

جامعة 20 أوت 1955 – سكيكدة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم: الحقوق



الدفع بالنظام العام في تنازع القوانين في

مسائل الأحوال الشخصية

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستري تخصص قانون أحوال الشخصية

المشرف: الأستاذ محمد أمين مسيخ

من تقديم الطالب: محمد خنيش

لجنة المناقشة:

- أ. فيصل بوصيدة..... رئيسا

- أ. محمد أمين مسيخ..... مشرفا و مقرا

- أ. سميحة بشينة..... مناقشا

دورة جوان 2016

المقدمة

أصبح العالم نتيجة للعولمة يعيش تحديات جديدة ، وتوجه نحو المزيد من المنافسة في شتى المجالات، ليحتم على الدول وضع معايير وأسس جديدة لإدارة اقتصادياتها حتى تتمكن من دخول المنافسة الدولية باقتدار. حيث عرفت المجتمعات تطورات في مختلف المجالات فلم تعد العلاقات القانونية الوطنية خالصة بل تخللها العنصر الاجنبي.

واستجابة له ذه الحتمية كانت سنة 2005 سنة التعديلات بامتياز والمنعرج الحاسم في السياسة التشريعية الجزائرية ككل ، حيث شهدت تعديل الكثير من القوانين التي تمس ك وطن الدولة والمجتمع. كالقانون المدني، القانون التجاري، قانون الأسرة، قانون الجنسية.

فكان لأحكام تنازع القوانين الدولي في القانون الجزائري نصيب من هذا التعديل فاستحدثت المشرع الجزائري مواد لم تكن موجودة من قبل، وتتمثل هذه المواد: (13 مكرر، 13 مكرر، 17 مكرر، 21 مكرر، 23 مكرر، 23 مكرر، 23 مكرر، 2) وهناك مواد تم تعديلها وهي: (10، 11، 12، 15، 16، 17، 18، 19، 22، 23، 24). وكان ذلك لازما بعد الإقبال الكبير للأجانب على الجزائر نتيجة لسياسة جلب الاستثمارات الأجنبية وهذا بتسهيل عملية انتقال الأشخاص والأموال في إطار قانوني منظم . فكان لابد من مراجعة قواعد الإسناد وضبطها وفقا لتلك المتغيرات من خلال تحديد القانون الأنسب الذي يحكمها تحقيقا للعدالة والمساواة من جهة. ومن جهة أخرى حماية للنظام القانوني الوطني في مواجهة التشريعات الأجنبية التي يؤدي تطبيقها إلى نتائج شاذة يرفضها المجتمع.

فاستبعاد القانون الأجنبي باسم النظام العام ظاهرة عالمية لا تقتصر على الجزائر فقط بل تعمل به مختلف الدول مع اختلاف في تحديد معناه، ومدلوله، باختلاف مقومات كل دولة . الاجتماعية والدينية والخلقية.

ولعل مسائل الأحوال الشخصية تعد المجال الأوسع للإعمال بالنظام العام. فمفهومها يتسع ويضيق من دولة لأخرى، فيقتصر في بعض الدول كفرنسا على مسائل الحالة والأهلية فقط. ويتسع مجاله في الدول العربية ومنها الجزائر على ما سبق ذكره إضافة إلى الميراث

الوصية والهبة، فتدخل النظام العام في مسائل الأحوال الشخصية يكون على درجة تفاوت بين دولة وأخرى.

ومن أهم المسائل والمواضيع التي يتدخل فيها النظام العام تعدد الزوجات والطلاق بإرادة منفردة، فهي مباحة في الدول العربية طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية ومرفوضة في الدول الغربية غير الإسلامية على أساس الشريعة المسيحية المحرفة التي فلسفتها وحدة الزوجة وأبدية العلاقة الزوجية.

كذلك نجد الاختلاف الصارخ فيما يخص موضوع النسب الطبيعي فنقره الدول الغربية وتعترف بحقوق الابن غير الشرعي على قدم المساواة مع الابن الشرعي، بينما الدول الإسلامية لا تقر إلا البنوة الشرعية.

كذلك نجد الاصطدام الجلي والواضح بين التشريعات الغربية والتشريعات الإسلامية فيما يخص موضوع التبني، فالدول الإسلامية تراه خطر على استقرار الأسر وطريق نحو اختلاط الأنساب، على عكس ذلك فالتبني معترف به في الدول الغربية.

أما الأمر بالنسبة للميراث والوصية وسائر التصرفات التي تحدث بعد الموت، فهناك اختلاف بين تشريعات الدول في تكييف هذه المسائل وتنظيمها، فالبعض يعتبرها من مسائل الأحوال الشخصية والبعض يعتبرها من مسائل الأحوال العينية.

وعلى هذا الأساس سيتم حصر هذه الدراسة في المواضيع التالية: الزواج، النسب الطلاق والانفصال الجسماني، الحضانة، الميراث، والوصية.

أما عن أسباب اختيار الموضوع فترجع إلى رغبتني في طرق موضوع من مواضيع القانون الدولي الخاص التي تشكل أحد الإشكالات العملية خصوصاً وأنه ورد فيه شيء جديد الذي جاء به المشرع في تعديله للقانون سنة 2005.

وبالنسبة لأهداف الدراسة فهناك هدف جوهرى سعيت إليه وهو إيجاد مذكرة تجمع شتات الموضوع بالإضافة إلى تناول الجديد الذي ورد في التعديل المذكور أعلاه، ومحاولة مني لإضافة الشيء الجديد في الموضوع.

فالمشعر الجزائري وهو بصدد تنظيم موضوع الأحوال الشخصية في مجال تنازع القوانين عمد إلى حماية الأشخاص الوطنية من خلال ضمانة الدفع بالنظام العام، هذا الأخير الذي يشكل في ذاته موضوعا ذا بال فما بالك إذا أدخل في مجال تنازع القوانين. هذا ما دفعنا إلى طرح الإشكالية الآتية:

ما مدى تأثير فكرة النظام العام في مجال تنازع القوانين في مسائل الأحوال الشخصية؟ وهذا يترتب عليه طرح التساؤلات الفرعية الآتية:

ما مفهوم النظام العام والأحوال الشخصية؟ ما هو دور ضابط الإسناد في مجال الأحوال الشخصية؟ ما هي تجليات فكرة النظام العام في مسائل الأحوال الشخصية؟ ما هي الآثار المترتبة عن الدفع بالنظام العام في مسائل الأحوال الشخصية؟ و ما هو موقف المشعر الجزائري من كل ما سبق؟

للإجابة على هذه الإشكاليات اعتمدنا منهج الدراسة التحليلية المقارنة، إذ انطلقنا من تحليل أهم النصوص القانونية الواردة في التشريع الجزائري بهذا الخصوص، محاولين تبيان مدى توافقه في هذا المجال. ومن جهة أخرى المقارنة مع بعض التشريعات الخاصة منها التي تعتبر مصدر استقاء النصوص الجزائرية على غرار التشريعين المصري والفرنسي.

وقد اقتضت منا هذه الدراسة اعتماد خطة من فصلين:

ففي الفصل الأول تناولنا مضمون فكرة النظام العام ومسائل الأحوال الشخصية من خلال مبحثين ففي المبحث الأول تطرقنا إلى تحديد مفهوم النظام العام لدى الفقه والقضاء مع إبراز أهم خصائصه وشروط العمل به. أما في المبحث الثاني فتطرقنا إلى تحديد مفهوم

الأحوال الشخصية ومجالاتها ودور ضابط الإسناد في تحديد القانون الواجب التطبيق على هذه المسائل.

أما الفصل الثاني فقد تناولنا تجليات النظام العام في مسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية من خلال مبحثين، ففي المبحث الأول عالجتنا تدخل النظام العام في مسائل الزواج والنسب. أما في المبحث الثاني تطرقنا إلى تدخل النظام العام في مسائل الطلاق والحضانة والميراث والوصية.

وأنهينا هذه الدراسة بخاتمة شملت أهم النتائج التي توصلنا إليها وأردفناها بقائمة المراجع التي اعتمدنا عليها والفهرس.

الفصل الأول: مضمون فكرة النظام العام ومسائل الأحوال الشخصية:

أعطى المشرع الجزائري للقاضي سلطة تطبيق القوانين الأجنبية في الجزائر متى أشارت إلى ذلك قواعد الإسناد الوطنية. لكن ذلك ليس معناه أن المشرع قد جعل الباب مفتوحا أمام القاضي لتطبيق القوانين الأجنبية على هواه أيا كان محتواه¹.

إن تطبيق القانون الأجنبي الذي تشير إليه قواعد الإسناد الوطنية قد يتعارض مع المبادئ والأسس العامة التي يقوم عليها المجتمع في بلد القاضي، ويكون في حالة عدم توافق مطلق مع تشريعاته الداخلية، وه ذا ما يصطلح عليه بالمخالفة للنظام العام، ومن ثم لا يمكن للقاضي أن يطبق هذا القانون فيقوم باستبعاده².

وتختلف الدول فيما بينها في تحديد ضابط الإسناد في مجال الأحوال الشخصية، فالبعض يأخذ بمعيار الموطن والبعض ينيطها بقانون الجنسية، ولكل وجهة نظر تبريراتها وحججها في ذلك.

تعتبر مسائل الأحوال الشخصية من أكثر المسائل التي نجد الأعمال بالدفع بفكرة النظام العام فيها واضحا وجليا في أكثر من حالة وموضع، نظرا لعلاقتها بأحد ركائز الدولة وهو المجتمع والذي يقوم على عدة اعتبارات خاصة الدينية منها.

ولتوضيح مضمون فكرة النظام العام في القانون الدولي الخاص سنتطرق في هذا الفصل إلى مضمون فكرة النظام العام والاعتبارات التي تدفع إلى أعماله وذلك من خلال المبحث الأول. وإلى مفهوم الأحوال الشخصية ومجالاتها في المبحث الثاني.

1- أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، د: ط، تنازع القوانين، دار هومة للطبع والنشر والتوزيع الجزائر، 2005، ص: 166.

2- الطيب زرويني، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، تنازع القوانين، ط: 2، مطبعة الفسييلة، الجزائر، 2013، ص: 268.

أ) المبحث الأول: مضمون فكرة النظام العام

تعد فكرة النظام العام من المفاهيم التي تحكم العلاقات الداخلية لأفراد المجتمع الواحد وهي وإن كانت تتضح بشكل أكثر وضوح إذا تعلق الأمر بالعلاقات الدولية الخاصة فهي مع ذلك من ينبوع وطني وطابع نسبي متغير¹.

و يتضح مفهوم فكرة النظام العام من مجموعة القواعد القانونية التي يقوم عليها نظام كل دولة ويحفظ من خلالها تماسكه وانسجامه ، فمجموع تلك القواعد تنظم علاقة أفراد المجتمع فيما بينهم أو مع دولتهم أو مع الغير من غير جنسيتهم².

فكرة النظام تتطور باستمرار، فما يعتبر في وقت ما من النظام العام قد لا يكون كذلك في وقت لاحق، والعكس صحيح. وهذا يعود بالدرجة الأولى إلى تغير نظرة الأفراد للمسائل المعاشة نتيجة التطور الهائل الذي يشهده العالم، فهي فكرة يكتنفها الغموض باستمرار يصعب تحديدها على وجه دقيق، فهي تتغير من مكان لآخر، ومن زمان إلى زمان لاحق³.

ولتوضيح فكرة النظام العام في العلاقات الدولية الخاصة، ينبغي التوقف على ماهية النظام العام وه ذا ما سنتطرق إليه في المطلب الأول. ونتطرق في المطلب الثاني إلى التمييز بين النظام العام في القانون الدولي الخاص وبعض المفاهيم القريبة منه.

1- سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، ط:1، منشورات الحلبي الحقوقية، 2009، ص:735.

2- صلاح الدين جمال الدين، فكرة النظام العام في العلاقات الخاصة الدولية، ط:1، دار الفكر الجامعي، القاهرة، 2004، ص: 10.

3 - هشام صادق على صادق، حفظة السيد الحداد، دروس في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، الجنسية ومركز الأجانب، الإسكندرية، 1999، ص:202.

المطلب الأول: ماهية النظام العام:

إن البحث عن تحديد مفهوم للنظام العام هو المغامرة في الرمال المتحركة، إذ أن فكرة النظام العام متغيرة باستمرار وتتطور وتختلف من مكان لآخر ومن زمان إلى زمان، وقد وردت عدة محاولات من جانب الفقه في ضبط هذه الفكرة نذكر منها:

يرى الفقيه **دسبانييه**: "أن النظام العام مجموعة القواعد القانونية التي تعتبر ، بالنظر إلى الأفكار الخاصة المقبولة في بلد معين، ماسة بالمصالح الجوهرية له ذا البلد، ولا يهم بعد ذلك ما إذا كان الأمر يتعلق بمصالح دينية، خلقية، سياسية، أو اقتصادية. ويضيف أنه يعتبر من النظام العام من ناحية القوانين الضرورية لصيانة الحالة السياسية والاجتماعية ومن ناحية أخرى القوانين المدنية التي تعتبر ضرورية حفاظا على الدولة. وتبنى هذا التحديد العديد من الفقهاء الذين يركزون على تعلق النظام العام بالمصالح العامة والجماعية"¹.

ويرى **ارمنجون**: "أن النظام العام يكمن في استبعاد القانون الأجنبي إذا كان الحل الذي يقدمه غير عادل وغير كاف وخطر وللتعرف على ذلك يكون للقاضي سلطة تقديرية يحدها عدم الاعتماد على اقتناعه الشخصي، وضرورة تحري الإرادة الصريحة أو الضمنية أو الأقل محتملة، للمشرع و الهدف الذي يرومه"².

يقر الفقه من جهة أخرى أن النظام العام يقصد به "مجموعة المبادئ الأساسية السائدة في دولة معينة سواء أكانت ه ذه المبادئ سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية أو دينية أو أخلاقية".

كما يعرفه البعض: " أن النظام العام دفع يهدف إلى استبعاد تطبيق القانون الأجنبي بموجب قاعدة الإسناد الوطنية كلما كان في إعماله تهديد للأسس والمبادئ الجوهرية التي يتأسس عليها النظام القانوني في مجتمع دولة القانون، ويجب أن يكون مبنيا على المنطق والضرورة وأن تراعى عند استعماله خصوصيات المعاملات الخاصة الدولية وحاجاتها

1 - أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، د:ط، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008 ص:591.

2- مرجع نفسه، ص: 592.

فينبغي أن يكون القاضي متفتحا على القانون الأجنبي ومتفهما لدور قاعدة الإسناد الوطنية¹.

ويرى اتجاه آخر أن النظام العام يهدف إلى حماية المصالح الجوهرية للمجتمع، وهو هدف يسعى إلى تحقيقه سواء في مجال القانون الدولي الخاص أو القانون الداخلي، إلا أن هذه الحقيقة لا تعني في نظر الفقه تطابق فكرة النظام العام في كلا المجالين، ذلك أن فكرة النظام العام تستخدم في مجال القانون الداخلي لضمان عدم الخروج الإراضي عن أحكام القواعد القانونية الأخرى، بينما يستعان بهذه الفكرة في نطاق القانون الدولي الخاص لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قواعد الإسناد باختصاصه².

وفي مقابل الفقه نجد أن التشريعات الدولية قد أعرضت على إعطاء تعريف للنظام العام واكتفت بتقريب معناه إلى الأذهان وبناء أساسه على فكرة المصلحة العامة للجماعة.

فقد عرف المشرع اللبناني النظام العام على أنه "مجموعة المفاهيم التي يقوم عليها مجتمع الدولة التي ينتمي إليها القاضي، فإن تبين للقاضي أن القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة التنازع الوطنية يحتوي أحكاما تخالف تلك المفاهيم، يرفض القاضي تطبيقه حفاظا على نظامه الوطني، وحماية له من الأحكام التي تتعارض تعارضا صارخا مع مفاهيمه"³.

كما عرفه القانون الألماني، حيث جاء في المادة: 30 من القانون المدني الألماني⁴ على أنه: "القواعد التي تتصل بأصل أسس النظام الاجتماعي أو السياسي أو الاقتصادي للبلد وبمفهومها في وقت معين ويكون في طبيعة انتهاكها تهديد للنظام العام وتصديعه"⁵.

1- الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص: 271.

2- هشام صادق علي صادق، حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص: 206.

3- عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2008، ص: 193.

4- المادة: 30، القانون المدني الألماني.

5 - ممدوح عبد الكريم حافظ عمروش، القانون الدولي الخاص الأردني والمقارن، ط: 1، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع الأردن، 1998، ص: 197.

ويلاحظ على التعريفات التي قدمها الفقه والتشريعات على قلتها ركزت في تعريفها على الأسس الجوهرية التي يبني عليها المجتمع والذي يكون خرقها خرقا للنظام العام وربطتها بتحقيق المصلحة العامة دون أن تبين المقصود بهذه الأسس أو الطريقة التي تساعد على حصرها¹.

أما المشرع الجزائري فاكتفى بالنص على النظام العام في المادة: 24 من القانون المدني الجزائري على أنه: "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"². إن المقصود من مضمون هذه المادة هو أنه كل ما عينت قاعدة تنازع القوانين الجزائرية قانونا أجنبيا وفقا للمواد: 9 إلى 23³ وكان مخالفا للنظام العام فإنه يستبعد تطبيقه⁴.

وقد أشار المشرع الجزائري للنظام العام في المادة: 6/358⁵ بقانون الإجراءات المدنية والإدارية إلى الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا في حالة مخالفة القاضي الجزائري للقانون الأجنبي المتعلق بالأسرة، فالغرض من هذه المادة ليس إلزام القاضي الجزائري بتطبيق القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة بل يكمن الهدف بتشديد رقابة المحكمة العليا على القاضي في شؤون الأسرة حتى لا يطبق القانون الأجنبي المتعارض مع النظام العام ولو لم

1- غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، الطبعة الرابعة، دار وائل، الأردن، 2005، ص: 235.

2- المادة: 24، القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 جوان 2005، يعد ويتم رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية عدد44، الصادر في 26 جوان 2005.

3- المواد: 9 إلى 23، المرجع نفسه.

4- عليوش قريوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء1، د:ط، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 2007 ص: 159.

5- المادة: 6/358، القانون 08-09 المتضمن القانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري المؤرخ في 25 فيفري 2008.

يوجد طرف جزائري في العلاقة باعتبار أن مواد قانون الأسرة مستمدة من الشريعة الإسلامية.

إن عدم تحديد مفهوم واضح لفكرة النظام العام من طرف المشرع الجزائري قد ترك المجال مفتوحا للفقهاء والقضاء في تحديد مفهوم ودلالة فكرة النظام العام على الرغم من الأهمية الكبرى للفكرة.

ولعل أقرب تعريف للدفع بالنظام العام هو القول أن النظام العام دفع يتم بمقتضاه منع تطبيق القاعدة القانونية في القانون الأجنبي الواجب التطبيق. بمقتضى قاعدة التنازع الوطنية، إذا كان حكمها يرتطم ويتعارض مع المبادئ والقيم العليا الاجتماعية والاقتصادية والسياسية والدينية التي يقوم عليها مجتمع دولة القاضي¹.

أما في القانون الدولي الخاص لفكرة النظام العام تتلخص في استبعاد القانون الأجنبي المختص الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد الوطنية إذا كان تطبيقه يهدد الثوابت والأسس التي يقوم عليها المجتمع².

لتوضيح فكرة النظام العام والوصول إلى م غاها تعين علينا إبراز خصائصها (الفرع الثاني)، ولأجل ذلك لابد علينا المرور بتوضيح طبيعة النظام العام، فهل هو تطبيق القواعد الدولية الخاص، أم أنه استثناء منه (الفرع الأول).

الفرع الأول: طبيعة الدفع بالنظام العام:

ذهب الفقه التقليدي إلى اعتبار الدفع بالنظام العام تطبيقا لقاعدة عامة، حيث تقوم قواعد النظام العام حسب هذا الاتجاه على إقليمية القوانين، فعلى ذلك فقواعد النظام العام قواعد أصلية وأساسية لا ينظر إليها كقواعد استثنائية تمنع تطبيق القانون الأجنبي . وهذا ما سيؤدي إلى التضييق من حالات تطبيق القوانين الأجنبية، وفي هذا تفضيل وإنكار لدور

1- أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، المرجع السابق، ص: 587.

2- عليوش قريوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص: 163.

قواعد الإسناد، وهذا يشكل ضرراً لمصالح الأفراد أو تقليص في مجال التعاون الدولي في مختلف المجالات¹.

وقد تغيرت النظرة لطبيعة الدفع بالنظام العام فيؤى الفقه المعاصر أن الدفع بالنظام العام هو وسيلة استثنائية يلجأ إليها القاضي.

فعند النظر في النزاع المتعلق بالأحوال الشخصية للأفراد في العلاقات الدولية ، يفرض على القاضي التزاماً بالفصل في النزاع المرتبط بأكثر من نظام قانوني وفقاً للقانون الأكثر ملاءمة للتطبيق ، فإن توصل أن القانون الأجنبي يتضمن أحكاماً من شأنها أن تؤثر على المبادئ والأسس التي يقوم عليها المجتمع فيتم استبعاده، ولا يصح الالتجاء إليه إلا في الأحوال التي تقتضيها المصالح العليا للمجتمع حتى لا يتحول إلى وسيلة للإطاحة بالهدف الذي يسعى إليه المشرع الوطني في تنظيم تنازع القوانين².

وتستقر جل التشريعات على اعتبار أن الدفع بالنظام العام في العلاقات الدولية الخاصة دفع استثنائي، وليس تطبيق للقاعدة العامة، وقد أخذ المشرع الجزائري بهذا الاتجاه حيث أشارت المادة: 24 من القانون المدني الجزائري سالف الذكر ، أن تطبيق قواعد الإسناد المشار إليها في المواد التي تسبق هذه المادة يبقى متوقفاً على عدم مخالفتها للنظام العام³.

باعتبار الدفع بالنظام العام هو دفع استثنائي يلجأ إليه القاضي للمحافظة على المبادئ والأسس التي يقوم عليها المجتمع والدولة، لإعمالها لابد من توفر الشروط التالية:

1- بلمامي عمر، "الدفع بالنظام العام بالقانون الدولي الخاص"، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، 1986 ص: 150، 151.

2- صلاح الدين جمال الدين، فكرة النظام العام في العلاقات الخاصة الدولية بين القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية مرجع سابق، ص: 25، 26.

3- الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص: 273.

أولاً: أن يثبت الاختصاص التشريعي للقانون الأجنبي المخالف للنظام العام بموجب قواعد الإسناد في قانون القاضي:

إذ لا داعي لتحريك الدفع بالنظام العام في حالة عدم اختصاص القانون الأجنبي، ما دامت توجد وسائل أخرى عادية لاستبعاده من ذلك أن يثبت الاختصاص لقانون القاضي باعتباره قانوناً إقليمياً بصفته قانون موقع المال، أو بوصفه من قوانين البوليس والأمن أو في حالة كون القانون الأجنبي يرفض الاختصاص ويحيل الحكم العلاقة إلى قانون القاضي وهذا الأخير يقبل الإحالة، كذلك قد يستبعد القانون الأجنبي المختار من المتعاقدين إذا تعلق الأمر بالتصرفات الإرادية، وكان اختيار المتعاقدين غير نزيه، انعدمت الصلة بين القانون الأجنبي المختار وأطراف العلاقة القانونية أو موضوعها، ويحل محله قانون آخر تتركز في إقليمه العلاقة القانونية بأهم عناصرها البارزة وذلك لتخلف الشروط المطلوبة حسب قانون الإرادة¹.

ثانياً: تعارض القانون الأجنبي مع مقتضيات النظام العام لدولة القاضي:

يستوجب على القاضي الوطني أن يستبعد القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قواعد إسناد قانونه إذا كان يتعارض هذا القانون مع المبادئ والقيم الأساسية الذي يقوم عليه مجتمعه. والجدير بالملاحظة أن نقد الاختصاص التشريعي للقانون الأجنبي يفترض أن يكون حد أدنى من التقارب مع قانون القاضي، بحيث لا يؤدي تطبيق القانون الأجنبي المساس بالمبادئ الأساسية للدولة، أو إثارة الشعور العام لدى الجماعة، أما إذا وصل الاختلاف إلى حد التنافر الصارخ، فلا بد من استبعاد القانون الأجنبي².

1- الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص: 278، 279.

2- دريال عبد الرزاق، الوافي في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص: 167.

ثالثا: مخالفة القانون الأجنبي للنظام العام حالي

تتغير مقتضيات النظام العام من زمن لآخر في المجتمع الواحد، فقد كان الطلاق محظورا في الدول الغربية كفرنسا، وإيطاليا وإسبانيا، ثم أصبح جائزا اليوم إذا توافرت أسباب معينة فيه، وكانت الأيديولوجية الاشتراكية بكل مضامينها الاجتماعية والاقتصادية في كثير من الأنظمة السياسية إلا وقت ليس ببعيد من النظام العام، ولكنها اليوم ليست كذلك في تلك المجتمعات¹.

وقد يتغير مفهوم النظام العام في الزمان داخل نفس الدولة، وقد يكون الحق عند نشوءه مخالفا للنظام العام، وعند رفع الدعوة يكون غير مخالف له، فيكون أمامنا نظام عام قديم ونظام عام جديد، فبأيهما يأخذ القاضي عند فصله في دعوى موضوع هذا الحق. فيجمع الفقه في فرنسا أن النظام العام السائد عند الفصل في النزاع هو الذي ينبغي أن يأخذ به القاضي².

وعلى أساس ذلك، فالعبرة عند تقديم النظام العام يكون في الوقت الذي يطلب من القاضي الفصل في النزاع، وليس وقت نشوء المركز القانوني، فليس من المعقول أن يترك القاضي المفهوم الحالي للنظام العام، ويتمسك بمفهوم سابق له. و يشترط للدفع بالنظام العام، أن تكون مخالفة القانون الأجنبي حالية، وهذا تماشيا مع الطبيعة المتغيرة للنظام العام³.

الفرع الثاني: خصائص النظام العام

لما كان الدفع بالنظام العام ذو طبيعة استثنائية فمن الطبيعي أن يفسر في أضيق نطاق وقد اتفق الفقه والقضاء على أن النظام العام يتصف بالصفات الآتية:

- 1- الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص: 279.
- 2- أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص: 171.
- 3- زاي فاطمة الزهراء، "النظام العام في النزاعات الدولية الخاصة المتعلقة بالأحوال الشخصية"، مذكرة ماجستير، جامعة تلمسان، 2011، ص: 27.

أولاً: النظام العام فكرة وطنية

إذا كان الإعمال بفكرة النظام العام أكثر المواضيع التي تكتسي غموضاً، فلعل أهم أسباب هذا الغموض أنها فكرة ذات طابع وطني تختلف من بلد لآخر، ومن شعب إلى آخر وتتعلق بالمثل العليا تستقر في ضمان شعب كل دولة من حيث الدين والآداب والسياسة والاقتصاد وغيرها¹.

وإذا كانت توجد بعض المبادئ المشتركة بين أغلبية الدول كمبدأ حرية الزواج وعدم التمييز بين الأفراد بسبب اللون، العرق أو الدين، والذي يعتبره البعض تشكل نظاماً عاماً دولياً فمع ذلك عندما يستبعد القاضي الأجنبي الذي لا يحترم هذا المبدأ، فيكون هذا النوع على أساس مخالفته للنظام العام الوطني، وليس النظام العام الدولي.

ثانياً: النظام العام فكرة نسبية

يرى البعض في الفقه الحديث وأحكام القضاء أن النظام العام عبارة عن حالة أو وضع للمجتمع الوطني يتكون من مجموع المبادئ والمثل الأساسية في مختلف المجالات الاجتماعية والسياسية والاقتصادية والروحية.

ومعنى ذلك أن ما يوافق النظام العام هو ما يوافق الوضع الطبيعي في المجتمع الوطني وما يخالفه يخالف الوضع الطبيعي في هذا المجتمع بما يتعين معه استبعاد سبب المخالفة أي استبعاد القانون الأجنبي وإعادة الحال إلى طبيعته، فما يغير من النظام العام في دولة قد لا يغير كذلك في دولة أخرى، بينما لا يعد تعدد الزوجات مخالفاً للنظام العام يعد مخالفاً له في الدول الأوروبية وما يعد مخالفاً للنظام العام في وقت معين في بلد ما، قد لا يعد كذلك في وقت آخر، فقد كان الزواج نظاماً دينياً في بعض الدول في الماضي، صار مدنياً في الحاضر نتيجة لاختلاف مقتضيات النظام العام فيها باختلاف الزمان.

1- صلاح الدين جمال الدين، فكرة النظام العام في العلاقات الخاصة الدولية بين القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية مرجع سابق، ص: 26.

النظام العام في القوانين الوضعية يتميز بعدم الثبات ويختلف الأمر عن ذلك في الشريعة الإسلامية التي تعتبر النظام العام فكرة مطلقة، فإذا كانت تستمد سبب وجودها في القوانين الوضعية من قابلية مفهوم النظام العام لأن يخلف في بلد القاضي ما بين اكتساب الحق والتمسك به.

والنظام العام في الإسلام مفهوم ثابت غير قابل بأن يبدل أو يتغير، وذلك بحكم استبدال الأحكام المتعلقة به من الشريعة الإسلامية الغراء، فهي لا تثير أو تتبدل فيما يخص المبادئ والكليات ومع ذلك إن فكرة النظام العام في الشريعة الإسلامية فكرة مطلقة ومنضبطة لأنها تجسد حقيقة التشريع الإسلامي¹.

ثالثاً: النظام العام فكرة وقتية:

النظام العام فكرة نسبية أي أنها متغيرة مما يثير إشكالا للقاضي في تحديد مقتضياته ما بين وقوع المخالفة ولحظة الفصل في الدعوى.²

استقر الرأي على الأخذ بمبدأ هام هو أنية النظام العام بمعنى أن العبرة في تقديم مقتضيات النظام العام بلحظة الفصل بالدعوى دون النظر إلى ما قبل ذلك، فإذا كان القانون الأجنبي يتعارض مع النظام العام وقت نشأة المركز القانوني ثم لم يعد كذلك عند رفع الدعوى على إثر تعديل القانون الأجنبي قبل الفصل في النزاع فلا مصوغ لاستبعاد هذا القانون.

المطلب الثاني: التمييز بين النظام العام في القانون الدولي الخاص وبعض

المفاهيم القريبة منه:

قد يقع لبس في التمييز بين النظام العام في القانون الدولي الخاص والنظام العام في القانون الداخلي (الفرع الأول)، كما قد يقع الخلط بين النظام العام في القانون الدولي

1 - دريال عبد الرزاق، الوافي في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص: 135.

2 - عيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص: 234.

الخاص وقوانين الأمن وقوانين ذات التطبيق الآتي أو المباشر (الفرع الثاني)، وبين النظام العام في القانون الدولي الخاص وقواعد الإسناد (الفرع الثالث)

الفرع الأول: التمييز بين النظام العام في القانون الدولي الخاص وبين النظام العام في القانون الداخلي:

التمييز بين النظام العام في القانون الدولي الخاص وبين النظام العام في القانون الداخلي يتطلب تحديد أوجه التشابه وأوجه الاختلاف في كليهم:

أولاً: أوجه التشابه:

يهدف مضمون النظام العام في القانون الدولي الخاص والقانون الداخلي إلى حماية المصالح العليا والجوهرية للمجتمع، وهذا من خلال العلاقات الداخلية لأفراد المجتمع الواحد أو على مستوى العلاقات الدولية الخاصة بالأفراد، ويكون ذلك عن طريق منع الأفراد من الاتفاق على ما يخالف النظام العام أو عن طريق استبعاد القانون الأجنبي¹.

فكرة النظام العام في القانون الداخلي والقانون الدولي الخاص في مضمونها تأخذ بعدا وطنيا وتتحدد وفق الأسس الاجتماعية والخلفية والاقتصادية والدينية التي تعبر عن مقومات الدولة، ففكرة النظام العام تتطلب وجود مجتمع متجانس ومتناسق في تقاليده وآرائه فكل دولة لها أسس تختلف عن الأخرى يتحدد بموجبها ماهية النظام العام ويأخذ في كل دولة طابعا خاصا يميزها عن الأخرى ولا يتصور أن تكون هذه الأسس التي يقوم عليها مفهوم النظام العام في كل الدول إلا أتيح للعالم كله أن يتوحد في دولة واحدة².

1- مريني فاطمة الزهراء، "النظام العام كأداة لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي على ضوء تعديل 2005 من القانون المدني"، رسالة ماجستير، جامعة محمد بوقرة، بومرداس، 2010، ص: 21.

2 - علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ط:3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص: 150.

كما نجد أوجه الشبه بين فكرة النظام العام في كلتا القوانين في كون الدفع به في كلاهما يكون أمام المحكمة المرفوع أمامها النزاع ويحرك هذا الدفع إما من طرف المدعى عليه أو من طرف القاضي فله أن يثيره في أي مرحلة من مراحل النزاع¹.

ثانيا: أوجه الاختلاف:

تثار فكرة النظام العام في القانون الداخلي لإبطال التصرفات القانونية التي باشرها الأفراد وتكون مخالفة للقوانين الآمرة أو الناهية، وهذا ما أشارت إليه المادة 93² من القانون المدني الجزائري المعدل والتي تنص على: " إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته أو مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة كان باطلا بطلانا مطلقا" والمادة 97³ من القانون المدني الجزائري التي تنص: " إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب كان العقد باطلا" ففكرة النظام العام تستخدم للحد من مبدأ سلطان الإرادة، وبالتالي ينحصر أثر النظام العام على تحريم الاتفاق على ما يخالف الأحكام التي تتضمنها قواعد القانون الآمرة⁴. وإما لكي تتيح للقاضي أن يطبق من تلقاء نفسه قاعدة قانونية لم يثيرها الخصوم في مجريات الدعوى، أو تسمح للنيابة العامة أن تكون طرفا أصليا في بعض الدعاوى. أما فكرة النظام العام في القانون الدولي الخاص لها وظيفة واحدة وهي استبعاد القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قواعد الإسناد الوطنية وهذا ما جاء في نص المادة: 24 من القانون المدني الجزائري والتي سبق الإشارة إليها⁵.

1 - الهداوي حسين، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص: 188.

2- المادة: 93، القانون المدني الجزائري المعدل بالأمر 10/05 المؤرخ في 20 جوان 2005.

3 - المادة: 97، المرجع نفسه.

4 - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، ط:4، دار الهدى، الجزائر، 2009، ص: 213.

5 - علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص: 151.

تطبق فكرة النظام العام في القانون الداخلي على علاقات الأفراد الخالية من العنصر الأجنبي، وتطبق هته الفكرة في القانون الدولي الخاص على العلاقات تكون مشتملة على العنصر الأجنبي¹.

قد يكون الحق الشخصي مخالفا للنظام العام في القانون الداخلي ومع ذلك يجوز التمسك به داخل دولة القاضي فلا يكون مخالفا للنظام العام في ميدان القانون الدولي الخاص. ومثال ذلك أن يقوم الجزائري بلغ 19 سنة بتصرف وهو في هولندا فيعتبر تصرفه وفقا للقانون الجزائري صحيحا الذي يعتبره راشدا متى بلغ 19 سنة، في حين أن القانون الهولندي لا يعتبر الشخص راشدا إلا حين بلوغ 23 سنة وبالتالي تصرفه باطلا².

فكرة النظام العام في القانون الداخلي هي حامي للقاعدة القانونية الوطنية، موضوعيا كانت أم إجرائية، أما في القانون الدولي الخاص ففكرة النظام العام هي رقيب على القاعدة القانونية في القانون الأجنبي الواجب التطبيق.

النظام العام الداخلي هو الأصل، أما النظام العام في تنازع القوانين هو فرع منه، كما يعد من النظام العام في القانون الداخلي ليس بالضرورة من النظام العام في تنازع القوانين والعكس ليس صحيحا إطلاقا³.

1 - محمد سعادي، القانون الدولي الخاص وتطبيقاته في النظام القانوني الجزائري، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، ط:1، 2009، ص: 12.

2 - علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص: 151.

3 - أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، د:ط، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص: 582.

الفرع الثاني: التمييز بين النظام العام والقوانين ذات التطبيق المباشر:

أولاً: مضمون القواعد ذات التطبيق المباشر وأسباب ظهورها.

تنسب القوانين ذات التطبيق المباشر إلى الأستاذ فرانسيسكاكيس، حيث تعرض لها أول مرة في رسالته للدكتوراه والتي كانت بعنوان "نظرية الإحالة وتنازع القوانين في القانون الدولي الخاص"، ثم طور هذه النظرية في دراساته اللاحقة. فعرفها كآآتي: " تلك التي تقوم داخل النظام القانوني بغير التقات إلى تصنيفها أو انتمائها إلى القانون العام أو القانون الخاص وتبلغ في أهميتها حدا كبيرا لا يسمح بدخولها في منافسة مع القوانين الأجنبية ولذلك فمجال تطبيقها يتحدد على أساس الهدف الذي تبتغيه"¹.

ويرجع سبب ظهور هذه القوانين إلى تزايد تدخل الدولة في مختلف المجالات تأثرا بالمنهج الاشتراكي، فرغم انتشار عملية الخصصة فلا يمكن أن نتجاهل الدور التدخلّي للدولة في مجالات عديدة وفي مقدمتها المجال الاقتصادي فهي التي تسهر على تنظيمه ورعايته في كثير من المسائل، مثل عمليات الائتمان والرقابة على النقد والصرف وحماية المستهلك، كما يجب أن تكون الدولة حامية للطرف الضعيف في كثير من العقود ومن أهمها عقد العمل وعقد الإيجار².

من أمثال التطبيق المباشر في التشريع الجزائري المادتين: 3 و 82³ من القانون 82-6 المؤرخ في 27 فيفري 1982 المتعلق بعلاقات العمل الفردية، وذلك حسب القرار الصادر عن المحكمة العليا الغرفة الاجتماعية بتاريخ 28 ماي 1990.

1- مريني فاطمة الزهراء، "النظام العام كأداة لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي على ضوء تعديل 2005 من القانون المدني، مرجع سابق، ص: 28.

2 - عكاشة محمد عبد العالي، القانون القضائي الخاص الدولي، د: ط، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 2005 ص: 537.

3- المادتين: 3 و 82، القانون 6/28 المؤرخ في 27 فيفري 1982 المتعلق بعلاقات العمل الفردية.

قررت المحكمة العليا في هذه القضية أن أحكام القانون المتعلقة بعلاقات العمل الفردية تطبق مباشرة حتى إذا اشتملت العلاقة القانونية على عنصر أجنبي¹.

ثانياً: أوجه الاختلاف بين القوانين ذات التطبيق المباشر والنظام العام في القانون الدولي الخاص

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

- يستبعد القانون الأجنبي المخالف للنظام العام بعد تعيينه من قاعدة إسناد وطنية، أما عندما يتعلق الأمر بقوانين ذات تطبيق مباشر، ليس هناك لجوء إلى قاعدة تنازع القوانين فقواعد ذات التطبيق المباشر تكون تلقائية التطبيق فهي تقرر مباشرة استبعاد القانون الأجنبي وتحل محله².

- إن القوانين ذات التطبيق المباشر تتصف بالكفاية الذاتية وليست في حاجة للنظام العام وهي تطبق على العلاقات الداخلية والدولية على حد سواء دون تمييز، في حين أن النظام العام يشكل سدا للذرائع والنواقص التي يمكن أن يغفل عنها المشرع، فكلما رأى القاضي إلزامية تدخله أعمل النظام العام، فهو يملأ الفراغ الذي يمكن أن يقع فيه المشرع³.

- هناك كذلك اختلاف بين القوانين ذات التطبيق المباشر و النظام العام في القانون الدولي الخاص من حيث الآثار، ففي حالة الدفع بالنظام العام يجوز التخفيف من آثار النظام العام بواسطة ما يعرف بالآثر المخفف للنظام العام، أما بالنسبة للقوانين ذات التطبيق المباشر يطبق قانون القاضي مباشرة ولا مجال للتخفيف⁴.

1- عليوش قريوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص: 166.

2 - المرجع نفسه، ص: 164.

3 - الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص: 274.

4 - المرجع نفسه، ص: 275.

- من الفقهاء من اعتبر القوانين ذات التطبيق المباشر منها مستقلا عن منهجية تنازع القوانين، وبالتالي في منهجية التنازع يكون النظام كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي بينما في منهجية القوانين ذات التطبيق المباشر يكون لهذه القوانين ذاتها صفة النظام العام فهي تتدخل بصفة مباشرة دون إعلان لقاعدة الإسناد¹.

1- مريني فاطمة الزهراء، "النظام العام كأداة لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي على ضوء تعديل 2005 من القانون المدني"، مرجع سابق، ص: 35.

المبحث الثاني: النظام العام ومسائل الأحوال الشخصية.

المسائل الأسرية تقوم على أسس اجتماعية، أخلاقية ودينية. فلدين صلة وثيقة بالنظام القانون الاجتماعي في الدول الإسلامية مما يبرر تدخل النظام العام في هذه الدول لاستبعاد القانون الأجنبي المختص والتي تؤدي قواعده إلحاق الأذى بالشعور العام لدى الجماعة¹. كما أن إسناد الأحوال الشخصية لقانون الجنسية يزيد من إعمال الدفع بالنظام العام في حين يقل هذا الدفع في الدول التي تسند هذه المسائل لقانون الموطن وسنتطرق في هذا المبحث إلى تحديد ماهية مسائل الأحوال الشخصية (المطلب الأول)، ونتطرق إلى أثر الدفع بالنظام العام في مسائل الأحوال الشخصية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: ماهية مسائل الأحوال الشخصية.

اصطاح فقهاء القانون على تسمية ما يتعلق بقضايا النكاح والطلاق والوصية والميراث بالأحوال الشخصية، إذ كان المعهود عند العلماء السابقين وما تعلق بعرفهم العلمي تسمية القضايا المتعلقة بالأسرة بأسماء خاصة، وهي كتاب النكاح وكتاب الطلاق وكتاب الوصية وكتاب المواريث أو الفرائض، أو جعلها في إطار أبواب، وليست كتباً، كباب النكاح وباب الطلاق².

الفرع الأول: مفهوم الأحوال الشخصية.

مصطلح الأحوال الشخصية حديث ودخيل على الفقه الإسلامي، فهو مستمد في الحقيقة من الأنظمة الغربية، حيث ابتدعه الفقه الإيطالي منذ القرن 12، وكانت رائدته المدرسة الإيطالية، ثم تلتها المدرسة الفرنسية في القرن 16. وذلك لمواجهة بعض صور التنازع

1 - صلاح الدين جمال الدين، فكرة النظام العام في العلاقات الخاصة الدولية بين القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية مرجع سابق، ص: 104.

2- خلاف عبد الوهاب، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ط:2، دار القلم للنشر والتوزيع، الكويت 1990، ص: 12.

الداخلي الذي ظهر أُنذاك بين القانون الروماني باعتباره القانون العام الساري على إقليم إيطاليا والقانون المحلي المطبق في مدينة من مدن إيطاليا للدلالة على مجموعة الأوصاف التي يتميز بها كل فرد عن سواه والتي ترتبط به ارتباطا مصيريا فهي أوصاف ذاتية صدرت عن معطيات، أوجبت حقوقا والتزامات، كالاسم والأهلية والزواج¹.

وأول من استعمل هذا المصطلح في القرن العشرين، هو الفقيه المصري محمد قُدري باشا الذي وضع مجموعة فقهية سماها " الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية"، التي تضمنت أحكام الزواج، الطلاق، الوصية، الحجر، الميراث والهبة².

ويصعب وضع تعريف للأحوال الشخصية يرتكز إلى أساس علمي واضح. غير أن محكمة النقض المصرية عرفت الأحوال الشخصية "بأنها مجموعة ما يتميز به الإنسان عن غيره من الصفات الطبيعية ككونه ذكرا أو أنثى وكونه زوجا أو أرملًا أو مطلقًا أو ابنا شرعيا أو كونه تام الأهلية أو ناقصها لصغر السن أو عته أو الجنون أو كونه مطلق الأهلية أو مقيدها بسبب من أسبابها القانونية"³.

أما المحاولات التي بدلت لتعريف الأحوال الشخصية لم تصل لتعريف جامع لهذا المصطلح، فتعريف الأحوال الشخصية ليس بالأمر السهل ذلك أنه لا توجد معالم وحدود واضحة بين المعاملات الشخصية والمالية.

وقد استخدم فقهاء الغرب هذه العبارة، لتمييز تلك الأحوال عن سائر نشاطات المرء الحياتية، وخاصة في أمواله وتعاقده.

1 - محمد كمال الدين إمام، جابو عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأحوال والقضاء، منشورات حلبي الحقوقية، لبنان، 2003، ص: 18.

2- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، جزء1، د: ط، ديوان المطبوعات الجامعية، 1999، ص: 14،13.

3- عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص: 239.

فعرها الفقيه نبوايه: " بأنها تشمل القوانين أو النصوص التشريعية وقواعد العادات التي تنظم حالة الأشخاص وأهليتهم والمسائل المتعلقة بالولاية والوصاية"¹.

فيقصد بالأحوال الشخصية المسائل المتعلقة بالأشخاص والتي يطبق عليها القانون الشخصي، وتختلف الدول فيما بينها في تحديد هذا القانون فبعضها يخضعها لقانون جنسية مثل القانون الجزائري، وقوانين مختلف الدول العربية، وقوانين بعض الدول الأوروبية. وبعضها الآخر ينيطها بقانون الموطن مثل القانون الإنجليزي والقانون الأمريكي وأما عن موقف الفقه، فبعضه قد انتصر لقانون الجنسية، وبعضه الآخر قد انتصر لقانون الموطن ولكل فريق حجته².

ويرى البعض في تحليل للمادة 10 من القانون المدني الجزائري³. أن المقصود بالأحوال الشخصية هو مجموعة المواد المتعلقة بالمركز القانوني للشخص الطبيعي، في حد ذاته وفي علاقته العائلية، تتضمن العبارة بنفس الوقت المواد والأحكام القانونية التي تتضمنها. ويتخلص من هذه المادة أن الأحوال الشخصية تخضع للقانون الوطني أي لقانون جنسية الشخص⁴.

لذلك فللراجع للدلالة على معنى الأحوال الشخصية هو عرض المسائل التي يشملها هذا المصطلح، إذن فمصطلح الأحوال الشخصية يشمل المسائل المتعلقة بالأشخاص والخاضعة للقانون الشخصي للفرد.

وجدير بالإشارة أن مصطلح الأحوال الشخصية أوسع من مصطلح شؤون الأسرة فهو يتمثل إضافة إلى النظام الأسري والأهلية ونظم حماية غير كاملة الأهلية، كما تنظم الأحوال

1- الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص: 145.

2 - أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص: 202.

3 - تنص المادة: 10 ، القانون المدني الجزائري المعدل بالأمر 10/05 المؤرخ في 20 جوان 2005 "تسري القوانين

المتعلقة بالحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم على الجزائريين ولو كانوا مقيمين بالبلاد الأجنبية "

4 - عليوش قريوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص: 187.

الشخصية في بعض الدول كإيطاليا والجزائر والموريت والوصاية ومسائل التصرف المضافة إلى ما بعد الموت والهبة¹.

إن تحديد ما يتدرج في الأحوال الشخصية يختلف باختلاف الدولة لذلك من المهم التطرق لمجال الأحوال الشخصية مع إبراز أهمية هذا التجديد في القانون الدولي الخاص. وهذا ما نتطرق إليه في الفرع الثاني:

الفرع الثاني: مجالات الأحوال الشخصية.

يقصد بمجالات الأحوال الشخصية ما يندرج ضمنها، ويختلف نطاقها ضيقا و اتساعا من نظام قانوني إلى آخر، وتختلف كل دولة في تحديد ما يعد من الأحوال الشخصية مراعاة لظروفها السياسية، الاجتماعية، الاقتصادية، مثلا فرنسا يقتصر مجال الأحوال الشخصية في الحالة المدنية والأهلية وهناك دول أخرى وخاصة الدول الإسلامية كالجزائر وسوريا واليمن والعراق والأوروبية كإيطاليا تضيف إلى مسائل الأحوال الشخصية الميراث والوصية والهبة².

إن تحديد مجالات الأحوال الشخصية، يعتمد أساسا على معيار التكي في الذي تعبو عن قواعد الإسناد في قانون الوطني القاضي، فإما أن يدخله في دائرة الأحوال الشخصية أو الأحوال العينية³.

وتتمثل أهمية تحديد نطاق الأحوال الشخصية عندما نصطدم بمسألة لم يتطرق لها المشرع ولم يخضعها لقاعدة الإسناد، مثل الحضانة التي لم يثر لها المشرع الجزائري في قاعدة إسناد خاصة بها، وهناك يتم تحديد قانون واجب التطبيق إسنادا على توضيح تكييف

1- زاير فاطمة زهرة، النظام العام في النزاعات الدولية الخاصة المتعلقة بالأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص: 45.

2- يوسف فتيحة، قواعد النزاع الدولي في بعض المسائل من قانون الأسرة الجزائرية، د:ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1999، ص: 99.

3 - زاير فاطمة الزهراء، النظام العام في النزاعات الدولية الخاصة المتعلقة بالأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص: 46.

الحضانة، هل هي تتدرج ضمن مسائل الأحوال الشخصية أي تخضع لقانون الشخصي للفرد وهو قانون الجنسية كما هو معتمد في الجزائر¹.

وتتمثل الأحوال الشخصية في القانون الجزائري على الحالة المدنية التي تشتمل على مجموعة من الصفات المعرفة للشخص كالاسم والموطن، والحالة العائلية التي تشتمل على العديد من الوسائل كالزواج وانحلال الرابطة الزوجية النفقة بين الأقارب النسب والميراث الوصية والهبة².

إن التطرق إلى مفهوم الأحوال الشخصية ونطاقها يقودنا إلى إبراز دور الدفع بالنظام العام في مجالات الأحوال الشخصية وهذا ما نبرزه في الفرع الموالي.

الفرع الثالث: دور الدفع بالنظام العام في مسائل الأحوال الشخصية.

تعتبر مسائل الأحوال الشخصية من أكثر المسائل التي نجد فيها اختلافا في تفسيرها وتحديد مجالاتها في قوانين الدول، وذلك لعدة اعتبارات يأخذ فيها المعيار الديني والاجتماعي والأخلاقي أهمية كبرى، اعتبارا أن هذه الأخيرة من مقومات وأسس التي تقوم عليها بنية كل دولة، فالدول الإسلامية تستمد قوانين ومنظوم الأحوال الشخصية انطلاقا من مبادئ الشريعة الإسلامية، فمسائل الأحوال الشخصية في الدول الإسلامية مرتبطة ارتباطا وثيقا بالمعيار الديني.

فالمسائل الأسرية في الدول الإسلامية تستبعد تطبيق القانون الأجنبي في معظمها وذلك لتدخل النظام العام في هذه الدول الذي يؤدي إلى إثارة الشعور العام لدى الجماعة.

إن قانون الجنسية الذي يفرض نفسه كضابط إسناد في القانون الجزائري في مسائل الأحوال الشخصية انطلاقا أنه من غير المعقول أن يخضع في الخارج جزائري مسلم لقانون

1 - عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين الطبعة التاسعة، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 1986، ص: 179.

2 - محمد سعادي، القانون الدولي الخاص وتطبيقاته في النظام القانوني الجزائري، مرجع سابق، ص: 102-103.

أحوال شخصية لا يكتسي صفة دينية مقدسة، فينبغي أن يخضع للقانون الديني أينما كان¹ وهنا يستبعد في الدول الإسلامية القانون الأجنبي الذي يحرم المسلم حقا من حقوقه، وذلك بتدخل النظام العام الذي هو وسيلة لحماية المعتقد الديني قبل الفرد فمثلا: تحريم الزواج المسلمة بغير المسلم أو التوارث بين المسلم وغير المسلم.

كما نجد المشرع الجزائري على غرار التشريعات الإسلامية الأخرى قد منع التبني صراحة، حيث تنص المادة: 146 من قانون الأسرة على أنه "يمنع التبني شرعا وقانونا"².

ونجد النظام العام في مجال الأحوال الشخصية يرتبط ارتباطا وثيقا بالشكل القانوني للدولة، فنجد مجال تدخل النظام العام في الدول أحادية النظام كالجزائر، مصر وفرنسا تتبع مجال تدخل النظام العام لارتباط الوحدة الترابية للدولة، فالنظام السائد على كل المجتمع واحد يشتركون في مقومات المجتمع، سواء كانت دينية اجتماعية، اقتصادية على اختلاف معتقداتهم، بينما يضيق الدفع بالنظام العام بالدول متعددة الشرائع والديانات والطوائف نجد النظام العام في قواعد الإسناد يضيق ويتراجع، وذلك أن النظام العام له ذه الدول يقوم على مجموعة من المبادئ المستخلصة من مختلف الشرائع المطبقة في هذه الدول مما يقلل من حالات تعارض بين قانونها والقانون الأجنبي. فمثلا في الجزائر الدين الإسلامي طبقا للدرساتير 1963، 1976، 1989، 1996، 2016. فلا توجد ديانات أخرى لتعدد الطوائف³.

أما في لبنان حيث تعدد التشريعات لتعدد الطوائف، يخف دور النظام العام مقارنة مع الدول أحادية التشريع، فحتى يعتبر القانون الأجنبي منافيا للنظام العام يجب أن يتعارض مع جميع القوانين التي تتبعها كل الطوائف، بمعنى أن يكون هذا القانون يتعارض مع الأسس القانونية لكل الطوائف، كمبدأ حرية الزواج بمعنى أن تعارض القانون الأجنبي مع أحكام أحادي الطوائف فلا يمكن اعتباره من النظام العام في لبنان، وهذا ما أكدته محكمة

1 - أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص: 205.

2 - المادة: 146، قانون الأسرة المعدل بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005.

3 - بن شويخ رشيد، شرح قانون الأسرة الجزائرية المعدل، ط:1، دار الخلدونية، 2008، ص: 17.

التمييز اللبنانية عندما قررت: "أن الأحكام الوضعية في أن النظم الطائفية لا تمثل النظام العام اللبناني، بمعنى أن يك ون هذا القانون يمس بمبدأ أو قيمة أساسية تتفق عليها جميع الطوائف الأخرى في لبنان، أما إذا كان جميع أنظمة الطوائف في لبنان تجتمع على مسألة عامة وتخضعها في حكم واحد يخالف القانون الأجنبي بشكل صارخ يمس إحدى القيم الأساسية التي يقوم عليها المجتمع اللبناني والتي تلتقي عليها جميع الطوائف فإن هذا الاجتماع يعتبر بمثابة نظام عام لبناني من شأنه أن يستبعد تطبيق القانون الأجنبي إذا كان فيه ما يخالفه".¹

المشرع الجزائري ومن أجل الوصول إلى دور حمائي للنظام العام جعل مسائل الأحوال الشخصية يحكمها ضابط الجنسية و ذلك لعدة اعتبارات أهمها:

- أنه صمام الأمان لاستقرار الأحوال الشخصية وثباتها لأن الجنسية عنصر دائم وتميز للفرد وليس من السهل تغييره. بنما الأخذ بمعيار الموطن هذا الأخير الذي يتغير بسهولة من شأنه أن يدفع إلى عدم استقرار الأسر.²

- الأخذ بضابط الجنسية يحافظ على الشعور لدى الأفراد بانتمائهم لدولتهم ويجعلهم مرتبطين بها رغم بعدهم عنها، فالجنسية عبارة عن رابطة روحية بين الأفراد والدولة.

الاعتماد على ضابط الجنسية يمكن الدولة توفير حماية قانونية لرعاياها في الخارج عن طريق القنصليات والسفارات فعن طريقها يمكنهم؛ أي الرعايا في الخارج أن يقوموا بإجراء تصرفاتهم طبقاً لقانونهم الوطني.³

1 - عكاشة محمد عبد العالي، القانون القضائي الخاص الدولي، مرجع سابق، ص: 529.

2- بنابي سعاد، " تنازع القوانين في مسألة انعقاد الزواج دراسة مقارنة "، رسالة ماجستير، جامعة أمحمد بوقرة بومرداس، 2010، ص: 12.

3 - أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص: 204.

المطلب الثاني: آثار الدفع بالنظام العام في مسائل الأحوال الشخصية

يتدخل النظام العام في مواجهة القانون الأجنبي الواجب تطبيقه في المرحلة القضائية كواحد من الدفع التي يمكن إثارتها خلال الدعوى بقصد استبعاد تطبيق أحكامه.

يثير الدفع بالنظام العام في الأحوال الشخصية إشكالات معقدة نظرا لتباين المواقف الفقهية و القضائية، على الصعيد العملي السؤال الذي يطرح نفسه في هذا الصدد هو معرفة ما إذا كان تحريك الدفع بالنظام العام يؤدي إلى استبعاد القانون الأجنبي المختص لحكم العلاقة القانونية برمتها، أم استبعاد الحكم القانوني المخالف للنظام العام بصفة جزئية مع بقاء اختصاص هذا القانون فيما عداها من المسائل الأخرى¹.

إذا كانت المادة: 24 من القانون المدني الجزائري سالفة الذكر، قد نصت على أنه لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي المخالف للنظام العام أو الآداب في الجزائر فإنها لم تنص على الآثار المترتبة على عدم تطبيق القانون الأجنبي وهو ما يعبر عنه بالآثر السلبي. غير أن القضاء الجزائري في كثير من الحالات قد استخلف القانون الأجنبي المستبعد بالقانون الجزائري وهو ما يعبر عنه بالآثر الإيجابي غير أن القانون الأجنبي لا يستبعد في كل الحالات إذا اكتسب الحق في دولة أخرى وهو ما يعبر عنه بالآثار المخففة للدفع بالنظام العام².

و سنتطرق في هذا المطلب إلى الآثار العامة (الآثر السلبي والإيجابي) للدفع بالنظام العام من خلال الفرع الأول، و إلى الآثر المخففة للدفع بالنظام العام من خلال الفرع الثاني.

1- الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص:280.

2 - عليوش قريوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري مرجع سابق، ص:179.

الفرع الأول: الآثار العامة للدفع بالنظام العام:

يترتب على التمسك بهذا الدفع استبعاد تطبيق القانون الأجنبي الواجب التطبيق وإحلال القانون القاضي محله.

غير أن هذا الإحلال قد يتم بطريقة سلبية وقد يتم بطريقة ايجابية، وهذا ما يعبر عنه بالآثار السلبية والآثار الايجابية¹.

أولاً: الآثار السلبية للدفع بالنظام العام:

يترتب على الأعمال بالدفع بالنظام العام في المنازعات الدولية الخاصة أثراً سلبياً وهو استبعاد القانون الواجب تطبيقه على النزاع. ويقر الفقه و القضاء في مختلف الدول أن هذا الاستبعاد يجب أن يكون ضمن الحدود اللازمة لحماية الأفكار والمبادئ الأساسية التي يقوم عليها النظام العام بطريقة يكفل معها تطبيق قواعد الإسناد الوطنية والقانون الذي تشير به وينسجم مع الغاية من أعمال هذه الأداة².

لكن قد يحدث وأن يكون القانون الأجنبي برمته غير مخالف للنظام العام الأمر الذي يطرح إشكالية هل يستبعد من القانون الأجنبي الجزء فقط المخالف للنظام العام، أو يستبعد القانون الأجنبي بكامله.

أكد الفقه الغالب في كل من فرنسا ومصر أن الآثار السلبية لفكرة النظام العام ليس من شأنه استبعاد أحكام القانون الأجنبي الواجب التطبيق كلياً، وإنما ينحصر هذا الأثر في استبعاد الجزئية التي تتعارض فيها مع مفهوم هذه الفكرة في دولة القاضي³.

1 - علي علي سلمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق ، ص:154.

2- سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص:234.

3 - هشام صادق علي صادق، حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق ، ص: 209.

غير أن بعض الفقه يرى أن استبعاد النظام العام يكون كلياً، وذلك أن قاعدة الإسناد الوطنية تشير إلى تطبيق القانون الأجنبي كله لا بعض أحكامه، كما أن الاستبعاد الجزئي يؤدي إلى مسخ القانون الأجنبي و تطبيقه يكون مخالفاً لإرادة المشرع الذي وضعه¹.

ثانياً: الأثر الإيجابي للدفع بالنظام العام:

إذا تم استبعاد القاعدة المخالفة للنظام العام، فإنه ينشأ عن ذلك نوع من الفراغ القانوني يتعين سده. والملاحظ أن النصوص التشريعية المقررة للدفع بالنظام العام تتكلم، في غالبها عن الأثر السلبي، واستبعاد القانون الأجنبي دون الإشارة إلى كيفية سد الفراغ القانوني. فالمادة: 28² من القانون المدني المصري تكتفي بالقول: " لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي.....". ويرغم من إشارة الفقه لهذا الفراغ القانوني، فإن البعض حاول تجاهله أو إنكاره في بعض الفروض .

غير أن الغالبية من الفقهاء ترى أنه لا بد من حلول قانون معين محل القانون الأجنبي المستبعد وسد الفراغ الناشئ عن ذلك³.

وإحلال قانون آخر محل القانون الأجنبي المستبعد باسم النظام العام يمثل الأثر الإيجابي.

وقد استقر القضاء الفرنسي مؤيداً من الفقه على إحلال قانون القاضي محل القانون الأجنبي المستبعد، وهو ذات الحل الذي استقر عليه القضاء المصري وأيده غالبية الفقهاء⁴.

1 - أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص: 177.

2- المادة: 28، القانون المدني المصري.

3 - أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مرجع سابق، ص: 208.

4 - أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص: 179.

ثالثاً: موقف المشرع الجزائري

المشرع الجزائري قد اكتفى في المادة: 24 من القانون المدني لسنة 1975 قبل التعديل بإبراز فقط الأثر السلبي للنظام العام، وهذا يعتبر نقص لأنه يجعل العلاقة القانونية بدون قانون يحكمها لهذا تقطن المشرع الجزائري لهذا العجز والنقص واستدرك ذلك بإضافة فقرة لنص المادة: 24 من القانون المدني إثر تعديله بقانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005 حيث نص " ... يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام والآداب العامة"¹. وتعتبر هذه خطوة إيجابية بالنسبة للتشريع الجزائري وهذا ما يجعل نصوص القانون المدني الجزائري أكثر وضوحاً.

الفرع الثاني: الأثر المخفف للنظام العام

إن فكرة الأثر المخفف للنظام العام أو هناك من يفضل تسميتها بالأثر الملطف للنظام العام، تعود نشأتها إلى القضاء الفرنسي، ثم أصبح الفقه والقضاء يتبناها في مختلف التشريعات، إنما تم تقديمه بالنسبة لآثار الدفع بالنظام العام العامة يتعلق بالحقوق التي تنشأ في دولة القاضي. يحدث أن تنشأ حقوق في دولة أجنبية وتثار أما القاضي الجزائري. بعبارة أخرى، وهنا يطرح السؤال هل آثار هذا الحق الذي اكتسب في الخارج والمطالب بها أمام القاضي الوطني، كالنفقة مثلا، تمس بالنظام العام لدولة القاضي أم لا؟

هذه الفكرة تثير ما اصطلح على تسميته في فقه التنازع بمبدأ الاحترام الدولي للحقوق المكتسبة في الخارج، أي أن الحق الذي نشأ واكتسب بالخارج هو واقعة لا يمكن إنكارها أو تجاهلها من جانب القاضي، وقد سار القضاء الفرنسي في هذا الاتجاه في مناسبات عديدة من ذلك وأنه قبل 1884 كان القانون الفرنسي لا يجيز الطلاق ويعتبره أمراً منافياً للنظام العام الفرنسي لكن الطلاق الذي يحدث في الخارج من طرف جهات قضائية أجنبية كان

1- أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص:181.

يمثل للقضاء الفرنسي واقعة لا يمكن إنكارها. ولذلك رتب عليها جملة من الآثار القانونية كالنفقة والحضانة وفقا لفكرة الأثر المخفف للنظام العام¹.

وتأسيسا على فكرة النظام العام المخفف يمكننا أن نميز بين ثلاث حالات:

الحالة الأولى: يتعارض فيها النظام العام مع وجود في مختلف مظاهره، سواء أريد إنشائه في دولة القاضي أو في الخارج وكان المطلوب الاحتجاج ببعض آثاره في دولة القاضي.

الحالة الثانية: يتعارض فيها النظام مع إنشاء الحق في دولة القاضي فقط كمثلا أن يتم الطلاق بالخارج بصورة صحيحة، فإنه يمكن الاعتراف بآثاره في فرنسا في ظروف معينة. أو تم تبني في تونس، فتكون له آثار في الجزائر، حيث لا يقول القاضي الجزائري باصطدامه بالنظام العام، وهذا ما يعبر عنه بالأثر المخفف للنظام العام، مع أن التبني ممنوع في الجزائر².

الحالة الثالثة: وهي الحالات التي يرفض القضاء الاعتراف بالحق المكتسب في الخارج بحجة أنه يتعارض مع النظام العام والتي تشير فيها قواعد التنازع إلى تطبيق القواعد الموضوعية الوطنية والتي تكون فيها صلة بين النزاع المطروح والإقليم الوطني³.

ويرجع البعض السبب لفكرة الأثر المخفف للنظام العام، للحقوق المكتسبة، تماشيا مع الطابع الإقليمي لفكرة النظام العام والذي تكمن وظيفته دفع الخطر الذي قد يهدد مصالح الدولة، فإذا كان إنشاء الحق في دولة أجنبية، وكان نفاذ هذا الحق في دولة القاضي لا يشكل أي تهديد، أو كان الحق منحصرا في مرحلة إنشائه فلا مبرر لتدخل النظام العام في

1- نور الدين بوسهوه، "مسائل الأحوال الشخصية المستحدثة سنة 2005 وعلاقتها بالنظام العام"، الملتقى الوطني حول تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق بجامعة بجاية، يومي 23 و24 أبريل 2014.

2- عليوش قريوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص: 184.

3- عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص: 228.

دولة القاضي الوطني، باعتبار هدف النظام العام هو الدفاع عن المصالح العليا لمجتمع دولة القاضي¹.

إن الأعمال بفكرة الأثر المخفف للنظام العام تظهر أهميته الكبيرة في مسائل الأحوال الشخصية على وجه الخصوص، حيث تسمح الفكرة باستقرار حالة الشخص والمحافظة عليهن واحترام المراكز القانونية التي أنشأت بفعل واقعة قانونية يقرها القانون المختص وقت انعقادها.

فقد جاء في القرار الصادر بتاريخ 2006/04/12 عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية إلى الاعتراف بحق اكتسب بالخارج لعدم تعارضه مع النظام العام في الجزائر حيث عبرت عن ذلك بقولها: "حيث أن الحكم الصادر عن جهة قضائية أجنبية والذي قضى بتخصيص أجره شهرية للحاضنة مقابل قيامها بحضانة أولادها الذين أسندت حضانتهم لها لم يخالف أي قاعدة جوهرية في الإجراءات كما انه لم يخالف القانون الوطني وحتى وإن كان القانون الجزائري لم ينص عليها، ومع ذلك فهي تشجع وتدفع الحاضنة بالقيام بمحضونها بكل ما تملك من جهد مما يجعل القرار الأجنبي محل الخلاف لا يتعارض مع السيادة الوطنية أو القيم الوطنية"²

1- إعداين حسيبة، "استبعاد تطبيق القانون الأجنبي للنظام العام"، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، المدرسة العليا للقضاء 2009، ص: 34.

2 - بوعروة محمد، "الدفع بالنظام العام عند تطبيق القوانين الأجنبية"، مذكرة ماستر، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2015 ص: 38.

الفصل الثاني: تجليات النظام العام في المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية

القانون مرآة عاكسة لما يسود المجتمع من أفكار ومعتقدات فهو ترجمة لما يعيشه من ظروف حاضرة و تطلعات مستقبلية . فالقانون الدولي الخاص عمل من أعمال السيادة وتحديد قواعد الإسناد فيه يعتمد على مبدأ صون السيادة الوطنية، فيعمل القاضي في نزاعات العلاقات الدولية الخاصة على تطبيق القانون الذي من شأنه أن يحقق العدالة ويصون السيادة الوطنية دون التفريق إذا ما كان القانون الذي بصدد تطبيقه وطنياً أو أجنبياً¹.

إن امتناع القاضي عن تطبيق أحكام القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قواعد الإسناد الوطنية متى تعارضت أحكامه مع النظام العام في بلد القاضي هي حماية للقيم والمثل السائدة في مجتمعه والتي يقررها العرف السائد داخل المجتمع.

فمثل هذه الأحوال يلزم إيجاد صمام أمان يحمي المجتمع الوطني من تطبيق هذه القوانين، على الرغم من أنها لم تكن تطبق إلا لإشارة قاعدة الإسناد الوطنية في نزاع بعينه².

تمثل مسائل الأحوال الشخصية وخاصة ما يعتبر من مواضيع الأسرة من المسائل التي تستأثر كل دولة لتنظيمها طبقاً لمبادئها وعقيدتها الأخلاقية، الدينية والتاريخية³.

ولما كانت هذه المفاهيم والتصورات تتغير من دولة لأخرى، وحتى في نفس الدولة. فإنه يترتب على ذلك اختلاف الأحكام القانونية المنظمة لها وبالتالي تدخل النظام العام في مجال أوسع في مجال الأحوال الشخصية.

ويعتبر الزواج من أكثر المواضيع والعلاقات القانونية إثارة لتنازع القوانين، فالزواج المختلط ظاهرة إيجابية تنفتح الأسر على بعضها وتتسجم فيها الأفكار والقناعات، إلا أنه في

1- صلاح الدين جمال الدين، فكرة النظام العام في العلاقات الدولية الخاصة بين القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص:3.

2- عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص: 529.

3- عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، ط:1، دار الخلدونية، 2007، ص:17.

الفصل الثاني تجليات النظام العام في المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية

الوقت نفسه يشكل بؤرة لتنازع القوانين بالأخص فيما يخص نسب الأطفال وجنسيتهم وإسناد الحضانة والآثار المرتبة عن ذلك لما يخالط فيه من جنسية مغايرة وديانة مختلفة بين الطرفين.

ولما كان النظام العام هي أداة فنية من خلالها نحمي القيم الأساسية للمجتمع وخاصة فيما يتعلق بمسائل الأحوال الشخصية ، وللاجابة على التساؤل الذي مفاده ما هي الحالات التي يتدخل فيها النظام العام لحماية القيم الأسرية؟ سوف نتطرق في هذا الفصل إلى المسائل التي يتدخل فيها النظام العام وهي الزواج، النسب، الطلاق، الميراث، الوصية.

المبحث الأول: الدفع بالنظام العام في مسائل الزواج والنسب:

مسائل الزواج تقوم على اعتبارات دينية خاصة في البلدان الإسلامية، فيظهر بوضوح تدخل النظام العام والإعمال به في النطاق الواسع سيما في حالات الاعتراف بتعدد الزوجات في الدول الإسلامية، وأبدية العلاقة ووحدة الزوجة في معظم الدول الغربية¹.

إن هذا الاختلاف الموجود بين الدول في مسائل الزواج يعتبر أرضية خصبة لتدخل النظام العام، وبالتالي استبعاد قاعدة الإسناد التي كان مقرر تطبيقها.

أما الحال في مسائل النسب فأشكاليتها وطبيعتها تتعدد وفقا للقوانين الوضعية للدول فبعضها يجعل النسب من المسائل المقاربة أهميتها لمسائل الزواج، باعتباره يتحقق عن طريق العلاقة الشرعية أي عن طريق زواج صحيح أو الطبيعية أي عن طريق علاقة غير شرعية ينسب فيها الولد لأحد أبويه أو عن طريق تصرف قانوني كما هو الشأن بالنسبة للتبني².

1- ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، القانون الدولي الخاص والمقارن، مرجع سابق، ص: 87.

2- غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص: 178.

المطلب الأول: تجليات النظام العام في مسائل الزواج

قانون الأسرة في أي دولة يقوم على مفاهيم دينية واجتماعية تنظمها في الغالب مجموعة من القواعد الآمرة، فبذلك يكون قانون الأسرة المجال الخصب، والواسع النطاق للدفع بالنظام العام فقد تصطدم الأفكار التي يحملها قانون الأسرة في الدول الإسلامية مع الأفكار التي يقوم عليها في الدول الغربية للتباين الصارخ في الثقافات والدين¹.

قانون الأسرة الجزائري كغيره في الدول العربية والإسلامية مستمد من أحكام الشريعة الإسلامية، وقد نص على الشروط التي يجب توافرها لانعقاد الزواج صحيحا، سواء تعلق الأمر بلشروط الموضوعية أو الشروط الشكلية. فأخضع الشروط الموضوعية لغير الذي أخضع له الشروط الشكلية².

نتطرق من خلال هذا المطلب إلى تبيان الشروط الموضوعية والشكلية وفقا لقواعد الإسناد التي نص عليها المشرع الجزائري لانعقاد الزواج صحيحا من خلال الفرع الأول، أما الفرع الثاني نتناول فيه قواعد الإسناد والقانون الواجب التطبيق على آثار الزواج، في حين الفرع الثالث نحاول حصر الحالات التي يتدخل فيها النظام العام كوسيلة فنية لاستبعاد القانون الواجب التطبيق التي أشارت إليها قاعدة الإسناد الوطنية في مسائل الزواج.

الفرع الأول: الزواج وفقا لقواعد الإسناد في القانون الجزائري

الزواج رابطة بين المرأة والرجل تترتب عليه آثار قانونية، ولكن ليست كل رابطة بين رجل وامرأة تولد آثارا قانونية تعتبر زواجا.

فتحديد الرابطة التي تعتبر زواجا ليس واحدا في كل الجماعات البشرية، بل إنه يختلف في الواحدة منها عنه في الأخرى باختلاف العقيدة الدينية السائدة في المجتمع، ومدى

1- صلاح الدين جمال الدين، فكرة النظام العام في العلاقات الدولية الخاصة بين القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية مرجع سابق، ص: 55.

2- أعراب القاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص: 228.

الفصل الثاني تجليات النظام العام في المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية

انسجامها وتطابقها مع القوانين الداخلية . فلن تحديد الرابطة بين الرجل والمرأة تعد زواجا صحيحا في حالة تطابقها فقط مع قانون القاضي ، غير أن القاضي يلتزم في تحديد معنى الزواج بالقواعد الموضوعية في القانون، بل يأخذه ببالغ التجريد¹.

وقد حدد المشرع الجزائري قواعد الإسناد التي تحدد القانون الواجب التطبيق في مسائل انعقاد الزواج، منها ما يمس بالشروط الموضوعية ومنها ما يمس بالشروط الشكلية لاعتبار الزواج زواجا صحيحا. وهذا ما سنبرزه في النقطتين الآتيتين:

أولا: قواعد الإسناد التي تحكم الشروط الموضوعية لانعقاد الزواج

نص المشرع الجزائري في قانون الأسرة على جملة الشروط الموضوعية لانعقاد الزواج فقد أكد نص المادة: 9 من قانون الأسرة الجزائري على أنه : " ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين" وكذا المادة: 9 مكرر من قانون الأسرة الجزائري: " يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط التالية: أهلية الزواج، الصداق، الولي، الشاهدان، انعدام الموانع الشرعية للزواج"².

أي أن الشروط الموضوعية لانعقاد الزواج وفقا لقانون الأسرة الجزائري تتمثل في: رضا الزوجين، الأهلية، الصداق، الولي، الشاهدين، انعدام الموانع الشرعية للزواج.

هذا عن نصوص المواد التي تحدد الشروط الموضوعية لانعقاد الزواج صحيحا، أما بخصوص تكييف ما هو موضوعي من شروط الزواج فيخضع لقانون القاضي طبقا للقواعد العامة، هذا ما جاء في المادة: 11³ من القانون المدني الجزائري: " يسري على الشروط الموضوعية بصحة الزواج يطبق عليها القانون الوطني لكل من الزوجين". أي أن القانون الواجب التطبيق على صحة الشروط الموضوعية للزواج هو القانون الوطني لكل من الزوجين.

1- عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص: 284.

2- المادة 9 و9 مكرر من القانون رقم 84-11، المؤرخ في 9 جوان 1984، يتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية العدد 31، معدل ومتم بموجب الأمر 05-02، مؤرخ في 27 فيفري 2005، جريدة رسمية عدد 15 الصادر في 27 فيفري 2005.

3- المادة: 11، القانون المدني الجزائري المعدل بالأمر 10/05 المؤرخ في 20 جوان 2005.

الفصل الثاني تجليات النظام العام في المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية

يعتبر الزواج حدثا مغيرا لحالة الشخص¹ فإن شروطه الموضوعية تخضع لقانون الجنسية وفقا لما تقضي به المادة : 10² من القانون المدني الجزائري : " يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم". والمادة : 97³ من قانون الحالة المدنية الجزائرية : " ويجري مثل ذلك بالنسبة لزواج عقد في بلد أجنبي بين جزائري وأجنبية وتم أمام الأعوان الدبلوماسيين المشرفين على دائرة قنصلية أو قناصل الجزائر طبقا للقوانين الجزائرية". استنتجت زواج الجزائرية بأجنبي وأشارت إليها في المادة: 31 من قانون الأسرة الجزائري. حيث اشترطت إجراءات خاصة وهي الحصول على ترخيص تسلمه المصالح الإدارية الخاصة بشؤون الأجانب في الجزائر ، وقد تضمنت تعليمة وزارية مشتركة بين وزير الداخلية ووزير العدل إضافة إلى شرط الإسلام في طالب الزواج الأجنبي الذي يرغب بالزواج من جزائرية.

الاستثناءات:

نجد أن هناك صعوبات عدة تعترض تطبيق قانون جنسية الزوجين على الشروط الموضوعية لعقد الزواج، منها حالة تمتع الشخص بأكثر من جنسية، فقد جاء في المادة: 22⁴ المعدلة من القانون المدني الجزائري: " في حالة تعدد الجنسيات يطبق القاضي الجنسية الحقيقية". فيعتد بالجنسية التي ترتبط بالشخص أكثر من غيرها. أي الفعلية، وفي حالة عدم تمتعه بأي جنسية فقد اختلف هنا الفقه في كيفية تعيين القانون الواجب تطبيقه ولكن الرأي الأرجح أن يطبق قانون جنسية الموطن وإن تعذر ذلك يطبق قانون البلد الذي فيه محل إقامته، وإن تعذر فقانون القاضي الذي ينظر في النزاع⁵، وكذا الأمر في حالة انتمائه بجنسيته إلى دولة متعددة الشرائع الداخلية، وحالة تغييره لجنسيته بعد اكتسابه لحق معين.

1- محمد سعادي، القانون الدولي الخاص وتطبيقاته في النظام القانوني الجزائري، المرجع السابق، ص: 113.

2- المادة : 10، القانون المدني الجزائري المعدل بالأمر 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005.

3- المادة: 97، القانون رقم 08 - 2014 المؤرخ في 09-08-2014 الصادر في الجريدة الرسمية رقم 49-2014

المعدل و المتمم للأمر رقم 20-70 المؤرخ في 19-02-1970 المتعلق بالحالة المدنية

4- المادة : 22، القانون المدني الجزائري المعدل بالأمر 05/10 المؤرخ في 20 جوان 2005.

5 - طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص: 256.

الفصل الثاني تجليات النظام العام في المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية

ونجد في حالة ما إذا كان أحد الزوجين جزائرياً أن المشرع الجزائري نص على اختصاص القانون الجزائري كما جاء في نص المادة : 13¹ من القانون المدني الجزائري: "يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين : 11 و 12 إذا كان أحد الزوجين جزائرياً وقت انعقاد الزواج، إلا فيما يخص أهلية الزواج" وهنا تطرح إشكالية إذا كان قانون الجنسية يطبق في نطاق جامع أي أن يتوفر في الزوج كل الشروط التي يستلزمها قانون جنسيته، وكذا كل شروط قانون جنسية زوجته ويتحجج أنصار هذا الاتجاه على أن التطبيق الجامع للقانون الهدف منه حماية الرابطة الزوجية وليس حماية شخص الزوج أو الزوجة².

أما التطبيق الموزع مفاده أن تتوفر في الزوج الشروط التي يستلزمها قانون جنسيته فقط وأن تتوفر في الزوجة الشروط التي يستلزمها قانون جنسيتها فقط، وهذا ما أخذت بها غالبية الأحكام القضائية الفرنسية ونصت عليه دول كثيرة منها تركيا ، ألمانيا ، بولونيا ، النمسا والبرتغال، حجتهم في ذلك أن قانون كل دولة موضوع خصيصاً لحماية مواطنيها وثوابت مجتمعها أي يقتصر القانون في تطبيقه عليهم لا على غيرهم³.

المشرع الجزائري نص أنه في حالة ثبوت أن الزوجين من جنسية أجنبية واحدة، يطبق على الشروط الموضوعية لصحة الزواج قانون جنسيتها وفقاً للمادة 11 من القانون المدني الجزائري السالفة الذكر.

عند اختلاف جنسية الزوجين مع نص قانونهما على الشروط الموضوعية غير شروط الزوج الآخر.

ثانياً: قواعد الإسناد التي تحكم الشروط الشكلية لانعقاد الزواج

يعتبر عقد الزواج من العقود الشكلية والمستقر فقها وقضاء على الصعيد الدولي خضوع الشروط الشكلية للزواج للقانون الذي يحكم شكل التصرفات القانونية بشكل عام وهو قانون

1- المادة: 13، القانون المدني الجزائري المعدل بالأمر 10/05 المؤرخ في 20 جوان 2005.

2- أعراب القاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص:231.

3- الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص:162.

الفصل الثاني تجليات النظام العام في المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية

محل الإبرام واستثناء منح الاختصاص للقانون الشخصي للزوجين في حالة الزواج المبرم أمام البعثات الدبلوماسية أو القنصلية المعتمدة في الخارج، فالشروط الشكلية يقصد بها الأوضاع اللازمة لإظهار الإرادة والإعلان عن الزواج وكذلك إثباته، فمتى تم الزواج طبقاً للشكل الذي يستلزمه محل إبرامه يجب اعتباره صحيحاً لدى كل الدول، وقد جاء القانون المدني الجزائري خالياً من قاعدة إسناد خاصة بالشروط الشكلية لصحة الزواج، فبذلك تخضعه لقاعدة محل الإبرام¹.

وتشكل هذه القاعدة أي قاعدة خضوع الشروط الشكلية لمحل الإبرام، قاعدة عالمية معترف بها في كل الدول. وهذا ما أكدته اتفاقية لاهاي 1902 الخاصة بالزواج حيث نصت المادة 5 منها على أنه: "يعتبر الزواج الحاصل صحيحاً من حيث الشكل طبقاً لقانون البلد الذي يباشر فيه صحيحاً في كل مكان آخر"².

ويعتبر الزواج في الجزائر نظاماً مدنياً بحثاً يتم أمام قاضي أو ضابط الحالة المدنية (المادة: 71³ من قانون الحالة المدنية)، أو أمام الموثق أو موظف قانوناً لذلك (المادة: 18⁴ من قانون الأسرة).

أما عن الزواج الذي يكون أحد طرفيه أجنبياً، فإن المادة: 97 من قانون الحالة المدنية السالفة الذكر لم تورد حالة الزواج الذي يتم في الجزائر من قبل جزائري و أجنبي أو من قبل أجنبي مكتفياً بحالة زواج الجزائري بالأجنبي في الخارج⁵.

جاء في المادة: 19⁶ من القانون المدني الجزائري "تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه". فبذلك تخضع العقود ما بين الأحياء من حيث شكلها

1- هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، د:ط، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005، ص: 377.

2- المادة : 5، اتفاقية لاهاي لسنة 1902.

3- المادة : 71، قانون الحالة المدنية، مرجع سابق.

4- المادة: 18، قانون الأسرة المعدل بالأمر رقم 02/05، المؤرخ في 27 فيفري 2005: "يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانوناً مع مراعاة ما ورد في المادتين 9 و9 مكرر من هذا القانون".

5 - سعد عبد العزيز، نظام الحالة المدنية في الجزائر، دار هما للطباعة و النشر، الجزائر 1995، ص: 274.

6- المادة : 19، القانون المدني الجزائري المعدل بالأمر 10/05 المؤرخ في 20 جوان 2005.

الفصل الثاني تجليات النظام العام في المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية

لقانون البلد الذي تمت فيه، لكن دون أن يجعل ذلك إلزاميا، إذ قد أجاز إخضاعها أيضا للقانون الوطني للمتعاقدين¹.

الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج.

متى كان عقد الزواج صحيحا رتب آثاره وتختلف باختلاف التشريعات وهي الآثار الشخصية والآثار المالية. وتتمثل الآثار الشخصية في الحقوق والالتزامات التي تترتب على عاتق الزوجين وقد اختلفت التشريعات في تحديد ضابط الإسناد في شأن آثار الزواج فهناك من اختار قانون جنسية كل من الزوجين إذ يتعذر في هذه الحالة تطبيق أيهما عندما يختلفان، وهناك من اختار قانون جنسية الزوج لوصفه رب العائلة، وهذا أيضا تعرض لانتقاد باعتباره يشكل ضررا على الزوجة فصار اتجاه آخر رائدته ألمانيا حيث طبقت على مسائل آثار الزواج قانون الموطن المشترك للزوجين بصفته ضابطا محايدا لا يمس بمبدأ المساواة بين الزوج والزوجة².

إن المشرع الجزائري فضل قانون جنسية الزوج على المسائل التي تحكم آثار الزواج تأمينا لاستقرار الأسرة وتقاديا لمشكل التنازع المتغير الذي ينشأ نتيجة لتغير جنسية الزوج بعد زواجه، فقد جاء في الفقرة الأولى من المادة: 12 من القانون المدني الجزائري: " يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار الشخصية والمالية التي يربتها عقد الزواج".

1 - أعراب بالقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص: 240.

2 - هاشم صادق، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، د:ط، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2006، ص:

الفصل الثاني تجليات النظام العام في المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية

كما تشمل آثار الزواج إنفاق الزوج على زوجته بمجرد الدخول بها (المادة: 74 من قانون الأسرة)¹ فالنفقة من آثار الزواج وجعل القانون المدني الجزائري في المادة: 14 منه² أن القانون الوطني للمدين بها هو القانون الواجب التطبيق.

وقد يؤثر الزوج في بعض التشريعات على حالة المرأة فيما يتعلق باسمها وكذا بما يتعلق بموطنها، فبعض التشريعات توجب حمل الزوجة اسم زوجها غير أنه في الجزائر وفي الدول الإسلامية جعلها محتفظة به³.

أما فيما يتعلق بآثار الزواج المالية فلا يشكل ذلك إشكالا في الجزائر والدول الإسلامية باعتبار أن النفقة واجبة على الزوج وحده دون الزوجة وأن الزوجة تتمتع باستقلالية كاملة في التصرف بأموالها واستغلالها. على عكس الدول الغربية التي يختار فيها الزوجين قبل الزواج النظام المالي الذين يتبعونه بعد الزواج، فقد يكون هناك اشتراك تكون أموال الزوجين مملوكة على الشياع بنسبة النصف أو نظام انفصال مالي على أن يشتركا نفي مصاريف الأسرة وأعبائها المالية⁴.

الفرع الثالث: إعمال فكرة النظام العام في انعقاد الزواج في القانون الجزائري

إن ارتباط مفهوم الزواج في الجزائر بالدين باعتبار قوانين الأحوال الشخصية مستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية، والتي تتسم بالثبات، إذ هي ثابتة ثبات القرآن الكريم والسنة الشريفة اللتان أقرتهما، بخلاف الدول الغربية التي تستمد أحكام الزواج من الشريعة المسيحية المحرفة⁵.

1- المادة: 74، قانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر رقم 02/005 المؤرخ في 27 فيفري 2005: "تجب نفقة الزوجة

على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه ببينة مع مراعاة أحكام المواد 78 و79 و80 من هذا القانون"

2- المادة: 14، القانون المدني الجزائري المعدل بالأمر 10/05 المؤرخ في 20 جوان 2005: "يطبق القانون الوطني على الالتزام بالنفقة بين الأقارب للمدين بها"

3- طاهري حسين، الأوسط في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص: 261.

4- الطيب زوتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص: 174، 175.

5 - محمد عبد العالي عكاشة، دراسات في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص: 238.

الفصل الثاني تجليات النظام العام في المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية

منح المشرع للقاضي سلطة تقديرية لمنع واستبعاد تطبيق القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد الوطنية، في ما يخص المسائل المتعلقة بالزواج متى كان يتعارض مع القيم الأساسية والأسس الجوهرية التي يقوم عليها المجتمع. مستندا في ذلك على فكرة النظام العام، ولعل دور القاضي في هذا الصدد ليس بالسهل خاصة أمام كون فكرة النظام العام فكرة نسبية تختلف من دولة إلى أخرى وتتغير في الدولة الواحدة بتغير الزمان كما أسلفنا ذكر ذلك.

تطبيقا لذلك يعد مخالفا للنظام العام الجزائري حرمان المسلم من تعداد زوجاته متى رغب بذلك في الجزائر، حتى ولو كان قانونه الوطني يحضره، فيكون زواج الفرنسي المسلم من الجزائرية المسلمة صحيحا حتى ببقاء زواجه الأول من فرنسية قائما لأن ذلك يعتبر من النظام العام في الجزائر. حيث نصت المادة: ¹⁸ معدلة من قانون الأسرة الجزائري: "انه يسمح للزواج أكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط ونية العدل". وعكس ما ذهب إليه المشرع الجزائري فقد ألغت تشريعات بعض الدول الإسلامية نظام تعدد الزوجات ضمن قوانينها واعتبرت التعدد مخالفا للنظام العام، وتعد تركيا أول الدول الإسلامية التي أخذت بذلك. وهذا ضمن التوجه العام للسلطة التركية بقيادة أتاتورك، الذي سعى إلى عصنة المجتمع والارتقاء به نحو المجتمعات المتمدينة في الدول الغربية. وقد كان ذلك في سنة 1926 عندما أخذت تركيا بالقانون المدني السويسري واستخلصت منه قانونها الخاص².

ويعتبر مخالفا للنظام العام كذلك ارتباط المسلمة بغير المسلم حتى ولو كان قانونهما الوطني يجيز ذلك، وعليه يكون الزواج الأمريكية المسلمة في الجزائر من الفرنسي المسيحي غير جائز وباطل يستوجب تدخل فكرة النظام العام³.

1 - المادة: 8، قانون الأسرة المعدل بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005.
2- بومدين محمد، " رخصة تعدد الزوجات بين تشريعات الدول الإسلامية"، مجلة القانون والمجتمع، جامعة أدرار، العدد 2013، ص : 12.
3 - محمد سمارة، أحكام و آثار الزوجية شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، 2008 ص: 76.

الفصل الثاني تجليات النظام العام في المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية

كما يعد مخالفا للنظام العام، أن يعقد الجزائري في بلد أجنبي زواجه وفقا للأشكال والأوضاع السائدة في ذلك البلد، وتكون هذه الأشكال تمس بالنظام العام والآداب العامة مثلا يعقد الزواج داخل كنيسة ، أو عن طريق طقوس مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية¹.

زيادة على ما ذكر يستبعد القانون الأجنبي المختص باسم النظام العام الجزائري لمساسه بحقوق المسلم بغض النظر عن جنسيته، يتم استبعاد القانون الأجنبي المختص متى كان الحضر فيه ينضوي على اعتبارات عرقية وعنصرية، كاختلاف اللون أو الجنس. كما كان الحال في ظل النظام النازي بألمانيا، كذلك حضر زواج الجنس الواحد ومحاربتة كونه يمس بمبادئ الشريعة الإسلامية ويتناقض مع الفطرة البشرية².

المطلب الثاني: النظام العام و النسب

اهتم الشارع الحكيم بالنسب فنظمه و ضبط قواعده حفاظا له من الفساد. وجعل للنسب سببا واضحا يتفق و كرامة الإنسان وهو اتصال بالمرأة عن طريق الزواج الصحيح ولم يترك للأهواء ورغبات الناس كما هو الحال في الجاهلية من تبني وإلحاق الأولاد عن طريق الفاحشة³.

ويعتبر النسب من المواضيع ذات الصلة الوثيقة بنظام العائلة، كما أنه جزء لا يتجزأ من حالة الشخص مما يؤدي إلى خضوعه للقانون الشخصي، وليس في تطبيق هذا القانون أي إشكالية أو اختلاف إذا تطابقت جنسية أطراف العلاقة لأنه في هذه الحالة سيخضع لقانون الجنسية المشتركة. غير أن تحديد القانون الشخصي عند اختلاف جنسية أطراف العلاقة يعتبر من المسائل المختلف حولها فقها، وتشريعا، وقضاء⁴.

1- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، د : ط، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص: 179.

2 - صلاح الدين جمال الدين، فكرة النظام العام في العلاقات الخاصة الدولية بين القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية مرجع سابق، ص: 54، 55.

3 - طاهري حسين، الأوسط في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق ، ص: 67.

4 - محمد سعادي، القانون الدولي الخاص وتطبيقاته في النظام القانوني الجزائري، مرجع سابق، ص: 124.

الفصل الثاني تجليات النظام العام في المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية

المشرع الجزائري ومن خلال المادة: 13 مكرر¹ من القانون المدني الجزائري نص صراحة على القانون الواجب التطبيق في ما يخص مسائل النسب و جاء نصها واضحا حيث نصت على: " يسري على النسب والاعتراف به وإنكاره قانون جنسية الأب وقت ميلاد الطفل. وفي حالة وفاة الأب قبل ميلاد الطفل يطبق قانون جنسية الأب وقت الوفاة".

وسنتطرق من خلال هذا المطلب إلى نظرة بعض التشريعات العربية لنظام الذي يحكم تحديد النسب (الفرع الأول)، وإلى حالة تدخل النظام العام لحماية هذه التشريعات خاصة ما تعلق بالتبني.

الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق على النسب

البنوة الشرعية، أو النسب الشرعي هو الذي يترتب عن وجود عقد زواج صحيح، أي هو انتساب الولد لوالديه المتزوجين².

ويرتبط نسب الطفل بالأب والأم، فإن اعتماد القانون الشخصي كان نتيجة لذلك وهذا ما ترتب عنه وجود اختلاف فقهي، تشريعي وقضائي، فنجد من يقر النسب الشرعي ولا يقر النسب الطبيعي، فقانون الأسرة الجزائري ومن خلال المواد: 40 إلى 45³ يعترف فقط بالنسب الشرعي أي أن الولد ينسب إلى أبويه في حالة كان الارتباط بينهما شرعيا أي عن طريق الزواج الصحيح⁴.

فرغم أن النسب في الجزائر يرتبط بصحة الزواج لكن يوجد اتجاه ثاني يقر بالنسب الطبيعي، ومن رواده الفقيه الفرنسي "فرنسيس كاكيس" الذي يرى أنه لا يوجد ما يسمى بالأسرة الطبيعية ويقوم بتحديد النسب عن طريق الأخذ بجنسية الطفل وقد كان ذلك سائدا في فرنسا قبل القانون الصادر في 03 جانفي 1972، كما يربط اتجاه آخر النسب بجنسية

1- المادة : 13 مكرر، القانون المدني الجزائري المعدل بالأمر 10/05 المؤرخ في 20 جوان 2005.

2- أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مرجع سابق، ص: 872.

3- المواد : 40 إلى 45، قانون الأسرة المعدل بالأمر 02-05 المؤرخ في 27 فيفري 2005.

4- عليوش قريوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص: 246.

الفصل الثاني تجليات النظام العام في المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية

الأم باعتبارها هي الطرف الأساسي لكل دعوى متعلقة بمسائل النسب¹. ونميز هنا بين نسب الولد الذي يكون عن زواج صحيح أي النسب الشرعي، وبين نسب الولد الذي يكون عن علاقة غير شرعية خارج إطار الزواج أو من زواج باطل.

أولاً: القانون الواجب التطبيق على النسب الشرعي

يقصد بالبنوة الشرعية، نسبة الولد لأبويه نتيجة لعقد زواجهما الصحيح شرعا طبقا للمادة: 41² قانون الأسرة الجزائري" ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة". وباعتبار النسب يندرج ضمن فئة الأحوال الشخصية ثم يخضع للقانون الشخصي لأحد أطرافها سواء كان الوالد المراد الانتساب إليه أو الولد المراد إثبات نسبه، واختلفت التشريعات في تنظيم هذه المسألة خاصة إذا كان أطراف العلاقة من جنسيات وديانات مختلفة³.

أما في الجزائر فقبل التعديل فإن المشرع لم يبين ولم يحدد القانون الذي يخضع له النسب وأخذت الاتجاهات القضائية بأن القانون الأنسب الذي يجب أن يخضع له النسب الشرعي هو القانون الذي يحكم آثار الزواج باعتبار أن الطفل أحد أفراد الأسرة التي تأسست بالزواج إذ أن الولد للفراش، وجاء في القرار الصادر عن المجلس الأعلى: " أنه من المقرر شرعا أن الولد للفراش صحيح وأن أقل مدة للحمل هي 6 أشهر، ومن ثم فإن الولد الذي ولد بعد 64 يوم لا لشيء نسبه لصاحب الفراش"⁴.

وقد جاء تعديل القانون المدني الجزائري بالقانون 10/05 لسنة 2005 ليضع حدا لهذا اللبس واستحدثت المادة: 13 مكرر التي تقضي ب: " يسري النسب والاعتراف به وإنكاره قانون جنسية الأب وقت ميلاد الطفل. وفي حالة وفاة الأب قبل ميلاد الطفل يطبق قانون جنسية الأب وقت الوفاة" التي حددت نسب الطفل بالاعتماد على جنسية الأب وقت ميلاد

1- أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، 264.

2- المادة : 41، قانون الأسرة المعدل بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005.

3- آيت مولود ذهبية، "إشكالات إثبات النسب في الزواج المختلط الباطل"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، عدد خاص جامعة بجاية، 2015، ص: 210.

4- عليوش قريوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص: فحة 246.

الفصل الثاني تجليات النظام العام في المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية

الطفل ، وقد أشارت أيضا المادة: 13 مكرر السالفة الذكر إلى حالة وفاة الأب قبل ميلاد الطفل وأكدت أن قانون جنسية الأب وقت الوفاة هو القانون الذي يعتمد في تحديد نسب الطفل.

ويرجع تفضيل المشرع الجزائري لقانون جنسية الأب على قانون جنسية الأم إلى الدور المعترف للرجل في الدول العربية، وتماشيا مع مواد: 40 إلى 46 من قانون الأسرة الجزائري السالفة الذكر، والتي تنظم هذه المسألة.

ثانيا: القانون الواجب التطبيق على النسب الطبيعي

البنوة غير الشرعية هي البنوة الناتجة خارج إطار الزواج أو من زواج باطل، وباعتبار النسب وصلة عظيمة تجمع الأولاد للأباء لا تقتصر على علاقة دموية فحسب، بل لا بد لإقراره قيام علاقة شرعية. وتطبيقا لأحكام الشريعة الإسلامية فإن النسب الغير شرعي لا يترتب عنه آثار النسب الشرعي، على عكس البلدان الأجنبية التي تحمل شعار الحرية والمساواة فقد أضحى النسب الطبيعي فيها يحتل مكانة مهمة واعترف فيها بحقوق الطفل الغير شرعي على قدم المساواة مع الطفل الشرعي سواء تعلق المر بالنفقة أو الجنسية أو الاسم. أما عن موقف المشرع الجزائري، فيثبت نسب الولد الطبيعي لأمه فقط سواء كان الأب معروفا أو مجهولا، وذلك حسب ما جاء في الفقرة 2 من المادة: 6 المعدلة¹ من قانون الجنسية. ولما كان يعترف بالنسب الطبيعي فلا تسري عليه أحكام المادة: 13 مكرر من القانون المدني ولا يعد النسب الطبيعي أثر من آثار الزواج².

الفرع الثاني: إعمال النظام العام في شأن التبني

حضي موضوع التبني باهتمام واسع من قبل الفقهاء والدارسين فتعددت تعاريفه وتحديد ضوابطه ومعناه، لكن معظمها اشتركت بأن التبني هو أن يتخذ الرجل ولدا ينسبه إليه ليس

1- المادة: 6 من الأمر رقم 70-86 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970، المتضمن قانون الجنسية الجزائرية المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-01 المؤرخ في 27 فيفري 2005، الجريدة الرسمية العدد 15 الصفحة 15: "يعتبر جزائريا الولد المولود من أب جزائري أو أم جزائرية".

2- طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص: 267.

الفصل الثاني تجليات النظام العام في المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية

من صلبه. حماية للأنساب. وعرف التبني هو بنوة مصطنعة مبنية على اتفاق أو تصرف قانوني مقتضاه أن يتخذ الشخص ولد غيره، المعروف أو المجهول النسب، وإعطائه كل الحقوق رغم عدم وجود صلة الدم بينهما يلجأ إليه الرجل أو المرأة، كما يمكن أن يلجأ له شخصين متزوجين ليس لهم أولاد¹.

إن التشريع الجزائري ومن خلال مواد قانون الأسرة اعتبر النسب صلة عظيمة على جانب من الخطورة، فأحاطها بسياج منيع يحميها من الفساد والاضطراب، فاعتبرها علاقة شرعية فإذا تبين أن الولد لا يتمتع بقرينة الشرعية انقطع نسبه عن أبيه ولا يبقى له إلا الانتساب لأمه وقرابتها، فحرم التبني ومنعته شرعا، فقد جاء في المادة: 246 من قانون الأسرة الجزائري "يمنع التبني شرعا وقانونا" ولعل السبب في ذلك هو أن قانون الأسرة يستمد أحكامه من مبادئ الشريعة الإسلامية التي حرمت التبني ومنعته وهذا منعا لاختلاط الأنساب، ومنعا لتجريد الطفل لنسبه الأصلي³.

في حين أن هناك بعض التشريعات العربية تقرر، من ذلك مثلا القانون التونسي من خلال القانون رقم 27 لسنة 1958 المؤرخ في 1958 المعدل بالقانون رقم 99 لسنة 1959 المؤرخ في 19-6-1959، حيث أن للمتبنى الحقوق نفسها التي للإبن الشرعي وعليه ما عليه من واجبات.

حيث جاء المشرع في تعديله للقانون المدني تحت رقم 10/05 لسنة 2005 بمادة تجيز للأجانب غير المسلمين التبني من خلال المادة: 13 مكرر⁴، وليس معنى هذا أن هناك اعتراف بالتبني من طرف المشرع الجزائري وإنما يقتصر في مدلولها على إرشاد القاضي للقانون الواجب التطبيق على المسائل الخاصة بالتبني، ففي حالة المسألة المرتبطة بعلاقة

1- أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدول للقوانين، مرجع سابق، ص: 898.

2- المادة: 46، قانون الأسرة المعدل بالأمر 02-05 المؤرخ في 27 فيفري 2005.

3- عليوش قريوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص: 248.

4- تنص المادة 13 مكرر 1 القانون المدني الجزائري المعدل بالأمر 10/05 المؤرخ في 20 جوان 2005: "يسري على

صحة الكفالة قانون جنسية كل من الكفيل والمكفول وقت إجرائه ويسري على آثارها قانون جنسية الكفيل، وتطبق نفس الأحكام على التبني"

الفصل الثاني تجليات النظام العام في المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية

الأجانب داخل دولة القاضي المسلم يسمح قانونهم التبني فالقاضي يطبق قانونهم. أما ما تعلق بآثار التبني فيطبق عليها قانون جنسية المتبني.

ولكن قد يصطدم القاضي الجزائري في حالة إذا كان جنسية الطرفين يسمح بالتبني لما يكون أحد الطرفين أو كلاهما مسلما، فهل يسمح به؟ أو يدفع بمخالفة ذلك لفكرة النظام العام؟ لتحديد إجابة على هذا التساؤل يتعين على القاضي أن ينظر هل النزاع يتعلق بحقوق تنشأ في دولته أي دولة القاضي نتيجة التبني يحدث في دولة أجنبية تفره كأن يطالب بالاعتراف بالحق بلقب الأب، أو الالتزام برعاية الولد وتعليمه، أو السلطة الأبوية عليه أو ميراث الولد لأبيه. وهنا لا يقول القاضي الجزائري باصطدامه بالنظام العام فتكون المسألة اجتهادية وتقديرية وهي آثار لا تصطدم مع النظام العام الجزائري إعمالا بما أسميناه سابقا الأثر المخفف للنظام العام أو الاحترام الدولي للحقوق المكتسبة في الخارج. فيكون متسامحا ومحترما للقوانين الأجنبية¹.

أما إذا تعلق الأمر بنزاع طرفه منتسب إلى الديانة الإسلامية ويريد تبني طفل، يشهر هنا القاضي سلاح النظام العام ويستبعد هذا القانون الأجنبي عملا بالمادة: 24 من القانون المدني الجزائري سالف الذكر. وهذا على اعتبار الشريعة الإسلامية المصدر الثاني الذي يحكم المسائل المعروضة على القضاء عملا بأحكام المادة الأولى من القانون المدني، فإنها حرمت التبني ومنعته شرعا وقانونا، والشريعة الإسلامية تطبق على جميع المسلمين بغض النظر على جنسيتهم وبذلك فإقرار القاضي للتبني فيما يخص المسلمين يعد مخالفا للنظام العام².

كما يعد مخالفا للنظام العام، حرمان الولد من كل حق في إثبات نسبه، أو يعطى ذلك الحق لأولاد دون الآخرين. وأيضا يعد مخالفا للنظام العام كأن يعفي القانون الواجب التطبيق

1- بوسهوه نور الدين، "مسائل الأحوال الشخصية المستحدثة"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، مرجع سابق ص:329،330.

2- علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص: 83.

الفصل الثاني تجليات النظام العام في المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية

الأب رعاية أولاده وتربيتهم والإنفاق عليهم، إذا انتسبوا إليه، بالإضافة إلى ذلك فإن الأولاد لا ينسبوا إلى زواج رجل بإحدى المحرمات عليه¹.

المبحث الثاني: النظام العام والقانون الواجب التطبيق على الطلاق والحضانة الميراث والوصية:

على اعتبار مواضيع الطلاق والحضانة الميراث والوصية ضمن فئات الأحوال الشخصية فهي بذلك تكون أرضية خصبة للإعمال بفكرة النظام العام وذلك لارتباطها ارتباطا وثيقا بالمفاهيم الدينية خاصة في الدول الإسلامية، فكل دولة تضع أحكاما خاصة بها لهذه المواضيع.

فالإعمال بفكرة النظام العام لاستبعاد القانون الأجنبي يكون واسعا وجليا فالقانون في الدول الإسلامية يجيز الطلاق بالإرادة المنفردة فعندما تشير قاعدة الإسناد إلى تطبيق قانون جنسية الأجنبي الذي لا يجيز الطلاق فتطبيقه مثلا في الجزائر يعد مخالفا للنظام ولا يجوز إعمال هذا القانون، كذلك ولا يقل دور النظام العام في مسائل الحضانة والوصية عن مسائل الزواج والنسب وذلك لارتباطها جميعا بنظم الشريعة الإسلامية وسنتطرق من خلال هذا المبحث إلى قواعد الإسناد التي تحكم هذه المسائل وإبراز حالات الدفع بالنظام العام².

المطلب الأول: النظام العام وانحلال الرابطة الزوجية

حدد المشرع الجزائري من خلال قانون الأسرة طرق انحلال الرابطة الزوجية، فقد أقر الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج إعمالا بأحكام الشريعة الإسلامية كما سمح بانحلال الرابطة الزوجية عن طريق الحكم القضائي بطلب من أحد الطرفين عند استيفاء الأسباب المنصوص عليها قانونا³.

1- أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدول للقوانين، مرجع سابق، ص: 888، 889.

2- عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص: 246.

3- ديابي باديس، آثار فك الرابطة الزوجية، د: ط، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص: 6.

الفصل الثاني تجليات النظام العام في المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية

إن اختلاف طرق حل الرابطة الزوجية يثير العديد من المسائل التي تحول دون تطبيق القانون الأجنبي المختص بحكم الطلاق، فهناك بعض القوانين التي تجيزه وبعض القوانين التي تمنعه بتاتا، فبذلك يعتبر الطلاق من المسائل التي تثير الكثير من الإشكالات على صعيد العلاقات الدولية الخاصة إذا اختلفت جنسية الزوجين، بالإضافة إلى إشكالية القانون الواجب التطبيق على الانفصال الجسماني الذي أقره المشرع في تعديل القانون المدني الجزائري سنة 2005. فما هو القانون الواجب التطبيق على الطلاق والانفصال الجسماني؟ وهذا ما سنعالجه في الفرع الأول، وما هي حالات الدفع بالنظام العام وفق القانون الجزائري¹؟ وهذا ما سنتطرق إليه في الفرع الثاني.

الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق على الطلاق والانفصال الجسماني

أخضع المشرع الجزائري انحلال الرابطة الزوجية إلى قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى وذلك من خلال نص المادة: 12 فقرة 2 من القانون المدني الجزائري².

من خلال المادة سالفة الذكر يتضح كقاعدة عامة أن القانون الوطني لجنسية الزوج هو الذي يطبقه القاضي الذي عرضت أمامه مسألة الطلاق، فإذا كان الزوج جزائريا يطبق القانون الجزائري، فلم يميز المشرع الجزائري بين الطلاق والتطليق والانفصال الجسماني وإنما أخضع انحلال الزواج بصفة عامة لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى.

أولاً: القانون الواجب التطبيق على الطلاق

أخضع المشرع الطلاق لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى حسب نص المادة: 2/12 من القانون المدني الجزائري سالفة الذكر يثير إشكالات في حالة تغيير الزوج جنسيته أثناء الزواج وعند رفع دعوى الطلاق تصطدم الزوجة بقانون لم تتوقع تطبيقه فقد يمنع هذا القانون الطلاق بعدما كان يجيزه وقت إبرام الزواج. أو العكس. وقد فضل بعض شراح القانون الجزائري الأخذ بقانون الزوج وقت إبرام الزواج في تحديد القانون الواجب التطبيق على

1- زاير فاطمة الزهرة، "النظام العام في النزاعات الدولية الخاصة المتعلقة بالأحوال الشخصية"، مرجع سابق، ص: 109.

2- تنص المادة 2/12 القانون المدني الجزائري المعدل بالأمر 10/05 المؤرخ في 20 جوان 2005: "يسري على انحلال الزواج والانفصال الجسماني القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى"

الفصل الثاني تجليات النظام العام في المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية

مسائل الطلاق بدلا من قانون جنسيته وقت رفع الدعوى تحقيقا للعدالة والمساواة وتجنبنا لظلم الزوجة¹.

الاستثناء:

أورد المشرع الجزائري في نص المادة: 13 من القانون المدني الجزائري سالفه الذكر، أنه إذا كان أحد طرفي عقد الزواج جزائريا وقت انعقاد الزواج فالقانون الجزائري هو الذي يطبقه القاضي.

ومن خلال ذلك نجد أن المشرعين الجزائريين الذين ساهموا في وضع القانون المدني، قد وضعوا قاعدة عامة أمام القاضي الجزائري تتمثل في ضابط الإسناد الذي يحكم انحلال الرابطة الزوجية وهو قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، ثم وضعوا قاعدة استثنائية مفادها أن القانون الوطني الجزائري هو وحده الذي يطبق إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج.²

ثانيا: القانون الواجب التطبيق على الانفصال الجسماني

إن أسلوب الانفصال الجسماني نظام لا تعرفه معظم الأنظمة القانونية في الدول العربية فيعرف على أنه طريق لإنهاء الزوجية إنهاء حكما يتم بحكم القاضي أو بالتراضي المصدق عليه من القاضي، أي وقف المعيشة المشتركة بين الزوجين، وتعليق الالتزامات المتبادلة. عكس الطلاق الذي يقع وفق القانون الجزائري بحكم قضائي³.

حاول المشرع الجزائري في تعديل 2005 أن يتفادى الثغرات القانونية التي كانت موجودة قبل التعديل فاستحدث قاعدة إسناد تحكم مسألة الانفصال الجسماني المعمول بها في الغرب

1- الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص: 182.

2- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، مرجع سابق، ص: 180.

3- بوسهوه نور الدين، "مسائل الأحوال الشخصية المستحدثة"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، مرجع سابق ص: 319.

الفصل الثاني تجليات النظام العام في المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية

حيث جاءت المادة: 2/12 سالفه الذكر صريحة وواضحة، فذكرت أن ضابط جنسية الزوج هو الضابط المعتمد عليه في تحديد القانون الواجب التطبيق على الانفصال الجسماني¹.

ويترتب عن تطبيق قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى عدة إشكالات أهمها إمكانية تطبيق القانون الجزائري على النزاع المتعلق بموضوع الانفصال الجسماني وذلك في حالة إذا كان الزوج وقت رفع الدعوى حامل للجنسية الجزائرية، وإما على أساس أن احد الزوجين كان جزائريا وقت عقد الزواج.

الفرضية الأولى: كون الزوج جزائري وقت رفع الدعوى:

تتحقق هذه الفرضية إذا نشأ الانفصال الجسماني في دولة أجنبية تفره قوانينها وكان الزوج جزائريا فهنا تطبق المادة: 2/12 سالفه الذكر حيث يسري القانون الجزائري الذي لا يعترف بهذا النظام باعتباره يتناقض مع أحكام قانون الأسرة الجزائري.

الفرضية الثانية: كون أحد الزوجين جزائريا وقت الزواج:

بالرجوع إلى المادة: 13 من القانون المدني الجزائري سالفه الذكر، قد يعرض على القاضي الوطني نزاع حول الانفصال الجسماني أحدا جزائريا وقت انعقاد الزواج غير جنسيته بعد ذلك، فيجد القاضي نفسه أمام إشكالية تطبيق القانون الجزائري المشار إليه في قاعدة الإسناد والذي يتعارض مع الأحكام الواردة في قانون الأسرة.²

نخلص في الأخير أن اعتماد ضابط الجنسية في مسائل الانفصال الجسماني موضوع حساس خلق العديد من الإشكالات القانونية كونه نظام لا تفره أحكام قانون الأسرة الجزائري ويؤثر سلبا على استقرار المعاملات في العلاقات الخاصة ذات البعد الدولي.³

1- تواتي نصيرة، "إشكالات خضوع الانفصال الجسماني لضابط الجنسية"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، مرجع سابق، ص: 174.

2 - بوسهوه نور الدين، "مسائل الأحوال الشخصية المستحدثة"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، مرجع سابق ص: 320.

3- تواتي نصيرة، "إشكالات خضوع الانفصال الجسماني لضابط الجنسية"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، مرجع سابق، ص: 177، 178.

الفصل الثاني تجليات النظام العام في المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية

وإذا تبين للقاضي أن القانون الذي أشارت إليه قواعد الإسناد مخالفا لفكرة النظام العام فإنه يقوم باستبعاده وسنتطرق في الفرع الثاني إلى حالات تعارض النظام العام مع القانون الأجنبي الذي يحكم الطلاق

الفرع الثاني: النظام العام والقانون الذي يحكم انحلال الزواج

يتحدد مفهوم الزواج في كل دولة وفق عدة أسس ترتبط بالمجتمع وخصوصياته فبعض الدول تعتمد بأبديّة العلاقة الزوجية لا تتحل إلا بالوفاة، والبعض الآخر يجيز انحلال الرابطة الزوجية إما عن طريق الإرادة المنفردة أو عن طريق الحكم القضائي. فاختلاف ماهية الزواج من بلد إلى آخر يجعل من تدخل النظام العام واسعا لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي المشار إليه في قواعد الإسناد الوطنية والذي يحكم انحلال الزواج¹.

فخلافًا للقوانين الأجنبية الغربية نجد الدول الإسلامية يكون فيها الدين الإسلامي يؤثر أثرا كبيرا في تحديد ما هو من النظام العام من مسائل الطلاق، فقد أجاز للمسلم أن يطالب بالطلاق ولو كان قانون جنسيته يمنعه، كما أجاز للزوجة الأجنبية بعد اعتناقها للإسلام أن تطالب بالتطليق من الزوج غير المسلم أو الزوج المسلم الذي ارتد عن الإسلام ويعتبر تجاوز هذه المسائل مخالفا للنظام العام.

كذلك يعد مخالفا للنظام العام استمرار العلاقة الزوجية بين أجنبيين إذا اعتنقت الزوجة دين الإسلام وبقي الزوج غير مسلم. فالشريعة الإسلامية تحرم زواج المسلمة بغير المسلم².

المطلب الثاني: النظام العام والحضانة

عرف المشرع الجزائري الحضانة على أنها: " رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحيا وخلقيا"³، فالمشرع الجزائري عرف الحضانة انطلاقا من تبيان الواجبات التي تقع على عاتق الحاضن والأهداف المرجوة منها، ويعتبر موضوع

1- أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص: 260.

2- عليوش قريوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص: 77.

3- المادة: 62، القانون المدني الجزائري المعدل بالأمر 10/05 المؤرخ في 20 جوان 2005.

الفصل الثاني تجليات النظام العام في المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية

الحضانة من أكثر الموضوعات التي تطرح إشكالات أمام القاضي وذلك لأخذه بمعيار مصلحة المحضون عند النظر في النزاع¹. ومعيار مصلحة المحضون يصعب ضبطه وتحديد مفهومه ونطاقه، فبعض الدول تضع له معايير وفقا لنظامها العام الذي يقوم عليه المجتمع والبعض الآخر يفسره ويضبطه بمفهوم آخر مما يثير عدة إشكالات. فمسألة الحضانة كثيرا ما تثير مشكل تنازع القوانين خاصة باعتبار أن معظم التشريعات لم تخصصها بقاعدة إسناد خاصة، فيقع على عاتق القاضي تحديد التكييف القانوني لها، فيرى البعض من الفقه وخاصة الفرنسي أن الحضانة أثر من آثار عقد الزواج ويرى الاتجاه الآخر أن مسألة الحضانة تثار فقط عند انحلال الرابطة الزوجية وهناك اتجاه ثالث أن الحضانة أثر من آثار النسب لوقوع باعتبار الحضانة التزام يقع على من يثبت إليه نسب المحضون وانتقد هذا الرأي كون النسب مسألة أولية تتعلق بشرعية الأولاد ولا علاقة له برعايته².

فبذلك أثارت مواضيع الحضانة مشكلة كبيرة في العلاقات الخاصة الدولية كونها علاقات متعددة الأطراف حيث فيها الأب والأم والطفل ومن الممكن أن تختلف جنسيتهم جميعا ويكون لتدخل النظام العام دور بارز في ذلك أي في تحديد القانون الواجب التطبيق. وسنتطرق في هذا المطلب إلى القانون الواجب التطبيق في مسائل الحضانة وفق القانون الجزائري (الفرع الأول)، والدفع بالنظام العام في مسائل الحضانة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق في مسائل الحضانة

لا تثار غالبا مسألة حضانة الأولاد إلا عند انحلال الرابطة الزوجية وانهدام الحياة المشتركة سواء كانت بالطلاق أو التطلق وهنا تثار مسألة القانون الواجب التطبيق على من يقوم برعاية الأولاد إذا اختلفت وجهات النظر بشأن حلها، فالفقه المصري يخضع الحضانة إلى القانون الذي يحكم النسب لأنها من آثاره أي يطبق قانون دولة الأب والقانون الكويتي

1- ديابي باديس، آثار فك الرابطة الزوجية، مرجع سابق، ص: 50.

2- إيشوي عماد، "تنازع القوانين في الحضانة دراسة مقارنة"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية، عدد خاص 2015، ص: 216.

الفصل الثاني تجليات النظام العام في المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية

سار على نفس النهج وهناك أيضا اتجاه في الفقه المصري يعتبر الحضانة أثرا من آثار الزواج¹.

وعلى غرار التشريعات العربية لم يحدد القانون الجزائري قاعدة إسناد تخضع له الحضانة فكان لزاما على القاضي الجزائري أن يكيف أولا الحضانة طبقا لقانونه وفق لما جاء في المادة: 9² من القانون المدني الجزائري: "يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديدها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه".

وباعتبار الحضانة تنتمي إلى فئة الأحوال الشخصية، وقد أدرج المشرع الجزائري المواد التي تحكم وتنظم مسألة الحضانة تحت الفصل الثاني تحت عنوان آثار الطلاق، فالحضانة أثر مترتب على انحلال الزواج، فهي إذا تخضع إلى قانون الزوج وقت رفع الدعوى وهو نفسه القانون الذي يحكم الطلاق³. وهذا ما جاء في الفقرة الثانية من نص المادة: 12 للقانون المدني سالف الذكر.

فإن الاستثناءات الواردة بشأن الطلاق تنصرف أيضا إلى الحضانة، فإذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج فإن القانون الجزائري هو الذي يطبق في تحديد من تجب له الحضانة والمسائل المرتبطة بها خاصة فيما يخص رعاية وتربية المحضون⁴.

وقد يتعارض تطبيق القانون الأجنبي مع فكرة النظام العام مع دولة القاضي كأن يهدد مصلحة المحضون، فوجب استبعاده.

الفرع الثاني: إعمال النظام العام في مسائل الحضانة

جاء في قانون الأسرة المادة: 62 سالف الذكر، أن المحضون يجب أن تتم رعايته على دين أبيه، فعند إسناد الحضانة إلى الأم الغير المسلمة وفقا للقانون الأجنبي، التي أشارت إليه قواعد الإسناد الوطنية، أو أرادت استقرار المحضون ببلد غير مسلم يؤثر على دين

1- أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في تنازع الدولي للقوانين، مرجع سابق، ص: 846.

2- المادة: 9، القانون المدني الجزائري المعدل بالأمر 10/05 المؤرخ في 20 جوان 2005.

3- عليوش قريوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص: 232، 233.

4- المادة: 12، القانون المدني الجزائري المعدل بالأمر 10/05 المؤرخ في 20 جوان 2005.

الفصل الثاني تجليات النظام العام في المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية

المحضون بسبب عادات وأخلاق البلد الأجنبي فإنه يتم الأعمال بفكرة النظام العام من طرف القاضي لاستبعاد القانون الأجنبي¹. وهذا تطبيقاً لنص المادة: 69 من قانون الأسرة الجزائري².

إن تفشي ظاهرة الزواج المختلط في المجتمع الجزائري وخاصة مع الفرنسيات، هو الذي يؤدي إلى انحلال الرابطة الزوجية إلى طرح الإشكال المتعلق بالحضانة.

فالحضانة تمنح للأم الأجنبية وفقاً للمادة 64 من قانون الأسرة الجزائري³، غير أنها تسحب منها أي الحضانة إذا كانت تقيم بالخارج، فالولد يجب أن تتم تربيته على دين أبيه بالإضافة إلى إشكالية الزيارة⁴.

وقد صدرت أحكام قضائية في هذا الشأن، تبين أن الحضانة تسند لأحد الزوجين المقيم في الجزائر عملاً بمبدأ مصلحة المحضون وتطبيقاً للمادة 62 من قانون الأسرة سالف الذكر حتى ولو كانت هناك أحكام صادرة من الجهات القضائية الأجنبية بخلاف ذلك. فقد صدر عن المجلس الأعلى: "ومن المقرر القضاء في مسألة الحضانة أنه وفي الجزائر وفي حالة وجود أحد الأبوين في دولة أجنبية غير مسلمة، وتخاصم على الأولاد، فإنه من يوجد بها يكون أحق بهم ولو كانت الأم غير مسلمة، ومن المقرر قانوناً أن الأحكام والقرارات الصادرة

1- الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص: 187.

2- المادة: 69، قانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فيفري 2005: "إذا الشخص الموكل له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي راجع الأمر إلى القاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه، مع مراعاة مصلحة المحضون"

3- المادة: 64، قانون الأسرة المعدل بالأمر 02-05 المؤرخ في 27 فيفري 2005: "الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب ثم الجدة للأم ثم الجدة للأب، ثم الخالة، ثم العمّة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة يحكم بحق الزيارة"

4- عليوش قريوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص: 240.

الفصل الثاني تجليات النظام العام في المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية

من الجهات القضائية الأجنبية التي تصطدم وتخالف النظام العام الجزائري لا يجوز تنفيذها ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون غير مبرر يستوجب رفضه.¹

كما يعد مخالفا للنظام العام زواج الحاضنة بغير قريب محرم المحضون ، إذ هناك من فقهاء الشريعة الإسلامية من يرى توسيعه ليشمل كل زواج للحاضنة حتى ولو كان قريب محرم، غير أن المشرع الجزائري ومن خلال المادة: 66 من قانون الأسرة الجزائري² اخذ بموقف المالكية وجمهور الحنفية. حيث أسقط الحضانة على الحاضنة بزواجها بغير ذي رحم للمحضون³.

المطلب الثالث: النظام العام والميراث والوصية

توجد اختلافات عدة بين الدول في تحديد القانون الذي يحكم الميراث والوصية فاتجاه يخضع التركة ككل لقانون واحد، غير أنها تبقى ذلك مرتبطا سواء بنظام الأسرة فتخضعه لقانون جنسية المتوفي كالدول العربية واليونان واسبانيا وألمانيا، وهناك من أخضعت لقانون محل المال المتروك.

وهناك اتجاه ثاني يفرق بين الميراث في العقار والميراث في المنقول فالأول يخضع لقانون موقع العقار أما الثاني فهناك من يخضعه لقانون موطن المتوفي كفرنسا وبريطانيا والولايات المتحدة الأمريكية، ومن يخضع الأموال المنقولة لقانون جنسية المتوفي كالنمسا والمجر ورومانيا⁴. وسنتناول في هذا المطلب مسائل الميراث والوصية في القانون الدولي الخاص ومدى ارتباطهما بفكرة النظام العام.

1- المجلس الأعلى، قرار رقم 52207، الصادر بتاريخ 1989/01/02، المجلة القضائية، العدد4، 1990، ، ص: 74.

2- المادة: 66، قانون الأسرة المعدل بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005: " يسقط حق الحاضنة بالتزواج بغير قريب محرم وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون"

3- كريال سهام، الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماستر، جامعة ألكلي محند أولحاج، البويرة، 2013، ص: 93.

4- طاهري حسين، الأوساط في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص: 269.

الفرع الأول: النظام العام والميراث

يعرف الميراث أنه "انتقال الملكية من الميت إلى ورثته الأحياء، سواء كان المتروك ما لا أو عقارا أو حقا من الحقوق الشرعية التي تقبل الميراث"¹.

وقد كان تحديد الفئة التي ينتمي إليها الميراث والقانون الواجب التطبيق على المسائل التي يثيرها يشكل اختلافا بين الفقهاء والتشريعات الدولية.

فيرى اتجاه أن الإرث ينشأ نتيجة حالة شخصية فلا يمكن إدراجه في فئة الأحوال الشخصية لاعتبار هذه الأخيرة تقوم نتيجة وجود شخص وارتباطه بعلاقات وليست رابطة نسب وقرابة هي السبب الوحيد للإرث ففي بعض التشريعات يحق للولد المتبنى أن يرث. ولا يمكن إدراج إرث في فئة الأحوال العينية لأن مضمون كل منهما يختلف عن فكرة موقع المال. فإذا فالإرث يمكن تكييفه في فئة ما بين الأحوال العينية والأحوال الشخصية².

أولاً: موقف المشرع الجزائري في تحديد فئة والقانون الواجب التطبيق في

مسائل الميراث

أدرج المشرع الجزائري الميراث ضمن فئة الأحوال الشخصية باعتبار الميراث نظاما مرتبطا بنظام الأسرة، حيث جاء الكتاب الثالث من قانون الأسرة تحت عنوان الميراث، كما جاء في القانون المدني الجزائري المعدل بالقانون 10/05 لسنة 2005 في الفقرة الأولى من المادة: 16 "يسري على الميراث قانون جنسية المتوفي وقت وفاته ولم يفرق بذلك بين الأموال المنقولة والعقارات حيث أخضعهما لنفس القانون"³.

ويدخل في نطاق تطبيق قانون الذي يخضع له الميراث ما تعلق بأسبابه كالقرابة والزوجية ووقت استحقاقه حيث يستحق الإرث بموت المورث أو باعتباره ميت بحكم قضائي كذلك يدخل في نطاق القانون الذي يخضع له الميراث شروط استحقاقه فيتحقق استيفاء شروط

1- منصور كافي، علم الفرائض، د:ط، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص: 30.

2- عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص: 285.

3- محمد سعادي، قانون الدولي الخاص وتطبيقاته في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص: 125.

الفصل الثاني تجليات النظام العام في المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية

استحقاق الإرث وفقا لما يراه قانون جنسية المتوفي وقت الوفاة. كذلك تتحدد موانع الإرث وفق لقانون المتوفي فمثلا يعتبر القانون الجزائري المرتد غير وارث¹.

وبالنسبة للتركة التي لا وارث لها فتثير إشكالية إلى من يؤول هذا المال، هل للدولة التي ينتمي إليها المتوفي بجنسيته؟ أم تؤول إلى دولة محل المال؟

وقد اعتبر قانون الأسرة الجزائري أن التركة التي لا وارث لها تؤول إلى الخزينة العمومية وعليه فإن التركة الموجودة على إقليم الجزائر والتي لا وارث لها سواء كان يحمل الجنسية الجزائرية أو لا يحمل الجنسية الجزائري فإنها تؤول إلى الخزينة العمومية².

ثانيا: النظام العام والقانون الذي يخضع له الميراث وفق القانون الجزائري

إن جميع أحكام الميراث الواردة في القانون الجزائري مستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية وكل ما يخالف أحكامها يعد مخالفا للنظام العام فالقانون الذي يقر حق الإرث لابن الزنا أو كأن يحرم البنات من الإرث أو يحرم بعض الورثة بسبب تمييز عنصري كاللون أو لأسباب سياسية أو يجيز التوارث بين المسلم وغير المسلم أو يعترف بالطفل المتبنى بحقه في الميراث يعتبر مخالفا لنصوص قطعية في الشريعة الإسلامية وبالتالي يعد تعديا على فكرة النظام العام³.

ويرى الأستاذ فؤاد ديب أن استبعاد القانون الأجنبي الذي لا يخضع قانون الميراث للشريعة الإسلامية، كل ما كان المورث مسلما، يجعل من إسلام المورث ضابطا للإسناد الفعلي عوضا عن ضابط الجنسية الذي ذكره المشرع الجزائري في المادة : 16 من القانون المدني سألفة الذكر⁴.

1- أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص: 272.

2- محمد سعادي، القانون الدولي الخاص وتطبيقاته في النظام القانوني الجزائري، مرجع سابق، ص: 127.

3- أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في تنازع الدولي للقوانين، مرجع سابق، ص: 947.

4- تريكي دليلة، "القانون الواجب التطبيق على قضايا الميراث و التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت في القانون الجزائري"، ملتقى وطني حول تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، يومي 23، 24 أبريل 2014، ص: 264.

الفرع الثاني: النظام العام والوصية

تعتبر الوصية تصرفاً قانونياً ينبع من إرادة منفردة، مضاف إلى ما بعد الموت ينقل بمقتضاه الموصي إلى الموصي له، على وجه التبرع ملكية كل أو بعض أمواله أو أي حق آخر من حقوقه المالية¹. وقد نص المشرع الجزائري على الأحكام المتعلقة بالوصية في المواد: 184 إلى 201 في قانون الأسرة الفصل الأول (الوصية) الكتاب الرابع (التبرعات). تدخل الوصية في نطاق فئة الأحوال الشخصية، وقد أخضع المشرع الجزائري الوصية إلى نفس قاعدة الإسناد التي أخضع لها الميراث.

أولاً: موقف المشرع الجزائري في تحديد فئة والقانون الواجب التطبيق في الوصية

كانت المادة: 16² من القانون المدني الجزائري قبل التعديل تخص أحكام الوصية في شروطها الموضوعية والشكلية: "يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت قانون الهالك أو الموصي وقت الإيصاء أو قانون البلد الذي تمت فيه الوصية وكذلك الحكم في شكل سائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت"

أما بعد تعديل 2005 فإن المادة: 16¹ تنص على ما يلي: "يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت قانون جنسية الهالك أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته" فبذلك تخضع الوصية لنفس قاعدة الإسناد التي أخضع لها الميراث ونميز هنا بين القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية والقانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية:

1- تريكي دليمة، "القانون الواجب التطبيق على قضايا الميراث و التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت في القانون الجزائري"، ملتقى وطني حول تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص: 950.

2- المادة: 16، القانون المدني الجزائري المعدل بالأمر 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005.

الفصل الثاني تجليات النظام العام في المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية

أ- القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية:

أخضع المشرع الجزائري الشروط الموضوعية للوصية لقانون جنسية الموصي وقت وفاته وذلك حسب ما جاء في المادة: 16 من القانون المدني سالف الذكر، والتي أخضعها لقانون جنسية الموصي وقت وفاته ويندرج ضمنها مدى حرية الموصي في الإيضاء وتشمل:

- مقدار الوصية: تنص المادة: 185¹ من قانون الأسرة الجزائري على مايلي: "تكون الوصية في حدود ثلث التركة، وما زاد عن ثلث تتوقف على إجازة الورثة".

- الأشخاص الذين يجوز الإيضاء لهم ومن لا يجوز لهم: جاء في المادتين: 187 و189 على أنه تصح الوصية للجنين على أن يولد حيا وأنه لا وصية لو ارت حتى يجيزها الورثة. كما نصت المادة: 188² على أنه "لا يستحق الوصية من قتل الموصي عمدا"³.

غير أنه هناك مسائل تخضع لقانون الموصي وقت الإيضاء والتي تتمثل في الأهلية حيث جاء في نص المادة: 186⁴ من قانون الأسرة الجزائري: "يشترط في الموصي أن يكون سليم العقل، بالغاً من العمر 19 سنة على الأقل"

ب- القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية:

نصت المادة: 191⁵ من قانون الأسرة: " تثبت الوصية:

- 1- بتصريح الموصي أمام الموثق وتحرير عقد بذلك.
- 2- وفي حالة وجود مانع قاهر، تثبت الوصية بحكم ويؤشر على هامش أصل الملكية"

1- المادة: 185، قانون الأسرة المعدل بالأمر 02-05 المؤرخ في 27 فيفري 2005.
2- المادة : 188، قانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 02/05 المؤرخ في 27 فيفري 2005.
3- الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص: 202.
4- المادة : 186، قانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 02/05 المؤرخ في 27 فيفري 2005.
5- المادة : 191، قانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 02/05 المؤرخ في 27 فيفري 2005.

الفصل الثاني تجليات النظام العام في المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية

فالوصية باعتبارها تصرف قانوني يخضع للقواعد العامة الخاصة بشكل التصرفات القانونية، وبالنظر إلى نص المادة: 19¹ من القانون المدني الجزائري نجد أن الوصية في جانبها الشكلي تكون صحيحة إذا مبرمة وفق لقانون محل إبرامها، أو لقانون الموطن المشترك للطرفين، أو للقانون الذي يحكم الشروط الموضوعية أي لقانون جنسية الموصي².

أما ما تعلق بالقانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية للوصية فبالرجوع إلى نص المادة: 19 من القانون المدني، فإنه يخضع شكل الوصية إما إلى قانون الموصي وقت الإيضاء أو لقانون المحل أو إلى قانون الإبرام، كما تعتبر الهبة في مرض الموت وصية³.

ثانيا: إعمال النظام العام والقانون الذي تخضع له الوصية وفق القانون الجزائري

على غرار الأمر في مجال الميراث قد نجد أن هناك تعارض بين القانون الواجب التطبيق على موضوع الوصية والنظام العام مما يستوجب استبعاده من ذلك أن يجيز القانون منح الوصية لقاتل الموصي أو لعشيقتة أو كأن يمنع تنفيذ الوصية لاختلاف في جنس المعتقدات السياسية⁴.

أما ما يتعلق بالقدر الجائز للإيضاء به فهو متعلق بديانة أطرافها فإذا كانوا من غير المسلمين فليس هناك ما يتعارض مع النظام العام في الدول العربية. وإذا كان أطراف العلاقة من جنسية غير جنسية القاضي ويدينون بدين الإسلام فزيادة الوصية عن المقدار

1- المادة: 19، القانون المدني الجزائري المعدل بالأمر 10/05 المؤرخ في 20 جوان 2005: " تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه ويجوز أيضا أن تخضع لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو لقانونهما الوطني المشترك أو للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية"

2- أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص: 278.

3- عليوش قريوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص: 270 .

4- أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في تنازع الدولي للقوانين، مرجع سابق، ص: 961.

الفصل الثاني تجليات النظام العام في المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية

المسموح به يعتبر مخالفا للنظام العام في الدول العربية ولو كان مسموح به في قانونهم الوطني.¹

فقضت المحكمة العليا في 17/10/1990 بنقض قرار صادر عن مجلس بجاية في 14/02/1967، وقد جاء في حيثيات القرار أن المجلس قد أخطأ في تطبيق القانون وخالف مبادئ الشريعة الإسلامية في الجزائر على اعتبار أن الموصي رجل مسلم جزائري، تطبق أحكام الشريعة الإسلامية في الجزائر حتى في عهد الاستعمار الفرنسي، ومن ثمة فإن شرط تطبيقا للقانون الفرنسي هو شرط ملغى لأنه مخالف للشريعة الإسلامية، في قضية تتلخص وقائعها في أن زوجا مسلما من أصل جزائري كان قد حرر لزوجته المسلمة ومن أصل جزائري أيضا وصية رسمية سنة 1952 تضمنت الإيحاء لها بجميع تركته، توفي الزوج سنة 1956، وقد أعلن الزوج في وصيته اختياره تطبيق القانون الفرنسي بدلا من القانون الساري على الأهالي وهو الشريعة الإسلامية، بعد الاستقلال نازع الورثة في صحة الوصية ونفادها متمسكين ببطلانها لمخالفتها لأحكام قانون الأسرة الجزائري لا سيما المادة: 189² منه التي تقضي ببطلان الوصية للوارث³.

على عكس المشرع المصري الذي يجيز تجاوز مقدار الوصية الثلث، ولو تعلق الأمر بالمسلمين الذين لا يحملون الجنسية المصرية، باعتبار أن مقدار الوصية هي مسألة ينظمها القانون الأجنبي المختص وفقا لسياسة اقتصادية واجتماعية معينة، فضلا على ارتباط الوصية بنظام الأموال مما يخفف من حدة تدخل النظام العام⁴.

1- هشام صادق علي صادق، حفيظة السيد الحداد، دروس في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول الجنسية ومركز الأجنبي، مرجع سابق، ص: 327.

2- المادة: 189، قانون الأسرة المعدل بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005.

3- بوعروة محمد، "الدفع بالنظام العام عند تطبيق القوانين الأجنبية"، مرجع سابق، ص: 34.

4- صلاح الدين جمال الدين، فكرة النظام العام في العلاقات الخاصة الدولية بين القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية مرجع سابق، ص: 70.

خاتمة

يتضح مما سبق أن استخدام فكرة النظام العام كوسيلة فنية لاستبعاد القانون الأجنبي، يعتبر من أكثر المسائل تعقيدا واتساعا، كونه فكرة مرنة ونسبية، يعكس المثل العليا والمبادئ الأساسية في دولة القاضي التي يقوم عليها كيان الدولة أو المجتمع من الناحية السياسية والاقتصادية والاجتماعية، فهو أداة تستهدف صيانة المجتمع ورعاية الأسس القانونية والمصالح الجوهرية له، فهي فكرة ذات طابع وطني صرف.

ومن خلال دراستنا حاولنا إبراز أهمية المسائل المستحدثة سنة 2005 في إطار تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية سواء تعلق الأمر بالانفصال الجسماني، التبني والنسب، كما حاولنا إبراز أهمية الدور الذي يضطلع به القاضي لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي كلما كان يتعارض مع النظام العام في دولته، سواء طرح هذا الأمر بمناسبة إنشاء حق جديد، أو بمناسبة ترتيب آثار قانونية فقط، على حق تم اكتسابه بالخارج يجيزه يعترف به القانون الأجنبي

وبذلك يعد الدفع بالنظام العام وسيلة فعالة لحماية المصالح العليا للمجتمع، إلا أنه بغية تجسيد فكرة التعاون والتسامح الدوليين، يمكن التخفيف من صرامة هذا النظام تقاديا للصراع والتصادم بين النظم القانونية الوطنية والأجنبية في مجال المعاملات الدولية الخاصة، وعليه تم التوصل من خلال هذه الدراسة لعدة نتائج وتوصيات وهي:

أولا: النتائج:

-تحديد تعريف جامع مانع لفكرة النظام العام هو أمر يتنافى مع الطبيعة المتحركة للنظام العام يختلف مفهومها يختلف من دولة إلى أخرى. لاختلاف المفاهيم الفلسفية والدينية، القانونية والاقتصادية بين الدول. فكان لازما على القاضي عند استبعاده للقانون الأجنبي أن يتحلى بالموضوعية ويكون معتدل منطقيا، فهو يعمل على حماية مبادئ ومصالح مجتمعه، من جهة. ومن جهة أخرى. يكون لازما عليه المحافظة

على العلاقات الدولية المبنية على التعاون والاحترام المتبادلين وفق المعاهدات والمواثيق الدولية.

-تكن صعوبة إيجاد تعريف دقيق وثابت للمقصود بالنظام العام، كونه ذو طبيعة مرنة نسبية متغيرة بالإضافة إلى كونه فكرة وطنية.

-رغم صعوبة تحديد مضمون فكرة النظام العام إلا أن هدفه يبقى واحدا في كل الدول وهو حماية الأسس الجوهرية التي يقوم عليها المجتمع الوطني سواء تعلق بالأسس الدينية والخلقية، الاقتصادية والاجتماعية. وكذا مراعاة مصلحة الدولة في علاقاتها مع الدول. يشكل النظام العام خطرا على الدولة إذا كان هناك تعصبا في تطبيقه لما يسببه من إعاقة للمعاملات الدولية وإجحاف بالعدالة الدولية. فلا بد من الاحتراز والحذر عند اللجوء للدفع بالنظام العام

-للنظام العام آثار: الأول أثر سلبي وهو الامتناع عن تطبيق القانون المختص، والثاني: أثر إيجابي ويتمثل في تطبيق القاضي قانونه الوطني. أما الثالث: فهو الأثر المخفف للنظام العام وهو الاعتراف بالحقوق المكتسبة لحق أنشأ في الخارج.

-كرس المشرع الجزائري ضابط الجنسية في معالجته لمنازعات أحوال الشخصية من أجل الحفاظ على علاقة الجزائريين مع دولتهم و قانونهم. وهذا لتحقيق سياسة تشريعية تميل إلى إبقاء العلاقة بين الجزائريين ودولتهم وقانونهم.

-تعد مسائل الأحوال الشخصية أكثر المواضيع التي لقيت الاهتمام و الحذر البالغين من طرف المشرع الجزائري، فأحاطها بجملة من القوانين التي في غالبها ترجح تطبيق القانون الجزائري، كون مسائل أحوال الشخصية، مرتبطة بأحد الأركان التي تقوم عليها الدولة و هو ركن الشعب، فكان للنظام العام التدخل الواسع في مجالات أحوال الشخصية سواء كان في مسألة الزواج وانحلاله، الميراث، الوصية...

-المشروع الجزائري و من خلال تعديله للقانون المدني سنة 2005، وإقراره بمسألة الانحلال الجسماني، والتبني بالنسبة للأجانب الغير المسلمين، جعل من تدخل النظام العام لابد منه بالنسبة للعلاقات التي يكون لها الأثر على العلاقات الخاصة و مراكزها القانونية داخل المجتمع.

ثانيا: التوصيات

ومن أجل مواكبة التطورات الحاصلة في العالم ومن أجل جعل النصوص القانونية تستجيب للمقاييس الدولية نقترح تقديم مجموعة من التوصيات المتواضعة:

-ضبط مفهوم النظام العام في التشريع الجزائري بوضع معايير عامة لتوجيه القاضي مبنية على المنطق والضرورة.

-ضرورة إعداد قضاة متمكنين ومتفهمين على القوانين الأجنبية خاصة دول التي تقيم بها الرعايا الجزائريين بكثرة

-إبرام اتفاقيات دولية لحماية القيم الدينية والخلقية للجالية الجزائرية في الخارج وخاصة مع فرنسا أين تتواجد الجالية الجزائرية بكثرة.

-إعادة صياغة المادة 24 من القانون المدني الجزائري لتوضيح إذا ما كان الدفع بالنظام العام يستدعي استبعاد القانون الأجنبي بكامله أو جزء منه.

-ضرورة الاعتماد على ضابط إسناد موضوعي موحد في مسائل الزواج وآثاره ومسائل فك الرابطة الزوجية. وجعله الموطن المشترك للزوجين أي إعطاء الامتياز لإقليمية القوانين وعدم إثارة الدفع بالنظام العام إلا في حالة وجود خرق صارخ

-إعادة النظر في نص المادة 13 من القانون المدني الجزائري وذلك لاتسامها بالغموض وتنافيها مع نصي المادتين 11 و 2/12 من نفس القانون.

-وضع قاعدة إسناد خاصة تنظم مسألة الحضانة لمعالجة المشكلات الناجمة عن الزواج المختلط المبرم بين الجزائريين والأجانب.

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

قائمة المصادر والمراجع

أ قائمة المراجع العامة باللغة العربية:

- 1- أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، د:ط، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008.
- 2- أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، تنازع القوانين، دار هومة للطبع والنشر والتوزيع الجزائر، 2005.
- 3- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، جزء 1، د: ط، ديوان المطبوعات الجامعية، 1999.
- 4- بن شويخ رشيد، شرح قانون الأسرة الجزائرية المعدل، ط: 1، دار الخلدونية، 2008.
- 5- خلاف عبد الوهاب، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ط: 2، دار القلم للنشر والتوزيع، الكويت 1990
- 6- ديابي باديس، آثار فك الرابطة الزوجية، د: ط، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008.
- 7- سعد عبد العزيز، نظام الحالة المدنية في الجزائر، دار هما للطباعة و النشر، الجزائر 1995.
- 8- سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص ، ط: 1، منشورات الحلبي الحقوقية، 2009.
- 9- صلاح الدين جمال الدين ، فكرة النظام العام في العلاقات الخاصة الدولية، ط 1، دار الفكر الجامعي، القاهرة، 2004.
- 10- الطيب زرويتي، القارهن الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، تنازع القوانين، ط: 2، مطبعة الفسييلة، الجزائر، 2013.
- 11- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، د : ط، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.
- 12- عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2008.

قائمة المصادر والمراجع

- 13- عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، ط: 1، دار الخلدونية، 2007
- 14- عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين الطبعة التاسعة، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 1986.
- 15- عكاشة محمد عبد العالي، القانون القضائي الخاص الدولي، د: ط، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 2005.
- 16- علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ط 3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2005.
- 17- عليوش قريوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء 1، د: ط، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.
- 18- غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، الطبعة الرابعة، دار وائل، الأردن، 2005.
- 19- محمد سعادي، القانون الدولي الخاص وتطبيقاته في النظام القانوني الجزائري، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، ط: 1، 2009.
- 20- محمد سمارة، أحكام و آثار الزوجية شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، 2008.
- 21- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، ط: 4، دار الهدى، الجزائر، 2009.
- 22- محمد كمال الدين إمام، جابو عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأحوال والقضاء، منشورات حلبي الحقوقية، لبنان، 2003.
- 23- ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، القانون الدولي الخاص والمقارن، ط: 1، مكتبة دار الثقافة والتوزيع الأردن، 1998.
- 24- منصور كافي، علم الفرائض، د: ط، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005.

قائمة المصادر والمراجع

- 25- هاشم صادق، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، د:ط، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2006.
- 26- هشام صادق على صادق، حفيفة السيد الحداد، دروس في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، الجنسية ومركز الأجانب، الإسكندرية، 1999.
- 27- هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، د:ط، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005.
- 28- يوسف فتيحة، قواعد النزاع الدولي في بعض المسائل من قانون الأسرة الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1999.
- ب | - الرسائل الجامعية**
- 1- إعدداين حسيبة، "استبعاد تطبيق القانون الأجنبي للنظام العام"، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، المدرسة العليا للقضاء 2009.
- 2- بلمامي عمر ، الدفع بالنظام العام بالقانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، 1986.
- 3- بنابي سعاد، تنازع القوانين في مسألة انعقاد الزواج دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة أمحمد بوقرة بومرداس، 2010.
- 4- بوعروة محمد، "الدفع بالنظام العام عند تطبيق القوانين الأجنبية"، مذكرة ماستر، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2015.
- 5- زاي فاطمة الزهراء ، النظام العام في النزاعات الدولية الخاصة المتعلقة بالأحوال الشخصية، مذكرة ماجستير، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2011.
- 6- كربال سهام، الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماستر، جامعة آكلي محند أولحاج، البويرة، 2013.

7- مريني فاطمة الزهراء، النظام العام كأداة لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي على ضوء تعديل 2005 من القانون المدني، رسالة ماجستير، جامعة أمحمد بوقرة بومرداس، 2010.

ج- المقالات

- 1- آيت مولود ذهبية، "إشكالات إثبات النسب في الزواج المختلط الباطل"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، عدد خاص، جامعة بجاية، 2015.
- 2- إيشوي عماد، "تنازع القوانين في الحضانة دراسة مقارنة"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، عدد خاص 2015.
- 3- بومدين محمد، "رخصة تعدد الزوجات بين تشريعات الدول الإسلامية"، مجلة القانون والمجتمع، جامعة أدرار، العدد 2. 2013.
- 4- تريكي دليلة، "القانون الواجب التطبيق على قضايا الميراث و التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت في القانون الجزائري"، ملتقى وطني حول تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، يومي 23، 24 أبريل 2014.
- 5- نور الدين بوسهوة، "مسائل الأحوال الشخصية المستحدثة سنة 2005 وعلاقتها بالنظام العام"، الملتقى الوطني حول تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق بجامعة بجاية، يومي 23 و 24 أبريل 2014.

د- النصوص التشريعية:

- 1- القانون رقم 08 - 2014 المؤرخ في 09-08-2014 الصادر في الجريدة الرسمية رقم 49-2014 المعدل و المتمم للأمر رقم 20-70 المؤرخ في 19-02-1970 المتعلق بالحالة المدنية.

قائمة المصادر والمراجع

- 2- القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 جوان 2005، يعد ويتم رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية عدد 44، الصادر في 26 جوان 2005.
- 3- القانون رقم 84-11، المؤرخ في 9 جوان 1984، يتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية العدد 31، معدل ومتم بموجب الأمر 05-02، مؤرخ في 27 فيفري 2005، جريدة رسمية عدد 15 الصادر في 27 فيفري 2005.
- 4- الأمر رقم 70-86 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970، المتضمن قانون الجنسية الجزائرية المعدل والمتم بالأمر رقم 05-01 المؤرخ في 27 فيفري 2005، الجريدة الرسمية العدد 15.
- 5- القانون 08-09 المتضمن القانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري المؤرخ في 25 فيفري 2008، الجريدة الرسمية العدد 21، المؤرخ في 23 أبريل 2008.

أ	المقدمة.....
1	الفصل الأول: مضمون فكرة النظام العام ومسائل الأحوال الشخصية.....
2	المبحث الأول: مضمون فكرة النظام العام.....
3	المطلب الأول: ماهية النظام العام.....
6	الفرع الأول: طبيعة الدفع بالنظام العام.....
	أولاً: أن يثبت الاختصاص التشريعي للقانون الأجنبي المخالف
8	للنظام العام بموجب قواعد الإسناد في قانون القاضي.....
8	ثانياً: تعارض القانون الأجنبي مع مقتضيات النظام العام لدولة القاضي.....
9	ثالثاً: مخالفة القانون الأجنبي للنظام العام حالياً.....
9	الفرع الثاني: خصائص النظام العام.....
10	أولاً: النظام العام فكرة وطنية.....
10	ثانياً: النظام العام فكرة نسبية.....
11	ثالثاً: النظام العام فكرة وقتية.....
	المطلب الثاني: التمييز بين النظام العام في القانون الدولي الخاص
11	وبعض المفاهيم القريبة منه.....
	الفرع الأول: التمييز بين النظام العام في القانون الدولي الخاص
12	وبين النظام العام في القانون الداخلي.....
12	أولاً: أوجه التشابه.....
13	ثانياً: أوجه الاختلاف.....
15	الفرع الثاني: التمييز بين النظام العام والقوانين ذات التطبيق المباشر.....
15	أولاً: مضمون القواعد ذات التطبيق المباشر وأسباب ظهورها.....
	ثانياً: أوجه الاختلاف بين القوانين ذات التطبيق المباشر والنظام العام
16	في القانون الدولي الخاص.....
18	المبحث الثاني: النظام العام ومسائل الأحوال الشخصية.....
18	المطلب الأول: ماهية مسائل الأحوال الشخصية.....

18	الفرع الأول: مفهوم الأحوال الشخصية.....
21	الفرع الثاني: مجالات الأحوال الشخصية.....
22	الفرع الثالث: الأخذ بالنظام العام في مسائل الأحوال الشخصية.....
25	المطلب الثاني: آثار الدفع بالنظام العام في مسائل الأحوال الشخصية.....
26	الفرع الأول: الآثار العامة للدفع بالنظام العام.....
26	أولاً: الأثر السلبي للدفع بالنظام العام.....
27	ثانياً: الأثر الإيجابي للدفع بالنظام العام.....
28	ثالثاً: موقف المشرع الجزائري.....
28	الفرع الثاني: الأثر المخفف للنظام العام.....
31	الفصل الثاني: تجليات النظام العام في المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية.....
32	المبحث الأول: الدفع بالنظام العام في مسائل الزواج والنسب.....
33	المطلب الأول: تجليات النظام العام في مسائل الزواج.....
33	الفرع الأول: الزواج وفقاً لقواعد الإسناد في القانون الجزائري.....
34	أولاً: قواعد الإسناد التي تحكم الشروط الموضوعية لانعقاد الزواج.....
36	ثانياً: قواعد الإسناد التي تحكم الشروط الشكلية لانعقاد
38	الزواج.....
39	الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج.....
41	الفرع الثالث: إعمال فكرة النظام العام في انعقاد الزواج في القانون الجزائري.....
42	المطلب الثاني: النظام العام و النسب.....
43	الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق على النسب.....
44	أولاً: القانون الواجب التطبيق على النسب الشرعي.....
44	ثانياً: القانون الواجب التطبيق على النسب الطبيعي.....
	الفرع الثاني: إعمال النظام العام في شأن التبني.....
47	المبحث الثاني: النظام العام والقانون الواجب التطبيق
47	على الطلاق والحضانة الميراث والوصية.....

48	المطلب الأول: النظام العام وانحلال الرابطة الزوجية.....
48	الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق على الطلاق والانفصال الجسماني.....
49	أولاً: القانون الواجب التطبيق على الطلاق.....
51	ثانياً: القانون الواجب التطبيق على الانفصال الجسماني.....
51	الفرع الثاني: النظام العام والقانون الذي يحكم انحلال الزواج.....
52	المطلب الثاني: النظام العام والحضانة.....
53	الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق في مسائل الحضانة.....
55	الفرع الثاني: إعمال النظام العام في مسائل الحضانة.....
56	المطلب الثالث: النظام العام والميراث والوصية.....
	الفرع الأول: النظام العام والميراث.....
56	أولاً: موقف المشرع الجزائري في تحديد فئة والقانون الواجب التطبيق
57	في مسائل الميراث.....
58	ثانياً: النظام العام والقانون الذي يخضع له الميراث وفق القانون الجزائري.....
58	الفرع الثاني: النظام العام والوصية.....
60	أولاً: موقف المشرع الجزائري في تحديد فئة والقانون الواجب التطبيق في الوصية.....
	ثانياً: إعمال النظام العام والقانون الذي تخضع له الوصية وفق القانون الجزائري.....
62	
65	خاتمة.....
70	قائمة المصادر والمراجع.....
	الفهرس.....

