالعنا خارج عالم القانون و إن وضعها المعاصر توصف على أنها صمام أمان حافظ لأي نظام اجتماعي مما قد يهدد أسسه.

لم يكن دور النظام العام كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي الذي أشارت قاعدة الإسناد باختصاصه معروفا في القديم. بل كان دور النظام العام يستخدم أساسا كأداة لتثبيت الاختصاص الإقليمي[1].

و إن أردنا أن نعرف ما المقصود بالنظام العام فإنه يتعين علينا الرجوع إلى الفقه و القضاء. وسنتولى فيما يلي التعرض إليه كل في مراحل تطوره في الفقه، (المطلب الأول) و تطوره حسب الاتجاه الحديث و المفهوم الدولي، (المطلب الثاني).

[1] حفيظة السيد حداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، 2004،ص290.

المطلب الأول:

مراحل تطور النظام العام حسب الفقه

لم يكن دور النظام العام كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي الذي أشارت قاعدة الإسناد باختصاصه معروفا في القديم بل كان دور النظام العام يستخدم أساسا كأداة لتثبيت الاختصاص القانون الإقليمي و لم يبرز دور النظام العام وفقا لمفهومه الحديث إلا في القرن 19 على يد الفقيه الألماني "سافيني"[1].

و هذا ما سوف نقوم بشرحه حسب التطورات لكل فقه، و ذلك حسب فقه الأحوال الايطالي القديم، (الفرع الأول)، مدرسة شخصية القوانين للفقيه "مانشيني" (الفرع الثاني)،الفقه الفرنسي الحديث (الفرع الثالث)، فقه سافيني في القرن 19 (الفرع الرابع).

الفرع الأول:

النظام العام في فقه الأحوال الايطالي القديم

أول نواة للاصطلاح النظام العام كانت من فقه نظرية الأحوال الايطالي في القرن الثالث عشر ميلادي إذ ميز الفقيه "بارتول" "Bartole "بين الأحوال البغيضة أو الملائمة و الأحوال المستهجنة، فالأحوال الملائمة هي القوانين التي تصاحب الشخص أينما ذهب فتطبق عليه حتى و لو غادر الإقليم.أما الأحوال البغيضة فهي القواعد التي لا تتعدى آثارها حدود إقليم البلد الذي أصدرها.

[1]) هشام علي صادق، دروس تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، 2003، ص 187.

ورغم أن فقه الأحوال القديم لم يشر إلى تعبير النظام العام، إلا أنه قد أعمل هذه الفكرة حين أراد أن يؤكد التطبيق الإقليمي لما أسماء بالأحوال أو القوانين "البغيضة" التي لا يجوز امتدادها خارج الإقليم.

ذهب الأحوال البغيضة فلا يتصور تطبيقها خارج الإقليم الذي صدرت فيه، و تبقى حبيسة حدود هذا الإقليم.[1]

في القرن 17 "Bouhier" (يرى أن القوانين غير المألوفة بالنسبة للقانون العادي أو القوانين غير العادلة بصفة صارخة) ، حيث استبعدها من التطبيق لكن الفكرة لم تنتشر لأن التنازع كان بين الأعراف التي تتضمن قواعد متقاربة و كان القانون الروماني هو المصدر المشترك لمختلف الأنظمة القانونية في أوربا المستوحاة من المسيحية.

الفرع الثاني:

النظام العام في مدرسة شخصية القوانين:

في هذه المدرسة يرى الفقيه مانشيني وذلك في القرن 19 في وقت انفسخت علاقة الوحدة القانونية طور الفقيه فكرة أن بعض قوانين القاضي ، التي تعتبر ضرورية بالنسبة له يجب تطبيقها في كل حالة ، في الإقليم الوطني باعتبارها قوانين النظام العام، و هكذا اعتبره كعامل ايجابي و مستقل للإسناد تماما مثل الجنسية. و إلى جانب فقه مانشيني الذي وجد صدى في فرنسا مع "Pillet" الذي اعتبر النظام العام كاستثناء لقاعدة التنازع يظهر عند استبعاد تطبيق القانون المختص

[1]) هشام علي صادق ، المرجع السابق، ص 187-188

و تعويضه بحكم مستخلص من قانون القاضي[1] فالفقيه "مانشيني" الذي يقول بمبدأ شخصية القوانين يورد عليه عدت استثناءات تمثلت في تطبيق قانون الإرادة على العقود و تطبيق القانون المحلي على شكل التصرفات،و كذلك قواعد القانون العام و القوانين الخاصة بالأمن المدني و بالملكية العقارية و قد قرر مانشيني أن هذه القوانين تطبق إقليميا لتعلقها بالنظام العام.[2]

الفرع الثالث:

النظام العام حسب الفقه الفرنسي الحديث:

لقد بدل الفقهاء الفرنسيون المعاصرون دوراها ما في مساهمتهم لحل مشكلة تنازع القوانين وكان لهم الفضل في وضع الحلول لكثير من المسائل المعقدة في قانون الدولي الخاص، رغم بحتهم في المسألة تنازع القوانين واختلافهم في تصورهم لفكرة النظام العام[3] ، من بينهم الفقيه "بيه" الذي يرى أنه في حالة قيام نزاع بين قانون دولتين فإن القانون الذي يطبق هو أنه يجب احترام سيادة كل دولة و يطبق القانون المختص أصلا فمبدأ المعمول به هو اختيار القانون الذي يناسب هدف الاجتماعي الذي وضعه له مشرعه، و بما أن لكل قانون هدفا اجتماعيا يرمي إلى تحقيقه هو المصلحة العامة لكل دولة فإن تنازع القوانين هي تنازع بين مصالح للدول و يمكن

[1]) كمال سمية ، مداخلة بعنوان، " دور النظام العام في علاقات الزواج و الطلاق الدولية، الملتقى الدولي، حول تطبيق القانون الأجنبي،2007/04/10/9/8، جامعة الأغواط، ص 2.

[2]) هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 188

[3]) بلمامي عمر، الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص(دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، معهد الحقوق و العلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1986 ، ص44

حل هذا التنازع بجعل حكم العلاقة القانونية لقانون الدولة التي يكون لها أكبر مصلحة في حكم هذه العلاقة حتى يتحقق الغرض الاجتماعي للقانون، فلابد البحث الغرض من القانون هو حماية الفرد أو حماية المجتمع، فإذا كان الغرض هو حماية الفرد يجب أن يكون ممتد إلى خارج الإقليم، أي تكون صفة الدوام و تضحى خاصة العموم.

فيقسم الفقيه بيه القوانين حسب أهدافها إلى مجموعتين، مجموعة تتعلق بحماية المصالح العامة في المجتمع، و بالتالي تكون من النظام العام، ومجموعة تختص بالحماية الفردية أو الخاصة[1].

أما الفقيه "نبوايه" "Nibouyet" الذي يرى أن قواعد تنازع القوانين يجب أن لا تقتصر على الميدان القانوني و على إعمال المنطق فحسب، بل يجب أن تخضع لاعتبار سياسي هو مصلحة الدولة، فقد اعتنق مبدأ الإقليمية كقاعدة أصلية، وينتهي نبوايه في الأخير إلى لقول، إذا أردنا أن نحدد فكرة النظام العام فإنه يجب تحديدها من ناحيتين الأولى من الناحية التقنية أو الفنية، و الثانية من الناحية الملائمة.

فيقصد بالأولى أن النظم القانونية الأجنبية الغير معروفة في قانون القاضي يجب أن تستبعد من طرف القاضي ، أما الثانية فإنه يرى في حالات معينة يتعين على القاضي استبعاد القانون الأجنبي لأسباب تقتضيها الضرورة، مثال ذلك، أن يصطدم تطبيق القانون الأجنبي بمفاهيم أخلاقية مرعية في دولة القاضي.

غير أن فكرته تعرضت للنقد و لا يمكن بأي حال أن تأخذ هذين المعيارين لتحديد فكرة النظام العام باعتبار أنه قد تكون قواعد أو نصوص أجنبية غير معروفة في دولة القاضي و لكن هذا لا يعني عدم صلاحيتها[2]، أو عدم ملاءمتها و خاصة إذا

[1]) بلمامي عمر، الرسالة السابقة، ص 46-47-48.
[2]) بلمامي عمر، الرسالة نفسها، ص53-54.

كان هذا الاختلاف بين القانون الأجنبي و قانون القاضي راجعا الى اختلاف فني محض كالاستقلال في وضع التشريعات مثلا.

أما الفقيه "بارتان" الذي يرى أن التكييف يخضع لقانون القاضي، فحين يعرض عليه النزاع مشتمل على عنصر أجنبي فإنه يتعين عليه تكييف هذه العلاقة وفقا لقانونه بتعين القانون الواجب التطبيق، فإذا ما تعارضت روح النظم القانونية في القانون الأجنبي مع الروح النظم القانونية في القانون الوطني فإنه يتعين على القاضي عدم السماح بتطبيق القانون الأجنبي، أي ينعدم في هذه الحالة الاشتراك القانوني بينهما أي بين قانون دولة القاضي و القانون الأجنبي[1]، فالفقيه "بارتان" "Bartin" في فرنسا والفقيه "فون بار" "Von Bar" في ألمانيا هما من نظم تصور استثناء النظام العام المتبني حاليا من طرف كل المؤلفين و المكرس في أغلب القوانين الحديثة المتعلقة بالقانون الدولي الخاص و الاتفاقيات الدولية في مجال تنازع القوانين[2].

الفرع الرابع:

النظام العام حسب الفقه سافيني في القرن 19.

لعل أول من صور فكرة النظام العام على النحو المفهوم لدى الفقه الحديث هو الفقيه "سافيني" في القرن 19، من خلال عرضه لفكرته في الاشتراك القانوني و مضمون فكرته أن هناك اشتراكا قانونيا بين الدول المسيحية التي استمدت قوانينها من القانون الروماني، تشترك فيما بينها في الأصول العامة التي ترجع إلى وحدة الأصل

[1]) بلمامي عمر، الرسالة السابقة، ص49-50.

[2]) كمال سمية، المرجع السابق، ص6.

التاريخي لهذه القوانين، و من هنا أكد سافيني أن كلا من هذه الدول التي تشترك قوانينها في وحدة المصدر وتتخلى في بعض الفروض عن تطبيق قانونها الخاص مما يفسح المجال في وضع حلول مشتركة في تنازع القوانين فإنه يتعين استبعاد القانون الأجنبي في الحالات التي تنقطع فيها عوامل الاشتراك[1].

وقد استخدم "سافيني" عند تعرضه للحلوله المقترحة لفض مشكلة التنازع منهجا مختلفا عن المنهج الذي اتبعه الفقه التقليدي، فقد رأينا كل من الفقه الأحوال القديم و الفقه مانشيني و أنصاره لم يكن يعرف التنظيم الحالي لتنازع القوانين و الذي يقسم العلاقات الخاصة الدولية بمقتضاها إلى فئات بحيث تسند كل فئة منها إلى القانون الذي يراه المشرع أكثر ملائمة لها، و لهذا أن فكرة النظام العام قد استخدمت كبديل للفكرة المسندة و لتبرير تطبيق بعض القوانين تطبيقا إقليميا[2]، لكن الفقيه "سافيني" بالرغم من مناداته بعامل الاشتراكي القانوني، فإنه لا يغالي فيه كثيرا، موضحا ذلك بقوله، أن الاشتراك القانوني لا يعني في نظره التماثل أو التجانس، التطابق بين النظم و القوانين الأوروبية و إلا اختفت مسألة تنازع القوانين من مجالات البحث.

و لقد أوضح "سافيني" ذلك بمثال عن (فرنسا، ايطاليا، انجلترا)، فرغم ما بين هذه الدول من تشابه في التقدم الحضاري المتمثل في نمط الحياة الاقتصادية و الاجتماعية، و الثقافية، و رغم أن ثراتها القانوني الذي تنتمي إليه واحد، هو القانون الروماني، و إنها تعتنق ديانة واحدة هي الديانة المسيحية، فمع ذلك كله توجد فيها

[1]) حفيظة -السيد حداد، المرجع السابق، ص 292.

[2]) هشام علي صادق، المرجع السابق، ص189-190.

بعض القوانين التي تختلف عن بعضها البعض و منها على سبيل المثال لا الحصر (حق التطليق) و كيفية حصر أسبابه[1].

- أما حسب الاتجاه الجديد : فلقد استقر الفقه اليوم أن يترك تقرير فكرة النظام العام لفقهاء كل دولة يطورها طبقا لتطور المبادئ و الأخلاق و التقاليد في بلده و في عصره، و يستعملها كسلاح استثنائي ضد تطبيق القوانين الأجنبية التي تختلف اختلافا جوهريا عن قانون دولته سواء في مفهومها أو في الأهداف الأخلاقية أو الاجتماعية أو الاقتصادية و بالقيام بهذه الوظيفة تعتبر كهيئة رقابة القانون الأجنبي في قانون القاضي و هنا تتجلى وظيفة النظام العام في الدفاع ضد تطبيق القوانين الأجنبية الغير المقبولة بالإجماع، ووسيلة وقائية للأسس السياسية و الاجتماعية لدولة القاضي.[2]

[1]) بلمامي عمر، الرسالة السابقة، ص31.

[2]) علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، 2005، ص 149.

المطلب الثاني:

تطور النظام العام حسب الاتجاه الحديث و مفهومه الفقهي في القانون الدولي الخاص

ففي هذا المطلب سوف نتحدث على تطور النظام العام حسب الاتجاه الحديث و المفهوم الدولي له،لدى سيتم تقسيمه إلى، صعوبة ضبط فكرة النظام العام و مدى سلطة القاضي في تحديدها (الفرع الأول)، الطابع الاستثنائي للنظام العام في القانون الدولي و مدى اختلافه في القانون الداخلي(الفرع الثاني)، تطور النظام العام حسب المفهوم الدولي (الفرع الثالث) .

الفرع الأول:

صعوبة ضبط فكرة النظام العام و مدى سلطة القاضي في تحديدها

رغم أن الفقه الحديث مجمع على أهمية فكرة النظام العام و دورها كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي، إلا أنه يبقى مختلفا حول تحديد مضمونها و مع ذلك فإن هناك اتفاق حول تحديد هدفها، و هي أنها تمكن القاضي من استبعاد القانون الأجنبي المختص إذا تعارض تطبيقه مع الأسس السياسية و الاجتماعية و الاقتصادية السائدة في الدولة[1]،و هي على هذا الأساس فكرة مرنة و متطورة تختلف باختلاف الزمان و المكان فما يعتبر من النظام العام في دولة قد لا يعتبر كذلك في دولة أخرى.

وقد مكنت الاعتبارات السالفة الذكر إلى إعطاء القاضي سلطة واسعة في التقدير حسب المفاهيم السائدة في دولته على أن القاضي لا يقتصر في تقديره لمدى تعارض

[1]) حفيظة-السيد حداد، المرجع السابق، ص 297.

القانون الأجنبي مع النظام العام في دولته على مضمون هذا القانون و إنما إضافة إلى ذلك الأثر الذي يرتبه تطبيق هذا القانون على النزاع، إذ قد يكون القانون الأجنبي لا يتعارض مع النظام العام في ظاهره غير أن الأثر الذي يترتب عن تطبيقه هو الذي يتعارض مع النظام العام.

ورغم إخفاق الفقه في ضبط فكرة النظام العام، إلا أنه قد حاول مع ذلك وضع موجهات عامة يمكن عن طريقها إلقاء الضوء على هذه الفكرة. و يلتقي الفقه، مهما كانت اتجاهاته في شأن هذه الموجهات، على فكرة أساسية هي ضرورة استبعاد أحكام القانون الأجنبي الذي يتعارض تطبيقه مع الأسس السياسية و الاجتماعية و الاقتصادية في الدولة[1].

فالدفع بالنظام العام هو استثناء يعطل تطبيق قاعدة الإسناد، و هنا تتجلى دور رقابة المحكمة العليا و قد يلتقي الفقه مهما كانت اتجاهاته على فكرة أساسية هي ضرورة استبعاد أحكام القانون الأجنبي الذي يتعارض أثناء تطبيقه مع الأسس السياسية و الاجتماعية و الاقتصادية في الدولة.فلهذا إنه لم يضع تعريفا لفكرة النظام العام فهي تكتفي بإبراز الغاية و الهدف الذي تسعى فكرة النظام العام إلى تحقيقه و حماية المصالح العليا في المجتمع.[2]

[1]) حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص 298.

[2]) - حفيظة السيدة حداد ، المرجع نفسه، ص 299.

الفرع الثاني:

الطابع الاستثنائي للنظام العام في القانون الدولي و مدى اختلافه في القانون الداخلي

يبقى النظام العام متميز بخاصية وطنية دائما و يتغير مفهومه و محتواه من مجتمع لآخر رغم الجهود المبدولة إلى ازدواجية و التسليم بوجود نظام عام دولي بالموازاة بنظام العام الوطني [1].

لكن السؤال المطروح في هذا المجال هو التفرقة بين النظام العام في القانوني الداخلي و النظام العام في القانون الدولي الخاص.

بالرغم من أن فكرة النظام العام تهدف إلى صياغة و ضمان المصالح الجوهرية للمجتمع و هو ما يسعى إلى تحقيقه سواء في المجال الداخلي أو، في مجال تنازع القوانين غير أن ذلك لا يعني تطابق الفكرة في المجالين و ترجع أهم الاختلافات إلى:

1–فكرة النظام العام تستخدم في مجال القانون الداخلي لضمان عدم الخروج الإرادي عن أحكام القواعد القانونية الآمرة، بينما يستعان بهذه الفكرة في نطاق القانون الدولي الخاص لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي الذي أشارت قواعد الإسناد باختصاصه،من هنا يبدو الطابع الاستثنائي لفكرة النظام العام في القانون الدولي الخاص، فهي أداة لاستبعاد القانون الأجنبي و تطبيق قانون القاضي بصفة استثنائية خروجا على الأصل العام الذي يقضي بضرورة تطبيق القانون الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد باختصاصه وطنيا كان أم أجنبيا، أما في مجال القانون الداخلي فإن فكرة النظام العام تفقد هذا الطابع الاستثنائي، و يترتب على هذا الأخير لفكرة النظام العام في مجال القانون الدولي الخاص ، و اختلاف الدور الفني الذي تلعبه في هذا المجال عن دورها في مجال

[1]) زريوتي الطيب ، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، مطبعة الكاهنة، 2000 ،ص 249.

القانون الداخلي نتيجة هامة، فنطاق إعمال فكرة النظام العام يضيق بضرورة في مجال التنازع عنه بالنسبة للقانون الداخلي، فمخالفة القانون الأجنبي لأحكام القواعد الآمرة في قانون القاضي لا يستلزم في جميع الأحوال استبعاد أحكام هذا القانون باسم النظام العام،و مثال ذلك أن القاعدة التي تحدد سن الرشد في الجزائر تعد من النظام العام الداخلي المحددة ب19سنة[1] و يبطل كل اتفاق يخالف ذلك غير أنه لا يكون مخالفا للنظام العام القانون الأجنبي الذي يجعل مناط سن الرشد يتجاوز أو يقل على هذا السن[2].

2-في القانون الداخلي قد يكون الحق الشخصي مخالف للنظام العام، و بالتالي يمنع نشوئه أصلا مثلا كما يجوز التمسك بآثار هذا الحق إذا نشأ في الخارج طبقا للقانون المختص.

3-لهذا تطبق فكرة النظام العام في القانون الداخلي على علاقات الأفراد الخالية من العنصر الأجنبي، بينما تطبق هذه الفكرة في نطاق القانون الدولي الخاص على المعاملات المشتملة على العنصر الأجنبي[3]فلهذا يمكن القول أن الواقع أن النظام العام دائما وطنيا ، باعتبار لا يمكن تصور وجود سلطة عليا فوق الدول يمكن لها أن تفرض مثل هذا النظام ، باعتبار أن القاضي الذي يطبق النظام العام الدولي المقال به، فإنما يفعل ذلك لكون الأمر يمس بالنظام العام الوطني السائد في دولته.[4]

[1]) المادة 40 من قانون 05-10 "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية، و لم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية، سن الرشد تسعة عشر 19 سنة كاملة".

[2])هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 197-198.

[3]) علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 151.

[4]) هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 199.

و هذا إذا ما رجعنا إلى أوجه الشبه بين النظام الدولي و النظام العام الداخلي فهما يهدفان إلى صيانة المصالح الجوهرية لمجتمع الدولة باعتبار أنهما مشتركان فيمايلي:أن هدفهما واحد هو حماية المجتمع و مصالحه العليا.

- أن التمسك بكل منهما يكون داخل الدولة.
- أن الاعتراض بهما يكون بنفس الشكل أمام المحكمة المرفوع أمامها النزاع و عن طريق الدفع بالنظام العام الذي يحرك عادة من قبل المدعى عليه كما يحق للقاضي أن يتمسك به من تلقاء نفسه و يحوز إثارته في أي مرحلة من مراحل الدعوى و لا يمكن لأطراف العلاقة الاتفاق على التنازل عنه.[1]

غير أنه بالرغم من وجود نقاط الاشتراك بينهما، إلا أن قد انتقد الفقه الغالب هذه التفرقة لكونها تؤدي إلى وهم خاطئ ، فلفظ نظام عام دولي يوحي بوجود نظام عام مشترك بين الدول و الواقع أن النظام العام دائما وطني و تحديده يكون بواسطة القاضي الوطني في المجتمع الوطني.

إلا أن واقع الأمر أن صعوبة التسليم بالنظام العام الدولي المقال به هي النتيجة الطبيعية للصفة الوطنية لقواعد القانون الدولي الخاص و تعذر القول بوجود تنظيم دولي متكامل لهذا الفرع من فروع القانون.[2]

فليس هناك نظام عام دولي و نظام عام وطني و إنما يتسم النظام العام كقاعدة عامة بصفته الوطنية كل ما في الأمر هو أن دور فكرة النظام العام و نطاق أعمالها يختلف في القانون الداخلي عنه في مجال القانون الدولي الخاص.[3]

---

[1]) حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين)، الطبعة الأولى، دار الثقافة، 2005، ص 177 .

[2]) هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 177.

[3]) هشام علي صادق، المرجع نفسه، ص 144.

الفرع الثالث:

تطور النظام العام حسب المفهوم الفقهي في القانون الدولي الخاص

فالأمر ذاته دار في فقه القانون الدولي الخاص، في صياغته لمفهوم فكرة النظام العام. ففكرة النظام العام تستخدم في إطار هذا الفهم القانوني، بوصفها دفعا يراد به استبعاد إعمال القانون الأجنبي واجب التطبيق، الذي تشير إليه قاعدة الإسناد لوطنية، لمصلحة القانون الوطني(قانون دولة القاضي)، فيما إذا ثبت للقاضي أن هذا القانون الأجنبي لا يتفق مع الأسس التي يبتنى عليها النظام القانوني لدولته.إذ في مثل هذه الأحوال" من البديهي أن يبحث القاضي عن وسيلة يحول بها دون تطبيق أحكام هذا القانون الأجنبي، أي إنه لتلافي النتائج غير المقبولة التي يؤدي إليها تطبيق قاعدة الإسناد، يتعين إيجاد صمام أمن يحمي المجتمع الوطني من القوانين الأجنبية التي تقضي قاعدة الإسناد بتطبيقها، إذا تبين أن تطبيق هذه القوانين يتعارض و المبادئ الأساسية التي يقوم عليها مجتمع دولة القاضي[1].

كما يرى البعض أن مسائل النظام العام تكون تطبيق لقاعدة عامة من قواعد القانون الدولي الخاص، فقوانين النظام العام تقوم على أساس السيادة الإقليمية و إقليمية بعض القوانين كقاعدة شخصية القوانين و كلاهما مستمد من احترام السيادة المقررة للدول، و على ذلك فقواعد النظام العام قواعد أصلية و أساسية لا ينظر إليها كقواعد استثنائية و إنما قواعد أساسية هذه الأخيرة التي يطلق عليها ذات الطابع الأمر المطلق[2].

[1]) عماد طارق البشري، فكرة النظام العام في النظرية و التطبيق، دراسة مقارنة بين القوانين الوضعية و الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، المكتب الإسلامي، 2005، ص67-68.

[2]) صلاح الدين جمال الدين، فكرة النظام العام في العلاقات الخاصة الدولية بين القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، 2004، ص21-22.

يبدو أنه على الرغم من هذا الاستخدام لفكرة النظام العام على صعيد القانون الدولي الخاص، فإن فقه هذا الفرع القانوني يكاد يستقر اتفاقا على أن فكرة النظام العام، في مجال القانون الدولي الخاص، فإن فقه هذا الفرع القانوني يكاد يستقر اتفاقا على أن فكرة النظام العام، في مجال القانون الدولي الخاص، تسعى ذات سعيها في مجال القانون الداخلي لتحقيق " هدف رئيسي واحد هو حماية النظام القانوني الوطني و تدعيم قوانين الدولة الأساسية ". حيث إن هذه الفكرة إنما هي في جوهرها انعكاس للرأي العام و للأفكار السائدة في مجتمع دولة القاضي من زمن معين. لذا نلحظ الدكتور/ أحمد مسلم يعرف فكرة النظام العام بحسبها التنظيم العقلي- المنطقي- لكل شيء لدى الشعب[1]، و بما أن لا يوجود هناك نظام عام دولي و لا

يحدث ذلك إلا إذا توحدت جميع الدول في مجتمع واحد، بالتالي لا يمكن التمسك بالنظام العام أمام المحاكم الدولية و هي تنظر في دعاوي القانون الدولي، لأن هذه الأخيرة لا تهدف إلى حماية نظام عام معين[2]، الأمر الذي يخلص معه إلى أن نطاق فكرة النظام العام بأدائها الدفعي في مجال القانون الدولي الخاص، إنما ينحصر في تعارض القانون الأجنبي الواجب التطبيق مع الأسس الخلقية، الاجتماعية، السياسية الاقتصادية في دولة القاضي، الأمر الذي يتجلى معه جوهر مقصد القانون الدولي الخاص الذي لا يفترق مع جوهر القانونين العام و الخاص في ابتغاء الصالح الكلي للدولة و صيانة أسسها و قيمها العليا[3].

[1]) عماد طارق البشرى، المرجع السابق، ص 68.

[2]) علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 152.

[3]) عماد طارق البشري، المرجع السابق، ص69..

ورغم إخفاق الفقه في ضبط فكرة النظام العام، إلا أنه قد حاول مع ذلك وضع موجهات عامة يمكن عن طريقها إلقاء الضوء على هذه الفكرة. و يلتقي الفقه، مهما كانت اتجاهاته في شأن هذه الموجهات، على فكرة أساسية هي ضرورة استبعاد أحكام القانون الأجنبي الذي يتعارض تطبيقه مع الأسس السياسية و الاجتماعية و الاقتصادية في الدولة.[1]

بعدما تطرقنا إلى تطور فكرة النظام العام و ذلك حسب الفقه و الاتجاه الحديث سوف نتطرق إلى الخصائص التي يتميز بها النظام العام و شروط الدفع به في المبحث الثاني.

[1]) هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 196.

المبحث الثاني:

خصائص النظام العام وشروط الدفع به

لقد أكد الفقه الحديث في مجموعه على أهمية دور النظام العام كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي المختص بواسطة قاعدة التنازع الوطنية إذا تعارض تطبيق هذا القانون مع الأسس الجوهرية التي ينهض عليها كيان مجتمع القاضي، ولكي يستبعد القاضي تطبيق القانون الأجنبي باسم النظام العام لابد من توافر شروط معينة يمكن علي ضوئها إعمال الدفع بالنظام العام وبما أن لا يوجد تعريفا جمع مانع له فما هي الخصائص الذي تميزه، على هذا الأساس تم تقسيم هذا المبحث إلى، خصائص النظام العام (المطلب الأول)، شروطه (المطلب الثاني).

المطلب الأول:

خصائص النظام العام

بما أنه لا يوجد تعريفا دقيقا و جامعا مانعا للنظام العام أوجب البحث في خصائصه، ولما كان الدفع بالنظام العام ذو طبيعة استثنائية فمن الطبيعي أن يفسر في مجال أضيق نطاق و قد اتفق الفقه و القضاء على أن النظام العام يتصف بالصفات الآتية[1].

التي سوف نوضحه في الصفة الوطنية للنظام العام (الفرع الأول) ،النظام العام فكرة نسبية (الفرع الثاني)،و إذا كان الأمر يختلف في الشريعة الإسلامية (الفرع الثالث)، أنه نظام قضائي (الفرع الرابع) .

الفرع الأول:

الصفة الوطنية للنظام العام

الصفة الوطنية للنظام العام في صميمه فكرة ترمي إلى حماية المجتمع الوطني و الأسس الجوهرية التي يقوم عليها، و إذا كانت هذه الأخيرة من أكثر الأفكار في علم التنازع غموضا فلعل هذا راجع على أنها فكرة ذات طابع وطني تختلف من بلد لآخر، ومن شعب إلى آخر، و تتعلق بالمثل العليا التي تستقر في ضمير شعب كل دولة من حيث الدين، الآداب، السياسة ، الاقتصاد و غيرها[2].

[1]) صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص 26

[2]) صلاح الدين جمال الدين، المرجع نفسه، ص 26

ورغم وجود قواعد أساسية مشتركة بين الدول إلا أن الصفة الوطنية للنظام العام تتصف من جهة بالطبيعة الوطنية للقانون الدولي الخاص، ومن جهة ثانية بدور الحماية الذي يلعبه النظام العام. فلهذا هو أعد وطنيا لتمييزه عن النظام العام الدولي أنه معد أصلا لحكم العلاقات الخاصة التي تتجاوز الحدود ذات العنصر الأجنبي ،و هدفه الرئيسي هو حماية النظام القانوني الوطني و تدعيم قوانين الدولة الأساسية سواء عن طريق منهج الأفراد من الاتفاق على ما يخالفها، أم عن طريق استبعاد القوانين الأجنبية التي لا يتفق تطبيقها مع الأسس التي يقوم عليها النظام القانوني الوطني.[1]

إذا نظرنا إلى مفهوم القانون الدولي الخاص الذي يحكم العلاقات الفردية الخاصة ذات طابع دولي تنظر إليها المحاكم الداخلية، و يطبق النظام القانوني الذي يحكمها باعتبار عدم وجود قضاء مستقل و متخصص الذي يحكم العلاقات ذات الطابع الدولي.

و الصفة الوطنية للنظام العام في القانون الدولي الخاص لا تعني اختلاطه بالنظام العام الداخلي التي لا يمكن الأفراد الاتفاق على مخالفتها باعتبارها قواعد آمرة في مجال القانون الدولي الخاص ،هي تلك القوانين الأجنبية التي تتعارض مع الأسس الجوهرية لقاضي النزاع الذي يجب استبعاد تطبيقه إذا ما أشارت إليه قواعد الإسناد الوطنية .

و إذا كان النظام العام أكثر الأفكار غموضا في علم تنازع القوانين، فلعل هذا راجع أنها ذات طابع وطني تختلف من بلد إلى بلد، و من شعب إلى شعب، بارتباطه بالمثل العليا التي تستقر في ضمير شعب كل دولة من حيث الدين، الآداب، السياسة، الاقتصاد.[2]

[1]) عكاشة محمد عبد العالي، تنازع القوانين (دراسة مقارنة)، دار المطبوعات الجامعية، 2002، ص 507.

[2]) صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص 26.

و لهذا إذا كان ضرورة الأخذ بفكرة النظام العام من طرف قاضي النزاع عليه البحث عن الطابع الوطني للمبدأ حتى يتأكد من عدم مخالفته للقواعد الأساسية التي يقوم عليها قانونه[1]، حتى و إن كانت مسألة معينة تعد مخالفة للنظام العام عند عدد كبير من الدول و كان قانون دولة معينة لا يرى ذلك فإنه لا يتمسك بالدفع بالنظام العام و ذلك حسب الأسس الجوهرية التي تقوم عليها دولته ، وذلك تباين في التيارات الثقافية الأخلاقية ، الاجتماعية الاقتصادية ، السياسية التي يتأثر بها مشرع و كل دولة و صار لكل تشريع نهجه المخصوص في حل مشكل تنازع القوانين ذات العنصر الأجنبي، فمثلا كالولايات المتحدة الأمريكية، فرنسا،إيطاليا،انجلترا لاختلاف في توحدها في الأصول الحضارية لكن رغم ذلك، في حالة تعارض بين قواعدها القانونية أوجب استبعادها.[2]

الفرع الثاني:

النظام العام فكرة نسبية

هذه الخاصية تستوجب النظام العام عبارة عن مجمع من الأسس التي يقوم عليها مجتمع ما في وقت ما، سواء كانت سياسية، دينية، اجتماعية، اقتصادية، و لما كانت هذه الركائز متحركة و متغيرة، متطورة من مطبع إلى آخر بل وفي داخل الدولة نفسها ومادام أن النظام العام يوافق هذا الوضع الطبيعي لهذا الأخير و يعكس حال كل جماعة وطنية ويتسم بالواقعية وطالما العقلية العامة و الشعور العام في أي مجتمع هي مسائل متحركة، ومن تم يكون نسبيا يختلف من مكان إلى مكان، من زمان إلى زمان لاختلاف المثل و المبادئ باختلاف الجهات و الأوقات، الأفكار، المعتقدات

[1]) عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين (دراسة مقارنة)، دار المطبوعات الجامعية،المرجع السابق، ص 519.

[2]) عماد طارق البشرى، المرجع السابق ص407

و بالتالي فلا يمكن تحديده إلا في أمة معينة، و في جيل معين، وما يعتبر من النظام العام في دولة، قد لا يعتبر كذلك في دولة أخرى، و ما يعد مخالفا للنظام العام في وقت معين في بلد ما قد لايعد كذلك في وقت آخر، فبينما كان التطليق محضورا في بعض الدول الأوربية و مخالفا للنظام العام صار غير ذلك في الوقت الحالي. و بينما كان الزواج نظاما دينيا في بعض الدول صار مدنيا في الحاضر نتيجة اختلاف مقتضيات النظام العام فيها باختلاف الزمان[1].

الفرع الثالث:

النظام العام حسب الشريعة الإسلامية

فالنظام العام في القانون الوضعي يتسم بالنسبية لكن إذا ما تم مقارنته في الشريعة الإسلامية فإن الدفع به يكون مطلقا، و ذلك باعتبار أن فكرة النظام العام تتكون وفق ما يسود في المجتمع الإسلامي من أفكار و مبادئ ومثل عليا أساسها الشرع الإسلامي، وحسب الشريعة الإسلامية هي فكرة مطلقة منضبطة، و ليس للقاضي أي سلطة تقديرية عليها، لأنها تجسد حقيقة التشريع الإسلامي الصادر من الله عزوجل، الذي يخالف المشرع الوطني حسب الأحوال والمصالح و لذلك مضمونه ينصرف إلى مجموعة القواعد الثابتة بدليل قطعي من القرآن و السنة، و الإجماع، و لذلك فهذا المفهوم يتحدد على أساس من مصدر قواعد الشريعة و يتميز بالثبات و الدوام.

[1]) صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص28-29.

و إذا كانت الشرائع الدينية غير الإسلامية لها ولاية خاصة، فإن مجال الإعمال لهذه الشرائع مقرر بعدم مخالفة أحكامها للنظام العام. فمخالفته تعد مانعا من تطبيق الشرائع الدينية غير الإسلامية، و سببا لتطبيق الشريعة الإسلامية.[1] و لهذا فإن الشريعة الإسلامية نظمت هذه العلاقات تنظيما محكما لهذه العلاقات غير خاضعة للتغيير باعتبار أن مفهوم النظام العام في الشريعة الإسلامية يقوم أساسا على الدليل القطعي الذي مصدره القرآن، و السنة أو إجماع الفقهاء. و لا يمكن مخالفته بأي صورة من الصور، و لا يختلف باختلاف الأمكنة و الأزمنة على عكس تماما مفهومه في القانون الوضعي الذي يتعلق أساسا بالمصلحة العليا للمجتمع و الذي يختلف باختلاف الأمكنة و الأزمنة.[2] و مفهومه ينصرف فقط إلى المسلمين دون غيرهم فحرية الديانة مكفولة في الشريعة الإسلامية .

و كفالتها تعتبر من النظام العام.لكن الديانة لا تعتبر ضابط إسناد مثل الجنسية، الموطن وفي هذه الحالة يظل الفرنسي الذي أسلم خاضعا للقانون الفرنسي، و هذا ما نصت عليه المادة 30 من قانون الأسرة الجزائري[3] التي تحرم زواج المسلمة من غير المسلم متعلقة بالنظام العام.

أما إذا تطرقنا إلى أثر الدين على مضمون فكرة النظام العام في الدول الإسلامية فإنه يمكن القول على الرغم من أنه لم يعد للدين الآن في معظم الدول الغربية أهمية في القانون الدولي الخاص، بل و لا في القانون الداخلي، سواء في مجال اختصاص المحاكم أو في اختيار القانون الواجب تطبيقه، كما لا يعتد بالفوارق الدينية بين

[1]) مصطفى محمد الجمال، قانون الأسرة" في الشرائع غير الإسلامية "، 1993، ص18.

[2]) بلمامي عمر، الرسالة السابقة، ص58.

[3]) المادة 30 المعدلة بموجب قانون رقم 05-09 " يحرم من النساء مؤقتا: -زواج المسلمة مع غير المسلم".

الأفراد التي يقررها قانون أجنبي[1]. و لما كانت أحكام الشريعة الإسلامية تقضي بأن يخضع غير المسلمين المقيمين في دار الإسلام من ذميين، و مستأمنين لأحكام الإسلام في المعاملات انطلاقا بمبدأ إقليمية القوانين، إلا أن هذا قد يخص باستثناء و قد لا يطبق في الشريعة الإسلامية الذي قد يخص تطبيقا خاصا للذميين.[2]

فإذا بحثنا على تطرق الشريعة الإسلامية إلى ما يسمى بالنظام العام، فهنا لابد الإشارة إلى تعريفه بوجود تنازع القوانين، فهناك اتجاهين:

الاتجاه الأول:

الذي يرى لا مجال لإعمال فكرة النظام العام في الشريعة الإسلامية.

و الذي في دليله الذي يقسم الفقه الإسلامي العالم إلى دارين، أو دولتين (الدولة الإسلامية) و دار الحرب (الدول الأجنبية) و ذلك بتطبيق الشريعة الإسلامية في الدولة الإسلامية على جميع المقيمين فيها، تطبيقا إقليميا في كل نزاع يرفع إلى القاضي المسلم حجتهم في ذلك لا يحكم القاضي المسلم بغير أحكام الشريعة الإسلامية، و سندهم في ذلك قوله سبحانه و تعالى:" **و أنزلنا إليك الكتاب بالحق مصدقا لما بين يديه من الكتاب ومهيمنا عليه فاحكم بينهم بما أنزل الله و لا تتبع أهواءهم عما جاءك من الحق لكل جعلنا منكم ومنهاجا...و أن أحكم بينهم بما أنزل الله و لا تتبع أهواءهم" .** الآيتان 48-59 سورة المائدة.[3]

و المراد بهذه الآية هو الحكم بما أنزل الله و هو الحكم بالشريعة الإسلامية المستنبطة من الكتاب الله عزوجل و سنة رسوله (ص).

[1]) صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص12.

[2]) صلاح الدين جمال الدين، المرجع نفسه، ص 13.

[3]) صلاح الدين جمال الدين، المرجع نفسه، ص14.

و حسب هذا الاتجاه على القاضي المسلم أن يستند إلى الشرع في أي قضية معروضة عليه بغض النظر عن جنسية الخصوم أو ديانتهم.

الاتجاه الثاني:

يرى هذا الاتجاه ضرورة تطبيق فكرة النظام العام في الشريعة الإسلامية، و دليلهم في ذلك مايلي:

لقد عارضوا الاتجاه الأول في تفسيره لسورة المائدة و تفسير الآية "بما أنزل الله". و تفسيرهم في ذلك هو الحكم بالعدل، و ليس الحكم بالشرع الإسلامي بمعنى أن القاضي إذا عرض عليه نزاع بين مسلم و غير مسلم سواء كانوا أجانب أن يحكم بالعدل، لما يخضعوا إليه من أحكام، أو قوانين و سندهم في ذلك قوله سبحانه وتعالى:"**إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها و إذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل**" سورة النساء الآية58 [1]

قوله أنه مادامت الشريعة الإسلامية هي المصدر الأول في مجال قانون الأسرة هو المرجع الوحيد لتحديد ما يخالف النظام العام، و القوانين الأجنبية و ذلك طبقا للمادة 222 من قانون الأسرة الجزائري.[2]

أما بالنسبة لتغيير الديانة و علاقته بالدفع بالنظام العام، و ذلك من حاله إنشاء الحق و اكتساب الحقوق الشريعة الإسلامية فرأي الشريعة الإسلامية في هذا المجال لا يمكن له المساس بالحقوق المكتسبة، قبل التغيير إلا إذا أصبحت الحالة الجديدة مخالفة للنظام العام المقرر وفق لأحكام الشرع الإسلامي. مثلا تنحل عقدة الزواج إذا أسلمت امرأة مسيحية وطنية أو أجنبية متزوجة بمسيحي سواء كان وطنيا أو أجنبيا

[1]) صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص 18.

[2]) المادة 222 من قانون رقم 05-09 " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

و لم يغير زواجها عن دينه و ذلك أنه لا يحل في الدولة الإسلامية أن تتزوج مسيحية من مسلم.[1]

و يمكن القول في الأخير أن النظام العام يتمثل أولا في قواعد الشريعة الإسلامية الأساسية التي ينصرف الخطاب فيها إلى المسلم، وغير المسلم على السواء، ومن الواضح أن نطاق هذه القواعد أضيق بكثير من نطاق القواعد التي تدخل في النظام العام بمفهومه الديني المستمد من الشريعة الإسلامية، ومن أمثلة هذه القواعد، تلك القاعدة التي تقضي بعدم المساس بحق المسلم، وتلزم المسلم والذمي على السواء.[2]

أما أثر النظام العام حسب الشريعة الإسلامية:

قد يختلف أثار تطبيق التي يرد فيها الدفع بالنظام العام في القوانين الوضعية عن تلك التي تطبق في الشريعة الإسلامية، فلا تقبل التغير أو التبديل و الأخذ بالاستبعاد الجزئي فإن استبعاد القانون الأجنبي أمر حتميا كليا إذا ما كان يمس من أصول التشريع الإسلامي و خاصة إذا ما سلمنا أن فكرة النظام العام في الشريعة الإسلامية هي فكرة مطلقة و ليست نسبية. وإن أحكام الإسلام إقليمية في دار الإسلام و لهذا فإنها ملزمة للمسلمين و للغير المسلمين.[3]

[1]) صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص 20.

[2]) مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق، ص70.

[3]) صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص 31

الفرع الرابع:

النظام العام نظام قضائي

يعتبر القاضي المشرع لهذه المادة المرنة، وهو الذي يقدر مدى تعارض القانون الأجنبي مع النظام العام في دولته، إلا أن هذه السلطة الممنوحة له غير مطلقة، بل هي سلطة محدودة ، تخضع لرقابة المحكمة العليا بعدم صلاحية القانون الأجنبي للتطبيق.

الشيء الذي يحتم على القاضي أولا التحري جيدا، و التحقق في مضمون القانون الأجنبي و أبعاده في النزاع، [1]و إبراز القواعد الأساسية، الجوهرية التي يرتكز إليها المجتمع مدى تعارضها مع هذا القانون الأجنبي قبل اللجوء إلى الدفع به كونه نظام استثنائي. لأنه ليس من الضروري دائما أن يكون النص متعلقا بالأسس التي يقوم عليها كيان المجتمع السياسي الاقتصادي، الخلقي ليكون متعلقا بالنظام العام لأن مفهومه نسبي كما يستدل عليه بالقياس من أوضاع قريبة، و مماثلة و ترك ذلك للعمل القضائي بقدر الحالات للإعمال به و إبعاده من خلال الحالات التي تعرض عليه كل على حدى[2].

لهذا على المحاكم أن تستبعد القانون الأجنبي عندما يتعارض مع الأخلاق العليا التي كرست في التشريعات لحكمة القاضي وحسن تقديره حسب مقتضيات الأسس التي يقوم عليه المجتمع. إذا ما خالفت أوجب تجاهل القاعدة الأجنبية، وإعمال مقتضى القانون الوطني انتصار للمشروعية الوطنية الأمر الذي يتطلب استبعاده، و إلا اعتبر حكم القاضي باطلا لتجاوزه إطار المشروعية المقررة له قضاء على أصل منه، وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 24 في القانون المدني الجزائري[3].

---

[1]) سامي بديع منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، دار العلوم العربية، 1994، ص790.

[2]) سامي بديع منصور-عكاشة عبد العال، الدار الجامعية، 1997، ص172.

[3]) المادة24 المعدلة بموجب قانون رقم 05-10 " لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر، أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون، يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام أو الآداب العامة"

و من الأفضل ضرورة وضع معايير عامة موضوعية يسترشد بها القاضي في الكشف عن تعارض القانون الأجنبي مع المبادئ العليا للمجتمع وقت النظر في الدعوى حتى يكون تقديره موضوعيا يستوحي شعور الجماعة لا مشاعره الخاصة.[1]

و قد أناط المشرع للقضاء ولاية الفصل في المنازعات وفقا للقواعد المشروعية، و قواعد الإسناد التي سنها المشرع.الأمر الذي وجب موافقة تلك القواعد القانونية الأجنبية للمثل العليا في المجتمع، و أن مخالفة هذه الأخيرة وجب تجاهلها و الإعمال بمقتضى القانون الوطني.[2]

[1]) صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص 37.

[2]) عماد طارق البشرى، المرجع السابق، ص 409.

المطلب الثاني:

شروط الدفع بالنظام العام

إن تطبيق القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قواعد الإسناد فتبقى مرهون مخالفته لأسس الجوهرية الذي يقوم عليها كيان المجتمع لقانون القاضي.

و لما كان التأكد من هذه المخالفة لا يكون إلا في المرحلة القضائية و يمكن لأي من أطراف الخصومة، أن يتمسك به في أي مرحلة تكون عليها الدعوى كما يمكن أن يثيره القاضي من تلقاء نفسه[1]، الأمر الذي أقام عليه الفقه لتحليل منهج الدفع بالنظام العام و لتطبيق هذه المنهجية ثلاثة شروط. و هذا ما سوف نوضحه فيمايلي: إشارة قاعدة الإسناد إلى تطبيق القانون الأجنبي. (الفرع الأول)، توفر مقتضى من مقتضيات النظام العام (الفرع الثاني)، أن تكون المخالفة للنظام العام حالية (الفرع الثالث).

الفرع الأول:

إشارة قاعدة الإسناد إلى تطبيق القانون الأجنبي

يفترض لإعمال الدفع بالنظام العام ،أن تكون قاعدة الإسناد قد أشارت إلى وجوب تطبيق القانون الأجنبي، أيا ما يكون ذلك القانون الأجنبي المتعين آنئذ، و أيا ماكانت طبيعة قواعده، تشريعية أو عرفية أو غيرها. ذلك أن قاعدة الإسناد قاعدة مزدوجة ذات شقين، وظيفتها الإرشاد إلى القانون واجب التطبيق، أيا ما يكون هذا القانون، الذي قد يكون القانون الوطني لدولة القاضي أو أي من القوانين الدول

[1]) عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 509.

الأجنبية الأخرى ذات الاتصال بعلاقة المنازعة الماثلة.و عليه فإن الإعمال بالدفع بالنظام العام ستلزم مسبقا إعمال بقاعدة الإسناد ثم افتراض إشارتها إلى القانون الأجنبي بحكم هذه العلاقة[1].

الفرع الثاني:

توفر مقتضى من مقتضيات النظام العام

هذا الشرط يوضح وجود تعارض، و تنافر صارخ بين القانون الأجنبي، و الأسس الجوهرية التي يقوم عليها قانون القاضي من مبادئ، و أصول، و أسس التي يبنى عليها كيان المجتمع[2]. هذا ما يجعل على القاضي الوطني البحث في الحل المقدم من قبل القانون الأجنبي، و الآثار الواقعية الفعلية على تطبيق ذلك القانون داخل النظام القانوني لدولته[3]، فيظل القاضي الوطني ملزما بتعقب الحكم الأجنبي، لا من وجهة تحليله الظاهري، و إنما أيضا من وجهة مضامينه الداخلية، و آثاره المترتبة، ذلك كله في ظل مقتضيات النظام العام الوطني. فالعبرة دوما تكون بمدى موافقة الحكم الأجنبي في صورته الأخيرة بعد تطبيقه على الحالة الماثلة، لمقتضيات النظام العام الوطني بدولة القاضي، فإن استبان ذلك و تحققت له و به المواءمة المتطلبة، غدا موافقا للنظام العام واجب الإعمال لزوما، و إن لم يكن كذلك وجب استبعاده حتما، و مثال ذلك–فضلا عما ذكر آنفا في خاصة القضاء الإيطالي– قضية Potino التي عرضت على

[1]) عماد طارق البشري، المرجع السابق، ص 410.

[2]) قد نص على ذلك القانون الدولي الخاص التونسي الصادر في 1988 في المادة 36 /1 على مايلي:" لا يثير القاضي الدفع بالنظام العام إلا إذا كانت أحكام القانون الأجنبي تتعارض مع الاختيارات الأساسية للنظام القانوني التونسي"

[3]) عماد طارق البشري، المرجع السابق، ص 411.

المحاكم الفرنسية، حيث رغب زوجان احدهما اسباني و الآخر بوليفي، في حل رابطة الزوجية، و إزاء تعين القانون الشخصي لكل منهما، و بتطبيقهما معا، ترتب نتيجة تناقض النظام العام الفرنسي، كون القانون الاسباني لايسمح بالطلاق و إنما بالانفصال الجسماني فحسب، حال يسمح القانون البوليفي بالطلاق دون الانفصال الجسماني، مما يترتب على إعمالهما معا استحالة إنهاء رابطة الزوجية، حال أنه بالفحص الظاهري لكل من القانونين المذكورين تبين أن أيا منهما وحده لا يتنافر مع القانون الفرنسي بيد أنه باجتماعهما معا فبتطبيق واحد، انفرز حال متناقض مع النظام العام الفرنسي[1].

فلهذا يظل القانون الأجنبي مختلفا في حكمه، مع مقتضيات النظام العام في دولة القاضي و ذلك مقرونا لتقدير القاضي تحت إشراف المحكمة العليا.[2]

بالإضافة إلى ذلك على القاضي أن يقوم بفحص القانون الأجنبي، قبل استبعاده باسم النظام العام و ذلك بتحليله للواقع الاجتماعي، الاقتصادي، السياسي للمجتمع، الذي صدر في ظله هذا القانون، فيقوم بإجراء موازنة بين قانونه و القانون الواجب التطبيق.

من مدى تطابقه و اختلافه للأسس الجوهرية لدولة القاضي، و المساس لها أثناء تطبيقه أما بالنسبة لتقدير التعارض القانون الأجنبي مع مقتضيات النظام العام الوطني يمنح القاضي السلطة التقديرية و على أي حال يجب أن يلتزم معيارا موضوعيا، يقوم على وجود تعارض حقيقي بين القانون الأجنبي، و المبادئ العليا للمجتمع بعيدا على التأثيرات الشخصية و إلا تعرض حكمه إلى النقض، لأن فكرة النظام العام هي في الأصل فكرة وطنية خالصة، يستمد مضمونها من النظام الوطني للقاضي المختص،

[1]) عماد طارق البشرى، المرجع السابق، ص 414-415.

[2]) علي علي سليمان، المرجع السابق، 152.

وغير المعقول إلزامه بالسهر على الحفاظ على النظم القانونية الأجنبية،[1] و هو ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 24 من القانون المدني الجزائري" لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام و الآداب العامة".

غير أن السؤال الذي أثار جدالا فقهيا في هذا المقام بشدة متمثل في ضرورة وجود رابطة بين النزاع المطروح و دولة القاضي ؟

اتجه الكثير من الفقهاء إلى اشتراط وجود صلة، و علاقة بين قانون القاضي و المنازعة المطروحة و متى انتفت هذه العلاقة أو الرابطة، كان من غير المعقول أن يتذرع بنظامه العام ليعطل عمل قواعد الإسناد في دولته، و هذا بخصوص مسألة لا تعنيه ولا يربطها بقانونه أدنى صلة به، و فوق ذلك فإن هذا الحكم سوف يكون مجردا في الخارج من كل فعاليته.

أما الاتجاه فإنه يرى للفصل في هذا الإشكال، لابد من ضرورة تحديد المعيار الذي بمقتضاه تتحدد هذه الرابطة، وهذا الأخير يرجع للسلطة التقديرية
للقاضي، الذي ينظر في النزاع لأن مسألة النظام العام تقديرية عندهم، و هي من صلاحيات قاضي الموضوع.[2]

غير أنه حسب اتجاه آخر من الفقهاء، لا محل لاشتراط هذه الصلة و يكفي لاستخدام الدفع بالنظام العام أن يكون القضاء مختصا.

[1]) أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، دار النهضة العربية، 2001-2002 ، ص227.

[2]) عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين ، دار المطبوعات الجامعية، المرجع السابق، ص511.

الفرع الثالث:

أن تكون مخالفة القانون الأجنبي للنظام العام حالية

إذا اتضح للقاضي أن القانون الأجنبي الذي عينته قاعدة التنازع الوطنية يصطدم في حكمه مع مفهوم النظام العام السائد في دولة.تعين عليه استبعاده من ميدان التطبيق لكن السؤال المطروح متى يعتد بهذه المخالفة ؟[1]

أن آنية النظام العام تقتضي من القاضي أن يقدر توفر النظام العام من عدمه، و ذلك وقت المنازعة أو رفع الدعوى، و لو كان نشوء الحق قد تم دون أن يكون مخالفا للنظام العام، و هكذا تختلف فكرة النظام العام عن فكرة الإسناد إلى القانون الأجنبي، فالحكم يسند إلى القانون الأجنبي الواجب تطبيق عند وقوع الحادث أو عند نشوء الحق، أما فكرة النظام العام فينظر إليها وقت رفع الدعوى ، و لذلك فقد تتغير قاعدة التنازع بعد وقوع الحادث أوعند نشوء الحق لا تلك التي حلت محلها وقت رفع الدعوى، بينما فكرة النظام العام لا ينظر إليها إلا عند رفع الدعوى فمثلا قبل سنة 1912 كان القانون الفرنسي يحرم رفع دعوى إثبات نسب الولد الغير شرعي أعتبر ذلك مخالفا للنظام العام و بعد صدور قانون عكس ذلك سمح برفع هذه الدعاوى[2].

أما القضاء الفرنسي يجعل من الرابطة الجنسية معيارا لاستخدام الدفع بالنظام العام في مسائل الأحوال الشخصية ،كمثال دعوى طلاق رفعتها زوجة فرنسية مستوطنة في فرنسا على زوجها الاسباني المستوطن في اسبانيا، كان القانون الواجب التطبيق فيها هو القانون الاسباني (الذي كان يحضر العلاقة يومئذ) و تطبيقا لنص المادة

[1]) بلمامي عمر ، الرسالة السابقة، ص141.

[2]) علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 153.

3/310 من القانون المدني الفرنسي قد قررت محكمة التمييز الفرنسية، بمخالفتها للنظام العام الفرنسي و الذي يخول للفرنسي المستوطن في فرنسا رخصة طلب الطلاق.[1]

غير أن جل التشريعات و منها القانون الجزائري يجعل عامل الجنسية كأحد أطراف النزاع مبررا كافيا لتطبيق قانون القاضي، و استبعاد القانون الأجنبي، و هذا المسلك نجده في التشريعات العربية خصوصا في مسائل الزواج.

و هو ما ذهب إليه المشرع الجزائري، في المادة 13 من القانون المدني الجزائري التي تنص "يسيري القانون الجزائري في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11و 12 من القانون المدني الجزائري إذا كان أحد الزوجين جزائري وقت انعقاد الزواج إلا فيما يخص أهلية الزواج"[2].

و ما يلاحظ أن المشرع الجزائري، على غرار جل الشريعات العربية انحاز إلى الصياغة النظرية، لأنها تحقق نفس الغاية التي يحققها الدفع بالنظام العام بل، و يتوقف عليه من ناحية القوة و التحديد و الوضوح و هي أوصاف تتجرد منها فكرة النظام العام.

بعدما تطرقنا إلى أهمية الخصائص التي يتميز بها النظام العام لتحديد مفهومه و مضمونه و أهمية الشروط التي بواسطتها يمكن التمسك بالدفع به سوف نتطرق إلى أهمية الآثار الدفع بالنظام العام أثناء انشاء العلاقة القانونية و تمييز الدفع به بشأن علاقة نشأت في الخارج.

[1]) عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، المرجع السابق، ص515.

[2]) القانون رقم 05-10 مؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1426 الموافق ل 20 يونيو سنة 2005 – يعدل ويتمم الأمر 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم والمنشور في الجريدة الرسمية عدد 44 لسنة 2005م .

المبحث الثالث:

آثار الدفع بالنظام العام

يثير الدفع بالنظام العام مسائل معقدة نظرا لتباين المواقف الفقهية و القضائية، و يبقى السؤال المطروح هل الدفع بالنظام العام يؤدي إلى استبعاد القانون الأجنبي المختص لحكم العلاقة القانونية برمتها أو يستبعد بصفة جزئية مع بقاء الاختصاص لهذا القانون.

لذلك يجب معرفة هل تتصدى بنفس الفعالية، بالنسبة لاستناد الحقوق في بلد القاضي طبقا للقانون الأجنبي، أم يمتد بآثاره إلى تلك الحقوق المكتسبة في الخارج طبقا للقانون المختص عند نشأتها.[1]

و كاستثناء قد يتدخل النظام العام في المجالين سواء في الحقوق المكتسبة في فرنسا، كذلك بالنسبة لحقوق المنشأة في بلد القاضي بفرنسا و إلى الحقوق التي تم اكتسابها خارج فرنسا ويمكن المطالبة بآثارها داخل فرنسا و الموافقة لقانون البلد الخارجي و لهذا فان النظام العام يلعب دوره في المجالين في ذات الوقت سواء في الحقوق المنشأة في فرنسا أو المكتسبة بالخارج.[2] و نفس الشيء يمكن تطبيقه على القانون الجزائري.

و هذا ما سوف نوضحه في المطلبين كمايلي:أثر الدفع بالنظام العام أثناء إنشاء العلاقة القانونية (المطلب الأول)، أثناء الاحتجاج بآثار العلاقة في الخارج (المطلب الثاني).

[1]) زريوتي الطيب، المرجع السابق، ص252

[2]) Yvon Loussouarn- Pierre Bourel, Droit international privé, 6e édition, Dalloz, 1999,pp314,315.

المطلب الأول:

أثر الدفع بالنظام العام أثناء إنشاء العلاقة القانونية

إذا ظهر للقاضي أن القانون الأجنبي يخالف النظام العام في دولة القاضي فإنه يستبعده، ليحمي بذلك نظامه القانوني إلا أن أثره قد يختلف إذا كان هذا الحق، أو المركز القانوني المراد الاعتراف به بآثاره قد نشأ في الخارج وفق لقانون دولة أجنبية، تجيزه و يريد الاحتجاج به في دولة القاضي.

في الواقع أن الدفع بالنظام العام في مجال القانون الدولي الخاص، هو دافع استثنائي أريد به استبعاد نصوص القانون الأجنبي، التي وجد القاضي الوطني أن تطبيقها يتنافر مع المفاهيم التي تمثل انعكاسا للمصالح الحيوية في دولته.[1]

لكن السؤال المطروح إذا كان ذلك فهل يستبعد هذا القانون كليا أم الجزء الذي يخالفه؟

هذا ما يسمى بالأثر السلبي، و الايجابي و هذا ما سأوضحه فيما يلي: الأثر السلبي (الفرع الأول)، الأثر الايجابي (الفرع الثاني).

[1]) عصام الدين القصبي، القانون الدولي الخاص المصري، 2003-2004، ص 775.

الفرع الأول:

الأثر السلبي

متى وقع التعارض بين القانون الأجنبي الواجب التطبيق بناء على قواعد الإسناد الوطني، وبين قانون الوطني للقاضي وجب عليه أن يتبع هذا الدفع لامتناع و استبعاد هذا القانون حماية للمجتمع الوطني.

هذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 24 فقرة 01 من القانون المدني الجزائري:" لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر....."[1].

فمضمون الأثر السلبي، أن القانون الأجنبي المخالف للنظام العام هو قانون يتضمن مساسا بالمبادئ، و القيم الحيوية التي يقوم عليها المجتمع الوطني، و يخل بنظامه فالأثر السلبي في استبعاد أو إقصاء القانون الواجب التطبيق أصلا.[2]

لكن السؤال الذي يطرح هنا هو هل يتم استبعاد القانون الأجنبي كليا أم يستبعد الجزء المتعارض منه مع النظام العام فقط؟

لقد انقسم الفقه، و القضاء في القانون المقارن بين قائل بالاستبعاد الكلي للقانون الأجنبي المخالف، و بين مؤيد هذا الجانب، و هناك من الفقه و القضاء الذي رأى ضرورة استبعاد الجزء فقط الذي يتعارض مع النظام العام.

[1]) الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 المعدل و المتمم بالقانون 05-10 المؤرخ في 20 يونيو2005 المتضمن القانون المدني.

[2]) أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، 271

الرأي الأول: الاستبعاد الكلي

يرى جانب من الفقه، يجب أن يستبعد القانون الأجنبي استبعادا كاملا و كليا و مطلقا بمعنى يجب أن يستبعد القانون الأجنبي كل مجموعه، حتى و لوكان ما يتعارض مع مقتضيات النظام العام هو فقط بعض قواعده، و أهم الحجج التي استند إليها تتمثل فيمايلي:

أ- أنه يجب النظر إلى القانون الأجنبي كوحدة واحدة، وكل لا يتجزأ. و الدول تجزؤه بتطبيق جزء منه، و استبعاد جزء أخر منه من شأنه يقطع أوصاله، مما يؤدي إلى تطبيقه بصورة تناقض إرادة المشرع الأجنبي الذي أصدره.[1]

ب-إن الأخذ بفكرة الاستبعاد الجزئي للقانون الأجنبي مخالفة واضحة لقواعد الإسناد في قانون القاضي، لأن المشرع الوطني عند وضع قواعد الإسناد يهدف إلى تطبيق أكثر القوانين الملائمة، و عدالة للعلاقة و من شأن تطبيق جزء منه، و استبعاد جزء أخر مخالفة للمشرع الوطني نفسه عند وضع قواعد الإسناد[2] ، و مثال ذلك أن يطلب فرنسي مسيحي بنصيبه من الإرث من قريبه الفرنسي المسلم، أمام القضاء الجزائري فيرفض القاضي الجزائري طلبه لعدم جواز التوارث في هذه الحالة استناد إلى قاعدة عدم جواز التوارث بين المسلم، و غيره و هي قاعدة من النظام العام عندنا فهنا يكون القاضي الوطني استبعد كليا تطبيق القانون الأجنبي لعدم توافقه مع الأسس الجوهرية لدولتنا[3]، لأن الغاية من قاعدة التنازع لا تتحقق بالنسبة لقوانين الأمن إلا من خلال فكرة الاستبعاد الكلي وحده.[4]

---

[1]) عكاشة محمد عبد العال ، تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، المرجع السابق، ص526.

[2]) عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص527.

[3]) زريوتي الطيب، المرجع السابق، ص 253.

[4]) عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، ص599.

الرأي الثاني: الاستبعاد الجزئي

يرى الغالبية من أصحاب هذا الرأي، أن في حالة استبعاد القانون الأجنبي لمخالفته للنظام العام في دولة القاضي لا يكون إلا في الجزء الذي يخالف النظام العام فقط دون بقية الأجزاء الأخرى، و هو ما قضت به محكمة التمييز الفرنسية في قضية Fayelle بأنه إذا كان القانون الأجنبي يتعارض مع النظام العام الفرنسي، في مسائل النسب العائلي فإن استبعاد حكمه يقتصر على هذه المسألة وحدها دون أن يتعداها إلى أثار النسب[1]، و يستند أصحاب هذا الرأي للحجج التالية:

1/ يجب استخدام الأثر الاستبعادي للنظام العام بحذر شديد و في نطاق ضيق بوصفه ضرورة تقدر بقدرها دون المساس بالقواعد الجوهرية في قانون القاضي.

2/إن الهدف من الدفع من النظام العام ليس إصدار حكم على القانون الأجنبي المختص، يهدف إلى منع حدوث النتيجة المخالفة للنظام العام التي تترتب على تطبيقه.

3/ أن الاستبعاد الجزئي للقانون الأجنبي هو وحده الذي من خلاله تحقق قاعدة التنازع وظيفتها، كما يتصورها المشرع الوطني.

غير أن عدة انتقادات وجهت لأصحاب هذا الرأي من بينها [2].

قد تكون بقية الأجزاء للقانون الأجنبي مرتبط بالجزء المخالف للنظام العام، و يصبح من المتعذر على القاضي الاكتفاء باستبعاد الجزء المخالف للنظام العام دون بقية الأجزاء[3].

[1]) أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 177.

[2]) عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، المرجع السابق، ص602-603.

[3]) أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص178.

ومع ذلك فقد أكد الفقه الغالب في كلمن فرنسا و مصر أن الأثر السلبي لفكرة النظام العام ليس من شأنه استبعاد أحكام القانون الأجنبي الواجب التطبيق كلية، و إنما ينحصر هذا الأثر في استبعاد الجزئية التي يتعارض فيها مع مفهوم هذه الفكرة في دولة القاضي و يتفق هذا النظر مع الإعمال الطبيعي لفكرة النظام العام كما يراه الفقه الغالب، فليس مضمون القانون الأجنبي في ذاته هو الذي يصطدم عادة بفكرة النظام العام ، و إنما قد يتعارض تطبقه في حالات معينة مع هذه الفكرة [1].

الفرع الثاني:

الأثر الايجابي

إذا تم استبعاد القانون الأجنبي المخالف للنظام العام، على القاصي أن يسد الفراغ التشريعي الناتج عن هذا ، وفي هذا الصدد تكون مهمة القاضي الوطني هي البحث على البديل لحل النزاع و هذا ما أكده الفقه الغالب، و القضاء الفرنسي على ضرورة وجوب تطبيق قانون القاضي ، هذا هو الدور الايجابي للنظام العام و النتيجة الطبيعية لنظرة الفقه.[2] غير أن السؤال الذي يطرح نفسه ماهو القانون الذي يملأ هذا الفراغ المترتب على استبعاد القانون الأجنبي؟

فهناك العديد من الآراء الفقهية التي تضاربت في هذا الشأن، حيث اتجه رأي في القضاء الألماني إلى القول أنه، إذا استبعدت إحدى قواعد القانون الأجنبي، بناء على النظام العام ، فان الأثر الايجابي أن يبحث في القانون الأجنبي ذاته عن قاعدة قانونية بديلة تحل مكان القاعدة المستبعدة.[3]

) هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 201-202.

.[2]) كمال سمية، المرجع السابق، ص16

[3]) أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 273.

و يستند هذا الرأي على حكم المحكمة العليا بخصوص تقادم دين محل النزاع، لمخالفة النظام العام في ألمانيا و أخضعت الدين إلى أطول مدة للتقادم ينص عليها القانون السويسري[1].

و يستند هذا الرأي على مايلي:

أ-على ضرورة احترام قاعدة التنازع، التي طالما قررت اختيار قانون معين، يجب تطبيقه أو البحث عن حل في إطاره.[2]

ب-أن الدفع على أساس النظام العام هو دفع استثنائي، لذا يجب أن يبقى الأصل هو العمل بالقانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد، و استبعاد هذا الأخير يترك فراغا قانونيا ينبغي تكميله للاستعانة بأحكامه ذاتها التي عينته قواعد الإسناد.[3]

ج-أن إحلال قانون القاضي محل القانون الأجنبي المستبعد، يجعلنا أمام رهان المحكمة مما يجعل هذا الموضوع تحكمه الصدفة. وهو مخالف لتوقعات الأفراد و يجردهم من الأمان و طمئانينة.

د-إن الرجوع إلى القانون الأجنبي ذاته لتكملة الفراغ القانوني يحفظ للقانون مكانته، و يتفق مع روحه و جوهره و هذا من شأنه في نهاية المطاف أن يحفظ لقواعد الإسناد وظيفتها التي تؤدي دورها الذي وضعت من أجله.

[1]) هشام علي صادق، المرجع السابق، ص205.

[2]) أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص274.

[3])عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، منشورات الحلب الحقوقية، ص536.

النقد:

إن النقد الجوهري لهذا الرأي، أن البحث عن نص بديل في القانون المستبعد تطبيقه، يؤدي إلى إخضاع المسألة المثار بشأنها البديل في القانون المستبعد تطبيقه يؤدي إلى إخضاع المسألة المثار في شأنها النزاع لحكم نص آخر غير موضوع لها أصلا.

كما اتجه رأي آخر في الفقه، إلى ضرورة البحث على قانون يحمي توقع الأفراد و يحقق مصالح الطرف الضعيف، في العلاقة موضوع النزاع في حالة استبعاد القانون الأجنبي لمخالفته النظام العام.[1]

النقد:

إن هذا الرأي ينطوي على مصادرة على المطلوب لأنه يتكلم في تطبيق أكثر القوانين حماية للطرف الضعيف في العلاقة، مع أنه لا يمكن معرفته إلا بعد معرفة القواعد القانونية التي تحكم العلاقة، و هو ما لا يعرف إلا بعد تحديد القانون الواجب التطبيق[2].

كما اتجه جانب آخر إلى القول أن الفقه في حالة استبعاد القانون الأجنبي، لمخالفة النظام العام ينبغي البحث على القانون الأقرب للعلاقة محل النزاع و مثال ذلك أن يتم تطبيق قانون الموطن الشخصي في القانون الأقرب للعلاقة محل النزاع، مثال ذلك أن يتم تطبيق قانون موطن الشخصي في مسائل الأحوال الشخصية في الحالة التي يكون فيها قانون الجنسية مخالف للنظام العام، و يمكن وفقا لرأيهم أن

[1]) عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، المرجع السابق، ص537.

[2]) عكاشة محمد عبد العال، المرجع نفسه، ص538.

يتم تطبيق القانون الذي يرتبط بالمسألة، بأكثر الروابط صلة وثيقة هذا القانون إما أن يكون قانون وطنيا أو أجنبيا.[1]

ما يلاحظ أن هذا الرأي له العديد من المزايا إلا أنه يؤخذ عليه مايلي:

-إن اللجوء إلى الضوابط الاحتياطية عند استبعاد القانون الأجنبي المختص لتشير إلى قانون آخر ملائم في حقيقة الأمر يكون غير مجد، حيث يترتب على الأفراد إنشاء علاقة غير مشروكة في دولة القاضي مخالفة للنظام العام[2].

- إن القول بأن القانون البديل، الأقرب للعلاقة قد يكون قانون القاضي نفسه قولا لا يكون دائما صحيحا، لأنه الأصح إن القانون البديل لقانون القاضي، و قد يكون القاضي الوطني عند استبعاد القانون الأجنبي البحث من جديد على الحل الملائم للعلاقة المطروحة.[3]

أما القضاء الفرنسي الذي أيده جانب من الفقه الذي يرى أن ضرورة إحلال قانون القاضي محل القانون الأجنبي المستبعد لمخالفته للنظام العام، و هذا ما استقر عليه الفقهاء المصرين و أيده غالبية الفقه[4].

و هذا يعني أنه يقف موقفا ايجابيا، إذا كانت قاعدة النظام العام فيه آمرة و مثال ذلك إن يتقدم يونانيان مقيمان بفرنسا يطلب عقد زواجهما في الشكل الديني طبقا لقانون جنسيتهما اليوناني، يستبعد تطبيق هذا القانون لمخالفته للنظام العام في فرنسا و يعقدان زواجهما طبقا للشكل المدني[5].

[1]) عكاشة محمد عبد العال، المرجع نفسه، ص539

[2]) عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، المرجع السابق، ص537.

[3]) عكاشة محمد عبد العال، مرجع نفسه، ص 540.

[4]) أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 179.

[5])هشام علي صادق، المرجع السابق، 154.

مهما كان من شان الاتجاهات الفقهية التي أسلفنا عرضها، فإن الأستاذ الدكتور "هشام صادق" ذهب إلى القول بأن تطبيق قانون القاضي، بدلا من حكم القانون الأجنبي الذي استبعد باسم النظام العام، هو خير هذه الحلول جميعها، فهو أكثر الحلول ملائمة للاعتبارات العملية، بل و أنه الحل الذي يتماشى مع طبيعة فكرة النظام العام بوصفها فكرة وطنية بالدرجة الأولى[1].

ولعل الاعتراض الوحيد الذي يمكن تصوره على هذا الاتجاه نحو تطبيق قانون القاضي هو ما قد يؤدي إليه هذا الاتجاه من إهدار لمتطلبات الحياة الخاصة الدولية، ذلك أن قانون القاضي قد لا يكون ملائما لطبيعة العلاقة الدولية محل البحث، بل أنه يمكن القول بأن حرص المشرع على إسناد المسالة للقانون الأجنبي يعد في ذاته دلالة على صدق هذا التحليل ، لا وجه لإبداء الاعتراض السالف في غالبية الفروض مادمنا قد سلمنا في الفقه الغالب أن إعمال فكرة النظام العام ليس من شانه استبعاد أحكام القانون الأجنبي الواجب التطبيق كلية إذ ينحصر الأثر السلبي للنظام العام على النحو ما رأينا من قبل، في استبعاد الجزئية التي يتعارض فيها القانون الأجنبي مع المبادئ الأساسية في دولة القاضي[2].

كما أنه قد يقترن الأثر الايجابي بالأثر السلبي في الفروض التي يظهر فيها عند النظرة السطحية أنها لا يحتاج إلى تطبيق قانون القاضي، عليها أي اكتفاء بالأثر السلبي مثلا الحالة التي يسمح فيها القانون الأجنبي نشوء العلاقة زوجية لا يسمح بنشوئها قانون القاضي كزواج مسلمة بغير مسلم،فالقانون الفرنسي يجيز هذا الزواج في الجزائر و يعتبر مخالفا للنظام العام، فهنا يستبعد حكم القانون

[1])حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص307.

[2]) حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص307-308.

الأجنبي في هذه الحالة، و لا يسمح بنشوء هذه العلاقة يكون قد طبق القانون الوطني الذي لا يسمح بهذا الزواج.[1]

أما في القضاء الجزائري قد اكتفى المشرع في المادة 24 من القانون المدني الجزائري بإبراز فقط الأثر السلبي للنظام العام، و على القضاء الجزائري تقريب بين الأثر السلبي و الايجابي.[2]

و يستند هذا الحل على المادة 09 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه: يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيق.

المطلب الثاني:

الدفع بالنظام العام بشأن علاقة نشأت في الخارج

بعد أن رأينا كيف أن النظام العام يتدخل بشدة في شأن الحقوق و المراكز القانونية التي يراد إنشاؤها أو تكوينها في دولة القاصي فإنه في المقابل في هذا المطلب سوف نتعرض لتلك الحقوق أو المراكز القانونية، التي هي محل النزاع، قد نشأت و تكونت فقط في الخارج، وفقا لقانون أجنبي مخالف لمقتضيات النظام العام الوطني ولكن يراد التمسك أو الاحتجاج بها في دولة القاضي. علما بأنه ماكان لتلك الحقوق أو المراكز أن تنشأ أصلا في هذه الأخيرة.

[1]) أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص179-180.

[2]) أعراب بلقاسم، المرجع نفسه، ص 181.

و هنا يصاب النظام العام بشلل جزئي حيث يتخذ مفاهيم أخرى و يصطلح عليها بالأثر المخفف للنظام العام الذي سوف نوضحه في (الفرع الأول)، و الأثر الانعكاسي للنظام العام (الفرع الثاني)[1]

الفرع الأول:
الأثر المخفف

لقد ساهم الاجتهاد القضائي في إعطاء تصور للأثر المخفف للنظام العام، و ظهرت هذه الفكرة في القضاء الفرنسي، كما اعترفت بها بعض التشريعات مثل المشرع التونسي.

لقد ذهب القضاء الفرنسي منذ أواخر القرن الثامن عشر إلى إقامة التفرقة بين وضعين.

الوضع الأول: الذي يتم فيه نشوء حق أو مركز قانوني مخالف للنظام العام في الخارج، نشأ صحيحا وفقا لقانون دولة تقره، ثم يراد في مرحلة لاحقة الاعتراف بآثار هذا الحق و الاحتجاج به في دولة القاضي، فهنا يتصدى لها النظام العام لعدم إنشائها أصلا لأن ظروف نشأتها تتعارض مع مقتضيات النظام العام.[2]

الوضع الثاني: الذي يراد به نشوء حق أو مركز قانوني في دولة القاضي و تصادم القانون الأجنبي للنظام العام في بلد القاضي في مرحلة إنشاء الحق ، المركز و إن الإجراءات أو الظروف الواجب توفرها، لإنشاء الحق هي التي تتعارض من النظام العام فإن تمت هذه الإجراءات، و تحققت هذه الظروف في الخارج و نشأ الحق

[1]) أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص285.

[2]) عكاشة محمد عبد العال، ، تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، المرجع السابق، ص542.

هناك و يراد التمسك به بعد ذلك في دولة القاضي، فإن النظام العام لا محل الدفع به[1]، فإن المحاكم الفرنسية لم تتردد الآن في الاعتراف بآثار الطلاق الواقع في الخارج و لو كان قدتم بناء على أسباب لا يقرها القانون الفرنسي. بينما لا تقر هذه المحاكم إيقاع الطلاق في فرنسا لأسباب مماثلة لتعارض ذلك مع اعتبارات النظام العام.[2]

و لقد أكدت محكمة النقد الفرنسية، بصراحة لضرورة الأخذ بالتفرقة السابقة حينما أعلنت أن أثر النظام كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق يختلف في حالة المنازعات المتعلقة بحق نشأ في فرنسا عنه، الغرض الذي اكتسب الحق فعلا في الخارج وفقا للقواعد التي تسير عليها القواعد الفرنسية.[3]

و يلاحظ أن إنشاء الحق قد يكون مخالفا للنظام العام في دولة ما ووقع ذلك يمكن أن يتمسك فيها بآثار هذا الحق بشرط أن لا تتعارض مع مقتضيات النظام العام في هذه الدولة، و هذا ما يسمى بالأثر المخفف، و مثال ذلك إن يتمسك مسلم بآثار زواجه بأكثر من واحدة في بلد كفرنسا.[4]

فهكذا اعترف القضاء و الفقه بالأثر المخفف للنظام العام في مجال الحقوق المكتسبة . فالحق الذي نشأ و أكتسب في الخارج كطلاق مثلا.[5]

[1]) عكاشة محمد عبد العال، نفس المرجع، ص 548

[2]) حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص 310

[3]) حفيظة السيد حداد، المرجع نفسه، ص 310

[4]) علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 156

[5]) حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص 311.

كما يلاحظ أيضا أن القضاء الفرنسي يرفض الاعتراف بآثار الزواج المتعدد المبرم في الخارج متى كانت صلة تربط موضوع المنازعة في القانون الفرنسي حتى في مسألة الطلاق بالإرادة المنفردة استقرت أحكام القضاء الفرنسي على أن النظام العام الفرنسي يمنع الاعتراف به إن أوقع في فرنسا، غير أنه إن وقع في الخارج صحيحا يمكن الاعتراف بأثره استنادا إلى فكرة الأثر المخفف.[1]

فعلى ضوء تحليل الفقه لأحكام القضاء لفكرة الأثر المخفف، لا تعني استبعاد الدفع بالنظام العام تماما بالنسبة لمفاعيل أو أثار الحقوق التي نشأت صحيحة أو تم اكتسابها في الخارج وفقا للقانون المختص بمقتضى قواعد التنازع الفرنسية، فإذا كان النظام العام الفرنسي يمنع الاحتفال بالزواج المتعدد في فرنسا، إلا أنه لايحول بالاعتراف ببعض أثاره فيها متى تم صحيحا.[2]

و حسب الدكتور "عكاشة محمد عبد العال"، أن شيوع هذه الفكرة في الفقه و القضاء مقيد عمليا من وجهتين، أولهما أنها تسير بالسهولة و الوضوح و تتميز بين ما ينشأ من الحقوق في الخارج، أو ما ينشأ في دولة القاضي أمر ميسور ضبطه و تحديده، و ثانيهما أن الحالات التي يعترض النظام العام على الحق، أو المركز القانوني الذي تم إنشاؤه في الخارج. و يراد الاحتجاج به في دولة القاضي، ربما تكون قليلة أو محصورة النطاق لدى اقترنت بالحالات التي يتم فيها الاعتراف بهذا الحق فيما أريد إنشاؤه في دولة القاضي، و أن الأخذ بفكرة الأثر المخفف ذات طبيعة دينية ففي مصر، و الإمارات العربية، و سورية تقوم فكرة النظام العام على أساس الإسلام.[3]

[1]) عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، المرجع السابق ، ص628-629.

[2]) عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، المرجع السابق، 626-627.

[3]) عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، المرجع نفسه، 634.

و لهذا في الأخير أن الأثر المخفف لفكرة النظام العام في مجال الحقوق المكتسبة في الخارج لا يعني إهدار كل أثر لهذه الفكرة إذ قد يتعارض نفاد الحق الذي اكتسب في دولة أجنبية مع اعتبارات النظام العام في فرنسا حتى على وقعها

المخفف في مجال الحقوق المكتسبة في الخارج، لا يعني بتاتا إنكار كل أثر للنظام العام بوصفه صمام الأمان اللازم لحماية الأسس الجوهرية في المجتمع.[1]

الفرع الثاني:

الأثر الانعكاسي

لقد أسلفنا بأن فكرة النظام العام هي فكرة وطنية، تستمد مضمونها من النظام القانوني لكل دولة، و القاضي ما عليه إلا السهر، و الحماية الكاملة لهذا النظام و على أسسه الجوهرية التي يقوم عليها و هذا ما يمكن اعتباره على أنه ذو طابع إقليمي، لكن السؤال الذي يمكن طرحه، هل يجوز للقاضي أن يعتبر من النظام العام في دولته ما يعتبر من النظام العام في دولة أخرى و خاصة إذا ما كان يتفقان فيما بينها.[2]

قد يحدث أن يطرح على القاضي الجزائري مسألة تتعلق بحقوق اكتسبت على أساس نظام عام في دولة أخرى، فما هو موقف القضاء الجزائري، هل سيأخذ بعين الاعتبار ذلك النظام العام الأجنبي؟[3]

[1]) هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 210.

[2]) أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 272

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

فمثال ذلك أن النظام العنصري في جنوب إفريقيا يمنع الزواج بين البيض و السود فلو تم الزواج في فرنسا بين البيض و السود مع أن قانون جنوب إفريقيا يمنع ذلك الزوجان في الجزائر وطرحت مسألة صحة و بطلان هذا الزواج فما هو موقف القضاء الجزائري.[1] إن المادة 11 من القانون المدني الجزائري تخضع شروط الزواج إلى قانون الزوجين هل الزواج يخالف قوانين جنوب إفريقيا التي تقول بالتمييز؟

هنا فرق الفقه بين حالتين:

-إذا كان النظام العام الأجنبي، و النظام العام لقاضي الدعوى يتبنيان لنفس الحلول فان قاضي الدعوى يتبنى النظام العام الأجنبي.

-و إذا كان النظامان لا يتبنيان نفس الحلول فإن القاضي يرفض أي أثر للنظام العام.[2]

كما و لقد انقسم الفقه، و القضاء بصدد هذه المسألة التي اعتبرها البعض أنها فكرة النظام العام فكرة وطنية ، و لا علاقة لها بتغيير من النظام العام في بلد ما يعتبر النظام العام في بلد آخر و من لا علاقة لما يعتبر من النظام العام في بلد ما، يعتبر نظام عام في بلد آخر و من بينهم الفقيه "بيه" الذي ابتدع الاصطلاح الأثر الانعكاسي للنظام العام يرى أنه إذا تشابه النظام العام في دولة مع النظام العام في دولة أخرى فلا بأس بالأخذ بهذا الأثر[3].

و لقد عرضت على القضاء الفرنسي قضية تتلخص أن فرنسية مطلقة تزوجت في فرنسا من اسباني، في حين أن القانون الاسباني هو القانون الواجب التطبيق، طبقا لقاعدة التنازع الفرنسية، التي تحرم زواج الاسبانيين بالمرأة المطلقة، و لقد عرض هذا النزاع بباريس بصحته طبقا للقانون الفرنسي،واستبعدت تطبيق القانون الاسباني

[1]) عليوش قربوع كمال، المرجع السابق ، ص 185.

[2]) عليوش قربوع كمال ، المرجع نفسه ، ص 185.

[3]) علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 157.

باعتبار أن ما يعتبر في اسبانيا لا يتفق مع النظام العام في فرنسا في حين أن مثل هذا النزاع عرض على محكمة مونبيلييه فقضت ببطلان الزواج مستندة إلا أن الفرنسية التي أصبحت اسبانية بالزواج تخضع من حيث موانع الزواج للقانون الاسباني و هو يقضي بعدم صحة زواجها لأنها مطلقة، و أما حسب الدكتور "علي علي سليمان"، أنه إذا كان النظام العام يقوم على أسس واحدة في الدولتين كما هو الحال في فرنسا، و بلجيكا فلا بأس من الأخذ في كلا البلدين لما يعتبر من النظام العام في كليهما ، إذ لو أن أمر زواج هذين البولونيين عرض أول الأمر على القضاء الفرنسي يقضي بصحته و استبعد تطبيق القانون البولونيين لمخالفته للنظام العام في فرنسا.[1]

أما لو اختلف النظام العام في البلدين اختلافا جوهريا، كما هو الحال بين دولة تعتبر الزواج رابطة مدنية و دولة أخرى يعتبر رابطة دينية، فلا يتسنى حينئذ أن يكون لفكرة النظام العام تأثير واحد في الدولتين،و الدليل على ذلك أنه لما عارض أمر زواج هذين البولونيين على القضاء البولوني قضى ببطلان الزواج معتبرا أن فكرة النظام العام في بلجيكا تختلف اختلافا جوهريا عن فكرة النظام العام في بولونيا[2].

إلا أنه يجب مراعاة الدور الايجابي، الذي تعمل به قاعدة التنازع في تأييد مبدأ المساواة بين القانون الوطني، و القانون الأجنبي ، و قاعدة التنازع فإنه يمكن القول بان هذه القاعدة، بما ترمي إليه من تحقيق الأمان القانوني و العدالة في تنظيم العلاقات الخاصة الدولية، في الأساس المنطقي لتطبيق القانون الوطني[3].

[1]) علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 157.

[2]) علي علي سليمان، المرجع نفسه، ص 158

[3]) أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 277

بالنسبة للقضاء الجزائري فيما يتعلق بالحقوق التي تنشأ في دولة أجنبية و تثار أمام القاضي الجزائري فهل تكون له نفس الآثار الذي تنشأ في دولة القاضي و الحق الذي ينشأ في دولة أخرى؟ ،و في هذا الشأن أيضا:

قد نصت المحكمة العليا في 1990/10/17 بنقض قرار صادر من مجلس بجاية في 1967/02/14 في قضية تتلخص وقائعها في أن زوجا مسلما من أصل جزائري كان قد حرر لصالح زوجته المسلمة و من أصل جزائري أيضا وصية رسمية سنة 1952 مضمونها الايصاء لها بكافة تركته ثم توفي الزوج سنة 1956 و كان الزوج قد أعلن في الوصية اختيار تطبيق القانون الفرنسي على وصيته بدلا الشريعة الإسلامية ثم تنازع الورثة في صحة الوصية متمسكين بأحكام قانون الأسرة المستمد من الشريعة الإسلامية، فجاء في حيثيات القرارات المجلس قد أخطأ في تطبيق القانون و خالف مبادئ الشريعة الإسلامية.[1]

بعدما تعرفنا على فكرة النظام العام في الفقه و القضاء و شروط الدفع به ومفاهيمه، سوف نتطرق في هذا الفصل إلى تطبيقات هذه الفكرة في كل من الزواج والطلاق،كما لابد من تحديد ضوابط الإسناد الخاصة بالزواج و الطلاق وأثر النظام العام عليهما،و يجب توضيح تنازع الاختصاص القضائي لوجود عنصر أجنبي في مسألة الأحوال الشخصية.

و ماهي الشروط التي يجب توفرها في تنفيذ الأحكام التي صدرت في الخارج بصفة نهائية في الجزائر و هل يمكن عدم تنفيذ هذه الأحكام الأجنبية إذا كانت مخالفة للنظام العام طبقا لتشريع الجزائري كل هذا يتم شرحه في الفصل الثاني.

[1]) زريوتي الطيب، المرجع السابق، ص 258.

المبحث الأول:

ضوابط الإسناد الخاصة بالزواج و أثر النظام العام عليها

نص المشرع الجزائري في قانون الأسرة على جملة من الشروط ينبغي توافرها لانعقاد الزواج لكن دون التفرقة بين ما يعتبر منها موضوعي، و ما يعتبر منها شكلي، غير أنه على الصعيد القانون الدولي الخاص قد فرق بين الشروط الموضوعية و الشروط الشكلية، و لقد أخضع كل منهما لقانون خاص به.[1]

وباعتبار أن قانون الأسرة الجزائري مستمد من الشريعة الإسلامية فإن نطاق إعمال النظام العام في الجزائر بالنسبة للشروط الشكلية، و الموضوعية الواردة في الدول الأجنبية ليس هي عندنا لدى قد يؤدي دوره و أثره في استبعاد تطبيق هذه القوانين و هذا ما سوف نوضحه في تحديد القانون الذي يحكم انعقاد الزواج (المطلب الأول)، قاعدة الإسناد الخاصة بآثار الزواج (المطلب الثاني)، الاستثناء الوارد على القاعدة العامة في نظام الزواج (المطلب الثالث)، أثر النظام العام على القانون الواجب التطبيق في شأن الشروط الموضوعية و الشكلية في الزواج (المطلب الرابع).

[1]) أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص228

المطلب الأول:

تحديد القانون الذي يحكم انعقاد الزواج

لعل الزواج هو أفسح العلاقات القانونية مجالا لتنازع القوانين وذلك أن النظم القانونية تختلف في نظرتها إلى هذه الرابطة اختلافا كبيرا، فبينما تعتبر هذه الرابطة في بعض النظم رابطة دينية محضة، إذا بها تعتبر في بعض النظم الأخرى مدنية بحتة، و بينما الدول الإسلامية تبيح تعدد هذه الرابطة و تسمح بانحلالها بإرادة منفردة، إذ بالدول المسيحية تحرم تعددها و تعتبر التعدد جريمة، و بعضها يعتبرها رابطة أبدية غير قابلة لانحلال بينما البعض الآخر يبيح انحلالها و لكن لأسباب محددة، ولاشتمال الزواج على شروط موضوعية، و شروط شكلية فإن تكيف ما يعتبر من الشكل و الموضوع يرجع إلى قانون القاضي.[1]

فإن قاعدة الإسناد لانعقاد الزواج قد تختلف حسب الشروط الشكلية و الشروط الموضوعية و ذلك طبقا للقواعد تنازع القوانين لشموله على العنصر الأجنبي ، وهذا ما سوف نوضحه في قاعدة الإسناد الخاصة بالشروط الموضوعية للزواج (الفرع الأول)، قاعدة الإسناد الخاصة بالشروط الشكلية للزواج (الفرع الثاني).

[1]) علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 68-69.

الفرع الأول:

قاعدة الإسناد الخاصة بالشروط الموضوعية للزواج

يشتمل الزواج على الشروط موضوعية و على شروط شكلية، فالشروط الموضوعية هي الرضا و الأهلية و موافقة الأولياء على النفس، و المهر،و خلو الزوجين من الموانع الشرعية و يرجع في تكيف ما هو موضوعي من شروط الزواج لقانون القاضي طبقا للقاعدة العامة[1]، و المنصوص عليها في المادة 9 مكرر من قانون الأسرة[2]

إذا كان الزواج بين مواطنين يحملان نفس الجنسية فإنهما سيخضعان لنفس القانون، أما إذا كان الزواج بين مواطنين لا يحملان نفس الجنسية، تطرح مسألة القانون الواجب التطبيق على العلاقة الزوجية[3].

أما بالنسبة لتحديد قاعدة الإسناد الخاصة بالشروط الموضوعية للزواج حسب المادة 11 من القانون المدني الجزائري، "يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج القانون الوطني لكل من الزوجين".[4]

فقانون جنسية كل من الزوجين هو الذي يسري على زواجهما، و يعتد بهذا القانون وقت إبرام الزواج فقط ، فإذا تغيرت جنسية أحدهما بعد ذلك فلا يباشر عقد الزواج بهذا التغيير و ليس في إخضاع شروط الزواج الموضوعية لقانون الجنسية أية

---

[1]) علي علي سليمان، المرجع نفسه، ص 68.

[2]) المادة 9مكرربموجب قانون رقم 05-09 "يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية:
أهلية الزواج، الصداق، الولي، شاهدان، انعدام الموانع الشرعية للزواج"

[3]) عليوش قربوع كمال ، المرجع السابق، ص 213

[4]) الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 المعدل و المتمم بالقانون 05-10 المؤرخ في 20 يونيو2005 المتضمن القانون المدني.

صعوبة إذا كان الزوجان يتحدان في جنسيتهما، و لكن يظهر صعوبة حين يختلفان في ذلك، فهل يخضع هنا الشروط الموضوعية لقانون جنسية كل منهما معا ؟[1]

فهناك عدة أراء في هذا المجال.

- رأي أصحاب التطبيق الجامع

هناك من يرى بأنه يجب أن يتوفر في الزوج كل الشروط الموضوعية الذي يستلزمه قانون جنسيته و قانون جنسية الزوجة كما يجب أن تتوفر في الزوجة تلك الشروط الموضوعية التي يستلزمها قانون جنسية الزوج و هذا ما يسمى بالتطبيق الجامع.[2]

- رأي أصحاب التطبيق الموزع:

يرى أصحاب هذا الاتجاه أنه يكفي أن يتوفر في كل منهما الشروط الموضوعية التي يستلزمها قانون جنسيته، غير أن الذي سار عليه القضاء هو التطبيق الموزع، فيكفي أن تتوفر في الزوج الشروط الموضوعية التي يقتضيها قانون جنسيته و أن تتوفر في الزوجة الشروط الموضوعية التي يقتضيها قانون جنسيتها.[3]

إلا أن تطبيق هذا لابد من مراعاة بعض الحدود، لأنه هناك من الشروط الموضوعية للزواج ما يتعين بشأنه إجراء التطبيق الجامع، و أن الأمر يتوقف على الغرض من الشرط و نطاقه و أخذ بهذا الاعتبار يسمح في شأن سن الزواج و صحة الرضا و رضاء الوالدين، التطبيق الموزع لأن كلا من هذه الشروط يلزم توفره في كل طرف على انفراد ، فيكفي أن يكون الزواج قد بلغ من الزواج و صدر رضا صحيحا وفقا

[1]) علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 69.

[2]) علي علي سليمان، المرجع نفسه ، ص 69.

[3]) علي علي سليمان، المرجع نفسه، ص 69.

لقانونه، و لو كان لم يبلغ هذه السن و لم يسلم رضاه وفقا لقانون الزوجة و العكس صحيح.[1]

أما موانع الزواج، فالغالب بشأنها هو التطبيق الجامع على خلاف في التفاصيل فيما بين رجال الفقه. و ذلك لأن المانع يحيط بالطرفين جميعا و لو كان سببه قائما في أحدهما، و لأن الموانع يبتغي بها حماية مصالح اجتماعية، و نذكر من هذه الموانع–مثلا في القانون الجزائري[2]– القرابة، العدة، الارتباط بزواج سابق.[3]

وفي هذا الصدد ما نصت عليه المادة 30 من قانون الأسرة الجزائري "على أنه لا يجوز زواج المسلمة بغير مسلم"[4]، ويمكن توضيح تطبيق المادة 11 من القانون المدني لإعطاء بعض الحالات مثلا.

أ–إذا تم الزواج في الخارج.

–بين جزائرية و جزائري، فإن القاضي يطبق القانون الجزائري لأنه قانون الجنسية المشتركة.

–بين جزائري و أجنبية، فإن القاضي يطبق القانون الوطني لكل من الزوجين.

–بين جزائرية مسلمة و أجنبي غير مسلم، فإن القاضي يستبعد تطبيق القانون الجزائري المبني على أساس التمييز الديني، و على أن القانون الجزائري يتعارض مع النظام العام

[1]) عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، الطبعة السابعة مكررة، دار النهضة العربية، 1974، ص 260

[2]) المادة 23" يجب أن يكون كل من الزوجين خلوا من الموانع الشرعية المؤبدة و المؤقتة"

[3]) عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 261

[4]) الأمر الرئاسي 05-09 المؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق ل 27 فبراير سنة 2005 الذي يعدل ويتمم القانون 84-11 والمتضمن قانون الأسرة والمنشور في الجريدة الرسمية العدد 15 سنة 2005.

في بلد القاضي الأجنبي، و الدول التي يتعارض هذه الفكرة مع نظامها العام هي الدول الغربية [1].

ب–إذا تم الزواج في الجزائر:

–بين أجانب، فإن القاضي الجزائري سيطبق قانون كل من الزوجين غير أنه إذا كان هناك تعارض مع النظام العام الجزائري، قد يستبعد القانون الأجنبي، فمثلا زواج المسلمة بالكتابي يعتبر باطلا لمخالفته للنظام العام في مصر و لو كان قانون الزوجين يجيزانه[2].

هذا ما أشارت إليه المادة 11 من القانون المدني الجزائري فإن المشرع أخذ بالتطبيق الموزع فما يخص الشروط الموضوعية، و قد أكدت على ذلك المادة 97 من قانون الحالة المدنية 1970 في نصها يشترط أن لا يخالف الجزائري شروط الأساس التي يتطلبها القانون الجزائري لامكان عقد الزواج.[3]

الفرع الثاني:

[1]) عليوش قربوع كمال ، المرجع السابق، ص 218.

[2]) عليوش قربوع كمال ، المرجع نفسه، ص 218.

[3]) زريوتي الطيب، المرجع السابق، ص 151.

قاعدة الإسناد الخاصة بالشروط الشكلية للزواج

أولا: ماهية الشروط الشكلية:

هي كل الوسائل التي يتم بها التعبير عن الإرادة و إظهارها في صورة مادية محسوسة[1]،و التمييز بين الشكل و الموضوع في الزواج و لو أن حل هذه المسألة تخضع باختصاص قانون القاضي باعتباره القانون المختص التكييف، إلا أن اختلاف الأنظمة القانونية في المراسيم الدينية للزواج، ينجر عنه تضارب الحلول مثل زواج شخص يتطلب قانونه استيفاء المراسيم الدينية و حدها. و في بلد يشترط قانونه الشكل المدني وحده، و يجعل الشكل الديني اختياريا، بعد الشكل المدني إلا أنه طبيعة الزواج في الدول الإسلامية فهو نظام مدني و لو أن أحكامه الموضوعية مستمدة من الشريعة الإسلامية، ما يسمى بالزواج بالفاتحة ليس شكلا دينيا لأنه لا يغني عن الشكل المدني المطلوب.[2]

والأنظمة التي ترى في الزواج نظاما دينيا يشترط في العقد أن يتم على يد رجال الدين تعد شرطا موضوعيا لا شكليا، تختلف في ذلك على التشريعات التي ترى في الزواج نظاما مدنيا تكون بإرادة أطرافه شأنه شأن العقود الأخرى.[3]

[1]) هشام خالد، القانون الواجب التطبيق على شكل الزواج، منشأة المعارف، 2006، ص48

[2]) زريوتي الطيب، المرجع السابق، ص 153.

[3]) عكاشة محمد عبد العال، قواعد التنازع في القانون المصري، دار المطبوعات الجامعية، 2002، ص 732.

أما المشرع الفرنسي، فهو لا يتطلب شكل ديني، حتى و لو كان القانون الوطني للزوجين يشترط ذلك.[1]

أما بالنسبة للتشريع الجزائري لقد نصت المادة 09 من القانون المدني الجزائري "يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه"[2].

لهذا حسب نص هذه المادة إن القانون الجزائري هو المرجع في التكييف طبيعة النزاعات في العلاقات ذات العنصر الأجنبي بوصفه قانون القاضي.

ثانيا بالنسبة لقاعدة الإسناد الخاصة بالشروط الشكلية فلم يتعرض لها المشرع الجزائري، واقتصر فيها على تطبيق القاعدة العامة الواردة في المادة 19 من القانون المدني الجزائري التي تنص "أنه تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه و يجوز أيضا أن تخضع لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين، أو لقانونهما الوطني المشترك أو للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية".[3]

وقد تضمنت هذه المادة أكثر من ضابط إسناد فيجوز أن تخضع الشروط الشكلية للزواج لقانون محل إبرام العقد، كما يجوز أن تخضع لقانون جنسية الزوجين إن اتحدا جنسية، أو القانون موطنهما المشترك كما يمكن أن تخضع لقانون الذي يحكم الشروط

[1]) jean Derruppé, droit international privé, 13 'édition, Dalloz, 1999, p 106.

[2]) الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 المعدل و المتمم بالقانون 05-10 المؤرخ في 20 يونيو2005 المتضمن القانون المدني.

[3])الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 المعدل و المتمم بالقانون 05-10 المؤرخ في 20 يونيو2005 المتضمن القانون المدني.

لموضوعية باعتبار أن الزواج من التصرفات القانونية فهو يخضع من حيث الشكل طبقا لقاعدة Locus regits actum لقانون محل إبرامه و قد استفاد ذلك من عدة نصوص مستمدا من المواد 95-96-97 الواردة في الأمر المتعلق بالحالة المدنية الصادر في 1970 (الأمر رقم 70-20 المؤرخ في 19 فيفري 1970) فحسب نص المادة 97 من قانون الحالة المدنية التي تنص أن الزواج الذي يعقد في بلد أجنبي بين جزائري و أجنبية يعتبر صحيحا، إذا تم حسب الأوضاع المألوفة في ذلك البلد".[1]

بهذا نلاحظ أن خضوع الزواج في شكله لقانون البلد إبرامه هل الحل الأنسب في جميع دول العالم و ذلك لما فيه من تيسير للزوجين، ذلك أنه لو ألزمنا الزوجين بعقد زواجهما حيث قانونهما لكان ذلك متعذر عليهما.[2]

أما في مدى إلزامية الشكل المحلي فهناك بعض الدول التي تخضع شكل الزواج لضابط إسناد مستقل عن قاعدة الإسناد التي تحكم الشكل، و ذلك ما قضت به القوانين العربية كالأردن المغرب الإمارات العربية المتحدة.[3]

إلا أنه هناك من الأنظمة، التي جعلته إلزاميا بالنسبة للزواج المبرم على إقليمه و اختياريا للزواج المبرم في الخارج مثل القانون النمساوي، القانون الألماني، الماجري البلغاري، و هناك ما تجعل هذه القاعدة إلزاميا أيا كان بلد إبرام الزواج، سواء تم في إقليمها أو تم في الخارج مثل القانون الفرنسي[4].

[1]) عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص219.

[2]) أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 241.

[3]) زريوتي الطيب، المرجع السابق، ص154.

[4]) أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص242

أما بالنسبة للقانون الجزائري فاعتبر هذه القاعدة إلزامية إلا في الحالة التي يكون فيها للزوجين جنسية مشتركة، وتم إبرام زواجهما وفق لقانون جنسيتهما المشتركة.
و هذا ما أشارت إليه المادة 19 [1]من القانون المدني الجزائري.[2]
فهناك حالتين هما الحالة الأولى يتم الزواج في الجزائر، و الحالة الثانية يتم الزواج خارج الجزائر يراد الاحتجاج به فيها.

أ- إبرام الزواج في الجزائر.

إذا تم الزواج بين الجزائريين، وفقا لقانون جنسيتهم فإنه يتم وفقا للمادة 18 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص"يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانونا مع مراعاة ما ورد في المادة 9 من هذا القانون و التي تتعلق بالشروط الموضوعية.

أما بالنسبة للأجانب أنه يحق لهم أن يبرموا عقود زواجهم في الجزائر وفقا للشكل الجزائري أي الشكل المحلي، كما يحق لهم إبرام عقود زواجهم وفقا للشكل القنصلي[3]، و هذا ما نصت عليه المادة 97 من قانون الحالة المدنية التي
يتعلق بزواج الجزائريين في الخارج، أو بزواج جزائري بأجنبية في الخارج، و مادام أن المشرع الجزائري سكت على زواج الأجانب في الجزائر، في هذه المادة فإن القاصي الجزائري يمكنه أن يجعل هذه القاعدة مزدوجة، و يمكن أن تقاس عليها

[1]) المادة 19 من القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 المتضمن القانون المدني" تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه. و يجوز أيضا أن تخضع لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو لقانونهما الوطني المشترك أو للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية".

[2]) أعراب بقاسم، المرجع السابق، ص242.

[3]) هشام خالد، المرجع السابق، ص 48.

قاعدة في شأن زواج الأجانب في الجزائر، و التي تقضي يجوز للأجانب الزواج في الشكل المحلي أو القنصلي[1].

أما فيما يتعلق زواج الأجانب في الجزائر فإن إعمال نص المادة 19 من القانون المدني الجزائري يفيد إلى إمكانية إخضاع الشكل عقد زواج الأجانب في الجزائر،للشكل المحلي الجزائري، كما يفيد إمكان إخضاع شكل العقد المقدم للشكل القنصلي للزوجين حالة اتحادهما في الجنسية.[2]

و هذا أيضا ما أوضحته المادة 71 من القانون الحالة المدنية[3]، و التي نصت على أنه "يختص بعقد الزواج ضابط الحالة المدنية، أو القاضي الذي يقع في نطاق دائرته محل إقامة طالب الزواج أو أحدهما، أو المسكن الذي يقيم فيه أحدهما باستمرار منذ شهر واحد على الأقل من تاريخ الزواج و لا يطبق هذه المهلة على المواطنين".

أما فيما يتعلق بزواج الأجانب أمام القنصلية في الجزائر، أن غالب الدول تعتبر قاعدة خضوع شكل الزواج للقانون المحلي إلزامية تسمح لرعاياها إبرام زواجهم أمام باعثاتها الدبلوماسية، و القنصلية في الدول المعتمدة فيها.

لقد اعترفت الجزائر أيضا بصحة العقود التي تبرم أمام الدبلوماسيين، و القناصل طبقا للقانون الجزائري.[4]

[1]) هشام خالد، المرجع السابق، ص 49.

[2]) هشام خالد، المرجع نفسه، ص 51.

[3]) الأمر رقم 70-20 المؤرخ في 19 فيفري 1970 المتضمن قانون الحالة المدنية الجزائري.

[4]) أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص244

و هذا ما نصت عليه المادة 96 من قانون الحالة المدنية بمايلي:"إن كل عقد خاص بالحالة المدنية للجزائر بين صادر في بلد أجنبي يعتبر صحيحا إذا حرره الأعوان الدبلوماسيين، أو القناصل طبقا للقوانين الجزائرية"[1].

و استنادا إلى هذه المادة يعتبر صحيحا زواج الجزائريين، المبرم طبقا للقانون الجزائري أمام القناصل في الدول المعتمد فيها، فهي صلاحية أعطاها المشرع للقناصل في إبرام عقد الزواج لرعايا دولهم في الجزائر إذا كانت دولهم تسمح لهم بذلك.[2]

ب-إبرام الزواج في الخارج و الاحتجاج به في الجزائر:

لهذا يحق للجزائريين إبرام عقود زواجهم خارج الجزائر، وفقا للشكل السائد في دولة الإبرام و ذلك حسب نص المادة 19 من القانون المدني الجزائري،كما يحق لهم إبرام عقود زواجهم وذلك لدى قنصليتهم، و ذلك في اتحاد الجنسية وفقا لقانونهما الوطني المشترك، أما في حالة اختلاف الجنسية فهناك حالتين.

-الأولى لدى قنصلية الزوجة وفقا لقانونها الوطني

-الثانية لدى قنصلية الزوج وفقا لقانونه الوطني.[3]

أما إذا كان الشكل دينيا وكان الزوجان الجزائريين مسلمين، فلا يجوز لهما إجراء زواجهما في هذا الشكل، أما إذا كان غير مسلمين فلهما إجراؤه في هذا

[1]) الأمر رقم 70-20 المؤرخ في 19 فيفري 1970 المتضمن قانون الحالة المدنية الجزائري.
[2]) أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 246
[3]) هشام خالد، المرجع السابق، ص 53

الشكل، وللجزائريين أيضا إجراء الزواج أمام رجال السلك القنصلي الجزائري في الخارج.[1]

ونشير في الأخير أن المادة 31 من قانون الأسرة الجزائري أوجبت توافر إجراءات خاصة في زواج الجزائرية بأجنبي، للتأكد من الزواج الأجنبي طالب الزواج مسلما، و لايمكن له إبرام عقد الزواج إلا إذا سلمت له المصالح الإدارية هذا الترخيص و ذلك بموجب تعليمية وزارية صادرة بتاريخ 1967 التي تتطلب شرط الإسلام في طالب الزواج الأجنبي الذي يرغب الزواج من جزائرية.[2]

إثبات الزواج:

يخضع إثبات الزواج للقانون الذي يحكم شكله، فإذا تم إبرامه وفقا للقانون المحلي كان المعتبر هو الدليل الذي يقر هذا القانون كذلك الحال إذا أبرم على مقتضى الأوضاع المقررة في قانون جنسية الزوجين، و لهذا فإن لزوم دليل الكتابي لإثبات الزواج وقوة هذا الدليل كلها مسائل يرجع فيها إلى القانون الذي يحكم الشكل والمعنى الذي حددناه.[3]

أما فيما يخص قانون الأسرة فإنها أوضحت كيفية إثبات عقد الزواج حسب المشرع الجزائري ما نص عليه في المادة 22 من قانون الأسرة الجزائري و التي تنص على مايلي:

"يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية و في حالة عدم تسجيله يثبت بحكم إذا توافرت أركانه وفقا لهذا القانون ويتم تسجيله في الحالة المدنية"[4].

المطلب الثاني:

[1]) علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 73

[2]) زريوتي الطيب، المرجع السابق، ص 158.

[3]) عكاشة محمد عبد العال، قواعد تنازع في القانون المصري، المرجع السابق ، ص 545

[4])الأمر 05-02 المؤرخ في 2005/02/27 المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

قاعدة الإسناد الخاصة بآثار الزواج

يترتب على الزواج أثار شخصية وأخرى مالية[1]، وتختلف هذه الآثار باختلاف التشريعات الشيء الذي يطرح التساؤل حول قاعدة الإسناد الخاصة لهما، و خاصة إذا اشتملت العنصر الأجنبي فيثور التساؤل حول القانون الوطني الواجب التطبيق عليهما و هذا ما سوف نوضحه في الآثار الشخصية (الفرع الأول)،الآثار المالية (الفرع الثاني) .

الفرع الأول:

الآثار الشخصية للزواج

متى انعقد الزواج صحيحا ترتبت عنه أثاره، و يختلف هذه الآثار باختلاف التشريعات كما أن منها من تفرق بين الآثار الشخصية و المالية.[2]

وتتلخص آثار الزواج بالنسبة للأشخاص في الشريعة الإسلامية في حل العشرة الزوجية بين الزوجين، من طاعة و القرار في البيت و القيام على شؤون البيت، و رعايته باعتبارها حقوق للزوج على زوجته و العدل، المهر، و النفقة و هي حقوق الزوجة على زوجها.

[1]) علي علي سليمان ،المرجع السابق، ص 73.

[2]) أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 248.

إذا استعرضنا القانون المقارن وجدنا أن آثار الزواج بالنسبة للأشخاص تدور حول المساكنة و الإخلاص ، التعاون و سلطة الزوج على زوجته باعتباره رب أسرة.[1]

أما بالنسبة للتشريع الجزائري فقد نصت عليه مجمع من المواد في قانون الأسرة الجزائري من المادة 36 إلى 39. هناك واجبات متبادلة بين الزوجين تتمثل في نص المادة 36 قانون الأسرة الجزائري:

1"-المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة.

2- المعاشرة بالمعروف و تبادل الاحترام و المودة و الرحمة.

3-التعاون على مصلحة الأسرة و رعاية الأولاد و حسن تربية .

4- التشاور في تسيير شؤون الأسرة و تباعد الولادات.

5-حسن معاملة كل منهما لأبوي الآخر و أقاربه و احترامهم و زيارتهم.

6-المحافظة على روابط القرابة و التعامل مع الوالدين و الأقارب بالحسن و المعروف.

7- زيارة كل منهما لأبويه و أقاربه و استضافتهم بالمعروف".[2]

غير أنه ضرورة معرفة القوانين الأجنبية، للتفرقة بين الآثار الشخصية و المالية، يثير السؤال حول طبيعة بعض الآثار ذات الطابع المختلط التي يمكن أن تدرج تحت أكثر من قاعدة تنازع.[3]

[1]) عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 295-296.

[2]) الأمر 05-02 المؤرخ في 2005/02/27 المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

[3]) أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 353.

تحديد ضابط الإسناد المختص:

اختلفت التشريعات في تحديد القانون الذي تخضع له هذه الآثار، فبعض الدول أسندتها لقانون الإقامة،وهو عادة قانون القاضي، ومن ذلك الولايات المتحدة الأمريكية و القانون الانجليزي،و القانون الأرجنتينين و بعض النظم القانونية أخضعها لقانون موطن الزوجية مثل ما هو مقرر في البيرو و البرازيل، و بعضها الآخر أناطها بقانون الجنسية المشتركة للزوجين مثل بولونية ، تشيكوسلوفاكيا و في حالة عدم اشتراك في الجنسية اقترح الفقه تطبيق قانون جنسية الزوجين تطبيقا جامعا، أما القانون الفرنسي بعد تعديل المادة 213 من القانون المدني سابقا أخذ بمبدأ مساواة بين الزوجين في إدارة و تسيير شؤون الآسرة، و على ذلك إذا كان الزوجان الاجنبيان من جنسية واحدة فلا إشكال أما إذا اختلفت جنسيتهما أو كان احدهما فرنسيا و متوطنان في فرنسا فقد عمد إلى تطبيق قانون الموطن.[1]

أما حسب التشريع الجزائري، فإن ضابط الإسناد فيما يخص الآثار الشخصية للزواج فلقد نص عليه القانون المدني بنص المادة 12 من القانون المدني الجزائري[2] الفقرة الأولى:"يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار الشخصية."

لقد أخضع المشرع الجزائري آثار الزواج الشخصية لقانون جنسية الزواج وقت انعقاد الزواج بمايلي:

لقد اختار المشرع الجزائري قانون جنسية الزوج، دون قانون جنسية الزوجة على اعتبار أن للزوج الدور الأكبر و الأعباء الأثقل في الحياة الزوجية.

[1]) زريوتي الطيب، المرجع السابق ، ص 159-160.

[2]) القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20يونيو 2005 المتضمن لقانون المدني.

فنصت على أن الوقت الذي يعتد به لتحديد القانون الواجب التطبيق، هو قانون جنسية الزوج وقت الانعقاد، و ليس وقت رفع الدعوى، و ذلك لتأمين استقرار آثار الزواج و استقرار الأسرة فلا تتغير هذه الآثار بتغيير جنسية الزوج فتبقى نفسها باستمرار.[1]

إن في تطبيق القانونين على آثار الزواج يؤدي في غالبية الأحيان إلى تعذر تطبيق أحدهما عند اختلافهما، و لتجنب هذا المشكل حتى تكن آثار الزواج خاضعة لقانون واحد هذا الشيء الذي جعل المشرع الجزائري يأخذ بقانون جنسية الزوج لدور المعترف له.[2]

أما بالنسبة لنطاق القانون الواجب التطبيق على بعض الآثار العامة، و التي قد تطرح بعض الإشكالات نوضحها فيمايلي:

أ- **الاسم:**

لقد توجب بعض التشريعات على المرأة المتزوجة حمل اسم زوجها، و البعض الآخر يجعلها محتفظة باسمها مثل الدول الإسلامية، و لا شك أن هذا الاختلاف يطرح تنازعا حادا بين القوانين فهل يخضع اسم المرأة المتزوجة لقانونها الشخصي باعتباره عنصر من عناصر حالاتها؟ أم أنها تخضع إلى القانون الذي يحكم آثار الزواج؟[3]

- في الحالة الأولى يصبح اسم الزوجة تابعا لقانون جنسية الزوج عند الزواج، ويثور الإشكال في حالة الطلاق و الانفصال الجسماني .

[1]) أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 248.

[2]) أعراب بلقاسم، المرجع نفسه، ص 249.

[3]) أعراب بلقاسم، المرجع نفسه، ص 252.

-في الحالة الثانية، إذا كان اسم المخلوع عليها، تبقى محتفظة به أو بوسعها أن تسترد اسمها، أما بالنسبة للقانون الجزائري ليست له أهمية، و لكن في حالة عرض عليه النزاع أمام القضاء الجزائري يتم الرجوع إلى القانون الذي يحكم آثار الزواج الشخصية للفصل فيه.[1]

ب-الأهلية:

الأصل العام هو أن أهلية المرأة تخضع لقانون الجنسية، و إن ليس للزواج أي أثر على الأهلية، إلا أن هناك بعض التشريعات ما يرتب على الزواج نقص أهلية المرأة بحيث يمنع عليها التصرف بغير إذن من زوجها.

غير أنه في هذه الحالة هل تندرج ضمن الفكرة المسندة الخاصة بالأهلية، و تخضع فيها لقانون الجنسية عندما يباشر التصرف، أم أنها تلحق بفكرة أثار الزواج و يحكمه قانون جنسية الزوج وقت الانعقاد.[2]

يؤكد الفقه الراجح في كل من فرنسا، و مصر أن نقص الأهلية هنا لايقصد بها حماية المرأة نفسها، و إنما تهدف إلى حماية الأسرة و يقصد بها نظام السلطة الزوجية.

ويستأنس القاضي في تكييفه لهذه المسألة في القانون الأجنبي المحتمل التطبيق [3]

فإذا تبين أن نقص أهلية المرأة المتزوجة وفقا لهذا القانون قد قصد به حماية الأسرة فلم يعد شك بأن المسألة داخلة في فكرة آثار الزواج، أما لو تبين للقاضي أن نقص الأهلية يستهدف غاية أخرى تتعلق بالمرأة بالذات كما لو كان يهدف إلى

[1]) زريوتي الطيب، المرجع السابق ، ص 163

[2]) عكاشة محمد عبد العال، قواعد التنازع في القانون المصري، المرجع السابق، ص 88.

[3]) هشام علي صادق- عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 282.

حمايتها بالنظر إلى جنسيتها، فيكون إخضاع الأهلية في هذه الحالة إلى قانون جنسية الزوجة.[1]

أما حسب التشريع الجزائري فمن الصعب يمكن إخضاع أهلية المرأة المتزوجة لقانون الذي يحكم أثار الزواج في حالة كون الزوجين مختلفي الجنسية، لأن المرأة قد تكون كاملة الأهلية وفقا لقانونها، فتصبح بالزواج ناقصة الأهلية وفقا لقانون الزوج الذي هو القانون الذي يخضع له أثار الزواج في القانون الجزائري.[2]

و من الأفضل حسب رأينا إخضاع أهلية المرأة المتزوجة للقانون الشخصي و الزواج لا يترتب عليها أي آثار.

ج–الموطن:

لقد حدد المشرع الجزائري ضابط إسناد وحيد لحل منازعات مسائل الأحوال الشخصية، و هو ضابط الجنسية و ذلك من خلال المواد من 10إلى13 من القانون المدني الجزائري.

و ليس هناك أهمية لتحديد موطن المرأة المتزوجة، لأن المشرع الجزائري لم يأخذ الموطن كضابط إسناد باعتبار أن الجنسية فكرة ثانية على خلاف الموطن في حالة تعدد المواطن، ونظر لسلطة الزوج في اختيار موطن الزوجية فهو يخضع لقانون الذي يحكم أثار الزواج الشخصية.[3]

[1]) هشام علي صادق ـ حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص 272.

[2]) أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 255.

[3]) أعراب بلقاسم، المرجع نفسه، ص 253.

د-إخلال أحد الزوجين بالتزاماته:

مادام أن عقد الزواج قد يرتب حقوق، و التزامات متبادلة بين الطرفين على أنه قد يحدث أن يخل أحد الزوجين، أو كلاهما لهذه الالتزامات المفروضة عليه كأن يتجاوز أحد الزوجين الحدود لحقه في التأديب إلى مستوى الضرب، و الجرح المبرح، فهنا إذا ما وقع نزاع فيما بين الزوجين للمطالبة بحقه القانون الذي يحكم المسؤولية عن هذا الإخلال؟

لقد ساد الفقه، و القضاء على أن هذه المسألة تدخل ضمن فكرة أثار الزواج و بالتالي تطبق عليها قانون جنسية الزوج وقت الانعقاد[1]، و هو نفس ما أقر به المشرع الجزائري و غيره من التشريعات العربية.

هـ-النفقة الزوجية الوقتية العادية:

هي التي تجب بمقتضى عقد الزواج الصحيح، خصوصا بالتزام الزوج بالإنفاق على زوجته أثناء قيام الرابطة الزوجية مقابل احتباسها، و رعايتها شؤون البيت و التي تدخل ضمن الالتزامات المتبادلة بين الزوجين، و التي تخضع حسب المادة 12 من القانون المدني إلى قانون جنسية الزوج، أثناء عقد الزواج باعتبارها أثر ونتيجة لقيام رابطة الزوجية و تستند إلى الوضع الشخصي لدى يمكن اعتبارها من الآثار الشخصية لعقد الزواج.[2]

الفرع الثاني:
الآثار المالية

[1]) عكاشة محمد عبد العال، قواعد التنازع في القانون المصري، المرجع السابق، ص 774.

[2]) أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 354

فهو نظام قانوني التي تخضع له العلاقات المالية بين الزوجين من حقوق وواجبات كل منهما من حيث ملكية الأموال، و إدارتها و الانتفاع بها أثناء الحياة الزوجية فلهذا فإن الزواج كما يرتب أثار شخصية، قد يرتب أثار مالية ذات طابع مالي، أي بما يسمى الذمة المالية وقد تكون هذه الأموال سواء مملوكة قبل الزواج أو بعده.[1]

وهذا النظام قد يكون نظاما اتفاقيا جوهره اتفاق الزوجان على القواعد التي تحكم أموالهما من حيث ملكيتها و الانتفاع بها و قد يكون نظاما قانونيا منظم بنصوص قانونية محددة.[2]

بالنسبة أولا للشريعة الإسلامية لا ترتب على الزواج أي أثر مالي، بل يحتفظ كل من الزوجين الحرية المطلقة في التصرف في أمواله الخاصة.[3]

أما في أوربا بضبط في فرنسا التي يولونها أهمية كبيرة و التي تنقسم إلى قسمين:

القسم الأول: النظام الاشتراكي المالي

و الذي بمقتضاه يشترك كل من الزوجين في الأموال الخاصة للأسرة، و يتولى الزوج إدارة الشؤون المالية بموافقة الزوجة و قد يأخذ هذا النظام ثلاثة صور هي:

أ/**الصور الأولى**: هو نظام الاشتراك العام فهنا تكون كل الأموال مشتركة بينهما:

ب/ الصورة الثانية: فهنا يكون الاشتراك في المنقولات و المكاسب.

[1]) أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 350.

[2]) أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع نفسه، ص 350.

[3]) عليوش قربوع كمال، المرجع السابق ، ص228

ج/ الصورة الثالثة: نظام الاشتراك المخفض بمقتضاه ستأثر كل من الزوجين بما لديه من منقول، و عقار عند الزواج، و لا يشتركان إلا في ما كسباه أو يدخرانه بعد انعقاد الزواج.[1]

القسم الثاني: نظام الانفصال المالي

بمقتضاه يحتفظ كل من الزوجين بحرية التصرف في إدارة أمواله الخاصة على أن يساهم كل منهما في مصاريف الأسرة.

فعلى الزوجين أن يختار أي نظام قبل انعقاد الزواج كتابة، و ذلك قبل شهر من تاريخ انعقاد الزواج و لا يمكن تعديل النظام الذي تم اختياره إلى بموجب حكم قضائي.

ولقد أخضع القانون الفرنسي أثار الزواج المالية و نتيجة لاختلاف الفقهاء في تكيفها ، فلقد اعتبرها البعض داخل في نطاق الأحوال الشخصية و بالتالي تخضع لقانون الموطن الذي استقر فيه الزوجان بعد الزواج، باعتبار أن إرادتيهما يفترض أنهما انصرفتا إلى اختيار قانون الموطن الذي استقرا فيه، لكي يسري على نظامهما المالي القانوني، و هذا هو ما كان ديمولان قد أفتى به في نظام زوجي Ganey الذين استقرا بباريس. غير أن هناك أحكاما قضائية كثيرة تعتبر نظام الاشتراك القانوني داخلا في نطاق الأحوال الشخصية لقانون جنسية الزوج، أما النظم الاتفاقية فيجمع القضاء و الفقه الفرنسي على اعتبارها عقودا و على إخضاعها لقانون الإرادة الذي تخضع له العقود.[2]

[1]) علي علي سليمان ، المرجع السابق، ص 74.

[2]) علي علي سليمان، المرجع نفسه، ص 75.

أما حسب التشريع الجزائري و حسب المادة 12 من القانون المدني الجزائري التي تنص"يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار الشخصية و المالية التي يرتبها عقد الزواج ، ويسري على انحلال الزواج و الانفصال الجسماني القانون الوطني الذي يتنتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى"[1]

والنظام الجزائري يقوم على الانفصال المالي، و هذا ما أقرته المادة 37 المعدلة بالأمر 05-02 قانون الأسرة والتي تنص على أن لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر".

فهذا الأصل العام إلا أنه وضع استثناء في المادة 37 و ذلك يرجع حسب الإنفاق بين الزوجين بإيجاب قبول كل منهما، و هذا حسب الفقرة الثانية من نفس المادة التي تنص على مايلي:

" غير أنه يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق حول الأموال المشتركة بينهما، التي يكسبانها خلال الحياة الزوجية و تحديد النسب التي ستؤول إلى كل واحد منهما".

والملاحظ أن المشرع الجزائري قد حدد القانون الواجب التطبيق بقانون الجنسية وقت انعقاد و ذلك من أجل وضع حل لمسألة التنازع المتحرك لقاعدة جنسية الزوج بمعنى أنه يسري على آثار الزواج الشخصية والمالية قانون جنسية الزوج، و أن هذه الأخيرة قد تتخذ ضابط لإسناد و تحديد القانون الواجب التطبيق و ضابط قابل لتغيير.[2]

[1]) القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20يونيو 2005 المتضمن لقانون المدني.
[2]) أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 356.

وهذا يؤدي إلى وجود مشكلة التنازع المتحرك، فمثلا إذا أبرم زواج بين جزائري وسورية ثم غير الزوج أثناء حياته الزوجية جنسيته، و اكتسب مثلا الجنسية السعودية وثار النزاع حول آثار الزواج، و التي منها المالية فهل يسري القانون الجزائري أم السوري أم السعودي قانون الدولة الحالية للزوج؟

فهنا أجابت المادة بصريح العبارة بقانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج " وقت انعقاد الزواج". أي يسري القانون الجزائري و هذا الحل أخذت به جميع الدول العربية.[1]

المطلب الثالث:

الاستثناءات الواردة على القاعدة العامة في نظام الزواج

قد يقع النزاع بين الزوج و الزوجة الجزائرية حول الشروط الموضوعية، و آثار عقد الزواج، عالج المشرع القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية في المادة 11 و على آثار الزواج في المادة 12 فقرة أولى من القانون المدني الجزائري حيث أخضع منازعات أثار الزواج إلى الأصل العام الذي يخضع له منازعات الأحوال الشخصية أي لقانون الجنسية، و اختار المشرع الجزائري قانون جنسية الزوج دون

قانون جنسية الزوجة، على اعتبار أن للزوج الدور الأكبر و الأعباء الأثقل في الحياة الزوجية.[2]

[1]) أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 357.

[2]) أمجد عبد الفتاح- والي جمال، مداخلة بعنوان "عدالة ضابط الجنسية في تحقيق مصلحة الزوجة الجزائرية"، الملتقى الدولي حول تطبيق القانون الأجنبي، جامعة الأغواط، 8-9-2007/04/10، ص19 .

و لقد انطلق المشرع الجزائري من المبادئ العامة، معتمدا على أحكام الشريعة الإسلامية و التي تجعل الغلبة و الأعباء الأسرية الأكبر تقع على عاتق الزوج، دون الزوجة لكن هذه المبادئ لا تتماشى مع الواقع باعتبار أن الزوجة تتحمل الأعباء الزوجية، فهي تشارك الزوج في الإنفاق و السهر على مصلحة الأسرة، و لدى نرى مبررات تتبنى قانون جنسية الزوج في الواقع ليس لها الحجية الكافية،و لهذا لم يقف المشرع عند المعاني السابقة بل أنه تبنى قانون جنسية الزوجة الجزائرية إذا ما كانت لها هذه الجنسية يوم إبرام عقد الزواج ، و بهذا فإن المشرع قد تبنى قانون جنسية الزوجة الجزائرية، بل جعل الاختصاص يعود للقانون الجزائري لأن الزوجة الجزائرية هي أحد أطراف المنازعة.[1]

و هذا ما تبناه المشرع الجزائري من خلال نص المادة 13 من القانون المدني الجزائري و التي تنص على "يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11-12 إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج، إلا فيما يخص أهلية الزواج"[2].

ولهذا فالمشرع الجزائري أخص استثناء في هذه المادة على الشروط الموضوعية و الآثار الشخصية و المالية التي يرتبها عقد الزواج و سوف نوضح كل استثناء وذلك في فرعين الاستثناء المتعلقة بالشروط الموضوعية (الفرع الأول)، الاستثناء المتعلق بآثار الزواج (الفرع الثاني).

[1]) أمجد عبد الفتاح- والي جمال، المقال نفسه، ص 20.

[2]) القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20يونيو 2005 المتضمن لقانون المدني.

الفرع الأول:

الاستثناء المتعلق بالشروط الموضوعية

ينعقد الزواج صحيحا بتوفر مجموعة من الشروط الموضوعية التي وضحها في قانون الأسرة التي هي شروط عقد الزواج من تراضي ، ولي، شهود، المهر و هي تدخل في شروط صحة الزواج، و التي قد يثور في شأنها عدة منازعات في إطار القانون الدولي الخاص، ولقد بين المشرع في المادة 11 من القانون المدني الجزائري[1] التي تنص"يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج القانون الوطني لكل من الزوجين"[2].

غير أنه قد وضع المشرع الجزائري استثناءا في نص المادة 13 من القانون المدني الجزائري [3] و التي تنص" يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11و 12 إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج، إلا فيما يخص أهلية الزواج"، و أن مؤدي هذا الاستثناء المقرر في هذه المادة بالنسبة للشروط الموضوعية لصحة الزواج هو أنه لو كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج فإن القانون الجزائري هو الذي يطبق على هذه الشروط و لهذا في هذه المادة

أوردت استثناء خاصا على المادة 11 القاعدة العامة التي تخضع الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون جنسية كل من الزوجين.[4]

[1]) قانون رقم 05-10 المؤرخ في 20يونيو 2005 المتضمن لقانون المدني.

[2]) أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص229.

[3]) قانون رقم 05-10 المؤرخ في 20يونيو 2005 المتضمن لقانون المدني.

[4]) عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص236

و لهذا يمكن القول إذا كان الزوجان أجنبيين عند الزواج ثم تجنس أحدهما بالجنسية الجزائرية بعد ذلك فلا وجه لتطبيق القانون الجزائري إعمالا للمادة 13، لأنه لم يكن أحد الزوجين يحمل الجنسية الجزائرية وقت انعقاد الزواج و على العكس من ذلك لو كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج لتعين تطبيق القانون الجزائري و لو صار الزوجان أجنبين بعد ذلك.[1]

لذا لو تزوج جزائري بفرنسية يخضع الزواج للقانون الجزائري وحدة في كافة الشروط الموضوعية إلا فيما يخص الأهلية الزواج و يكون الحل نفسه لو تزوجت جزائرية من فرنسي مسلم فيخضع الزواج للقانون الجزائري إلا فيما يعود الأهلية فإذا
كان الزوجان أجنبيان عند الزواج ثم تجنس أحدهما فلا مجال لتطبيق نص هذه المادة لأنه لم يكن أحدهما يحمل الجنسية الجزائرية وقت انعقاد الزواج.[2]

الفرع الثاني:

الاستثناء المتعلق بآثار الزواج

لم يقف المشرع الجزائري عند ضابط الإسناد السابق، بل أنه تبنى قانون جنسية الزوجة الجزائرية إذا ما كانت لها هذه الجنسية يوم إبرام عقد الزواج، حيث جعل الاختصاص يعود إلى القانون الجزائري لأن الزوجة جزائرية هي أحد أطراف المنازعة، و هذا ما تبناه المشرع من خلال المادة 13 من القانون المدني الجزائري[3].

[1]) عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص 236،237

[2]) عليوش كربوع كمال، المرجع نفسه، ص 236.

[3]) أمجد عبد الفتاح- والي جمال، المقال السابق، ص20

التي تقضي"يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و 12 إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج إلا فيما يخص أهلية الزواج"[1]

يعني هذا لو كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج فإن القانون الجزائري هو الذي يتعين تطبيقه على أثار الزواج.

فمثلا إذا وقع نزاع حول آثار عقد الزواج بين زوج سعودي، و زوجة جزائرية متوطنين في تونس، و رفع النزاع أمام المحكمة الجزائرية فالقانون الذي يحكم هذا النزاع هو قانون جنسية الزوج وقت الانعقاد أي القانون السعودي، لأنه هو قانون

جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج[2] حسب الفقرة الأولى من المادة 12 من القانون 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 المعدل والمتمم للقانون المدني التي تنص"يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار الشخصية و المالية التي يرتبها عقد الزواج"من القانون المدني قد يكون هذا القانون مجحفا بحقوق الزوجة الجزائرية[3]، لذا استثنى المشرع هذه الحالة من المادة 12 من القانون 05-10 المعدل

والمتمم للقانون المدني و أخضعها لحكم المادة 13 من القانون المدني الجزائري التي تنص "يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11و 12 إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج إلا فيما يخص أهلية الزواج"[4]و بما أن الزوجة يوم انعقاد الزواج كانت جزائرية فهذا يعني أنه لن يطبق قانون جنسية زوجها بل سيطبق القانون الجزائري.

[1]) قانون رقم 05-10 المؤرخ في 20يونيو 2005 المتضمن لقانون المدني.

[2]) أمجد عبد الفتاح- والي جمال، المقال السابق، ص 20.

[3]) أمجد عبد الفتاح- والي جمال، المقال نفسه، ص20 .

[4]) قانون رقم 05-10 المؤرخ في 20يونيو 2005 المتضمن لقانون المدني

إلا أن نص هذه المادة قد يكون ليس هناك جدوى من إعطاء الأولوية للقانون الجزائري في هذا المجال لأنه لا يمكن الخروج من أحد الأمرين.

أ-إما أن يكون الزوج جزائريا عند الانعقاد الزواج و هنا نجد أنفسنا أمام حالتين:

ب- إما أن يكون الزوج مسلما، ولكن أجنبيا فالقانون الواجب التطبيق هو القانون الأسرة الجزائري المستمد من الشريعة الإسلامية.

ج- إما يكون الزوج أجنبيا لا يدين بالإسلام، في هذه الحالة القاضي الجزائري يحكم يبطلان الزواج دون الرجوع إلى المادة 13.[1]

إن تبني المشرع الجزائري للاستثناء المتعلق بتطبيق القانون الجزائري وقت الانعقاد فيما يتعلق بمنازعات آثار الزواج، قد تشوبه فجوة معها لا تحمي الزوجة الجزائرية و لا تطبق القانون الجزائري فيما يتعلق بهذه المنازعات لا حسب الأصل العام الوارد في المادة 12 فقرة أولى و لا في الاستثناء الوارد في المادة 13 من القانون المدني.[2]

مثال ذلك لو أن تونسية تزوجت بمغربي في الجزائر، ثم تجنست بالجنسية الجزائرية وثار نزاع حول الآثار المالية و الشخصية يعقد الزواج، فلن تطبق القانون الجزائري لأن الأصل أن تطبق القانون الجزائري لأن الأصل أن تطبيق قانون جنسية الزوج وقت الانعقاد و ليس قانون جنسية الزوجة أو لن يتم تطبيق الاستثناء لأن الزوجة لم تكن جزائرية وقت الانعقاد و بالتالي بالرغم بأن الزوجة الجزائرية هي التي رفعت مطالبة بتطبيق القانون الجزائري فلن يتم تطبيق القانون الجزائري[3].

[1]) عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص235

[2]) أمجد عبد الفتاح- والي جمال، المقال السابق، ص21.

[3]) أمجد عبد الفتاح، والي جمال، المقال نفسه، ص 22.

ويرجع سبب هذا التناقض كون أن المشرع الجزائري قد اشترط لتطبيق الاستثناء وجود طرف جزائري وقت الانعقاد و ليس بعده مما فتح المجال أمام حالات تكون الزوجة تجنست بالجنسية الجزائرية بعد انعقاد الزواج، و ما يبرر موقف المشرع الجزائري هو أن أثار الزواج ترتبط بوقت انعقاد الزواج و ليست بوقت رفع الدعوى

لذا ربط المشرع الجنسية الجزائرية بوقت الانعقاد، و هذا القول لا يمنع عن عدالة تطبيق قانون جنسية الأجنبية عن الزوجة الجزائرية آلا يشكل هذا إجحافا بحقها; خاصة إذا ماكان قانون جنسية الزوج ينتمي إلى منظومة قانونية مختلفة عن القانون الجزائري[1].

المطلب الرابع:

أثر النظام العام على القانون الواجب التطبيق في شأن الشروط الموضوعية و الشكلية في الزواج

يؤثر النظام العام على القانون الواجب التطبيق في شأن الشروط الموضوعية و الشكلية في الزواج التي تشير إليها قواعد الإسناد.

فالزواج قد يكشف عن تمييز و خصوصية التشريعات الوطنية بصفة واضحة باعتبار أنه مرتبط بنواحي أساسية لتنظيم المجتمع، حسب أن النظامية القانونية تتأثر بالتصورات الاجتماعية، الفلسفية و الدينية التي تشكل حضارة، و هكذا تختلف شروط إبرامه و أثاره من دولة إلى أخرى.[2]

[1]) أمجد عبد الفتاح، والي جمال، المقال السابق، ص 22.

[2]) كمال سمية، المقال السابق، ص05.

هذا ما سيتضح أثر النظام العام على القانون الواجب التطبيق في شأن الشروط الموضوعية (الفرع الأول)، في شأن الشروط الشكلية(الفرع الثاني)، في شأن آثار الزواج (الفرع الثالث).

الفرع الأول:

أثر النظام العام على القانون الواجب التطبيق بشأن الشروط الموضوعية في الزواج

إن تحديد ما يدخل في فكرة الشروط الموضوعية هي مسألة تكييف، تخضع بالضرورة إلى قانون القاضي، حسب التشريع الجزائري تطبيقا لنص المادة 9 من القانون المدني الجزائري و على هذا فإن التكييف يكون على أساس القواعد الموضوعية المتمثلة في المادة 9و9 مكرر من قانون الأسرة الجزائري و التي تنص" يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية :الأهلية–الصداق– الولي–و الشاهدان وانعدام الموانع الشرعية للزوج"[1].

و القول أن أهمية النظام العام في الرابطة الزواج تعظم أكثر من المجالات الأخرى، لأنها رابطة قبل أن تكون قانونية فهي اجتماعية ذات أسس خلقية و دينية، إن الطابع الديني أو العلماني للزواج في قانون ما يشكل وسيلة لاستبعاد القانون المنافي له و يوسع دائرة تدخل قانون القاضي باسم النظام العام و يتحرك هذا الأخير في جميع مراحل الزواج مما يؤدي إلى تنظيم العلاقة الزوجية بغير النظام المقرر لها أصلا، لكن

[1]) الأمر 05-02 المؤرخ في 2005/02/27 المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

الاحتجاج بالحق المكتسب الناتج عنها في الخارج متوقف على توافق النظام العام أو تعارضه مع الدولة المحتج فيها به عملا بمبدأ الأثر الانعكاسي للنظام العام[1].

و يخضع الزواج لمجموعة من القواعد، التي تعتبر لصيقة بالشخص، وهذا ما يؤدي إلى تطبيق قوانين أجنبية محددة بموجب قواعد التنازع[2]المنصوص عليها في المادة 11 من القانون المدني الجزائري بنصها" تسري على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج القانون الوطني لكل من الزوجين"[3] أي قانون جنسية الزوجين التي يعتد به وقت إبرام عقد الزواج، هذا بأصل عام، واستثناء حسب المادة 13 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه "يسري القانون الجزائري وحده إذا كان أحد الزوجين جزائري وقت الانعقاد".

إلى جانب ذلك و إذا كان النظام العام لا يتدخل في حالة الاستثناء نظرا إلى أن النص يقتضي تطبيق قانون القاضي فإن تدخله يكون بشدة لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي المنصوص عليه في المادة 11 و من الأمثلة في هذا الصدد، ما ورد في المادة 31 من الأمر 05-02 المؤرخ في 2005/02/27 المعدل والمتمم لقانون الأسرة التي تحرم زواج المسلمة من غير المسلم متعلقة بالنظام العام و هذا ما كرسه المجلس الأعلى في القرار الصادر بتاريخ 1989/02/06 بقوله" حسب أنه مع افتراض وجود هذا الزواج فإن عقده سواء كان عرفيا أو رسميا يقع باطلا عملا بما هو مقرر شرعا من أنه يشترط الصحة الزواج ألا تكون المرأة محرمة على الرجل تحريما مؤبدا أومؤقتا ومنها زواج المسلمة بغير المسلم و بالتالي فإذا حدث فإن القاضي ملزم بالتفريق بينهما.[4]

[1]) زريوتي الطيب، المرجع السابق، ص 174.

[2]) كمال سمية، المقال السابق، ص06

[3]) كمال سمية، المقال نفسه، ص06

[4]) عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص217.

أما في دولة أخرى فتراه على وجه آخر وعلى أنه مخالف للنظام العام في دولتها لكن ما يبرر ذلك هو على أساس التمييز الديني، فالفقه الفرنسي مثلا يرفض تطبيق القوانين الأجنبية التي تعرف موانع الزواج المبنية على أساس التمييز العرقي أو الديني لأنها مخالفة للحرية الشخصية.[1]

ومن المسائل التي يتدخل بها القانون القاضي باسم النظام العام لاستبعاد القانون الأجنبي في الشروط الموضوعية تتمثل في التالي:

أ–سن الزواج: الذي يجب ألا يكون أقل من 19 سنة إلا إذا جازه القاضي لمصلحة أو ضرورة وهذا ما تنص عليه المادة 7 من قانون الأسرة الجزائري في نصها " تكتمل أهلية الرجل و المرأة في الزواج بتمام 19 سنة و للقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج، يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق و التزامات"[2]،لوحظ ما لعقد الزواج من أهمية في الحالة الاجتماعية من جهة سعادة البيت أو شقائه و القدرة على إنجاب نسل قوي و العناية به كما أن تطور الزمن أوجب استعدادا كبيرا لحسن القيام بشؤون الأسرة و هذه المصلحة الواضحة تتحقق بالسن التي ألفها أكثر الناس و أطمأنوا إليها، أما تخفيض سن الزواج أو زواج الصغار فهو مجلبة للأمراض[3] ، و بالتالي إذا كان القانون الأجنبي يجيز الزواج لأقل من 19 سنة يكون مخالف للنظام العام و يرفض حتى ضابط الحالة المدنية تحريره أو الموثق.

[1]) كمال سمية، المقال السابق، ص08.

[2]) الأمر 05-02 المؤرخ في 2005/02/27 المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

[3]) نبيل صقر، قانون الأسرة نصا و فقها و تطبيقا، موسوعة الفكر القانوني، دار الهدى للطباعة و النشر والتوزيع،2006.

ب- ركن الرضا:فمن المسائل المتعلقة بالنظام العام أولا هو ركن الرضا الذي يعتبر ركنا أساسيا إذا اختل بطل الزواج، ومن الأركان الأساسية للشروط الموضوعية حسب المادة 9 من الأمر 05-02 المؤرخ في 2005/02/27 المعدل للقانون الأسرة

وبالتالي إذا كان القانون الأجنبي يجبر المرأة على الزواج دون رضاها، عن طريق الإكراه أو التدليس، فهذا يكون مخالفا للنظام العام الجزائري الذي يقيم عقد الزواج على ركن الرضا المتبادل بين الزوجين الخالي من أي عيب من العيوب[1].

ج-موانع الزواج: كذلك يدخل في إطار النظام العام قانون الأسرة الجزائري، عند إبرام عقد الزواج موانع الزواج المؤقتة و المؤبدة، حيث تنص المادة 30 الأمر 05-02 المؤرخ في 2005/02/27 المعدل والمتمم لقانون الأسرة:" يحرم من النساء مؤقتا: المحصنة، المعتدة من طلاق أو وفاة ، جمع بين الأختين، أو بين المرأة و عمتها أو خالتها.."و بالتالي يمنع على المرأة المطلقة أو المتوفي عنها زوجها الزواج حتى تكتمل العدة،وعلى الأجنبية التي ترغب في إبرام زواجها من جزائري في الجزائر أن يحترم هذه الأحكام حتى و لو كان قانونها الوطني يسمح بزواجها فورا، لأن الأحكام المتعلقة بالموانع تطبق تطبيقا جامعا، كما تنص المواد من قانون الأسرة و التي من بينها المادة 24 التي تقضي "موانع النكاح المؤبدة هي القرابة، المصاهرة ، الرضاع"والمادة 25 التي تقضي" المحرمات بالقرابة هي الأمهات، البنات، الأخوات، العمات، الخالات، بنات الأخ، بنات الأخت"و المادة 26 التي تقضي" المحرمات بالمصاهرة و التي هي :

[1]) كمال سمية، المقال السابق، ص 8.

– أصول الزوجة بمجرد العقد عليها– فروعها إن حصل الدخول بها– أرامل أو مطلقات أصول الزوج و إن علو–أرامل و مطلقات فروع الزوج و إن نزلوا" و المادة 27 التي تقضي "يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب" [1]، و بالتالي يكون الزواج المبرم في الجزائر بين الأصول والفروع أو بين الأخ و أخته أو بين العم أو الخال و ابن الأخت ،بين الخالة أو العمة و ابن الأخ ، أو ابن الأخت باطلا حتى و لو كان القانون الوطني للأطراف يسمح بذلك،[2] كما يدخل في إطار النظام العام المادة 7 مكرر الأمر 05-02 المؤرخ في 2005/02/27 المعدل والمتمم لقانون الأسرة الجزائري من التي تلزم طالبي الزواج تقديم شهادة طبية تثبت خلوها من أي مرض يشكل خطرا على صحة الزوج الآخر و الأبناء،وهكذا يمكن القول أنه عند إبرام عقد زواج مختلط في الجزائر، فيمكن التمييز بين ما إذا كان القانون الوطني للزوج الآخر متحررا أو متشددا بالنسبة للقانون الجزائري، فإذا كان متحررا و أحكامه مخالفة للنظام العام الجزائري أستبعد من التطبيق، أما إذا كان متشددا و بالتالي لا تمس أحكامه بالنظام العام فيكون واجب التطبيق[3].

مع أن المادة 13 من القانون المدني الجزائري تنص على أن يسري القانون الجزائري وحده إذا كان أحد الزوجين جزائريا إلا فيما يتعلق بأهلية الزواج. لكن القانون الجزائري يكون كذلك واجب التطبيق فيما يتعلق بالموانع، وإذا كان الزواج عقد يبرم بين شخصين من جنسين مختلفين، فإن إبرامه من طرف شخصين من نفس الجنس يعد مخالفا للنظام العام، لأنه بالنسبة لقانون الجزائري هو عقد بين الرجل و

[1]) الأمر 05-02 المؤرخ في 2005/02/27 المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

[2]) كمال سمية، المقال السابق، ص 08

[3]) كمال سمية، المقال نفسه، ص9

امرأة لكن بالنسبة للقانون المقارن فالقانون الفرنسي يعرف هذا النوع من العلاقة خارج إطار الزواج بالميثاق المدني للتضامن "pacs" pacte civil de solidarité و هو عقد مبرم بين شخصين بالغين من جنسين مختلفين، أو من جنس واحد لتنظيم حياتهما المشتركة ، وقد قرر المجلس الدستوري، أن الحياة المشتركة لا تعني فقط المصالح المشتركة و إنما "حياة زوجية" حقيقية(Vie de couple) و هذا ما يجعله يكيف ضمن الحالة الشخصية، وبالتالي يطبق عليه القانون الشخصي[1].

و إذا كان العقد بين شخصين أحدهما فرنسي، والآخر من جنسية مختلفة، أو بين شخصين لا يعرف قانونهما الشخصي (الوطني) هذا النوع من العلاقات خارج إطار الزواج فلا يبرم العقد لكن الحل الأقرب الذي يتبناه القاضي الفرنسي هو تطبيق قانون الموطن المشترك أو محل الإقامة العادية المشتركة إذا كان القانون الأجنبي يجهل العلاقة أو يمنعها ويستبعد سبب مخالفته للتصورات الأساسية،وهذا الحل غير مؤكد إذ أن القاضي يطبق القانون الفرنسي إذا كان القانون الوطني لأحد الشريكين لا يعرف هذه العلاقة أو يمنعها المشكل الذي قد يطرح في حالة إبرام عقد زواج عادي و يغير أحد الزوجين (غالبا الزوج)جنسيته، فحسب قانون الأسرة يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع يتنافى ومقتضيات العقد [2].

حسب المادة 32 الأمر 05-02 المؤرخ في 2005/02/27 المعدل والمتمم لقانون الأسرة الجزائري التي تنص" يبطل الزواج، إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد"،حيث تعتبر مخالفة للنظام العام العلاقات التي يتم بين الأجانب في الجزائر خارج إطار الزواج مثل المعاشرة أو الزواج اللوطي ، و في هذه الحالة يمتنع

[1])كمال سمية ، المقال السابق، ص9.

[2]) كمال سمية، المقال نفسه، ص09

القاضي الجزائري عن تطبيق القانون الشخصي[1] استجابة للمادة 24 من القانون 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 المعدل والمتمم للقانون المدني الجزائري التي تنص على"لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة "

ولهذا للنظام العام دورا هاما في حماية الرابطة الزوجية، مما يقوم عليه من شروط موضوعية مادام أنه يستنبط أحكامه من الشريعة الإسلامية و أي قانون يكون مخالفا لأحكامه ويتم تطبيقه يستبعد باسم النظام العام، و ذلك للمحافظة على الثوابت التي يقرها قانون الأسرة ولا تحتمل حتى التغيير.

الفرع الثاني:

أثر النظام العام على القانون الواجب التطبيق

في شأن الشروط الشكلية في الزواج

إن الزواج كتصرف قانوني لابد أن يتوفر على مجموعة من الشروط الشكلية فبعض القوانين تشترط الشكل الديني، و أخرى تشترط الشكل المدني و يكتفي البعض الآخر بتوافق الإرادتين دون أي شكل خاص.

وفي القانون الجزائري لا يشترط الشكل الديني لصحة الزواج، بل يكتف أن يقيم الزواج بالشكل المدني، و يكفي أن يوثق الزواج أمام موظف رسمي مؤهل قانونا كالموثق أو ضابط الحالة المدنية، و لذا يمكن تطبيق ما نظمه المشرع بالنسبة لجميع

[1]) كمال سمية، المقال السابق، ص09

أشكال التصرفات الواردة في المادة 19 من القانون المدني بالأمر 05-10 المؤرخ في 20 يونيو2005 التي تنص "تخضع التصرفات القانونية في شكلها إلى قانون المكان الذي تمت فيه و يجوز أن تخضع إلى قانون الموطن المشترك أو لقانونهما الوطني أو القانوني الذي يسري على أحكامه الموضوعية "و يخضع شكل الزواج إلى قانون المحل حسب المادة 97 من قانون الحالة المدنية.[1] و التي أخضعت شكل زواج الجزائريين في الخارج إلى الأوضاع المألوفة في ذلك البلد شريطة أن لا يخالف الجزائري الشروط الأساسية في قانونه، و هنا يتضح أن شكل الزواج يخضع إلى قانون مكان إبرام الزواج، و في حال اشترك الزوجين في موطن مشترك فيمكن تطبيق قانون الموطن، و إذا اشترك الزوجين في الجنسية فيمكن تطبيق أحكام قانون جنسيتهم و للقاضي الاختيار من هذه الضوابط مع مراعاة مصالح الزوجة الجزائرية.[2]

و يتجلى أثر النظام العام على القانون الواجب التطبيق و بناء على المادة 24 من القانون 05-10 المؤرخ في 20 يونيو2005 المعدل والمتمم للقانون المدني الجزائري و التي تنص "يستبعد تطبيق القانون الأجنبي بناء على المواد السابقة إذا كان متعارضا مع النظام العام والآداب العامة".

فهنا يحق للقاضي الجزائري أن يقوم باستبعاد القانون الأجنبي، الذي انعقد له الاختصاص لحكم شكل عقد الزواج إذا كان مخالفا لمقتضيات النظام العام في الجزائر، و بناء على هذا فإن كل العقود الزواج التي تم إبرامها خارج الجزائر تكون غير نافذة في الجزائر، في حالة ما إذا كان القانون الأجنبي هو الواجب التطبيق، و

[1]) أمجد عبد الفتاح حسان- والي جمال، المقال السابق، ص 18.

[2]) أمجد عبد الفتاح حسان –والي جمال، المقال نفسه ، ص18.

يكون مخالف لمقتضيات النظام العام من الإجراءات الضرورية لإبرام عقد الزواج من حيث شكلها[1].

ويترتب على ذلك و بناءا على ما تقدم، إذا كان القانون السائد في دولة الإبرام مخالفا للنظام العام الجزائري، فمن حق القاضي الجزائري أن يستبعده سواء أن كانت الزوجة المعنية بين الجزائريين، أو بين أجانب، أو بين جزائريين و أجانب و ذلك إذا كان قانون الجنسية المشتركة للخصوم مخالفة للنظام العام.[2]

و هذا ما يعتبر من الشكل حسب قانون الأسرة طبقا للمادة 18"التي تنص أنه يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانونا.

فلهذا لا يعتبر بأي شكل عقد زواج في الخارج إذا كان مخالفا للنظام العام المتمثلة في أسس الجوهرية والإجراءات الشكلية الذي يتطلبها عقد الزواج حتى يتم المحافظة على مصالح أو الآثار المترتبة على عقد الزواج ولا يضيع أي حق منها.

الفرع الثالث:

أثر النظام العام على القانون الواجب التطبيق في شأن آثار الزواج

إذا انعقد الزواج صحيحا وفقا للقانون المختص دوليا، فسوف يطرح التساؤل عن القانون الواجب التطبيق الذي يحكم أثار الزواج التي تترتب عليه، رغم أن هذه الآثار تنقسم إلى قسمين أثار شخصية وأثار مالية.

لقد أخضع التشريع الجزائري أثار الزواج إلى قانون واحد حسب المادة 12 الفقرة الأولى من القانون 05-10 المؤرخ في 20 يونيو2005 المعدل والمتمم للقانون المدني

[1]) هشام خالد، القانون الواجب التطبيق على الشكل الزواج، منشأة التعارف، 2006، ص 59، 60

[2]) هشام خالد، المرجع السابق، ص 58

الجزائري التي تنص" يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار الشخصية و المالية التي يرتبها عقد الزواج" من القانون المدني هو قانون جنسية الزوج وقت الانعقاد والتي هي القاعدة العامة و استثناءا على ذلك ما أقرته المادة 13 من نفس القانون تنص على "يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11-12 إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج إلا، فيما يخص أهلية الزواج"[1].

قد يلعب النظام العام دورا هاما ليس فقط في الشروط الشكلية و الموضوعية للرابطة الزوجية إلى جانب ذلك لما ينجر عليه من آثار و هذا الدور لهذا الأخير يتجلى فيما يلي:

فإذا سلمنا أن جميع المواد التي تحكم آثار الزواج هي القوانين الآمرة، و التي تسمى كذلك بقواعد النظام العام فهي ذات تطبيق آني رغم وجود أحكام مخالفة لاحقة له أو اتفاق على غير ذلك [2].

فإذا كان القانون الأجنبي مثلا يقرر عدم أهلية المرأة، بسبب الزواج أو يقدر النفقة المستحقة بأقل من القدر المستحق في قانون القاضي فإنه يستبعد تطبيقه [3].

أو هذا القانون الأجنبي لا يلزم الزوج بالإنفاق على زوجته، أو إذا كان القانون الأجنبي يعطي الزوج الحق في تأديب زوجته بوسائل لا يقرها القانون[4].

[1]) قانون رقم 05-10 المؤرخ في 20يونيو 2005 المتضمن لقانون المدني.

[2]) عليوش قربوع كمال ، المرجع السابق، ص 227.

[3]) زريوتي الطيب ، المرجع السابق، ص175.

[4]) عز الدين عبد الله ، المرجع السابق ، ص299.

فلهذا فإذا كان القانون الأجنبي هوالواجب التطبيق في دولة القاضي، ويكون مخالفا المبادئ الأساسية التي تحكم أثار الزواج سواء كان شخصية، أو مالية مستبعد تطبيقه باسم النظام العام.و لا شك فإن أعمال فكرة النظام العام في هذا المجال إنما يرجع ما قدمناه من كون أن الرابطة الزوجية في الأصل رابطة اجتماعية تقوم على مبادئ دينية و خلقية.[1]

لقد أبرزنا فيما تقدم القانون الذي يحكم الشروط الموضوعية، و الشكلية للزواج و أهم الاستثناءات الواردة على القاعدة العامة .و أثر النظام العام على القانون الواجب التطبيق عليه[2] ، سوف نرى ما هي ضوابط الإسناد الخاصة بانحلال الرابطة الزوجية و أثر النظام العام عليها في المبحث الذي يلي.

المبحث الثاني:

ضوابط الإسناد الخاصة بانحلال الرابطة الزوجية و أثر النظام العام عليها

و يبقى السؤال المطروح هنا هل نفسها ضوابط الإسناد الخاصة بالزواج تطبق على انحلال الرابطة الزوجية و قواعد الإسناد الخاصة بأثر الطلاق أم تتميز عليها كما أن للنظام العام أثر كذلك على القانون الواجب التطبيق في شأن انحلال الرابطة الزوجية؟ و هذا ما سأوضحه في المطالب التالية:قاعدة الإسناد الخاصة بشأن انحلال الزواج (المطلب الأول)،قاعدة الإسناد خاصة بأثر الطلاق(المطلب الثاني)، الاستثناء

[1]) عز الدين عبد الله، المرجع نفسه، ص 299.

[2]) عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 247.

على القاعدة العامة في شأن انحلال الرابطة الزوجية (المطلب الثالث)، أثر النظام العام على القانون الواجب التطبيق في شأن انحلال الرابطة الزوجية (المطلب الرابع).

المطلب الأول:

قاعدة الإسناد الخاصة بشأن انحلال الزواج

الزواج عقد أو علاقة قانونية ، كما أنه يبدأ أو ينشأ فقد ينتهي هذا الأخير بطرق غير إرادية أو طبيعية كالوفاة أو بطريقة إرادية يترتب عليها انحلال الرابطة الزوجية[1]،و لقد وضحه المشرع الجزائري في نصوص المواد 48- 53-54 من الأمر 05-02 المؤرخ في 2005/02/27 المعدل والمتمم لقانون الأسرة[2].

فلهذا قد وضحت نص المادة الطرق التي بواسطتها يتم حل الرابطة الزوجية، و يكون ذلك إما بإرادة الزوج المنفردة، و إما بتراض بين الزوجين، أو بطلب من الزوجة عن طريق التطليق إذا ما توفرت أحد البنود المنصوص عليها في نص المادة 53

[1]) أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص360.

[2]) تنص المادة 48 من الأمر 05-09 "مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه، يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53و54 من هذا القانون "
تنص المادة 53 معدلة بالأمر 05-09"يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية:
1- عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمه بإعساره وقت الزواج، مع مراعاة المواد 78 و 79و 80 من هذا القانون.
2- العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزوج.
3- الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر.
4- الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية.
5- الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة.
6- مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 أعلاه.
7- ارتكاب فاحشة مبينة.
8- الشقاق المستمر بين الزوجين.
9- مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج.
10- كل ضرر معتبر شرعاً."
تنص المادة 54 معدلة بالأمر 05-09 "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مبلغ مالي، إذا لم يتفق الزوجان على مقابل الخلع ، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم".

أو عن طريق الخلع حسب نص المادة 54 مقابل مبلغ مالي تقدمه الزوجة مقابل فراقها أما في الدول الغربية كفرنسا مثلا، يتم الطلاق بطريقتين يلجأ إليه الطرفان إما الطلاق، أو الانفصال الجسماني الذي يلجأ إليه الزوجين إلى القضاء لإصدار حكم قضائي في هذا الشأن. و به يتم المباعدة بين الزوجين فلا تجمعهما معيشة مشتركة مدة معينة مع بقاء الرابطة الزوجية قائمة.و قد تنتهي حالة الانفصال بعد مدتها إما بالعودة إلى الحياة المشتركة، و إما بتحويل الانفصال إلى تطليق ونظام الانفصال الجسماني لا تعرفه الشريعة الإسلامية،و إنما تعرفه الشرائع غير الإسلامية و كذلك القوانين المقارنة.[1]

أما عن ضابط الإسناد في القانون المقارن، فلقد أخذت أوروبا و الدول اللاتينية بإخضاع التطليق و الطلاق، و الانفصال الجسماني لقانون جنسية الزوج وحده و بعضها يخضعها لقانون جنسية كل من الزوجين مع التطبيق الجامع أو الموزع.

أما في البلاد الأنجلوساكسونية، و الولايات المتحدة الأمريكية فهما يخضعان إلى قانون القاضي، أما في فرنسا فقد كان القضاء يخضع التطليق و التفريق لقانون جنسية الزوجين فإذا اختلف جنسية طبق التوزيع، فإذا كان أحد الزوج يبيح الطلاق و الآخر يحرمه قضى بالطلاق لصالح الزوج الذي يبيح قانون الطلاق[2].

أما بالنسبة لقاعدة الإسناد بشأن انحلال الزواج، بالنسبة لتشريع الجزائري قبل أن نبين قاعدة الإسناد بشأن انحلال الزواج به يجب أن نبين إلى أن المشرع الجزائري لم يفرق بخلاف القانون المصري بين الطلاق الذي تم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بين التطليق الذي يكون بناء على طلب الزوجة، إذ في جميع الحالات يتوجب

[1]) أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 360.

[2]) علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 76.

إثبات الطلاق بحكم طبقا للمادة 49 من قانون الأسرة الجزائري[1]، وهذا لا يكون إلا بناء على دعوى قضائية ترفع أمام هيئة المحكمة و تقيد كتابة الضبط و تبلغ بدفعها أحد الزوجين و الذي يصدر بشأنها حكم يقضي بفك الرابطة الزوجية إما بالإرادة المنفردة للزوج أو بالتراضي أو عن طريق الخلع[2].

و استنادا إلى ذلك نجد المشرع الجزائري قد اخضع قاعدة الإسناد لانحلال الزواج إلى نص المادة 12 من قانون المدني الجزائري التي تنص " يسري على انحلال الزواج و الانفصال الجسماني القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى"[3].

و الملاحظة أن المشرع الجزائري بعدما كان مكتفيا بالنص على انحلال الزواج بالطلاق و التطليق و الخلع تعرض إلى التعديل الجديد لمسألة الانفصال الجسماني، و هو نظام مقرر في القوانين الغربية إذا من الجائز أن تعرض أمام القضاء الجزائري منازعات بشأن زوجان يقر قانونهما الشخصي هذا النظام الذي يفرق بين الزوجين دون إنهاء الرابطة الزوجية[4].

وقد أخص المشرع الجزائري اختصاص قانون الزوج وحده حسب القانون الجزائري يتحدد بوقت رفع الدعوى طلب فك الرابطة الزوجية، سواء احتفظ بجنسيته

[1]) تنص المادة 49 من الأمر رقم 05-09 " لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات الصلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدة ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى، يتعين على القاضي تحرير محضر يبين مساعي و نتائج محاولة الصلح يوقعه مع كاتب الضبط، تسجل أحكام الطلاق وجوبا في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة "

[2]) يوسف فتيحة، محاضرات في القانون الدولي الخاص، السنة الأولى ماجستير تخصص قانون الأسرة، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان،2007/2006، ص05.

[3]) قانون رقم 05-10 المؤرخ في 20يونيو 2005 المتضمن لقانون المدني.

[4]) يوسف فتيحة، محاضرات السابقة ،ص 05.

عند إبرام الزواج أو غيرها بعد ذلك، و سواء كانت هي نفسها جنسية الزوجة أم لا.

أولا. القانون الفرنسي. فيكون هو المختص إذا كان أحد الزوجين من جنسية فرنسية أو يكون كلاهما متوطن في فرنسا[1] .

لهذا فان المشرع الجزائري في إسناده انحلال الزواج دون التمييز بين الطلاق و التطليق، و الانفصال الجسماني إلى قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى و هذا طبقا للمادة 12 ف.2 من القانون المدني الجزائري[2] التي تقضي بمايلي:" يسري على انحلال الزواج القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج عند رفع الدعوى" هذا النص قد حسم مسألتين التنازع الثابت يمنح الاختصاص التشريعي لقانون جنسية الزوج و التنازع المتحرك بأن يخضع انحلال الزواج، إلى قانون جنسية الزوج عند رفع الدعوى و ليس عند إبرام الزواج[3].

غير أن فكرة انفراد قانون الزوج بحكم مسائل الطلاق و التطليق وقت رفع الدعوى " تعرضت إلى النقد من حيث مايلي:

أ- جعل الرابطة الزوجية تنحل وفقا لقانون لا تخضع له الزوجة، و لم يكن في وسعها التبصر به وقت انعقاد الزواج، و يظهر هذا المشكل خاصة بالنسبة للزوجة إذا تغيرت جنسية الزوج مابين وقت انعقاد الزواج و وقت رفع الدعوى الطلاق أو التطليق، و لم تدخل في جنسيته و كان قانون الزوج وقت انعقاد الزواج يجيز الطلاق و التطليق في حين أن قانونه وقت رفع الدعوى يكون غير ذلك أو العكس[4].

[1]) – كمال سمية، المقال السابق، ص07.

[2]) قانون رقم 05-10 المؤرخ في 20يونيو 2005 المتضمن لقانون المدني.

[3]) زريوتي الطيب ، المرجع السابق ، ص170.

[4]) يوسف فتيحة ، محاضرات السابقة، ص05.

ب-إن اختيار المشرع الجزائري يعتبر اختيار تعسفي مادام أن القانون الوطني للزوج ليس بقانون محايد وما دام إننا أمام زوجين من جنسيتين مختلفتين كما يعتبر متعارض مع مبدأ المساواة بين الجنسين وهو المبدأ المعترف به في النظام الجزائري كالدستور مثلا.[1]

ج- فقد اكتفى المشرع الجزائري بوضع ضابط الإسناد لانحلال الزواج و لم يتعرض إلى مسألة الانفصال الجسماني و هو نظام مقرر في القوانين الغربية و من الجائز أن تعرض أمام القضاء الجزائري منازعات بشأنه[2].

د-أن المشرع الجزائري سوى في انحلال الرابطة الزوجية بين الطلاق و التطليق من حيث ضابط الإسناد الذي يخضعان له مع أن الطلاق هو الذي يتم بالإرادة المنفردة للزوج بينما التطليق يتم بناءا على طلب الزوجة في حالات معينة[3].

المطلب الثاني:

[1]) عليوش قربوع كمال ، المرجع السابق ، ص 233.

[2]) زريوتي الطيب ، المرجع السابق ، ص170.

[3]) زريوتي الطيب، المرجع نفسه، ص 170.

قاعدة الإسناد الخاصة بأثر الطلاق

يقصد بآثار الطلاق تلك التي يخلفها الطلاق في علاقة الوالدين بأبنائهما، و التي تعتبر من أهم المسائل التي يجب أن ينظر إليها القاضي، خلال النطق بالحكم بالطلاق و يتمثل في النفقة و الحضانة و النسب و مادام التشريعات الدولية تختلف باختلاف الأنظمة القانونية ونظرتها إلى الطلاق، و أثارها أما المشرع الجزائري فله نظرته في ذلك و هل هي تلك القواعد الخاصة بالانحلال الرابطة الزوجية تختلف عليه تماما و هذا ما سوف نشرحه من بين الآثار النفقة(الفرع الأول)، الحضانة (الفرع الثاني)، النسب (الفرع الثالث).

الفرع الأول:

النفقـة

حسبما تضمنه قانون الأسرة حسب نص المادة 75 أنه تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال، فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد، و الإناث إلى الدخول و تستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولة للدراسة وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب[1] ، لهذا فإن سبب نفقة الزوجة على زوجها هو عقد الزواج الذي جعلها محتسبة لحقوق زوجها أي مقصورة عليه كما أن واجب الإنفاق على الأولاد واجب شرعي على أبيهم.

[1]) - الأمر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 المعدل و المتمم للقانون رقم 11/84 و المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

فلهذا يجب التفرقة بين النفقة الزوجية والتي تعتبر من أثار الزواج الشخصية و النفقة بين الأقارب.

فبالنسبة للقانون الواجب التطبيق على النفقة بين الزوجين دائما حسب المادة 1/12 من القانون المدني التي تنص على أنه "يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار الشخصية، و المالية التي يرتبها عقد الزواج" فهذا هو الأصل العام غير أنه هناك استثناء وارد في المادة 13 من القانون المدني التي تنص على أنه يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المواد 11-12 إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج"[1].

و يرجع اختيار المشرع الجزائري ضابط الإسناد في النفقة الغذائية الذي هو قانون جنسيته الزوج إلى الدور المعترف به في المجتمع الإسلامي للرجل داخل الأسرة الذي هو رئيسها و مسيرها.

فالقاضي مطالب بالفصل بالحكم بالطلاق في الحالات التالية السكن لممارسة الحضانة أو تأجيره و التعويضات المالية، و الحضانة و العدة و متاع البيت و النفقة و هنا ليست النفقة الزوجية طبقا للمادة 74 الفقرة 01من قانون الأسرة التي تنص" تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها" و إنما النفقة التابعة للطلاق و تخص الزوجة و الأبناء و هي تخضع لقانون الزوج كقاعدة عامة وقت انعقاد الزواج.

كما أنها ليست النفقة فيما بين الأقارب، و الذي قد خصها المشرع الجزائري بالمادة 14 من القانون المدني التي تنص بمايلي: " يطبق القانون الوطني على الالتزام بالنفقة بين الأقارب للمدين بها و حسب ما نص عليه قانون الأسرة في نص المادة 75 تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال فبالنسبة للذكور الراشدين و الإناث

[1]) قانون رقم 05-10 المؤرخ في 20يونيو 2005 المتضمن لقانون المدني

إلى الدخول، و يستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لإعاقة عقلية أو بدنية أو مزاولا لدراسة و تسقط بالاستغناء عنها بالكسب.[1]

أما المقصود بالنفقة و ما تشمله لقد نصت عليه المادة 78 من قانون الأسرة الجزائري[2] التي تنص " تتمثل النفقة الغذاء، و الكسوة، و العلاج، و السكن أو أجرته و ما يعتبر من الضروريات في العرف و العادة".

و من المقرر شرعا أن تقدير النفقة حسب وسع الزوج إلا إذا ثبت نشوز الزوجة و من المقرر أيضا، إن يراعي القاضي تقدير النفقة حالة الطرفين و ظروف المعاش و لا يراجعها إلا قبل مضي سنة من الحكم[3].

أما بالنسبة لقانون الواجب التطبيق تنص المادة 12 من القانون المدني الجزائري"يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار الشخصية و المالية التي يرتبها عقد الزواج" و استثناء حسب المادة 13 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه :"يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11-12 إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج". [4]

الفرع الثاني:

[1]) الأمر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 المعدل و المتمم للقانون رقم 11/84 و المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

[2]) الأمر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 المعدل و المتمم للقانون رقم 11/84 و المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

[3]) أحمد لعور - نبيل صقر، الدليل القانوني للأسرة، موسوعة الفكر القانوني، دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع،2007 ، ص94.

[4]) الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 المعدل و المتمم بالقانون 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 المتضمن القانون المدني الجزائري.

الحضانة

حسب ما تضمنته المواد 62 من قانون الأسرة في تعريفها للحضانة "هي رعاية الولد و تعليمه و القيام بتربيته على دين أبيه، و السهر على حمايته، وحفظه صحة و خلقا و يشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك"، أما عن الترتيب الحضانة لقد أخصته المادة 64[1] من قانون الأسرة التي تنص على مايلي:"الأم أولى بحضانة ولدها ثم الأب..." و الذي أعطت الأولوية للحضانة للأم ثم يليها الأب لهذا فإن غالبا ما يطرح الزواج مع الأجانب عند انحلال الرابطة الزوجية مسألة الحضانة و القانون الواجب التطبيق عليها حتى يتسنى معرفة من يحق له الحضانة كما أنه قد صدرت عدة أحكام و اتفاقيات في هذا الشأن.

في الحقيقة لم يخص المشرع الجزائري مسألة الحضانة بقاعدة إسناد صريحة تبين القانون الواجب التطبيق عليها، غير أنه يسهل تبيان ذلك من خلال عملية التكيف التي تخضع للقانون الجزائري باعتباره قانون القاضي[2] تطبيقا لنص المادة 9 من القانون المدني[3].

[1]) لأمر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 المعدل و المتمم للقانون رقم 11/84 و المتضمن قانون الأسرة الجزائري

[2]) يوسف فتيحة ، المقال السابق،ص06.

[3]) الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 المعدل و المتمم بالقانون 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 المتضمن القانون المدني الجزائري.

و بالتالي فإن الحضانة وفقا لهذا القانون هي من المسائل قانون الأسرة و اعتبرها هذا الأخير من أثار الطلاق، و بالتالي تطبق عليها القاعدة العامة التي يحكم الطلاق أي قانون الزوج وقت رفع الدعوى[1] المادة 12م.ج السابقة الذكر و انفرد القانون الجزائري بحكمها إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج تطبيقا الاستثناء الوارد في المادة 13 من قانون المدني الجزائري النص السابق.

فمبدئيا إن الحضانة تمنح للأم و ذلك طبقا للمادة 64 من قانون الأسرة الجزائري غير أنه حسب المادة 69 من نفس القانون، إذا كانت الأم أجنبية تقيم بالخارج فإن القاضي الجزائري يسحب منها الحضانة، بسبب أن الولد يجب أن تتم تربيته على دين أبيه ،و قد أصدرت أحكام قضائية في هذا الشأن تبين هذه الأحكام إن حق الحضانة الذي يرجع للأم مقيد بتربية الولد على دين أبيه، وله حق الزيارة و المجلس الأعلى قد أصدر قرار في هذا الشأن مفاده مايلي:"أن تسند لأحد الأبوين الذي سكن في الجزائر سواء كان أما أو أبا "[2].

إذا كان الأبوان يقيمان في بلاد أجنبية معا فذلك لايطرح إشكالا بالنسبة للرقابة و الزيارة و تربية الأولاد ، على ذلك يطرح الإشكال عندما لا يقيم الأبوان في بلد واحد، أي أن أحدهما يقيم ببلد أجنبي، و غالب ما تكون الأم في هذه لحالة تسقط الحضانة على الأم[3].

[1]) يوسف فتيحة ، المقال السابق، ص06.

[2]) عليوش قربوع كمال، المرجع السابق ،ص 240.

[3]) عليوش قربوع كمال ،المرجع نفسه، ص 241.

هذا ماجاء في حيثيات القرار "حيث أن المجلس الأعلى قد سبق له و إن صدرت قرارات في مسألة الحضانة واتخذ مبدأ و هو أنه في حالة وجود أحد الأبوين في دولة أجنبية غير مسلمة و تخاصما على الأولاد بالجزائر فإن من أحق منهما بها يكون أحق بها و لو كانت الأم غير مسلمة و يتأكد كل هذا أكثر إذا كان كل من الأبوين مسلمين، و كل حكم أجنبي يتعارض مع هذا المبدأ بنظر إليه من هذه الزاوية و يحول بينه و بين تنفيذ.[1]

و عليه ما ذهب إليه المجلس لموافقته على الحكم الرافض لطلب وضع الصيغة التنفيذية على الحكم الرافض لطلب وضع الصيغة التنفيذية على الحكم أو القرار الأجنبي المسؤول بمقتضاها حضانة البنتين لأمهما المقيمة بفرنسا كان على صواب فإبقاء البنتين بفرنسا من غير اعتقادهما اعتقادهما و يبعدهما عن دينهما و من عادات قومهما و يمس بقواعد النظام العام، فضلا عن ذلك أن الأب له الحق في الرقابة و إبعادهما عنه يحرمه من هذا الحق و من تم النعي عن القرار بما ورد في السبب غير المعقول كما أيضا تسقط الحضانة عن بعد المسافة و ذلك لأن للأب له الحق في الزيارة، و هذا ما جاء أيضا في قرار صدر عن المحكمة العليا الذي جاء في حيثياته

" حيث أن من أسباب سقوط الحضانة عن الأم و إسنادها إلى الأب وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية و قانونا الأسرة و يعود إلى أن الأم تقيم بفرنسا و الأب مقيم بالجزائر و يتعذر في هذه الحالة على الأب الإشراف على أولاده المقيمين مع أمهم وكذا حقه في الزيارة لبعد المسافة.[2]

[1]) عليوش قربوع كمال ،المرجع السابق ،ص 242.

[2]) عليوش قربوع كمال ،المرجع نفسه، ص 242

و قد تم تحديد هذه المسافة جاء في حيثيات المجلس الأعلى:

"من المستقر عليه فقها و قضاء أن بعد المسافة بين الحاضنة و صاحب الزيارة و الرقابة على الأطفال المحضونين لا يكون أكثر من ستة برود[1] ،و نظرا لوجود زواج بالأجانب و قد يكون من خلالها فك الرابطة الزوجية قد تؤدي بالكثير من المشاكل فيما يخص الحضانة و حق الزيارة الشيء الذي أدى إلى بعض الدول إلى تنظيمها عن طريق المعاهدات الدولية.

لقد أبرمت الجزائر معاهدة ثانية مع فرنسا بشأن المنازعات التي ثارت بين الأباء الجزائريين و الأمهات الأجنبيات و المتعلقة بحضانة الأولاد و يحق الزيارة للأبوين[2]

و ذلك في **الاتفاقية الدولية المتمثلة في اتفاقية أطفال الأزواج المختلطين الجزائريين و الفرنسيين في حالة الانفصال محرر في الجزائر بتاريخ 7 ذي القعدة عام 1408الموافق ل 21 يونيو 1988.**

لقد تضمنت هذه الاتفاقية كل ما يتعلق مسألة الحضانة و المشاكل الناجمة عنها و هذا ما تعرضت إليه الاتفاقية في بعض نصوصها التي من بينها هي:

المادة2: يجب على السلطة المركزية في إحدى الدولتين أن تتخذ بناء على طلب السلطة المركزية في دولة أخرى و يمنع الإجراءات الملائمة لما يأتي:

أ/ البحث عن مكان وجود الطفل المعني بالأمر.

ب/ تقديم المعلومات المتعلقة بحالة الطفل الاجتماعية أو المتعلقة بإجراء قضائي يخصه لا سيما إرسال نسخة من الأحكام القضائية الصادرة في شأنه.

[1])عليوش قربوع كمال،المرجع السابق، ص 243، عن المجلس الأعلى ملف رقم 43594 قرار صادر بتاريخ 1986/09/27 القضاة العدد 44. ص 178/175.

[2]) عليوش كربوع كمال ،المرجع السابق، ص 243.

ج/ تسهيل إيجاد أي حل ودي يتضمن تسليم الطفل أو قيامه بالزيارة .

د/ تسيير تنظيم حق الزيارة أو ممارسته فعلا.

هـ/ ضمان تسليم الطفل للطالب عندما يمنح حق تنفيذ الحكم.

و/ اطلاع السلطة المركزية الملتمسة على التدابير المتخذة و النتائج المخصصة لها .

ي/ تسهيل ممارسة حق الزيارة الفعلية الممنوح لأحد الرعايا لدولة أخرى في ترابها و انطلاقا منه[1]،كما وضعت هذه فعلا نظاما لتسهيل حق الزيارة و ذلك لتفادي اختطاف الأطفال من قبل أبائهم و أمهاتهم استجابة لرعاياهم و حمايتهم. [2]

الفرع الثالث:

النسب

يعتبر جزء من الحالة الشخصية للوالدين و الأولاد معا كما هناك نوعان من البنوة.فهناك من هي شرعية و منها ماهي طبيعية.

فالبنوة الشرعية و يقصد بها نسب الولد لأبويه نتيجة لعقد زواج صحيح أما البنوة الطبيعية أو الغير الشرعية فهي ثمرة علاقة غير مشروعة بين الوالدين وبالتالي فإن البنوة الطبيعية تختلف عن البنوة الشرعية في أن الأولى تكون قاصرة على الانتماء إلى أحد الوالدين دون الآخر في حين أن البنوة الشرعية ينتمي فيها الابن إلى الأب و الأم.

إن القانون الجزائري لا يعترف سوى بالبنوة الشرعية و بالتالي تعطي النصوص المخصصة لهذا الموضوع الأولوية للبنوة لأبوية[3]، تطبيقا لنص المادة 41 من قانون

[1]) أحمد لعور- نبيل صقر، المرجع السابق، ص208.

[2]) عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص244.

[3]) يوسف فتيحة ، محاضرات السابقة، ص07.

الأسرة والتي تنص" ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا و أمكن الاتصال و لم ينفه بالطرق المشروعة"[1] و المادة 28 من القانون المدني الجزائري التي تنص "أنه يجب أن يكون لكل شخص لقب و اسم فأكثر و لقب الشخص يلحق أولاده"[2].

إن المشرع الجزائري بعدما كان ملتزما السكوت إزاء مسألة النسب، فإنه قد حسم ذلك بنص صريح في المادة 13 مكرر من القانون المدني الجزائري التي تقضي بمايلي: " يسري على النسب و الاعتراف به و إنكاره قانون جنسية الأب وقت ميلاد الطفل و في حالة وفاة الأب قبل ميلاد الطفل يطبق قانون جنسية الأب وقت الوفاة"[3]

غير أن الصعوبات الكبرى تثور في حالة البنوة الطبيعية أي غير الشرعية، لما تثيره من صعوبات بفسح المجال فيها للدفع بالنظام العام.

غالبا ما كان النظام العام، يقف حائلا دون تطبيق القانون الأجنبي الواجب التطبيق. كأن يستبعد قضاء الدول الإسلامية القانون الفرنسي- مثلا- إذا كان يجيز إثبات النسب خارج الطرق المحددة في قوانينها. و بالمقابل قد استبعدت فرنسا تطبيق قوانين الدول الإسلامية حتى و لو كانت هي الواجبة التطبيق لمخالفتها للنظام العام الفرنسي. فالقانون الجزائري الذي لايعترف إلا بالبنوة الشرعية تطبيقا للمادة 41 من قانون الأسرة،إذا كان هو الواجب التطبيق في فرنسا، يستبعد تطبيقا لمبدأ المساواة بين

[1]) الأمر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 المعدل و المتمم للقانون رقم 11/84 و المتضمن قانون الأسرة الجزائري

[2]) الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 المعدل و المتمم بالقانون 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 المتضمن القانون المدني الجزائري.

[3]) الأمر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 المعدل و المتمم للقانون رقم 11/84 و المتضمن قانون الأسرة الجزائري

الولد الشرعي و غير الشرعي المتبني من القانون الفرنسي بموجب قانون 3 جانفي 1972 حتى الناجمين عن الزنا (adultérin)، كما أن صدور قانون 8 جانفي 1993 حول البحث عن الحقيقة البيولوجية، قد وسع من مجال إثبات دعوى النسب الأبوي خارج إطار الزواج، بحيث أصبح معيار تدخل النظام العام في القانون الفرنسي هي مصلحة الطفل[1].

وقد عبر القضاء الفرنسي عن معيار تدخل النظام العام في القانون الدولي في هذا الصدد بقضية أساسية– رأى فيها معيار مزدوج للنظام العام، الموضوعي و الإجرائي– كالآتي:

"La conception française de I ordre public internale n interdît pas la recherche en France de la paternité naturelle selon une loi étrangère compétente qui ne prévoit pas les cas d ouverture de I art.340 c.civ, dés lors que cette loi présente de sérieuse garanties en ce qui concerne le respect de la vérité biologique et permet au père d assurer efficacement sa défense"

وهذا نفس التوجه للقانون التونسي، حيث يطبق القاضي القانون الأصلح للطفل– بإخضاعها النسب لعدة قواعد إسناد مع منح القانون الأفضل للطفل مجالا للتطبيق[2].

[1]) يوسف فتيحة، دراسات قانونية ،مجلة سداسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان كلية الحقوق، العدد 08/05، المداخلة السابقة،ص223-224.

[2]) يوسف فتيحة، دراسات قانونية ،مجلة سداسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان كلية الحقوق، العدد 08/05، المداخلة نفسها، ص223-224.

غير أن الصعوبة تثور إذا ما اختلفت جنسية الشخص المراد إثبات بنوته عن جنسية الوالد(الأب، الأم) المراد الانتساب إليه بحيث يثور التساؤل عن الشخص الذي يتوجب الاعتداء بجنسيته في هذا الصدد[1].

غير أن المشرع الجزائري قد حسم ذلك بنص صريح و ذلك في المادة 13 مكرر من القانون المدني التي تنص " يسري على النسب و الاعتراف به و إنكاره قانون جنسية الأب وقت ميلاد الطفل. و في حالة الوفاة الأب قبل الميلاد يطبق قانون جنسية الأب وقت الوفاة" [2]

والذي يمكن استنتاجه هو أن المشرع الجزائري قصد النسب الشرعي الذي ينجر على العلاقة الشرعية للزواج فهنا لا يعتد الأمر بالنكاح الفاسد أو الباطل أو المتعلق بموانع الزواج. فهنا لابد ضرورة الرجوع إلى الشروط الموضوعية و الشكلية لإبرام الزواج[3]، و هذا ما قرره القضاء الجزائري في بعض القضايا و الذي جاء في قراره صادر عن المجلس الأعلى:

" أنه من المقرر شرعا أن الولد للفراش الصحيح وأن أقل مدة للحمل هي ستة أشهر ومن تم فإن الولد الذي ولد بعد 64 يوما لا يثبت نسبه لصاحب الفرا ش"[4] .

[1]) يوسف فتيحة ، محاضرات السابقة، ص 6.

[2]) الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 المعدل و المتمم بالقانون 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 المتضمن القانون المدني الجزائري.

[3]) عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص 246

[4]) عليوش قربوع كمال ،المرجع نفسه ، ص 246، قرار صادر بتاريخ 1984/12/17 المجلة القضائية العدد الأول 190، ص 86-88

و لقد طرحت هذه القضية بين جزائريين غير أنها يمكن أن تطرح بين جزائريين و أجنبيات فيبقى الحل نفسه ذلك ما طرح في قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1991/04/23 حسب جاء في إحدى حيثياته.

"حيث أن القرار المطعون فيه ناقش في إطار السلطة التقديرية المخولة له قانونا واقعة الزواج المزعوم من الزوج قبل ولادة البنتين، هذا الزواج الذي تنكره المطعون ضدها و قد ثبت القرار في حيثياته أن البنتان ولدتا خارج أية علاقة قانونية بين

الطرفين و قبل زواجهما و أن الاعتراف يثبت نسبهما في ظل القانون الفرنسي، يخالف النظام العام بالجزائر لأنه لا يتماشى و أحكام الشريعة الإسلامية لا تقر النسب إلا بالزواج طبقا لأحكامه السمحاء[1].

أما بالنسبة لإثبات النسب: فتنص المادة 40من قانون الأسرة الجزائري على مايأتي:

" يثبت النسب بالزواج الصحيح و بالإقرار و بالبينة بنكاح الشبهة وكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32-33-34 من هذا القانون" [2]

و يفهم من هذه المادة أن يرجع إلى قانون جنسية الأب في شأن إثبات النسب من أبيه في البنوة الشرعية و في الإقرار في الأبوة و إنكارها و كذلك في الحقوق و الواجبات، غير أن هناك صعوبة تنتج عن الحالة التي يرفع فيها صاحب الشأن دعوى لتثبت حالة ضد أبويه أو أحدهما و يمكن تصور ذلك في حالة الولد المولود في الجزائر من أبوين مجهولين إذ تثور في هذه الحالة ما أشارت إليه المادة 217 من قانون الجنسية المعدل التي تنص على مايلي:

[1]) عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص 247 ،قرار صادر من المحكمة العليا بتاريخ 1991/04/23 غير منشور.

[2]) الأمر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 المعدل و المتمم للقانون رقم 11/84 و المتضمن قانون الأسرة الجزائري

غير أن الولد المولود في الجزائر من أبوين مجهولين يعد كأنه لم يكن جزائريا قط إذ تثبت خلال قصوره، انتسابه إلى أجنبي أو أجنبية و كان ينتمي إلى جنسية هذا الأجنبي أو هذه الأجنبية وفقا لقانون جنسية أحدهما"[1]

فقد تثير هذه المادة تنازع القوانين، قانون الولد و قانون أبويه أو أحدهما إزاء هذا الوضع اختلف الفقه في مسألة ثبوت نسب الولد فهذا يجب أن يثبت نسبه وفقا للقانون الأجنبي لأحد الأبوين الذي رفعت الدعوى ضده ، و فقا لقانون البلد الذي وجد به أي قانون الحالي للولد؟

غير أن الرأي الغالب من الفقه إلى أن ثبوت النسب يجب أن يتم طبقا لقانون جنسية من يريد إثبات نسبه منه من الأبوين و يظهر صحة هذا الرأي إذا نظرنا إلى مسألة إثبات النسب التي يتضمنها قانون الأسرة و بالتالي تخضع إلى جنية من يدعي إثبات النسب إليه، و خاصة إذا نظرنا أن القانون الأجنبي غير متخصص تشريعيا أثناء نظر الدعوى و ذلك لعدم ثبوت النبوة المطالب بها بعد و لهذا يرى محند اسعد أن الأفضل تطبيق القانون أفضل ملائمة لمصلحة الولد[2].

فلهذا يدخل إثبات النسب في نطاق الأحوال الشخصية و إذا كان القانون لم يتعرض له، فيجب الرجوع في أحكامه إلى الشريعة الإسلامية طبقا لنص المادة الأولى من القانون المدني الجزائري التي تقضي بأنه إذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية و على ذلك تطبيق إثبات قانون جنسيته من يدعي النسب كما يطبق قانون جنسية من يبقى النسب على إنكار نسب ولده[3]

[1]) يوسف فتيحة، محاضرات السابقة، ص 7.

[2]) يوسف فتيحة، محاضرات السابقة ص8.

[3]) علي علي سليمان، المرجع السابق، ص83.

و لهذا ما في الجزائر أن القانون الذي أثار الزواج هو القانون الأنسب الذي يجب أن يخضع له النسب الشرعي.[1]

هذا ما قررت في هذا الصدد المحكمة العليا في القضية التي فصلت فيها بتاريخ 1991/04/23 "أن الاعتراف يثبت النسب للأب في ظل القانون الفرنسي يخالف النظام العام في الجزائر لأنه لا يتماشى وأحكام الشريعة الإسلامية التي لا تقر النسب إلا بالزواج إذ فالقانون الجزائر قانون الأب. أي قانون الزواج هو الذي يطبق رغم أن القانون الأجنبي قد اعترف بانساب البنتين للأب.[2]

أما بالنسبة للقانون المقارن لو أخذنا التشريع الفرنسي والذي ينظر إلى البنوة الطبيعية و القانون الواجب التطبيق هي ما نصت عليه المادة 311 الفقرة 14 من القانون المدني الفرنسي التي تقضي بتطبيق قانون جنسية الأم وقت ولادة الابن عند معرفتها و قانون جنسية الولد عند عدم معرفتها و عندما يكون للولد و أحد الوالدين مسكن اعتيادي في فرنسا، مشتركا أو منفصلا، أما في مسألة الاعتراف الإرادي للبنوة لقد نصت المادة 311 الفقرة 17 من القانون المدني الفرنسي على أن "اعتراف الأب أو الأم إراديا بالولد هو صحيح إذا تم أما وفقا للقانون الشخصي المعترف و إما وفقا للقانون الشخصي للولد"[3].

كما أن المفهوم الحديث للنظام العام القريب من قانون القاضي L'ordre public de proximité قد استعمل بكثرة في مجال إثبات النسب، فلكي يسمح للطفل المقيم بصورة معتادة في فرنسا ، أو الذي له جنسية فرنسية عن طريق

[1]) أعراب بلقاسم،المرجع السابق، ص265.

[2]) عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص 249، قرار صادر من المحكمة العليا بتاريخ 1991/04/23 غير منشور

[3]) سامي بديع منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، دار العلوم العربية، 1994، ص375.

أمه ، أن يتمكن من إثبات نسبه اتجاه والده الطبيعي والمنتمي إلى الدول المغرب فتطبيقا لفكرة النظام العام الفرنسي، استبعد القانون القانون العربي الإسلامي الواجب التطبيق، وإحلال محله القانون الفرنسي الذي يجيز هدا الإثبات،والملاحظ على 2006 استخدام النظام العام بهدا المفهوم ، أن علاقة الربط تتحدد الجنسية أو الموطن، وهدا ما أدى بالقضاء الفرنسي في أحكام الفرنسي في أحكام حديثة صدرت في إلى رفض طلب الأم الجزائرية التي رفعت دعوى الإثبات نسب الابنة المولودة في الجزائر إلى الأب الطبيعي ، لعدم وجود علاقة ربط بين الأم والابنة لوجودهما في الجزائر[1].

فلهذا فإن دور النظام العام سواء في النسب و إثبات النسب له مجال خصب لأن إثبات النسب يخضع إلى قانون الأسرة المستمد من الشريعة الإسلامية التي لا تعترف بابن الزنا الذي لا ينسب شرعا و ينسب إلى أمه و ناجم عن العلاقات الغير الشرعية الخارجة عن إطار الزواج المقدس فان أي قانون أجنبي يعترف بهذا و يكون هو الواجب التطبيق قد يستبعد باسم النظام العام و يستحيل تطبيقه .

المطلب الثالث:

[1]) يوسف فتيحة، دراسات قانونية ،مجلة سداسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان كلية الحقوق، العدد 08/05، المداخلة السابقة،ص-225.

الاستثناء على القاعدة العامة في شأن انحلال الرابطة الزوجية

ذكرنا أن الطلاق يحكمه قانون جنسية الزوج وقت الطلاق و أن التطليق و الانفصال الجسماني يحكمهما قانون الجنسية الزوج وقت رفع الدعوى هذا هو الحكم العام، و ذلك بالنسبة للقانون المصري و التشريعات العربية [1].

أما بالنسبة للتشريع الجزائري، فإذا كان الأصل العام للقواعد الإسناد التي تخص انحلال الزواج قد تخضع إليها المادة 12 الفقرة 2 إلا أن المشرع الجزائري وضع استثناء يحمي فيه الزوجة الجزائرية و يرجح لها الكفة بعد دراسة الانتقادات التي وجهت إليه بخصوص هذه المادة السالفة الذكر و نص عليه المشرع الجزائري في هذا الاستثناء بنص المادة 13 من القانون المدني بنصها مايلي:" يسري القانون الجزائري وحده في المادتين 11-12 إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج إلا فيما يخص الأهلية الزواج"،و بمقتضى هذا الاستثناء أنه إذا كان الزوج و الزوجة من رعايا الجزائر عند انعقاد الزواج فان القانون الجزائري وحده الذي يسري على انحلال الزواج و تطبيق هذا الاستثناء سهل إذا لم تتغير جنسية الزوجين بعد انعقاد الزواج إذ تظل القاعدة الأصلية المنصوص عليها في المادة12-02 المعدلة بالقانون 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 ساريا[2].

غير أن نص هذه المادة قد تعرض هو الآخر إلى بعض الانتفاضات و التي من بينها قد تؤدي إلى نتائج غريبة فنجد قانون جزائري يطبق على انحلال الزواج بين أجنبية و

جزائري قد زالت عنه الجنسية الجزائرية بعد انعقاد زواجه في حين لايطبق على انحلال الزواج بين أجنبي قد كسب كل منهما الجنسية الجزائرية بعد عقد زواجهما، وحسب

[1]) عكاشة محمد عبد العال ، قواعد تنازع في القانون المصري ،منشورات الحلبي الحقوقية، المرجع السابق، ص 802.

[2]) علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 77

الدكتور "أعراب بلقاسم" أنه ضرورة أن يخضع المشرع الجزائري في انحلال الزواج إلى القانون الجزائري إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت رفع دعوى طلاق[1].

كما يعتبر تطبيق هذا الاستثناء سهل في حالة ما لم يغير أحد الزوجين حسب وقت الانعقاد و لكن تظهر الصعوبة إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت الانعقاد و الزوج الآخر أجنبيا أما بعد الانعقاد أصبح الزوج الآخر الذي كان جزائريا أصبح أجنبيا لقد وردت عدت قرارات وأحكام في هذا الشأن لقد نظرت المحكمة العليا في مسألة تتعلق بطلاق بين جزائرية و ايطالي وذلك فيمايلي:[2]

إن المحكمة قد طبقت المادة 12 فقرة 2 من القانون المدني الجزائري و التي تؤدي إلى تطبيق القانون الايطالي و هو قانون الزوج.

قدمت الزوجة طعن طالبت بنقض الحكم الصادر في 1996/07/14 عن محكمة بئر مراد رايس . نظرا لمخالفة تطبيق القانون من قبل المحكمة الابتدائية فأثارت المحكمة العليا تلقائيا الوجه المأخوذ من مخالفة المادتين 12 المعدلة بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 و المادة13 من القانون المدني الجزائري فجاء في حيثيات المحكمة العليا ما يأتي:

"حيث أن الطاعنة لها الجنسية الجزائرية مادام لم يصدر بشأنها مرسوم نزع جنسيتها الأصلية بعد حصولها على الجنسية الايطالية،حيث أنه كان القاضي الأول تطبيق

[1])أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص258.

[2]) عليوش قربوع كمال ، المرجع السابق، ص238.

القانون الجزائري وفقا للمادة13 من القانون المدني الجزائري عوض القانون الايطالي كما هو وارد في الحكم المطعون فيه و لما كان ذلك يكون قد خالف القانون و أخطأ في تطبيقه مما يتعين نقضه"[1].

و من المعلوم أن قانون الجنسية الجزائري لم يميز في الحقوق و الواجبات بين من له جنسية أصلية أو جنسية مكتسبة فبمجرد أن يكتسب الأجنبي الجنسية الجزائرية تثبت له جميع الحقوق كأي جزائري له جنسية أصلية غير أنه نجد لو أن نزاع طرح في هذا الشأن فنجد عكس ذلك.[2]

فمثلا لو أن نزاع دار حول مدى توفر شرط الضرر كسبب للمطالبة بالتطليق بين زوج قطري وزوجة لبنانية ثم تجنست بالجنسية الجزائرية، و عرض النزاع على القاضي الجزائري فإن القانون الواجب التطبيق على هذا النزاع حسب الأصل العام هو قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى أي "القانون القطري" حسب المادة 12 فقرة 2 من القانون المدني أو لا يمكن في هذا المثال الاعتماد على الاستثناء في المادة 13 لأن الزوجة لم تكن جزائرية يوم انعقاد الزواج و بالتالي سيطبق على الجزائرية قانون قد يكون بعيدكل البعد عنها رغم اكتسابها للجنسية الجزائرية و تمتعها بكل الحقوق[3].

و لهذا فإن نص المادة 13 من القانون المدني أخصت تطبيق القانون الجزائري وحده على انحلال الطلاق إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج، أما

[1])170عليوش قربوع كمال ، المرجع السابق ،ص 239 ، قرار المحكمة العليا ملف رقم 1782 قرار صادر بتاريخ 1998/02/17 المجلة القضائية للعدد الأول 200 ، ص 167-170

[2]) أمجد عبد الفتاح حسان- والي جمال، المقال السابق، ص 22.

[3]) أمجد عبد الفتاح حسان- والي جمال، المرجع نفسه، ص 23

أثار الطلاق فيحكمها القانون الذي يخضع له الطلاق، و هو قانون الزوج وقت رفع الدعوى –تطبيقا للقاعدة العامة–و استثناء القانون الجزائري وحده إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج.[1]

غير أن نص هذه المادة لا يخلو من بعض المشاكل و الانتقادات و التي نذكر من بينها،المشكل الذي تطرحه المادة 13 عندما تمنح الاختصاص للقانون الجزائري وحده إذا كان أحد الزوجين جزائريا حتى و لو كان يحمل جنسية أخرى لدولة لا تعترف بالطلاق بالإرادة المنفردة، حالة متعددي الجنسية الجزائريين الفرنسيين، فتطبق عليهم قواعد الشريعة الإسلامية حتى و لو كانوا يجهلون الإسلام تماما، و قد يلجأ الزوج الجزائري الفرنسي للمحاكم الجزائرية و يرفع دعوى طلاق بإرادته المنفردة و يحتج بهذا الحكم في مواجهة زوجته المتواجدة في فرنسا، فهنا يكون الزوج قد احتال على القانون بحيث أنه رفع دعوى أمام محاكم بلده التي تعتبر مختصة وفقا لقواعد قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائرية (المادتين 41و42)[2] من أجل الحصول على حكم لصالحه، لكن هذا الحكم يعتبر مخالفا للنظام العام في فرنسا إذا لم يحترم قواعد الدفاع، و هذا الأمر يحدث غالبا من طرف المغاربة بصفة عامة المتواجدين في فرنسا[3].

و هكذا فإن انفراد قانون الزوج بالتطليق على انحلال الزواج وقت الطلاق لا يخلو من النقد خاصة فيما يتعلق بمركز الزوجة إذا غير الزوج جنسيته و لم تدخل هي

[1]) يوسف فتيحة ، محاضرات السابقة، ص 7.

[2]) المادة 41 المعدلة بقانون رقم 08-09 "يجوز أن يكلف بالحضور كل أجنبي حتى و لو لم يكن مقيما في الجزائر أمام الجهات القضائية الجزائرية لتنفيذ الالتزامات التي تعاقد عليها في الجزائر مع جزائري"
المادة 42 المعدلة بقانون رقم 08-09 " يجوز أن يكلف بالحضور كل جزائري أمام الجهات القضائية الجزائرية بشأن التزامات تعاقد عليها في بلد أجنبي، حتى و لو كان مع أجنبي".

[3]) كمال سمية ، المقال السابق، ص11.

في جنسيته،وكان قانون الزوج وقت الزواج لا يعترف بالطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، و قانونه وقت رفع الدعوى يعترف له بذلك و بصفة عامة القانون الأجنبي
الذي يميز بين الزوجين في طلب الطلاق و فيما يتعلق بآثاره يكون مخالفا للنظام العام، و كذلك القانون الذي لا يمنح للزوجة الأولى الحق في طلب الطلاق بعد إبرام الزواج الثاني، و يستبعد من التطبيق باسم النظام العام القانون الذي لا يقر منح تعويض للزوجة المطلقة، وكذلك القانون الذي يمنع الطلاق[1]، و انحلال الرابطة الزوجية أثناء تغيير الديانة منها لابد استبعاده لمخالفة للنظام العام.

المطلب الرابع:
أثر النظام العام على القانون الواجب التطبيق
في شأن انحلال الرابطة الزوجية

تلعب فكرة النظام العام دورا هاما وأساسيا في مجال حل رابطة الزوجية ، حيث يتم استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق بحجة أن هدا القانون يخالف المبادئ الأساسية لمجتمع الدولة، وتنبع الخطورة في الشأن من أن المبادئ المذكورة مبادئ متغيرة بطبيعتها بتغير المفاهيم والقيم الأخلاقية والقانونية في كل دولة ، إضافة إلى أن قوانين بعض الدول تقر طرقا لانحلال رابطة الزوجية قد تنكرها أنظمة قانونية أخرى ، كما هو الشأن فيما يتعلق بالطلاق بالإرادة المنفردة المعروف في البلاد

[1]) كمال سمية، المقال نفسه، ص11.

الإسلامية وتجهله قوانين الدول الأوربية ، كما أن من النظم القانونية ما يتوسع في أسباب التطليق ، في حين أن منها ما يضيق من هده الأسباب[1] .

ما يذهب القضاء ،أنه في حالة إسلام الزوجة الأجنبية بأجنبي يعطيها الحق في رفع دعوى تطليق على زوجها نزولا على ما تقرره الشريعة الإسلامية كونها لا يحق لها أن تتزوج مشرك بهذا يخالف النظام العام، كما يعد أيضا إذا كان القانون الأجنبي ينكر على الزوج المسلم حقه في الطلاق و كذلك إذا ما جعل من أسباب انقضاء الزوجية حالة تحول الزوج إلى الإسلام لأنه مخالف مبدأ من مبادئ الشريعة الإسلامية التي تجيز للمسلم الزواج بكتابية.[2]

كما اعتبر مخالف للنظام العام القانون الأجنبي الذي لا ينظم أي وسيلة لانحلال الزواج[3]،أما حين تكون العلاقة بين غير المسلمين فإن مقتضيات الدفع بالنظام العام في هذا المجال يتراجع بصورة واضحة باعتبار أن أسباب التطليق و الانفصال ليست واحدة بالنسبة لكل الأشخاص بل تتعدد وفقا للشريعة التي يتبعونها.

لهذا و كل قانون أجنبي الذي يقرر أسباب انقضاء الزواج، أساس اعتبارات عنصرية أو عرفية أو اختلاف الأجناس أو اللون أو يجيز لهما الاتفاق على عدم الطلاق أو التنازل عنه و ذلك أن حالة الأشخاص تخرج من مجال الاتفاقات بين الأفراد فهذا يعد مخالفا للنظام العام.[4]

---

[1]) صلاح الدين جمال الدين ، المرجع السابق ، ص 58.

[2]) عكاشة محمد عبد العال، قواعد التنازع في القانون المصري، ، المرجع السابق،ص 792.

[3]) صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص 61.

[4]) عكاشة محمد عبد العال، قواعد التنازع في القانون المصري، دار المطبوعات الجامعية، المرجع السابق، ص 797-798 .

ففي فرنسا مثلا اختلفت تطبيقات الدفع بالنظام العام قبل إصدار قانون 11 يوليو 1975 الذي عدل عن الموقف التشريعي المتشدد بشأن حضر التطليق عنه بعد صدور هذا القانون باعتبار كان يعد مخالف للنظام العام القانون الأجنبي الذي يتوسع في أسباب التطليق، كذلك الذي يعترف للزوجين بالتطليق بالرضا المتبادل أو الذي يعترف للزوج بالحق في الطلاق بالإرادة المنفردة (كالشريعة الإسلامية)[1] فيعد مخالف للنظام العام إذا ما ارتبطت بأسباب أقل تشدد للأسباب الواردة في القانون الفرنسي[2].

فالطلاق باعتباره صادر عن الزوج صاحب العصمة بصفة منفردة و تقديرية يعبر عن الطبيعة الخاصة لحقه في الطلاق بحيث يمكن له أن ينهي الرابطة الزوجية بإرادته، وهذا ما قد يتعارض مع الحقوق الأساسية وما يجعل النظام العام قاسيا في مواجهة الطلاق الأجنبي، حيث تصدر محكمة النقض الفرنسية على مطابقة الطلاق الإسلامي للمادة 5 من البروتوكول الإضافي رقم 7 المتعلق بالاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان و الخاصة بالمساواة بين الزوجين خلال الزواج وعند انحلاله[3]و في قرارها الصادر في 17 فيفري 2004 قررت أنه " حتى و لو كان الحكم الأجنبي صادر من سلطة مختصة و وفقا لإجراءات قانونية و تكريسا لمبدأ الحضور و المواجهة، فإن الحكم الجزائري الذي قرر الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج بدون ترتيب أي أثر قانوني على معارضة الزوجة، بحيث لم يكن للسلطة القضائية المختصة إلا منح التعويضات المالية الناتجة عن فك الرابطة الزوجية، يعتبر مخالفا لمبدأ المساواة بين الزوجين المقرر في المادة 5 من البروتوكول رقم 7 الصادر في 22 نوفمبر 1984 الإضافي للاتفاقية الأوربية

[1]) صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص 58.

[2]) زريوتي الطيب ،المرجع السابق،ص 176.

[3]) كمال سمية، المقال السابق، ص 12.

لحقوق الإنسان، و التي تلتزم فرنسا بضمانه لكل شخص يلجأ لقضائها، و بالتالي يعد مخالف للنظام العام الدولي المتحفظ عليه في الاتفاقية الثنائية الفرنسية الجزائرية الموقعة في 27 أوت 1964 متى كان الزوجين أو الزوجة مقيمان في فرنسا".[1]

كما يلعب الدفع بالنظام العام دورا كبيرا في انحلال الرابطة الزوجية من حيث أن في الدول الإسلامية يؤثر اعتناق الدين الإسلامي أو الارتداء عنه ، إذ يجوز أن يحكم بالطلاق للمسلم ولو كان قانونه الشخصي يمنع ذلك، كما أجاز القضاء المصري أن إسلام الزوجة الأجنبية يعطيها الحق في رفع دعوى التطليق من زوجها، وهدا على أساس أن تمتع المسلم بالحقوق المقررة في الشريعة الإسلامية هي من المسائل المتعلقة بالنظام العام، كما يقع باطلا الاتفاق على عدم الطلاق أو التنازل عنه سواء في الروابط الوطنية أو الزواج المختلط ونظرا لنسبية النظام العام، نجد القضاء الفرنسي بدوره زاخرا بالأمثلة المتعلقة بالدفع بالنظام العام ،سواء المطلق أو المخفف أو القريب من قانون القاضي ،كما يستبعد القانون الأجنبي المختص اسم النظام العام بمفهومه المتشدد بصدد القوانين التي تجيز الطلاق بإرادة منفردة إدا كانت دعوى الطلاق أمام القاضي الفرنسي، غير أنه تطبيقا لنظرية الأثر المخفف للنظام العام فإنه يعترف بآثار الطلاق الصادر في دولة أخرى،يستبعد القانون الأجنبي الواجب التطبيق باسم النظام العام القريب من قانون de proximité ، وهدا ما يفهم من تصريح القضاء الفرنسي- خلافا لقضائه السابق-ً أن القانون الإسباني الواجب التطبيق يخالف التصور

[1]) كمال سمية، المقال نفسه، ص 12.

الفرنسي الحالي للنظام العام الذي أصبح يمنح إمكانية طلب الطلاق للفرنسي المتوطن في فرنسا[1] .

وفي الأخير بعدما تطرقنا الى ضوابط الإسناد الخاصة بانحلال الرابطة الزوجية و أثر النظام العام عليها سوف نوضح تنازع الاختصاص القضائي لوجود عنصر أجنبي في مسألة الأحوال الشخصية و تنفيذ الأحكام الأجنبية حسب التشريع الجزائري في المبحث الأخير.

المبحث الثالث:

تنازع الاختصاص القضائي ومدى تنفيذ الأحكام الأجنبية

لقد تجدر الإشارة إلى أن تنازع الاختصاص القضائي هونتيجة لتنازع الاختصاص التشريعي و إن كان مسألة أولية يجب الحسم فيها قبل التطرق لتنازع القوانين ،فلكي يحدد القاضي القانون الواجب التطبيق على النزاع المعروض أمامه يجب عليه أولا أن يفصل فيما إذا كان مختصا أو غير مختص،و عندما ينتهي إلى اختصاصه ينتقل بعد ذلك إلى تعيين القانون الواجب التطبيق على ضوء ضوابط الإسناد في قانونه، حقيقة أن المشرع الوطني هو الذي يحدد اختصاص المحاكم الوطنية وحدها بالنسبة للمنازعات الداخلية و المنازعات المشتملة على العنصر الأجنبي، فنجد أن قانون الإجراءات المدنية يبين متى تكون المحاكم الجزائرية مختصة و هل تجوز مقاضاة أجنبي في الجزائر و هل يجوز للأجنبي أن يلجأ للقضاء الوطني.[2]

[1]) يوسف فتيحة، دراسات قانونية ،مجلة سداسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان كلية الحقوق، العدد 08/05، المداخلة السابقة،ص220-221.

[2]) زريوتي الطيب، المرجع السابق، ص 19.

وإن الحق إذا نشأ صحيحا طبقا لقانون مختص فهل يجوز أن يتمسك لصاحبه في دولة أخرى طبقا لنفاد الدولي للحقوق المكتسبة إذا ما أراد تنفيذ الحكم في الخارج فالأمر هنا تختلف فهل يكون له ذات القوة التنفيذية التي صدر باسمها أم يتجرد منها

هذا ما سوف نوضحه في تنازع الاختصاص القضائي لوجود العنصر الأجنبي في مسألة الأحوال الشخصية ،(المطلب الأول) ، و تنفيذ الأحكام الأجنبية،(المطلب الثاني).

المطلب الأول:

تنازع الاختصاص القضائي لوجود عنصر أجنبي في مسألة الأحوال الشخصية

يرى معظم الفقهاء على ضرورة استبعاد الاختصاص القضائي من نطاق القانون الدولي الخاص بحجة أنه عندما تعرض على القاضي مسألة مشتملة على عنصر أجنبي يقضي باختصاصه طبقا لقانونه الوطني وحده و بالتالي فلا وجود لتنازع الاختصاص القضائي في الواقع لأن القاضي قبل الفصل في أي موضوع نزاع مطروح عليه يجب أن يفصل فيما إذا كان مختصا أو غير مختص وعند الانتهاء من الاختصاص ينتقل إلى بعد القانون الواجب التطبيق على ضوء ضوابط الإسناد في قانونه لهذا نجد أن القانون الإجراءات المدنية قد فصل متى تكون المحاكم الجزائرية مختصة في جميع النزاعات و التي من بينها ما يتعلق بالأحوال الشخصية وهل يجوز مقاضاة أجنبي في الجزائر و متابعته قضائيا.[1]

[1]) زريوتي الطيب، المرجع السابق، ص19.

أما بالنسبة للقانون المقارن جاء النص على قواعد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الفرنسية في المادتين 14-15 القانون المدني الفرنسي فتقضي المادة 14 يمكن أن ترفع دعوى أمام المحاكم الفرنسية على أجنبي، و لو لم يكن مقيما في فرنسا لتنفيذ الالتزامات التي عقدها في فرنسا مع فرنسي كما يمكن مقاضاته أمام محاكم فرنسية من أجل الالتزامات التي عقدها في بلد أجنبي مع فرنسية، فهذه المادة تقرر في عبارة صريحة عقد الاختصاص للمحاكم الفرنسية على أساس اعتبار شخصي هو جنسية الخصوم.[1]

أما بالنسبة لمسائل الاختصاص القضائي لمسائل المتعلقة بشؤون الأسرة لقد حددها المشرع الجزائر في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري في المادة 426 و التي تنص" [2]تكون المحكمة المختصة إقليميا:

1- في موضوع العدول عن الخطبة بمكان وجود موطن المدعى عليه.

2- في موضوع إثبات الزواج بمكان وجود موطن المدعى عليه.

3- في موضوع الطلاق أو الرجوع بمكان وجود المسكن الزوجي، و في الطلاق بالتراضي بمكان إقامة أحد الزوجين حسب اختيارهما.

4-في موضوع الحضانة و حق الزيارة و الرخص الإدارية المسلمة للقاصر المحضون بمكان ممارسة الحضانة.

5-في موضوعالنفقة الغذائية بموطن الدائن بها.

6- في موضوع متاع بيت الزوجية بمكان وجود المسكن الزوجي.

[1]) عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 616.

[2]) قانون رقم 09-08 مؤرخ في 25 فبراير سنة 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية المعدل و المتمم لقانون الإجراءات المدنية الجزائري

7-في موضوع الترخيص بالزواج بمكان طالب الترخيص.

8-في موضوع المنازعة حول الصداق بمكان موطن المدعى عليه.

9-في موضوع الولاية بمكان ممارس الولاية.

و لهذا يجب احترام القواعد المنصوص عليها في هذه المادة و إلا تعرض النزاع إلى الفصل بعدم الاختصاص الجهة المعروضة عليها النزاع قبل التطرق إلى الموضوع النزاع.

فالمشرع الجزائري لم يحدد قواعد الاختصاص لوجود عنصر أجنبي و لدى لابد الرجوع إلى القواعد العامة المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري الذي حدد الاختصاص الإقليمي في قضايا شؤون الأسرة في القسم الثاني

فيتحدد الاختصاص القضائي للمقاضاة سواء كان الطرف أجنبي أم وطني و ذلك في الحالات التالية:

الحالة الأولى: الدعاوى المتعلقة بإثبات الزواج وذلك بموجب الفقرة 2 من المادة 426 المعدلة بموجب القانون رقم 08-09المؤرخ في 2008/02/25 والتي "تحدد الاختصاص و ذلك حسب نصها بمايلي في موضوع إثبات الزواج في مكان وجود موطن المدعى عليه"

الحالة الثانية: المتعلقة بالطلاق و الرجوع إلى مسكن الزوجية فحسب الفقرة 3 من المادة 426 المعدلة بموجب القانون رقم 08-09المؤرخ في 2008/02/25 و التي تنص "في موضوع الطلاق أو الرجوع بمكان وجود المسكن الزوجي، وفي الطلاق بالتراضي بمكان إقامة أحد الزوجين حسب اختيارهما"

لهذا أوجب المشرع في قضايا الطلاق أو في الرجوع إلى مسكن الزوجية أن ترفع الدعوى أمام المحكمة التي بها المسكن الزوجية دون سواه.

الحالة الثالثة: الدعاوى المتعلقة بالحضانة فتنص الفقرة 4 من المادة 426 المعدلة بموجب القانون رقم 08-09المؤرخ في 2008/02/25 على "أنه في موضوع الحضانة وحق الزيارة و الرخص الإدارية المسلمة للقاصر المحضون بمكان ممارسة الحضانة".

الحالة الرابعة: الدعاوى المتعلقة بالنفقة تنص الفقرة 5 من المادة 426 المعدلة بموجب القانون رقم 08-09المؤرخ في 2008/02/25على "أنه في موضوع النفقة الغذائية بموطن الدائن بها".

الحالة الخامسة: بالنسبة لدعاوى أثار الطلاق فترفع حسب الفقرة 3 من المادة 426 الطلاق أو الرجوع لمكان وجود مسكن الزوجية " و بالتالي فإن إذا تم الحكم بالطلاق بطبيعة الحال سوف يتصدى القاضي إلى الآثار المتعلقة بالطلاق،أما بالنسبة لمركز الأجانب فالفرد أما أن يكون متمتعا بجنسية الدولة و هذا هو الوطني و أما أن يكون غير متمتع بهاو هذا هو الأجنبي المتوطن أي المقيم في إقليم الدولة[1].

لهذا فإنه يمكن تقاضي أجنبي أمام المحاكم الأجنبية و يتم تبليغه وفقا للقانون و ذلك حسب نص المادة 41 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري بمايلي: تنص "يجوز أن يكلف بالحضور كل أجنبي حتى و لو لم يكن مقيما في الجزائر أمام الجهات القضائية الجزائرية لتنفيذ الالتزامات التي تعاقد عليها في الجزائر مع جزائري"

كما تنص المادة 42 " يجوز أن يكلف بالحضور كل جزائري أمام الجهات القضائية الجزائرية بشأن التزامات تعاقد عليها في بلد أجنبي، حتى و لو كان مع أجنبي"[2].

[1]) زريوتي الطيب، المرجع السابق، ص 20.

[2])قانون رقم 08-09 مؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008 يتضمن قانون الاجراءات المدنية و الإدارية المعدل والمتمم والمنشور في الجريدة الرسمية عدد 21 لسنة 2008.

المطلب الثاني:

تنفيذ الأحكام الأجنبية

و يريد أحد أطرافه تنفيذه في الجزائر أمام القاضي الجزائري فهل سيعامل هذا الحكم الأجنبي بنفس المعاملة التي يعامل بها الأحكام القضائية الوطنية من حيث يمنحها بالقوة التنفيذية و يحجب الأمر المقضي بها[1]

فما هي الشروط أولا التي يجب على القاضي الجزائري أن يراعي توافرها في الحكم القضائي الأجنبي حتى سنجيب لطلب الأمر بتنفيذه المقدم أمامه و ماهي الجوانب التي يجب عليه أن يراعيها في كل شرط لإعماله؟

لقد نصت على مدى تنفيذ الأحكام الأجنبية **المادة** 605 **من قانون الإجراءات المدنية** والإدارية الجزائري[2] التي تنص بمايلي:"لايجوز تنفيذ الأوامر و الأحكام و القرارات الصادرة من جهات قضائية أجنبية، في الإقليم الجزائري، إلا بعد منحها الصيغة التنفيذية من إحدى الجهات القضائية الجزائرية متى استوفت الشروط الآتية: 1- ألا تتضمن ما يخالف قواعد الاختصاص.

2-حائزة لقوة الشيء المقضي به طبقا لقانون البلد الذي صدرت فيه.

3-ألا تتعارض مع أمر أو حكم أو قرار سبق صدوره من جهات قضائية جزائرية، و أثير من المدعى عليه.

4- ألا تتضمن ما يخالف النظام العام و الآداب العامة في الجزائر.

[1]) بوشكيوه عبد الحليم،مداخلة بعنوان" شروط تنفيذ الحكم الأجنبي أمام القاضي الجزائري"، الملتقى الدولي حول تطبيق القانون الأجنبي، 2007/04/10/09/08، جامعة الأغواط، ص 1

[2]) قانون رقم 09-08 مؤرخ في 25 فبراير سنة 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري.

فسؤال الذي يطرح في هذا المطلب هو كيف يتم تنفيذ أحكام قضائية صادرة من دولة أجنبية على شخص يعيش في دولة أخرى و ماهي الآليات تنفيذ هذا الحكم و هذا ما تطرقت إليه المادة السالفة للذكر و على هذا الأساس يمكن استخلاص الشروط الواجب توفرها لتنفيذ حكم أجنبي لدى القاضي الجزائري و ذلك بمايلي:

أ- أن يكون الحكم أجنبيا: ويعد الحكم من كان صادرا باسم سيارة دولة أجنبية بغض النظر عن جنسية القضاة الذين يفصلون في الخصومة و دون الاهتمام بالمكان الذي صدر فيه.[1]

فمثلا في الجزائر يصدر الحكم بمايلي في مقدمته

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة العدل

باسم الشعب الجزائري

ب- أن يكون الحكم حائز لقوة الشيء المقضي به أنه يلزم في الحكم الأجنبي المراد أن يكون نهائيا و يتحقق هذه الصفة في الحكم متى استنفذت في شأنه طرق الطعن

العادية، و الغير العادية المصادقة و الاستئناف الطعن بالنقض و التماس إعادة النظر و المرجع الأساسي حتى يكون ذلك هو قانون الدولة التي صدر عن محاكمها.[2]

[1]) هشام علي صادق – حفيظة السيد حداد، دروس في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول" الجنسية"، دار المطبوعات الجامعية، 2000، ص134-135.

[2]) هشام علي صادق-حفيظة السيد حداد، المرجع نفسه، ص161-162.

ج- ثبوت الاختصاص القضائي الدولي للمحكمة التي أصدرت الحكم

و لتحديد حالات اختصاص المحكمة الأجنبية حسب قانونها خلاف لأغلب التشريعات التي جرت على البحث مسألة الاختصاص العام للمحكمة التي أصدرت الحكم على أساس قواعد الاختصاص العام المقررة في الدولة المطلوب فيها لتنفيذ الحكم و هذا بالطبع يتناقض على طبيعة قواعد الاختصاص العام المباشر، لأن كل دولة تحدد اختصاصها حسب تشريعها الخاص و لا يمكن لأي دولة تعارض قواعد الاختصاص العام على دولة أخرى بل أن الغاية هي ما يمكن أن تفعلها لدولة في هذا الصدد هو أن يتأكد مبدئيا أن محاكمها ليست مختصة بالفصل في النزاع الذي صدر فيه الحكم.[1]

د/ عدم تعارض الحكم الأجنبي مع النظام العام في الجزائر: لقد نصت المادة 605 بموجب قانون رقم 08-09 المؤرخ في 2008/02/25 يتضمن القانون الإجراءات المدنية و الإدارية الفقرة 3 على مايلي: " لا يجوز تنفيذ الأوامر و الأحكام و القرارات الصادرة من جهات قضائية أجنبية، في الإقليم الجزائري، إلا بعد منحها الصيغة التنفيذية من إحدى الجهات القضائية الجزائرية متى استوفت الشروط الآتية:الفقرة 4 "ألا تتضمن ما يخالف النظام العام و الآداب العامة في الجزائر" و هو نفس النهج الذي صارت عليه المادة 24 المعدلة بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 من القانون المدني الذي تنص على مايلي: " لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالف للنظام العام و الآداب العامة في الجزائر، أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون تطبيق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام و الآداب العامة "

[1]) عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لتنفيذ الأحكام الأجنبية، دار الفكر الجامعي، 2004، ص66-67.

فهنا لا حاجة إلى التنويه إلى الوظيفة الايجابية و السلبية التي تؤيدها فكرة النظام العام في إطار النظرية العامة لتنازع القوانين فهو يلعب الدور السلبي إلى منع تنفيذ الحكم الأجنبي الذي كان متعارض مع الأسس الجوهرية السائدة في دولة القاضي المراد تنفيذ الحكم الأجنبي فيه.[1]

و ذلك على سبيل المثال تم صدور حكم مؤرخ في 2007/01/17 عن محكمة بشار قسم الأحوال الشخصية بين المدعي (أ) و النيابة العامة يتمثل موضوع الدعوى في تنفيذ حكم أجنبي و تم القضاء برفض الدعوى لعدم التأسيس القانوني لمخالفتها للقانون الداخلي و النظام العام و الآداب العامة[2].

ومثال أخر في تنفيذ حكم أجنبي صادرمن المحكمة الجزائرية وتم تنفيذه في فرنسا قد قد صدر قرار التالي المؤرخ في 17 فيفري 2004 الذي قررفي حيثياته مايلي أنه " حتى و لو كان الحكم الأجنبي صادر من سلطة مختصة و وفقا لإجراءات قانونية و تكريسا لمبدأ الحضور و المواجهة، فإن الحكم الجزائري الذي قرر الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج بدون ترتيب أي أثر قانوني على معارضة الزوجة، بحيث لم يكن للسلطة القضائية المختصة إلا منح التعويضات المالية الناتجة عن فك الرابطة الزوجية، يعتبر مخالفا لمبدأ المساواة بين الزوجين المقرر في المادة 5 من البروتوكول رقم 7 الصادر في 22 نوفمبر 1984 الإضافي للاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان، و التي تلتزم فرنسا بضمانه لكل شخص يلجأ لقضائها، و بالتالي مخالف للنظام العام الدولي المتحفظ عليه

[1]) هشام علي صادق-حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص 168

[2]) حكم مؤرخ في 17 /2007/01 عن محكمة بشار قسم الأحوال الشخصية

في الاتفاقية الثنائية الفرنسية الجزائرية الموقعة في 27 أوت 1964 متى كان الزوجين أو الزوجة مقيمان في فرنسا".[1]

عدم تعارض الحكم الأجنبي مع حكم وطني سابق :

و مفاده هذا الشرط على القاضي الوطني قبل الأمر بالتنفيذ أن يتأكد من الحكم الأجنبي لا يتعارض مع حكم قضائي و طني سابق تم صدوره في الوطن ذلك أن تنفيذ الحكم الأجنبي في هذه الحالة يتعارض مع حجية الشيء المقضي به و التي كفلها القانون الأحكام الوطنية[2].

و ليس من المعقول أن تهدر هذه حجية لمصلحة حكم صادر من دولة أجنبية كما أخذت به حتى القوانين المقارنة مثل القانون الفرنسي و لقد صدرت محكمة باريس بهذا الشأن هو حكم صادر بتاريخ 7 يوليو 1976 بأنه لا يمكن الأمر بتنفيذ أحد أحكام القضاء المغربي الذي قضى بالتطليق و أعطى الحق حضانة الأولاد للأب، لأن هذا الحكم يتعارض مع حكم فرنسي صادر في وقائع جديدة ومعدلا لحق في الحضانة.[3]

صحة الإجراءات القضائية:

يلتزم لتنفيذ الحكم الأجنبي أن يكون قد صدر بناء على إجراءات قضائية صحيحة و التقدير صحة هذه الإجراءات يجب الرجوع إلى القانون الأجنبي المنظم للمرافعات أمام المحكمة التي أصدرت الحكم فمثلا يجب أن يبلغ على الوجه السليم و أن يكون سلف للحضور و تمكينه من إبداء دفاعه[4]

[1]) كمال سمية، المقال نفسه، ص 12 عن قرار مؤرخ في 2004/02/17 من المحكمة الفرنسية .

[2]) عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص 137.

[3]) أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 641.

[4]) أحمد عبد الكريم سلامة ، المرجع نفسه ، ص 633

و من تم فإن تحديد سلامة الإجراءات المتبعة في إصدار الحكم الأجنبي المراد تنفيذه يكون المرجع فيها لقانون الدولة التي صدر الحكم عن محاكمها.[1]

شروط مبدأ المعاملة بالمثل:

فهنا لابد من معاملة الأحكام الأجنبية نفس المعاملة التي تتلقاها الأحكام الوطنية في المجال الدول الأجنبية.[2]

ففي حقيقة الأمر إن مسألة جواز تنفيذ الأحكام الأجنبية أو عدم جوازها هي مسألة يجب أن تقدرها الدولة وفقا لما تراه مثالا للعدالة ووفقا ما يحقق الحاجة المعاملات الدولية بغض النظر عما تجرى عليه الدول الأخرى و هي تضع لهذه الغاية نظاما واحد لا يتغير بحسب تغيير الدولة التي صدر الحكم من محاكمها مادامت تجعل هذا النظام يكفل التحقق من الحكم المراد تنفيذه هو عنوان للحقيقة و العدالة.[3]

غياب الغش نحو القانون:

على القاضي المعروض عليه النزاع التبصر بعدم وجود غش في القانون و ذلك بناءا على تغيير الأطراف لضوابط الإسناد التي يرتكز عليها القاضي مثل ضابط الإقامة التي تبنى عليها قاعدة الإسناد و يتم تحديد الاختصاص للقانون الواجب التطبيق و هذا يرجع إلى أطراف النزاع.[4]

[1]) هشام علي صادق – حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص156

[2]) هشام علي صادق –حفيظة السيد حداد، المرجع نفسه، ص 139.

[3]) هشام علي صادق- حفيظة السيد حداد، المرجع نفسه، ص 142.

[4]) *Dusan KITIC ,Droit international privé, ellipses,2003*,P130.

خاتمة:

لهذا يمكن القول في الأخير على النظام العام أنه رغم صعوبة تحديد مضمونه و تعريفه تعريفا دقيقا إلا أننا قد وضحنا خصائصه التي يتميز بها و يمكن تقريب مفهومه إلى القارئ انطلاقا من التعريفات الفقهية و مراحل تطوره حسب الفقه، وحسب الاتجاه الحديث و مفهومه الفقهي في القانون الدولي الخاص ، و تحديد مجمل الشروط التي تتوفر في بالنظام العام حتى يمكن الدفع به الى جانب أهمية الآثار التي يرتبها أثناء الدفع به سواء أثناء إنشاء العلاقة القانونية ، أو بشأن علاقة نشأت في الخارج.

و تم تطبيق النظام العام على الرابطة الزوجية و انحلالها في القانون الدولي الخاص في الجانب العملي و التطبيقي لها ، وقد اتضح ذلك جليا في تحليلنا لضوابط الإسناد الخاصة بالزواج و آثار النظام العام عليه،ا و ضوابط الإسناد الخاصة بانحلال الرابطة الزوجية و أثر النظام العام عليها، و توضيح تنازع الاختصاص القضائي و مدى تنفيذ الأحكام الأجنبية في الجزائر و علاقة النظام العام بها و كيف يتصدى لهذه الأحكام إذا كانت مخالفة له ، تم تدعيم هذه الدراسة بأحكام قضائية صادرة عن مجالس قضائية بالجزائر بالخصوص مجلس قضاء بشار كمثال على ذلك، و كل ذلك حسب التشريع الجزائري و التشريعات العربية و الفرنسية .

من خلال ذلك ما تم عرضه، يتضح جليا مما لايدع مجالا للشك أن اختلاف الأسس الاجتماعية ، الأخلاقية ، الدينية ، الثقافية التي يقوم عليها تنظيم الأسرة و خاصة فيما يتعلق بالزواج و الطلاق بين الدول التي ينتمي نظامها القانوني إلى الشريعة الإسلامية و ضرورة وجود دول غربية التي يرتكز نظامها على غير النظام الإسلامي و بوجود الزواج الذي يشمل عنصر أجنبي قد تحدث نزاعات بين

الأفراد، و استناد إلى قواعد الإسناد التي تشير إلى تطبيق القانون الأجنبي و قد يتضمن هذا الأخير أحكاما مخالفة للأسس الاجتماعية و القيم الأخلاقية لقانون القاضي فبتطبيقه نكون قد قضينا على هذه الأخيرة لولا تدخل صمام الأمان المسمى بالنظام العام الذي يحد من تطبيق هذا القانون و يستبعده.

كما يشكل النظام العام سلاحا فعالا ضد الحالات غير المتوقعة و هو مفهوم ندرك مايرمي إليه، دون أن نعرف دوما ما يحتويه، و الواقع أن القانون الأجنبي المعين من قبل قاعدتنا التنازعية قد يتعارض مع مفاهيمنا الأساسية، القانونية، الاجتماعية، و السياسية و حينئذ ينتصب النظام العام لكي يحول دون تطبيقه إلا أنه يمكن أن يشكل في المقابل قد يشل قواعد التنازع ويفرغها محتواها[1]

و إذا كان النظام العام في إطار قواعد القانون الخاص بأنه: " مجموع المصالح الأساسية للجماعة، مجموع الأسس و الدعامات التي يقوم عليها بناء الجماعة و كيانها بحيث لا يتصور بقاء هذا الكيان سليما دون استقراره عليها"[2]

إنني في ختام هذه الدراسة المتواضعة وجدت نفسي العديد من النقاط التي يجب أن نشير إليها لنتائج تتمثل فيمايلي:

1)- على المشرع أولا أن يعطي الاهتمام الكبير لموضوع النظام العام في جميع المعاملات، و العقود و خاصة الرابطة الزوجية لاحتوائها على العنصر الأجنبي و ذلك في حالة تنازع القوانين و إخراجها من الجانب النظري إلى جانب التشريعي لتوضيح معالمه في قالب قانوني.

2) انطلاقا من الإحصائيات و كثرت النزاعات بين الدول التي تعرض أمام دولة القاضي و دائما يتم استبعاد قانونها التي تشير إليه قواعد الإسناد على أنه القانون

---

[1]) موحند اسعاد، ، المرجع السابق، ص 242.

[2]) محمد الصالح خراز:" المفهوم القانوني العام لفكرة النظام العام"، دراسة قانونية، مجلة شهرية، دار القبة للنشر و التوزيع، الجزائر، عدد خاص، جانفي2003،ص36.

الواجب التطبيق و يتم استبعاده.تعمل هذه الدولة على وضع اتفاقية دولية معها مثلا الزواج الجزائريين بالأوروبيات و خاصة فرنسا.

3) توضيح الأسس الجوهرية التي تقوم عليها دولة القاضي و التي تعتبرها من الركائز كمصادر بعض القوانين التي تمس حالة الأشخاص مثلا القانون الأسرة الذي يستمد من الشريعة الإسلامية على عدم معارضته للقوانين الأجنبية المستنبطة من القوانين الوضعية و ذلك في قالب قانوني أو نصوص قانونية.

4) الاطلاع الدائم على مضمون النظام العام مادام أنه يتسم بتغيير،ما يعتبر من النظام العام في وقت ما قد لايكون ذلك في وقت آخر.

5) لابد من وضع نصوص دقيقة تتكلم على هذا الموضوع حتى يتسنى لأي ممارس قانوني الرجوع إليها في تطبيقيه للقواعد الإسناد لكل حالة بالتفصيل فيما يتعلق بالأحوال الشخصية.

و بناء على ما تقدم يمكن القول أن النظام يبقى قائم لكل جيل رغم تغيره و اتساع مفهومه و تضارب الفقهاء النظر إليه و اختلافات تطبيقه على مستوى القضاء إلا أنه يبقى هو الحامي للأسس الجوهرية والخلقية و الدينية و الاجتماعية لكل دولة لحد من نزيف القوانين التي لا تتطابق و تتماشى مع دولة القاضي و الحفاظ على دستورها و مقوماتها لاحترام القوانين الوطنية و المعاملة بصفة طيبة مع القوانين الأجنبية و بحدر.

و يبقى التساؤل دائما متى ينفض المشرع الجزائري الغبار على هذا الموضوع و يتم اقتراح نصوص بديلة ودقيقة للنظام الزواج وانحلال الرابطة الزوجية.

الملاحق

قائمة المراجع

أولاً:القرءان الكريم برواية ورش عن نافع .

ثانياً:المراجع بالعربية

1-الكتب العامة :

1)- د. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، دار النهضة العربية، 2001-2002.

2)- د. أحمد لعور- نبيل صقر ، الدليل القانوني للأسرة ، دار الهدى.

3)- د. أعراب بلقاسم ، القانون الدولي الخاص الجزائري، دار هومة،2001.

4)- د. حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين)، الطبعة الأولى، دار الثقافة، 2005.

5)- د. حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، 2004.

6)- د. زريوتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، مطبعة الكاهنة، 2000.

7)- د. سامي بديع منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، دار العلوم العربية، 1994.

8)-د. سامي بديع منصور-د. عكاشة محمد عبد العال، دار الجامعية، 1997.

9)- د. عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لتنفيذ الأحكام الأجنبية ، دار الفكر الجامعي، 2004.

10)- د. عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية ، 2002.

11)- د. عكاشة محمد عبد العال ، قواعد التنازع في القانون المصري، دار المطبوعات الجامعية، 2002.
12)-د. عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، 2004.
13)- د. علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، 2005.
14)-د. عليوش قربوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، الجزء الأول، الطبعة الأولى ، دار هومة، 2006.
15)- د. عصام الدين القصبي ، القانون الدولي الخاص المصري،2003-2004.
16)- د. محند اسعاد ، القانون الدولي الخاص، قواعد التنازع، الجزء الأول، المطبوعات الجامعية،
17)- د.مصطفى محمد الجمال، قانون الأسرة "في الشرائع غير الإسلامية"، 1993.
18)-د. هشام خالد، القانون الواجب التطبيق على الشكل الزواج، منشأة التعارف، 2006.
19)-د. هشام صادق علي صادق—حفيظة- السيد الحداد، دروس في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول " الجنسية"، دار المطبوعات الجامعية، 2000.
20)- د. هشام علي صادق دروس تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، 2003.
21)- د.يوسف فتيحة ، محاضرات في القانون الدولي الخاص ،السنة الأولى ماجستير تخصص قانون الأسرة ،جامعة أبي بكر بلقايد ،تلمسان،2007/2006.

2 - الكتب المتخصصة:

1)-د. صلاح الدين جمال الدين، فكرة النظام العام في العلاقات الخاصة الدولية بين القوانين الوضعية و الشريعة الإسلامية، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، 2004.

2)-د. عماد طارق البشري، فكرة النظام العام في النظرية و التطبيق، الطبعة الأولى، الكتب الإسلامي، 2005.

3)- د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، الطبعة السابعة مكررة، دار النهضة العربية، 1974.

ثالثا-المراجع بالفرنسية :

1/ *les ouvrages:*

1. Dusan KITIC, Droit international privé, ellipses,2003. .
2.Jean Derrupé, Droit international privé, 13e 'édition ,Dalloz 1999
3.Pirre 3.PierreMayer,Droit international privé,5e édition Montchrestien,E.J.A ,1994.
4. Yvon loussouarn-Pierre Bourel,Droit international, 6e éditions, Dalloz, 1999.

رابعا:الرسائل والمذكرات

1-مذكرات ماجستير

1. بلمامي عمر، الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص(دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، معهد الحقوق و العلوم الإداري، جامعة الجزائر، 1986.

خامسا:الموسوعات

1. أحمد لعور – نبيل صقر، الدليل القانوني للأسرة، موسوعة الفكر القانوني، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، 2007.

2. نبيل صقر، قانون الأسرة نصا وفقها و تطبيقا ، موسوعة الفكر القانوني، دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع، 2006.

سادسا : المجلات القضائية

1-أ.محمد الصالح خراز:" المفهوم القانوني العام لفكرة النظام العام"، دراسة قانونية، مجلة شهرية ، دار القبة للنشر و التوزيع، الجزائر ، عدد خاص ،جانفي 2003.

2-دراسات قانونية، مجلة سداسية ، عن مخبر القانون الخاص الأساسي، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان ، كلية الحقوق، العدد 05-2008.

سابعا:المداخلات و المقالات

1- د. بوشكيوه عبد الحليم، مداخلة بعنوان "شروط تنفيذ الحكم الأجنبي أمام القاضي الجزائري"، الملتقى الدولي حول تطبيق القانون الأجنبي 2007/04/10/09/08، جامعة الأغواط.

2-كمال سمية، مداخلة بعنوان،"دور النظام العام في علاقات الزواج و الطلاق الدولية، الملتقى الدولي حول تطبيق القانون الأجنبي،2007/04/10/9/08 ،جامعة الأغواط.

3- د.مجديد حميد، مداخلة بعنوان" الاتفاقيات الدولية و شروط تطبيقها في القانون الداخلي و علاقة الدستور بها"، الملتقى الدولي حول تطبيق القانون الأجنبي،2007/04/10/9/08 ،جامعة الأغواط.

4- والي جمال- أمجد عبد الفتاح حسان، مداخلة بعنوان" عدالة ضابط الجنسية لتحقيق مصلحة الزوجة الجزائرية"، الملتقى الدولي حول تطبيق القانون الأجنبي،2007/04/10/9/08 ،جامعة الأغواط.

5-د.يوسف فتيحة ، مداخلة بعنوان "النظام العام و العلاقات الأسرية في القانون الدولي الخاص"، دراسات قانونية ،مجلة سداسية، عن مخبر القانون الخاص الأساسي، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان كلية الحقوق، العدد 08/05.

6-د. حلو أبو الحلو، مداخلة بعنوان"النظام العام في مجال المنافسة و الاستهلاك"،دراسات قانونية ،مجلة سداسية، عن مخبر القانون الخاص الأساسي، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان كلية الحقوق، العدد 08/05.

7- أ.بليعقوبي بلخير، مداخلة بعنوان" تقدير فكرة النظام العام في العقود الخاصة الدولية في مجال الأحوال الشخصية "، دراسات قانونية ،مجلة سداسية، عن مخبر القانون الخاص الأساسي، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان كلية الحقوق، العدد 08/05.

7-د. رنا إبراهيم سليمان العطور، مداخلة بعنوان"التطبيق المباشر و الغير المباشر للقانون الأجنبي من قبل قانون القاضي"، الملتقى الدولي حول تطبيق القانون الأجنبي، 2007/4/10/9/8، جامعة الأغواط.

ثامنا : المصادر (النصوص القانونية) الجزائرية

- الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 المعدل والمتمم بالقانون 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 المتضمن القانون المدني الجزائري، الجريدة الرسمية العدد 44 لسنة 2005.

- الأمر الرئاسي رقم 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 المعدل والمتمم للقانون رقم 11/84 والمتضمن قانون الأسرة الجزائري، الجريدة الرسمية العدد 15 لسنة 2005.

- قانون رقم 08-09 مؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008 يتضمن قانون الاجراءات المدنية و الإدارية الجزائري المعدل والمتمم والمنشور في الجريدة الرسمية عدد 21 لسنة 2008.

- الأمر رقم 70-20 المؤرخ في 19 فيفري 1970 المتضمن قانون الحالة المدنية الجزائري.

- القانون الدولي الخاص التونسي الصادر في 1988.

الفهرس

الموضوع: الصفحة

الاهداء

شكر و تقدير

مقدمة..... 1

الفصل الأول:مضمون النظام العام في القانون الدولي الخاص.....**5**

المبحث الأول: تطور فكرة النظام العام.....**9**

المطب الأول:مراحل تطور النظام العام حسب الفقه.....**10**

الفرع الأول :فقه الأحوال الايطالي القديم.....**10**

الفرع الثاني: النظام العام في مدرسة شخصية القوانين.....**11**

الفرع الثالث: فكرة النظام العام حسب فقه الفرنسي الحديث.....**12**

الفرع الرابع :النظام العام حسب الفقه السافيني في القرن19 .....**14**

المطلب الثاني: تطور النظام العام حسب الاتجاه الحديث و مفهومه الفقهي في القانون الدولي الخاص.....**17**

الفرع الأول: صعوبة ضبط فكرة النظام العام و مدى سلطة القاضي في تحديدها.....**17**

الفرع الثاني: الطابع الاستثنائي للنظام العام في القانون الدولي و مدى اختلافه في القانون الداخلي.....19

الفرع الثالث : تطور النظام العام حسب المفهوم الفقهي في القانون الدولي الخاص.....**22**

المبحث الثاني: خصائص النظام العام و شروط الدفع به.....**25**

المطلب الأول: خصائص النظام العام.....**26**

الفرع الأول: الصفة الوطنية للنظام العام.....**26**

الفرع الثاني: النظام العام فكرة نسبية.....**28**

الفرع الثالث:النظام العام حسب الشريعة الإسلامية.....**29**
الفرع الرابع: النظام العام نظام قضائي.....**34**
المطلب الثاني: شروط الدفع بالنظام العام.....**36**
الفرع الأول:إشارة قاعدة الإسناد إلى تطبيق القانون الأجنبي.....**36**
الفرع الثاني: توفر مقتضى من مقتضيات النظام العام.....**37**
الفرع الثالث: أن تكون مخالفة القانون الأجنبي
للنظام العام حالية.....**40**
المبحث الثالث: آثار الدفع بالنظام العام.....**42**
المطلب الأول: أثر الدفع بالنظام العام أثناء انشاء العلاقة القانونية **43**
الفرع الأول: الأثر السلبي.....**44**
الفرع الثاني:الأثر الايجابي.....**47**
المطلب الثاني: الدفع بالنظام العام بشأن علاقة نشأت في لخارج.....**52**
الفرع الأول: الأثر المخفف.....**53**
الفرع الثاني: الأثر الانعكاسي.....**56**
الفصل الثاني:تطبيقات النظام العام في حماية الرابطة الزوجية و انحلالها في قانون الدولي الخاص.....60
المبحث الأول: ضوابط الإسناد الخاصة بالزواج و أثر النظام العام عليها.....**61**
المطلب الأول: تحديد القانون الذي يحكم انعقاد الزواج.....**62**
الفرع الأول: قاعدة الإسناد الخاصة بالشروط الموضوعية للزواج.....**63**
الفرع الثاني: قاعدة الإسناد الخاصة بالشروط الشكلية للزواج.....**67**

المطلب الثاني: قاعدة الإسناد الخاصة بآثار الزواج.....**74**
الفرع الأول: الآثار الشخصية للزواج.....**74**
الفرع الثاني: الآثار المالية.....**81**
المطلب الثالث: الاستثناء الوارد على القاعدة العامة في نظام الزواج.....**84**
الفرع الأول:الاستثناء المتعلق بالشروط الموضوعية.....**86**
الفرع الثاني: الاستثناء المتعلق بآثار الزواج.....**87**
المطلب الرابع: أثر النظام العام على القانون الواجب التطبيق في شأن الشروط الموضوعية و الشكلية في الزواج.....**90**
الفرع الأول: أثر النظام العام على القانون الواجب التطبيق في شأن الشروط الموضوعية في الزواج.....**91**
الفرع الثاني: أثر النظام العام على القانون الواجب التطبيق في شأن الشروط الشكلية في الزواج.....**97**
الفرع الثالث: أثر النظام العام على القانون الواجب التطبيق في شأن آثار الزواج.....**99**
المبحث الثاني: ضوابط الإسناد الخاصة بانحلال الرابطة الزوجية و أثر النظام العام عليها.....**102**
المطلب الأول: قاعدة الإسناد الخاصة بشأن انحلال الزواج.....**103**
المطلب الثاني: قاعدة الإسناد الخاصة بأثر الطلاق.....**108**
الفرع الأول: النفقة.....**108**
الفرع الثاني: الحضانة.....**111**

الفرع الثالث: النسب.....**115**

المطلب الثالث: الاستثناء على القاعدة العامة في شأن انحلال الرابطة الزوجية.....**122**

المطلب الرابع: أثر النظام العام على القانون الواجب التطبيق في شأن انحلال الرابطة الزوجية.....**127**

المبحث الثالث : تنازع الاختصاص القضائي و مدى تنفيذ الأحكام الأجنبية.....**130**

المطلب الأول: تنازع الاختصاص القضائي لوجود عنصر أجنبي في مسألة الأحوال الشخصية.....**131**

المطلب الثاني: تنفيذ الأحكام الأجنبية.....**135**

خاتمة.....**141**

الملاحق.....**144**

قائمة المراجع.....**145**

الفهرس.....**151**

تلخيصات

1- باللغة العربية:

النظام العام يعتبر بمثابة حاجز في مواجهة القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قواعد التنازع الذي يكون واجب التطبيق في دولة القاضي، إلا أن في تطبيقه قد يخالف المبادئ و الأسس الجوهرية، الاجتماعية، الأخلاقية، الدينية، و التشريعية التي تقوم عليها دولة القاضي، لدى يتم استبعاده باسم النظام العام للمحافظة على النظم القانونية و التشريعية، إلا أن مجال النظام العام يكون خصب في العلاقات الأسرية خاصة نظام الزواج و انحلال الرابطة الزوجية التي تتضمن عنصر أجنبي في حالة نزاع معروض أمام القضاء الجزائري.

***الكلمات المفتاحية**: ~ النظام العام ـــ القانون الدولي الخاص – قواعد التنازع– ضوابط الإسناد – الزواج – الطلاق – الحكم الأجنبي.

2- باللغة الفرنسية:

L'ordre public doit être barrière en face de la loi étrangère qui désigné par la règle de conflit qui applique au juge de k'exequatur, mais dans son application a été en violation des principes fondamentaux et les fondements essentiels de la religieuse et l'éthique social , et 'législatif, d'état juge se pour sa la loi étrangère sera exclure au nom de l'ordre pu plique pour protéger légale system juridique et législatif mais le domaine l'ordre puplique afin d'être riche dans le domaine des relation familiales notamment le mariage et la dissolution du lien conjugal qui contient un élément étranger lorsque le létij et devant le juge algérien.

**Les mots-clés:* *- ordre puplique – droit international privé - règle de conflit - contrôles de l'attribution - mariage - divorce – jugement international.*

3- باللغة الانجليزية:

The public order is a barrier in the face of foreign law estrangers abroad which designs , the conflict rules applicable in the state of the judge, but in its application has been in violation of the fundamental principles and foundation of religious and social ethics, and legislative upon which the state judge, be half exclude law estranger of the name the public order to protect general of the legal and legislative systems, but the area of public order to be fertile in the area of family relations, especially marriage and the dissolution of the association marital status, which contains a foreign element estrangers in the case of a dispute before the elimination of Algeria .

**Keywords:* *- public order – private international law – conflict rules – controls attribution - marriage – divorce- –-foreign rule.*