جـامعة 20أوت 1955- سكيكدة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق في مجال الأحوال الشخصية

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر تخصص: قانون الأحوال الشخصية

من تقديم الطالبة:

لشهب آمنة

تحت إشراف:

د. رواق آمال

لجنة المناقشة

1/ د. عتيق نظيرة ..... رئيسا

2/ د. رواق آمال ..... مشرفا ومقررا

3/ أ. قاريعلي ..... مناقشا

دورة جوان 2018

﴿ وَما تَوفيقي إِلّا بِاللَّـهِ عَلَيهِ تَوَكَّلتُ وَإِلَيهِ أُنيبُ ﴾

سورة هود، الآية 88.

قائمة المختصرات:

أولا: باللغة العربية:

المختصر	الشرح
ق.م.ج	القانون المدني الجزائري.
ق.أ.ج	قانون الأسرة الجزائري.
ق.ح. م	قانون الحالة المدنية.
ق.إ.م.إ	قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
ط	طبعة.
ص ص	من الصفحة إلى الصفحة.
غ.أ. ش	غرفة الأحوال الشخصية.
د.ب.ن	دون بلد النشر.
د.س.ن	دون سنة النشر.

ثانيا: باللغة الفرنسية:

Le Signe	Signification du Signe
P	Page.
Ed	Editions.
Op.cit	Ouvrage précité.

إهداء

الحمد لله عز وجل على منه وعونه لإتمام هذا البحث

أهدي هذا العمل إلى:

التي وهبت فلذة كبدها كل العطاء والحنان، إلى التي كانت دعواها لي بالتوفيق تتبعني في كل خطوة في عملي، إلى **أمي الغالية** جزاها الله عني خير الجزاء في الدارين.

إلى الذي كان يدفعني قدما نحو الأمام لنيل المبتغى، إلى المشجع والمحفز، إلى الإنسان الذي امتلك الإنسانية بكل قوة، **أبي الغالي** أطال الله في عمره.

إلى **إخوتي وأخواتي** الذين تقاسموا معي العبئ، و إلى كل **أفراد العائلة** الكبيرة والصغيرة فردا فردا، و كل من كان لي عونا وسندا بعد الله عز وجل.

إلى كل هؤلاء أهدي ثمرة هذا الجهد راجية من المولى عز

وجل أن يجد القبول والنجاح.

كلمة شكر وامتنان

الحمد لله أقصى مبلغ الحمد، والشكر لله من قبل ومن بعد الحمد، على ما أنعم به علي من توفيق وسداد، وعلى ما منحني إياه من صبر وثبات لإتمام هذا البحث.

والصلاة والسلام على خير خلق الله، سيدنا محمد المختار وعلى آله وأصحابه الأطهار وبعد:

أتقدم بكل آيات العرفان والإمتنان للأستاذة الفاضلة : "**د. رواق آمال** " التي تفضلت بقبول الإشراف على موضوع البحث، والتي أفادتني بتوجيهاتها ونصائحها القيمة طيلة مراحل إنجاز هذا البحث، كما أحيها على تواضعها، و أشكرها على رحابة صدرها، وحسن معاملتها الأخوية التي لمستها منها منذ بداية البحث، فلها مني أسمى عبارات العرفان الجميل، ومن الله المثوبة والجزاء.

كما أقدم احترامي الكبير، والشكر الجزيل، لأعضاء لجنة المناقشة الأفاضل الأستاذة: **عتيق نظيرة**، والأستاذ: **قاري علي**، الذين تفضلوا بقراءة هذه المذكرة، وتحملوا أعباء قراءتها وتقييمها.

ويكون من العرفان بالجميل، أن أتوجه بالشكر الجزيل لأسرة مكتبة كلية الحقوق بجامعة سكيكدة، وجامعة قسنطينة لما قدموه لنا من مساعدات.

وما سبيل في آخر هذه الكلمة، سوى أن أشكر كل من ساعدني في مشواري الدراسي وكل من كان قلبه وقالبه معي أثناء لحظات البحث طالبا لي المولى التوفيق والسداد.

إلى كل هؤلاء أقول: "**جزاكم الله كل خير**"

مقدمة

مقدمة:

أدى التطور العلمي والتكنولوجي، وما شهده العالم من ازدياد في حركة تنقل الأشخاص والأموال بين عديد الدول، إلى وجود علاقات عابرة للحدود الوطنية، لذا كان لزاما على الدول أن تتدخل لتنظيم هذا النوع من العلاقات الدولية الخاصة، عن طريق تحديد القانون الأنسب لحكمها، ومن هنا ظهرت فكرة التنازع التي تعد بمثابة قواعد استثنائية مميزة يضعها المشرع غايتها إرشاد القاضي المطروح عليه النزاع إلى القانون الواجب التطبيق، والتي نظمها المشرع في المواد من 9 إلى 24 من القانون المدني الجزائري.

ولما كانت العلاقات القانونية الخاصة المشتملة على عنصر أجنبي مرتبطة بأكثر من دولة واحدة، فإنه من غير المناسب إخضاعها كلها للقانون الوطني، لذلك عمد المشرع إلى فسح المجال لتطبيق القوانين الأجنبية، إلا أن الامتداد الذي يحصل للقانون الأجنبي لا يعني أن المشرع قد فتح المجال لتطبيق جميع القوانين الأجنبية أيا كان محتواها، فقد تظهر بعض الحالات من شأنها استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق بموجب قاعدة الإسناد الوطنية ويحدث ذلك عندما يتعارض مضمون القانون الأجنبي مع المفاهيم والمبادئ الأساسية في دولة القاضي، وفي هذه الحالة يمكن للقاضي الوطني استبعاده بسبب مخالفته للنظام العام.

كما قد يحدث أن يثبت الاختصاص للقانون الأجنبي، عن طريق التغيير الإرادي الاحتيالي لضابط الإسناد للهروب من أحكام قانون معين هو المختص أصلا بحكم النزاع، وهنا يمكن للقاضي الامتناع عن تطبيقه بسبب الغش نحو القانون.

ومسائل الأحوال الشخصية هي المجال الأوسع لاستبعاد القانون الأجنبي، إذ نجد أن التطبيقات التي يتم فيها استبعاد القانون الأجنبي غالبا ما تنصب في مسائل الزواج وآثاره وتمتد إلى انحلال الرابطة الزوجية والآثار المترتبة عنها، وذلك على اعتبار أن هذه المسائل التي تم فيها استبعاد القانون الأجنبي، هي من المواضيع التي خصها المشرع بتنظيم خاص في قانون الأسرة ، وفي القانون المدني الجزائري، في ما يخص مجال تنازع القوانين لأجل حماية الأطراف الوطنية، والأطراف المسلمة بغض النظر عن جنسيتهم.

إشكالية البحث:

- ما هو الأساس الذي يتم من خلاله استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق، وماهي أهم تطبيقات الأحوال الشخصية التي تم فيها هذا الاستبعاد؟

ينبثق عن هذه الإشكالية التساؤلات الفرعية الآتية:

- ما المقصود بالنظام العام والغش نحو القانون؟ وهل أن الدفع بحالة النظام العام يكون بموجب النظام العام الداخلي أو النظام العام في القانون الدولي الخاص؟
- ماهي تطبيقات استبعاد القانون الأجنبي في مجال انعقاد الزواج؟ وفيما تكمن تطبيقات الاستبعاد المترتبة عن انحلاله؟

أهداف البحث:

من أهم أهداف دراسة هذا الموضوع:

- تسليط الضوء على أهم حالات استبعاد القانون الأجنبي المختص بموجب قاعدة الإسناد الوطنية .
- بيان الدور الذي يلعبه الغش نحو القانون والنظام العام على الأخص في مجال الأحوال الشخصية، باعتبارها أوسع مجال يتم فيه استبعاد القانون الأجنبي لارتباطها بالمفاهيم الاجتماعية والدينية غالبا.

صعوبات البحث:

لا يخلوا البحث العلمي من وجود صعوبات؛ و على رأس تلك الصعوبات التي اعترضتني:

- ضيق الوقت الممنوح، خاصة وأن الوقت يعد عامل أساسي لإنجاز أي بحث علمي.
- ندرة الدراسات المتخصصة التي عالجت استبعاد تطبيق القانون الأجنبي في مجال الأحوال الشخصية، و إن وجدت بعض الدراسات فهي عامة لا تتعلق بموضوع بحثي بشكل مباشر، و إن استأنست بها في بعض جزئيات البحث.

منهجية البحث:

اقتضت مني هذه الدراسة إتباع أكثر من منهج، حيث اشتملت على المنهج التحليلي الذي يتلاءم مع هذا النوع من الدراسات، إذ لا بد من تحليل النصوص القانونية، ومختلف المواقف الفقهية، حتى نتوصل إلى رؤية واضحة لهذا النوع من الموضوع، وكذا المنهج الوصفي الذي يهتم بوصف الوقائع وتعيينها كما هي عليه.

أسباب اختيار الموضوع:

يعود اختياري لموضوع استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق في مجال الأحوال الشخصية إلى خصوصية وأهمية هذا الموضوع الذي يجمع ما بين الأحوال الشخصية من جهة، والقانون الدولي الخاص من جهة أخرى، خاصة بعد تعديل 2005 للقانون المدني الجزائري.

الدراسات السابقة:

أما في ما يتعلق بالدراسات السابقة فقد وجدت بعض الرسائل الجامعية العامة عند إضطلاعي، منها:

- رسالة ماجستير للطالب بوخروبة حمزة بعنوان: **موانع تطبيق القانون الأجنبي في ضوء المادة 24 من القانون المدني الجزائري**، تمت مناقشتها بجامعة سطيف 2، خلال السنة الجامعية 2013-2014.
- رسالة ماجستير للطالب سنينات عبد الله بعنوان: **دور النظام العام في حماية الرابطة الزوجية وانحلالها في إطار القانون الدولي الخاص**، تمت مناقشتها بجامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان للسنة الجامعية 2008-2009.

ولمعالجة إشكالية هذا الموضوع اعتمدت التقسيم الثنائي للبحث من خلال ما يأتي:

مقدمة:

الفصل الأول تناولت فيه حالات استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق، حيث قسمته إلى مبحثين، تناولت في المبحث الأول حالة النظام العام، و في المبحث الثاني حالة الغش نحو القانون.

أما الفصل الثاني فقد تطرقت فيه لتطبيقات استبعاد القانون الأجنبي في مجال الأحوال الشخصية، حيث تناولت في المبحث الأول تطبيقات استبعاد القانون الأجنبي على الزواج وآثاره، أما المبحث الثاني فقد خصصته لدراسة تطبيقات استبعاد القانون الأجنبي على انحلال الزواج والآثار المترتبة عنه.

بالإضافة إلى خاتمة تضمنت أهم النتائج المتوصل إليها مع بعض التوصيات.

الفصل الأول

الفصل الأول : حالات استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق

إن دور قاعدة الإسناد[1]، في المسائل المتعلقة بتنازع القوانين من حيث المكان، أي فيما يخص العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي هو تعيين القانون الواجب التطبيق، فقد يحدث وأن تشير قاعدة الإسناد في قانون القاضي بتطبيق قانون دولة أجنبية، ولما يأتي القاضي ليتعرف على مضمونه يجده يتصادم مع المبادئ الأساسية والجوهرية السائدة في دولته فيستبعد تطبيقه باسم النظام العام، و الآداب العامة.

كما قد يحصل كذلك، وأن يظهر من ظروف الدعوى وملابساتها أن إختصاص القانون الأجنبي كان نتيجة تحايل الخصوم على ضوابط الإسناد نفسها؛ بحيث عمدوا الى ذلك ليتمكنوا من التهرب من أحكام القانون المختص.

من أجل ذلك، إستقر كل من الفقه والقضاء على حد السواء، على إستبعاد تطبيق القانون الأجنبي الذي ثبث له الإختصاص نتيجة هذا التحايل إعمالا لنظرية الغش نحو القانون، ومن هذا المنطلق إتضح لنا جليا أن هناك حالتين يتم فيهما إستبعاد تطبيق القانون الأجنبي بالرغم من إختصاصه وفقا لقاعدة الإسناد في دولة القاضي.

وعليه نتعرض من خلال هذه الدراسة إلى الحالات الأساسية التي يتوجب فيها الإمتناع عن تطبيق القانون الأجنبي في الفصل الأول، الذي نتناول فيه حالتين هما :

حالة الدفع بالنظام العام و الآداب العامة، الذي تناولته في المبحث الأول. وحالة الغش نحو القانون الذي نتطرق إليه في المبحث الثاني من هذا الفصل كما يلي:

---

[1]– **قاعدة الإسناد:** عبارة عن قاعدة قانونية يضعها المشرع الوطني، هدفها إرشاد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على المسألة القانونية المشتملة على عنصر أجنبي، حيث تتكون من عنصرين : الفئة المسندة و ضابط الإسناد.
الفئة المسندة : هي مجموعة من الأفكار التي تصب في موضوع واحد، أو حالة قانونية بحيث تحدد موضوع النزاع .
ضابط الإسناد: و هو المعيار الذي يثبت بواسطته الاختصاص لقانون معين لحكم الفكرة المسندة، أو الحالة القانونية محل النزاع. صلاح الدين جمال الدين، **قانون العلاقات الخاصة الدولية**، دراسة في ضوء فقه الشريعة الإسلامية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص147. أعراب بلقاسم، **القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين**، ط 13، دار هومة، الجزائر، 2013، ج 1، ص ص 173_174.

المبحث الأول: حالة النظام العام

إن إستبعاد تطبيق القانون الأجنبي[1]، الواجب التطبيق والثابث له الإختصاص بموجب قاعدة الإسناد الوطنية، راجع لعلة واضحة تتمثل في تعارضه مع مقتضيات النظام العام في دولة القاضي، وللتعرف على الإطار الذي يعمل فيه النظام العام لا بد من البحث في مفهوم النظام العام وخصائصه في مطلب أول، ثم التعرض إلى شروط إعماله والآثار المترتبة عنه في مطلب ثان.

المطلب الأول: مفهوم النظام العام وخصائصه

جاءت فكرة النظام العام في معظم التشريعات، حيث تم النص عليها في جميع النظم القانونية لمختلف الدول، والبحث عن تحديد مفهوم دقيق لهذه الفكرة هو أمر صعب، ولكي يتم الأخذ بهذه الفكرة لابد من التطرق أولا إلى مفهوم النظام العام في الفرع الأول، ثم تحديد أهم الخصائص التي تتسم بها هذه الفكرة في الفرع الثاني.

الفرع الأول: مفهوم النظام العام

ظهرت ملامح فكرة النظام العام لأول مرة في فقه الأحوال الإيطالي القديم، حيث أعمل "**بارتول**"هذه الفكرة في العصور الوسطى، عندما فرق بين الأحوال الملائمة وهي القوانين التي تصاحب الشخص أينما ذهب حتى خارج الإقليم، والأحوال البغيضة أو المستهجنة وهي القواعد التي لا تتعدى أثارها حدود إقليم الدولة التي أصدرتها.[2]

---

[1]– **القانون الأجنبي:** هو مجموع القواعد القانونية، المعمول بها في قانون دولة أخرى غير الدولة التي ظهر فيها التنازع. حسن الهداوي، **القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين**، المبادئ العامة و الحلول الوضعية في القانون الأردني، دراسة مقارنة، ط2، دار الثقافة للنشر و التوزيع، 1997، ص196.

[2]– هشام صادق و آخرون، **القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين**، الإختصاص القضائي الدولي، الجنسية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2006، ص ص 187– 188.

ثم جاء بعده في القرن التاسع عشر الفقيه "**مانشيني**"[1]حيث كان أول من أبرز فكرة النظام العام، كما قام بإستخدامها كأداة لتثبيث الإختصاص للقانون الإقليمي.[2]

ليأتي بعدها في النهاية الفقيه الألماني "**سافيني**"[3] حيث يعد أول من صور فكرة النظام العام لدى الفقه الحديث، وذلك من خلال عرضه لفكرة " **الإشتراك القانوني**".[4]

هذا وتعد مهمة ضبط فكرة النظام العام مهمة صعبة، بسبب غموض هذه الفكرة، إذ نجد الكثير من الفقهاء قد حاولوا تعريف النظام العام؛ إلا أن تعاريفهم لم تسلم من الإنتقادات والتي نذكر منها ما يأتي :

- النظام العام هو:" مجموعة النظم والقواعد الوثيقة الصلة بمدينة، أو بلد ما و التي يتعين على القضاء تطبيقها بالأفضلية على أي قانون أجنبي ولو كان مختصا وفقا لقواعد الإسناد العادية ".[5]
- أما في إطار نظرية تنازع القوانين فيعرف بأنه : "دفع يهدف إلى إستبعاد تطبيق القانون الموضوعي الأجنبي الواجب التطبيق بموجب قاعدة الإسناد الوطنية، إذا كان حكمه يخالف الأسس والمبادئ الجوهرية التي يتأسس عليها النظام القانوني في مجتمع دولة القاضي".[6]

---

[1]– **مانشيني:** زعيم المدرسة الإيطالية الجديدة، وقد كان أستاذا بجامعة توريت،حيث أستهل محاضرته فيها عام 22-1-1851، بقوله أن الجنسية هي أساس القانون الدولي عاما أو خاصا.أحمد عبد الحميد عشوش، القانون الدولي الخاص، الجنسية، تنازع القوانين،2012، ص253. أنظر الموقع الإلكتروني، يوم 18-03-2018، الساعة 23:13، www.pdffactory.com

[2]– نادية فوضيل، **تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني**، دار هومة، الجزائر، 2002، ص115.

[3]– **سافيني:** عالم وأستاذ ألماني، من أصل فرنسي، عاش في برلين، من 1779-1861، وقد ظهر فكر سافيني من خلال كتابه المعنون"نظام القانون الروماني الحالي"، والذي نشر عام 1849، كما يعد أبو القانون الدولي الخاص التقليدي و صاحب المذهب التاريخي في أصل نشأة القانون.أحمد عبد الكريم سلامة، **الأصول في التنازع الدولي للقوانين**، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص222.

[4]– **الإشتراك القانوني:** وهو المصطلح الذي يفسر قانونيا بفكرة التنازع. ينظر :هشام صادق و آخرون، المرجع السابق، ص189.

[5]– نادية فوضيل، مرجع سابق، ص 112.

[6]– الطيب زروتي، **القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين**، ط2، مطبعة الفسيلة، الجزائر، 2013، ج1، ص 271.

كما عرف كذلك على أنه: "الكيان السياسي و الإجتماعي و الإقتصادي للدولة، بما يقوم عليه هذا الكيان من معتقدات تتعلق بالأمن، الحرية، والمعتقدات الإجتماعية التي تتعلق بالمساواة أمام القانون، أو إحترام أفكار دينية أساسية معينة، أو عقائد مذهبية إقتصادية كالإشتراكية و غيرها".[1]

إلا أن التعريف الذي ذهب إليه أغلب الفقهاء هو أن الدفع بالنظام العام ليس إلا " تلك الوسيلة التي يستبعد بها القانون الأجنبي الواجب التطبيق على العلاقة القانونية، وإحلال القانون الوطني محله بسبب إختلافه مع هذا الأخير إختلافا جوهريا، بحيث يتنافى مع المصالح الحيوية في الدولة".[2]

وتبعا لماسبق و أمام عدم وجود تعريف دقيق للنظام العام، فإنه يتجلى لنا أنه فكرة صعبة الضبط والتحديد، فهو فكرة مرنة ومتطورة، تختلف بإختلاف الدول وبإختلاف المكان والزمان.[3]

وبالرجوع للمشرع الجزائري فإننا نجد أنه قد سكت عن تعريف النظام العام، في حين أنه ذهب للإشارة إليه، وذلك حسب ما جاء في ق.م.ج في المادة 24 في فقرتها الأولى بنصها:"**لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر، أو ثبت له الإختصاص بواسطة الغش نحو القانون...**".[4]

---

[1]– أحمد الفضلي، **الموجز في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، تنازع الإختصاص القضائي الدولي** ، ط1، دار قنديل، عمان، الأردن، 2004، ص101.

[2]– نادية فوضيل، المرجع السابق، ص 112.

[3]– علي علي سليمان، **مذكرات في القانون الدولي الخاص**، دار هومة، الجزائر، 2010، ص 149.

[4]– القانون رقم 05–10، المؤرخ في 20 يونيو 2005، المعدل و المتمم للأمر رقم: 75–58، المؤرخ في: 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني.

والملاحظ أن المقصود من " النصوص السابقة" التي وردت في نص المادة 24 السالفة الذكر، هو أنه كلما عينت قاعدة تنازع القوانين الجزائرية قانونا أجنبيا وفقا للمواد من9 إلى 24[1] وكان ذلك القانون مخالفا للنظام العام فإن تطبيقه يستبعد، فتلك المواد هي التي تحدد نطاق النظام.[2]

وبالرجوع كذلك للمادة 358 في فقرتها السادسة، من ق.إ.م.إ، فإننا نجذ أن المشرع قد أشار إلى النظام العام ، حيث قام بتحديد الحالات التي يبنى الطعن بالنقض فيها، والتي نجذ من بينها حالة مخالفة القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة إذ جاء فيهذه المادة مايلي: " **لا يبنى الطعن بالنقض إلا على وجه واحد أو أكثر من الأوجه التالية: ... مخالفة القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة**".[3]

وأمام هذا السكوت عن تعريف النظام العام، يكون القاضي ملزما بتحديد مفهوم هذه الفكرة كلما عرض عليه النزاع لإستبعاد تطبيق قواعد القانون الأجنبي المتصادمة مع مبادئ و مقومات النظام العام.[4]

وهو ما ذهب إليه الفقه حيث ترك فكرة النظام العام لقاضي كل دولة، يطورها وفقا للمبادئ والأخلاق السائدة في زمنه وبلده، ويستعملها كسلاح إستثنائي ضد تطبيق القوانين الأجنبية التي تتعارض جوهريا مع قانون دولته.[5]

هذا ويرى بعض الفقهاء أن للنظام العام وظيفتين :

الوظيفة الأولى: أنها تعد عبارة عن وسيلة دفاع ضد تطبيق القوانين الأجنبية التي تعتبر غير مقبولة عالميا بالإجماع، كالقوانين التي تبيح الرق، أو تعاطي المخدرات...

---

[1]– القانون رقم 05–10، المؤرخ في: 20 يونيو 2005،المعدل و المتمم للأمر رقم: 75–58، المؤرخ في: 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني.

[2]– عليوش قربوع كمال، **القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين**، ط2، دار هومة، الجزائر، 2007، ج1، ص159.

[3]– القانون رقم 08–09، المؤرخ في:18 صفر 1429هـ، الموافق ل: 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

[4]– نادية فوضيل، المرجع السابق، ص 113.

[5]– علي علي سليمان، المرجع السابق، ص149.

الوظيفة الثانية: هي أنها تستعمل لتأييد سياسة تشريعة محددة .

ففي قيامها بالوظيفة الأولى تكون عبارة عن وسيلة للدفاع عن القانون الطبيعي، أما عند قيامها بالوظيفة الثانية فإنها تعد وسيلة للدفاع عن المبادئ، الأسس السياسية، الإجتماعية الخلقية، والإقتصادية في دولة القاضي.[1]

هذا وتلحق بالنظام العام فكرة الآداب العامة[2]، حيث يقصد بها : "الأصول الأساسية للأخلاق السائدة في جماعة معينة في وقت من الأوقات، أي مجموعة قواعد السلوك التي يجد الناس في كل مجتمع من المجتمعات أنفسهم ملزمين بإتباعها طبقا لطابع أدبي خلقي يسود علاقاتهم الإجتماعية في الحياة، ولا يسمح لهم بالخروج عليها عن طريق الإتفاق الخاص".[3]

و قد عرفها عبد الرزاق أحمد السنهوري بأنها:"الآداب في أمة معينة وفي جيل معين هي مجموعة من القواعد وجد الناس أنفسهم ملزمين باتباعها وفقا لناموس أدبي يسود علاقاتهم الإجتماعية، وهذا الناموس الأدبي هو وليد المعتقدات الموروثة والعادات المتأصلة وما جرى به العرف و تواضع عليه الناس".[4]

وفكرة الآداب العامة كفكرة النظام العام نسبية مرنة، تختلف بإختلاف الزمان والمكان وتتأثر بالعوامل الأخلاقية، والإجتماعية، والدينية، مما يجعل من المتعذر تحديد وحصر ما يعتبر من النظام العام ومالا يعتبر منه، ففي فرنسا على سبيل المثال لم يكن يسمح بإقامة دعوى إثبات نسب الولد غير الشرعي لمخالفة ذلك الآداب العامة، ثم تطور المجتمع الفرنسي بهذا الشأن وأصبح بالإمكان إقامة دعوى إثبات نسب الولد الغير شرعي، هذا ويترك تقدير مدى توافق

---

[1]– علي علي سليمان، المرجع السابق، ص149.

[2]– فكرة النظام العام و الآداب العامة اختلف الفقه في تكييفهما بين من جعل لهما الأحكام و الآثار نفسها، و بين من ميز بينهما في المفهوم و جمع بينهما في الآثار. ينظر: عبد الرزاق السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد**، نظرية الإلتزام بوجه عام، مصادر الإلتزام، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009، الكتاب الأول، ص436.

[3]– غالب علي الداودي و حسن محمد الهداوي، **القانون الدولي الخاص**، الجنسية، الموطن، مركز الأجانب و أحكامه في القانون العراقي، د.ب.ن، د.س.ن، ج1، ص148.

[4]– عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصدر سابق، ص436.

العلاقات مع الآداب العامة أو تعارضها للقاضي، إذ يعتبر كل إتفاق يخالف الآداب العامة باطلا، ولاينتج أي أثر قانوني.[1]

الفرع الثاني: خصائص النظام العام وتمييزه في القانون الداخلي و القوانين ذات التطبيق المباشر

على الرغم من تعدد التعاريف السابقة لفكرة النظام العام، ورغم عدم وجود تعريف دقيق ومضبوط، إلا أنه يجب تحديد مختلف السمات والخصائص التي تتمتع بها فكرة النظام العام، و كما أن النظام العام يتميز بمجموعة من الخصائص، فقد يحدث وأن تقترب منه بعض المفاهيم وتتشابه معه في الدلالة على غرار النظام العام في القانون الدولي الخاص و النظام العام في القانون الداخلي لذلك يمكن تقسيم هذا الفرع إلى قسمين :

أولا : خصائص النظام العام

يتسم النظام العام بمجموعة من الخصائص، لعل من أهمها ما يلي:

1: نسبية النظام العام

معنى ذلك أنه يعد مفهوما مرنا ومتغيرا بتغير الزمان والمكان، إذ أن ما يعد مخالفا للنظام العام في دولة معينة لا يعتبر كذلك في دولة أخرى.[2]

وقد نجد في بعض الأحيان أن أوضاع الدولة وظروفها قد تتبدل عبر الوقت لأسباب متعددة فيتبدل معها مفهوم النظام العام، فما كان مخالفا للنظام العام في الماضي، لا يعتبر كذلك في الوقت الحاضر والعكس صحيح.[3]

---

[1]– غالب علي الداودي وحسن محمد الهداوي، المرجع السابق، ص 149.

[2]– نسرين شريقي وسعيد بوعلي، **القانون الدولي الخاص الجزائري**، ط1، دار بلقيس، الجزائر، 2013، ص 106.

[3]– أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص ص 173–174.

فنسبية النظام العام إذن ينجم عنها خضوع هذا الأخير للسلطة التقديرية للقاضي، عند النظر في الدعوى، و العبرة في ذلك تكون بوقت النظر في الدعوى، لا بالوقت الذي نشأ فيه المركز القانوني.[1]

2: حالية النظام العام

يعتبر النظام العام نظام مرن ومتطور وصعب التحديد لما يسوده من غموض، إذ نجد أنه قد يتغير حتى داخل الدولة الواحدة، فقد ينشأ حق معين ويكون مخالفا للنظام العام، إلا أنه عند رفع الدعوى يكون عكس ذلك _غير مخالف للنظام العام _ وبالتالي هنا نكون أمام نظام عام قديم ونظام عام جديد، فتثور إشكالية تفضيل أي النظامين على الآخر عند عرضه على القاضي، وفي هذا الأمر نجد أن الفقه الفرنسي قد ذهب إلى الإجماع على أن النظام العام الرائج و السائد وقت الفصل في النزاع هو الأجدر للأخذ به.[2]

وعليه فتحديد دائرة النظام العام، لايكون إلا في أمة معينة وجيل معين، وفي الزمن الذي يصدر القضاء فيه حكمه على النزاع، وهو ما يطلق عليه بعصرنة النظام أوأنية النظام العام[3]، إلا أن ترك التقدير للقاضي لايعني أن يكون قائما على آراء ذاتية وشخصية له، بل على أساس موضوعي، فيخضع في تقديره لإشراف ورقابة المحكمة العليا.[4]

---

[1]– عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص178.

[2]– أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص171.

[3]– بوخروبة حمزة، **موانع تطبيق القانون الأجنبي في ضوء المادة 24 من القانون المدني الجزائري**، دراسة مقارنة، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سطيف2، 2013 – 2014، ص22.

[4]– سامي بديع منصور، **الوسيط في القانون الدولي الخاص**، تقنية وحلول النزاعات الدولية الخاصة، ط1، دار العلوم العربية، بيروت، لبنان، 1994، ص719.

3 : صعوبة ضبط نطاق النظام العام

إن مسألة تحديد نطاق الدفع بالنظام العام مسألة صعبة، ذلك أن النظام العام يتدخل في مختلف المجالات وبالخصوص في مجال الأحوال الشخصية.[1]

إذ أن أغلب القضايا التي عرضت أمام القضاء والتي تم فيها الدفع بالنظام العام في إطار القانون الدولي الخاص، تخص الأحوال الشخصية كالزواج، الطلاق، والنسب...وغيرها.[2]

كما أن تحديد الحالات التي يمكن إعمال فكرة النظام العام فيها، تخضع لعدة معايير جاء بها الفقهاء، إلا أنه اختلف حولها، إذ يرى بعض الفقه بأن القانون الأجنبي يكون مخالفا للنظام العام إذا إشتمل على نظم قانونية غير معروفة في القانون الوطني للقاضي، بينما يرى جانب آخر بأنه يكون مخالفا للنظام العام إذا كان متصادما مع السياسة التشريعية للدولة، أما البعض الآخر منهم فيذهب إلى ضرورة إستبعاد القانون الأجنبي الذي يتنافى ويتعارض مع مبادئ القانون الطبيعي، أو بالمبادئ العامة.[3]

ثانيا: تمييز النظام العام في القانون الدولي الخاص عن القانون الداخلي، وعن القوانين ذات التطبيق المباشرو ذلك من خلال هذين الجزئيتين :

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

على الرغم من أن النظام العام يتميز بمجموعة من الخصائص، إلا أنه قد يحدث وأن تقترب منه بعض المفاهيم، بل وربما قد يحدث نوع من اللبس أو الغموض في التمييز بينه وبين تلك المفاهيم، على غرار النظام العام في القانون الدولي الخاص و النظام العام في القانون الداخلي إذ نجذ أنهما قد يشتبهان مع بعضهما البعض في النقاط الآتية على:

– أن هدف كل من النظام العام في القانون الداخلي والنظام العام في العلاقات الدولية واحد

---

[1]– عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص 176.

[2]– نسرين شريقي و سعيد بوعلي، **القانون الدولي الخاص الجزائري**، المرجع السابق، ص105.

[3]– أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص170.

– هدف النظام العام الدولي واحد، وهو حماية المصالح العليا، وصيانة المصالح الجوهرية لمجتمع الدولة.[1]

– كما أن التمسك بكل من النظام العام الداخلي والنظام العام في القانون الدولي، يكون داخل الدولة، كما يكون الاعتراض بهما بنفس الشكل، وأمام المحكمة المرفوع أمامها النزاع، إذ يحرك هذا الدفع من قبل المدعى عليه عادة، كما يحق للقاضي التمسك به وإثارته في أي مرحلة من مراحل الدعوى.[2]

– كما تأخذ فكرة النظام العام بعدا وطنيا بين القانون الدولي الخاص والقانون الداخلي، إذ تتحد وفق الأسس الإجتماعية، الأخلاقية، الدينية، والإقتصادية، التي تعبر عن مقومات الدولة، فكل دولة لها أسس تختلف عن الأخرى، بموجبها تتحد ماهية النظام العام، إذ لا يتصور أن تكون هذه الأسس التي يقوم عليها مفهوم النظام العام موجودة في كل الدول.[3]

إلا أن النظام العام في القانون الدولي يختلف عن النظام العام في القانون الداخلي إذ يبرز ذلك الإختلاف من خلال النقاط الآتية:

– علاقات النظام العام الدولي هي علاقات خاصة ذات طابع دولي، أما علاقات النظام العام الداخلي فهي علاقات داخلية مجردة.

– القوانين المتصلة بالنظام العام في مجال القانون الداخلي، هي القوانين التي لا يمكن للأفراد تجاوزها بالإرادة الفردية، فالمفهوم يستخدم لضمان عدم الخروج الإرادي على أحكام القوانين الآمرة، فهي تعد بمثابة فاصل مانع أمام حرية التعاقد، وتقييدا لمبدأ سلطان الإرادة أمام القواعد الآمرة في القانون الداخلي، أما في مجال القانون الدولي الخاص، فإن القوانين الأجنبية التي تتصادم مع النظام العام، هي تلك التي تتصادم أساسا مع القواعد الجوهرية التي يقوم عليها مجتمع القاضي.[4]

---

[1]– حسن الهداوي، المرجع السابق، ص187.

[2]– حسن الهداوي، المرجع نفسه، ص188.

[3]– علي علي سليمان، المرجع السابق، ص ص150–151.

[4]– سامي بديع منصور، المرجع السابق، ص775 .

– الاعتراض كطريق للدفع إجرائيا مختلف بينهما، إذ يكون الدفع بالنظام العام الداخلي بشأن علاقة وطنية بجميع عناصرها، أما الدفع بالنظام العام الدولي، فيكون بخصوص علاقة قانونية مشوبة بعنصر أجنبي.[1]

– إعمال آثار الحق مختلف بينهما؛ ففي القانون الداخلي قد يكون الحق الشخصي مخالفا للنظام العام، وبالتالي يمنع نشوءه أصلا، ومثال ذلك حضر تعدد الزوجات، أو انحلال الربطة الزوجية في هذه الدول سابقا.

ومع ذلك يجوز التمسك بآثار هذا الحق متى نشأ في الخارج طبقا للقانون المختص، إذ يجوز للمسلم الذي يسمح قانونه الشخصي بالتعدد أن يتمسك بآثار هذا التعدد في بلد كفرنسا أو إيطاليا، وذلك إعمالا للأثر المخفف للنظام العام.[2]

– الدفع بالبطلان مختلف بينهما؛ إذ يثار الدفع بالنظام العام في القانون الداخلي، قصد إبطال التصرفات القانونية للأشخاص المتعاقدة، إذا كانت تخالف القواعد الآمرة أو الناهية بمفهوم المادة 93 من ق.م.ج المعدل، والتي تنص على أنه:"**إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته أو مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة كان باطلا بطلانا مطلقا**".[3]

والمادة 97 من ق.م.ج، التي تنص بقولها:"**إذا التزم المتقاعد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب كان العقد باطلا**".[4]

أو السماح للقاضي بموجبه– النظام العام – بتطبيق قاعدة قانونية من تلقاء نفسه ولو لم يتمسك بها الخصوم، أو منح النيابة العامة الفرصة في أن تكون طرفا أصليا في بعض الدعاوى ولو تعلقت بمسائل شخصية.

---

[1]– حسن الهداوي، المرجع السابق، ص188.

[2]– الطيب زروتي، **القانون الدولي الخاص الجزائري**، المرجع السابق، ص278.

[3]– القانون رقم 05–10، المؤرخ في 20 يونيو 2005، المعدل و المتمم للأمر رقم: 75–58، المؤرخ في: 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني.

[4]– القانون رقم 05–10، المؤرخ في 20 يونيو 2005، المعدل و المتمم للأمر رقم: 75–58، المؤرخ في: 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني.

في حين أن الغرض من الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص، هو استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص حسب قواعد التنازع الوطنية بمفهوم المادة 24 من القانون المدني الجزائري السابق الإشارة إليها، وذلك في حالة تعارضه– أي القانون الدولي الخاص – مع سياسة تشريعية وطنية، أو مخالفته للمبادئ العليا التي يبنى عليها النظام الاجتماعي الاقتصادي، والسياسي في بلد لقاضي.[1]

– إن النظام العام الداخلي هو الأصل، بينما النظام العام في تنازع القوانين هو فرع منه، من جهة أخرى فان النظام العام في القانون الداخلي يهتم أكثر بالقاعدة القانونية الوطنية، فهو شق فيها وحام لها، أما في تنازع القوانين فهو مدافع عنها، وهذا ما نجده عند الاعتراض به على تطبيق أحكام القانون الأجنبي، التي تتنافى مع المبادئ والأخلاق.[2]

2 : تمييز النظام العام في القانون الدولي الخاص عن القوانين ذات التطبيق المباشر

قد يحدث كذلك الخلط بين النظام العام في القانون الدولي الخاص و القوانين ذات التطبيق المباشر – الفوري أو الضروري– و التي يمكن تعريفها بأنها :" تلك التي تقوم داخل النظام القانوني، دون الإلتفات إلى تصنيفها، أوإنتمائها إلى القانون العام، أو القانون الخاص، حيث تبلغ في أهميتها حدا كبيرا، إذ لا يسمح بدخولها في منافسة القوانين الأجنبية، لذلك فمجال تطبيقها يتحدد على أساس الهدف الذي تبتغيه".[3]

ونظرا لوجود مجالات تنظيم حيوية في فروع القانون الخاص تتدخل فيها الدولة بنصوص تشريعية آمرة تطبق على كافة الوطنيين و الأجانب، فإن تطبيق القانون الوطني في هذه المجالات قد أصبح ضرورة حتمية، نظرا لتعلقه بمصالح اقتصادية، واجتماعية، تتسم بقدر بالغ من الأهمية.

---

[1]– نسرين شريقي وسعيد بوعلي، **القانون الدولي الخاص الجزائري**، المرجع السابق، ص ص104–105.

[2]– أحمد عبد الكريم سلامة، **الأصول في التنازع الدولي للقوانين**، المرجع السابق، ص582.

[3]– مريني فاطمة الزهراء، **النظام العام كآداة لإستبعاد تطبيق القانون الأجنبي على ضوء تعديل2005 للقانون المدني**، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة درجة الماجستير في الحقوق في إطار مدرسة الدكتوراه، فرع عقود و مسؤولية، كلية الحقوق، جامعة أمحمد بوقرة، بومرداس، 2009، ص 28.

هذا ويطلق على هذه القوانين أيضا، بقوانين البوليس والأمن، إذ نجد من مجالات هذه القوانين في فروع القانون الخاص، حالة الأشخاص و أهليتهم، والأحكام التنظيمية في عقد العمل، كالشروط الخاصة بالصحة ومواعيد العمل، وجوانب من عقود الإيجار، والتأمين وغيرها.[1]

إلا أن الواقع أن الفروق بين النظام العام والقوانين ذات التطبيق المباشر، واضحة إذ تظهر من خلال النقاط التالية:

– قوانين الأمن والقوانين ذات التطبيق المباشر مطلقة، تقتضي التطبيق المباشر للقانون المحلي، دون الحاجة للدفع بالنظام العام، ودون اللجوء لقواعد الإسناد،عكس النظام العام في القانون الدولي الخاص الذي يستبعد القانون الأجنبي بعد تعين إختصاصه من قبل قاعدة الإسناد.[2]

– القوانين ذات التطبيق المباشر تتميز بالكفاية الذاتية، فهي لا تحتاج للنظام العام حتى تطبق، فهي تطبق على العلاقات الداخلية و الدولية دون تمييز، في حين أن النظام العام يشكل سدا النواقص التي قد يغفل عنها المشرع، فيتحرك حينئذ النظام العام كدفع قانوني دون الحاجة لنصوص تشريعية آمرة.

– القوانين ذات التطبيق المباشر مطلقة إذ تقتضي التطبيق المباشر للقانون المحلي، ولا ترد عليه تخفيفات –لا مجال للتخفيف– بينما يجوز التخفيف من آثار النظام العام بواسطة ما يعرف بالأثر المخفف للنظام العام.[3]

المطلب الثاني: شروط الدفع بالنظام العام والآثار المترتبة عنه

حتى يتمكن القاضي من إعمال فكرة النظام العام، لابد من توافر مجموعة من الشروط نتناولها في الفرع الأول، و لأن النظام العام يتدخل في مواجهة القانون الأجنبي الواجب

[1]– الطيب زروتي، **القانون الدولي الخاص**، المرجع السابق، ص ص273–274.

[2]– نسرين شريقي وسعيد بوعلي، **القانون الدولي الخاص الجزائري**، المرجع السابق، ص 105.

[3]– الطيب زروتي، **القانون الدولي الخاص**، مرجع سابق، ص ص274–275.

التطبيق من أجل إستبعاده، فإن هذا التدخل يترتب عليه آثار معينة وهو ما نتطرق إليه في الفرع الثاني.

الفرع الأول: شروط الدفع بالنظام العام

حتى يتمكن القاضي من استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق لمخالفته للنظام العام لابد من توافر مجموعة من الشروط التي يقوم عليها، و التي نوردها كما يأتي:

أولا: أن يثبث الإختصاص للقانون الأجنبي بموجب قاعدة الإسناد في قانون القاضي

إذ لا جدوى من تحريك الدفع بالنظام العام إذا كان القانون الأجنبي غير مختص، وعليه لا يمكن إثارة هذا الدفع إذا كان بالإمكان إستعمال وسيلة أخرى لإستبعاد القانون الأجنبي الثابث له الإختصاص.

ومثال ذلك، ثبوث الإختصاص لقانون القاضي بصفته قانونا إقليميا، أو بإعتباره قانون موقع المال، أو بإعتباره من قوانين البوليس والأمن، أو في حالة إحالة حكم العلاقة إلى قانون القاضي وقبول هذا الأخير الإحالة بعد رفض الإختصاص من طرف القانون الأجنبي.

قد يستعبد كذلك القانون الأجنبي المعين من قبل أطراف العلاقة عند التعاقد، إذا تعلق الأمر بالتصرفات الإرادية و كان إختيار المتعاقدين غير نزيه، كأن تعدم العلاقة أو الصلة بين القانون الأجنبي المختار وأطراف العلاقة القانونية بأهم عناصرها البارزة، وذلك لتخلف الشروط المستلزمة وفقا لمبدأ قانون الإرادة.[1]

ثانيا : أن تكون المخالفة للنظام العام حالية

يعد هذا الشرط أثرا لخاصية آنية النظام العام واختلافه من وقت لأخر، وعلى ذلك فالعبرة في تحديد ما هو من النظام العام وما يعد مخالفا له، بوقت نظر القاضي في النزاع، وليس قبل ذلك، وهذا يمثل وجه الخلاف بين الدفع بالنظام العام، وتحديد وقت الإسناد لقانون معين، هذا

[1]– الطيب زروتي، **القانون الدولي الخاص الجزائري**، المرجع السابق، ص ص 278– 279.

الأخير يحدد بوقت وقوع الحادث أو نشوء الحق[1]، ولو تغيرت قاعدة التنازع في قانون القاضي أو القاعدة الموضوعية في القانون الأجنبي بعد ذلك، فيبقى القاضي ملزما بتطبيق القاعدة الثانية عند نشوء المركز القانوني، بينما تقدير المخالفة للنظام العام يكون دائما بوقت النظر في النزاع.[2]

هذا ويترتب على شرط حالية النظام العام أمران:

الأمر الأول: يتمثل في حالة ما إذا كان الحق الذي نشأ طبق القانون أجنبي المختص مخالف للنظام العام في دولة القاضي عند نشوئه، ثم تغير قانون القاضي فأصبح ذلك الحق غير مخالف للنظام العام عند النظر في النزاع، فلا يعتد القاضي في هذه الحالة بالمخالفة السابقة للنظام العام عند نشوء الحق.

أما الثاني: فيتمثل في حالة ما إذا صدر قانون جديد في دولة القاضي يبيح الطلاق مثلا بعد ما كان القانون السابق يمنعه، فإنه يسرى في هذه الحالة القانون الجديد على كل الروابط القانونية القائمة عند تطبيقه، ولو كانت قد نشأت قبل صدوره، فقد حكم القضاء الفرنسي في ضوء أحكام قانون 1923، المعدل لشروط التبني بصحة تبني حصل سابقا على الرغم من توافر الشروط المطلوبة فيه طبقا للقانون الذي يحكمه، حيث قالت المحكمة أن التبني المطلق قد أصبح غير مخالف للنظام العام وبالتالي لا داعي للتمسك بقانون سابق يقيده.[3]

وقد أحسنت محكمة النقض الفرنسية عندما قالت في الحكم لها أن تعريف النظام العام الوطني يتوقف إلى حد كبير على الرأي السائد في كل عصر.[4]

---

[1]– الحق دائما ينشأ و يتقرر بموجب قانون، بل لا تكون للحق قيمة إلا إذا مد القانون حمايته لذلك الحق، فعندئذ يكتسب الحق إحترامه بإلتزام الآخرين به كنتيجة للنص القانوني.إسحاق إبراهيم منصور، **نظريتا القانون والحق و تطبيقاتهما في القوانين الجزائرية**، ط1999، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص205.

[2]– الطيب زروتي، **دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري**، دار هومة، الجزائر، 2010، ص 302.

[3]– الطيب زروتي، المرجع نفسه، ص ص 302–303 .

[4]– علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 154.

ثالثا : أن يكون القانون الأجنبي مخالفا في حكمه لمقتضيات النظام العام

يشترط كذلك لإعمال الدفع بالنظام العام، أن يكون القانون الأجنبي الواجب التطبيق بموجب قاعدة الإسناد الوطنية مختلفا في حكمه الموضوعي مع مقتضيات النظام العام في دولة القاضي، سواء أكان ذلك الإختلاف بصفة كلية أم بصفة جزئية، وللإشارة فإن هذه المقتضيات تختلف من مجتمع لأخر، وتتغير من زمان لأخر، نظرا لتميز النظام العام بصفة النسبية والأنية، فتعدد الزوجات مثلا يعتبر أمر مباحا في الدول الإسلامية، بينما هو في المجتمعات الأخرى يعد غير ذلك – غير جائز – كا لدول المسيحية التي تعتبره أمرا مخالفا للنظام العام.

والشيوعية التي تعد من النظام العام في المجتمع الصيني، بينماهي في المجتمع الأمريكي تعتبر مخالفة للنظام العام، فعلة هذا الإختلاف والتباين من مجتمع لأخر تعود لتنوع مقتضيات النظام العام من مجتمع لأخر.[1]

وفي تقدير تعارض القانون الأجنبي مع مقتضيات النظام العام، يتمتع القاضي بسلطة تقديرية، إذ يلتزم بمعيار موضوعي يقوم على وجود تعارض فعلي، وحقيقي بين القانون الأجنبي والمبادئ العليا والأساسية لمجتمع القاضي.[2]

الفرع الثاني : آثار الدفع بالنظام العام

إذا تبين للقاضي أن القانون الواجب التطبيق بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية مخالف للنظام العام، نظرا لتصادمه مع ما يقوم عليه قانون دولته، فإن ذلك ينتح عنه أثران : الأثر الأول : يترتب في حالة ما إذا تم إنشاء حق معين في دولة القاضي، أما الثاني : فيترتب في حالة ما إذا تم إكتساب حقوق في الخارج، و هذا ما نسنفصل فيه كالآتي :

أولا : أثاره بالنسبة لإنشاء الحقوق في دولة القاضي

إن إعمال فكرة النظام العام حسب ما ذهب إليه الفقه، يرتب إستبعاد تطبيق القانون الأجنبي، وإحلال قانون القاضي محله، وهو ما يعبر عنه بالأثر السلبي والإيجابي للنظام العام.

---

[1]– الطيب زروتي، **القانون الدولي الخاص الجزائري**، المرجع السابق، ص 279.

[2]– أحمد عبد الكريم سلامة، **القانون الدولي الخاص**، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، د.س.ن، ص 782.

1: الأثر السلبي للنظام العام

يتمثل في إستبعاد القانون الأجنبي المختص بموجب قواعد الإسناد في دولة القاضي سواء بصفة كلية أم جزئية.[1]

إلا أن أغلب الفقهاء في كل من مصر، وفرنسا ذهب إلى أن الأثر السلبي لفكرة النظام العام ليس من شأنه إستبعاد أحكام القانون الأجنبي بكامله، بل في الجزئية التي يتعارض فيها القانون الأجنبي مع مفهوم النظام العام في دولة القاضي، ومثال ذلك تعلق النزاع المعروض أمام القاضي الجزائري مثلا بعقد يتضمن شرط الدفع بالذهب فإنه يتعين إستبعاد هذا الشرط وحده لمخالفته النظام العام، بينما تظل الشروط الأخرى خاضعة للقانون الأجنبي ما دامت لا تتصادم مع النظام العام في الجزائر.[2]

إلا أن هذا الرأي تم إعتراضه من البعض،حيث ذهبوا إلى القول بأن إستبعاد القانون الأجنبي بصفة جزئية وتطبيق أحكامه التي لاتتنافى مع النظام العام في دولة القاضي، يتصادم مع حكمة قاعدة الإسناد، حيث يؤدي ذلك إلى مسخ القانون الأجنبي وتطبيقه خارج الحدود التي رسمها له مشرعه.[3]

بينما ذهب أخرون إلى أنه ما دام القانون الأجنبي هو الواجب التطبيق بوصفه أكثر القوانين ملائمة على المسألة المطروحة، فإن إستبعاده بصفة كلية وتطبيق قانون القاضي محله يعد تعارض واضحا مع حكمة التشريع، فالأقرب إلى حكمة التشريع هو ألا تستبعد من أحكامه إلا ما يتعارض فعلا ومقتضيات النظام العام في دولة القاضي.[4]

---

[1]– نسرين شريقي وسعيد بوعلي، **القانون الدولي الخاص الجزائري**، المرجع السابق، ص 107.

[2]– نادية فوضيل، المرجع السابق، ص 202.

[3]– هشام صادق و آخرون، المرجع السابق، ص 202.

[4]– هشام صادق و آخرون، المرجع نفسه، ص202.

وهو ما ذهب إليه أغلب الفقه، حيث أن الجزء المخالف للنظام العام هو الذي يستبعد دون بقية الأجزاء الأخرى، وهو ما أخدت به كذلك محكمة النقض الفرنسية، حيث إستبعدت فقط الجزء المخالف للنظام العام واحتفضت بالأجزاء الأخرى الغير مخالفه له.[1]

إلا أنه قد يحدث وأن يكون نص القانون الأجنبي المستبعد مرتبط بالنصوص الأخرى في هذا القانون، بحيث يتعذر على القاضي الإكتفاء بإستبعاد الجزء المخالف للنظام العام فقط دون بقية الأجزاء الأخرى، إذ لابد من الإستبعاد الكلي لأحكام القانون الأجنبي، وضرورة تطبيق قانون القاضي بدلا منه.[2]

فإذا كان هناك مثلا زوجين مختلفي اللون وكان قانون جنسيتهما يمنع زواجها لإختلافهما في اللون، فإنه لايمكن أن يحول هذا المنع دون إبرام زواجهما في الجزائر لأن النظام العام، فيها يستبعد تطبيق هذا القانون عليها بالرغم من إختصاصه، وإذا ما طرح نزاع على القاضي الجزائري مستقبلا يتعلق بآثار هذا الزواج الذي تم وفق القانون الجزائري، فإنه ينبغي عليه إستبعاد القانون الأجنبي المختص بحكم هذه الأثار إستبعادا كليا، لأنه من غير المعقول أن يطبق هذا القانون على آثار زواج يعد باطلا وفقا لأحكامه، وحتى بالنسبة للفرض الذي لايتنافى فيه القانون الأجنبي بالنسبة لأثار الزواج مع مقتضيات النظام العام في القانون الجزائري.[3]

2: الأثر الإيجابي للنظام العام

ويتمثل هذا الأثر في ثبوث الإختصاص لقانون القاضي بعد إستبعاد القانون الأجنبي لتعارض أحكامه مع النظام العام، من أجل التصدي لسد الفراغ القانوني الناجم عن ذلك الإستبعاد، حيث يؤكد القضاء الفرنسي بتأييد من أغلب الفقه، على وجوب تطبيق القانون الوطني في هذه الحالة عوضاعن القانون الأجنبي المستبعد أحكامه، هذا و يعد إحلال قانون

---

[1]– أعراب بالقاسم، المرجع السابق، ص 177.

[2]– نادية فوضيل، المرجع السابق، ص 124.

[3]– أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص ص 178–179.

القاضي بدلا من أحكام القانون الأجنبي هو الأثر الإيجابي للنظام العام، وهو ما يعبر عنه بالنتيجة الطبيعية لنظرة الفقه إلى النظام العام على أنه مسألة موضوعية.

والحال يختلف إذا ما إعتبرنا النظام العام مسألة إجراءات لا مسألة موضوعية، كما هو الحال في البلاد الأنجلوسكسونية، إذا تكتفي المحكمة بإستبعاد أحكام القانون الأجنبي المخالف للنظام العام وتحيل الخصوم إلى محكمة أخرى للنظر في النزاع.[1]

وبالرغم من أن كل من فرنسا، ومصر، والجزائر تعتبر أن فكرة النظام العام هي مسألة موضوعية، إلا أن هناك جانب من الفقه حاول التأكيد على أن أثر النظام العام يكون سلبيا فقط في بعض الحالات، غير أن هذا غير صائب لأن الأثر السلبي غير كافي لوحده، فإذا عرض على القاضي الجزائري نزاع يتعلق بصحة زواج مسلمة بغير مسلم، فإن إستبعاد حكم القانون الأجنبي الذي يقر صحة هذا الزواج غير كاف، بل يجب أن يطبق القانون الجزائري الذي لا يعترف بمثل هذا الزواج ، وبمعنى آخر يجب أن يقترن الأثر السلبي بالأثر الإيجابي للنظام العام في مثل هذه الحالة.[2]

هذا وقد إتجه جانب من الفقه، والقضاء في ألمانيا إلى التأكيد على أن استبعاد القانون الأجنبي المخالف للنظام العام لا يقتضي بالضرورة تطبيق قانون القاضي بدلا عنه، بل يقتضي فقط تطبيق نص من نصوص القانون الأجنبي الأخرى، التي لا تتنافى مع مقتضيات النظام العام في دولة قاضي، حيث يستند هذا الرأي على حكم للمحكمة العليا الألمانية، التي إستبعدت فيه نص القانون السويسري الذي يمنع تقادم الدين محل النزاع لمخالفته النظام العام في ألمانيا، وأخضعت الدين لأطول مدة للتقادم ينص عليها القانون السويسري نفسه،لكن هذا الحل الذي إنتهى إليه الفقه الألماني يفترض وجود نص أجنبي أخر يمكن تطبيقه على القضية، فإن لم يتحقق وجود النص البديل فلا مفر من تطبيق قانون القاضي.[3]

---

[1]– هشام صادق وآخرون، المرجع السابق، ص ص 203– 204 .

[2]– نادية فوضيل، المرجع السابق، ص ص125–126.

[3]– سعيد يوسف البستاني، **القانون الدولي الخاص**، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، بيروت، 2004، ص239.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري ، فإنه وعلى إثر التعديل الأخير للقانون المدني نجد أنه قد إعتمد مبدأ الأثر الإيجابي للنظام العام، وهذا ما أكدته المادة 24 في فقرتها الثانية التي نصت على أنه:"**يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام والآداب العامة**".[1]

وبناء عليه فإن إستبعاد القانون الأجنبي لمخالفته النظام العام الجزائري، يستوجب بالضرورة تطبيق القانون الجزائري محله بصفة تلقائية.

بعد ما كان المشرع الجزائري في ما مضى في نص المادة 24 من القانون المدني لسنة 1975، أي قبل التعديل يكتفي فقط بإبراز الأثر السلبي للنظام العام[2]، دون الإشارة إلى القانون الذي يحل محل القانون الأجنبي المستبعد، فقد كان ذلك بمثابة نقص وفراغ تشريعي نظرا لأنه يجعل العلاقة القانونية بدون قانون يحكمها.

ليستدرك بذلك المشرع بعد تعديل القانون المدني هذا الفراغ والنقص بإضافته للفقرة السالفة الذكر، التي تعتبر دفعة إيجابية من المشرع الجزائري لجعل النصوص القانونية أكثر صراحة ووضوح.

ثانيا : آثار النظام العام بالنسبة للحقوق المكتسبة في الخارج

إن آثار الدفع بالنظام العام تختلف فيما يخص الحقوق المكتسبة في الخارج، والتي تثار أمام القاضي الوطني، وذلك في ما إذا تعلق الأمر بالإعتراف بحقوق مكتسبة قد نشأت صحيحة في دولة أجنبية، واستنفدت مراحل تكوينها، إلا أنها تتصادم مع النظام العام لبلد القاضي الوطني المعروض عليه النزاع.

أو أنه يتعلق بالإحتجاج بحقوق قد نشأت في دولة أجنبية وفقا لنظامها العام، وخلافا لما يقضي به القانون الأجنبي المختص أمام القاضي الوطني، وعليه فإن له حالتان:

الحالة الأولى : يترتب عنها ما يعرف بالأثر المخفف للنظام العام .

---

[1]– القانون رقم 05–10، المؤرخ في 20 يونيو 2005، المعدل و المتمم للأمر رقم: 75–58، المؤرخ في: 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني.

[2]– الأمر رقم: 75–58 المؤرخ في رمضان عام 1395هـ، الموافق ل: 26سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني.

الحالة الثانية : فهي تتعلق بالأثر الإنعكاسي للنظام العام كالأتي :

1: الأثر المخفف للنظام العام

ذهب القضاء الفرنسي إلى التميز عند إعمال فكرة النظام العام كوسيلة لإستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق بين الحالة التي يراد فيها إنشاء حق في دولة القاضي، وبين الحالة التي يراد التمسك فيها بآثار حق اكتسب في الخارج، فإذا كان إنشاء الحق في دولة القاضي يتعارض مع النظام العام فيها، فإن آثار هذا الحق قد لاتتعارض بالضرورة مع هذا النظام فيما إذا نشأهذا الحق صحيحا في الخارج.[1]

فقد كان القضاء الفرنسي سابقا يجيز الإحتجاج في فرنسا بطلاق الأجانب الذي تم في الخارج رغم أن القانون كان لا يبيح الطلاق أنذاك، وبالفعل أصبحت المحاكم الفرنسية تعترف بالطلاق الذي تم في الخارج وفقا لأسباب لا يقرها هذا القانون، وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية على ضرورة التفرقة بين إنشاء الحق ونفاذه.

كما عبر الفقه والقضاء الفرنسي بعد ذلك عن أثر النظام العام بالنسبة للحقوق المكتسبة في الخارج " بالأثر المخفف للنظام العام".[2]

فالحق الذي نشأ واكتسب في الخارج – كالطلاق على سبيل المثال – يعد لاشك واقعة من العسير إنكارها، ومن ثم فليس من المعقول أن يتجاهلها القضاء ببساطة، بدعوى تعارضها مع النظام العام في دولته.[3]

---

[1]– سعيد يوسف البستاني، **الجامع في القانون الدولي الخاص**، المضمون الواسع المتعدد الموضوعات، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009، ص756.

[2]– نادية فوضيل، المرجع السابق، ص 128.

[3]– حفيظة السيد، **الموجز في القانون الدولي الخاص**، المبادئ العامة في تنازع القوانين، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان2005، الكتاب الأول، ص ص 310–311.

كما ترجع العلة في اختلاف أثر النظام العام بين حالة إنشاء الحق ونفاده، فالشعور العام في دولة القاضي لا يتأثر إزاء مركز قانوني تم نشوؤه في الخارج، بنفس القدر الذي يتأثر إذا ما أريد إنشاء نفس المركز القانوني داخل دولة القاضي.[1]

وبالرغم من إعتراف الفقه والقضاء بالأثر المخفف للنظام العام في مجال الحقوق المكتسبة في الخارج، فإن ذلك لا يعني إهدار كل أثر لهذه الفكرة، إذ أنه قد يتعارض نفاذالحق الذي إكتسب في دولة أجنبية مع إعتبارات النظام العام في فرنسا مثلا حتى على وجهها المخفف.[2]

وقد ذهب البعض إلى القول بأنه لا يجوز التمسك بنفاذ حق في دولة لا يعرف نظامها القانوني مثل هذا الحق، كالتمسك مثلا بحق رهن على منقول دون أن تنتقل إلى الدائن الحيازة في بلد مثل الجزائر أوفرنسا مثلا، حيث لا يعرف رهن المنقول المادي دون حيازة، بينما هو معروف في الدول الأنجلوسكسونية.[3]

أما القضاء الجزائري، فقد ذهب إلى الإقرار بعدم الإعتراف بالحق المكتسب، إذا كان مخالف للنظام العام الجزائري، حيث نقضت المحكمة العليا بقرارها المؤرخ في: 17أكتوبر 1990قرار صادراعن مجلس بجاية في: 14فبراير 1978في قضية تتلخص وقائعها(... في أن زوجا مسلما من أصل جزائري كان قد حرر لصالح زوجته المسلمة ومن أصل جزائري أيضا وصية رسمية سنة 1952، مضمونها الإيصاء لها بكل تركته، وأعلن في الوصية إختياره تطبيق القانون الفرنسي عليها بدل القانون الساري على الأهالي وهو الشريعة الإسلامية، ثم توفي الموصي سنة 1956، وبعد الإستقلال تنازع الورثة في صحة الوصية ونفادها، متمسكين ببطلانها لمخالفتها أحكام قانون الأسرة الجزائري المستمد من الشريعة الإسلامية، لاسيما المادة 189 منه التي لا تجيز الوصية لوارث، وكان مجلس القضاء قد أجاز الوصية طبقا للقانون الفرنسي الساري المفعول عند وفاة المورث، تأسيسا على المادة 16 من ق.م التي تسند الإختصاص لقانون جنسية الموصي وقت الوفاة.

---

[1]– أعراب بالقاسم، المرجع السابق، ص ص 181–182.

[2]– سعيد يوسف البستاني، **الجامع في القانون الدولي**، المرجع السابق، ص 756.

[3]– نادية فوضيل، المرجع السابق، ص ص 128– 129.

حيث جاء في حيثيات قرار المحكمة العليا " **أن مجلس القضاء قد أخطأ في تطبيق القانون الفرنسي ملغى لأنه مخالف لأحكام الشريعة الإسلامية** ...**وأن شرط تطبيق القانون**".وهكذا رغم صحة نشأة الحق طبقا للقانون الفرنسي المختص، فما دام مخالف للنظام العام في الجزائر بعد الإستقلال وفي ظل أحكام الميراث والوصية المقررة في قانون الأسرة المستمد من الشريعة الإسلامية، فلم يتم الإعتراف بذلك الحق المكتسب طبقا للقانون الأجنبي.[1]

2: الأثر الإنعكاسي للنظام العام

قد ينشأ حق في دولة أجنبية معينة وفقا لما يقتضيه النظام العام فيها وخلافا لما يقضي به القانون الأجنبي المختص، إذ يتطلب الأمر حينها معرفة ما إذا كان يجوز للقاضي الوطني أن يعتبر من النظام العام في دولته ما يعتبر من النظام العام في دولة أجنبية وهو ما يسمى " بالأثر الإنعكاسي للنظام العام " ولتوضيح ذلك أكثر نعرض القضية التالية:

تزوج بولونيان ببلجيكا وكانا من ديانتين مختلفتين، وهذا غير مهم في القانون البلجيكي مع أن قانون جنسيتهما البولوني كان يستوجب الإتفاق في الدين، فطعن في زواجهما أمام القضاء البلجيكي فاستبعد هذا الأخير القانون البولوني لمخالفته للنظام العام في بلجيكا، وطبق بذلك القانون البلجيكي حيث قضى بصحة الزواج، فعرض النزاع على محكمة السين بباريس في 1922\02\15، فقضت بعدها بصحة الزواج على إعتبار أن النظام العام في بلجيكا يشبه النظام العام في فرنسا.[2]

وقد ذهب جانب من الفقه الحديث إلى التفرقة بين الحالة التي يكون فيها النظام العام للدولة الأجنبية متطابقا ومتشابها مع النظام العام في دولة القاضي، وبين الحالة التي لا يكون فيها متطابقا معه، إذ يمكن في الحالة الأولى التمسك بآثار الحق المكتسب في الدولة الأجنبية، وهو الحل الذي يسري على المثال السابق، أما في الحالة الثانية فإنه لا يصح الإحتجاج بآثار الحق المكتسب في دولة أجنبية أمام القاضي الوطني.[3]

---

[1]– الطيب زروتي، **دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري**، المرجع السابق، ص ص 310– 311..

[2]– علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 187.

[3]– أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 184.

فإذا كان النظام العام الأجنبي والنظام العام لقاضي الدعوى يتبنيان نفس الحل فإن قاضي الدعوى يتبنى النظام العام الأجنبي، أما إذا كان النظامان لا يتبنيان نفس الحلول، فإن قاضي الدعوى يرفض أي أثر للنظام العام الأجنبي.[1]

[1]– عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص185.

المبحث الثاني: حالة الغش نحو القانون

قد يعمد أطراف العلاقة إلى تغير ضابط الإسناد، الذي يتغير بتغيير القانون الواجب التطبيق، فالتغيير الذي يقوم به أطراف العلاقة يعتبر تغييرا مشروعا في حد ذاته، لكن قد يحصل وأن يقوموا بالتغيير بشكل متعمد للهروب من أحكام القانون المختص فعلا بحكم العلاقة، ليصبح بعدها قانون آخر هو المختص بحكمها ، على الرغم من أن هذا الأخير لم يكن مختصا في الحقيقة إلا بعد التغيير المتعمد لضابط الإسناد.

أي بعد التحايل على القانون أو ما يسمى " بالغش نحو القانون " **(Fraude à la loi)**.[1]

وقبل الخوض في الحديث عن الغش كحالة يستبعد بمقتضاها تطبيق القانون الأجنبي المختص، إرتأينا التطرق إلى نشأة الغش نحو القانون ومفهومه في المطلب الأول، وبعدها إلى تحديد شروطه الأساسية من أجل التمسك به والآثار المترتبة عليه في المطلب الثاني.

المطلب الأول : نشأة الغش نحو القانون ومفهومه

إن لفكرة الغش نحو القانون في إطار القانون الدولي الخاص أصلها وجذورها التاريخية، حيث يعود أول ظهور لها إلى قضية مشهورة تسمى "بقضية الأميرة بوفرمون "، وعليه نتطرق لنشأة الغش نحو القانون في الفرع الأول، ثم إلى إجتهادات الفقه في تعريف الغش في الفرع الثاني.

الفرع الأول : نشأة الغش نحو القانون

يرجع ظهور فكرة الغش نحو القانون لأول مرة في فرنسا، لقضية مشهورة لأميرة تدعى الأميرة "بوفرمون".[2]

حيث تتلخص حيثيات هذه القضية في أن سيدة من جنسية بلجيكية قامت بالزواج من أمير فرنسي يدعى الأمير "دي بوفرمون" فاكتسبت بعدها الجنسية الفرنسية على إثر زواجها منه، بعد

[1]– أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص ص186-187.

[2]– هشام صادق و آخرون، المرجع السابق، ص212.

ذلك أرادت هذه السيدة الطلاق من زوجها إلا أن القانون الفرنسي آنذاك لم يكن يسمح بالطلاق فقامت بعدها هذه الأميرة باللجوء إلى التجنس بجنسية إحدى الدويلات الألمانية التي تبيح الطلاق، حيث تمكنت بعدها من الحصول على الطلاق من زوجها "دي بوفرمون"، وتزوجت بعدها مرة ثانية من أمير روماني يدعى "بيبسكو" فاكتسبت بعدها جنسيته وأقامت معه في فرنسا، إلا أن الزوج الأول طالب ببطلان الزواج الثاني على أساس أن تجنس الزوجة بالجنسية الألمانية كان نتيجة غش نحو القانون، ومن ثم فلا يعتبر الطلاق صحيحا، وبالتالي يبقى الزواج الأول قائما.[1]

هذا وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية لصالح الزوج الأول، حيث إستندت في قضائها إلى فكرة الغش نحو القانون، إذ أن تغيير السيدة "بوفرمون" لجنسيتها قد قصد به أساسا التحايل على أحكام القانون الفرنسي الذي يمنع ويحظر الطلاق.

وإنتهت بعد ذلك إلى عدم نفاذ الطلاق والزواج الثاني مع بقاء الزوجية الأولى قائمة، ومنذ ذلك الوقت والقضاء الفرنسي مستقر على الأخذ بنظرية الغش نحو القانون.[2]

أما بالنسبة للدول العربية، فإنه وبالرغم من عدم النص على الغش نحو القانون في أحكامها باستثناء التشريع التونسي والجزائري، فإن القضاء والفقه مستقران على إستبعاد القانون المختص بواسطة الغش، ولعل الأساس القانوني لذلك هو أحكام القواعد الكلية في الشريعة الإسلامية بوصفها مصدر للقوانين العربية.[3]

أما ما يمكن ملاحظته في الجزائر، هو أن المشرع الجزائري من خلال التعديل الأخير للقانون المدني في مادته 24 من فقرتها الأولى قد سار إلى تبني فكرة الغش نحو القانون والأخذ بها، إذ أن هذا ما تؤكده لنا هذه المادة بقولها : "**لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي... أو ثبت له الإختصاص بواسطة الغش نحو القانون**".[4]

---

[1]– حفيظة السيد، المرجع السابق، ص ص 314–315.

[2]– هشام صادق وآخرون، المرجع السابق، ص 213.

[3]– الطيب زروتي، **القانون الدولي الخاص الجزائري**، المرجع السابق، ص 290.

[4]– القانون رقم 05–10، المؤرخ في 20 يونيو 2005،المعدل و المتمم للأمر رقم: 75–58، المؤرخ في: 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني.

مع ملاحظة أن القانون الوطني بدوره قد يستبعد متى ثبت له الاختصاص بموجب الغش نحو القانون.

الفرع الثاني : مفهوم الغش نحو القانون

ذهب بعض الفقهاء لتعريف الغش نحو القانون بعدة تعاريف تقترب مع بعضها البعض في المعنى العام له، إذ نجذ من بين تلك التعاريف ما يلي :

– قول بعضهم أن الغش عبارة عن : "التدبير الإرادي لوسائل مشروعة في ذاتها للوصول بها إلى أغراض تخالف أوامر القانون ونواهيه".[1]

– كما عرفه البعض الآخر منهم بأنه : "مناقضة قصد الشارع باتخاذ تدابير إرادية مشروعة ولو عن غير عمد للوصول إلى نتائج غير مشروعة".[2]

– تم تعريفه كذلك من قبل البعض بأنه : "التحايل على ضوابط قواعد التنازع بقصد التهرب من تطبيق القانون الواجب التطبيق ".

– عرفه آخرون أيضا بأنه : "ينحصر في وسائل يتخذها شخص ليتهرب من حكم القواعد القانونية الآمرة أو الناهية، التي يخضع لها، بواسطة استخدام قواعد قانونية أخرى يتوقف تطبيقها على إرادته مع الانحراف بها عن معناها الحقيقي".[3]

– أما عن مفهوم الغش في مجال القانون الدولي الخاص فإنه :"عبارة عن تدبير إرادي لوسائل تؤدي إلى الخلاص من قانون دولة، لتصبح العلاقة من اختصاص قانون دولة أخرى أكثر تحقيقا للنتائج المتوخاة".

---

[1]– عز الدين عبد الله، **القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الإختصاص القضائي الدولي**، ط9، الهيئة المصرية العامة للكتاب، د.ب.ن، 1986، ج2، ص559.

[2]– نسرين شريقي وسعيد بوعلي، **القانون الدولي الخاص الجزائري**، المرجع السابق، ص110.

[3]– علي علي سليمان، المرجع السابق، ص159.

حيث يعتمد ذوو المصلحة في ذلك إلى تغير عناصر العلاقة القانونية لإنشاء ظروف تصبح معها العلاقة خاضعة لقانون آخر.[1]

فما يلاحظ على كل هاته التعاريف هو أنها تقترب وتتشابه مع بعضها البعض في إعطاء مفهوم يوضح فكرة الغش نحو القانون ويبين مقصودها.

وبالرجوع لمشرعنا الجزائري، فإننا نجد أنه لم يقم بتعريف الغش نحو القانون، حيث إكتفى بالإشارة إليه وحسب وفقا لنص المادة 24 من ق.م.ج.

ولقد قد تضاربت الآراء الفقهية حول الأساس القانوني الذي تقوم عليه فكرة الغش نحو القانون، حيث إنقسم الفقه إلى عدة آراء، إذ أن منهم من أسسها على النظرية الصورية، ومنهم من ذهب إلى القول بأن أساس هذه الفكرة يرجع إلى نظرية التعسف في إستعمال الحق.

حيث حاول الفقه أن يجد أساسا قانونيا للغش نحو القانون، فأرجعه البعض منهم إلى نظرية الصورية[2] في القانون المدني، نظرا لإتحاد الهدف بينهما وهو تحقيق غاية غير مشروعة غير أن الإختلاف بين النظريتين واضح وجلي، ذلك أن الصورية تفترض عقدا ظاهر غير حقيقي، يستر عقدا باطنا حقيقيا، فإرادة المتعاقدين الظاهرة غير مطابقة لإرادتهما الحقيقية، بينما في الغش نحو القانون يقوم الغاش بتصرف ظاهر حقيقي، ولكن الغرض منه غير مشروع، بينما إرادة المتعاقدين المعبر عنها في الصورية غير مطابقة لإرادتهما المستترة الحقيقية.[3]

كما أن الجزاء المترتب عن كل واحد منهما مختلف، ذلك أن جزاء الغش نحو القانون ينحصر في عدم الإحتجاج بالنتيجة المشوبة بعيب الغش نحو القانون، في حين أن الجزاء في نظرية الصورية، هو أن التصرف الصوري يعتبر عديم الوجود بين المتعاقدين، ولا ينتج أي أثر، كما أن القاضي إذا أراد أن يبطل الصورية عليه أن يفرق بين الحقيقة و الظاهر، عكس

---

[1]– حسن الهداوي، المرجع السابق، ص196.

[2]– **الصورية:** عبارة عن تصرفين بين نفس العاقدين، أحدهما ظاهر لم تتجه إليه إرادة المتعاقدين، و الآخر خفي يمثل قصدهما الحقيقي. دربال عبد الرزاق، **الوجيز في أحكام الإلتزام في القانون المدني الجزائري**، دار العلوم للنشر و التوزيع، عنابة، د.س.ن، ص37.

[3]– علي علي سليمان، المرجع السابق، ص161.

الغش نحو القانون الذي تلعب فيه فكرة النية دورا هاما، إذ هنا لا تختلف الحقيقة عن الظاهر.[1]

وقد ذهب الفقه من جهة أخرى، إلى أن الغش ماهو إلا تطبيق من تطبيقات التعسف في إستعمال الحق، إذ يراد بالتعسف "ممارسة الشخص فعلا مشروعا في الأصل بمقتضى حق شرعي ثبت له – بعوض أو بغير عوض– أو بمقتضى إباحة مأذون فيها شرعا، على وجه يلحق بغيره الأضرار، أو يخالف حكمة المشروعية ".[2]

فإذا مابنى رجل مثلا في أرضه وضمن حدودها، حائطا عاليا، حجب من خلاله منافذ الضوء والهواء على جاره، حتى أصبح من المتعذر على هذا الأخير الإنتفاع بملكه على الوجه المعتاد، كان ذلك المالك متعسفا في إستعمال ملكه.[3]

وعلة الفقهاء في إرجاع أساس الغش إلى هذه النظرية– نظرية التعسف في إستعمال الحق– راجع إلى أن كلاهما يتيح له القانون رخصة فيسيء إستعمالها، إلا أن هذا الرأي إنتقد نظرا للفرق الواضح بين كلا النظريتين، إذ أن الضرر الذي ينشأ عن الغش نحو القانون يمس مصلحة عامة.[4]

كما أن الغش يكون موجها إلى القانون في حد ذاته، أي أن التحايل قد تم من أجل التهرب من أحكام القانون الواجب التطبيق على المسألة المطروحة، أما التعسف في إستعمال الحق

---

[1]– شلابي أمينة، **إستبعاد تطبيق القانون الأجنبي طبقا للمادة 24 من القانون المدني الجزائري**، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، تخصص عقود و مسؤولية، كلية الحقوق، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 2015، ص50.

[2]– فتحي الدريني، **نظرية التعسف في إستعمال الحق في الفقه الإسلامي**، ط4، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1988، ص ص46–47.

[3]– فتحي الدريني، المرجع نفسه، ص 47.

[4]– نسرين شريقي و سعيد بوعلي، **القانون الدولي الخاص الجزائري**، المرجع السابق، ص11.الطيب زروتي، **القانون الدولي الخاص**، المرجع السابق، ص98.

فهوموجه ضد الغير، وبالتالي هنا فالغش يمس مصلحة عامة، أما التعسف فهو يمس مصلحة خاصة وهو موجه ضد الغير، في حين أن الغش يضر بمصلحة عامة يمثلها القانون.[1]

كما وجد البعض من الفقهاء في فكرة الغش مظهرا من مظاهر فكرة النظام العام، أما البعض الآخر فيرى لها مفهوما مستقلا، ولكنه يقترب من النظام العام إلى حد كبير حسبهم.

ففي الوقت الذي تتشابه فيه النتيجة التي يؤدي إليها كل من الدفع بالنظام العام و الدفع بنظرية الغش نحو القانون – أي استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق بموجب قاعدة الإسناد– نلاحظ وجود إختلاف واضح بينهما، فعندما يؤخذ بعين الإعتبار عند إعمال الدفع بالنظام العام مضمون القانون الأجنبي، فإنه عند إعمال الدفع بالغش تؤخذ مقاصد ذوي المصلحة و أعمالهم، ومن جهة أخرى فإذا كان الدفع بالنظام العام يؤدي إلى إستبعاد القانون المختص، فإن الدفع بالغش يؤدي وعلى العكس إلى المحافظة على القانون المختص الذي أراد الأفراد إستبعاده .[2]

كما أن إعتبار الغش نحو القانون مجرد تطبيق من تطبيقات النظام العام، غير صحيح، حيث أنه تم الإعتراض على ذلك من قبل البعض، على أساس أن استبعاد القانون الأجنبي باسم النظام العام، يقوم على أساس تعارض مضمون القانون الأجنبي مع الأسس الجوهرية في دولة القاضي، أما إستبعاد القانون الأجنبي بناء على الدفع بالغش نحو القانون فإنه يرجع لعنصر النية في إستعمال قاعدة الإسناد.[3]

المطلب الثاني: شروط الدفع بالغش نحو القانون وآثاره

يستوجب لإمكانية الدفع بالغش نحو القانون توافر شروط معينة نتناولها في الفرع الأول، كما يترتب كذلك على إعمال الدفع بالغش نحو القانون آثار مختلفة ندرسها في الفرع الثاني.

---

[1]– أحمد دغيش، "**حالات إستبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص بحكم النزاع أمام القضاء الجزائري**"، أنظر الموقع الإلكتروني، يوم 14-04-2018، الساعة 15:27، sciencesjuridiaques.ahlamontada.net

[2]– سعيد يوسف البستاني، **الجامع في القانون الدولي الخاص**، المرجع السابق، ص ص680-681.

[3]– أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص195.

الفرع الأول: شروط الدفع بالغش نحو القانون

يشترط لإمكانية الدفع بالغش نحو القانون شرطان أصيلان، و شروط إضافية.

أولا : الشروط الأصلية للدفع بالغش نحو القانون

وتتمثل أساسا في شرطين أصليين: أحدهما مادي يتمثل في إحداث تغيير في ضابط الإسناد، والآخر معنوي يتمثل في توافر نية التحايل أو الغش.

1 : إحداث تغيير إرادي في ضابط الإسناد

بحسب ما ذهب إليه القضاء الفرنسي، فإنه يستلزم لإمكانية الدفع بالغش نحو القانون توافر عنصر مادي، متمثل في إجراء أو إحداث تغيير إرادي في ضابط الإسناد عندما يكون هذا الضابط قابل للتغيير بطبيعته، كتغيير الجنسية، موقع المنقول أو تغيير الموطن.[1]

فضابط الجنسية بالنسبة للأحوال الشخصية من الضوابط التي تقبل التغيير، إذ أن الشخص قد يقوم بتغيير جنسيته للتهرب من القانون الواجب التطبيق أصلا على العلاقة القانونية لكونه يفرض مثلا مانعا يقف حائلا دون تحقيق مصلحته، كما حدث ذلك في قضية الأميرة "بوفرمون"التي تهربت من أحكام قانونها الوطني الذي يمنع الطلاق، عن طريق تغييرها للجنسية الفرنسية، لتكتسب بعدها الجنسية الألمانية التي تبيح لها الطلاق.[2]

كما يعد ضابط الموطن من الضوابط التي يمكن تغييرها بإرادة الأفراد، إذ نجد أن البعض من الدول من يعتمده ضابط إسناد في تحديد القانون الواجب التطبيق، كان يلجأ زوجين فرنسيين لجزيرة هايتي التي تعتبر قانون الموطن هو القانون الشخصي، من أجل الطلاق على أساس أن تلك الجزيرة تسمح لأي كان– حتى ولو كان زائرا– برفع دعوى الطلاق أمام

[1]– سعيد يوسف البستاني، **الجامع في القانون الدولي الخاص**، المرجع السابق، ص682.

[2]– أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص190.

قضائها، إلا أنّ القضاء الفرنسي قد قضى برفض ذلك الطلاق نظرا لتحايل الزوجين على القانون الفرنسي المختص أصلا بحكم العلاقة القانونية.[1]

فضابط الموطن بالنسبة للأحوال الشخصية في البلدان التي تجعل قانون الموطن هو القانون الشخصي، هو أيضا من الضوابط التي يسهل تغييرها، بل أن تغيير الموطن أسهل من تغيير الجنسية.

أما ضابط موقع المال في ما يخص المنقولات، فإنه هو أيضا من الضوابط التي يسهل تغييرها، إذ قد يقوم الشخص بتغيير موقع المنقول بنقله من بلد إلى بلد آخر قصد الإفلات من أحكام القانون الأول.[2]

فقد يحدث وأن ينقل حائز منقول هذا الأخير إلى دولة تكون مدة التقادم فيها قصيرة، فيتملكه وفقها، ثم يعيده إلى موطنه الأصلي.[3]

هذا وتجدر الإشارة، إلى أنه توجد ضوابط أخرى قابلة للتغيير كضابط الدين، خصوصا في الدول التي تخضع مسائل الأحوال الشخصية للدين، إلا أن اعتناق الديانة الإسلامية، ولو بنية التهرب من أحكام ديانة الفرد السابقة لا ترى فيه بعض المحاكم غشا.[4]

فالشريعة السمحاء لا تجيز الشك في نية من يعتنق الدين الإسلامي، لعلة واضحة أقرها الله عز وجل في كتابه العزيز، تتمثل في نهيه عن الشك في صدق الإيمان، مصداقا لقوله عز وجل: ﴿**وَلَا تَقُولُوا لِمَنْ أَلْقَىٰ إِلَيْكُمُ السَّلَامَ لَسْتَ مُؤْمِنًا**﴾.[5]

هذا ويشترط لتحقيق شرط التغيير في ضابط الإسناد ما يأتي:

---

[1]– دربال عبد الرزاق، **الوافي في القانون الدولي الخاص**، النظرية العامة في تنازع القوانين في التشريع الجزائري و المقارن، الكتاب الأول، دار العلوم للنشر و التوزيع، عنابة، د.س.ن، ص ص 143–144.

[2]– أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص190.

[3]– دربال عبد الرزاق، **الوافي في القانون الدولي الخاص**، مرجع سابق، ص145.

[4]– دربال عبد الرزاق، المرجع نفسه، ص144.

[5]– سورة النساء، الآية: 94.

– أن يكون التغيير إراديا، أي أن يتم بفعل إرادة الأفراد، حيث يكون للإرادة دور في هذا التغيير كما لو اكتسب شخص جنسية جديدة عن طريق التجنس، أما إذا حصل التغيير في الجنسية بشكل لا يد للفرد فيه كأن جاء نتيجة لتبديل السيادة على الإقليم مثلا، فإن التغيير في هذه الحالة لا يعد إراديا وبالتالي لا داعي لقيام الدفع بالغش نحو القانون.[1]

كما أنه لو فرض على الشخص أن يغير جنسيته، كأن ثبتت له الجنسية الجديدة بمجرد زواجه من أجنبية، فإن تغيير القانون الواجب التطبيق كأثر لذلك، لا يسوغ إستبعاد القانون الواجب التطبيق إستنادا للدفع بالغش نحو القانون، إذ أن التغيير في العنصر الواقعي الذي يستخدم في إيجاد ضابط الإسناد قد حدث عرضا بغير أن يكون مقصودا لذاته.[2]

– أن يكون التغيير فعليا، فلو كان تغيير ضابط الإسناد صوريا لما كانت هناك الحاجة إلى إعمال الدفع بالغش نحو القانون، بل يكفي في هذا الفرض التمسك بأحكام الصورية لإهدار كل أثر لهذا التغيير، فلو قام شخص مثلا بتغيير موطنه تغييرا صوريا، فإن العبرة هنا هي بالموطن الحقيقي أو الفعلي.[3]

– أن يكون التغيير مشروعا، إذ أنه لو كانت الوسيلة أو الطريقة المستعملة في تغيير ضابط الإسناد غير مشروعة، كأن يتم تغيير الجنسية عن طريق الغش في أحكام قانون الجنسية، فإنه في هذه الحالة لا يجوز الإعتداد بالجنسية المكتسبة عن طريق الغش، أما العبرة فتكون بالجنسية الأولى.[4]

---

[1]– سعيد يوسف البستاني، **الجامع في القانون الدولي الخاص**، المرجع السابق، ص683.

[2]– صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص254.

[3]– حفيظة السيد، المرجع السابق، ص316. سعيد يوسف البستاني، **الجامع في القانون الدولي الخاص**، مرجع سابق، ص683.

[4]– نسرين شريقي وسعيد بوعلي، **القانون الدولي الخاص الجزائري**، المرجع السابق، ص112.حفيظة السيد، المرجع نفسه، ص316.

2: توافر نية التحايل

عندما يقوم الشخص بتغير جنسيته، موطنه أو دينه فإنه لا اعتراض على ذلك في الأحوال الاعتيادية، وإنما المحضور هو عندما يكون القيام بهذه الأفعال بنية سيئة أو غش أو إحتيال، للتوصل إلى وضع جديد ما كان يمكن الحصول عليه لولا قيامه بهذه الأفعال.[1]

فتوافر نية التحايل أو الغش نحو القانون تمثل العنصر المعنوي للغش نحو القانون، حيث يقصد بنية التحايل، التهرب من أحكام القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية، إذ أنه بإنتفاء هذه النية يكون الإجراء الذي قام به الغاش سليما وبالتالي لا داعي لإبطاله.[2]

هذا وقد دفعت نية التحايل بالبعض إلى عدم التسليم بفكرة الغش نحو القانون، لصعوبة التقصي عن هذه النية، كما تم إنتقادها على أساس أن إشتراط وجود النية يوجب على القاضي البحث في مسائل عاطفية لا سبيل إلى التحقيق منها، فمن الصعب مثلا الكشف عن النوايا الداخلية لشخص قام بتغيير جنسيته قاصدًا بذلك التهرب من القانون الواجب التطبيق عليه مثلا، لأجل ذلك تم الذهاب إلى الغش أو التحايل لما يكون متوفرا، فإنه لا حاجة إلى البحث عن النوايا الداخلية، فقد يحدث وأن يقوم وطنيين بالسياحة في بلد أجنبي، ثم يقوم أحدهما خلال فترة إقامتهما بإجراء هبة للآخر دون أن يكون هناك سبب جلي لتلك الهبة في هذه الدولة الأجنبية بالتحديد.

وعليه يمكن استخلاص وجود الغش من هذه العملية دون الحاجة إلى الإلتجاء إلى البحث عن النية في هذا التصرف.[3]

ونظر لصعوبة التحقق من النية، يلجأ القاضي إلى معيار موضوعي بحيث يستخلص النية من حيثيات ووقائع كل قضية على حدة مع الاستعانة ببعض الدلائل والقرائن والتي من بينها:

---

[1]– ممدوح عبد الكريم، **القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين**، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2005، ص207.

[2]– نادية فوضيل، المرجع السابق، ص 131.

[3]– نادية فوضيل، المرجع نفسه، ص131.

– حالة التزامن بين تغيير ضابط الإسناد، وبين طلب تطبيق القانون الذي يشير إليه هذا الضابط، مثل ما حدث مع قضية الأميرة التي طلبت الطلاق من الأمير "دي بوفرمون" عقب تجنسها مباشرة.

– التسهيلات التي ينطوي عليها القانون الجديد لصالح الطرف الذي قام بتغيير ضابط الإسناد[1].

ومثال ذلك تشريع ولاية نيفادا بالولايات المتحدة الأمريكية، والتشريع المكسيكي الذي يبيح الطلاق لأي سبب كان، حتى لو كان قانون جنسية الأفراد أو قانون موطنهم الأصلي لا يسمح لهم بذلك، وبغض النظر عما إذا كان طالب الطلاق مقيما بتلك الدولة، حيث تعرف هذه التشريعات بتشريعات المجاملة.[2]

فدائما ما توجد هناك قرائن، وأوضاع تترجم نية التحايل للقول بفكرة الغش نحو القانون، إذ أنه بدون هذه النية لا تتحقق هذه الفكرة.[3]

هذا ويضيف بعض الفقه شروطا أخرى بالإضافة للشرطين السابقين اللذان تعرضنا لهما والمتفق عليهما من أغلب الفقهاء.

ثانيا: الشروط الإحتياطية للدفع بالغش نحو القانون

لعل أبرز هذه الشروط الإحتياطية المختلف في الأخذ بها عند الفقهاء ما يأتي :

1: أن تكون هناك أحكام آمرة يسعى الشخص للتهرب منها

يرى بعض الفقه أن الغش نحو القانون لا يتحقق، إلا إذا كانت أحكام القانون الذي يريد الشخص الإفلات منها آمرة، أما إذا كانت – عكس ذلك – مكملة فإن الغش لا يتحقق وذلك لأن الأحكام المكملة يجوز للأفراد الإتفاق على مخالفتها، وبالتالي لا يتصور التهرب منها.[4]

---

[1]– نسرين شريقي وسعيد بوعلي، **القانون الدولي الخاص الجزائري**، المرجع السابق، ص112.

[2]– نادية فوضيل، المرجع السابق، ص133.

[3]– سامي بديع منصور، المرجع السابق، ص804.

[4]– أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 194.

غير أن غالبية الفقه ترى أن الغش نحو القانون يتحقق حتى في الحالات التي يريد الشخص الإفلات فيها من أحكام القواعد المكملة للقانون المختص حقيقة بحكم العلاقة، نظرا لأن هذه القواعد لها نفس صفة الإلزام للقواعد الآمرة.[1]

فهي تعتبر مثلها فلا تطبق إلا إذا توافرت الشروط اللازمة لتطبيقها، ومن بين هذه الشروط ألا يتفق الأفراد على مخالفتها، فإذا انتهى هذا الاتفاق إعتبر شرط تطبيقها متوافرا ويلزم الأفراد بالتالي بحكمها، وعليه فما يقوم به الشخص من تغيير في ضابط الإسناد للتهرب من حكمها لا ينفي الصفة الإلزامية عنها، من أجل ذلك ينبغي أن تعامل القواعد المكملة معاملة مغايرة لمعاملة القواعد الآمرة، فالغش يتحقق في كليهما، كما أن الغش هو الغش في جميع الحالات وينبغي مطاردته أينما كان.[2]

2: أن يكون القانون المتهرب منه هو قانون القاضي

أضاف الفقه شرطا آخر، يتمثل في أن يكون القانون الذي يريد الشخص الإفلات من أحكامه هو قانون القاضي، أما إذا كان قانونا أجنبيا فلا داعي للدفع بالغش نحو القانون، ذلك أن مهمة القاضي هي حماية قانونه الوطني من خلال منع الأفراد من مخالفته، فلا يدخل بذلك نطاق هذه المهمة حماية القانون الأجنبي.[3]

فأساس الغش نحو القانون هو مصادرة الغش بكل أشكاله، وإذا كان القاضي غير ملزم بالسهر على حماية القوانين الأجنبية ضد تحايل الأفراد، فإنه مع ذلك ينبغي له توقيع الجزء المناسب على جميع التصرفات المخالفة للأخلاق والعدالة، هذا وقد أصبح القضاء الفرنسي بدوره يقبل التمسك بالغش نحو القانون الأجنبي، وأبرز دليل على ذلك أنه أبطل كل العقود التي تشتمل على الغش نحو القوانين الأجنبية، وذلك في 7 جانفي 1964 حيث أخضع إعطاء الأمر بتنفيذ الأحكام الأجنبية إلى شرط أن تكون خالية من الغش نحو القانون.[4]

---

[1]– نسرين شريقي وسعيد بوعلي، **القانون الدولي الخاص الجزائري**، المرجع السابق، ص113.

[2]– أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 194.

[3]– أعراب بلقاسم، المرجع نفسه، ص192.

[4]– نادية فوضيل، المرجع السابق، ص 136.

وتجدر الإشارة كذلك إلى المشرع الجزائري لم يتناول شروط الدفع بالغش نحو القانون، وإنما كما سبق الذكر قام بتبني هذه الفكرة من خلال ما نستشفه من المادة 24 من القانون المدني الجزائري.

الفرع الثاني : آثار الدفع بالغش نحو القانون

متى توافرت شروط الدفع بالتحايل على القانون ترتب عن ذلك أثران، أحدهما يتمثل في إستبعاد القانون الذي تم التحايل لصالحه، و الآخر متمثل في إعمال القانون الذي تم التحايل عليه و اللذان سيتم التفصيل فيهما كالتالي:

أولا: إستبعاد القانون الذي تم التحايل لصالحه

لما كان الهدف من قيام أطراف العلاقة بالتلاعب في أحد العناصر الواقعية، التي تؤثر في تحديد ضابط الإسناد، هو التوصل إلى إستبعاد قانون لصالح قانون آخر، فإن الجزاء الواجب توقيعه إزاء هذه المخالفة لقانون القاضي هو إحباط أثر ذلك التلاعب، نحو الإختصاص باستبعاد القانون الذي حاول الأطراف التوصل إلى تطبيقه، وعدم نفاذ أي أثر له و هو ما يعبر عنه بالأثر السلبي.[1]

ولما كان مرتكب الغش يستعمل وسائل مباحة ومشروعة بغرض تحقيق أهداف محرمة وممنوعة عليه كما رأينا سابقا، فإن الفقه قد إنقسم إلى رأيين بخصوص نطاق إستبعاد القانون الأجنبي، في ما إذا كان يشمل إستبعاد الوسيلة المستعملة_الوسيلة المشروعة_ والغاية معا، أم أنه يشمل فقط النتيجة _المشوبة بالغش_.

هذا ما سنتطرق إليه من خلال إبراز كل رأي على حدى :

1: الرأي القائل بإستبعاد النتيجة

حيث ذهب بعض الفقهاء، إلى أن إستبعاد القانون الأجنبي لوجود غش نحو القانون يجب أن يشمل النتيجة المتمثلة في تطبيق القانون الأجنبي؛ دون الوسيلة المستعملة المتمثلة في

[1]– صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص658.

التصرفات والأفعال التي تؤدي لتغيير ضابط الإسناد، على أساس أن الوسيلة من حق الشخص كما أنها غير مخالفة للنظام العام والآداب العامة، وبالتالي فإنه يعترف بها مع استبعاد النتيجة – القانون الأجنبي الذي تم الغش بقصد تطبيقه –.[1]

فمثلا في قضية الأميرة "ذي بوفرمون" السالف ذكرها، يجب أن يقتصر أثر الغش على عدم نفاذ تطليقها في فرنسا وكذلك زواجها الثاني بإستثناء تجنسها بالجنسية الألمانية، وبالتالي فإن جميع الآثار الأخرى التي يمكن أن تترتب على إكتساب "بوفرمون" للجنسية الألمانية لا يجب أن يمتد إليها أثر الغش.

فإذا ما حصل أي نزاع في المستقبل متعلق بأهلية هذه الأميرة، فإنه سيخضع لقانون جنسيتها الجديدة ألا وهي الجنسية الألمانية، وذلك لأنها لم تقم بتغيير جنسيتها للتهرب من أحكام القانون الفرنسي بخصوص الأهلية بل تهربت منه من أجل الحصول على الطلاق والزواج ثانية لا غير.[2]

وعليه فإن جزاء الغش حسب هذا الرأي يتمثل في حرمان مرتكبه من النتيجة الغير مشروعة التي كان يهدف إلى تحقيقها، لأن العبرة في التصرف بمقصده وغايته، ومن ثم يكفي أن يرد الغاش عن قصده، ويستدل هذا الرأي بموقف محكمة النقض الفرنسية حينما قضت بأن طلاق "الأميرة بوفرمون" غير نافذ في فرنسا ولم تقضي ببطلان تجنسها بالجنسية الألمانية.[3]

إلا أن هذا الرأي كان محل نقد نظرا لتصادمه مع المنطق القانوني السليم، إذ أن الشخص الذي يقوم بتغيير ضابط الإسناد من أجل تحقيق نتائج معينة يظل خاضعا من جهة للقانون الذي تهرب من أحكامه بالنسبة للنتائج التي أراد تحقيقها بموجب التغيير، ومن جهة أخرى فإنه يبقى خاضعا لقانون جنسيته الجديدة في ما يتعلق بالآثار الأخرى.

---

[1]– نسرين شريقي وسعيد بوعلي، **القانون الدولي الخاص الجزائري**، المرجع السابق، ص114.

[2]– أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص198.

[3]– الطيب زروتي، **القانون الدولي الخاص الجزائري**، المرجع السابق، ص301.

2: الرأي القائل باستبعاد كل من النتيجة و الوسيلة معا

ذهب هذا الرأي إلى أن جزاء الغش نحو القانون يجب أن يشمل النتيجة والوسيلة مع بعض، فمثلا في قضية "بوفرمون" يجب أن لا يقتصر أثر الغش على عدم نفاذ الطلاق والزواج الثاني فقط، بل يجب كذلك أن يمتد إلى الوسيلة التي استعملتها أي تجنسها بالألمانية، فتظل بذلك فرنسية ليس فقط في ما يخص تنازع القوانين، بل أيضا في ما يخص جميع المجالات الأخرى.[1]

ويعلل الفقه شمولية الجزاء لكل من الوسيلة والغاية معا، في أن الآثار الأخرى التي يمكن أن تنتج عن تجنس الأميرة بإستثناء الأثر التي تم إرتكاب الغش من أجله والمتمثل في الحصول على الطلاق، لا أهمية له عند الأميرة إذ أن ما يهمها هو الأثر الذي ارتكب الغش من أجله فلا داعي إذن من أن تفرض عليها آثار هي بمنأى عنها- لم تبحث عنها- فإذا ما اعتبر طلاق "بوفرمون" عديم الأثر في فرنسا فإن كل ما كانت تبتغيه من وراء التجنس بالجنسية الألمانية قد إنهار، ولا يهمها بعد ذلك ما يترتب على هذه الجنسية من آثار قانونية في اعتبارها.[2]

كما أن القول بإستبعاد النتيجة وإستمرار الإعتداد بالوسيلة يفضي إلى معاملة الشخص الغاش وفق قانون ما بصدد النزاع المعروض، ثم معاملته بعد ذلك وفق قانون آخر في المسائل الأخرى، وهذا يؤدي إلى إزدواجية في معاملته وقد تؤدي إلى تناقض في الأحكام و المراكز القانونية، في حين يؤدي القول بعدم الإعتداد بالوسيلة و النتيجة معا إلى أن يكون الحل واحدا في جميع القضايا .[3]

---

[1]- أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 197. نسرين شريفي وسعيد بوعلي، **القانون الدولي الخاص الجزائري**، المرجع السابق، ص ص 114-115.

[2]- علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 165.

[3]- صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص262.

كذلك ليس من المعقول تجزئة العمل القانوني الواحد فيعترف ببعض آثاره الغير مهمة في نظر الغاش، ولا يعترف بالبعض الآخر الذي إنصرفت إليه نيتها، من أجل ذلك يجدر تعميم الجزاء لكل من الوسيلة والغاية مع بعض ومحو كل أثر لإرتكاب الغش.[1]

وما سار إليه أصحاب الرأي الأول من أن محكمة النقض الفرنسية، لم تتطرق إلى صحة تجنس الأميرة "بوفرمون" من عدمه غير صحيح، ذلك أن المحكمة قضت بصريح العبارة أن هذه السيدة لا تزال تتمتع بالجنسية الفرنسية، بغض النظر عما يقضي به القانون الفرنسي من صحة تجنسها أو عدم صحته.[2]

هذا وتجدر الإشارة إلى أن شمولية الجزاء للوسيلة والغاية معا، لا يكون إلا بالنسبة للتصرفات القانونية، كالتجنس على سبيل المثال الذي تندمج فيه الغاية والوسيلة بحيث لا يمكن الفصل بينهما، أما إذا ما تعلق الأمر بعمل مادي، كالقيام بنقل منقول تهربا من القانون الواجب التطبيق عليه فإن أثر الغش هنا لا يمكن أن يمتد إلى الغاية الغير مشروعة فقط والتي تعد عديمة الأثر في دولة القاضي، أما الوسيلة فلا يمكن أن يمتد أثر الغش إليها لأنه لا يمكن تجاهل الواقعة المادية الجديدة، فالمنقول قد خرج نتيجة نقله من سلطان القانون الذي تهرب الشخص من تطبيقه وذهب إلى سلطان قانون آخر، وبالتالي لا يمكن أن يمتد الجزاء إلى الآثار الأخرى التي قد تنتج بعد نقله، فلو اعتبرنا أن محل العقد قد أتلف في البلد الذي إنتقل إليه، فإن مسؤولية تلفه يجب أنّ تقع على عاتق قانون الدولة التي إنتقل إليها فعلا وليس إلى القانون الذي إرتكب الغش نحوه، لأنه يكون قد خرج من دائرة سلطانه، والقول عكس ذلك يكون فيه إنكار لحالة واقعية ثابتة تتمثل في وجود المنقول في إقليم الدولة التي إنتقل إليها.[3]

ثانيا: إعمال القانون الذي تم التحايل عليه

يترتب على استبعاد القانون الذي تم التحايل لصالحه، وجود فراغ قانوني مؤقت يتعين سده و لا شك في أن القانون الذي تم التحايل عليه هو الأحق بملئ ذلك الفراغ، وفي ذلك درء

---

[1]– الطيب زروتي، **القانون الدولي الخاص الجزائري**، المرجع السابق، ص 301.

[2]– الطيب زروتي، المرجع نفسه، ص301.

[3]– أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 199. علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 165.

للإعتداء على قاعدة التنازع الوطنية و فرض لسلطانها، عن طريق تطبيقها على النحو الذي كان يجب أن تطبق عليه، حتى ولو لم يحدث تغيير أو تلاعب بضابط الإسناد فيها.[1]

ولما كان من خصائص قاعدة الإسناد أنها قاعدة ثنائية أو مزدوجة الجانب، فإنه من الممكن أن يؤدي ذلك إلى اختصاص القانون الوطني للقاضي، أو قانون آخر أجنبي، و عليه فإن الأثر الإيجابي للدفع بالغش نحو القانون، قد يؤدي إلى حلول قانون القاضي أو قانون آخر أجنبي محل القانون الذي تم استبعاده.[2]

ويبدوا أن هذا الرأي هو المتبنى من قبل المشرع الجزائري، من خلال ما قضت به المادة 24 من القانون المدني[3]، التي استبعدت تطبيق القانون الأجنبي المخالف للنظام العام، أو الثابت له الإختصاص بموجب الغش نحو القانون، من خلال ما نصت عليه الفقرة الثانية من نفس المادة التي قضت بتطبيق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام، في حين سكت مقابل ذلك، على القانون الذي يحل محل القانون المستبعد في ثبوت الغش، مما يدل على أنه قد يكون هذا القانون هو القانون الجزائري، أو القانون الأجنبي.[4]

---

[1]– أحمد عبد الكريم سلامة، **الأصول في التنازع الدولي للقوانين**، المرجع السابق، ص567.

[2]– صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص263.

[3]– القانون رقم 05–10، المؤرخ في 20 يونيو 2005، المعدل و المتمم للأمر رقم: 75–58، المؤرخ في: 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني.

[4]– نسرين شريقي و سعيد بو علي، **القانون الدولي الخاص الجزائري**، المرجع السابق، ص113.

الفصل الثاني

الفصل الثاني: تطبيقات استبعاد القانون الأجنبي في مجال الأحوال الشخصية

يقصد بالأحوال الشخصية تلك الأوضاع التي تكون بين الإنسان و أسرته، وما ينتج عنها من آثار قانونية والتزامات معنوية أو مادية، ومما تجدر الإشارة إليه هو أن الفقه الإسلامي لم يعرف هذه التسمية إلا حديثا، حيث أطلق الفقهاء اسم الأحوال الشخصية على نظام الأسرة وأحكامها القانونية، في مقابلة الأحوال المدنية أو العينية.[1]

كما يراد بها كافة المسائل التي تخضع للقانون الشخصي للفرد، والتي لا تعدوا أن تكون إما قانون الموطن كما هو الحال في العديد من الدول الأوروبية، وإما قانون الجنسية مثلما هو الحال في معظم الدول العربية على غرار الجزائر.[2]

هذا وتعد الأحوال الشخصية الأرضية الخصبة لاستبعاد القانون الأجنبي، خاصة بالنسبة للدول التي تستند لأحكام الشريعة الإسلامية عند تنظيم مسائل الأسرة، مما يعلل تدخل حالات استبعاد القانون الأجنبي، على الأخص حالة النظام العام متى كان تطبيق القانون الأجنبي من شأنه أن يمس بحقوق المسلم.

كما أن تحديد ما يندرج ضمن مسائل الأحوال الشخصية يتسع مجاله في الدول العربية، في حين أنه يضيق في الدول الأخرى، من أجل ذلك تم التركيز في هذا الفصل على أهم التطبيقات الواردة في مجال الأحوال الشخصية، خاصة الزواج وآثاره الذي نتناوله في المبحث الأول والطلاق والآثار المترتبة عنه الذي ندرسه في المبحث الثاني.

المبحث الأول: تطبيقات استبعاد القانون الأجنبي على الزواج و آثاره

حينما ينشأ الزواج صحيحا، مستوفيا لجميع الشروط فإنه ينتج عنه مجموعة من الآثار، من أجل ذلك قمت بدراسة تطبيقات استبعاد القانون الأجنبي على الزواج في مطلب أول، وتطبيقات استبعاده على آثار الزواج في مطلب ثان.

---

[1]– بلحاج العربي، **أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد**، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2012، ص21.

[2]– عامر محمود الكسواني، **موسوعة القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين**، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010، ص 145.

المطلب الأول: تطبيقات استبعاد القانون الأجنبي على الزواج

يتطلب الزواج كغيره من التصرفات الإرادية شروط موضوعية وأخرى شكلية لاعتباره صحيحا، ولمعرفة تطبيقات الاستبعاد الواردة بشأنه، قمت بتناول تطبيقات استبعاد القانون الأجنبي على الشروط الموضوعية في فرع أول، وتطبيقات استبعاد القانون الأجنبي على الشروط الشكلية في فرع ثان.

الفرع الأول: تطبيقات استبعاد القانون الأجنبي على الشروط الموضوعية للزواج

إن الزواج في الشريعة الإسلامية، عقد يفيد استمتاع كل من العاقدين بالآخر شرعا طلبا للنسل، فالزواج تنظيم اجتماعي غايته إنشاء رابطة للحياة المشتركة عن طريق تكوين أسرة، إذ يقع على عاتق الدولة صيانة هذه الأسرة، نظرا لأنها الوحدة أو الخلية الأساسية لتكوين كل مجتمع.[1]

كما يعد الزواج من أفسح الروابط العائلية، ومن أهم مسائل الأحوال الشخصية قاطبة، نظرا لاعتبارات عدة يقوم عليها، و هو المجال الخصب لقيام حالات تنازع القوانين، إذ أنه عادة ما تكثر حوله النزاعات، وذلك راجع إلى أن فكرة الزواج هي فكرة ذات بعد اجتماعي، فمفهوم الزواج يختلف من نظام قانوني لآخر، خاصة بالنسبة للأنظمة التي تختلف في النمط الديني المتبع، باعتبار أن هذا الموضوع يرتبط ارتباطا وثيقا بالدين.[2]

وبالرجوع للمشرع الجزائري، فإننا نجد أنه نص على الشروط الجوهرية و الأساسية التي لا تقوم الرابطة الزوجية بدونها، إذ نص في المادة 9 من ق.أ.ج على أنه:"**ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين**" كما نص في المادة 9 مكرر من نفس القانون على مايلي:"**يجب أن تتوافر في**

---

[1]– غالب علي الداودي وحسن محمد الهداوي، المرجع السابق، ص ص100–101.

[2]– بومراو سفيان، "**تنازع القوانين في مسائل انعقاد الزواج**"، دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، عدد خاص 2015، ص106.

عقد الزواج الشروط الآتية: أهلية الزواج، الصداق، الولي، شاهدان، انعدام الموانع الشرعية للزواج".[1]

وقد قام المشرع الجزائري من خلال المادة 11 من ق.م.ج بإخضاع الشروط الموضوعية لانعقاد الزواج إلى قانون جنسية كلا الزوجين، إذ أن هذا ما أكدته المادة التي جاء فيها:" **يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج القانون الوطني لكل من الزوجين".**[2]

فالأصل أن الشروط الموضوعية للزواج منظمة ومحكومة بالقانون الوطني لكلا الزوجين المستقبليين، مع وجود تحفظ يتعلق بالنظام العام.[3]

وقد جرت العادة أن الزواج دائما ما تسبقه مقدمة تسمى الخطبة، التي تعد مجرد وعد بالزواج، حيث تكفلت القوانين بتنظيم أحكامها وبيان القانون الواجب التطبيق عليها، ومن ذلك النمسا، النرويج، و القانون الكويتي الذي انفرد عن بقية التشريعات العربية، حيث أسند مسائل الخطبة من حيث شروط الصحة إلى قانون جنسية كل خاطب، أما في حالة العدول فقد أسندها لقانون المحل الذي حصل فيه العدول.[4]

أما بالنسبة للمشرع الجزائري، فإنه بتفحص القواعد الموجودة في القانون المدني نجد أن المشرع لم يخص الخطبة بقاعدة إسناد خاصة بها، و لتحديد الطبيعة القانونية لمسألة الخطبة يجب الرجوع دائما إلى النظام العام القانوني الجزائري، وفقا للمادة 9 من ق.م.ج التي تنص على أنه:" **يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه".**[5]

---

[1]– القانون رقم 84–11، المؤرخ في: 9 رمضان 1404هـ، الموافق ل: 9 يونيو سنة 1984م، المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالقانون رقم: 05–09 المؤرخ في: 25 ربيع الأول 1426هـ، الموافق ل: 4 ماي 2005.

[2]– القانون رقم 05–10، المؤرخ في 20 يونيو2005، المعدل والمتمم للأمر رقم: 75–58، المؤرخ في:26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني.

[3]–Daniel Gutmann, **Droit international**, privé, 5emeéd, paris, 2007, p 143.

[4]– الطيب زروتي، **القانون الدولي الخاص الجزائري**، المرجع السابق، ص159.

[5]– القانون رقم 05–10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، المعدل والمتمم للمرسوم 75–58 المؤرخ في 20 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني.

وبما أن الخطبة في القانون الجزائري مجرد وعد بالزواج، لا ترقى إلى درجة العقد، وبالتالي فهي ليست زواجا، كما أنها ليست شرطا من شروط انعقاد الزواج، وهو الأمر الذي يتأكد من خلال التقسيم الذي جاء به المشرع من خلال قانون الأسرة، حيث وضع الفصل الأول منه تحت عنوان "الخطبة والزواج"، كدليل على أن الخطبة من مقدمات الزواج، ولا ترقى إلى درجة عقد الزواج.[1]

وقد تتدخل اعتبارات النظام العام للحد من تطبيق القانون الأجنبي المختص، كأن يكون القانون يلزم أحد الطرفين بإتمام الزواج، أو يتضمن شروطا جزائية لتنفيذ الوعد بالزواج وهو ما يتنافى مع النظام العام، لما فيه من إكراه مباشر على الزوجين، هذا إذا اعتبرنا أن الخطبة ليست عقدا كما هو الحال في القانون الجزائري والقانون الفرنسي، أما إذا كيفت الخطبة على أساس أنها عقد كما هو الشأن في القانون الإنجليزي، فإنه تسري عليها قواعد الإسناد الخاصة بالعقد ويعد العدول عنها نوعا من عدم التنفيذ، مما يترتب عليه المسؤولية العقدية.[2]

إلا أن القاعدة العامة السالفة الذكر التي تسري على الشروط الموضوعية المتعلقة بصحة الزواج قد ورد عنها استثناء، وفقا لما جاءت به المادة 13 من ق.م.ج التي تقضي بأنه: "**يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و 12 إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج، إلا فيما يخص أهلية الزواج**".[3]

وعليه إذا كان أحد الزوجين جزائريا– سواء رجل أو امرأة – وقت إبرام عقد الزواج، فإن الشروط الموضوعية لهذا الزواج تخضع للقانون الجزائري وحده، فيما عدا شرط الأهلية، حيث تظل أهلية كل واحد من الطرفين خاضعة لقانون جنسية كل من طرفي العلاقة الزوجية.[4]

---

[1]– بومراو سفيان، "**تنازع القوانين في مسائل انعقاد الزواج**"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المرجع السابق، ص ص107–108.

[2]– الطيب زروتي، **القانون الدولي الخاص الجزائري**، المرجع السابق، ص160.

[3]– القانون رقم 05–10، المؤرخ في 20 يونيو 2005، المعدل والمتمم للمرسوم 75–58 المؤرخ في 20 سبتمبر 1975المتضمن القانون المدني.

[4]– نسرين شريقي و سعيد بوعلي، **القانون الدولي الخاص الجزائري**، المرجع السابق، ص60.

هذا وتجدر الإشارة إلى توضيح الصعوبة التي قد تظهر عندما يكون الزوجان لا يحملان نفس الجنسية، أما إذا كان الزوجين من جنسية واحدة فإن القانون الذي يطبق على زواجهما هو قانون جنسيتهما الوطني، فإذا ما أقدم مثلا زوجان أجنبيان على إبرام عقد زواجهما في الجزائر فإن ذلك لا يطرح أي إشكال مادام أنهما متحدي الجنسية- يحملان نفس الجنسية- إذ أنه سيتم تطبيق قانون جنسيتهما المشترك، مع وجوب مراعاة مقتضيات النظام العام في الجزائر، أما الإشكال الذي يطرح هو كما ذكرنا عندما يكون الزوجان مختلفي الجنسية.[1]

حيث ظهر في هذا الشأن اتجاهين:

الأول: يدعوا إلى التطبيق الموزع، الذي يستدعي أن تتوفر في الزوج الشروط الموضوعية التي يتطلبها قانون جنسيته فقط، وأن يتوفر في الزوجة الشروط الموضوعية التي يتطلبها قانون جنسيتها فقط.[2]

والثاني: يدعوا إلى التطبيق الجامع، الذي يستلزم توفر الزوج على كل الشروط الموضوعية التي يتطلبها قانون جنسيته، وكذا الشروط المقررة في جنسية الزوجة، وأن تتوفر كذلك الزوجة على كل الشروط الموضوعية التي يتطلبها قانونها، وكذا الشروط المقررة في قانون جنسية زوجها.

بمعنى استيفاء الشروط الموضوعية المقررة في قانون الزوج و الزوجة على حد السواء-في كل منهما- أي اجتماع شروط القانونين معا في كل واحد منهما.[3]

وفيما يخص موقف المشرع الجزائري، فقد أخذ بالتطبيق الموزع، وهو ما يمكن استنتاجه من خلال الصياغة التي جاءت بها المادة 11 السالفة الذكر، إذ أن استعمال المشرع لعبارة "لكل من الزوجين" دليل على أنه قد تأثر بالاتجاه الأول الذي ينادي بالتطبيق الموزع، فلو أراد المشرع أن يأخذ بالتطبيق الجامع لكان استعمل عبارة " لكلا الزوجين".[4]

---

[1]- أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص ص230-231.

[2]- نسرين شريقي و سعيد بوعلي، **القانون الدولي الخاص الجزائري**، المرجع السابق، ص59.

[3]- حسن الهداوي، المرجع السابق، ص107.

[4]- بومراو سفيان، المرجع السابق، ص100.

وعلى اعتبار أن قانون الأسرة مستمد من الشريعة الإسلامية التي تعتبر الأساس لتنظيم شؤون الأسرة بصفة عامة، والزواج بصفة خاصة، فإن إعمال النظام العام بالنسبة للشروط الموضوعية للزواج يأخذ مجالا أوسع، خاصة بالنسبة للدول التي تؤسس نظامها الاجتماعي و الخلقي على الدين الإسلامي، بغية صيانة حقوق المسلم.

وتطبيقا لذلك، يستبعد القانون الأجنبي المختص بموجب قاعدة الإسناد الوطنية متى كان هذا القانون يجيز للمسلم ما حرمته عليه الشريعة الإسلامية، كأن يكون هذا القانون الأجنبي يجيز زواج المسلمة بغير المسلم.[1]

إذ أن زواج المسلمة بغير المسلم محرم شرعا بنص القرآن، مصداقا لقوله تعالى:﴿وَلَا تُنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا﴾.[2]

كما أنه محرم قانونا، وفقا لقانون الأسرة الجزائري في فقرته الخامسة من المادة 30 التي حرمت زواج المسلمة من غير المسلم.[3]وقد قضت في هذا الشأن محكمة الاستئناف المختلطة في مصر سنة 1713 ببطلان زواج امرأة مصرية مسلمة من روسي أرثوذوكسي، لأن القانون المصري الذي يستمد أحكامه من الشريعة الإسلامية يحضر ذلك الزواج.[4]

فالمسلمة لا تتزوج إلا مسلما، وزواجها بغير المسلم حرام، ولا يثبت به نسب، بل أنه من المقرر شرعا أن المرأة إذا أسلمت ولم يسلم زوجها فرق بينها و بينه، كما أن القانون الذي يبيح للمسلم الزواج بالملحدة التي لا دين لها، والمرتدة عن الإسلام، و التي تدين بدين لم يشرعه الله كالمجوسية والهندية مثلا، من شأنه أن يستبعد نظرا لتعارضه مع النظام العام.[5]

---

[1]– الطيب زروتي، **القانون الدولي الخاص الجزائري**، المرجع السابق، ص237.

[2]– سورة البقرة، الآية:221.

[3]– القانون رقم 84–11، المؤرخ في: 9 رمضان 1404هـ، الموافق ل: 9 يونيو 1984 م، المتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم بالقانون رقم: 05–09، المؤرخ في: 25 ربيع الأول 1426هـ، الموافق ل: 4 ماي 2005.

[4]– محكمة الاستئناف المختلطة، 11 يونيو 1913. نقلا عن صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص780.

[5]– صلاح الدين جمال الدين، المرجع نفسه، ص326.

كما يستبعد القانون الأجنبي المختص متى كان يمنع الزواج لاعتبارات عرقية، أو عنصرية كاختلاف اللون أو الجنس، إذ أن القاضي لا يلتفت لهذا المنع نظرا لتعارضه مع مبدأ المساواة المعتبرة من الأسس الجوهرية التي يقوم عليها مجتمع القاضي الوطني.[1]

يستبعد كذلك القانون الأجنبي متى كان يتصادم بشكل صارخ مع المبادئ الأساسية للزواج في الشريعة الإسلامية، إذا كان يسمح بزواج الجنس الواحد، لعدم اتفاق هذا الأخير مع مفهوم الزواج الشرعي، الذي يهدف إلى إنشاء عائلة مؤلفة من رجل و امرأة مع أولاد و ذرية، كما لا يمكن قبول أنواع العيش الحر دون زواج، إذ أن هذا الأخير يعد مؤسسة قائمة بذاتها في مختلف القوانين، يرتب لها المشرع آثار شبيهة بآثار الزواج فيما يتعلق بالنسب و الميراث.[2]

كما تعتبر العلاقات التي تتم بين الأجانب في الجزائر خارج إطار الزواج كالمعاشرة، أو الزواج اللواطي، علاقات مخالفة للنظام العام، إذ يمتنع القاضي الجزائري في هذه الحالة على تطبيق القانون الشخصي، إستجابة لنص المادة 24 من القانون المدني الجزائري.[3]

ومتى كانت أحكام القانون الأجنبي تتعارض تعارضا صارخا مع أحكام الشريعة الإسلامية فإن ذلك من شأنه أن يستبعد، كزواج الرجل من محارمه بسبب القرابة، وهو ما تم تحريمه بالنص القرآني، إذ يقول تعالى:﴿**حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْــتِ**﴾.[4] وهو نفس الأمر الذي سار إليه المشرع الجزائري في المادة 25 من قانون الأسرة.[5]

---

[1]– عكاشة محمد عبد العال، **دراسات في القانون الدولي الخاص في دولة الإمارات العربية المتحدة**، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، د.س.ن، ص 238.

[2]– محمد وليد المصري، **الوجيز في القانون الدولي الخاص**، دراسة مقارنة للتشريعات العربية و القانون الفرنسي، ط1، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، الأردن، 2009، ص135–136.

[3]– سنينات عبد الله، **دور النظام العام في حماية الرابطة الزوجية وانحلالها في إطار القانون الدولي الخاص**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع قانون الأسرة، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2008–2009، ص 96–97.

[4]– سورة النساء، الآية: 23.

[5]– القانون رقم 84–11، المؤرخ في: 9 رمضان 1404هـ، الموافق ل: 9 يونيو سنة 1984م المتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم بالقانون رقم: 25–09، المؤرخ في: 25 ربيع الأول 1426هـ، الموافق ل: 4 ماي 2005

كما يستبعد القانون الأجنبي الذي يبيح الزواج من المحرمات بالمصاهرة[1]، والقانون الذي يسمح بزواج الرجل من أربعة أنواع من النساء للقرابة الناشئة عن الرضاعة[2]، وهو ما أكدته المادة 27 من ق.أ بقولها: " **يحرم من الرضاع مايحرم من النسب**".[3]بالإضافة إلى قوله تعالى:﴿وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضَاعَةِ﴾ .[4]

كما يجب على القاضي استبعاد القانون الأجنبي الذي يحضر على الزوج المسلم اتخاذ أكثر من زوجة واحدة، أو الذي يبيح زواج المسلم من المعتدة لوفاة زوجها، أو من مطلقة الغير في فترة عدتها، بالإضافة إلى استبعاد القانون الذي يجيز للرجل الزواج من المرأة المطلقة ثلاثا، إذ بطلاقها على هذا النحو تحرم عليه حرمة مؤقتة حتى تنكح زوجا غيره ويطلقها، ونظرا لأن الجمع بين الأختين،أو بالمرأة و عمتها أو خالتها يعد من المحرمات المؤقتة من النساء، فإنه يجب على القاضي استبعاد القانون الأجنبي، وإحلال قانون القاضي بدلا عنه.[5]

الفرع الثاني:تطبيقات استبعاد القانون الأجنبي على الشروط الشكلية للزواج

إن الشروط الشكلية لإبرام الزواج وتكوينه تتعلق أساسا بالمظهر الخارجي الذي يتم فيه الزواج، بحيث يمكن القول أن المقصود بها هو الأوضاع اللازمة لإظهار الإرادة إلى العالم الخارجي، وكذلك الأوضاع اللازمة لإثبات التصرف و علانيته.[6]

و يعتبر كذلك من بين الشروط الشكلية للزواج حسب القانون الجزائري، كل الإجراءات المتعلقة بتسجيل عقد الزواج، والجهات المختصة بإبرامه، وأشكال تحريره و التوقيعات المطلوبة فيه، وكذا طريقة إشهاره، وإعلام الغير به وكل المسائل المتعلقة بالشهود.[7]

---

[1]– نصت المادة 26 من قانون الأسرة على أنه:"المحرمات بالمصاهرة هي: أصول الزوجة بمجرد العقد عليها، فروعها إن حصل الدخول بها، أرامل أو مطلقات أصول الزوج وإن علوا، أرامل أو مطلقات فروع الزوج وإن نزلوا".

[2]– صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص333.

[3]– القانون رقم 84–11 المؤرخ في: 9 رمضان 1404هـ، الموافق ل: 9 يونيو سنة 1984م، المتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم بالقانون رقم: 25–09 المؤرخ في: 25 ربيع الأول 1426هـ، الموافق ل: 4 ماي 2005

[4]– سورة النساء، الآية: 23.

[5]– صلاح الدين جمال الدين، مرجع سابق، ص ص335–338.

[6]– مجد الدين خربوط، **القانون الدولي الخاص**، تنازع القوانين، منشورات حلب، د.ب.ن، 2008، ص222.

[7]– نسرين شريقي و سعيد بوعلي، **القانون الدولي الخاص الجزائري**، المرجع السابق، ص60.

وقد اختلفت الدول حول الشروط الشكلية للزواج، إذ أن بعض الدول تشترط الشكل الديني لانعقاده، في حين تشترط دولا أخرى الشكل المدني، كما توجد دول تجيز انعقاده في كلا الشكلين، بينما تكتفي دول أخرى بتوافق الإرادتين دون أي شكل خاص.[1]

حيث ذهبت أغلب الدول المسيحية إلى أن شهر الزواج في شكل ديني يعد شرطا شكليا، في حين أن دولا أخرى كاليونان وغيرها، تعتبر شهره في شكل ديني شرطا موضوعيا، إذ أن الزواج حسبهم يكون منعدما إذا لم يباشر أمام أحد قساوسة الكنيسة.[2]

فالمراسيم الدينية –كحضور رجل دين – تعد من الشروط الجوهرية اللازمة لصحة الزواج كما هو الحال بالنسبة للطائفة الكاثوليكية التي تكرس الزواج الديني بصفته سرا مقدسا، وطائفة الروم الأرثوذكس التي لا تعترف كنيستها بالزواج المدني، إلا أن تلك الطقوس لا تعد إلزامية في الفقه الإسلامي، فهي لا تعد من الشروط الشكلية لصحة الزواج، و غيابها لا يؤدي لبطلانه[3]أما في الجزائر فإن الزواج يعد نظاما مدنيا بحثا، لا يحتاج إلى طقوس و مراسيم دينية معينة، إذ يتم أمام موظف أو موثق، وفقا لما قضت به المادة 18 من قانون الأسرة.[4]

وبالرجوع للقانون المدني الجزائري، فإننا نجذ أن المشرع لم يخص شكل الزواج بقاعدة إسناد خاصة، إلا أنه تبنى القاعدة الشهيرة المعروفة "**بقاعدة لوكيس**"[5]، التي تتضمن قانون محل إبرام الزواج، إلا أنه لم يأخذ بها على سبيل الإلزام، بل على سبيل الاختيار، نظرا لأنه وضع إلى جانبها ضوابط إسناد متعددة، من بينها قانون جنسية المتعاقدين إذا كانت مشتركة.[6]

---

[1]– أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص238.

[2]– صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص298.

[3]– محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص ص135–136.

[4]– نصت المادة 18 من قانون االأسرة على مايلي:"يتم عقد الزواج أمام موثق أو أمام موظف مؤهل قانونا مع مراعاة ما ورد في المادتين 9 و 9 مكرر من هذا القانون".

[5]– **قاعدة لوكيس:** قاعدة اختيارية خاصة بشكل التصرفات القانونية.أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص ص240–241.

[6]– بومراو سفيان، المرجع السابق، ص116.

ويعد خضوع الزواج من حيث الشكل لقانون محل إبرامه، بمثابة حل عالمي، فقانون محل الإبرام هو الحل السائد في كل دول العالم لما فيه من التيسير على الزوجين، وهو ما أخذت به و بصفة صريحة تشريعات الكثير من الدول العربية و الغربية.[1]

وقد أكدت على هذا الحل بعض النصوص الواردة في ق.ح.م، لاسيما المادة 71 التي خول فيها المشرع ضابط الحالة المدنية سلطة إبرام عقد الزواج ولم يخولها لرجال الدين، نظرا لأن الزواج في الجزائر يعد زواج مدني بحث، بالإضافة للمادة 97 التي اعتبرت أن الزواج الذي يعقد في الخارج بين الجزائريين أو بين جزائري و أجنبية يعد صحيحا، متى تم حسب الأوضاع المألوفة في ذلك البلد، شرط عدم مخالفة الجزائري الشروط الأساسية التي يستوجبها القانون الوطني لإمكان عقد الزواج. [2]

إلا أن هذا الحل يستبعد في الكثير من الدول، لصالح القانون الوطني في حالة إبرام الزواج أمام البعثات الدبلوماسية، أو القنصلية المعتمدة في الخارج.[3]

حيث أعطى المشرع الجزائري للمقيمين في البلاد الأجنبية الاختيار بين إبرام عقد زواجهم وفقا للإجراءات و الأشكال التي يتطلبها قانون بلادهم، بالتوجه إلى القنصليات و الهيئات الدبلوماسية الجزائرية المختصة، أو إبرام عقد زواجهم وفقا للأشكال المنصوص التي يتطلبها القانون المحلي لبلد الإبرام، عن طريق التوجه للهيئات المحلية المختصة.[4]

وهو نفس الأمر المتبع في فرنسا، إذ تعطي الدولة الفرنسية لموظفيها بالخارج سلطة عقد الزواج بين الفرنسيين، إذ أن الدول التي يمكن على مستواها للموظفين الدبلوماسيين و القناصل الفرنسيين عقد زواج بين فرنسي وأجنبي تحدد عن طريق مرسوم، إلا أن هذه القواعد الشكلية

---

[1]– أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص ص240–241.

[2]– الأمر رقم 70–20 المؤرخ في : 13 ذي الحجة 1389هـ الموافق ل: 19 فبراير 1970 المتعلق بالحالة المدنية، المعدل والمتمم بالقانون رقم 14–08 المؤرخ في 09 أوت 2014.

[3]– أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص238.

[4]– مسعودي يوسف، "**القانون الواجب التطبيق على شكل الزواج**"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، عدد خاص 2015، ص98.

الفرنسية المطبق على الزواج المبرم بالخارج تبقى استثنائية، ولا تمس إلا بشكل ضئيل جدا مبدأ إخضاع شكل الزواج المبرم بالخارج لقانون المحل.[1]

وقد أقرت المعاهدات الدولية باختصاص السلك الدبلوماسي لإبرام عقود الزواج في الخارج، إذ نجذ من ذلك ما تقضي به اتفاقية لاهاي لسنة 1902 الخاصة بالزواج، و اتفاقية فيينا المبرمة في 24 أفريل1963، بالإضافة إلى الاتفاقية الجزائرية الفرنسية المبرمة في 24 ماي 1974 حيث اعترف المشرع الجزائري وفقا للمادة 96 من ق.ح. م، بصحة عقود الزواج التي تبرم أمام الأعوان الدبلوماسيين و القناصل طبقا للقانون الجزائري.[2]

إلا أن وصف قاعدة لوكيس –السابق ذكرها– بأنها قاعدة اختيارية، تسمح للأفراد بإبرام عقود زواجهم إما وفقا للشكل المحلي طبقا لقانون بلد الإبرام، و إما وفقا لأحكام القانون الشخصي، لا يعني إعطاء الزوجين مطلق الحرية في تطبيق القاعدة التقليدية، متى قصدوا التهرب من أحكام القانون الوطني، إذ تتقلص هذه الحرية وتلغى بقصد استبعاد القانون المختص أصلا بحكم التصرف، زيادة على أن التصرفات التي يمكن أن تنشأ في الخارج مشوبة بالغش لا يمكن لها أن تنتج أي أثر، إذ يحق للقاضي حينها أن يقوم باستبعاد القانون الأجنبي المختص بحكم شكل الزواج.

كما ذهب غالبية الفقهاء إلى التأكيد على أهمية دور النظام العام كأداة لاستبعاد تطبيق قاعدة لوكيس، إذا تعارض مضمون القانون الأجنبي الواجب التطبيق مع الأسس الجوهرية في المجتمع، فالتضارب أو التعارض الحاصل مابين القانون الأجنبي المختص بحكم شكل الزواج و المقومات الأساسية التي تقوم عليها دولة القاضي، هي التي تدفع إلى استبعاد القانون الأجنبي.[3]

---

[1]–Daniel Gutmann, **Droit internationnal privé**, op. cit, p 148–149.

[2]– الطيب زروتي، **القانون الدولي الخاص الجزائري**، المرجع السابق، ص166.

[3]– مسعودي يوسف، المرجع السابق، ص ص 94–95.

وعليه فإنه لا يجوز إبرام زواج جزائرية في الخارج وفقا للشكل الديني الذي يتطلبه قانون المحل، أما إذا كان الزوجان غير مسلمين فإنه يحق لهما إبرام زواجهما في الخارج وفقا للشكل المحلي، مدنيا كان أم دينيا.[1]

المطلب الثاني: تطبيقات استبعاد القانون الأجنبي على آثار الزواج

متى استوفى العقد أركانه و شروط انعقاده و صحته، كان نافذا، و ترتب عليه مجموعة من الآثار، التي تكون بحكم الشارع الحكيم بما رتبه القانون[2]، وعليه نتطرق إلى تطبيقات الآثار الشخصية في فرع أول، ثم إلى تطبيقات الآثار المالية في فرع ثان.

الفرع الأول: تطبيقات استبعاد القانون الأجنبي على الآثار الشخصية للزواج

قام مشرعنا الجزائري بإخضاع آثار الزواج إلى قانون واحد، دون تمييز بين الآثار الشخصية والآثار المالية التي يرتبها عقد الزواج، إذ أن هذا ما نستشفه من خلال قاعدة الإسناد التي وردت في المادة 12 من ق.م.ج، و التي جاء فيها ما يلي:"**يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار الشخصية والمالية التي يرتبها عقد الزواج**".[3]

ولعل تفضيل قانون جنسية الزوج في حكم آثار الزواج راجع لاعتبارات عديدة، منها كون الزوج رئيسا للعائلة، و كون المرأة في أغلب الأحيان تكتسب جنسية زوجها.[4]

فله دور و أهمية في الدول الإسلامية، وإن كانت القوانين الغربية الحديثة قد قللت من شأنه متأثرة في ذلك بالأفكار التحررية، الداعية إلى المساواة المطلقة في ما بين الزوجين، إذ أخذت تبحث عن ضوابط إسناد أكثر ملائمة لذلك، كقانون الجنسية المشتركة و قانون الموطن بدلا من قانون الجنسية.[5]

---

[1]– مسعودي يوسف، المرجع السابق، ص100.

[2]– أحمد عبد الكريم سلامة، **القانون الدولي الخاص**، المرجع السابق، ص858.

[3]– قانون رقم 05–10، المؤرخ في20 يونيو 2005 المعدل والمتمم للمرسوم 75–58 المؤرخ في 20 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني.

[4]– حسن الهداوي، المرجع السابق، ص111.

[5]– الطيب زروتي، **القانون الدولي الخاص الجزائري**، المرجع السابق، ص172.

وإذا كانت المادة 12 السالفة الذكر هي القاعدة العامة أو الأصل، فإن الاستثناء من الأصل هو أن يطبق القانون الجزائري وحده على العلاقة الزوجية التي يكون أحد أطرافها جزائريا وقت إبرام عقد الزواج بحسب ما نصت عليه المادة 13 من ق.م.ج.[1]

والمقصود بالآثار الشخصية للزواج، تلك الآثار التي تترتب على قيام الرابطة الزوجية–ليست لها علاقة بأموال الزوجين– والمتمثلة في الحقوق و الواجبات المتبادلة بين الزوجين، و الثابتة بمجرد العقد.[2]

وقد تنوعت آثار عقد الزواج قبل تعديل المشرع لقانون الأسرة الجزائري، فمنها ماهو مشترك بين الزوجين، و منها ما يتعلق بحقوق الزوج على زوجته، و ماهو خاص بحقوق الزوجة على زوجها.[3]

أما بعد التعديل، أدرج هذه الحقوق والواجبات الزوجية مجملة، حيث جمعها دون تمييز بين ماهو حق وواجب للزوج، وما هو حق وواجب للزوجة، إذ أن هذا ما تم النص عليه في المادة 36 من قانون الأسرة الجزائري، والتي جاء فيها ما يلي:

1- يجب على الزوجين المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة.

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

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

4- التشاور في تسيير شؤون الأسرة و تباعد الولادات.

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

6- المحافظة على روابط القرابة و التعامل مع الوالدين و الأقربين بالحسنى و المعروف.

---

[1]- نصت المادة 13 من قانون الأسرة على مايلي:"يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11و12 إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج إلا في ما يخص أهلية الزواج".

[2]- أحمد الفضلي، المرجع السابق، ص112.

[3]- عبد الله عبد الرحمان السعيدي، **أحكام الزواج و الطلاق في الشريعة الإسلامية**، ط1، الآفاق المشرقة للنشر و التوزيع، عمان، 2011، ص97.

7- زيارة كل منهما لأبويه و استضافتهم بالمعروف.[1]

وبالرغم من أن العديد من الدول العربية[2]، و البعض من الدول الأوروبية، قد ساروا إلى نفس الطريق الذي اتبعته الجزائر في إسناد آثار الزواج إلى قانون جنسية الزوج، إلا أن البعض من التشريعات قد اختلفت في تحديد القانون الذي تخضع له آثار الزواج، إذ نجد أن البعض منها قد أسندها إلى قانون الإقامة وهو قانون القاضي عادة[3]، أما النظم القانونية الأخرى فقد أخضعتها لقانون موطن الزوجة.[4]

أما البعض الآخر، فقد أناطها بقانون الجنسية المشتركة أو آخر جنسية مشتركة بين الزوجين كاليونان و تشيكوسلوفاكيا و بولونيا، و قد اقترح الفقه في حالة عدم الاشتراك في الجنسية تطبيق قانون جنسية الزوجين تطبيقا جامعا، وقد كان القانون الفرنسي في السابق يخضع آثار الزواج إلى قانون جنسية الزوج، باعتباره هو رب الأسرة، حيث أخذ بعد تعديل هذه المادة بمبدأ المساواة بين الزوجين في إدارة و تسيير شؤون الأسرة.[5]

هذا و يلعب النظام العام دورا أساسيا في ما يخص آثار الزواج، حيث يستبعد تطبيق قانون الزوج على الآثار الشخصية للزواج، كلما كان معارضا للنظام العام من جهة، ولأحكام الشريعة الإسلامية من جهة أخرى، و ذلك على اعتبار أن الآثار الشخصية للزواج تخضع للنظام العام.[6]

---

[1]- القانون رقم 84-11، المؤرخ في: 9 رمضان 1404هـ، الموافق ل: 9 يونيو سنة 1984م، المتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم بالقانون رقم: 25-09، المؤرخ في: 25 ربيع الأول 1426هـ، الموافق ل: 4 ماي 2005.

[2]- القانون السوري(المادة14من القانون المدني)، القانون العراقي(المادة 19من القانون المدني)، القانون المصري(المادة13من القانون المدني).

[3]- القانون الإنجليزي، والقانون الأرجنتيني، وقانون الولايات المتحدة الأمريكية.

[4]- كما هو مقرر في البرازيل، والبيرو و الدنمارك.

[5]- الطيب زروتي، **القانون الدولي الخاص الجزائري**، المرجع السابق، ص ص170-171.

[6]- أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص227.

فجميع المواد التي تحكم آثار الزواج، تحكمها قوانين آمرة أو ما يسمى كذلك بقواعد النظام العام، هي ذات تطبيق آني رغم وجود أحكام مخالفة لاحقة له أو اتفاق على غير ذلك.[1]

ولعل النسب من أهم الآثار الشخصية المترتبة على الزواج، إذ أن المقصد الأصلي لهذا الأخير هو التناسل، فلا وجود للأبوة والأمومة إلا بالبنوة، كما لا وجود للبنوة بغير وجود الأبوة والأمومة، فالعلاقة بين الوالدين والأولاد تقوم على أساس النسب، الذي يعد نظام شرعي يترتب عليه نشوء حقوق وواجبات متبادلة بينهم.[2]

كما يعد من المسائل المستحدثة في القانون المدني بعد تعديل 2005، حيث قام المشرع الجزائري بإفراد قاعدة إسناد خاصة به وهي نص المادة 13 مكرر من القانون المدني الجزائري التي تقضي بأنه : "**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**".[3]

إذ أنه لم تكن هناك قاعدة إسناد خاصة بالنسب قبل هذا التعديل الأخير للقانون المدني، مما فتح المجال آنذاك للإجتهاد، فقام البعض بإسناده لقانون جنسية من يدعي النسب أو ينكره، أما البعض الآخر فقد رجح قانون جنسية الطفل مع إقراره أن النسب أثر للزواج مما يستدعي أن يخضع للمادة 12 فقرة 1 من ق.م.ج، لاسيما أن الشريعة الإسلامية لا تعترف بالبنوة الطبيعية، في حين رأى آخرون إخضاع البنوة الشرعية إلى القانون المنظم لآثار الزواج، والبنوة الطبيعية لقانون القاضي، إلا أن الأفضل هو إسناد البنوة الشرعية لقانون جنسية الأب باعتبار الطفل ثمرة للزواج الصحيح.[4]

هذا وينبغي التمييز بين البنوة الشرعية أو النسب الشرعي، الذي يترتب على وجود عقد زواج صحيح، أي نسبة الولد لوالديه المتزوجين، وبين البنوة الغير الشرعية، التي تنشأ خارج الزواج أي عن علاقة غير مشروعة، بين رجل وامرأة.[5]

---

[1]–عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص227.

[2]– أحمد عبد الكريم سلامة، **القانون الدولي الخاص الجزائري**، المرجع السابق، ص 880.

[3]– قانون 05-10، المؤرخ في 20 يونيو 2005 المعدل والمتمم، والمتضمن القانون المدني.

[4]– الطيب زروتي، **القانون الدولي الخاص الجزائري**، المرجع السابق، ص 188.

[5]– أحمد عبد الكريم سلامة، **القانون الدولي الخاص الجزائري**، مرجع سابق، ص ص 880-885.

فالمشرع الجزائري، وفي نص المادة 41 من ق.أ.ج نص صراحة على أنه: "**ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا، وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة**".[1]

كما نص في المادة 28 من ق.م.ج على أنه : "**يجب أن يكون لكل شخص لقب واسم فأكثر، ولقب الشخص يلحق أولاده** ".[2]

وهذا إن دل على شيء فإنما يدل على أن مشرعنا الجزائري لا يعترف إلا بالنسب الشرعي وفقط، فالولد ينسب إلى أبويه في حالة ما إذا كان الزواج بينهما قد تم وفق المقتضيات الشرعية الإسلامية، وعليه فإن هذا الحل لا يثير أية إشكالية وفقا لقانون الأسرة، الذي يستمد أحكامه من الشريعة السمحاء، في مسألة البنوة الشرعية.

إلا أن المشكلة التي يمكن أن تثور هي مسألة البنوة الغير شرعية، نظرا لما تثيره من عراقيل وصعوبات يفسح فيها النظام العام لاستبعاد كل مخالفة للقانون، إذ يقف النظام حائلا دون تطبيق القانون الأجنبي الواجب التطبيق، كأن يستبعد قضاء الجزائر أو قضاء الدول الإسلامية عموما، القانون الفرنسي –على سبيل المثال– إذا كان يبيح أو يجيز إثبات النسب خارج الطرق المحددة في القانون الجزائري أو في قوانين الدول الإسلامية بصفة عامة.[3]

فإذا ما قامت مثلا جزائرية مقيمة بفرنسا، بإقامة علاقة مع فرنسي مسلم، ثم تزوجت بعدها منه زواجا شرعيا ومدنيا، وأنجبت بعدها طفل بعد الزواج مباشرة، ورجعت إلى الجزائر من اجل المطالبة بإثبات نسب ابنها إلى زوجها، تأسيسا على كون زوجها قد أقر بنسب الولد إليه، وأن القانون الفرنسي يثبت نسب الابن الغير شرعي إلى أبيه إذا إعترف به، فإن القاضي الجزائري هنا سيرفض إثبات نسب البنت إلى الأب الفرنسي، لتعارضه مع أحكام الشريعة الإسلامية التي تقضي بأنه لا يثبت نسب من الزنا.

---

[1]– القانون رقم 84–11 المؤرخ في: 9 رمضان 1404هـ، الموافق ل: 9 يونيو سنة 1984م، المتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم بالقانون رقم: 25–09 المؤرخ في: 25 ربيع الأول 1426هـ، الموافق ل: 4 ماي 2005

[2]– قانون رقم 05–10، المؤرخ في20 يونيو 2005، المعدل و المتمم للمرسوم 75–58 المؤرخ في 20 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني.

[3]– سنينات عبد الله، المرجع السابق، 155.

لذا فتطبيق القانون الفرنسي يتعارض مع النظام العام في الجزائر، مما يستدعي استبعاده لمخالفته أحكام الشريعة من جهة، ولتصادمه مع النظام العام في الجزائر من جهة أخرى.

فإبن الزنا يلحق لأمه كما يرث منها، وكل قانون أجنبي يقبل بتوريثه أو بمساواته بالولد الشرعي يعد معارضا للنظام العام ولأحكام الشريعة، مما ينبغي استبعاده.

وتطبيقا لذلك صدر قرار عن المحكمة العليا جاء فيه :"**من المقرر شرعا أن الولد للفراش الصحيح، وأن أقل مدة للحمل هي ستة أشهر، ومن ثم فإن الولد الذي ولد بعد 64 يوما لا يثبت نسبه لصاحب الفراش**".

...وبعد أن تبين أن عقد الزواج أبرم بين الطرفين يوم 2|11|1981 وأن البنت ولدت يوم 6|01|1982 أربع وستين يوما من تاريخ الزواج، أي بأقل مدة الحمل، وأن الاتصال الجنسي المزعوم قبل العقد يعد زنا لا ينسب لأبيه، ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن".[1]

أما التبني الذي جمعه المشرع الجزائري إلى جانب الكفالة في نص واحد، وفقا لنص المادة 13 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري، فقد تم إخضاعه لقانون جنسية كل من المتبني والمتبنى، أما آثاره فقد أخضعها لقانون جنسية المتبني، وفقا للفقرة 2 من نفس المادة التي طبقت عليها نفس الأحكام الخاصة بالكفالة.[2]

وعلى الرغم من أن نظام الكفالة والتبني نظامان مختلفان، إلا أن المشرع قد جمعهما معا في نص واحد، بغية إرشاد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق بالنسبة للمنازعات التي تتوفر على عنصر أجنبي، لاسيما أن نظام التبني شائع في الدول الغربية وتكثر بشأنه المنازعات.[3]

والتبني محرم شرعا بصريح الآية: ﴿**وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ذَلِكُمْ قَوْلُكُم بِأَفْوَاهِكُمْ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ،ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِندَ اللَّهِ**﴾[4] ،حيث نزلت هذه الآية في

---

[1]– المجلة القضائية، غ.أ.ش، قرار مؤرخ في 17|12|1984، ملف رقم35087، عدد1، ص86.

[2]– قانون 05-10، المؤرخ في 20 يونيو2005، المعدل والمتمم، والمتضمن القانون المدني.

[3]– الطيب زروتي، **القانون الدولي الخاص**، المرجع السابق، ص193.

[4]– سورة الأحزاب، الآية:4 و5.

شأن زيد بن حارثة الذي تبناه النبي قبل النبوة، فأمر الله بعدها برد أنساب الأدعياء إلى آبائهم إن عرفوا.[1]

كما أن التبني غير جائز قانونا، وفقا لما قضت به المادة 46 من ق.أ التي جاء فيها: "**يمنع التبني شرعا وقانونا**".[2]

وكذلك المادة 34 من ق.ح. م، والمادة 217 من قانون العقوبات الجزائري، وهذا منعا لتجريد الطفل من نسبه الأصلي، ومن اختلاط الأنساب، وحفاظا على حقوق الغير كحق الميراث إذ أن إضفاء نسب الغير على الولد المتبني فيه تزوير على الوقائع، ومخالفة للفطرة الإنسانية.[3]

وهو نفس الاتجاه الذي سلكته المحكمة العليا في حكمها الصادر سنة 2000 و الذي جاء فيه: "**إن تكييف القضية على أنها تبني دون إبطال عقد الميلاد للمتبني هو مخالفة للقانون**".[4]

وتطبيقا لما سبق، يستبعد القاضي الجزائري القانون الأجنبي متى كان متعارضا مع أحكام الشريعة الإسلامية وأحكام القانون، فإذا ما تعلق الأمر مثلا بنزاع وكان طرفه منتمي إلى الديانة الإسلامية وأراد تبني طفل، فإن القاضي سيشهر سلاح النظام العام ويستبعد هذا القانون الأجنبي الذي يبيح التبني، فالشريعة الإسلامية تطبق على جميع المسلمين بغض النظر عن جنسيتهم، وعليه فإن إقرار القاضي للتبني في ما يخص المسلمين يعد مخالفا للنظام العام.[5]

ولعل المشرع التونسي هو المشرع العربي الوحيد الذي اختلف عن باقي التشريعات العربية والإسلامية حيث أقر التبني من خلال القانون رقم 27 لسنة 1958 المؤرخ في 1958، المعدل

---

[1]– عماد الدين أبي الفداء اسماعيل بن كثير القرشي، **تفسير القرآن الكريم**، مؤسسة الريان للطباعة و النشر و التوزيع، د.س.ن، المجلد الثالث، ص610.

[2]– القانون رقم 84–11 المؤرخ في: 9 رمضان 1404هـ، الموافق ل: 9 يونيو سنة 1984م المتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم بالقانون رقم: 25–09 المؤرخ في: 25 ربيع الأول 1426هـ، الموافق ل: 4 ماي 2005.

[3]– نور الدين بوسهوة،"**مسائل الأحوال الشخصية المتحدثة سنة 2005 وعلاقتها بالنظام العام**"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، عدد خاص 2015، ص322.

[4]– المجلة القضائية، غ.أ.ش، قرار مؤرخ في 21|11|2000، ملف رقم 246924، عدد2، 2001، ص 297.

[5]– علي علي سليمان، المرجع السابق، ص83.

بها لقانون رقم 99 لسنة 1959 المؤرخ في 19 جوان 1959، فيكون بذلك للمتبنى نفس الحقوق التي للابن الشرعي وعليه ما عليه من الواجبات، كما أن للمتبنى الحقوق نفسها التي يقرها القانون للأبوين الشرعيين وعليه نفس الواجبات والالتزامات، كما أقر في الوقت ذاته نظام الكفالة.[1]

وقد أكد القضاء الجزائري في عدة قضايا على عدم جواز التبني، حيث أصدرت المحكمة العليا في العديد من قراراتها إلغاء التبني وإبطال أية وثيقة تتضمن هذه الحالة، سواء كانت صادرة عن جهات رسمية وطنية أو عن جهات رسمية أجنبية وذلك بسبب مخالفتها للنظام العام الجزائري، على اعتبار أن الجزائر دولة مسلمة وأن الشريعة الإسلامية هي المصدر الثاني الذي يحكم المسائل المعروضة على القضاء عملا بأحكام المادة الأولى من القانون المدني، إذ صدر قرار عن المحكمة العليا بتاريخ 18 جانفي 2000، أكد على إبطال التبني متى توافرت وسائل إثباته، وأعطيت للجهات القضائية في نفس الوقت الولاية في إبطال عقود الميلاد المزورة لكونها مخالفة للحقيقة.[2]

الفرع الثاني: تطبيقات استبعاد القانون الأجنبي على الآثار المالية للزواج

إلى جانب الآثار الشخصية، يرتب عقد الزواج آثار أخرى، ألا وهي الآثار المالية، حيث يقصد بهذه الأخيرة تلك الآثار التي تترتب على قيام الزواج الصحيح، و التي تكون فيها صبغة مالية، و هي جزء من حقوق الزوجة على زوجها.[3]

وقد نص المشرع الجزائري في المادة 12 فقرة 1 من ق.م.ج، على الآثار المالية التي يرتبها عقد الزواج، حيث قام كما سبقت الإشارة بإخضاعها إلى جانب الآثار الشخصية لقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج، تجنبا لمشكلة التنازع المتغير من جهة، و تأمينا لاستقرار آثار الزواج

[1]– نور الدين بوسهوة، المرجع السابق، ص322.

[2]– إجتهاد قضائي، غ.أ.ش، قرار مؤرخ في 18|01|2000، ملف رقم 234949، عدد خاص، 2001، ص 158.

[3]– أحمد الفضلي، المرجع السابق، ص113.

من جهة أخرى، فلا تتغير هذه الآثار بتغيير الزوج لجنسيته، بل تبقى نفسها باستمرار، و في ذلك استقرار للأسرة.[1]

وعلى الرغم من وجود علاقات مالية في ما بين الزوجين، إلا أن ذلك لا يؤثر على الأموال المملوكة لهما، سواء قبل الزواج أو بعده، فالنظام المقرر في الدول العربية و الدول الإسلامية عموما، هو نظام في غاية البساطة، تكون فيه الذمة المالية لكلا الزوجين منفصلة انفصالا تاما، فالزوجة لها الأهلية الكاملة في التصرف في أموالها، أما الزوج فهو المدبر للشؤون المادية للأسرة، و هو ملزم بالإنفاق عليها من ماله وحده.[2]

سواء أكانت الزوجة مسلمة أم غير مسلمة، فقيرة أو غنية، وذلك منذ إنشاء العقد الصحيح بينهما، و نفقة الزوجة ثابتة، سواء أكان موسرا أو فقيرا، كما أنها واجبة على زوجها نظير احتباسه لها، و قصر نفسها عليه بحكم العقد الصحيح[3]، لقوله تعالى:﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾[4] ،أي على والد الطفل نفقة الوالدات وكسوتهن بما جرت به عادة أمثالهن في بلدهن من غير إسراف وبحسب قدرته[5]، و قوله كذلك:﴿لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّـهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّـهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّـهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا﴾.[6]

واستثناء على الأصل، تكون الزوجة ملزمة بالنفقة على أولادها، متى كان الزوج عاجزا و كانت هي قادرة على ذلك، و هذا خلافا للدول الغربية، التي تلزمها بالاشتراك مع زوجها في النفقة الأسرية، سواء كان الزوج معسرا أو موسرا، عاجزا أو قادرا على ذلك.[7] و المقصود بالذمة المالية هو مجموع ما يكون للشخص من حقوق و ما يتحمل من التزامات مالية في الحاضر و المستقبل، وقد أقر المشرع الجزائري الذمة المالية للشخص، وجعلها ملازمة

---

[1]– أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص248.

[2]– الطيب زروتي، **القانون الدولي الخاص الجزائري**، المرجع السابق، ص174.

[3]– بلحاج العربي، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الزواج والطلاق**، ط4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ج1، ص170.

[4]– سورة البقرة، الآية:233 .

[5]– عماد الدين أبي الفداء اسماعيل بن كثير القرشي، المجلد الاول، المرجع السابق، ص370.

[6]– سورة الطلاق، الآية: 7.

[7]– بلحاج العربي، **أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد**، المرجع السابق، ص453.

للشخصية، إذ لا يوجد شخص بدون ذمة مالية، كما أنه لا يجوز أن يكون للشخص أكثر من ذمة مالية.[1]

وقد قام المشرع الجزائري بالنص عليها في المادة 37 من ق.أ.ج بقوله: " **لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر**".[2]

إلا أنه خلافا للأنظمة الإسلامية و منها النظام الجزائري، يرتب عقد الزواج عند الدول الغربية آثار مالية، تعرف "بالنظام المالي للزوجين" الذي يعد نظام غريب عن الشريعة الإسلامية، و الذي يعرف بأنه: "مجموعة من القواعد و الأحكام التي تنشأ عن الاتفاق أو بنص قانوني و التي يتم بمقتضاها بيان حقوق و التزامات كل من الزوجين فيما يتعلق بملكية أموالهما و إدارتها و التصرف بها.[3]

وعليه فالأنظمة التي تحكم العلاقة المالية بين الزوجية متعددة، فبعضها إتفاقية و هي متنوعة، حيث يختار منها الزوجان النظام الذي يلائمهما حسب ما اتفقا عليه، شريطة أن يتم الاختيار كتابة، و قبل شهر الزواج و ذلك في شكل مشارطة زواج، إذ يسري في هذه الحالة على النظام المختار، القانون الذي تم الاتفاق عليه بين الطرفين، مع إمكانية تطبيق قانون الموقع، فيما يخص طريقة شهر النظام و تقييد الحقوق العينية، التي ترد على العقارات بموجبه.[4]

أما البعض الآخر من هذه الأنظمة، فذو طبيعة قانونية، حيث يشمل النظام المالي القانوني عدة نظم أهمها نظام الاشتراك المالي و الانفصال المالي.[5]

---

[1]– محمد الصغير بعلي، **المدخل للعلوم القانونية، نظرية القانون، نظرية الحق**، دار العلوم للنشر، الحجار، عنابة، 2006، ص158.

[2]– القانون رقم 84–11، المؤرخ في: 9 رمضان 1404هـ، الموافق ل: 9 يونيو سنة 1984م، المتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم بالقانون رقم: 25–09 المؤرخ في: 25 ربيع الأول 1426هـ، الموافق ل: 4 ماي 2005

[3]– أحمد الفضلي، المرجع السابق، ص113.

[4]– الطيب زروتي، **القانون الدولي الخاص الجزائري**، المرجع السابق، ص ص174–175.

[5]– أحمد عبد الكريم سلامة، **الأصول في التنازع الدولي للقوانين**، المرجع السابق، ص ص805–806.

حيث تكون أموال الزوجين في نظام الاشتراك القانوني، مملوكة بين الزوجين على الشيوع بنسبة النصف، أما نظام الانفصال المالي، فيستقل فيه كلا الزوجين بأمواله، شريطة اقتسام أعباء الأسرة و مصاريفها فيما بين الزوجين.[1]

[1]– الطيب زروتي، **القانون الدولي الخاص الجزائري**، المرجع السابق، ص175.

المبحث الثاني: تطبيقات استبعاد القانون الأجنبي على انحلال الزواج و آثاره

تنحل الرابطة الزوجية بعدة طرق، تختلف من دولة إلى أخرى، و يترتب على انحلالها مجموعة من الآثار بموجب النصوص القانونية.

وعلى اعتبار أن موضوع انحلال الزواج والآثار المترتبة عنه، من بين المواضيع التي تندرج ضمن فئة الأحوال الشخصية التي يكثر فيها استبعاد القانون الأجنبي المختص، قمت بدراسة تطبيقات استبعاد القانون الأجنبي على انحلال الزواج في المطلب الأول، ثم تطبيقات استبعاد القانون الأجنبي على الآثار المترتبة عن الزواج في المطلب الثاني.

المطلب الأول: تطبيقات استبعاد القانون الأجنبي على انحلال الزواج

إن الاختلاف حول طرق حل الرابطة الزوجية بين مختلف الدول، غالبا ما يحول دون تطبيق القانون الأجنبي المختص، و يعد الطلاق أبرز هذه الطرق؛ إذ يعتبر من المسائل التي تثير العديد من الإشكالات على صعيد العلاقات الدولية، خاصة إذا اختلفت جنسية الزوجين.

بالإضافة إلى الانفصال الجسماني المقرر بموجب التعديل الأخير للقانون المدني؛ وعليه نتعرض لتطبيقات الاستبعاد على الطلاق في الفرع الأول، ثم إلى تطبيقات استبعاد القانون الأجنبي على الانفصال الجسماني في الفرع الثاني .

الفرع الأول: تطبيقات استبعاد القانون الأجنبي على الطلاق

تناول المشرع الجزائري في المادة 47 و 48 من خلال قانون الأسرة، الطرق التي تنحل بها الرابطة الزوجية، إذ تنحل هذه الأخيرة في النظم القانونية المستمدة من الشريعة الإسلامية على غرار الجزائر بالوفاة، والطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، أو بالتراضي بين الزوجين، كما تنحل كذلك عن طريق الخلع والتطليق، الذي يكون بناء على طلب من الزوجة متى توافرت لذلك الأسباب المنصوص عليها قانونا.[1]

[1]– القانون رقم: 84–11المؤرخ في:09 رمضان1404هـ، الموافق 9 يونيو سنة 1984م المتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم بالقانون رقم: 05–09 المؤرخ في:25 ربيع الأول1426هـ، الموافق:04ماي 2005.

كما قام بإخضاع انحلال الرابطة الزوجية، إلى قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، وذلك من خلال نص المادة 12 فقرة 2 من ق.م.ج، حيث لم يميز المشرع بين الطلاق والتطليق والانفصال الجسماني، وإنما أخضع انحلال الزواج بصفة عامة لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى.[1]

وهو ما ذهبت إليه قوانين بعض الدول العربية، إذ ترجع علة اختيار هذه الدول لقانون جنسية الزوج دون قانون جنسية الزوجة إلى ما يتمتع به الزوج من سلطات واسعة داخل الأسرة يستمدها من امتلاكه العصمة الزوجية، إلى كونه يملك إنهاء زواجه بإرادته المنفردة وفقا لما تقضي به الشريعة الإسلامية.[2]

غير أن إخضاع انحلال الزواج لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى يثير إشكالات، في حالة ما إذا قام الزوج بتغيير جنسيته بعد الزواج، وعند رفع دعوى الطلاق، تصطدم الزوجة بقانون لم تتوقع تطبيقه عليها، فقد يمنع هذا القانون الطلاق، بعد ما كان يجيزه وقت إبرام الزواج –أو العكس– وقد ذهب البعض إلى القول بأن ذلك الحل فيه ظلم للزوجة.[3]

فإخضاع انحلال الزواج لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، من شأنه أن يجعل الرابطة الزوجية تنحل وفقا لقانون لا تخضع له الزوجة، ولم يكن بوسعها التبصر به وقت انعقاد الزواج، مما يؤدي ذلك إلى مفاجأتها، فيكون أكثر إضرارا بمصلحها، فمن العدل و الإنصاف أن يعتد المشرع بجنسية الزوج وقت انعقاد الزواج، بوصفه القانون المعلوم بين الزوجين، إلا أن الحل الذي يبدو ملائما، هو أن يخضع انحلال الزواج للقانون الشخصي المشترك الزوجين عند إقامة الدعوى، و عند اختلاف الجنسية يكون القانون المطبق هو قانون آخر مقر مشترك

---

[1]– تنص المادة 2/12 من القانون المدني الجزائري على أنه:"يسري على انحلال الزواج و الانفصال الجسماني القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى".

[2]– أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 256.

[3]– علي علي سليمان، المرجع السابق، ص76.

للزوجين إن وجد، وإلا تطبق المحكمة قانونها، وهو الحل الذي أخذ به المشرع التونسي، إذ أن فيه مساواة وعدم مفاضلة بين الزوجين.[1]

كما أن المساواة بين الطلاق و التطليق من حيث ضابط الإسناد، لا يخلو من التناقض ذلك أن الطلاق هو الذي يتم بالإرادة المنفردة للزوج، بينما التطليق يتم بناء على طلب الزوجة في حالات معينة.[2]

وقد أورد المشرع الجزائري استثناء في نص المادة 13 من ق.م.ج، على الأصل الذي نص عليه في المادة 12 من القانون المدني، يتمثل في تطبيق القانون الجزائري متى كان أحد طرفي عقد الزواج جزائريا وقت انعقاد الزواج. [3]

هذا ولفكرة النظام العام دور هام، و أساسي في مجال حل الرابطة الزوجية، حيث يتم استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق بحجة أن هذا القانون يخالف المبادئ الأساسية لمجتمع الدولة.[4]

خاصة عند اختلاف مفهوم الزواج من دولة إلى أخرى، إذ يعد عند بعض الدول بمثابة رابطة أبدية لا تنحل إلا بوفاة أحد أطراف العلاقة الزوجية، أما البعض الآخر فيجيز انحلال الرابطة الزوجية، كما أن هناك دول تجعل الزواج حتى بين متحدي الجنس مع إمكانية حله.[5]

---

[1]– عليوش قربوع كمال، "**القانون الواجب التطبيق على انحلال الرابطة الزوجية و الانفصال الجسماني في القانون الدولي الخاص الجزائري**"،المرجع السابق، ص ص 160–161.

[2]– الطيب زروتي، **القانون الدولي الخاص الجزائري**، المرجع السابق، ص181

[3]– القانون رقم 05–10، المؤرخ في 20 يونيو 2005، المعدل و المتمم للأمر رقم: 75–58، المؤرخ في: 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني.

[4]– صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص359.

[5]– **الزواج المثلي:** و هو عبارة عن عقد مستحدث بين متحدي الجنس _من الرجال أو النساء _في بعض الدول توسيعا لفكرة حقوق الإنسان، وهو عقد يتنافى كلية مع الطبيعة، و الفطرة التي جبل عليها الإنسان.

إلا أن هذه الدول تختلف فيما بينها حول أسبابه وطرقه، فنجد في الدول الإسلامية أن استبعاد القانون الأجنبي باسم النظام العام يكون خاصة في الحالات التي يؤدي فيها تطبيق القانون الأجنبي إلى المساس بالحقوق المقررة من طرف الشريعة الإسلامية لمعتنقي الإسلام.[1]

كما أن القانون الأجنبي الذي يقضي بانحلال الرابطة الزوجية في حالة تغيير الدين يستوجب استبعاده، متى كان الزوج هو الذي غير ديانته، بأن اعتنق الدين الإسلامي بينما ظلت زوجته كتابية، فإذا ما قام شخص مسيحي الديانة مثلا، بالزواج من امرأة مسيحية ثم اعتنق الإسلام بعدها، فإن القانون الأجنبي الذي يقضي بانحلال الزواج بسبب تغيير الدين يعتبر مخالفا لأحكام الشريعة الإسلامية، التي تعتبر زواج المسلم بالكتابية من الأمور الجائزة مما ينبغي استبعاده.[2]

كما يقع باطلا في الدول الإسلامية الاتفاق على عدم الطلاق أو التنازل عنه سواء في روابط الزواج الداخلي أو الزواج المختلط استنادا لمخالفته النظام العام.[3]

حيث استبعدت في هذا الشأن محكمة الاستئناف بمصر سنة 1913 القانون الأجنبي الذي لا ينظم أي وسيلة لانحلال الزواج.[4]

يستبعد بدوره القانون الأجنبي الذي يمنع انحلال الزواج، في حالة قيام الزوجة بتغيير ديانتها إلى الإسلام، وبقاء زوجها على ديانته، ذلك أن استمرار الرابطة الزوجية بين الزوجة المعتنقة للإسلام والزوج الغير مسلم يعد مخالفا للنظام العام، و لأحكام الشريعة الإسلامية، وهو ما قضت به محكمة استئناف القاهرة في 13 فبراير سنة 1951 حيث قضت باستبعاد القانون اليوناني وتطليق زوجة يونانية من زوجها اليوناني وفقا للقانون المصري لاعتناقها الإسلام.[5]

---

[1]– أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص261.

[2]– أعراب بلقاسم، المرجع نفسه، ص ص 161–162.

[3]– الطيب زروتي، **القانون الدولي الخاص الجزائري**، المرجع السابق، ص187.

[4]– محكمة الاستئناف ، 11|06|1913، نقلا عن صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص362.

[5]– محكمة استئناف القاهرة، 13|02|1951، نقلا عن صلاح الدين جمال الدين، المرجع نفسه، ص ص361–362.

فكرة النظام العام عند المشرع الجزائري تتدخل كذلك في مسألة الطلاق، ليتم استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق، متى قضى بحرمان الزوج المسلم حتى ولو كان أجنبيا من حقه في الطلاق، على اعتبار تمتع المسلم بالحقوق التي منحتها إياه الشريعة، يتعلق بالنظام العام، حيث يترتب على عدم مطابقة القانون الأجنبي للقانون الجزائري استبعاد القانون الأجنبي – وفقا لما تنص عليه المادة 24 من القانون المدني السابق ذكرها– كما يترتب كذلك إحلال القانون الجزائري محل هذا القانون المخالف للنظام العام والآداب العامة، سدا للفراغ التشريعي الناتج عن حالة الاستبعاد، وهو ما يمثل اتخاذ موقفا إيجابيا من طرف القاضي الجزائري.[1]

أما في الدول الغير إسلامية، فإن استبعاد القانون الأجنبي فيها لمخالفته النظام العام في مسائل انحلال الزواج، يكون غالبا لما يكون هذا القانون يبيح انحلال الزواج لأسباب لا يقرها قانون القاضي، أو يكون أكثر تساهلا منه في إباحة الطلاق والتطليق، فقد ذهب في ذلك القضاء الفرنسي إلى استبعاد تطبيق قوانين بعض الدول الإسلامية التي تبيح انحلال الزواج بإرادة الزوج وحده نظرا لمخالفة قوانين هذه الدول الإسلامية النظام العام في فرنسا.[2]

الفرع الثاني: تطبيقات استبعاد القانون الأجنبي على الانفصال الجسماني

قام المشرع الجزائري بإخضاع انحلال الرابطة الزوجية إلى قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، بما في ذلك الانفصال الجسماني، هذا الأخير الذي يعد نظام دخيل و فئة قانونية غير معروفة في الدول العربية التي تستمد أحكامها من الشريعة الإسلامية، إلا أنه يعد نظام معروف في الشرائع الغربية، فهو نظام يترتب عليه انقطاع المعيشة المشتركة بين الزوجين، دون حل عقدة النكاح في الحال، و يكون سببا في الطلاق إذا استمر مدة معينة تختلف من قانون بلد لآخر.[3]

---

[1]– رواق آمال، **علاقة قانون الأسرة الجزائري بفروع القانون الأخرى في تنظيم مسائل الزواج و الطلاق وآثارهما، دراسة مقارنة**، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الشريعة والقانون، تخصص أحوال شخصية، قسم الشريعة و القانون، كلية الشريعة و الاقتصاد، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة ، 2016–2017، ص343.

[2]– أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص262.

[3]– الطيب زروتي، **القانون الدولي الخاص الجزائري**، المرجع السابق، ص178.

وعلى الرغم من أن نظام الانفصال الجسماني نظام مجهول في القانون الجزائري، إلا أن المشرع قد قام باستحداثه كموضوع من مواضيع الأحوال الشخصية، بموجب التعديل الأخير لسنة 2005 للقانون المدني، وهو من النظم التي تكتسي أهمية بالغة، خاصة بالنسبة للدول التي لا تجيز الطلاق، وكذا الدول التي تحصره في نطاق ضيق، إذ يكون بناء على طلب أحد الزوجين على أساسه يحكم القاضي بالمباعدة بينهما لفترة معينة، حيث يؤدي لوقف المعيشة المشتركة بين الزوجين، وتعليق الالتزامات المتبادلة بينهما، مع بقاء الرابطة الزوجية قائمة كمرحلة مؤقتة، تسمح للزوجين باختيار أحد الطريقين، إما الصلح ،أو التطليق، كما يتحول بقوة القانون إلى الطلاق متى استمر لمدة 3 سنوات كاملة.[1]

وقد أورد المشرع الجزائري وفقا للمادة 13 من القانون المدني الجزائري، قاعدة استثنائية مفادها تطبيق القانون الجزائري، متى كان أحد أطراف عقد الزواج جزائريا وقت انعقاد الزواج، وفي ذلك تفضيل لتطبيق القانون الجزائري على القانون الأجنبي، إلا أنه من غير الممكن تطبيق القانون الجزائري خاصة إذا تنازل الزوج أو الزوجة عن جنسيتهما الجزائرية، إذ لا يوجد ما يربط الطرف المتنازل بالجنسية الجزائرية.[2]

هذا ويترتب على تطبيق المادة 13 من ق.أ.ج، إمكانية تطبيق القانون الجزائري على موضوع الانفصال الجسماني، وذلك في حالة ما إذا كان الزوج جزائري الجنسية وقت رفع الدعوى، إذ تتحقق هذه الحالة، في حالة ما إذا نشأ الانفصال الجسماني في دولة أجنبية وفقا لأحكام القانون الأجنبي، أو في حالة ما إذا كان الزوج أجنبي، وبعد الحكم بالانفصال الجسماني، اكتسب الجنسية الجزائرية، وعليه يطرح في هذه الحالات مشكل إخضاع الانفصال الجسماني لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، والمتمثل في القانون الجزائري الذي لا يعرف تكريسا لهذا النظام، باعتباره يتناقض مع أحكام قانون الأسرة الجزائري إلا أنه في الأغراض

[1]– نور الدين بوسهوة، المرجع السابق، ص320.

[2]– القانون رقم 05–10، المؤرخ في 20 يونيو 2005، المعدل و المتمم للأمر رقم: 75–58، المؤرخ في: 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني.

الأخرى أين يكتسب الزوج الجنسية الجزائرية، يمكن القول أنه مقبول على أساس أن الزوج راضيا للخضوع للقانون الجزائري.[1]

كما قد يترتب كذلك على تطبيق الاستثناء الوارد في المادة 13 من ق.م.ج، إمكانية تطبيق القانون الجزائري على النزاع المتعلق بالانفصال الجسماني، وعليه يمكن القول أن اعتماد ضابط الجنسية في الأحوال الشخصية الذي يعد موضوع حساس ومن النظام العام، خلق العديد من المشاكل القانونية، التي قد تؤثر سلبا على استقرار العلاقات ذات البعد الدولي خاصة إذا تعلق الأمر بالحقوق المكتسبة.[2]

المطلب الثاني: تطبيقات استبعاد القانون الأجنبي على آثار انحلال الزواج

على غرار التطبيقات التي تم فيها استبعاد القانون الأجنبي على آثار انعقاد الزواج، فإن أبرز التطبيقات القضائية التي تم فيها استبعاد القانون الأجنبي على آثار انحلاله، تظهر على الأخص في ما يتعلق بالحضانة، بالإضافة إلى الآثار ذات الطابع المالي كالميراث والوصية.

ونظرا لعدم وجود تطبيقات حول مسائل العدة التي تعتبر من النظام العام[3]، والنزاع في متاع البيت، قمت بالتركيز على أهم الآثار التي وردت بشأنها التطبيقات القضائية كالحضانة من خلال الفرع الأول، بالإضافة إلى الآثار ذات الطابع المالي كالميراث والوصية في الفرع الثاني.

الفرع الأول: تطبيقات استبعاد القانون الأجنبي على الحضانة

قام المشرع الجزائري بتعريف الحضانة في المادة 62 من ق.أ ج على أنها :"**رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته و حفظه صحة وخلقا**".[4]

---

[1]– نصيرة تواتي، "**إشكالات خضوع الانفصال الجسماني لضابط الجنسية**"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، عدد خاص 2015، ص ص179–180.

[2]– نصيرة تواتي، المرجع نفسه، ص180.

[3]– مجلة المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار مؤرخ في: 12|07|2006، ملف رقم: 358348، عدد2، 2006، ص 449.

[4]– القانون رقم: 84–11 المؤرخ في: المؤرخ في:09 رمضان1404هـ، الموافق 9 يونيو سنة 1984م المتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم بالقانون رقم: 05–09 المؤرخ في:25 ربيع الأول1426هـ ، الموافق ل:04ماي 2005.

فما يلاحظ على المشرع الجزائري، هو أنه قد اعتمد أثناء تعريفه للحضانة على تعداد واجبات الحاضن وأهداف الحضانة، إلا أنه قد وفق في جمع كل الحاجيات الأساسية والضرورية للمحضون.[1]

هذا وتثير مواضيع الحضانة مشكلة كبيرة في ما يخص العلاقات الدولية، لكونها علاقات متعددة الأطراف، حيث فيها الأب، و الأم، و الطفل، إذ من الممكن أن تختلف جنسيتهم جميعا، فمسألة الحضانة لا تثار عادة إلا عندما تنحل الرابطة الزوجية و تتهدم الحياة المشتركة، بغض النظر عن الطريقة التي تنحل بها.[2]

وعلى غرار باقي التشريعات ، فإن المشرع الجزائري لم يضع قاعدة إسناد خاصة بالحضانة مثلما فعل المشرع المصري، الذي أخضع الحضانة للقانون الذي يحكم النسب، لأنها أحد آثاره، أي أنه يطبق بشأنها قانون دولة الأب وقت ميلاد الولد، لأن الحضانة هي المرحلة الأولى من الولاية على النفس وهو ما سار عليه كذلك المشرع الكويتي.[3]

بالإضافة إلى المشرع التونسي الذي خص الحضانة بثلاث ضوابط إسناد، تاركا في ذلك الحرية للقاضي في اختيار القانون الأفضل للطفل، حيث نص الفصل 50 من مجلة القانون الدولي الخاص لسنة 1998على أنه:"تخضع الحضانة للقانون الذي وقع بمقتضاه حل الرابطة الزوجية أو القانون الشخصي للطفل أو قانون مقره".[4]

فكان لزاما على القاضي الجزائري أن يكيف ابتداء الحضانة طبقا لقانونه الوطني، وفقا لما جاء في المادة 9 من ق.م.ج[5]، وعليه بناء على اعتبار الحضانة من الفئات التي تنتمي إلى

---

[1]– عبد العزيز سعد، **قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد**، دار هومة، الجزائر، 2007، ص139.

[2]– محمد خنيش، **الدفع بالنظام العام في تنازع القوانين في مسائل الأحوال الشخصية**، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر، تخصص أحوال شخصية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة سكيكدة، 2016، ص ص52-53.

[3]– أحمد عبد الكريم سلامة، **الأصول في التنازع الدولي للقوانين**، المرجع السابق، ص846.

[4]– الطيب زروتي، **القانون الدولي الخاص الجزائري**، المرجع السابق، ص185.

[5]– تنص المادة 9 من القانون المدني على ما يلي:" يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه".

فئة الأحوال الشخصية، فإن المشرع الجزائري قد أدرجها تحت الفصل الثاني الذي جاء بعنوان آثار الطلاق، فهي أثر مترتب على انحلال الرابطة الزوجية[1]

وبالتالي فهي تخضع للقانون نفسه الذي يحكم الطلاق، وهو القانون الوطني، الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى، كما أن قانون الزوج وقت رفع الدعوى هو الذي يحكم المسائل المتعلقة بالحضانة، كتعيين من هو الحاضن، و تحديد الزيارة و مدتها، فالقانون الجزائري هو الذي يحدد من تجب له الحضانة بالخصوص ما يتعلق برعاية المحضون وتربيته.[2]

وعلى الرغم من أن المشرع الجزائري قد منح الأولوية للأم، عندما قام بترتيب الحواضن في المادة 64 من ق.أ.ج التي جاء فيها:"**الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب ثم الخالة...**"[3]

إلا أنه راعى مصلحة المحضون في كل ذلك، و التي تعد من أهم العناصر التي تقوم عليها تربية الطفل، إذ أن مصلحة الطفل تكمن في تربيته على الدين الإسلامي لأبيه.[4]

ومن أجل تحقيق هذا الهدف، قرر القضاء الجزائري في القرار الصادر له عن المحكمة العليا بتاريخ 19 فيفري 1990 ما يلي:"**متى كان من المقرر شرعا و قانونا أن إسناد الحضانة يجب أن تراعى فيها مصلحة المحضون و القيام بتربيته على دين أبيه، ومن ثم فإن القضاء بإسناد حضانة الصغار إلى الأم التي تسكن في بلد أجنبي بعيدا عن رقابة الأب كما هو حاصل في قضية الحال يعد قضاء مخالفا للشرع و القانون**".[5]

وهو ذات الأمر الذي تبناه المشرع الجزائري، عندما راعى مصلحة المحضون، من خلال المادة 69 من قانون الأسرة الجزائري التي جاء فيها:"إذا أراد الشخص الموكل له حق الحضانة

---

[1]– المادة 62 إلى 72 من قانون الأسرة الجزائري المفصلة في أحكام الحضانة.

[2]– عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص232.

[3]– القانون رقم: 84–11، المؤرخ في: المؤرخ في:09 رمضان1404هـ، الموافق 9 يونيو سنة 1984م،المتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم بالقانون رقم: 05–09 المؤرخ في:25ربيع الأول1426هـ ، الموافق:04ماي 2005.

[4]– نسرين شريقي و كمال بوفرورة، **قانون الأسرة الجزائري**، ط1، دار بلقيس للنشر، الجزائر، 2013، ص104.

[5]– المجلة القضائية، غ.أ.ش، قرار مؤرخ في: 19|02| 1990، ملف رقم: 59013، 1991، عدد4، ص117.

أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه، مع مراعاة مصلحة المحضون".[1]

كما أنه متى كانت الأم أجنبية تقيم بالخارج، والأب جزائري مقيم بالجزائر، فإن رعاية المحضون يجب أن تتم على دين أبيه ، و بالتالي فإن إسناد الحضانة للأم المستقرة في الخارج- خاصة في ما إذا كانت في بلد غير مسلم- من شأنه أن يؤثر على المحضون في دينه و أن يغير من معتقداته، و يبعده عن عادات قومه، فضلا عن أن استقرار المحضون في الخارج من شأنه أن يحرم الأب من حق الرقابة المخول له على الولد، وعليه فإن القاضي الوطني يعمد إلى استبعاد القانون الأجنبي إعمالا لفكرة النظام العام، وهو ما استقر عليه القضاء الجزائري، حيث ذهب إلى أن الحق في الحضانة يعود إلى الأب متى كانت الأم تقيم في بلد أجنبي.[2]

حيث صدر في ذلك تطبيقات قضائية، تم فيها استبعاد القانون الأجنبي حول مسألة الحضانة إذ تم صدور قرار عن المحكمة العليا بتاريخ 12 جانفي 1989 والذي جاء فيه:"**من المقرر قضاء في مسألة الحضانة أنه و في حالة وجود أحد الأبوين في دولة أجنبية غير مسلمة، وتخاصما على الأولاد بالجزائر، فإنه من يوجد بها يكون أحق بهم ولو كانت الأم غير مسلمة، ومن المقرر قانونا أن الأحكام و القرارات الصادرة من الجهات القضائية الأجنبية التي تصطدم و تخالف النظام العام الجزائري لا يجوز تنفيذها، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون غير مبرر ويستوجب رفضه**".[3]

فالاستقرار بالمحضون في بلد أجنبي، فيه معارضة مع النظام العام في الجزائر، و في الدول الإسلامية عموما، متى كان ذلك البلد لا يدين بالإسلام، إذ أنه سيخشى على المحضون من تأثره بدين البلد الذي سيترعرع فيه، كما قد يطرح إشكال خاص بحق الزيارة المنصوص عليه

---

[1]- القانون رقم: 84-11 المؤرخ في: المؤرخ في:09 رمضان1404هـ، الموافق 9 يونيو سنة 1984م المتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم بالقانون رقم: 05-09 المؤرخ في:25 ربيع الأول1426هـ ، الموافق ل:04 ماي 2005.

[2]- الطيب زروتي، **القانون الدولي الخاص الجزائري**، المرجع السابق، ص185.

[3]- المجلة القضائية، غ.أ.ش،قرار مؤرخ في:12|01| 1989، ملف رقم: 52207،عدد4، 1990، ص74.

في قانون الأسرة[1]، متى كان الطفل يقيم مع أمه في الخارج، إذ صدرت في هذا الشأن أحكام قضائية، تبين أن حق الحضانة الذي يرجع للأم مقيد بتربية الولد على دين أبيه وبحق الزيارة، فالإشكال يتمثل في حالة ما إذا كان الأبوان لا يقيمان في بلد واحد، إذ أن استقرار الحاضنة ببلد بعيد، يتعذر فيه على الأب ممارسة حقه في الزيارة والرقابة من شأنه أن يسقط الحضانة عن الأم بسبب البعد ، و هذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 21 نوفمبر 1995، و الذي جاء فيه : "**إن إقامة الأم بالخارج يعد سببا من أسباب سقوط الحضانة عنها و إسنادها إلى الأب، لأنه يتعذر في هذه الحالة على الأب الإشراف على أبنائه المقيمين مع الحاضنة بالخارج وكذا حق الزيارة وذلك لبعد المسافة**".[2]

حيث تم تحديد هذه المسافة، إذ جاء في أحد القرارات الصادرة عن المجلس الأعلى :"**من المستقر عليه فقها وقضاء أن بعد المسافة بين الحاضنة وصاحب الزيارة والرقابة على الأطفال المحضونين لا يكون أكثر من ستة برود**"[3] [4]

لحل هذه الإشكالات الناتجة عن الحضانة لجأت العديد من الدول إلى تنظيمها عن طريق المعاهدات الدولية، و التي من بينها الدولة الجزائرية، ونظرا لأن الزواج المختلط بين الجزائريين و الأجنبيات، الذي غالبا ما يكون بين فرنسيات، هو الذي يؤدي عند انحلال الرابطة الزوجية إلى طرح الإشكال المتعلق بالحضانة ، قامت الجزائر بإبرام اتفاقية ثنائية مع فرنسا، من أجل التصدي للمنازعات التي قد تثور بين الآباء الجزائريين و الأمهات الأجنبيات، و المتعلقة بحضانة الأولاد و بحق الزيارة للأبوين.[5]

---

[1]– تنص المادة 64 من قانون الأسرة على أنه:" ...وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة".

[2]– نشرة القضاة، غ.أ.ش، قرار مؤرخ في:21|11|1995، ملف رقم: 111048، العدد52، 1997، ص 102.جمال سايس، الإجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ط1، منشورات كليك، 2013، ج2، ص860.

[3]– **برود:** عبارة عن مقياس مخصص لقياس المسافات في القديم، وقد عوض في الوقت الحالي بوحدة المتر.

[4]– نشرة القضاة، قرار مؤرخ في: 22|9|1986، ملف رقم: 43594، العدد44، 1988، ص 175.جمال سايس، ج1، مرجع سابق، ص196.

[5]– عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص ص240-243.

حيث جاءت هذه الاتفاقية لضمان ممارسة حق الحضانة بين كلا البلدين من جهة، ولتنظيم حق الزيارة من جهة أخرى، و حاولت تكريسه من خلال تنظيم مجموعة من الإجراءات، و التي من بينها :" تعيين وزارتا العدل سلطتين مركزيتين مكلفتين بالوفاء بالالتزامات المحددة في هذه الاتفاقية، ولهذا الغرض تتعامل هاتان السلطتان المركزيتان مباشرة، وتكون تدخلاتهما مجانا كما تتعهدان بترقية تعاون السلطات المختصة في مجال حماية القصر". [1]

كما سعت الاتفاقية إلى وضع أسس من أجل تنظيم حق الزيارة، و تسهيل ممارستها فعلا من طرف البلدين من خلال تلك السلطات.[2]

كما عملت هذه الاتفاقية على المحافظة على علاقات الطفل بوالديه عن طريق حق الزيارة، حسب ما جاء في المادة 6 من الاتفاقية التي تقضي بأن:"يتعهد الطرفان المتعاقدان بضمان ممارسة حق الزيارة فعلا للأزواج الذين هم في حالة الانفصال، داخل حدود أحد البلدين وفيما بين حدودهما".[3]

كما نصت المادة نفسها في الفقرة الثالثة منها على أنه:" إذا كانت هناك ظروف استثنائية تعرض صحة الطفل الجسمية أو المعنوية لخطر مباشر، فعلى القاضي أن يكيف طرق ممارسة هذا الحق وفقا لمصلحة هذا الطفل".[4]

الفرع الثاني: تطبيقات استبعاد القانون الأجنبي على الوصية والميراث

نتطرق إلى التطبيقات التي وردت بشأن الوصية أولا، ثم إلى الميراث ثانيا.

[1]– أنظر الملحق رقم 1.

[2]– المادة 2فقرة 4 و7 من الاتفاقية الجزائرية الفرنسية، أنظر الملحق رقم 1.

[3]– المادة6 فقرة 1من الاتفاقية الجزائرية الفرنسية، أنظر الملحق رقم 1.

[4]– المادة6 فقرة 3 من الاتفاقية الجزائرية الفرنسية، أنظر الملحق رقم1.

أولا: تطبيقات استبعاد القانون الأجنبي على الوصية

تعد الوصية سبب من أسباب نقل الملكية في الإسلام، فأمرها موكول إلى صاحب المال إذ يضعه حيث يشاء، وهي مقدمة على الميراث وتكون في حدود ثلث التركة.[1]

وقد عرفت المادة 184 من قانون الأسرة الجزائري الوصية على أنها: "**تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع**".[2]

وعلى اعتبار أن الوصية وثيقة الصلة بالميراث لأنها مثله طريق من طرق الخلافة بسبب الموت، فإن المشرع الجزائري قد أخضع الشروط الموضوعية المتعلقة بها لنفس قاعدة الإسناد التي أخضع لها الميراث، أي للقانون الشخصي للموصي وقت وفاته طبقا للمادة 16 من القانون المدني، ذلك أن المشرع قد جعلها موضوعا من مواضيع الأحوال الشخصية .[3]

إذ يدخل ضمن المسائل الموضوعية التي تخضع لقانون جنسية الموصي وقت الوفاة كل ما يتعلق بمدى حرية الموصي في الإيصاء، سواء من حيث مقدار الوصية، التي اشترط فيها المشرع أن تكون في حدود الثلث مع إجازة الورثة في حالة ما إذا زادت عن الثلث، أو من حيث الأشخاص الذين يجوز الإيصاء لهم، كالحمل الذي يشترط فيه أن يولد حيا.[4] و الوارث الذي يشترط فيه إجازة باقي الورثة وفقا للمادة 187 من قانون الأسرة الجزائري[5]

---

[1]– محمد مصطفى الحسيني، **الأحوال الشخصية في الولاية و الوصية و الوقف**، مطبعة دار التأليف، د.ب.ن، د.س.ن، ص69.

[2]– القانون رقم: 84–11 المؤرخ في: المؤرخ في:09 رمضان1404هـ، الموافق 9 يونيو سنة 1984م المتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم بالقانون رقم: 05–09 المؤرخ في:25ربيع الأول1426هـ ، الموافق:04 ماي 2005.

[3]– عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص266.

[4]– عليوش قربوع كمال، المرجع نفسه، ص 269.

[5]– القانون رقم: 84–11 المؤرخ في: المؤرخ في:09 رمضان1404هـ، الموافق 9 يونيو سنة 1984م المتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم بالقانون رقم: 05–09 المؤرخ في:25ربيع الأول1426هـ ، الموافق:04ماي 2005.

بالإضافة إلى الأشخاص الذين لا يجوز الإيصاء لهم، وفقا لما تقضي به المادة188 من قانون الأسرة التي تنص على أن:"لا يستحق الوصية من قتل الموصي عمدا".[1]

أما ما يخص مسألة الأهلية، فإنها تخضع لقانون جنسية الموصي وقت الإيصاء، وفقا لما جاء في المادة 186 من قانون الأسرة، التي تشترط في الموصي البلوغ و سلامة العقل.[2]

هذا فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية للوصية، أما بالنسبة للشروط الشكلية، فإنه وبعد تعديل 2005 للقانون المدني، أصبح شكل الوصية يخضع للقاعدة العامة التي تحكم شكل التصرفات، وهي المادة 19 من القانون المدني الجزائري، بعد أن كان شكل الوصية قبل التعديل يحظى بضابط إسناد خاص، وهو قانون البلد الذي تمت فيه الوصية، أو قانون جنسية الموصي وقت الإيصاء.[3]

وإذا ما أشارت قاعدة الإسناد إلى تطبيق القانون الأجنبي على موضوع الوصية، وكانت أحكام هذا القانون تتعارض مع النظام العام في الدولة التي ينتمي إليها القاضي، أو تتنافى مع أحكام الشريعة الإسلامية، فإنه يجب استبعاد حكم هذا القانون.[4]

وتطبيقا لذلك يستبعد القانون الأجنبي المخالف للنظام العام الجزائري، متى كان يسمح لقاتل المورث عمدا بالاستفادة من الوصية، أو لشاهد الزور الذي أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام على الموصي.[5]

---

[1]– القانون رقم: 84–11 المؤرخ في: المؤرخ في:09 رمضان1404هـ، الموافق 9 يونيو سنة 1984م المتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم بالقانون رقم: 05–09 المؤرخ في:25ربيع الأول1426هـ ، الموافق:04 ماي 2005.

[2]– القانون رقم: 84–11 المؤرخ في: المؤرخ في:09 رمضان1404هـ، الموافق 9 يونيو سنة 1984م المتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم بالقانون رقم: 05–09 المؤرخ في:25ربيع الأول1426هـ ، الموافق:04 ماي 2005.

[3]– تريكي دليلة،"**القانون الواجب التطبيق على قضايا الميراث و التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت في القانون الجزائري**"، **القانون الواجب التطبيق على قضايا الميراث و التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت في القانون الجزائري**"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، عدد خاص2015، ص264.

[4]– عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص255.

[5]– الطيب زروتي، **القانون الدولي الخاص الجزائري**، المرجع السابق، ص201.

بالإضافة إلى القانون الأجنبي الذي يجيز منح الوصية لقاتل الموصي أو لعشيقته، أو يمنع تنفيذ الوصية لاختلاف في الجنس، اللون، أو المعتقدات السياسية.[1]

أما ما يتعلق بالقدر الجائز الإيصاء به، فإنه يجب التمييز بين ما إذا كان أطراف الوصية من غير المسلمين، وهنا لا يثور أي إشكال مادام أنه لا يوجد ما يتعارض مع النظام العام في الدول الإسلامية، وهو ما قررته محكمة النقض المصرية سنة 1967حيث قضت فيه بأنه:"**لا يجوز استبعاد أحكام القانون الأجنبي الواجبة التطبيق إلا أن تكون هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو الآداب العامة في مصر، بأن تمس كيان الدولة أو تتعلق بمصالح عامة و أساسية للجماعة ولا يدخل في هذا النطاق اختلاف أحكام القانون الأجنبي عن أحكام القانون الوطني في تحديد المقدار الذي تجوز الوصية فيه بالنسبة لغير المسلمين**".[2]

أما إذا كان أطراف الوصية أجانب و يدينون بالإسلام، فإن زيادة الوصية عن المقدار المسموح به يعتبر مخالفا للنظام العام في الدول الإسلامية، مما يقتضي استبعاده.[3]

يستبعد القانون الأجنبي بدوره، إذا كان يجيز الوصية لوارث دون إجازة باقي الورثة[4]، و هو ما قضت به المحكمة العليا بالجزائر سنة 17 أكتوبر 1990 في قضية تتلخص وقائعها في أن زوجا مسلما من أصل جزائري، حرر وصية قبل الاستقلال، مضمونها الإيصاء لزوجته بكامل تركته، حيث اختار فيها تطبيق القانون الفرنسي، إلا أنه بعد الاستقلال نازع الورثة في صحة الوصية لمخالفتها أحكام قانون الأسرة، لاسيما المادة 189التي لا تجيز الوصية لوارث، إلا أن مجلس القضاء قد أجاز الوصية طبقا للقانون الفرنسي، فطعن الورثة أمام المحكمة العليا.[5]

حيث جاء في حيثيات هذا الحكم أن المجلس أخطأ في تطبيق القانون و خالف مبادئ الشريعة الإسلامية، ذلك أن الموصي وهو رجل مسلم و جزائري، تطبق عليه أحكام الشريعة

---

[1]– أحمد عبد الكريم سلامة، **القانون الدولي الخاص**، المرجع السابق، ص910.

[2]– محكمة النقض المصرية، القرار المؤرخ في : 26 يوليو 1967، مقتبس عن صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص ص394–395.

[3]– أحمد عبد الكريم سلامة، **القانون الدولي الخاص**، مرجع سابق، ص910.

[4]– الطيب زروتي، **القانون الدولي الخاص الجزائري**، المرجع السابق، ص200.

[5]– الطيب زروتي، **دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري**، المرجع السابق، ص311.

الإسلامية في الجزائر وأن شرط تطبيق القانون الفرنسي هو شرط ملغى، لأنه مخالف للشريعة الإسلامية.[1]

ثانيا: تطبيقات استبعاد القانون الأجنبي على الميراث

يعرف الميراث في الاصطلاح الشرعي بأنه:" انتقال مال الغير إلى الغير على سبيل الخلافة، أو هو استحقاق الوارث مما تركه الميت بسبب من أسباب الإرث".[2]

كما يعرف بأنه :" انتقال تركة شخص بعد وفاته إلى من تؤول إليهم بحكم القانون".[3]

وإذا ما رجعنا للقانون المدني، فإننا نجد أن المشرع قد أخضع الميراث لقانون جنسية المتوفى وقت الوفاة.[4]

وبالرغم من اختلاف النظم في تكييف الميراث، في ما إذا كان يندرج ضمن مواضيع الأحوال العينية أو الأحوال الشخصية، فإن المشرع الجزائري قد اعتبر أن الميراث يرتبط بنظام الأسرة، الأمر الذي يجعله يندرج ضمن فئة الأحوال الشخصية، و هو ما أكدته المواد من 126 إلى 183 من قانون الأسرة الجزائري.[5]

وعلى اعتبار أن الشريعة الإسلامية تشكل مصدرا هاما لأحكام المواريث في الدول العربية على غرار الجزائر، فإنه يجب استبعاد القانون الأجنبي، متى كان مخالفا لأحكام الشريعة الإسلامية أو للنظام العام و الآداب العامة في دولة القاضي، فالاستبعاد سببه الاختلاف الحاصل بين قانون القاضي و القانون الأجنبي، مما يستدعي النظر في الحالات التي قد يختلف فيها القانونين، للوقوف على مدى مساسها بالأسس التي تقوم عليها أحكام الميراث.[6]

---

[1]– المجلة القضائية،غ.أ.ش، قرار مؤرخ في: 17|10|1990، ملف رقم:63219، عدد2،1991، ص79.

[2]– أحمد محمد علي داود، **الحقوق المتعلقة بالتركة بين الفقه و القانون**، ط1، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، الأردن، 2007، ص212.

[3]– قدري عبد الفتاح الشهاوي، **موسوعة تشريعات الأحوال الشخصية**، منشأة المعارف، الإسكندرية،2001، ص619.

[4]– القانون رقم 05–10، المؤرخ في 20 يونيو2005، المعدل و المتمم للأمر رقم:75–58، المؤرخ في: 26 سبتمبر1975، المتضمن القانون المدني.

[5]– عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص251.

[6]– عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص255.

وعلى هذا الأساس، متى كان المورث أجنبيا يدين بالإسلام وقت الوفاة، وكان قانونه الوطني هو الواجب التطبيق، فإن إعمال ذلك القانون يتعطل، متى كان يتضمن أحكاما تعسفية، تقضي مثلا بمنع الإرث نظرا لاختلاف اللون أو الجنس، كما يستبعد القانون الأجنبي متى كان يجيز الميراث للوارث الذي قتل المورث عمدا، أو يورث ابن الزنا من أبيه المسلم أو من أقارب أبيه.[1]

كما يستبعد القانون الأجنبي المختص متى كان يقضي بجواز التوارث بين المسلم و الكافرنظرا لاختلاف الدين ، إذ نجد من أمثلة الأحكام الصادرة في هذا الشأن، قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 25 جويلية 1995 و الذي جاء فيه:" **من المقرر قانونا أن يرجع القاضي لأحكام الشريعة الإسلامية في كل ما لم يرد فيه نص في ق.أ، ومن الثابت شرعا"أن لا يرث الكافر المسلم و المسلم الكافر ولا يتوارث أهل الملتين شيئا**".

ولما تبين من –قضية الحال– أن الطاعن لم يعتنق الإسلام ما دام لم يتلفظ بالشهادتين أمام الجهة المؤهلة لذلك، إلا بعد وفاة أمه المسلمة فإنه لا توارث بينهما، مثلما ذهب إليه قضاة الموضوع في قرارهم، ويتعين بذلك رفض الطعن".[2]

فاختلاف الدين بين الوارث و المورث يمنع التوارث، بحسب المادة 138 من ق.أ.ج التي تمنع الإرث بسبب اللعان و الردة.[3]

وهو ما قضت به محكمة النقض المصرية كذلك في قرارها الصادر بتاريخ 20 جوان 1979 والذي جاء فيه:"لما كان الثابت من الأوراق أن المطعون عليها مسيحية الديانة، ومن ثم تختلف ديانتها عن المتوفى، وكان من المقرر وفقا لنص المادة السادسة من قانون المواريث رقم 77 لسنة1943 أن اختلاف الدين من موانع الميراث، وهي بدورها من القواعد الأساسية التي تستند إليها نصوص قاطعة في الشريعة الإسلامية، و بالتالي تدخل في نطاق النظام العام ويمتنع

[1]– صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص ص384–285.

[2]– المجلة القضائية، غ.أ.ش، قرار مؤرخ في 25|07| 1995، ملف رقم: 123051، عدد 1، 1996، ص113.

[3]– القانون رقم: 84–11 المؤرخ في: المؤرخ في:09 رمضان1404هـ، الموافق 9 يونيو سنة 1984م المتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم بالقانون رقم: 05–09 المؤرخ في:25ربيع الأول1426هـ ، الموافق:04 ماي 2005.

معها تطبيق قانون آخر قد يأتي بحكم مخالف لها، فإنه إذا كان الحكم المستأنف قد قضى بغير ذلك فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون مما يستوجب نقضه".[1]

وموانع الميراث في الشريعة الإسلامية لا تعتد باختلاف الجنسية، و إنما باختلاف الدين، و بالتالي لا علاقة للميراث بالجنسية، و إنما التوارث لا يكون مع اختلاف الدين، فاختلاف الجنسية لا يعني عدم التوارث، كما أن وحدة الجنسية لا تعني بالضرورة التوارث.[2]

ومن أمثلة التطبيقات التي صدرت بهذا الشأن، ما قررته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 9 جويلية 1984 و الذي قضى فيه بما يلي:" **متى كان من المقرر شرعا أن الشريعة الإسلامية لا تشترط الجنسية في باب الميراث و لكنها تأمر بإثبات التمسك بالدين الإسلامي، فإن القضاء بما يتفق مع أحكام هذا المبدأ يعد مؤسسا على قواعد الشريعة الإسلامية**".[3]

كما يستبعد كذلك القانون الأجنبي المختص بحكم الميراث، الذي يقضي بحرمان الإناث من الإرث، أو يعطي التركة كلها للابن الأكبر، إذ أن هذه الأحكام تعد مخالفة للنظام العام متى كان المورث مسلما.[4]

وعليه فإن جميع الحالات السابقة تعتبر مخالفة لنصوص قطعية في الشريعة الإسلامية، التي تعد من النظام العام في الجزائر، فالحالة الدينية في حالة المخالفة للنظام العام في الأمثلة و الحالات السابقة كل ما كان المورث مسلما، قد أصبحت ضابط إسناد للميراث بدل ضوابط الإسناد الأخرى المقررة في مختلف القوانين.[5]

---

[1]– محكمة النقض المصرية، قرار المؤرخ في :20-06-1979، نقلا عن صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص386.

[2]– تريكي دليلة، المرجع السابق ، ص251.

[3]– المجلة القضائية،غ.أ.ش، قرار مؤرخ في:09|07| 1984، ملف رقم: 33509، عدد3، 1989، ص60.

[4]– عبده جميل غصوب، **دروس في القانون الدولي الخاص**، ط1، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع، بيروت، لبنان،2008، ص294.

[5]– الطيب زروتي، **القانون الدولي الخاص الجزائري**، المرجع السابق، ص197-198.

وقد اختلفت الآراء حول بيان مراتب الورثة، أو أنصبتهم، أو قواعد الحجب، حيث ثار الخلاف أمام القضاء المصري بخصوص تطبيق القانون التركي على مواريث الأتراك في مصر على عهد المحاكم المختلطة، حيث تم التفريق بين حالتين:

الأولى: تتمثل فيما إذا كان أطراف التركة– المورث والورثة– غير مسلمين، وهنا لا يتصادم بالنظام العام المصري تسوية القانون الأجنبي بين الذكر والأنثى في الميراث، بحسبان أن تنظيم التركات والمواريث يختلف بالضرورة من دولة لأخرى.[1]

أما الحالة الثانية فتتمثل في ما إذا كان أطراف التركة مسلمين، حيث ذهب البعض من الفقهاء إلى أن اختلاف أحكام القانون الأجنبي مع أحكام الشريعة الإسلامية وقانون المواريث لا يتوافر معه التعارض مع النظام العام المصري، ومن ثم فإن المحاكم المصرية تطبق أحكام القانون الأجنبي رغم ذلك الاختلاف.[2]

في حين اتجه فريق آخر من الفقهاء إلى أنه يتعين الامتناع عن تطبيق القانون الأجنبي متى اختلفت أحكامه مع أحكام الميراث في الشريعة الإسلامية وقانون المواريث المستقاة من القرآن وقد قضت محكمة النقض المصرية في هذا الشأن، بأن أحكام المواريث الأساسية التي تستند إلى نصوص قاطعة في الشريعة تعتبر في حق المسلمين من النظام العام في مصر، إذ أنه وثيقة الصلة بالنظام القانوني والاجتماعي الذي استقر في ضمير الجماعة، بحيث يتأذى الشعور العام عند عدم الاعتداد بها.[3]

[1]– أحمد عبد الكريم سلامة، **القانون الدولي الخاص**، المرجع السابق، ص905.

[2]– صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص387.

[3]– أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 906.

الخاتمة

الخاتمة:

استبعاد تطبيق القانون الأجنبي بصفة عامة، و في مجال الأحوال الشخصية بصفة خاصة يبرز من خلال حالتي النظام العام، والغش نحو القانون؛ إذ تعد المجال الخصب و الأوسع لاستبعاد القانون الأجنبي، نظرا لتشعب مواضيعها بالنظر للبعد و الانتماء الديني ونظرا لضرورة حماية المبادئ والأسس الجوهرية التي يقوم عليها النظام العام لأي دولة في مختلف المجالات؛ و خاصة في مجال الأحوال الشخصية التي تشكل مجالا حساسا يتأثر بظروف المجتمع وما يسوده من مبادئ وقيم أخلاقية ودينية.

وعلى ضوء ما تم عرضه وتفصيله في هذا البحث نرصد أهم النتائج المتوصل إليها وهي كالآتي:

– مرونة فكرة النظام العام وتطورها؛ إذ يصعب ضبطها وتحديدها، لذا تركت مهمة تقديرها للقاضي باعتباره أكثر شخص مؤهل لمعرفة المبادئ العليا لدولته.

–غاية النظام العام هي : حماية الأسس الجوهرية و المثل العليا التي تقوم عليها دولة القاضي فهو فكرة وطنية بحتة، تقدر حال طرح النزاع وليس وقت نشوء الحق.

– غموض فكرة الغش نحو القانون عند المشرع الجزائري على الرغم من تبنيه لها، ذلك أنه لم يحدد مفهوم هذه الفكرة، زيادة على أنه قد سكت عن تحديد القانون الذي يحل محل القانون المستبعد في حالة ثبوت الغش.

– آثار تفعيل فكرة النظام العام : تتمثل في استبعاد تطبيق القانون الأجنبي وإحلال قانون القاضي محله، وهو ما يعبر عنه بالأثر السلبي والإيجابي للنظام العام هذا الأخير الذي يعتبر نقطة إيجابية للمشرع الجزائري ، بالإضافة إلى الآثار التي تخص الحقوق المكتسبة في الخارج والمتمثلة في الأثر المخفف، و الأثر الانعكاسي للنظام العام، أما آثار الغش نحو القانون فتتمثل في استبعاد القانون الذي تم التحايل لصالحه، وإعمال القانون الذي تم التحايل عليه.

الخاتمة:

– مخالفة القانون الأجنبي في مجال الأحوال الشخصية للقواعد المستمدة من الشريعة الإسلامية و إن عقد له الاختصاص في حكم العلاقة القانونية، يستوجب تدخل القاضي لاستبعاد تطبيقه باسم النظام العام.

– تعد كل من مسألة الزواج وآثاره، وانحلاله والآثار المترتبة عنهما، من أهم تطبيقات الأحوال الشخصية التي يتم فيها استبعاد القانون الأجنبي، لارتكازها على المفاهيم الدينية و الخلقية.

– نظامي الانفصال الجسماني، والتبني اللذان قد يحدثان في الخارج كحقوق مكتسبة بالنسبة للأجانب الغير مسلمين من الأنظمة المجهولة في الجزائر بل و الغير جائزة، إلا أن المشرع قد وضع لهما قاعدة إسناد خاصة بهما، حتى لا تترك العلاقة القانونية دون حل، إعمالا لما يسمى بالأثر المخفف للنظام العام.

وعلى ضوء ما أسفرت عليه هذه الدراسة من نتائج، يمكن تقديم مجموعة من الاقتراحات:

– السعي إلى وضع مفهوم للنظام العام والغش نحو القانون، عن طريق وضع معايير عامة مبنية على أسس سليمة تعمل على مساعدة و توجيه القاضي.

– ضرورة تحديد القانون الذي يحل محل القانون الأجنبي، من قبل المشرع الجزائري في حالة استبعاده نتيجة لوجود غش نحو القانون مثلما فعل مع النظام العام.

– العمل على إضافة نصوص قانونية تبين بوضوح مقدار الاستبعاد الواقع على الأحكام الواردة في المادة 24 من القانون المدني في ما إذا كان هذا الاستبعاد جزئيا أم كليا خاصة و أنه يتسم بالتغيير.

وفي الأخير حاولت بقدر المستطاع من خلال هذا البحث أن ألم بكافة جوانب الموضوع راجية بذلك من المولى التوفيق والسداد، وأن يكون في بحثي هذا النفع لي ولغيري في الدنيا والآخرة، وصل اللهم على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليما كثيرا و آخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

الملاحق

الدولي للسلع في ظل دفاتر "النقل الدولي عبر الطرق" المبرمة في جنيف في 14 نوفمبر سنة 1975.

المادة 2 : ينشر هذا المرسوم في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.

حرر بالجزائر في 12 ذي الحجة عام 1408 الموافق 26 يوليو سنة 1988.

الشاذلي بن جديد

مرسوم رقم 88 - 144 مؤرخ في 12 ذي الحجة عام 1408 الموافق 26 يوليو سنة 1988 يتضمن المصادقة على الاتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الفرنسية، المتعلقة بأطفال الازواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال، الموقعة في مدينة الجزائر يوم 21 يونيو سنة 1988.

إن رئيس الجمهورية،

- بناء على الدستور لاسيما المادتان 111 - 17 و158 منه،

- وبمقتضى القانون رقم 88 - 22 المؤرخ في 28 ذي القعدة عام 1408 الموافق 12 يوليو سنة 1988 المتضمن الموافقة على الاتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الفرنسية المتعلقة بأطفال الازواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال، الموقعة في مدينة الجزائر يوم 21 يونيو سنة 1988،

- وبعد الاطلاع على الاتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الفرنسية، المتعلقة بأطفال الازواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال الموقعة في مدينة الجزائر يوم 21 يونيو سنة 1988،

يرسم ما يلي :

المادة الاولى : يصادق على الاتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، وحكومة الجمهورية الفرنسية، المتعلقة بأطفال الازواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال، الموقعة في مدينة الجزائر يوم 21 يونيو سنة 1988 وتنشر في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.

المادة 2 : ينشر هذا المرسوم في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.

حرر بالجزائر في 12 ذي الحجة عام 1408 الموافق 26 يوليو سنة 1988.

الشاذلي بن جديد

اتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الفرنسية تتعلق بأطفال الازواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال.

إن حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الفرنسية،

- رغبة منهما في دعم التعاون القضائي،

- وحرصا منهما على تحقيق أحسن حماية لأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال، وحرية تنقلهم بين البلدين،

- واقتناعا منهما بضرورة رعاية مصلحة هؤلاء الأطفال بالدرجة الأولى،

- ووعيا منهما بأن مصلحة الطفل تتطلب أن تكون لديه إمكانية المحافظة على علاقات هادئة ومنتظمة مع والديه اللذين هما في حالة الانفصال، حيثما توجد إقامتهما،

اتفقتا على ما يلي :

الفصل الاول

أحكام عامة

المادة الاولى

تعين وزارتا العدل سلطتين مركزيتين مكلفتين بالوفاء بالالتزامات المحددة في هذه الاتفاقية. ولهذا الغرض تتعامل هاتان السلطتان المركزيتان مباشرة، وتكون تدخلاتهما مجانا، كما تتعهدان بترقية تعاون السلطات المختصة في مجال حماية القصر.

المادة 2

يجب على السلطة المركزية في إحدى الدولتين أن تتخذ، بناء على طلب السلطة المركزية في الدولة الاخرى، جميع الاجراءات الملائمة لما يأتي :

أ) البحث عن مكان وجود الطفل المعني بالامر،

ب) تقديم المعلومات المتعلقة بحالة الطفل الاجتماعية أو المتعلقة باجراء قضائي يخصه لاسيما إرسال نسخة من الاحكام القضائية الصادرة في شأنه،

ج) تسهيل إيجاد أي حل ودي يضمن تسليم الطفل أو قيامه بزيارة،

د) تيسير تنظيم حق الزيارة أو ممارسته فعلا،

هـ) ضمان تسليم الطفل للطالب عندما يمنح حق تنفيذ الحكم،

و) إطلاع السلطة المركزية الملتمسة على التدابير المتخذة والنتائج المخصصة لها،

ز) تسهيل ممارسة حق الزيارة الفعلية الممنوح لاحد رعايا الدولة الاخرى في ترابها أو انطلاقا منه.

المادة 3

يتمتع الوالدان المتنازعان، بقوة القانون، في تراب كل من الدولتين بالمساعدة القضائية دون مراعاة مواردهما، من أجل تطبيق هذه الاتفاقية.

المادة 4

1 – تتخذ إجراءات الحماية القضائية أو الادارية الخاصة بشخص الطفل القاصر من رعايا إحدى الدولتين فقط بعد استشارة القنصلية المختصة لهذه الدولة.

2 – تعلم القنصلية المختصة إقليميا باجراءات الحماية القضائية أو الادارية الخاصة بشخص الطفل القاصر المولود من أحد رعايا إحدى الدولتين فقط بمجرد إتخاذها.

الفصل الثاني

المحافظة على علاقات الطفل بالوالدين

المادة 5

يقصد بالجهة القضائية المختصة في هذه الاتفاقية، الجهة القضائية التي يوجد بدائرة اختصاصها المسكن الزوجي، باعتباره مكان الحياة العائلية المشتركة.

المادة 6

يتعهد الطرفان المتعاقدان بضمان ممارسة حق الزيارة فعلا للازواج الذين هم في حالة الانفصال، داخل حدود أحد البلدين وفيما بين حدودهما.

كل حكم قضائي تصدره الجهات القضائية التابعة للطرفين المتعاقدين وينص على حضانة طفل، يمنح في الوقت نفسه الوالد الآخر حق الزيارة بما في ذلك بين حدود البلدين.

وإذا كانت هناك ظروف استثنائية تعرض صحة الطفل الجسمية أو المعنوية لخطر مباشر، فعلى القاضي أن يكيف طرق ممارسة هذا الحق وفقا لمصلحة هذا الطفل.

المادة 7

يتعرض الوالد الحاضن للمتابعات الجزائية الخاصة بعدم تسليم الاطفال التي تنص وتعاقب عليها التشريعات الجزائية في كلتا الدولتين، عندما يرفض ممارسة حق الزيارة فعلا داخل حدود أحد البلدين أو فيما بين حدودهما الذي منح بمقتضى حكم قضائي للوالد الآخر.

يباشر وكيل الجمهورية المختص إقليميا بمجرد تسلمه شكوى الوالد الآخر المتابعات الجزائية ضد مرتكب المخالفة.

المادة 8

يتعهد الطرفان المتعاقدان بضمان عودة الطفل الفعلية الى البلد الذي غادره بعد انتهاء الزيارة فيما بين حدودهما:

1 – إذا لم يرد الطفل الذي أخذ الى البلد الآخر الى الوالد الحاضن، عند انتهاء فترة الزيارة فيما بين حدود البلدين التي حددتها السلطة القضائية المختصة حسب مفهوم المادة 5، فلا يمكن رفض الاعتراف بالتدابير القضائية القابلة للتنفيذ المتضمنة حق الزيارة فيما بين حدود بلديهما ولا رفض تنفيذها الفوري، وهذا رغم أي حكم صادر أو دعوى مباشرة فيما يخص حضانة الطفل.

2 – تطبق أحكام الفقرة الاولى من هذه المادة إذا تم تنقل الطفل خارج الفترات التي حددتها السلطة القضائية المختصة.

المادة 9

تعد الاحكام القابلة للتنفيذ أو التي صدر أمر تنفيذها حسب الحالة رخصة للخروج من التراب الوطني.

المادة 10

يصدر الحكم القضائي الذي ينص على الاعتراف بحق الزيارة فيما بين حدود البلدين وتنفيذها في صيغة نفاذ مؤقت، رغم ممارسة أي حق في الطعن.

المادة 11

يعرض الوالد الحاضن للطفل المسألة على السلطة المركزية أو مباشرة على وكيل الجمهورية الذي يتبعه المكان الذي تمارس فيه الحضانة عادة، من أجل تطبيق المادة 8.

يلتمس وكيل الجمهورية المختص بدون تأخير استعمال القوة العمومية لتنفيذ إجباري يضمن رجوع الطفل فعلا إلى التراب الذي غادره.

الفصل الثالث

أحكام خاصة

المادة 12

يتعهد الطرفان المتعاقدان بالسعي لدراسة الخلافات القائمة وقت دخول هذه الاتفاقية حيز التطبيق انطلاقا من أحكامها ومراعاة لمصلحة الطفل.

وتحدث لهذا الغرض بمجرد التوقيع على هذه الاتفاقية لجنة متساوية الاعضاء تكلف بتسهيل تسوية الخلافات. وتنتهي مهمة هذه اللجنة بعد سنة من تنصيبها.

ويعرض كل من الوالدين المسألة على هذه اللجنة. تخول هذه اللجنة أن تطلب من السلطتين المركزيتين المعينتين في المادة الاولى إجراء تحريات في كلتا الدولتين تقوم بها السلطات الادارية والقضائية المختصة.

وتعطي آراء مسببة في حق الحضانة وحق الزيارة وفي كيفيات تنظيمها.

ويمكن أي والد معني، على ضوء هذا الرأي، أن يطلب من القاضي الذي حدد حق الحضانة وحق الزيارة تعديل قراره وفقا لاحكام هذه الاتفاقية التي تكون قد دخلت حيز التطبيق حينئذ.

يتخذ الطرفان المتعاقدان التدابير الملائمة لتسهيل تسوية هذه الخلافات حتى لا تباشر المتابعات الجزائية المتعلقة بهذه الخلافات أو من أجل إيقافها.

الفصل الرابع

أحكام ختامية

المادة 13

تبقى سارية المفعول أحكام اتفاقية 1964/8/27 المتعلقة بتنفيذ الاحكام، وتسليم المجرمين، وأحكام تبادل رسائل 18 / 9 / 1980 التي لم ينص عليها بصفة خاصة في هذه الاتفاقية.

المادة 14

1 – يبلغ كل من الطرفين المتعاقدين الطرف الآخر، إتمام الاجراءات التي يتطلبها دستوره لدخول هذه الاتفاقية حيز التطبيق.

2 – تدخل هذه الاتفاقية حيز التطبيق في اليوم الاول من الشهر الموالي لتاريخ تسلم التبليغ الاخير.

3 – يمكن كل واحد من الطرفين المتعاقدين الغاء هذه الاتفاقية في أي وقت بارسال اشعار بالالغاء الى الطرف الآخر عن الطريق الدبلوماسي.

يسري مفعول الالغاء بعد سنة واحدة من تاريخ تسلم الاشعار المذكور.

حرر بالجزائر في 7 ذي القعدة عام 1408 الموافق 21 يونيو سنة 1988، في نسختين أصليتين باللغتين العربية والفرنسية، ولكليهما نفس القوة القانونية.

عن حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية	عن حكومة الجمهورية الفرنسية
وزير العمل والشؤون الاجتماعية	الوزيرة المفوضة المكلفة بالأسرة والتضامن
محمد نابي	جورجينا ديفوا

مراسيم تنظيمية

مرسوم رقم 88 – 145 مؤرخ في 12 ذى الحجة عام 1408 الموافق 26 يوليو سنة 1988 يتضمن نقل اعتماد في ميزانية الدولة.

إن رئيس الجمهورية،

– بناء على تقرير وزير المالية،

– وبناء على الدستور، لاسيما المادتان 111 – 10 و 152 منه،

– وبمقتضى القانون رقم 84 – 17 المؤرخ في 8 شوال

قائمة المصادر و المراجع

قائمة المصادر والمراجع:

القرآن الكريم.

أولا: الكتب

1- أحمد الفضلي، **الموجز في القانون الدولي**، تنازع القوانين، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية، ط1، دار قنديل، الأردن، 2004.

2- أحمد عبد الحميد عشوش، **القانون الدولي الخاص**، الجنسية، تنازع القوانين، 2012.

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

4- أحمد عبد الكريم سلامة، **القانون الدولي الخاص**، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، د.س.ن.

5- أحمد محمد علي داود، الحقوق **المتعلقة بالتركة بين الفقه والقانون**، ط1، دار الثقافة للنزر والتوزيع، الأردن، 2007.

6- إسحاق إبراهيم منصور، **نظريتا الحق والقانون وتطبيقاتها في القوانين الجزائرية**، ط1999، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، د.س.ن.

7- أعراب بلقاسم، **القانون الدولي الخاص الجزائري**، تنازع القوانين، ط13، دار هومة، الجزائر، 2013، ج1.

8- العربي بلحاج ، **أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد**، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2012.

9- العربي بلحاج ، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الزواج والطلاق**، ط4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ج1.

10- جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ط1، منشورات كليك، الجزائر، 2013.

11- حسن الهداوي، **القانون الدولي الخاص**، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، ط2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1997.

12- حفيظة السيد، **الموجز في القانون الدولي الخاص**، المبادئ العامة في تنازع القوانين، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2005، الكتاب الأول.

13- عبد الرزاق دربال ، **الوافي في القانون الدولي الخاص**، النظرية العامة في تنازع القوانين في التشريع الجزائري والمقارن، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، د.ش.ن، الكتاب الأول، ص 143-144.

14- عبد الرزاق دربال ، **الوجيز في أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري**، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، د.س.ن.

15- سامي بديع منصور، **الوسيط في القانون الدولي الخاص**، تقنية وحلول النزاعات الدولية الخاصة، ط1، دار العلوم العربية للطباعة والنشر، لبنان، 1994.

16- سعيد يوسف البستاني، **الجامع في القانون الدولي الخاص**، المضمون الواسع المتعدد الموضوعات، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009.

17- سعيد يوسف البستاني، **القانون الدولي الخاص**، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2004.

18- صلاح الدين جمال الدين، **قانون العلاقات الخاصة الدولية**، دراسة في ضوء الشريعة الإسلامية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006.

19- الطيب زروتي، **القانون الدولي الخاص الجزائري**، تنازع القوانين، ط2، مطبعة الفيسلة، الجزئر، 2013، ج1.

20- الطيب زروتي، **دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري**، دار هومة، الجزائر، 2010.

21- عامر محمود الكسواني، **موسوعة القانون الدولي الخاص**، تنازع القوانين، ط1، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، 2010.

22- عبد الرزاق أحمد السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد**، نظرية الإلتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009، الكتاب الأول.

23- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، دار هومة، الجزائر، 2007.

24- عبد الله عبد الرحمان السعيدي، **أحكام الزواج والطلاق في الشريعة الإسلامية**، ط1، الآفاق المشرقة للنشر والتوزيع، عمان، 2011.

25- عبده جميل غصوب، **دروس القانون الدولي الخاص**، ط1، المؤسسة الجامعية لدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2008.

26- عز الدين عبد الله، **القانون الدولي الخاص**، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، ط9، الهيئة المصرية العامة للكتاب، د.ب.ن، 1986، ج2.

27- محمد عبد العال عكاشة ، **دراسات في القانون الدولي الخاص في دولة الإمارات العربية المتحدة**، دار الجامعة الجديد للنشر، الإسكندرية، د.س.ن.

28- علي علي سليمان، **مذكرات في القانون الدولي الخاص**، دار هومة، الجزائر، 2010.

29- كمال عليوش قربوع ، **القانون الدولي الخاص الجزائري**، تنازع القوانين، ط2، دار هومة، الجزائر، 2007، ج1.

30- عماد الدين أبي الفداء اسماعيل بن كثير القرشي، **تفسير القرآن الكريم**، مؤسسة الريان للطباعة والنشر و التوزيع، د.س.ن، المجلد الثالث.

31- غالب علي الداودي، وحسن محمد الهداوي، **القانون الدولي الخاص**، الجنسية، الموطن، مركز الأجانب وأحكامه في القانون العراقي، د.د.ن، د.ب.ن، ج7.

32- فتحي الدريني، **نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي**، ط4، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1988.

33- قدري عبد الفتاح الشهاوي، **موسوعة تشريعات الأحوال الشخصية**، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2001.

34- مجد الدين خربوط، **القانون الدولي الخاص**، تنازع القوانين، منشورات حلب، د.ب.ن، 2008.

35- محمد الصغير بعلي، **المدخل للعلوم القانونية**، نظرية القانون، نظرية الحق، دار العلوم للنشر، عنابة، 2006.

36- محمد مصطفى الحسيني، **الأحوال الشخصية في الولاية والوصية والوقف**، مطبعة دار التأليف، د.ب.ن، د.س.ن.

37- محمد وليد المصري، **الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص**، دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009.

38- عبد الكريم ممدوح ، **القانون الدولي الخاص**، تنازع القوانين، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2005.

39- نادية فوضيل، **تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني**، دار هومة، الجزائر، 2002.

40- نسرين شريقي وسعيد بو علي، **القانون الدولي الخاص الجزائري**، ط1، دار بلقيس، الجزائر، 2013.

41- نسرين شريقي وكمال بوفرورة، **قانون الأسرة الجزائري**، ط1، دار بلقيس للنشر، الجزائر، 2013.

42- هشام صادق وآخرون، **القانون الدولي الخاص**، تنازع القوانين، الاختصاص القضائي الدولي، الجنسية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2006.

ثانيا: الكتاب باللغة الفرنسية

43- Daniel Gutmann, **Droit international**, privé, 5emeéd, paris, 2007.

ثالثا: الرسائل الجامعية

أ- الدكتوراه

1- آمال رواق ، **علاقة الأسرة الجزائرية بفروع القانون الأخرى في تنظيم مسائل الزواج والطلاق وآثارهما**، دراسة مقارنة، رسالة مقدمة لنيل درجة دكتوراه في الشريعة والقانون، تخصص أحوال شخصية، كلية الشريعة والاقتصاد، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، 2015-2016.

ب- الماجستير

1- حمزة بوخروبة ، **موانع تطبيق القانون الأجنبي في ضوء المادة 24 من القانون المدني الجزائري**، دراسة مقارنة، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سطيف-2-، 2013-2014.

2- عبد الله سنينات ، **دور النظام العام في حماية الرابطة الزوجية وانحلالها في إطار القانون الدولي الخاص**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع قانون الأسرة، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2008-2009.

3- فاطمة الزهراء مريني ، **النظام العام كأداة لاستبعاد القانون الفرنسي على ضوء تعديل 2005 للقانون المدني**، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة درجة الماجستير في الحقوق في إطار مدرسة دكتوراه، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة أمحمد بوقرة، بومرداس، 2009.

ج- الماستر

1- أمينة شلابي، **استبعاد تطبيق القانون الأجنبي طبقا للمادة 24 من القانون المدني الجزائري**، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة أكلي أولحاج، البويرة، 2015.

2- محمد خنيش، **الدفع بالنظام العام في تنازع القوانين في مسائل الأحوال الشخصية**، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون الأحوال الشخصية، كلية الحقوق، جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة، 2016.

رابعا: النصوص القانونية

1- الأمر رقم: 70-20 المؤرخ في: 13 ذي الحجة 1389هـ، الموافق ل: 19 فبراير 1970 المتعلق بالحالة المدنية المعدل والمتمم بالقانون رقم 14-08 المؤرخ في 9 أوث 2014.

2- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في رمضان عام 1395هـ، الموافق ل: 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني.

3- القانون رقم: 84-11 المؤرخ في: 9 رمضان 1404، الموافق ل: 9 يونيو 1984م، المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالقانون رقم: 05-09 المؤرخ في ربيع الأول 1426هـ، الموافق ل: 4 ماي 2005. القانون رقم: 08-09 المؤرخ في: 18 صفر 1429هـ، الموافق ل: 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

4- القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 المعدل والمتمم للمرسوم 75-58 المؤرخ في 20 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني.

5- القانون رقم: 08-09 المؤرخ في: 18 صفر 1429هـ، الموافق ل: 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

خامسا: المجلات القضائية

1- مجلة المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار مؤرخ في 12-7-2006، ملف رقم 358348، عدد2، 2006.

2-المجلة القضائي غرفة الأحوال الشخصية، قرار مؤرخ في17-10- 1990، ملف رقم63219، عدد2، 1991.

3-المجلة القضائية، غرفة الأحوال الشخصية، قرار مؤرخ في25-07-1995، ملف رقم 123051، عدد1، 1996.

4-المجلة القضائية، غرفة الأحوال الشخصية، قرار مؤرخ في09-07-1984، ملف رقم 33509، عدد3، 1989.

5-المجلة القضائية، غرفة الأحوال الشخصية، قرار مؤرخ في 19-02-1990، ملف رقم 59013، عدد4، 1991.

6- المجلة القضائية، غرفة الأحوال الشخصية، قرار مؤرخ في17-12-1984، ملف رقم35087، عدد1.

7-المجلة القضائية، غرفة الأحوال الشخصية، قرار مؤرخ في21-11-2000، ملف رقم 246924، عدد2، 2001.

8-اجتهاد قضائي، غرفة الأحوال الشخصية، قرار مؤرخ في 18-01-2000، ملف رقم 234949، عدد خاص، 2001.

9-المجلة القضائية، غرفة الأحوال الشخصية، قرار مؤرخ في 12-01-1989، ملف رقم 52207، عدد4، 1990.

سادسا: المقالات

1- سفيان بومراو ، **تنازع القوانين في مجال انعقاد الزواج**، دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، عدد خاص 2015.

2-يوسف مسعودي ، **القانون الواجب التطبيق على شكل الزواج**، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، عدد خاص 2015.

3-كمال عليوش قربوع ، **القانون الواجب التطبيق على انحلال الرابطة الزوجية و الانفصال الجسماني في القانون الدولي الخاص الجزائري**، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، عدد خاص 2015.

4-نصيرة تواتي، **إشكالات خضوع الإنفصال الجسماني لظابط الجنسية**، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، عدد خاص 2015.

5-دليلة تريكي ، **القانون الواجب التطبيق على قضايا الميراث والتصرفات المضافة إلى مابعد الموت في القانون الجزائري**، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، عدد خاص 2015.

1-نور الدين بوسهوة ، **مسائل الأحوال الشخصية المستحدثة سنة 2005 وعلاقتها بالنظام العام**، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، عدد خاص 2015.

سابعا: المواقع الإلكترونية

1-www. Pdffaqctory.com

2- sciences juridiques.ahla montada.net

الفهرس

الفهرس	الصفحة
مقدمة	**أب ..**
الفصل الأول: حالات استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق	**5**
المبحث الأول: حالة النظام العام.	**6**
المطلب الأول: مفهوم النظام العام وخصائصه.	**6**
الفرع الأول: مفهوم النظام العام.	**6**
الفرع الثاني: خصائص النظام العام وتمييزه في القانون الداخلي والقانون الدولي.	**11**
أولا: خصائص النظام العام.	**11**
ثانيا: تمييز النظام العام في القانون الدولي الخاص عن القانون الداخلي وعن القوانين ذات التطبيق المباشر.	**13**
المطلب الثاني: شروط الدفع بالنظام العام والآثار المترتبة عنه.	**17**
الفرع الأول: شروط الدفع بالنظام العام.	**18**
أولا: أن يثبت الاختصاص للقانون الأجنبي بموجب قاعدة الإسناد في قانون القاضي.	**18**
ثانيا: أن تكون المخالفة للنظام العام حالية.	**18**
ثالثا: أن يكون القانون الأجنبي مخالفا في حكمه لمقتضيات النظام العام.	**20**
الفرع الثاني: آثار الدفع بالنظام العام.	**20**
أولا: آثاره بالنسبة لإنشاء الحقوق في دولة القاضي.	**20**
ثانيا: آثاره بالنسبة للحقوق المكتسبة في الخارج.	**24**
المبحث الثاني: حالة الغش نحو القانون.	**29**
المطلب الأول: نشأة الغش نحو القانون ومفهومه.	**29**
الفرع الأول: نشأة الغش نحو القانون.	**29**
الفرع الثاني: مفهوم الغش نحو القانون.	**31**
المطلب الثاني: شروط الدفع بالغش نحو القانون وآثاره.	**34**
الفرع الأول: شروط الدفع بالغش نحو القانون.	**35**
أولا: الشروط الأصلية للدفع بالغش نحو القانون.	**35**
ثانيا: الشروط الاحتياطية للدفع بالغش نحو القانون.	**39**

الفرع الثاني: آثار الدفع بالغش نحو القانون.	**41**
أولا: استبعاد القانون الذي تم التحايل لصالحه.	**41**
ثانيا: إعمال القانون الذي تم التحايل عليه.	**44**
الفصل الثاني: تطبيقات استبعاد القانون الأجنبي في مجال الأحوال الشخصية.	**46**
المبحث الأول: تطبيقات استبعاد القانون الأجنبي على الزواج وآثاره.	**46**
المطلب الأول: تطبيقات استبعاد القانون الأجنبي على الزواج.	**47**
الفرع الأول: تطبيقات استبعاد القانون الأجنبي على الشروط الموضوعية للزواج.	**47**
الفرع الثاني: تطبيقات استبعاد القانون الأجنبي على الشروط الشكلية للزواج.	**53**
المطلب الثاني: تطبيقات استبعاد القانون الأجنبي على آثار الزواج.	**57**
الفرع الأول: تطبيقات استبعاد القانون الأجنبي على الآثار الشخصية للزواج.	**57**
الفرع الثاني: تطبيقات استبعاد القانون الأجنبي على الآثار المالية للزواج.	**64**
المبحث الثاني: تطبيقات استبعاد القانون الأجنبي على انحلال الزواج وآثاره.	**68**
المطلب الأول: تطبيقات استبعاد القانون الأجنبي على انحلال الزواج.	**68**
الفرع الأول: تطبيقات استبعاد القانون الأجنبي على الطلاق.	**68**
الفرع الثاني: تطبيقات استبعاد القانون الأجنبي على الانفصال الجسماني.	**72**
المطلب الثاني: تطبيقات استبعاد القانون الأجنبي على آثار انحلال الزواج.	**74**
الفرع الأول: تطبيقات استبعاد القانون الأجنبي على الحضانة.	**74**
الفرع الثاني: تطبيقات استبعاد القانون الأجنبي على الوصية والميراث.	**79**
أولا: تطبيقات استبعاد القانون الأجنبي على الوصية.	**80**
ثانيا: تطبيقات استبعاد القانون الأجنبي على الميراث.	**83**
خاتمة.	**87**
الملاحق.	**89**
قائمة المصادر والمراجع.	**90**
الفهرس.	**96**