جامعة 20 أوت 1955 سكيكدة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق في مسائل الأحوال الشخصية بمقتضى النظام العام

مذكرة لنيل شهادة الماستر تخصص قانون الأسرة

من إعداد الطالبين:

- بوزنادة كاميليا
- بومطد مصطفى

تحت إشراف:

-قاري علي

لجنة المناقشة:

د/ خليفي أسماء	أستاذ محاضر	رئيسا
د/ قاري علي	أستاذ محاضر	مشرفا ومقررا
أ/ بوصلاح عليمة	أستاذ مساعد	مناقشا

دورة سبتمبر :2022

شكر وعرفان

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على معلم البشرية وهدى البشرية وهدى الانسانية وعلى آله وصحبه ومن تبعهم بإحسان الى يوم الدين.

يسرني أن أتقدم بجزيل الشكر وعظيم الامتنان الى أستاذي ومشرفي الدكتور "قاري علي" الذي لم يبخل علينا بنصائحه القيمة وتوجيهاته السديدة.

كما أتقدم بجزيل الشكر الى كل الأساتذة الذين عملوا على تكويننا طيلة مرحلة الدراسات العليا.

و أشكر كل من مد لي يد العون في مسيرتي العلمية وعلى رأسهم الدكتور "كيفاجي عبد الحميد" رحمه الله.

وأتقدم بالشكر الكثير إلى أستاذتي أعضاء لجنة المناقشة الموقرين على ما تكبدوه من عناء في قراءة مذكرتنا المتواضعة وحضورهم من أجل المشاركة في إثرائها.

كاميليا ومصطفى

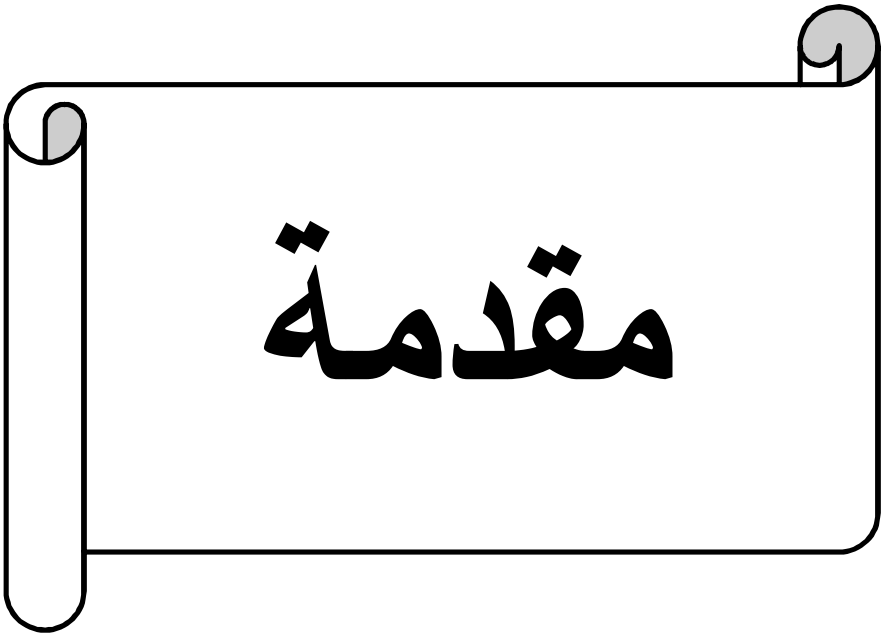
إهداء

الحمد الله الذي وفقنا في تثمين هذه الخطوة في مسيرتنا الدراسية بمذكرتنا هذه التي تقدر ثمرة نجاح بفضله تعالى-اللهم لك الحمد حتى ترضى ولك الحمد إذا رضيت ولك الحمد بعد الرضى ولك الحمد على كل حال .

نهدي ثمرة الجهد هذه إلى أباءنا و أمهاتنا الذين سهروا على تربيتنا لبلوغ هذه المرتبة و إلى كل من ساعدونا في إثراء هذه المذكرة .

إلى كل من ساعدونا في إثراء هذه المذكرة إلى كل الإخوة و رفقاء الدرب من بعيد أو القريب و نذكر منهم: مروان ،ياسين ، رياض، محمد ، أشرف ، هديل ، نرجس، أمال ، حنان ، دون أن ننسى هبة الله .

مصطفى


مقدمة

يُعد النظام العام مصطلح ظهر حديثا في القانون والفقه والقضاء، غير أن البعض يرجح ظهوره لفترة قديمة، ولكن في صور ومظاهر بسيطة حيث تطورت وتأصلت في العصور الوسطى وسادت في كل من الشريعة والفقه ثم في القانون الوضعي وذلك من بداية القرن التاسع عشر.

حينها ساد المذهب الاجتماعي وأصبح كل من التشريع والقضاء يتدخلان لضبط وحماية مصالح المجتمع العليا، والحيوية بعدما ساد المذهب الفردي فتجاوزت حرية الفرد ومصالحه الحد المعقول، كما اتسع تطبيق النظام العام في فروع القانون أكثر حديثا بالرغم من صعوبة تحديد مفهومه بسبب طبيعته الخاصة وتغييره زمانا ومكانا واستمرت إشكالية ذلك قائمة إلى اليوم.

قد تشير قاعدة الإسناد في قانون القاضي بتطبيق قاعدة أجنبية فلما يتعرف القاضي على مضمونه يجده يتعارض مع المبادئ الأساسية السائدة في دولته فيستبعد تطبيقه باسم النظام العام.

وقد سمح المشرع الجزائري للقاضي بتطبيق القوانين الأجنبية في الجزائر وإنما أشارت إلى اختصاصها قواعد الإسناد الوطنية لكن ذلك لا يعني أن المشرع قد فتح الباب على مصراعيه لكن القوانين الأجنبية أيا كان محتواه.

بل ربط تطبيقها يشترط ألا يكون مضمونها متعارض مع المبادئ التي يقوم عليها المجتمع، حيث جاء في نص المادة 24 من القانون المدني:" لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مطالبا مخالفا للنظام العام والآداب العامة في الجزائر".

ومن هنا تكلفت قاعدة الإسناد في مسائل الأحوال الشخصية بتحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقة ذات الطابع الشخصي المطروحة عن ربطها بضابط مستمد أساسا ن

معطيات العلاقة ذاتها ويعتبر في رأي المشرع أو من ضابط يتم عن طريقه الوصول إلى انسب القوانين لحكم العلاقة، ولا تختلف قاعدة الإسناد في مسائل الأحوال الشخصية عن أي قاعدة أخر مستمدة في نطاق القانون، فهي علاقة ملزمة لها صفة العمومية والتجريد،

وبمقتضاها يختار من بين القوانين المتواجدة والأكثر ملائمة لحكم العلاقة الخاصة الدولية في مسائل الأحوال الشخصية.

ضف إلى ذلك تختلف الدول من ناحية الزواج، من حيث انعقاده ولا يقتصر عليه فقط بل يمتد إلى آثاره وانحلاله.

وقد أخضع القانون الجزائري انحلال الزواج لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، وهو موضوع دراستنا.

تظهر أهمية موضوع "استبعاد القانون الأجنبي في مسائل الأحوال الشخصية بمقتضى النظام العام" في كونه يعد موضوعا بحاجة إلى دراسته ومناقشته وتحليله نظرا لأهميته الخاصة وان المشاكل التي يثيرها على صعيد العلاقات الدولية متعددة ومتنوعة، ضف إلى ذلك أنه موضوع يرتبط بالعلاقات بين الأشخاص والعلاقات بين الدول والاختلافات التي يثيرها.

ومن أسباب اختيارنا لهذا الموضوع، ترجع إلى الميول الشخصية والدوافع الذاتية كونه من المسائل التي تستحق بالدراسة والبحث كذلك الرغبة في تتبع الحلول التي اتبعها المشرع الجزائري لحل مشكلة تنازع القوانين المتعلقة بالأحوال الشخصية.

الا أنَه ومع حداثة الموضوع لقد واجهتنا بعض الصعوبات والتي تتمثل في قلة المراجع التي تناولت هذا الموضوع، كذلك أنه يعتبر من بين المواضيع التي تتطلب تركيز عالي واجتهاد أكثر للإلمام بكافة جوانب الموضوع.

ومن هنا تظهر لنا الإشكالية التالية: " ما هو نطاق القانون الذي يحكم الأحوال الشخصية المشتملة على العنصر الأجنبي؟".

ويندرج عن هذه الإشكالية تساؤلات فرعية وهي:

- كيف يتعارض النظام العام مع القانون الأجنبي؟

- ماهي الحلول التي وضعها المشرع الجزائري للعوائق والصعوبات التي تواجه القاضي أثناء تطبيقه للقانون الأجنبي؟

- ما هو مجال إعمال ضابط الإسناد في الزواج انحلاله؟

ومن أجل دراسة الموضوع اتبعنا المنهج الوصفي والذي يتجلى من خلال إعطاء وصف شامل لموضوع استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق في مسائل الأحوال الشخصية، واتخذنا والمنهج التحليلي وذلك من خلال تحليل نصوص القوانين والأحكام والقرارات القضائية وآراء الفقهاء بشأن موضوع استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق في مسائل الأحوال الشخصية بمقتضى النظام العام.

ومن أجل الإحاطة بكل جوانب الموضوع، ارتأينا تقسيم الموضوع وفقا لفصلين، حيث خصصنا الفصل الأول لمفهوم النظام العام وشروط أعماله، أما الفصل الثاني فخصصناه لبعض تطبيقات إعمال استبعاد القانون الأجنبي بموجب النظام العام.

الفصل الأول

مفهوم النظام العام وشروط إعماله

نظر لأهمية موضوع النظام العام وشروط إعماله وتعدد المفاهيم التي درسته، ارتأينا تناوله في هذا الفصل وذلك من خلال تقسيم هذا الفصل وفق مبحثين، حيث خصصنا المبحث الأول لدراسة مفهوم النظام العام، لننتقل إلى المبحث الثاني الذي سندرس فيه الدفع بالنظام العام.

المبحث الأول: مفهوم النظام العام

لا يمكن الجزل في تحديد فترة ظهور النظام العام بدقة، بسبب ارتباطه وجودا للإنسان بصور ومظاهر متعددة ومختلفة، مما عقد مسألة تحديد مفهومه، فلما نبحث عن أصله نجده يعود لفترات زمنية تعود لمراحل زمنية تسبق بداية القرن 19 أين ازدهر الفقه والقانون الوضعي .[1]

ولهذا سنقوم بدراسة تطور فكرة النظام العام في المطلب الأول، في حين تخصص المطلب الثاني بالحديث عن طبيعة وخصوصية النظام العام.

المطلب الأول: تطور فكرة النظام العام

عند تناول أي موضوع يكون ولا بد بالاستبيان مفاهيم الأساسية، وذلك من خلال تعريفه ومعرفة جوانبه، ومن هنا ارتأينا معالجة هذا المطلب في فرعين، حيث تطرقنا في فرع الأول لتعريف النظام العام، لننتقل معرفة خصائص النظام العام وتمييزه عن غيره من مفاهيم المقاربة له وهذا في الفرع الثاني.

[1] غلاق عبد القادر، اشكالية تحديد مفهوم النظام العام، مجلة المعيار، معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي أحمد بن يحي الونشريسي، الجزائر المجلة10، العدد04، ديسمبر2019، ص 02.

الفرع الأول: تعريف النظام العام وتطوره التاريخي

نظرا لخصوصية فكرة النظام العام وما يتميز به من مرونة وباعتبار أن له مفهوم نسبي يتغير في الزمان والمكان ولتعلقه لعدة عوامل كل ذلك حتم ترك تحديد مفهومه للفقه والقضاء وعدم التقيد بنص تشريعي جامد.[2]

أولا: تعريف النظام العام

إن البحث في تحديد النظام العام هو المغامرة في رمال متحركة[3]، ونظرا لمرونة وغموض النظام العام، فقد سعى الجميع خلفها دون أن يتم احتوائها وتحديدها بدقة ولا تعريفها تعريفا جامعا مانعا .[4]

يعد النظام العام الهدف الأساسي لسلطة الضبط، ويفرض النظام العام مجموعة من القواعد الآمرة يتوجب احترامها رغم أنه في عديد الحالات توجد قيودا على حريات الأفراد وفكرة النظام العام تتواجد في مختلف فروع القانون، وتختلف حسب الزمان والمكان باعتبارها ظاهرة قانونية اجتماعية تعبر عن روح النظام القانوني والأسس التي يقوم عليها المجتمع.[5]

إن النظام العام من الأفكار والمصطلحات الكثيرة الاستعمال بين كل من الرجال السياسة والإدارة والقضاء على كل حد سواء، فرجل الضبط الإداري مهمته في حماية النظام العام بعناصره، والسياسي يوجه نشاطه إلى ما يحافظ على النظام العام، وكذلك رجل القضاء، فالقاضي يصادف كثيرا في أعماله مصطلح النظام العام، حيث تقدم له في كل مرة دفوع

[2] كيحل كمال، مفهوم النظام العام للقانون الدولي الخاص، مجلة الحقيقة، كلية الحقوق، جامعة أدرار، الجزائر، العدد 42، أكتوبر 2020، ص 487.

[3] سلطان عبد الله محمود، الدفع بالنظام العام وأثره، مجلة الرافدين، كلية الحقوق، جامعة الموصل، 2010، المجلد12، العدد 43، ص 85.

[4] علاق عبد القادر، المرجع السابق، ص 04.

[5] عبد العليم عبد المجيد مرق علام، دور سلطة الضبط الإداري في تحقيق النظام العام وأثره في الحريات العامة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 1998، ص66.

تشكيلية أو موضوعية تعتبر من النظام العام وفي بعض الأحيان يقضي في بعض أحكامه بعدم الاختصاص النوعي لكونه من النظام العام.[6]

ومن أبرز المحاولات الجادة في تعريف النظام العام:

النظام العام في دولة ما هو إلا كيان السياسي والاجتماعي والاقتصادي لهذه الدولة، بما يقوم عليه هذا الكيان بمعتقدات تتعلق بالأمن والحرية والديمقراطية ومعتقدات اجتماعية تتعلق بالمساواة أمام القانون او احترام أفكار دينية أساسية معينة، أو عقائد مذهبية اقتصادية كالاشتراكية والرأس مالية، أو نحوها من المذاهب والأفكار الاقتصادية كالعدالة الاجتماعية وتكافؤ الفرص غير ذلك.[7]

من التعاريف السالفة الذكر نستخلص أن النظام العام هو مجموعة من قواعد والقوانين التي تنظم حياة الأفراد والمجتمعات في ازمان بعيدة وكل زمان بعيدة وكل زمان وكل مكان له نظام عام يتميز به، خاص به ويجب كل فرد الالتزام بالنظام في المكان هو فيه وعدم التعارض، وهي: "مجموعة من القواعد السلوكية التي تحد الناس في كل مجتمع من المجتمعات أنفسهم ملزمين بإتباعها طبقا لناموس أدبي يسود علاقاتهم الاجتماعية في الحياة ولا يسمح لهم بالخروج عليها عن طريق الاتفاق الخاص.[8]

ثانيا: التطور التاريخي لفكرة النظام العام

لقد ولدت فكرة النظام العام في الفقه القانوني المعاصر في حضن المبادئ الاجتماعية التي تدعو إلى تفضيل مصلحة الجماعة على حساب مصلحة الفرد، من المفروض تاريخيا أن المذهب الفردي استبق تكريس جرية الفرد وتمجيده على حساب مصلحة الجماعة،

[6] وهذا طبق للمادة 32، 45، 34و 807من قانون الاجراءات المدنية والادارية رقم 08-09في 2008/02/25، العدد 21، 2008.

[7] حمادي عبد الفتاح، آلية الدفع بالنظام العام في مسائل الأحوال الشخصية، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، الجزائر، العدد 07، جوان 2017، ص67.

[8] حمادي عبد الفتاح، المرجع نفسه، ص67.

وبالتالي لم يكن النظام العام سائدا خلال مرحلة بسيادة هذا المذهب الذي يقوم على تغليب حرية ومصلحة الفرد.[9]

قد ميزت المدرسة الايطالية بين الأحوال المستحسنة والأحوال البغيضة، فينما يمتد تطبيق الأولى إلى خارج الإقليم وتبقى الثانية حبيسته، ومن أمثلة الأحوال البغيضة تلك التي تقضي بحرمان المرأة من الميراثّ، وتلك التي تمنع الزوجة من الايصاء لزوجها.[10]

وقد رأى الفقه في هذا التمييز البدرة الأولى لفكرة النظام العام غير أن هذه الفكرة لم تلقى تطورها المنشود، ويرجع في ذلك إلى كون التنازع آنذاك لم يكن تنازعا دوليا وإنما هو تنازع بين أحوال المدن المختلفة، وهذه الأحوال قريبة من بعضها كونها مستمدة من القانون الروماني الذي هو الشريعة العامة ومن المسيحية.[11]

تختلف فكرة النظام العام من زمان إلى زمان ومن مكان إلى مكان فهنا نلاحظ أن هذا الأخير يتغير بتغير الإقليم والقوانين ويتغير حسب كل وقت ويتماشى أيضا حسب الحقائق الدينية والآداب العامة لكل بلد.

تتميز فكرة النظام العام بالعمومية والمرونة وتطورها، حيث ما يعتبر من النظام العام في دولة ما، ليس نفسه في دولة أخرى، وما يكون من النظام العام اليوم، قد لا يكون كذلك غدا، ففكرة النظام العام ستتغير وتتطور باستمرار في المكان والزمان، لذا فإن تقدير مدى مخالفة القانون الأجنبي للنظام العام يكون وقت نظر الدعوى وليس وقت نشوء المراكز القانونية.

---

[9] علاق عبد القادر، المرجع السابق، ص03.

[10] اعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، دار هومة للنشر، الجزائر، 2002، ص168.

[11] اعراب بلقاسم، المرجع نفسه، ص168.

الفرع الثاني: خصائص النظام العام وتمييزه عن المصطلحات المشابهة له:

أولا: تمييز النظام العام في القانون الدولي الخاص عن النظام العام في القانون الداخلي:

تعد فكرة النظام العام من الأفكار الأساسية في علم القانون عموما، ففي القانون الداخلي بفروعه المختلفة هناك قواعد قانونية آمرة لا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها حكمها لأن هذه القواعد تتعلق بالنظام العام، فالنظام العام يعد قيدا على سلطان إرادة الأطراف ويتلازم مع القاعدة القانونية لكي يحقق فعاليتها والهدف منها أن الهدف من النظام العام هو حماية المبادئ والأسس العامة ز الاقتصادية والاجتماعية للسياسة التي يقوم عليها المجتمع.[12]

أما في قانون العلاقات الخاصة الدولية أو القانون الدولي الخاص، يرمي النظام العام إلى إدراك ذات الهدف ولكن بطريقة مختلفة، فالنظام العام في القانون الداخلي يهتم أكثر

بالقاعدة القانونية الوطنية، أما في قانون العلاقات الخاصة الدولية ونظرية تنازع القوانين، فيتحقق الهدف السابق بيانه يتم عن طريق دفع يعترض به على تطبيق هذه الأحكام مع الأسس الجوهرية في دولة القاضي، فالنظام العام هو رقيب على القاعدة القانونية الوطنية.[13]

ثانيا: تمييز النظام العام عن الغش نحو القانون

حاول بعض الفقهاء وعلى رأسهم (بارثان) جعل الغش نحو القانون من أسس مخالفة النظام العام بحيث اعتبر الحيلة التي يتم بها الغش نحو القانون لنقل الاختصاص من القانون الأجنبي الواجب تطبيقه إلى قانون آخر مخالفة للنظام العام، وهذا غير صحيح لأن هذا النظام العام بنهض دوره في استبعاد تطبيق القانون الأجنبي الذي تم تأمين

[12] عليان عدة، فكرة النظام العام وحرية التعاقد في ضوء القانون الجزائري وفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بالقايد تلمسان، الجزائر، 2015-2016، ص28.

[13] عليان عدة، المرجع نفسه ،ص17.

تطبيقه بنقل الاختصاص إليه بالغش لأن الآخر مخالف للنظام العام في دولة القاضي، و إنما لأن الحصول عليه قد تم بصورة غير طبيعته و بسوء نية صاحب المصلحة، بحيث لو تم الحصول عليه بصورة سليمة دون اللجوء إلى الحيلة و الغش لتم الاعتراف به في دولة القاضي.[14]

فالدفع بفكرة النظام العام يؤدي إلى منع تطبيق القانون الأجنبي الذي تقرر تطبيقه وثبت له الاختصاص في النزاع وفقا لقواعد الاسناد الوطنية. سبب مخالفة أحكامه للنظام العام في دولة القاضي، بينما الدفع بفكرة الغش نحو القانون يؤدي إلى عدم الاعتراف بالنتيجة التي تم التوصل إليها وفقا لأحكام القانون الأجنبي الذي نقل إليه الاختصاص بالغش لأنه مخالف للنظام العام في دولة القاضي من حيث المضمون، وإنما لأن الاختصاص قد ثبت إلى تغيير ظروف الإسناد من أجل تأمين تطبيقه.[15]

فعنصر الغش نحو القانون لا يتوافر في فكرة النظام العام، ثم إن فكرة النظام العام عندما تمنع تطبيق القانون الأجنبي المختص قد يؤدي إلى إخلال قانون القاضي محله في النزاع المعروض، بينما في الغش نحو القانون إذا تم تغيير ظروف الإسناد وتعثر القانون الواجب تطبيقه تبعا لذلك، فإن قانون القاضي لا يحل محل القانون المنقول منه الاختصاص بالغش، وإنما يعتبر النتيجة الحاصلة بالغش كأن لم تكن وغير نافذة لعدم الاعتراف بها، ويبقى الاختصاص في النزاع القانون المختص الذي تقل منه هذا الاختصاص بالغش وكان يجب تطبيقه على النزاع قبل تغيير ظروف الإسناد، وهذاما حصل في قضية الأميرة البلجيكية(فلنتينادي كارامان) أمام القاضي الفرنسي .[16]

14 حامد مصطفى، مبادئ القانون الدولي الخاص، ج1، ط02، بغداد،1970ص309

15 غالب علي البارودي، القانون الدولي الخاص الجزائري: الجنسية -الموطن- مركز الأجانب و أحكامه في القانون، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الأردن ،ج01، (د. ط)، 2003 ،ص 157.

16 حامد مصطفى، المرجع نفسه، ص308-312.

المطلب الثاني: طبيعة وخصوصية النظام العام

لدراسة هذا المطلب المعنون بطبيعة وخصوصية النظام العام، رأينا أن ندرسه أكثر من خلال استبيان مفاهيمه الأساسية، وذلك من خلال تعريفه والبحث فيه وبغية ذلك ارتأينا أن تقسم هذا المطلب وفقا لفرعين، حيث خصصنا الفرع الأول إلى مرونة النظام العام وتغييره زمانا ومكانا.

إن فكرة النظام العام ليست بسيطة كما يتصورها البعض، بل تتكون من عناصر ذات طبيعة مختلفة ومتعددة، البعض منها ثابت لا يتغير بظروف تغير المجتمع، في حين بعضها الآخر غير قابل للتأثر بهذه الظروف.[17]

الفرع الأول: مرونة النظام العام وتغييره زمانا ومكانا:

سنتطرق في هذا الفرع إلى خاصية أساسية من خصائص النظام العام وهي المرونة التي يتميز بها هذا الأخير وبالتالي تغيير مضامينه وكيفية تطبيقه من وقت لآخر ومن مكان إلى مكان.

أولا: تغيير النظام العام زمانا:

بالإضافة إلى غموض فكرة النظام العام الذي أدى إلى تدخل عملية التفسير الذي يساعد على التطور.[18]

يختلف النظام العام باختلاف الزمان فما هو من النظام العام في زمن معين ليس بالضرورة أن يكون كذلك في زمن آخر[19]، وهكذا قد ترقى العادات والتقاليد إلى أعراف وهذه الأخيرة أي قواعد قانونية، لمرور الزمن ومثال ذلك القوانين الوضعية في القرون السابقة ليست مثلها في جميع القوانين.

---

[17] عليان عدة، فكرة النظام العام وحرية التعاقد في ضوء القانون الجزائري والفقه الإسلامي رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان الجزائر، 2015-2016، ص28

[18] عليان عدة، المرجع نفسه، ص 18

[19] عليان عدة، المرجع السابق، ص 18

فطابع المرونة والديناميكية وعدم الثبات ولو نسبيا يبقى من السمات الرئيسية للنظام العام، خاصة إذا تعلق الأمر باختلاف جوهري في العقيدة والتاريخ التي تؤثر بشكل واضح في طبيعة المنظومة القانونية السائدة في دولة ما.[20]

ففكرة النظام العام ومنذ ظهورها في القرن التاسع عشر في الفقه القانوني ثم تطبيقها في مختلف فروع القانون وازدادت اتساعا وتطبيقا في شكل تداخلات القضاء والتشريعات لتنظيم شؤون المجتمع وحماية مصالحه الجوهرية والعليا، وقد تعتبر هذه الفكرة من ذلك الوقت مع مرور الأزمنة من حيث ازدهار فكرة النظام العام التخلي على بعض القوانين القديمة واستبدالها أو تعديلها بقوانين أخرى جديدة أو محدثة مع مرور الوقت.[21]

إن النظام العام فكرة متطورة وقابلة للتطور والتوسع مع مرور الوقت هي فكرة مرنة وليست جامدة.

كما لا يمكن حصر النظام العام وعناصره في مواد على أساس التغيير والتطور الذي يشهده المجتمع، وفي هذا الصدد يقول الأستاذ عبد الرزاق السنهوري" أنه:" لا نستطيع أن نحصر النظام العام في دائرة دون الأخرى ، فهو شيء متغير يضيق ويتسع حسب ما بعده الناس في حضارة معينة مصلحة عامة ولا تعود قاعدة ثابتة تحدد النظام العام تحديدا مطلقا يتماشى على كل زمان ومكان لأن النظام العام شيء نسبي ، وكل ما هو أن نضع معيارا مرنا يكون معيارا المصلحة العامة، وتطبيق هذا المعيار في حضارة معينة يؤدي إلى نتائج غير التي تصل إليها في حضارة أخرى.[22]

1

[20] يامة ابراهيم، لوائح الضبط الإداري بين النظام العام وضمان الحريات العامة ، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر الصديق تلمسان الجزائر ، 2014-2015، ص92.

[21] عادل السعيد محمد أبو الخير، الضبط الإداري وحدوده، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، ص 214.

[22] عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد: نظرية الالتزام بوجه عام -مصادر الالتزام، دار إحياء التراث العربي، لبنان، دون سنة نشر، ص399.

نظرا لمرونة وغموض فكرة النظام العام، فقد سعى الجميع خلفها دون أن يتم احتواءها وتحديدها وتعريفها تعريفا جامدا مانعا.[23]

ثانيا: تغيير النظام العام مكانا

إن النظام العام يتسم ويتميز بكونه نظام يتغير من مكان لآخر، حيث أن كل إقليم له نظام خاص به ولكل دولة قوانينها النظامية مغايرة عن الدول الأخرى وذلك حسب المعتقدات الدينية والحياتية للأفراد وحسب كل شعب، حيث أن هناك دول تتماشى مع العادات والتقاليد الخاصة بشعبها، وقد يكون تشابه بين الأنظمة وبين الدول ولكن يمكن أن يكون بنفس النظام السائد بها.

وهذا ما يثبت مرونة النظام العام ومرونة وتطور فكرته من مكان لآخر عبر الأزمنة. وهذه الفكرة لا يمكن حصرها في نص قانوني حيث أنها فكرة مرتبطة بالأسس التي يقوم عليها المجتمع حيث تختلف باختلاف المواقع، فكل نطاق ترابي له نظام خاص به مختلف عن الآخرين.[24]

تختلف الدول عن بعضها البعض من حيث الديانة والأفكار المهيمنة وفلسفة الحياة والنظام الاقتصادي والاجتماعي والأخلاقي، وهذا الاختلاف من الطبيعي أن يجعل النظام العام مفهوما متغيرا من دولة إلى أخرى، فما يعتبر مخالفا للنظام العام في دولة معينة فلا يعتبر مخالفا للنظام العام في دولة أخرى.

- في فرنسا يعتبر القانون الأجنبي الذي يجيز تعدد الزوجات مخالف للنظام العام الفرنسي.[25]

---

[23] عماد طارق البشري، فكرة النظام العام في النظرية والتطبيق: دراسة مقارنة بين القوانين الوضعية والفقه الإسلامي، الطبعة01، المكتب الإسلامي، لبنان، 2005، ص49.

[24] عليان عدة، المرجع السابق، ص18.

[25] أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص294.

- اعتبار فرنسا القانون الجزائري الذي يحرم زواج مسلمة بغير المسلم المادة 31 من قانون الأسرة الجزائري مخالف للنظام العام الفرنسي.[26]
- اعتبار في الجزائر أن القانون الأجنبي الذي يحرم الزواج بين مختلفي اللون مخالف للنظام العام الجزائري.

وقد تتغير ظروف الدولة أوضاعها عبر الزمن نتيجة أسباب مختلفة فيتغير تبعا لذلك مفهوم النظام العام، فلا يصبح ما كان مخالفا لنظام العام في السابق مخالفا للنظام العام في الحاضر والعكس صحيح.[27]

المبحث الثاني: شروط الدفع بالنظام العام لاستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق في الأحوال الشخصية وآثار هذا الدفع:

إن النظام العام كما سبق القول فكرة شائعة ومشهورة في علم القانون وتطبيقاتها متنوعة بين مختلف فروع القانون سواء العام منه أو الخاص، والمشروع الجزائري كمعظم التشريعات الحديثة لم يعرف النظام العام ولم يحدد فكرته بل ترك ذلك للفقه والقضاء، كما أن التطبيق فكرة تطبيق فكرة النظام العام تختلف بين فروع القانون العام والخاص، وبين القانون الداخلي ومجال تنازع القوانين رغم الاتحاد في المفهوم العام لهذه الفكرة، على حسب اتجاه غالبية الفقه على حد قولهم:بأن النظام العام هو الأساس السياسي والاجتماعي والاقتصادي والخلفي الذي يسود المجتمع في وقت من الأوقات بحيث لا يتصور بقاء المجتمع سليما دون استقرار هذا الأساس، وبحيث ينهار المجتمع بمخالفة المقومات التي تدخل ضمن هذا الأساس، لذا كانت القواعد القانونية المتعلقة بالنظام العام آمرة لا تجوز مخالفتها.[28]

ومن هذا المنطلق ارتأينا تقسيم هذا المبحث وفقا لمطلبين، نقوم بدراسة شروط الدفع العام بالنظام العام لننتقل في المطلب الثاني لمعرفة آثار الدفع بالنظام العام.

---

[26] أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص309.

[27] أعراب بلقاسم، المرجع نفسه، ص174.

[28] محمد سعيد جعفور، مدخل إلى العلوم القانونية، الوجيز في نظرية القانون، ط03، دار هومة، 1999، ص117.

المطلب الأول: شروط الدفع بالنظام العام :

إن الدفع بالنظام العام من أجل حل القضايا محل النزاع التي تسمل العنصر الأجنبي والتي تكون العلاقة القانونية محل نزاع بين قانون وطني أو قوانين وطنية وقوانين أجنبية يفرض علينا وضع شروط من أجل الدفع بالنظام العام، وعلى هذا الأساس ارتأينا تقسيم هذا المطلب وفق فرعين، خصصنا الفرع الأول إلى الإشارة لقواعد الاستناد الوطنية لقانون دولة القاضي، في حين ندرس تعارض القانون الوضعي مع النظام العام في دولة القاضي في الفرع الثاني.

الفرع الأول: إشارة قواعد الاسناد الوطنية لقانون دولة القاضي:

إن قواعد الاسناد عبارة عن نصوص قانونية وضعها المشرع بينهم لتحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقات القانونية المشوبة بعنصر أجنبي، وتعد هذه النصوص قواعد مجردة وآمرة ترشد القاضي في النزاع المطروح أمامه ‘لى القانون الواجب التطبيق على هذا النزاع، وإن المسألة الأولية الواجب التطبيق، أي إما إخضاعها للقانون الوطني هي تكييف هذه العلاقة القانونية ومن تم اسنادها إلى القانون الواجب التطبيق، أي إما اخضاعها للقانون الوطني أو إحالتها إلى قانون أجنبي آخر وبذلك يكون القاضي ملزما بما تمليه عليه قواعد الإسناد، باعتبارها نصوص آمرة من النظام العام التي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها.

الفرع الثاني: تعارض القانون الوضعي مع النظام العام في دولة القاضي:

إن القاعدة العامة في تطبيق فكرة الدفع بالنظام العام وبالتالي استعاد القانون الأجنبي إذا كان يشتمل على نظم قانونية غير معروفة.

حيث أنتجت هذه الأشكال آراء مختلفة من طرف بعض الفقهاء من أجل الوقوف على المعايير الحقيقية التي تخلق التعارض بين القانون الأجنبي والنظام العام لدولة القاضي.

فمنهم من ذهب إلى القول بوجوب تطبيق القانون الأّجنبي لتعارضه مع النظام العام لدولة القاضي إذا كانت العلاقات القانونية تضمن حل غير عاجل كالمساس بالمبادئ العدالة

الدولية ومنهم من يرى وجود استبعاد القانون الواجب التطبيق اذا كان يتعارض مع المبادئ والأسس الاقتصادية والسياسية والدينية لمجتمع دولة القاضي لميراث مسلم لغير المسلم والمساواة بين البنت والاثنين في الميراث.

ومنهم من ذهب بالقول يعد مخالفا للنظام العام لدولة القاضي القانون الأجنبي الذي ينافي أحكامه من مبادئ السياسة التشريعية للدولة.

المطلب الثاني: آثار الدفع للنظام العام

إن الدفع لنظام العام فكرة من أجل ملائمة القوانين وتطبيقها في حل النزاعات القانونية ذات العنصر الأجنبي وذلك عند غياب الوحدة الغائبة لدى القاضي بين قانونه وقانون والمختص لحل النزاع.

ومن هنا ارتأينا تقسيم هذا المطلب وفق فرعين، حيث خصصنا الفرع الأول لدراسة للآثار بالنسبة الحقوق المكتسبة الخارج والمتمسك بها في دولة القاضي، لننتقل لدراسة آثار النظام العام بنسب لإنشاء الحقوق لدولة القاضي في فرع ثاني.

الفرع الأول: أثره بالنسبة لحقوق المكتسبة في الخارج المتمسك بها في دولة القاضي

ان نقد بعض الفقه بشدة مبدأ التأثير النظام العام في منع تطبيق القانون الأجنبي المختص، كونه وسيلة طبيعية وغير منضبطة في يد القاضي لاستبعاد أي قانون يراه غير متفق مع المبادئ الأساسية لمجتمعه ليحل محله القانون الوطني.[29]

ولذلك تحقيق من هذه الوطأة المطلقة والمفتوحة استقر الفقه اليوم على تفعيل مبدأ التساهل والتسامح مع الأحوال التي يراد فيها التمسك والترتيب آثار معينة لمركز القانوني المخالف نشأ خارج دولة القاضي وهذا ما يسمى بالأثر المخفف للنظام العام.

[29] أداوي عالب والهداوي حسين، القانون الدولي الخاص: تنازع القوانين، ط02، دار الثقافة، الأردن، 1997ص84.

أولا: الأثر المخفف للنظام العام:

يراد بالأثر المخفف للنظام العام أن تحترم الحقوق المكتسبة عن المراكز القانونية التي نشأت بالفعل في ظل قانون أجنبي، التي ورغم مخالفتها للنظام العام في دولة القاضي لا يمكن الاحتياج بالآثار المترتبة عنها طالما لم تثبت مصادمتها الأصول القانونية والثوابت القيمة للنظام الوطني، فإذا رفعت نفقة غذائية أمام القاضي البريطاني، بناء على زواج ثان مبرم في الجزائر وفق ضوابط وقواعد قانون الأسرة فيه رغم أن نظام تعدد الزوجات يناقض الأسرة الجوهرية التي يقوم عليها النظام الأسري البريطاني، الا أن القضاء لا يملك في هذه الحال تحريك الدفع بالنظام العام، وإيصال الزواج الثاني أو إهدار الحق المكتسب عنه طالما لم يتعارض في هذا الحق ذات النظام أو يصادمه، ويجد مبدأ تلطيف فكرة الدفع بالنظام العام مبرره في جملة من الحجج التي استند إليها الفقه والتي نبرزها في التالي :[30]

-ان الشعور العام في دولة القاضي إزاء علاقة أو مركز قانوني نشأ بالخارج يكون أقل حساسية وتأثير منه في الحال التي تكون فيها تلك العلاقات أو المراكز موضوع طلب إنشاء واعتراف داخل إقليم دولة القاضي، فإذا كان من غير المقبول للقاضي السماح بالطلاق بالتراضي لأنه النظام العام في دولته، فإنه من المستساغ أن يقبل ذات القاضي تنفيذ حكم أجنبي بخصوص أثر مادي لهذا الطلاق لان مجرد امتداد آثار هذه العلاقة القانونية لن يخدش الشعور العام بذات القدر والدرجة.[31]

-الأخذ بمبدأ الأثر المخفف للنظام العام ضرورة يقتضيها استقرار المعاملات الدولية واضطرارها وفي ذلك يرى الفقيه يليه أن ضرورة استمرارية تمتع الأشخاص بحقوقهم على المستوى الدولي تفرض الاعتراف بالحقوق المكتسبة عن المراكز المنشأة

[30] حمادي عبد الفتاح، آلية الدفع بالنظام العام في مسائل الأحوال الشخصية، دون طبعة، العدد07، جامعة محمد بوضياف المسيلة، الجزائر، العدد07، 2017، 2017، ص70.

[31] رياض فؤاد عبد المنعم وراشد سامية، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وآثار الأحكام الأجنبية، دون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص156.

بالخارج، مادامت قائمة على أصول وقواعد القانون المختص وخالية من طل غش أو تحايل.[32]

- اعتماد مبدأ الأثر المخفف للنظام العام لا سيما في مجال الأحوال الشخصية من شأنه أن يسمح باستقرار المثبتة للشخص ودوامها، واحترام المراكز الواقعية والعلاقات القانونية المترتبة عليها.[33]

ثانيا: الأثر الانعكاسي للنظام العام

يذهب جانب من الفقه إلى القول بأن فكرة النظام العام فكرة وطنية، وأن قانون الدولة الأجنبية الذي يطبق إعمالا لفكرة النظام العام لا يتعدى أثره إلى دولة أخرى حتى لو كان مفهوم النظام العام في كلتيهما غير مختلف، وعليه لا يمكن التمسك في بلد القاضي بآثار الحق الذي اكتسب في دولة أجنبية وفقا لنظامه العام وخلافا لما يكون في القانون المختص وفقا لقواعد الاسناد في قانون القاضي.[34]

ويذهب الفقه الحديث إلى التفرقة بين الحالة التي يكون فيها النظام العام للدولة الأجنبية متطابق وفقا لمقتضيات نظامها العام وخلافا لما يقضي به القانون المختص.

أما في الحال الثانية فإنه لا يصبح الاحتجاج في دولة القاضي بآثار الحق المكتسب في دولة أجنبية طبقا لمقتضيات نظامها العام لعدم تطابق هذه المقتضيات مع مقتضيات النظام العام لدولة القاضي.[35]

---

[32] كيحل كمال، المرجع السابق، ص121.

[33] جمال الدين صلاح الدين، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص142.

[34] أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص183-184.

[35] أعراب بلقاسم، المرجع نفسه، ص184.

ويقول للفقه الحديث في تبريره لهذا الرأي أن أتفاق مفهوم النظام العام في كل من دولة القاضي والدولة الأجنبية يترتب عليه وصول القاضي الوطني إلى نفس النتيجة ولو كان النزاع قد طرح عليه ابتداء.

وعليه فإنه من غير المستساغ رفض لحل الذي توصلت اليه الدولة الأجنبية لمجرد أن هذا الحب قد تم التوصل إليه أحد بمقتضيات النظام العام فيها إذا كانت هذه المقتضيات تتفق مع مقتضيات النظام العام في دولة القاضي.[36]

ويرى الفقه الغالب بأن الجزء المخالف للنظام العام في القانون الأجنبي هو الذي يستبعد دون بقية الأجزاء الأخرى، فتكون بذلك قد احتفظنا للقانون الأجنبي ولقاعدة الاسناد التي قررت تطبيقه بأكثر قدر من الفعالية.[37]

وتشير بأن محكمة النقض الفرنسية قد أخذت في بعض أحكامها بهذا الحل، فاستبعدت الجزء فقط من القانون الأجنبي المخالف للنظام العام وابقت على الأجزاء الأخرى غبر المخالفة له.[38]

الفرع الثاني: آثار النظام العام بالنسب لإنشاء الحقوق في دولة القاضي :

إنشاء دولة الحقوق في دولة القاضي تنعكس آثارها سواء سلبيا أو ايجابيا هما آثار رأي بعض الفقهاء في هذا المجال حيث يمكن أن نوضحه في نقطتين هامتين، هما الأثر السلبي للنظام العام (أولا)، والأثر الإيجابي للنظام العام (ثانيا).

أولا: الأثر السلبي للنظام العام:

يمثل الأثر السلبي للنظام العام في استبعاد تطبيق الأجنبي المختص وفقا لقواعد الإسناد الوطنية، لكن يحدث وأن يكون القانون الأجنبي برمته مخالف للنظام العام.

---

[36] فؤاد عبد المنعم وراشد سامية، المرجع السابق، ص152.

[37] عبد المنعم رياض وراشد سامية، المرجع السابق، ص45.

[38] أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 177.

يرى بعض الفقه أن استبعاد القانون الأجنبي المختص وفقا لقواعد الإسناد الوطنية لمخالفته النظام العام بين أن يكون كليا لأن استبعاد جزء منه فقط دون الأجزاء الأخرى يتنافى مع حكمة قاعدة إذا هي تهدف أي تطبيق القانون الاجنبي كاملا بعض أحكامه دون الآخر[39]، كما أن استبعاد الجزئي يؤدي إلى مسخ القانون الأجنبي وتطبيقه بشكل يخالف إرادة المشرع الذي وضعه وهو ذات الحل الذي استقر كذلك في القضاء المصري وأيده غالبية الفقه هناك.[40]

وتطبيقا لهذا الحل إذا كان القانون الأجنبي لمنع الزواج بين مختلفي اللون فإن القاضي الجزائري يستبعده لمخالفته النظام العام ويطبق بدله القانون الجزائري الذي يجيز هذا الزواج.

ويقترن الأثر السلبي مع الأثر الإيجابي في الفروض التي يظهر فيها عند النظرة السطحية أنها لا تحتاج إلى تطبيق قانون القاضي عليها، أي الاكتفاء بشأنها بالأثر السلبي وحده، ومن ذلك مثل الحالة التي يسمح فيها القانون الأجنبي بنشوء علاقة زوجية لا يسمح بنشوئها قانون القاضي كالزواج بين مسلمة وغير مسلم، فالقانون الفرنسي يجيز هذا الزواج وفي الجزائر يعتبر مخالفا للنظام العام.[41]

ثانيا: الأثر الإيجابي للنظام العام:

ويتمثل في ثبوت الاختصاص لقانون آخر محل القانون الأجنبي المستبعد، وقد استقر القضاء والفقه الفرنسيين على إحلال قانون القاضي محل القانون الأجنبي المستبعد باسم النظام العام، وهو نفس الحكم الذي اعتمده القضاء المصري وما ذهب إليه أغلب الفقهاء المصريين كذلك.

يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي للنظام العام أو الآداب العامة.

---

[39] هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص151.

[40] عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، ج02، ط08، دار النهضة العربية، القاهرة، 1977، ص532.

[41] أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 179.

وبناء عليه فإن استبعاد القانون الأجنبي لمخالفته للنظام العام الجزائري يستلزم بالضرورة تطبيق القانون الجزائري محله تلقائيا بنص القانون.

وبناء عليه يحل القانون الجزائري في الجزء المستبعد من القانون الأجنبي المخالف للنظام العام الجزائري، بينما في الجزء المتبقي في القانون الأجنبي المختص هو الواجب التطبيق.

ونشير في هذا المجال إلى أن هناك رأيا آخر يسود في ألمانيا مفاده البحث في القانون المختص عند حالة الاستبعاد الجزئي لأحكام هذ ا الأخير عن قاعدة قانونية أخرى تحل محل القاعدة القانونية المستبعدة دون اللجوء إلى إحلال أحكام قانون القاضي محل الجزء المستبعد، وهذا تماشيا مع فعالية قاعدة الإسناد الوطنية التي تشير لاختصاص ذلك القانون الأجنبي باعتباره القانون الملائم في هذه الحالة والأنسب للتطبيق، وبالتالي وجب مراعاة باقي أحكامه طالما لا تخالف النظام العام لدولة القاضي، منها الحكم الشهير الذي قرره القضاء الألماني سنة 747 المتعلق بتطبيق القانون سويسري على دين لا يخضع للتقادم حسب هذا القانون، على أساس أن خضوع الدين للتقادم يعتبر من النظام العام في ألمانيا، وعليه فلا يعتد بالنص القانون السويسري الذي لا يجيز خضوع هذا الدين للتقادم، ولكن طبقا دون ان يحل محله نصوص القانون الألماني.

إلا أن الفقه الحديث انتقد هذا الحل الاخير ووصفه بأنه حل شاذ يتنافى مع مبدأ التقاضي بتطبيق القانون الأجنبي كما هو، ويعتبر تحريفا صريحا لهذا القانون مما يتنافى مع أعمال السلطة القضائية أصلا .[42]

[42] موسخ محمد، المرجع السابق، ص13.

الفصل الثاني
تطبيقات إعمال القانون الاجنبي
بموجب تطبيق النظام العام

لقد كانت الدول في السابق لا تقبل بتطبيق القوانين الأجنبية على إقليمها، على اعتبار أن هذا العمل يتعارض مع مبدأ سيادة الدول، لكن بظهور المدنية وظهور حركة تنقل الأشخاص والأموال أصبحت الدول تقبل بذلك على أساس منطق العدالة الاجتماعية وعلى أساس المعاملة بالمثل وعلى أثر هذا التبادل القانوني بين الدول بلغ التنازع دروته خاصة في المسائل الأسرية ذات العنصر الأجنبي لذلك وجدت قواعد الإسناد كوسيلة لفض التنازع الحاصل بين قوانين الدولة المختلفة.

والجدير بالذكر أن المجال الخصب لتنازع القوانين يكون خاصة في المسائل الأسرية نظرا لاختلاف العقائد وخصوصيات الأفراد وأمام هذا الوضع يثير الزواج مشاكل عدة من حيث انعقاده والآثار المترتبة عنه، والأمر كذلك بالنسبة انحلال الزواج والآثار المترتبة عنه.

ومن هنا ارتأينا تقسيم هذا الفصل وفقا لمبحثين، حيث نقوم بدراسة تحديد القانون الواجب التطبيق في بعض مسائل الأحوال الشخصية في المبحث الأول، في حين ننتقل للمبحث الثاني لندرس المسائل المحددة في الزواج تستبعد بموجب النظام العام.

المبحث الأول: تحديد القانون الواجب التطبيق في بعض مسائل الأحوال الشخصية:

نظرا لأهمية هذا الموضوع سنحاول جاهدين في دراسته والتوغل فيه أكثر لجمع أكثر قدر من المعلومات التي تساعدنا في مناقشة بحثنا أكثر وذلك لجعل عملنا مفيد أكثر ومن هنا ارتأينا تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، حيث سنتطرق في المطلب الأول إلى تحديد القانون الأجنبي الواجب التطبيق في مسائل الزواج، في حين نقوم بدراسة القانون الواجب التطبيق في الحلال الزواج في المطلب الثاني.

المطلب الأول: تحديد القانون الأجنبي الواجب التطبيق في مسائل الزواج:

قسمنا هذا المطلب إلى فرعين، ندرس في الفرع الأول تحديد القانون الأجنبي الواجب التطبيق في الشروط الموضوعية للزواج، لننتقل في الفرع الثاني لتحديد القانون الأجنبي الواجب التطبيق في الشروط الشكلية للزواج.

الفرع الأول: تحديد القانون الأجنبي الواجب التطبيق في الشروط الموضوعية للزواج:

يعرف الزواج لغة: بأنه التخالط والاقتران وهو العلاقة الشرعية والطريقة المعقولة المتفق عليه مع مصلحة المجتمع ورقي الإنسان وانتظام شؤون المجتمعات في مختلف العصور وقد عرفه المشرع الجزائري في المادة 04 من قانون الاسرة الجزائرية: "الزواج هو عقد رضائي يتم بين الرجل وامرأة على الوجه الشرعي ومن أهدافه تكوين الأسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الإنسان".[43]

أولا: ضابط الإسناد في الشروط الشكلية للزواج :

الشروط الشكلية للزواج ليست نفسها في مختلف الدول، ففي بعض الدول يشترط الشكل الديني للانعقاد الزواج، وفي بعضها الآخر يشترط الشكل المدني لانعقاده، وتوجد دول تجيز انعقاده في كلا الشكلين بينما تكتفي الدول أخرى لانعقاده برضا الطرفين فقط دون ربطه بأي شكلية.[44]

يخضع الزواج من حيث شكله في القانون الجزائري لقانون محل ابرامه، ويستكشف ذلك من عدة نصوص:

- نص مادة 27من قانون الحالة المدنية، والذي جاء فيها: "إن الزواج الذي يعقد في بلد أجنبي بين جزائريين أوبين جزائري وأجنبي صحيحا إذا تم حسب الأوضاع.

[43] عدلت بالأمر رقم05-02المؤرخ في 2005، الجريدة الرسمية العدد15.

[44] أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص239.

المألوفة في ذلك البلد شريطة ألا يخالف الجزائري الشروط الأساسية التي يتطلبها القانون الوطني في مكان عقد الزواج".

- نص المادة71 من نفس القانون، والذي جاء فيه:" يختص بعقد الزواج ضابط الحالة المدنية أو القاضي الذي يقع في نطاق دائرته محل إقامة طالبي الزواج أو أحدهما أو المسكن الذي يقيم فيه أحدهما باستمرار منذ شهر واحد على الأقل على تاريخ الزواج.. ويضيف النص:" ولا تطبق هذا المهلة على المواطنين ".
- ونجد أيضا النص المادة 19 من القانون المدني الذي يخضع كل العقود ما بين الأحياء من حيث شكلها لقانون البلد التي تمت فيه، لكن دون ان يجعل ذلك إلزاميا إذا قد أجاز إخضاعها أيضا للقانون الوطني المشترك للمتعاقدين.

وخضوع الزواج في شكله لقانون بلد ابرامه هو الحل الذي أخذت به صفة صريحة تشريعات الكثيرة من الدول العربية نذكر منها القانون المصري، القانون الكويتي، التونسي، اللبناني والقانون السوري .[45]

ثانيا: ضابط الاسناد في الشروط الموضوعية للزواج

يقصد بالشروط الموضوعية للزواج تلك الشروط التي يتوقف وجود الزواج على وجودها، وينعدم حالة انعدامها، فهي الأسس الجوهرية التي يقوم عليها الزواج.

وتختلف هذه الشروط من دولة على أخرى بحكم اختلاف الأنظمة القانونية، والعقائد القانونية غير أن الدول العربية المسلمة خاصة غالبيتها تستمد هذه الشروط من الشريعة الإسلامية، لذلك فلما تتصور اختلافا بينهما، بينما يزداد هذا الأمر تعقيدا عندما يكون الزواج

بين الطرفين أحدهما من دولة مسلمة والآخر غير ذلك، نتيجة الفرق الكبير بأسس الزواج.

[45] الطيب الزروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري:تنازع القوانين، ج 01، ط02، مطبعة الفصيلة، 2008، ص24.

كما تجدر الإشارة إلى أن الشرعية الإسلامية وقوانين الأحوال الشخصية العربية لا تعرف التمييز بين شروط الموضوعية والشروط الشكلية في ابرام الزواج، بينما نجدها تمييز بين أركان العقد وشروطه.[46]

بالرجوع إلى نص المادة 11 من القانون المدني الجزائري نجد أنها حددت الشروط الموضوعية للزواج ولقد جاء فيها:" الشروط الخاصة لصحة الزواج يطبق عليها القانون الوطني لكل من الزوجين ".

1-التطبيق الجامع: إن سبب اسناد الشروط الموضوعية للزواج على قانون كل من الزوجين يرجع إلى كون الزوج يرتب أثارا هامة، ولن يكون منطقيا ان تم اسناد هذه العلاقة إلى قانون الزوج بينما تعتبر باطلة وفقا لقانون الزوجة، ولهذا نجد أن الشروط الخاضعة للتطبيق الجامع تتمتع بصفة مزدوجة وتخص العلاقة الزوجية في ذاتها[47]، فهي تهدف إلى حماية المصالح الأسرية، وتمثل استجابة للمبادئ أساسية وخلقية، ومن امثلة هذه الشروط العقيلة ومسألة الارتباط بزواج سابق، وكذلك اختلاف الدين ويخرج عن نطاق هذه الموانع العوائق الإقليمية والعنصرية.[48]

ولقد تناول المشرع الجزائري موانع الزواج في المواد 23-24-30 من قانون الأسرة الجزائري، حيث نصت المادة 23 على ما يلي:" يجب ان يكون كلا من الزوجين خلوة من الموانع الشرعية المؤبدة والمؤقتة ".

[46] مسعودي يوسف، الزواج والطلاق في العلاقات الدولية الخاصة، دراسة مقارنة، مطبعة دار الأيام، عمان، 2006، ص24.

[47] صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين في مشكلة ابرام الزواج، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2007، ص53-54.

[48] الطيب الزروتي، القانون الدولي الخاص المصري، النسر الذهبي للطباعة، مصر، 2003-2004، ص848-849.

وقد نصت المادة 24على أنه على ان:" موانع النكاح المؤيدة هي: القرابة، المصاهرة، الرضاع ".

أما المادة 30 فقد تعرضت إلى موانع الزواج المؤقتة:" يحرم من النساء مؤقتا: المحصنة، المعتقدة من طلاق أو وفاة، المطلقة ثلاثا، كما يحرم مؤقتا: الجمع بين الأختين أو بين المرأة وعمتها أو خالتها، سواء كانت شقيقة أو لأب أو لأم من رضاع، زواج المسلمة من غير المسلم".

إذا حسب القانون الجزائري فإن هذه الموانع يجب أن تخضع للتطبيق الجامع نظرا لخطواتها وتعلقها بالنظام العام، بخلاف بعض الشروط الاخرى التي يمكن أن تخص كل فرد على حدى فيكتفي بالتطبيق الموزع، وفي الواقع فإن فرص قيام الزواج المختلط وفق لتطبيق الجامع لقانون كلا من الزوجين، وهذا راجع للاختلاف الموجود بين قوانين الدولة فيما يخص تنظيم مسائل الزواج.[49]

وقد تجاهل القضاء في أحيان كثيرة بعض الموانع ذات الطبيعية الخاصة كمنع زواج القساوة أو منع الزواج من مطلق، وكذا منع الزواج بسبب المرض، وفي الحقيقة فإن هذا الموانع تقتضي من القاضي البحث والتقصي لمعرفة الغرض من المانع والنطاق تطبيقه.[50]

02-التطبيق الموزع

ومعنى ذلك أن لكل طرف عليه أن يستوفي جميع شروطه الموضوعية المنصوص عليها في قانونه الوطني فيستثنى من التطبيق الموزع موانع الزواج نظرا لخطورتها لأنها تهدف لحماية الرابطة الزوجية في حد ذاتها وليس لحماية شخص الزوج أو الزوجة.[51]

[49] صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين في مشكلات ابرام الزواج، المرجع السابق، ص59.

[50] عصام الدين القصبي، القانون الدولي الخاص المصر، النسر الذهبي للطباعة، مصر، 2003-2004، ص848-849.

[51] مسعودي يوسف، المرجع السابق، ص109.

والقانون الجزائري أيضا أخذ بالتطبيق الموزع في النص المادة 11من القانون المدني المعدلة، وأكد على ذلك في نص المادة 97 من قانون الحالة المدنية بقوله أنه يشترط أن لا يخالف الطرف الجزائري شروط الأساس التي يتطلبها القانون الجزائري لإمكان عقد الزواج غير أنه إذا تعلق الأمر بالموانع يطبق بشأنها دائما التطبيق الجامع.

03-الاستثناء

تنص المادة 13 من القانون المدني الجزائري بأنه:" يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11و12 إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاده الزواج، إلا فيما يخص أهلية الزواج"، وهذا يعني أم تقدير صحة الشروط الموضوعية للزواج يكون طبقا للقانون الجزائري متى كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاده للزواج.

الفرع الثاني: نطاف القانون الذي يحكم الشروط الشكلية للزواج

لما كانت شروط صحة الزواج تخضع لقانونين مختلفين فمن اللازم تحديد نطاق القانون الذي يحكم منها الشروط الشكلية للزواج، ويعتبر شرط "الشكل الديني" الذي تفرضه بعض الدول على رعاياها الذين يبرمون زواجهم في الخارج الشرط الوحيد الذي أثار صعوبة كبيرة في تكييفه في مختلف الدول، أما الشروط الأخرى فتكييفها لا يثير صعوبة ذات أهمية كبيرة.

أولا: تكييف شرط إبرام الزواج في الشكل الديني

تشترط بعض الدول في رعاياها إبرام زواجهم في الشكل الديني ذلك هو حال اليونان قبل قانون05 أفريل1982.[52]

واسبانيا قبل القانون 81/03 الصادر في 1881 وذلك في المادة 80 والمادة 50، وهو حال اسرائيل اليوم وذلك مالطا وكولومبا.[53]

[52] أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص545.

[53] أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص546.

ثانيا: نطاق القانون الواجب التطبيق بالشروط الموضوعية في الزواج

من اهم اركان انعقاد الزواج ركن الرضا حسب ما نصت عليه المادة 09 المعدلة من قانون الاسرة الجزائري:" يعقد الزواج بتبادل الرضا بين الزوجين".

كما نصت المادة 10 من نفس القانون:" يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا، ويصبح الإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفا كالكتابة والإشارة".

ويجب أن تتوفر في عقد الزواج الصحيح بعض الشروط وهو ما جاءت به المادة 09 مكرر من نفس القانون ألا وهي:

- السن.
- أهلية الزواج.
- الصداق طبقا لنص المادة 14 من قانون الاسرة.
- الولي.
- انعدام الموانع الشرعية للزواج طبقا لنص المادة 23 من قانون الأسرة.

أما الدول التي جعلت من الزواج نظاما علمانيا كفرنسا وبريطانيا وبلجيكا تعتبر هذا الشرط من الشروط الشكلية .[54]

أما الدول التي تعتبر الزواج نظاما دينيا فتعتبره من الشروط الموضوعية[55]، وفي الجزائر تنص المادة 09 من القانون المدني أن القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوبة تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه، ولما كان القانون الداخلي لا يعرف التفرقة بين الشروط الموضوعية والشكلية فإن أمر تكييف شرط المراسيم الدينية وفقا للقانون الجزائري.

[54] أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص723.

[55] أعراب بلقاسم، المرجع السابق، 723.

ونجد نفس هذه الصعوبة في معظم الدول العربية لأنها هي أيضا لا تفرق هذه التفرقة، لكن بما أن الزواج ليس في الشريعة الإسلامية نظاما دينيا إنما هو نظام مدنيا إذ لا يشترط لانعقاده حصور رجل الدين أو احترام طقوس معينة فيمكن القول بأن شروط المراسيم الدينية.

يعتبر من الشروط الشكلية في الجزائر وقد قال بهذا التكييف الفقه المصري وقد نص القانون الكويتي عليه صراحة حتما لأي خلاف شأنه.[56]

المطلب الثاني: تحديد القانون الاجنبي الواجب التطبيق في انحلال الزواج:

سنحاول من خلال هذا المطلب معرفة ضابط الاسناد في جنسية الزوج وقت رفع الدعوى (الفرع الأول) ثم ننتقل للتطرق إلى نطاف القانون الواجب التطبيق في انحلال الزواج (الفرع الثاني).

الفرع الأول: ضابط الاسناد في جنسية الزوج وقت رفع الدعوى

تثير دراسة مضمون القاعدة العامة المعتمدة من المشرع الجزائري ألا وهي قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، البحث عن محتوى بإبراز الضابط المعتمد ثم بيان مجال تطبيق القاعدة.

أولا: محتوى الضابط المعتمد

في تحديد القانون الواجب التطبيق على الانفصال الجسماني اعتمد المشرع على ضابط الجنسية إذ ينتمي الموضوع إلى الاحوال الشخصية أين فضل ضابط الجنسية على ضابط الموطن، وهو ما تبينه قواعد الإسناد من المادة 10 إلى المادة 16 من القانون المدني.

رجح المشرع جنسية الزوج على جنسية الزوجة، فلم يعتمد على تطبيق كلا من القانونين والمكرس لإنشاء العلاقة الزوجة وفق نص المادة 11 من القانون المدني، وهو حل منطقي على أساس أن هذا التطبيق قد يعرقل تسوية النزاعات وتفضيل جنسية الزوج ليس موقف جديد من

[56] عراب بلقاسم، المرجع نفسه، ص246.

طرف المشرع فقد لجأ إلى ذلك في المادة 01/12 المتعلقة بآثار عقد الزواج على اعتبار ان الزوج هو رب الأسرة.

كما رعى المشرع المعيار الزمني والمتمثل في "وقت رفع الدعوى" فنظر في الانفصال الجسماني إلى جنسية الزوج ولكن وقت رفع الدعوى، وبذلك فقد تكفل المشرع بحل مشكلة التنازع المتحرك الذي يمكن أن ينشأ عن التغيير في ضابط الاسناد.

وأخيرا لم يعتمد المشرع على ضابط الموطن سواء كحل آخر ملائم مثلما ذهب إليه المشرع الفرنسي أو كحل احتياطي مثل القانون التونسي.

ثانيا: مجال تطبيق القاعدة:

على القاضي أن يراعي مجال التطبيق قاعدة قانونية جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، أي تحديد مضمون الفكرة المسندة في المادة 02/12، وفي ذلك نميز بيم المسائل الموضوعية والمسائل الإجرائية.

تطبيق القاعدة على المسائل الموضوعية

تطبق القاعدة على نوعان من المواضيع محل النزاع، أو لا إذا تعلق الأمر بصحة الحق المكتسب، فهو نزاع يتمحور حول سبب الانفصال الجسماني والشروط الموضوعية لإعماله مثل الزنا أو إذا كان أحد الزوجين يشكل خطرا جسيما على الزوج الثاني، وثانيا إذا تعلق الأمر بآثار الانفصال الجسماني التي تنقسم دورها إلى الآثار المتعلقة بالعلاقات الشخصية بين الزوجين كنفقة الزوجة وتحديد مدة الانفصال، والآثار المتعلقة المالية مثل تصفية النظام المالي.[57]

عدم تطبيق القاعدة في المسائل الإجرائية

[57] وقد قرر القانون الفرنسي التسوية بين الطلاق والانفصال الجسماني في الاحكام من حيث الأسباب دون الآثار، ينظر:
Terre françois et fonoiillet dominique, droit civil :les personnes ,la famille ,les incapacitès, 6ed, dalloz, 1996 , p512-513.

لا تخضع المسائل الإجرائية للنزاع المتعلق بالانفصال الجسماني لأحكام المادة 02/12، إذ قد تقتضي المحافظة على المصالح المختلفة للزوجين والأولاد اتخاذ بعض التدابير الضرورية أو المستعجلة مثل تحديد محل إقامة الزوجة أو رعاية الأولاد، والمتفق عليه تشريعا، فقها وقضاء خضوع المسائل الإجرائية لقانون قاضي رفع الدعوى، وهو ما أخذ به المشرع الجزائري في 2005 بموجب المادة21 مكرر التي على أنه:" يسري على قواعد الاختصاص والإجراءات قانون الدولة التي ترفع الدعوى او تباشر فيها الاجراءات، وارجع الفقهاء الفرنسيين تطبيق القانون الفرنسي على الاجراءات إلى أساس آخر ثاني وهو تعلق المسألة بالأمن المدني وهو موضوع يتعلق بالنظام العام[58]، وقد اكد المشرع التونسي خضوع الاجراءات التحفظية في النزاع المتعلق بالانفصال الجسماني إلى احكام القانون التونسي في فصل49 من مجلة القانون الدولي الخاص التي تنص على انه.." وينظم القانون التونسي الوقتية أثناء سير الدعوى".

ويقع على القاضي الجزائري تكييف المسألة إذا ما كانت من الموضوع وتخضع لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى تطبيقا لأحكام المادة 02/12 أو إذا كانت من المسائل الاجرائية أين يطبق القانون الجزائري وفق أحكام المادة 09 من القانون المدني التي تنص على أنه أن يكون القاضي الجزائري وهو المرجح في تكييف العلاقات المطلوبة تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الوجب تطبيقه".

ثالثا: مشاكل قاعدة قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى

يثير الحل المكرس من المشرع الجزائري وبعض التشريعات مثل القانون الأردني السوري والمصري عدة مشاكل تنتج عن إعمال قاعدة وهو ما يؤثر بصفة سلبية على

[58] Niboyet j-p.op,cit , p456

العلاقات الخاصة ذات البعد الدولي التي تطلبت النص على قاعدة إسناد خاصة بالانفصال الجسماني ويمكن حسرة هذه المشكلة في:

01-الإخلال بمبدأ المساواة الرجل والمرأة:

المساواة بين الجنسين مبدأ دستوري كرسه المؤسس الجزائري[59]، كما تم الانضمام إلى اتفاقية القضاء على جميع أشكال التميز ضد المرأة في السنة 1996.[60]

إلا أنه يعبر ترجيح جنسية الزوج على جنسية الزوجة في المادة 02/12 على عدم تكريس المشرع لمبدأ المساواة، وهو ما تعتاد عليه مختلف التشريعات التي تأخذ بنفس القاعدة يختلف الوضع أو تم الاعتماد على جنسية المشتركة في حالة الاتحاد الجنسية كموقف المشرع التونسي أو حتى تقرير ضابط الموطن المشترك كحل احتياطي في حالة غياب الجنسية المشتركة، ولا يعد ذلك مساسا بالموقف الأصلي للمشرع في الأحوال الشخصية والمتمثل في اعتماده على ضابط الجنسية.

02-المساس بمصلحة الزوجة:

يثار المعيار الزمني المعتمد من طرف المشرع وقت رفع الدعوى وهو الوضع نفسه بالنسبة للقوانين التي أخذت حلا مماثل إشكالية المساس بمصلحة الزوجة، وقد يتحقق ذلك في حالتين:

الحالة الأولى: قد يطبق على الانفصال الجسماني قانون لم تكن تتوقعه الزوجة عند الإبرام عقد الزواج، ولم يضع بالحسبان ولذلك تفاجئ بأسباب وآثار للانفصال الجسماني تضر بمصلحتها، وتخدم مصلحة الزوج.

---

[59] المادة 29من الدستور الجزائري المؤرخ في 07ديسمبر1996 المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية 76 المؤرخة في 1996/12/08.

[60] المرسومة الرئاسية رقم96-51 المؤرخ في 22 جانفي1996، المتضمن انضمام الجمهورية الجزائرية مع التحفظ، إلى الاتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة للسنة 1979، الجريدة الرسمية العدد 06المؤرخة في 1996/01/21.

الحالة الثانية: تتمثل في تغيير الزوج لجنسيته حتى يتغير القانون الواجب التطبيق ولذا لا يخدم مصلحته على خلاف مثلا قانون جنسيته أثناء عقد الزواج الذي لا يقدم له ضمانات في حالة الانفصال الجسماني مقارنة بحقوق الزوجة وفي هذه الحالة يطبق القانون الجديد المتمثل في قانون جنسيته وقت رفع الدعوى لا سيما إذا كان من الصعب اثبات حالة الغش نحو القانون الاستبعاد القانون الواجب التطبيق المقرر في المادة 24 من القانون المدني.

03-امكانية تطبيق قانون الجزائري:

يتحقق تطبيق القانون الجزائري النزاع الذي يطرح بشأن الانفصال الجسماني إما على أساس أن الزوج وقت رفع الدعوى جزائري الجنسية، وإما على أساس أن أحد الزوجين كان جزائريا وقت عقد الزواج.

فإذا كان الزوج جزائريا وقت رفع الدعوى ففي هذه الحالة تطبق القاعدة الأصلية وفق حكم المادة02/12 ويسري القانون الجزائري حتى وإن كان الزوج يحمل في الوقت نفسه جنسية دولة اخرى، ولو كانت هذه الأخيرة جنسية فعلية، هذا إعمالا بأحكام المادة02/22 من القانون المدني، وتتحقق هذه الحالة إذا ما نشأ الانفصال الجسماني في دولة الاجنبية، ووفق أحكام القانون الاجنبي، سواء في حالة ما إذا كان الزوج الجزائري وطبقا في تقرير الانفصال الجسماني قانون الموطن المشترك للزوجين مثل القانون الفرنسي إذا قررت المادة 309 من القانون المدني الفرنسي.

وإذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت الزواج فيطبق القانون الجزائري استنادا إلى المادة 13 من القانون المدني، وهي قاعدة إسناد ذات طابع انفرادي قررتها مختلف التشريعات السابقة الذكر[61]، التي تأخذ بضابط الجنسية في الأحوال الشخصية وبقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى النزاع المتعلق بالانفصال الجسماني، وتنص المادة 13 على أنه:" يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و12 أعلاه إذا أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج، إلا فيما يخص أهلية الزوج".

[61] وهو ما جاء في المادة 15 من القانون المدني السوري، والمادة 14 من القانون المدني المصري.

وعلى أساس ذلك يسري القانون الجزائري على النزاع المتعلق بالانفصال الجسماني، وهو قانون لا يعرف هذا النظام، حتى وإن تقررت المادة ذات الطابع الاستثنائي لحماية الطرف الجزائري، فقد يكون الموقف معقول ومنطقي إذ مازال هذا الشخص سواء الزوج أو

الزوجة يحمل جنسية جزائرية وقت رفع الدعوى، لكن بالعكس لو تخلى عن الجنسية الجزائرية بعد عقد الزواج، فلا يوجد ما يربطه بالجزائر، وتطرح في هذه الحالة مدى قيمة نص المادة 13 لا سيما عندما تطبق من طرف القاضي.[62]

الفرع الثاني: نطاق تطبيق القانون الواجب التطبيق في انحلال الزواج:

إن القانون الذي يحكم انحلال الزواج هو الذي يرجع إليه لمعرفة ما إذا كان الحق في الطلاق معترف به في دولة هذا القانون الذي يحكم هذا القانون أو لا، وإذا كان معترفا به فيها فمن من الزوجين يملكه؟ ويرجع كذلك القانون الذي يحكم انحلال الزواج لمعرفة الأسباب التي تبرر التطليق أو الانفصال الجسماني، أما اجراءات الطلاق أو التطليق فهي تخرج عن نطاق هذا القانون وتخضع لقانون القاضي، كما تخرج أيضا من نطاقه الاجراءات التحفظية أو الوقتية التي تتخذ أثناء سير دعوى الطلاق أو التطليق للمحافظة على كل من الزوجين والأولاد، مثل تحديد نفقة وقتية للزوجة والاذن لها بالإقامة في سكن الزوجية، وتسليم الأثاث الضروري لها للاستعمال اليومي فهذه الاجراءات كلها تخضع لقانون القاضي وهذا ما أخذ به القضاء الفرنسي[63]، وقد انتقد بعض الفقه هذا القضاء وبقبول بإخضاع الاجراءات الوقتية لقانون الذي يحكم انحلال الزواج مع قبول بصفة استثنائية إحلال القانون الفرنسي محل القانون الأجنبي المختص، ويكون ذلك باسم النظام العام أو باسم حالة الاستعجال.[64]

---

[62] كمال آيت منصور، إشكالية القانون الواجب التطبيق على الانفصال الجسماني والتبني، محاضرات، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، الجزائر، ص149.

[63] أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 532.

[64] أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص533.

المبحث الثاني: المسائل المحددة في الزواج تستبعد بموجب النظام العام:

سنقوم في هذا المبحث بدراسة الشروط الموضوعية للزواج في المطلب الأول، في حين خصصنا المطلب الثاني للقانون الواجب التطبيق على انحلال الرابطة الزوجية.

المطلب الأول: الشروط الموضوعية للزواج:

إن اختلاف المفاهيم من دولة إلى أخرى من الناحية الاجتماعية والأخلاقية والدينية تولد عنه مجالا خصبا من أجل استبعاد القانون الواجب التطبيق لتعارضه مع النظام العام خاصة في مجال الأسرة الذي تحكمه قواعد أخرى خلق شرخا كبيرا في تطبيق القوانين المتعلقة بالأحوال الشخصية لما تتوفر عليه من عناصر أجنبية تتحكم فيها نزاعات دينية كالإسلام والمسيحية.

مما يجعلنا نتوقف عند دراسة مسألتين هامتين في هذا المطلب، وهي كالتالي بيانه.

الفرع الأول: مخالفة حضر تعدد الزوجات للمسلم في النظام العام

لقد أباح الإسلام التعدد نظرا لما فيه من فوائد للمجتمع وزيادة في التقارب والأنساب من أجل بناء مجتمع متماسك تتحكم فيه روابط الأخوة والصلة ويعد مخالفا للنظام العام في مصر وفي بعض البلدان الإسلامية كل قانون أو شريعة تحضر على المسلم الزواج بزوجة ثانية أو ثالثة أو رابعة وذلك كما تبين في قوله تعالى:"... فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع...".

أولا: تعدد الزوجات في القانون الجزائري :

تنص المادة 08 في القانون الجزائري بانه الجمع بأكثر من زوجة وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية ووجود مبرر شرعي ونية العدل وإعلان كافة الأطراف وحق الزوجة رفع دعوى ضد الزوج في حالة قيامه بالغش والمطالبة بالعلاقة عند الضرر أو عدم الرضا.

ومنه نلاحظ أن المشرع الجزائري أعطي الحماية الكاملة للزوجة وبضمانات تستوجب وجود المبررات الشرعية والإعلام والعدل وإلا فالزوجة لها الحق الكامل في رفع دعوة قضائية من اجل استرداد حقوقها إذا ثبت عن الزوج الغش.

ثانيا: تعدد الزوجات في القوانين الأخرى :

بعض الدول الغربية مثل بريطانيا واليونان يحضران تعدد الزوجات وهذا ما يعد مخالف للنظام العام للدول الإسلامية التي تتبع التعدد ومنه استبعاد القانون الواجب التطبيق في مثل هذه المسائل نظرا لمخالفتها النظام العام .[65]

الفرع الثاني: مخالفة النظام العام لزواج الرجل من المطلقة ثلاثا:

من المسائل التي شددت عليها الشريعة الاسلامية في شؤون الأسرة وما يتعلق خصوصا بالزواج زواج الرجل من مطلقته ثلاث حيث أنه وضع سدا منيعا في وجه القوانين الاجنبية فالقاضي في التشريع الجزائري مطالب القانون الاجنبي الذي يبيح الزواج من المطلقة ثلاثا، حيث يقول تعالى:" الطلاق مرتان فإمساك بالمعروف أو تسريح بإحسان"[66]، حيث ان الشريعة الإسلامية وضعت شروطا لكيفية الزواج بالمطلقة ثلاثا.

أولا: لا تنكح المرأة المطلقة ثلاثا من زوجها إلا بعد الزواج بأجنبي آخر حيث لم تحل حتى تنكح زوجا غيره.. فإذا نكحت زوجا غيره مسلما أو أدميا.: أو أصابها حل له نكاحها.

ثانيا: المشرع الجزائري في المادة 51 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على انه لا يمكن ان يراجع الرجل طلاقها ثلاث مرات متتالية.

وعليه نستنتج ان المشرع الجزائري طابق مع الشريعة الإسلامية في الحكم بمطلقة بثلاث، واستبعاد كل قانون يكون مناقض ويخل بالنظام.

---

[65] صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص20-21.

[66] سورة البقرة، الآية 299.

المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على انحلال الرابطة الزوجية:

تدخل الرابطة الزوجية في النظم القانونية المستمدة من الشريعة الإسلامية إما وفاة أو طلاق أو بالإرادة المتعددة للزوج، أو الطلاق بالتراضي، التطليق والخلع، حيث تختلف عن النظم الغربية الذي تدخل فيه الرابطة الزوجية عن طريق الطلاق بالتراضي والذي تكون بإرادة أحد الزوجين عن طريق القضاء.

وقد جاء في القانون المدني في نص المادة 02/212 انه يخضع لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى والذي قد تتغير جنسية الزوج بعد انعقاد الزوج.

الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق على أسباب انحلال الزواج

لقد حصر المشرع الجزائري أسباب انحلال الرابطة الزوجية في نص المادة 02/212 من القانون المدني الجزائري، والتي تحصر القانون الواجب التطبيق في هذه الحالة إذ أنها قد تبرم في وجود قانون معين عند عقد الزواج والذي قد يكون مخالفا عن الطلاق بتغيير جنسية الزوج.

وقد أخذت بعض الدول الغربية بقانون القاضي، وأخذت دول أوروبا اللاتينية بإخضاع التطليق والتفريق الجسماني إما لقانون جنسية الزوج وحده، أو قانون جنسية كلا الزوجين على أساس التطبيق الجامع والموزع.

الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على اجراءات دعوى انحلال الرابطة الزوجية

وهي الاجراءات المتعلقة برفع الدعوى الطلاق والتطليق، الخلع والتفريق الجسماني فهي تخضع لقانون القاضي حسب المادة 21 مكرر من القانون المدني والتي تنص على أنه:" يسري على قواعد الاختصاص والإجراءات قانون الدولة التي ترفع فيها الدعوى أن يباشر فيها الاجراءات.

الخاتمة

من خلال الدراسة السابقة يتضح لنا أن موضوع استبعاد القانون الواجب التطبيق في مسائل الأحوال الشخصية بمقتضى النظام العام يعد موضوعا حساسا ومعقدا في القانون الدولي الخاص وذلك لارتباطه الوثيق بمسائل الاحوال الشخصية مما ينتج عنه تنازع القوانين وذلك بتوفير العامل الأجنبي مما جعل منهج الاستبعاد ضروري من اجل المحافظة على النظام العام ومراعاة أحكام القانون الداخلي.

فتتنازع القوانين في القانون الدولي الخاص وخاصة الاحوال المتعلقة بتوفير العنصر الأجنبي لا يقوم إلا بموجب شروط وتنتج عنه آثار تنعكس سلبيا وإيجابيا على تطبيق القانون الواجب تطبيق على هذه المسائل.

فالمشرع الجزائري وضع قوانين وأحكام آمرة لات يجوز مخالفتها واعتبارها من صميم النظام العام حيث يخضع له قاضي الموضوع ويتقيد بها في اختيار قواعد الاسناد وذلك من أجل الحفاظ على النظام العام.

حيث أن المشرع الجزائري في مادته 24 من القانون المدني حرص على تطبيق القانون الوطني للقاضي واستبعاد القانون الأجنبي المختص تكريسا لمبدأ السيادة الوطنية للتشريع نظرا لقلة الاتفاقيات الدولية والمعاهدات.

ولا شك من أن النظام العام يتغير بمتغيراته مهمة صعبة ودقيقة للغاية حيث يتطلب الاحترام والموافقة والموازنة بين القانون الداخلي للدولة والذي ينعكس سلبا على الحياة الاجتماعية مما يوجب على القاضي بالتحلي بالموضوعية والاعتدال في الفصل في القضايا المتنازع عليها التي تتضمن العنصر الأجنبي.

ومما لا شك فيه ان الاحوال الشخصية تتأثر بمبادئ الشريعة الإسلامية وبالتالي العودة إلى قواعد الاسناد من إعمال الدفع العام ويتجاوز القاضي وينحرف عن الدور الذي وحد من أجله.

وبما أن المشرع الجزائري نظم العلاقات الخاصة الدولية بصفة خاصة، حيث وضع له نصوصا قانونية حيث استبعد الآراء الفقهية، ومن جهة أخرى المشرع الجزائري قلل من

الاجتهاد القضائي من أجل تحديد الاختصاص الذي يفصل في حل النزاع ذو العنصر الأجنبي.

ومن خلال مما سبق يتضح لنا أن العجز والنقص في توفير الحلول لجميع النزاعات ذات العنصر الأجنبي، مما يستوجب على المنظومة التشريعية في وضع حلول لهذه المسائل القانونية المتعلقة بالقانون الدولي الخاص في خصم وتيرة التطور المسارع الذي تشهده العلاقات الدولية الملائمة لمشكلات النزاعات الدولية في شؤون مسائل الأحوال الشخصية.

A travers l'étude précédente, il nous apparait clairement que la question de l`exclusion de la loi applicable en matière de statu personnel d`ordre public est un sujet sensible et complexe en droit international privé en raison de son lien étroit avec les questions de statut personnel, ce qui entraine un conflit des lois. En mettant à disposition du travailleur étranger, la démarche d’exclusion est nécessaire afin de préserver l’ordre public et en tenant compte des dispositions du droit interne des conflits de lois existent en droit international privé l’étranger ne travaille que sous condition.

المراجع

أولا: المصادر

أ - القرآن الكريم

ب - النصوص القانونية

- المرسوم الرئاسي رقم 96-51 المؤرخ في 22 جانفي 1996، المتضمن انضمام الجمهورية الجزائرية مع التحفظ، إلى اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979، الجريدة الرسمية عدد 06.
- قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 08-2009 في 25/02/2008، العدد 21، 2008.
- القانون المدني من الأمر رقم 2-5-18 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر سنة 1975 المعدل والمتمم.

ثانيا : المراجع

أ - الكتب العامة

- أعراب بلقاسم ، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزائر، 2002.
- حامد مصطفى، مبادئ القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، الطبعة 02، بغداد، 1970.
- صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين في مشكلة إبرام الزواج، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007.
- الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري : تنازع القوانين، ج01، ط02، مطبعة الفسيلة، 2008.
- الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص المصري، النسر الذهبي للطباعة، مصر، 2003-2004.
- عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد: نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام ، دار إحياء التراث العربي، لبنان، دون سنة نشر.
- عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، ج 02، ط 08، دار النهضة العربية، القاهرة، 1977.

- عصام الدين القصبي، القانون الدولي الخاص المصر، النسر الذهبي للطباعة، مصر، 2003-2004.
- غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص الجزائري: الجنسية -الموطن- مركز الأجانب و أحكامه في القانون، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الأردن ،ج01، (د. ط)، 2003.
- محمد سعيد جعفور، مدخل إلى العلوم القانونية، الوجيز في نظرية القانون، ط03، دار هومة، 1999.
- مسعودي يوسف، الزواج والطلاق في العلاقات الدولية الخاصة، دراسة مقارنة، مطبعة دار الأيام، عمان، 2006.

ب-الكتب المتخصصة:

- عماد طارق البشري، فكرة النظام العام في النظرية والتطبيق: دراسة مقارنة بين القوانين الوضعية والفقه الإسلامي، الطبعة 01، المكتب الإسلامي، لبنان، 2005.

ب-المجلات والدوريات:

- حمادي عبد الفتاح، آلية الدفع بالنظام العام في مسائل الأحوال الشخصية، دون طبعة، العدد 07، جامعة محمد بوضياف المسيلة، الجزائر، العدد 07، 2017، 2017.
- سلطان عبد الله محمود، الدفع بالنظام العام وأثره، مجلة الرافدين، كلية الحقوق، جامعة الموصل، 2010، المجلد12، العدد 43.
- غلاق عبد القادر، اشكالية تحديد مفهوم النظام العام، مجلة المعيار، معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي أحمد بن يحي الونشريسي، الجزائر المجلة10، العدد04، ديسمبر2019.
- كيحل كمال، مفهوم النظام العام للقانون الدولي الخاص، مجلة الحقيقة، كلية الحقوق، جامعة أدرار، الجزائر، العدد 42، أكتوبر 2020.

د-الأطروحات والمذكرات:

01-رسائل الدكتوراه:

- عادل السعيد محمد أبو الخير، الضبط الإداري وحدوده، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر.
- عبد العليم عبد المجيد مرق علام، دور سلطة الضبط الإداري في تحقيق النظام العام وأثره في الحريات العامة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 1998.
- عليان عدة، فكرة النظام العام وحرية التعاقد في ضوء القانون الجزائري وفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بالقايد تلمسان، الجزائر، 2015-2016.
- يامة ابراهيم، لوائح الضبط الإداري بين النظام العام وضمان الحريات العامة ، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر الصديق تلمسان الجزائر ، 2014-2015.

ه-المحاضرات:

- كمال آيت منصور، إشكالية القانون الواجب التطبيق على الانفصال الجسماني والتبني، محاضرات، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، الجزائر.

ن-المراجع باللغة الفرنسية:

Terre françois et fonoiillet dominique, droit civil :les personnes, la famille, les incapacitès, 6ed, dalloz, 1996.

الفهرس

فهرس المحتويات

العنوان	الصفحة
مقدمة	01
الفصل الأول: مفهوم النظام العام وشروط إعماله	05
المبحث الأول: مفهوم النظام العام	05
المطلب الأول: تطور فكرة النظام العام	05
الفرع الأول: تعريف النظام العام وتطوره التاريخي	06
أولا: تعريف النظام العام	06
ثانيا: التطور التاريخي للنظام العام	07
الفرع الثاني: خصائص النظام العام وتمييزه عن المصطلحات المشابهة له	09
أولا: تمييز النظام العام في القانون الدولي الخاص عن النظام العام في القانون الداخلي	09
ثانيا: تمييز النظام العام عن الغش نحو القانون	09
المطلب الثاني: طبيعة وخوصصة النظام العام	11
الفرع الأول: مرونة النظام العام وتغييره زمانا ومكانا	11
أولا: تغيير النظام العام زمانا	11
ثانيا: تغيير النظام العام مكانا	13
المبحث الثاني: شروط الدفع بالنظام العام لاستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق في الأحوال الشخصية وآثار هذا الدفع	14
المطلب الأول: شروط الدفع بالنظام العام	15
الفرع الأول: إشارة قواعد الاسناد الوطنية لقانون دولة القاضي	15
الفرع الثاني: تعارض القانون الوضعي مع النظام العام في دولة القاضي	15
المطلب الثاني: آثار الدفع للنظام العام	16
الفرع الأول: أثره بالنسبة لحقوق المكتسبة في الخارج المتمسك بها في دولة القاضي	16

الفصل الثاني: تطبيقات إعمال القانون الاجنبي بموجب تطبيق النظام العام	21
المبحث الأول: تحديد القانون الواجب التطبيق في بعض مسائل الأحوال الشخصية	21
المطلب الأول: تحديد القانون الأجنبي الواجب التطبيق في مسائل الزواج	22
الفرع الأول: تحديد القانون الأجنبي الواجب التطبيق في الشروط الموضوعية للزواج	22
أولا: ضابط الاسناد في الشروط الشكلية للزواج	22
ثانيا: ضابط الإسناد في الشروط الموضوعية للزواج	23
الفرع الثاني: نطاف القانون الذي يحكم الشروط الشكلية للزواج	26
أولا: تكييف شروط إبرام الزواج في الشكل الديني	26
ثانيا: نطاق القانون الواجب التطبيق في الشروط الموضوعية للزواج	26
المطلب الثاني: تحديد القانون الاجنبي الواجب التطبيق في انحلال الزواج	28
الفرع الأول: ضابط الاسناد في جنسية الزوج وقت رفع الدعوى	28
أولا: محتوى الضابط المعتمد	28
ثانيا: مجال تطبيق القاعدة	29
ثالثا: مشاكل قاعدة قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى	30
الفرع الثاني: نطاق تطبيق القانون الواجب التطبيق في انحلال الزواج	33
المبحث الثاني: المسائل المحددة في الزواج تستبعد بموجب النظام العام	34
المطلب الأول: الشروط الموضوعية للزواج	34
الفرع الأول: مخالفة حضر تعدد الزوجات للمسلم في النظام العام	35
ثانيا: تعدد الزوجات في القوانين الأخرى	35
الفرع الثاني: مخالفة النظام العام لزواج الرجل من المطلقة ثلاثا	35
المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على انحلال الرابطة الزوجية	36
الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق على أسباب انحلال الزواج	36

الفرع الثاني :القانون الواجب التطبيق على اجراءات دعوى الرابطة الزوجية	36
الخاتمة	38
ترجمة الخاتمة	41
قائمة المصادر والمراجع	42