جامعة 20 أوت 1955 – سكيكدة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم: الحقوق

استبعاد تطبيق القانون الأجنبي على ضوء التشريع الجزائري

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر تخصص: قانون الأعمال

من تقديم الطالبتين:

- **بلادة زهرة**
- **بلكحلة أمينة**

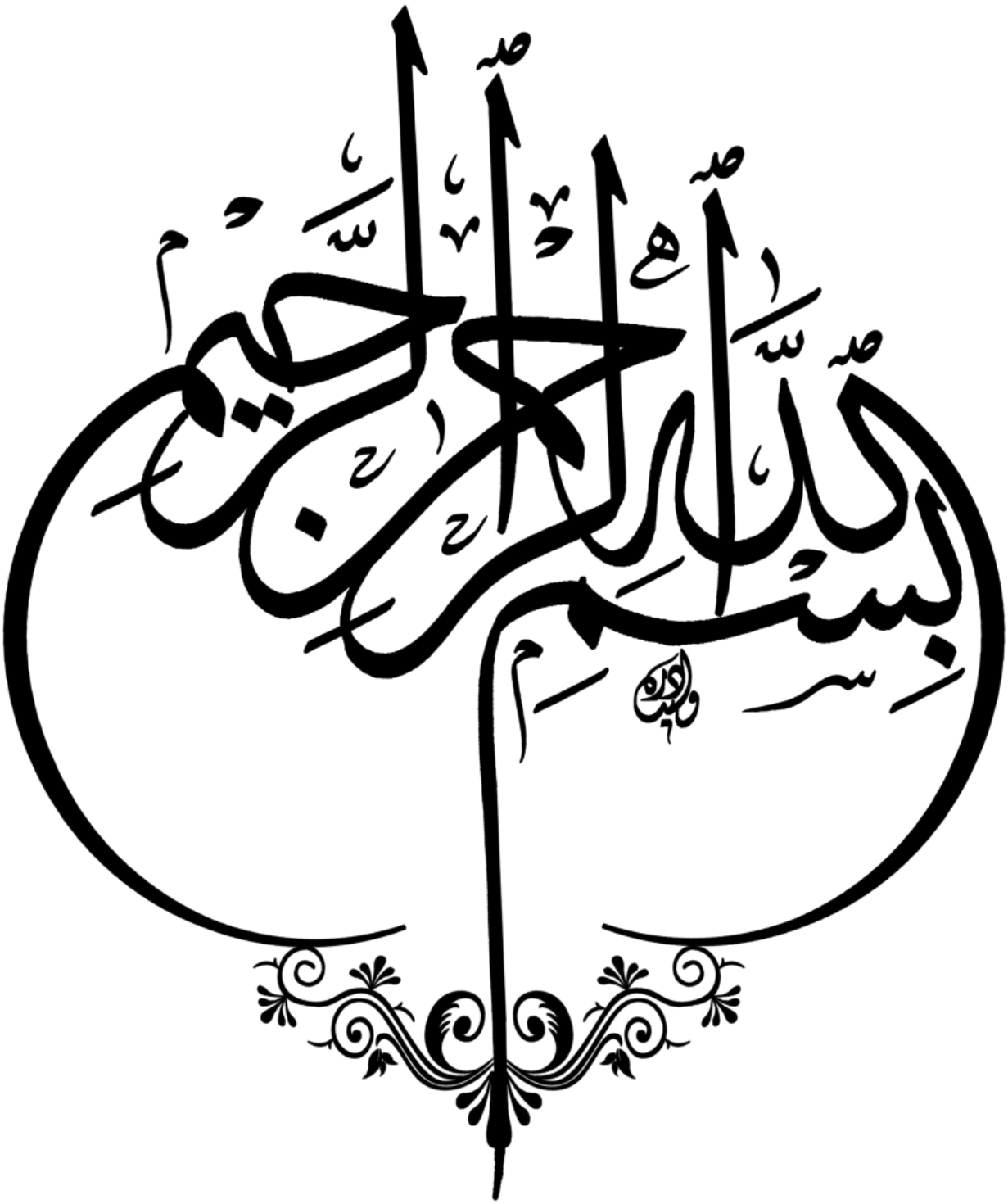
تحت إشراف:

د/ طوطاوي محمد أمين

أعضاء لجنة المناقشة:

الاسم واللقب	الرتبة العلمية	الصفة
د. قاري علي	أستاذ محاضر	رئيسا
د.طوطاوي محمد أمين	أستاذ محاضر	مشرفا و مقررا
د.قنطار كوثر	أستاذة محاضر	مناقشا

دورة جوان 2026


بسم الله الرحمن الرحيم

شكر وعرفان

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات،
وبفضله تُنال الغايات وتتحقق الأمنيات،

نتقدم بأسمى آيات الشكر والعرفان إلى الأستاذ الفاضل طوطاوي محمد أمين، الذي تول الإشراف على هذه المذكرة بكل رحابة صدر، ورافقنا بتوجيهاته السديدة وملاحظاته القيّمة، فكان لنا خير سند في مختلف مراحل هذا العمل.

كما نعرب عن بالغ امتناننا لأعضاء لجنة المناقشة الموقّرين
د/ قاري علي رئيسا
د/ قنطار كوثر مناقشا
الذين تكبدوا عناء قراءة المذكرة و نعدهم على الالتزام بتصحيح ما يقدمونه لنا من ملاحظات

ولا يفوتنا أن نتوجه بجزيل الشكر والتقدير لكل من ساندنا ووقف إلى جانبنا، من قريب أو بعيد، في سبيل إنجاز هذا العمل.

الإهداء

الحمد لله حباً وشكرا وامتنانا على البدء والختام (وَآخِرُ دَعْوَاهُمْ أَنِ الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ).

لم تكن الرحلة قصيرة ولا الطريق محفوفا بالتسهيلات، لكنني فعلتها، فالحمد لله الذي يستر البدايات وبلغنا النهايات بفضله وكرمه

أهدي هذا النجاح لنفسي الطموحه أولاً ابتدت بطموح وانتهت بنجاح، ثم إلى رفيقة الدرب في هذا العمل، وجودك كان النور الذي أضاء الطريق والدعم الذي جعل كل شيئ أسهل، شكرا لروحك الجميلة وتعاونك الذي لايقدر بثمن.

"أمينة"

أهدي تخرجي إلى جنة الله في الأرض:

إلى من علمتني الأخلاق قبل الحروف إلى الجسر الصاعد بي إلى الجنة الى الداعمة الأولى في حياتي واليد الخفية التي أزالت عن طريقي الاشواك والمصاعب

أمي وصديقتي ورفيقة دربي **"الضاوية"**

أهدي تخرجي إلى ملهمي نجاحي: من ساندني بكل حب عند ضعفي أخواتي حنان، عز الدين فوزي،

أهدي تخرجي إلى أقرب شخص إلى قلبي إلى ضلي الحامي إلى توأم روحي، وجودك نعمة ورفقتك حياة

"دعاء".

واخيراً من قال أنا لها "نالها" وأنا لها إن أبت رغماً عنها أتيت بها.

الطالبة: بلادة زهرة

الإهداء

لكل بداية حكاية، وحكايتي بدأت بحلمٍ صغير كبر مع الأيام، وتزيّن بالإصرار، وتوّج بالنجاح.
شكرًا لي... لأنني واصلت رغم التعب، وآمنت رغم الشك، وثابرت رغم كل ما واجهته.
وشكرًا لصديقتي الغالية، شريكة الإنجاز، التي كانت الضوء في عتمة التعب، والسند في أوقات التحدي.

"زهرة "

إلى أمي فريدة يا من كان دعاؤك ظهري، ورضاك نوري، وفرحك زادي في الطريق، لكِ كل الامتنان والحب.

وإلى أبي عبد الرزاق مصدر قوتي وطمأنينتي، وملهمي الأول في معاني العطاء والصبر، فوجودك نعمة لا توصف.

إلى من فتحوا لي الأبواب، واحتملوا صبري، وأعطوني الفرصة لتحقيق حلمي

إلى إخوتي الذين كانوا لي القوة والدعم، وإلى كل من رافقني بكلمة طيبة أو دعاء صادق.

ريان جيهان، سعد الدين، منال.

وإلى سكر البيت وقطعة من قلبي أختي الصغير، إلى أقرب شخص إلى قلبي إلى ضلي الحامي إلى توأم روحي، وجودك نعمة ورفقتك حياة

"دعاء"

إلى من كانوا بجانبي بقلبهم قبل وجودهم، صديقاتي العزيزات، رفيقات السهر والفرح، والشاهدات على كل لحظة تعب ونجاح.

إلى من أناروا لنا دروب العلم، وفتحوا لنا آفاق الفكر أساتذتي الكرام، شكرًا من القلب.

الطالبة: بلكحلة أمينة

قائمة أهم المختصرات:

ج.ر.ع: الجريدة الرسمية، العدد.

د.ب.ن: دون بلد النشر.

ج: الجزء.

د.د.ن: دون دار النشر.

د.س.ن: دون سنة النشر.

د.ط: دون طبعة.

ص: الصفحة.

ط: رقم الطبعة.

مقدمة

يشهد المجتمع الدولي المعاصر حركية غير مسبوقة للأفراد، ورؤوس الأموال والخدمات عبر الحدود الوطنية نتيجة للثورة التكنولوجية والانفتاح الاقتصادي، هذا التداخل المتنامي أدى بالضرورة إلى نشوء اشكالات قانونية تتجاوز في عناصرها حد السيادة الإقليمية للدولة الوطنية

مما ادى الى بروز مشكلة تنازع القوانين بين الأنظمة القانونية على اختلافها، و أمام هته الوضعية سعت الدول الى تنظيم هذا النوع من العلاقات الخاصة من خلال تحديد القانون الواجب التطبيق عليها للفصل في النزاع المطروح .

وتحقيقا لإعتبارات الملائمة التي تقوم عليها قواعد الإسناد الوطنية كونها ذات طبيعة مزدوجة فسحت التشريعات المجال لتطبيق القوانين الأجنبية على إقليمها ، إعمالا للمبدأ الذي يقوم عليه التنازع بحكم علاقة المشتملة على العنصر الأجنبي ، والذي يقضي بافساح المجال لتطبيق القوانين الأجنبية.

ومن هذا المنطلق سعت الدولة الجزائرية في منظومتها التشريعية الى الزام القاضي بتطبيق القانون الاجنبي ، الا أن هته القاعدة ليست مطلقة ، حيث منحت لهذا الأخير صلاحية استبعاده للقانون الأجنبي اذا تضمن ما يخالف المبادئ الجوهرية لدولة القاضي اعمالا لفكرة النظام العام ، كما قد يمتنع القاضي عن تطبيق القانون الأجنبي عندما يثبت أن الأطراف قد تلاعبوا بضوابط الإسناد بصفة مصطنعة ومعتمدة للهروب من أحكام القانون الوطني وهو ما تبناه المشرع الجزائري ضمن مواده الخاصة بتنازع القوانين ، و تحديدا في نص المادة 24 من القانون المدني الجزائري في اطار حل النزاعات المشوبة بعنصر أجنبي .

أهمية الموضوع

تكتسي دراسة موضوع "استبعاد تطبيق القانون الأجنبي على ضوء التشريع الجزائري" أهمية بالغة تتوزع على الصعيدين النظري والعملي. فإعمال موانع تطبيق القانون الأجنبي المختص للفصل في النزاع بموجب قواعد الاسناد الوطنية وتحديد طبيعتها القانونية في ظل المرونة الفقهية والقضائية امر من شأنه حماية المصلحة الوطنية والنظام العام الوطني .

كما تكمن الاهمية العملية لدراستنا للموضوع في كونها مرتبطة بالعمل القضائي اليومي، خاصة في قضايا الأحوال الشخصية و الأحوال العينية والإلتزمات التعاقدية عبر الحدود ،فهو يقدم

للممارس القانوني والقاضي الجزائري معايير وضوابط موضوعية واضحة تمكنه من إعمال سلطته التقديرية بدقة عند تطبيق القانون الأجنبي، ومعرفة متى وكيف يتدخل لاستبعاده تفعيلا للمادة 24 من القانون المدني الجزائري.

أسباب اختيار الموضوع

تتنوع الأسباب التي دفعتنا لولوج غمار البحث في هذا الموضوع بين اعتبارات موضوعية وأخرى ذاتية:

الأسباب الموضوعية:

_ الحاجة الملحة لدراسة وسائل استبعاد تطبيق القانون الأجنبي، ومدى كفاية النصوص التشريعية الجزائرية لصد محاولات التحايل القانوني ومواكبة التزايد المستمر للنزاعات القضائية المطروحة أمام المحاكم الجزائرية المتضمنة العنصر الاجنبي .

- رصد الحدود والضوابط التي وضعها المشرع الجزائري في نص المادة 24 من القانون المدني الجزائري لاستبعاد تطبيق القوانين الاجنبية حماية للمصالح الوطنية .

الأسباب الذاتية:

1- _ ما هو المفهوم القانوني للنظام العام في القانون الدولي الخاص الجزائري؟ وما هي الشروط الواجب توافرها قانونا لإعمال الدفع به ؟.

2 – ماهي الآثار المترتبة على استبعاد تطبيق القانون الاجنبي على ضوء المادة 24 من القانون المدني الجزائري ؟

اهداف الدراسة :

تكمن اهداف الدراسة في :

–الوقوف على معاملة القانون الاجنبي أمام القضاء الوطني .

–معرفة الجوانب العملية المترتبة على اثار استبعاد تطبيق القانون الاجنبي من قبل القاضي الوطني .

-لتسليط الضوء على المنظومة التشريعية و ما يشوب نص 24 من القانون المدني الجزائري من نقائص يتوجب على المشرع الجزائري تداركها ومحاولة إيجاد حلول اعتمادا على الاجتهادات القضائية المقارنة.

إشكالية الدراسة :

بما ان موضوع استبعاد تطبيق القانون الاجنبي يثير العديد من الاشكالات القانونية هنا تطرح الاشكالية التالية : **كيف نظم المشرع الجزائري استبعاد تطبيق القانون الأجنبي ، وهل تحقق من جلالها التوازن بين متطلبات التعاون القانوني الدولي وحماية النظام العام؟**

كما يتفرع من هته الإشكالية، مجموعة من الأسئلة الفرعية:

2- ما هو المفهوم القانوني للنظام العام في القانون الدولي الخاص الجزائري؟ وما هي الشروط الواجب توافرها قانونا لإعمال الدفع به ؟.

2 - ماهي الآثار المترتبة على استبعاد تطبيق القانون الاجنبي على ضوء المادة 24 من القانون المدني الجزائري ؟

المنهج المتبع:

وللإجابة على هذه الإشكالية الرئيسية التي يطرحها موضوعنا وكذا الأسئلة الفرعية التابعة لها اعتمدنا في هذه الدراسة على المنهج التحليلي من خلال تحليل مختلف النصوص القانونية والاحكام القضائية التي تعنى بالدراسة .

وكذا استعمال المنهج الوصفي قصد وصف بعض المفاهيم و تحديدو الوسائل القانونية المكرسة لاستبعاد القانون الاجنبي .

خطة البحث:

وللإجابة عن هذه الإشكالية المطروحة تم تقسيم هذا البحث إلى فصلين متكاملين

جاء الفصل الأول تحت عنوان : الدفع بالنظام العام لاستبعاد لتطبيق القانون الأجنبي

حيث تطرقنا فيه لمبحثين هامين :

المبحث الاول :ماهية النظام العام

المبحث الثاني: آثار الدفع بالنظام العام وتطبيقاته

أما الفصل الثاني ،فقد خصصناه لإستبعاد القانون الأجنبي بسبب الغش نحو القانون،حيث تم التطرق من خلاله إلى :

المبحث الاول: ماهية الغش نحو القانون

المبحث الثاني: اعمال الدفع بالغش نحو القانون

الفصل الأول

الدفع بالنظام العام لاستبعاد لتطبيق القانون الأجنبي

انسجاما مع الاتجاه الفقهي الحديث، تعترف معظم الدول بفكرة النظام العام باعتبارها وسيلة قانونية تهدف إلى استبعاد تطبيق القانون الأجنبي كلما تعارض مع المبادئ الأساسية السائدة فيها. غير أن تطبيق هذه الفكرة من طرف القاضي قد يثير جملة من الصعوبات، من أبرزها غياب تعريف موحد ومحدد لها، مما جعل مفهوم النظام العام يتسم بالغموض والتباين الفقهي ،كما يمكن توضيحها أكثر من خلال تطرق إلى مجموعة التعاريف الفقهية و القانونية، قبل الانتقال إلى البحث في شروط إعمالها.كما أجازت التشريعات للقاضي رخصة تطبيق القوانين الأجنبية شريطة خلوها من الموانع المشار اليها في نصوص قوانينها ، إن موانع تطبيق القانون الأجنبي المختص يجرنا لمجموعة من الآثار المترتبة عن هذا الاستبعاد وتكريسها تطبيقيا تبعا لذلك سيتم تناول هذه الاشكاليات من خلال المباحث التالية :

المبحث الأول: ماهية النظام العام

تعد فكرة النظام العام من المفاهيم الأساسية التي يقوم عليها البناء القانوني، إذ تهدف إلى حماية المصالح الجوهرية للمجتمع وضمان استقرار، ولتحديد ماهيته، يقتضي الأمر البحث في مدلوله من خلال محاولة وضع تعريف دقيق له يبرز نطاقه وأبعاده، كما يستلزم ذلك بيان خصائصه التي تميزه عن غيره من المفاهيم القانونية.

كما يقتضي إعمال الدفع بالنظام العام توافر مجموعة من الشروط القانونية التي تسمح بإثارته والاحتجاج به أمام القضاء، بإعتباره من الدفوع المرتبطة بحماية المصلحة العامة وإحترام القواعد الأمرة في المجتمع .

المطلب الأول: مفهوم النظام العام وخصائصه

تعد فكرة النظام العام فكرة شائعة ومتنوعة تشمل مختلف فروع القانون العامة منه أو الخاصة نظرا لدوره الفعال في حماية الأسس الجوهرية التي يقوم عليها قانون القاضي، واستنادا لخصوصيته القانونية لا نجد له تعريفا موحدا ودقيقا لإختلاف النظم القانونية التي تقوم عليها الدول ،وعليه وجب البحث في مفهومه ثم تحديد خصائصه .

الفرع الأول :التعريف الفقهي والقانوني للنظام العام

من أجل الإحاطة بمفهوم النظام العام، سيتم التطرق إلى تعريفه الفقهي والقانوني، باعتبارهما الأساس في بيان مدلوله.

أولا: التعريف الفقهي للنظام العام

اتفق الفقهاء على أن وضع تعريف دقيق للنظام العام يعد أمرا بالغ الصعوبة، نظرا لاتساع مفهومه وتغيره بحسب الزمان والمكان لما يتسم به من مرونة وعدم استقرار[1].

[1] –عليان عدة، فكرة النظام العام وحرية التعاقد في ضوء القانون الجزائري والفقه الإسلامي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان ، الجزائر سنة 2015–2016،ص26.

وعليه نجد العديد من الفقهاء وبعض الإجتهادات القضائية ، قد أهتموا بتعريفه الا أنهم لم يجمعوا على اعطاءه تعريفا موحدا ، نظرا لمفهومه الواسع، فهو ذا بعد نسبي فضفاض[1] متغير من حيث الزمان والمكان لكن هذا لا يمنع من اتفاق جلهم على بعض العناصر القائمة على الأسس المشتركة والقواعد الآمرة التي لا يجوز للأفراد الإتفاق على مخالفتها.

كما عرفه الأستاذ العربي بلحاج "أن فكرة النظام العام والآداب العامة هي من ادق الافكار القانونية من حيث نطاقها وطبيعتها، ويمكن القول بأن النظام العام هو مجموعة المصالح الأساسية التي يقوم عليها كيان المجتمع سواء كانت سياسية، إجتماعية، اقتصادية[2]، .

على حسب إتجاه أغلبية الفقهاء فقد ذهبوا على تعريفه بأنه: "تلك القواعد التي تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة للمدتمع سواءا من الناحية السياسية أو الاقتصادية أو الاجتماعية."[3]

وعرفه الدكتور ماجد راغب الحلو النظام العام من منظور الظبط الإداري " النظام العام هو الحالة التي يكون عليها المجتمع محميا من الأخطار التي تهدد أفراده في أمنهم أو صحتهم أو سكينتهم، فهو يعبر عن تلك المجموعة من المصالح العليا التي يحرص المجتمع على صيانتها من أي اضطراب."[4]

كما عرفه الفقيه الفرنسي كابيتان بأنه "مجموعة القواعد والنظم المرتبطة ارتباطا وثيقا بكيان دولة معينة، والتي يتعين على قضاتها تطبيقها بالأولوية على أي قانون أجنبي، حتى وإن كان مختصا وفقا لقواعد الإسناد العادية".[5]

غير أن هذا التعريف يؤخذ عليه أنه لم يحدد فكرة النظام العام بدقة، بل اتجه إلى توسيع نطاقه بشكل مبالغ فيه عندما اعتبره الكيان السياسي والاجتماعي والاقتصادي للدولة، في حين

---

[1] – عليوش قربوع كمال ، القانون الدولي الخاص الجزائري ، تنازع القوانين ، جزء 01، بوساحة للطباعة والنشر والتوزيع ط4 ،الجزائر 2023 ص149.

[2] - اعراب بالقاسم ، القانون الدولي الخاص" تنازع القوانين"، دار هومة، الجزائر ،ج1 ،2001، ص 169

[3] – عبد الرزاق السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني الجديد جزء 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ، لبنان 2011، ص434.

[4]– ماجد راغب الحلو،قانون إداري ، دار الجامعة الجديدة، اسكندرية،مصر 2011 ، ص531.

[5] – نادية فضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني ، ط4، دار هومة لنشر، الجزائر 2005، ص112.

أن هذه العناصر تعد من مقومات الدولة ذاتها، وكان من الأجدر التدقيق والقول إن النظام العام يتمثل في مجموعة المبادئ الأساسية التي يقوم عليها الكيان السياسي والاجتماعي والاقتصادي للدولة.[1]

أما الفقيه فيلشيرون فيعرف النظام العام على أنه " الوسيلة التي تهدف إلى إستقرار مسائل الأحوال الشخصية من خلال تجنب المسائل المعقدة"[2].

وعرفه غالب الداودي، بأنه " مجموع المصالح الجوهرية الأساسية والمثل العليا التي ترتضيها الجماعة لنفسها، ويتأسس عليها كيانها، كما يرسمه نظامها القانوني سواء كانت هذه المصالح الأساسية والمثل العليا سياسية أم اجتماعية أم اقتصادية أم خلقية أم دينية، ويعرض الإخلال بها كيان الجماعة إلى التصدع والانهيار[3].

ثانيا: التعريف القانوني لنظام العام :

يمكن تعريف فكرة النظام العام في مجال القانون الدولي الخاص أنه سلاح للدفاع ضد أي قانون أجنبي يكون تطبيقه لازما في الأصل إذا ما ظهر تعارض فحواه للمفاهيم الوطنية

كما يمكن تعريفه أنه صمام الأمان الذي يحمي المجتمع الوطني من القوانين الأجنبية التي تتعارض وتتنافى أحكامها مع المبادئ الأساسية والقيم العليا التي يقوم عليها المجتمع الوطني.[4]

---

[1] –بلمامي عمر، الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص، مذكرة لنيل شهادة الماجستار، (دراسة مقانة) ، معهد الحقوق والعلوم الإدارية ،جامعة الجزائر1986 ص119.

[2] – Kevin Bihannie, Repenser l'ordre public de proximité : d'une conception hiérarchique à une conception proportionnelle, thèse de doctorat s. la dir. de Sandrine Clevel, Université Paris 1, 2017, p. 16.

[3] –وردة دلال، مدى إرتباط موانع الزواج بالنظام العام في ظل قانون الأسرة الجزائري، المجلة المتوسطية للقانون والإقتصاد، جامعة تلمسان، مجلد 05، عدد02 ، ديسمبر 2020، ص72.

[4] –أمينة مقدس، إستبعاد القانون الأجنبي في القانون الجزائري: دراسة تحليلية في ضوء نص المادة 24 من القانون المدني، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة واد سوف ، مجلد10 ، عدد01، افريل2019ص1584.

كما نص المشرع الجزائري في المادة 24 الفقرة 01 من القانون المدني، على وجوب إستبعاد القانون الأجنبي إذا كان مخالفا لنظام العام إذ جاء نص المادة " لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفًا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر ".[1]

يمكن استخلاص من هذه النصوص أن القانون الأجنبي الذي ينعقد له الاختصاص وفقا لقواعد الإسناد المنصوص عليها في القانون الجزائري، لاسيما المواد من 9 إلى 24، يكون واجب التطبيق أمام القضاء الجزائري متى وجد نوع من التوافق والانسجام بينه وبين قانون القاضي. أما إذا انتفى هذا التوافق بين القانون الجزائري والقانون الأجنبي، فإن قواعد الإسناد

تتوقف عن أداء دورها، ويستبعد تطبيق القانون الأجنبي ليطبق بدلا عنه القانون الجزائري، وذلك متى كان القانون الأجنبي مخالفا للنظام العام في الجزائر.[2]

ويفسر ذلك بكون النظام العام من المفاهيم القانونية النسبية والمتطورة، التي تتغير تبعا لاختلاف الزمان والمكان، نظرا لارتباطها بالأسس السياسية والاقتصادية والاجتماعية والأخلاقية والدينية التي يقوم عليها المجتمع. فمضمون النظام العام يتحدد وفقا لما يستقر عليه المجتمع من قيم ومبادئ وما يعتبره مشروعًا أو غير مشروع، الأمر الذي يجعل من المتعذر ضبطه ضمن تعريف تشريعي جامد، لذلك اتجه المشرع إلى إسناد مهمة تحديد نطاقه وتقدير حالات مخالفته إلى كل من الفقه والقضاء، بما يضمن مرونة تطبيقه ومواكبته لمختلف التحولات التي تطرأ على المجتمع.[3]

وعليه يتبين أن المشرع الجزائري على غرار العديد من التشريعات المقارنة، لم يتول وضع تعريف قانوني جامع ومانع لمفهوم النظام العام، وإنما اكتفى بترك سلطة تقدير مدى مخالفة

---

[1] –الأمر رقم 75–58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدلل والمتمم، ج–ر ، العدد78، سنة 1975.

[2]– قاسم العيد عبد القادر، النظام العام كسبب من أسباب إستبعاد تطبيق القانون الأجنبي(قراءة شخصية)، مجلة الراشدية، العدد الثالث 2010، ص163.

[3] – كيحل كمال، مفهوم النظام العام في القانون الدولي الخاص، مجلة الحقيقة،جامعة احمد دراية ادرار ،العدد 42، سنة 2017، ص488.

القانون الأجنبي للنظام العام الوطني للقاضي المختص، الذي يملك صلاحية استبعاد تطبيق هذا القانون كلما تبين تعارضه مع الأسس الجوهرية السياسية أو الاجتماعية أو الدينية أو الأخلاقية التي يقوم عليها المجتمع،[1] ويرجع ذلك إلى اختلاف القيم والعادات والتقاليد من دولة إلى أخرى، فمسألة تعدد الزوجات على سبيل المثال تعد مشروعة ومباحة في أغلب الدول العربية استنادا إلى أحكام الشريعة الإسلامية، في حين تعتبرها بعض التشريعات الأجنبية مخالفة للنظام العام. كما أن زواج المثليين وإن كان معترفا به قانونا في بعض الدول الأجنبية، فإنه يعد في التشريع الجزائري وفي معظم التشريعات العربية مخالفا للنظام العام والآداب العامة، وقد يترتب عنه توقيع جزاءات قانونية.

الفرع الثاني: خصائص الدفع بالنظام العام

بالنظر إلى صعوبة وضع تعريف فقهي وقانوني دقيق لنظام العام، كان من الظروري التطرق إلى الخصائص التي يتميز بها والتي نذكرها فيما يلي:

أولا: اتسام النظام العام بالمرونة والتطور

يعد النظام العام فكرة مرنة ومتجددة، لأن طبيعته ترتبط بتطور المجتمع وتغير ظروفه وقيمه، لذلك لايمكن للمشرع أن يضع مفهوما ثابتا أو يحدد عناصره بشكل نهائي، فلو تم تحديده بصورة جامدة لفقد دوره في مواكبة التطورات الإجتماعية وتحقيق المصلحة العامة، ولهذا يترك تحديد التصرفات المخالفة للنظام العام لإجتهاد كل من الفقه والقضاء وفقا لما تقتضيه ظروف الزمان والمكان، ومن هنا تظهر صعوبة حصر عناصر النظام العام بصورة دقيقة لأن مايعتبر من النظام العام في فترة معينة قد يتغير بتغير المجتمع.[2]

وهذا ما أشار إليه الدكتور عبد الرزاق السنهوري " لانستطيع أن نحصر النظام العام في دائرة دون أخرى، فهو شيء متغير، يضيق ويتسع حسب مايعد في حضارة معينة مصلحة

[1] - عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، في تنازع القوانين وتنازع الإختصاص القضائي الدوليين ،الجزء الثاني ، ط 6، دار النهضة العربية، القاهرة ، مصر 1969 ،ص540.

[2] –فيصل نسيغة، رياض دنش، النظام العام، مجلة المنتدى القانوني، جامعة محمد خيضر بسكرة، ، العدد الخامس، 2018، ص 170.

عامة ولاتوجد قاعدة ثابتة تحدد النظام العام تحديدا مطلقا يتماشى مع كل زمان ومكان، لأن النظام العام شيئ نسبي، وكل مانستطيع هو أن نضع معيارا مرنا يكون معيار المصلحة العامة وتطبيق هذا المعيار في حضارة معينة يؤدي إلى نتائج غير التي نصل إليها في حضارة أخرى".[1]

يمكن القول أن فكرة النظام العام ليست فكرة جامدة يمكن فرضها بالقوة أو حصرها في إطار النصوص القانونية فقط، بل هي فكرة مرنة ومتطورة ترتبط إرتباطا وثيقا بالمجتمع وظروفه المختلفة، فهي تعبر عن القيم والمبادئ السائدة داخل المجتمع في مرحلة زمنية معينة، وتتأثر بالتطورات الإجتماعية والإقتصادية والسياسية والأخلاقية التي يعرفها هذا المجتمع، ولذلك فإن النظام العام لايستمد وجوده من النصوص القانونية وحدها، وإنما يجد مصدره الحقيقي والمباشر في الواقع الإجتماعي ومايفرضه من ضرورات تهدف إلى حماية المصلحة العامة وتحقيق استقرار المجتمع.[2]

ثانيا النظام العام ليس من صنع المشرع وحده

يقوم النظام العام على قبول أفراد المجتمع له، ويعبر عن القواعد المستقرة فيه لذلك فهو ليس فكرة قانونية جامدة وإنما فكرة اجتماعية متطورة تتغير بحسب ظروف المجتمع، كما لايقتصر النظام العام على النصوص القانونية المكتوبة بل قد يستمد مضمونه من المبادئ والقيم التي يفرضها المجتمع حتى وإن لم تذكر صراحة في القوانين.[3]

كما يعد النظام العام فكرة طبيعية تعكس روح وأهداف النظم القانونية داخل المجتمع، إذ يرتبط بسلوك الجماعة وتطورها الاجتماعي والسياسي، كما أنه لايتصف بالجمود بل يتميز بالمرونة والتغيير تبعا لاختلاف الزمان والمكان، ورغم الدور الهام الذي يؤديه المشرع من

---

[1]– عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الإلتزام بوجه عام، مصادر الإلتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2002، ص399.

[2] –عامر أحمد مختار، تنظيم سلطة الضبط الإداري في العراق، رسالة ماجستار، جامعة بغداد، العراق سنة 1975، ص55.

[3] –أحمد ناصر الركن، فكرة النظام العام بين النظرية والتطبيق،مجلة البحوث والدراسات القضائية والقانونية، عدد 12، ص136.

خلال المنظومة التشريعية في تحقيق النظام العام وتطويره داخل الدولة القانونية، إلى أن تكوينه لايقتصر على التشريع وحده، وإنما يساهم فيه أيضا مايسود المجتمع من تقاليد محلية وأعراف إجتماعية تشكل عنصرا أساسيا في بنائه وتطوره.[1]

ثالثا: إتسام النظام العام بالقواعد الامرة

لأنها تعمل باستمرار على إيجاد الحلول المناسبة للمنازعات بما يضمن حماية المجتمع وصون هيبة الدولة من خلال الموازنة بين المصلحة العامة وإرادة الأفراد، لذلك يرى البعض ان غاية النظام العام تتمثل في تخقيق التوافق بين الحريات الفردية ونتطلبات الحياة الإجتماعية، إذ ان حماية الحريات تبقى مرتبطة بتحقيق النظام العام وجدت المصلحة العامةإذ تهدف النظام العام إلى تحقيق التوازن بين المصلحة العامة وحريات الأفراد بما يضمن استقرار المجتمع وهيبة الدولة وحماية الحريات في إطار متطلبات الحياة الإجتماعية.

رابعا: النظام العام ينتمي إلى التفسير القضائي

تعد فكرة النظام العاممن المسائل التي تخضع لتفسير القضائي، لأن القاضي بعتباره جزءا من المجتمع يدرك الخصائص السياسية والقانونية التي يقوم عليها، والتي تعبر عن الضمير القانوني السائد في الدولة، ولما كان النظام العام فكرة اجتماعية تتصل باداب المجتمع ونظمه الأساسية ومصلحته العامة، فإن القاضي يتولى حمايتها ويتمتع بسلطة تقديرية عند الفصل في المنازعات لتحديد مضمونها.[2]

خامسا: نسبية فكرة النظام العام

تعني نسبية النظام العام أنه غير ثابث، بل يتغير باختلاف الزمان والمكان وحتى داخل الدولة الواحدة، لأنه مرتبط بواقع المجتمع المتحرك، كما يؤثر المكان والعدد في مدى ممارسات الحريات، فالشارع مثلا يحتاج إلى تنظيم بسبب إمكانية تحول التجمعات والمظاهرات إلى

[1] –لطرش حمو، تطور النظام العام وحماية الحواس الخمس ، المجلة النقدية، ، جامعة مولود معمري، تيزي وزو،2015،ص268.

[2] – فيصل نسيغة، رياض دنش، مرجع سابق، ص 171.

فوضى أو صدمات، لذلك كلما زاد الأفراد اتسع تدخل سلطة النظام العام للمحافظة على الأمن وتنظيم ممارسة الحريات الجماعية.[1]

المطلب الثاني: شروط إعمال الدفع بالنظام العام

يقتضي إعمال الدفع بالنظام العام توافر مجموعة من الشروط القانونية التي تسمح بإثارته والاحتجاج به أمام القضاء، بإعتباره من الدفوع المرتبطة بحماية المصلحة العامة وإحترام القواعد الأمرة في المجتمع ، فلا يكفي مجرد التمسك به وانما يجب أن يستند الي قاعدة قانونية تتعلق بالنظام العام، وهناك مجموعة من الشروط التى يجب توافرها لإعمال هذا الدفع .

الفرع الأول: وجود قانون أجنبي واجب التطبيق

إن الطابع الإزدواجي لقواعد الإسناد الوطنية تفرض على القاضي المثار أمامه النزاع الفصل في القانون الأجنبي[2] ، وكما يلزم هذا الأخير بتطبيقه فله الصلاحية كذلك باستبعاده، خارج هذا الإطار لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي أو استبعاده بأي طريقة ما لم تقره قاعدة الإسناد الوطنية وفي هته الحالة لا داع للتمسك أصلا بضمانة النظام العام.

و حتى يستقيم اعمال هذا الدفع ،لا بد من توافر شروط موضوعية دقيقة تبرر هذا الاستثناء,وفي مقدمتها وجود قانون أجنبي واجب التطبيق بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية حيث يقتضي إعمال الدفع بالنظام العام أن يكون القانون المختص بحكم النزاع قانونا أجنبيا، وذلك بعد أن تسند اليه قاعدة الإسناد مهمة تنظيم العلاقات القانونية محل النزاع ، فمتى تبث إختصاص القانون الأجنبي أمكن للقاضي بحث مدى إنسجام احكامه مع النظام العام في دولته وإستبعاد ما يتعارض منها مع المبادئ الأساسية السائدة فيها، أما إذا كان القانون الوطني هوا الواجب التطبيق، فإن الدفع بالنظام العام لا يكون مطروح، لإنتفاء مبرر استبعاد أحكام قانون أجنبي.[3]

---

[1] – احمد ناصر الركن، مرجع سابق، ص 138.

[3]–Monica–Elena Buruianã– L'application de la loi étrangère en droit international Privé Droit. Université de Bordeaux, 2016.p189

[3] – عليوش قربوع كمال،القانون الدولي الخاص ، تنازع القوانين،ج1،دار هومة للنشر ،الجزائر،2011،ص147.

الفرع الثاني: توفر مقتضى من مقتضيات النظام العام

إن وضع قاعدة إسناد الوطنية التي تشير الى تطبيق القانون الأجنبي لايعني تطبيقه مهما كانت النتيجة المترتبة عنه، إنما قصد المشرع تطبيقه مالم يكن مخالف للنظام العام في دولة القاضي، ونظرا لكون هذه المقتضيات متغيرة وصعبة التطبيق اتجه الفقه إلى ترك أمر تحديدها للقاضي المثار أمامه النزاع مع تقييد سلطته لكي لا يغلو في تغليب قانونه على حساب القانون الأجنبي[1].

وقد حاول جانب من الفقه وضع حصر مسبق للمسائل المتصلة بالنظام العام من خلال تصنيف القوانين تقسيما ثنائيا، غير ان هذه المحاولات واجهت الفشل ولم تحقق غايتها نظرا للنسبية فكرة النظام العام وتغيرها المستمر عبر الزمان والمكان ويتضح هذا جليا في مسألة الذي قد يعتبر نظاما دينيا في بيئة اخرى، بل قد يتحول تكييفه داخل مجتمع بل داخل المجتمع الواحد من الاطار الديني إلى الإطار المدني بتعاقب الفترات الزمنية.[2]

الفرع الثالث: وجود رابطة بين النزاع المطروح ودولة القاضي

ذهب فريق من الفقهاء والقضاء الدوليين الى أن مجرد تعارض القانون الأجنبي مع النظام العام في دولة القاضي لا يكفي وحده لاستبعاده، اذ اشترطوا في ذلك وجود صلة تجمع بين النزاع المطروح واقليم دولة القاضي أو مصالحها الجوهرية حتى يصبح التمسك بالدفع بالنظام العام، وهو ما اصطلح على تسميته بالإختصاص الإقليمي للنظام العام.[3]

غير أن اشتراط هذه الرابطة قد يشكل عائقا يحد من فاعلية الدفع بالنظام العام، إذ قد يفضي إلى نفاذ قوانين أجنبية تتعارض مع القيم الوطنية بحجة انتفاء الصلة المادية بالنزاع وهذا ما لا يستقيم مع التصور الجزائري الذي يعتبر مجرد تعارض القانون الأجنبي مع المبادئ الجوهرية والآداب العامة سببا كافيا لاستبعاده، فالدفع بالنظام العام في الجزائر مرتبط أساسا

[1] – سعيد يوسف البستاني،الجامع في القانون الدولي الخاص "المضمون الواسع المتعدد الموضوعات" ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ط01 بيروت، لبنان2009 ص738.

[2] –عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص ، مرجع سابق ، ص524.

[3] –قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية صادرة بتاريخ 1افريل 1981.

بالسيادة الوطنية ، مما يلزم القاضي الجزائري باستبعاد كل ما يخالف القيم الأساسية للدولة متى عرض عليه النزاع، بصرف النظر عن ارتباط أطرافه بالإقليم الجزائري من عدمه.[1]

المبحث الثاني: آثار الدفع بالنظام العام وتطبيقاته

بعد تحديد مفهوم الدفع بالنظام العام وبيان خصائصه، تبرز اهمية الوقوف عند الأثار القانونية المترتبة عليه بإعتباره من الدفوع التي تحتل مكانة خاصة في النظام القانوني .

فالدفع بالنظام العام لا يقتصر أثره على أطراف الخصومة فقط ، وانما يمتد ليشمل سلطة القاضي وسير الدعوى القضائية، لما له من ارتباط بالمصلحة العامة واحترام القواعد الأمرة، كما تتجسد أهمية هذا الدفع من خلال تطبيقاته المتنوعة في مختلف المجالات القانونية، الأمر الذي يستوجب دراسة اثاره وابراز تطبيقاته العلمية لبيان مدى فعاليته في حماية النظام القانوني وتحقيق العدالة.

المطلب الأول :آثار الدفع بالنظام العام

يترتب على الدفع بالنظام العام جملة من الأثار القانونية التي تميزه عن غيره من الدفوع،بالنظر لإرتباطه بالمصلحة العامة والقواعد الآمرة، مما يمنحه خصوصية في التطبيق أمام القضاء ،وعليه سيتم تناول هته الاثار في ثلاثة فروع ،نتطرق في الفرع الأول إلى الأثر السلبي للدفع بالنظام العام، اما الفرع الثاني فسيخصص لبيان الاثر الإيجابي وبالنسبة للفرع الثالث الأثر المخفف للنظام العام .

الفرع الأول: الأثر السلبي

يترتب عن الدفع بالنظام العام جملة من الاثار، يتمثل الاول في استبعاد القانون الاجنبي وهوا مايعرف بالأثر السلبي التي قد ثارت اشكالية حول مدى هذا الإستبعاد هل يكون هذا الإسبعاد جزئى ام كلي، فقد اختلف الفقه حول هذه المسألة ،فذهب فريق الى وجوب الإستبعاد الكلي في حين ذهب رأي الأخر إلى إستبعاد الجزء الاخر دون بقية الأجزاء[2].

---

[1] –اعراب بالقاسم ،مرجع سابق، ص185.

[2] –هشام علي صادق ،دروس في القانون الدولي الخاص، الدار الجامعية للطباعة والنشر ،ط1، د،س،ن، ص151.

وقد يحدث أن تكون بقية الأجزاء للقانون الأجنبي مرتبطة بالجزء المخالف للنظام العام بحيث يصبح من المتعذر على القاضي أن يكتفي فقط باستبعاد الجزء المخالف للنظام العام دون بقية الأجزاء، لا مناص في هذه الحالة من استبعاد القانون الأجنبي برمته لأن الاكتفاء باستبعاد الجزء المخالف للنظام العام دون بقية الأجزاء يؤدي إلى مسخ القانون الأجنبي المختص.[1]

وبرجوعنا لنص المادة 24 في فقرتها الأولى[2] نجدها تطرقت للأثر السلبي ليس بصريح العبارة وانما دلت على ذلك بقولها " لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي... ".

من هذا المنطلق يقتصر دور القاضي على استبعاد القانون الأجنبي مباشرة من نطاق التطبيق دون استخلافه بقانون آخر ، و بالرجوع لموقف المشرع الجزائري نجده لم يتطرق لمسألة الإستبعاد الكلي أو الجزئي فصياغة المادة جاءت عامة في مضمونها ،وبالتالي يفهم تطبيق الإستبعاد بصفة آلية حال مخالفة القانون الأجنبي للنظام العام الجزائري .

الفرع الثاني:الأثر الإيجابي للدفع بالنظام العام

يتمثل الأثر الإيجابي للنظام العام في إحلال قانون آخر محل القانون الاجنبي المستبعد بإسم النظام العام ، يتضح جليا اعمالا لنص الفقرة الثانية المستحدثة من نص المادة 24[3]التي أتاحت للقاضي تعويض القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المستبعد ، فاذا افترضنا أن النظام القانوني لدولة أجنبية يبيح الفوائد الربوية وتم رفع دعوى أمام القضاء الجزائري هنا يخرج القانون الأجنبي لهته الدولة من دائرة التطبيق ويحل محله القانون الجزائري في شأن هته المعاملات المالية .

وقد استقر القضاء الفرنسي على إحلال قانون القاضي محل القانون الأجنبي المستبعد لمخالفته للنظام العام، وهو ذات الحل الذي استقر كذلك في القضاء المصري وأيدته غالبية

---

[1] –أعراب بالقاسم، مرجع سابق ، ص176–177.

[2] –انظر االفقرة الأولى من نص المادة 24 من القانون المدني الجزائري ،مرجع سابق.

[3] –نصت الفقرة الثانية من نص المادة 24 من القانون المدني الجزائري المعدل على "يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام والآداب العامة." .

الفقه تطبيقا لهذا الحل إذا كان القانون الأجنبي يمنع الزواج بين مختلفي الدين فإن القاضي الجزائري يستبعده لمخالفته للنظام العام، ويطبق بدله القانون الجزائري الذي يجيز هذا الزواج.[1]

ويقترن الأثر السلبي بالأثر الإيجابي في نص المادة 24 من القانون المدني الجزائري، حيث نصت الفقرة الأولى على الأثر السلبي ، اما الفقرة الثانية فتنص على الأثر الإيجابي

مايطلق عليه اقتران الأثر السلبي بالأثر الإيجابي، إذ أخد المشرع الجزائري هذا الحل عن المادة 36 فقرة 5من القانون الدولي الخاص التونسي التي تنص على أنه "ويطبق القاضي احكام القانون التونسي بدلا عن احكام القانون الأجنبي التي استبعد تطبيقها".[2]

الفرع الثالث: الأثر المخفف للنظام العام

لا يقتصر اثر النظام العام على لإستبعاد فقط ،بل قد يمتد أثره على التخفيف من الإستبعاد والإعتراف ببعض الأثار القانونية الأجنبية.

أولا: نطاق تطبيق الأثر المخفف

يتمتع القاضي بسلطة تقديرية في تحديد نطاق تطبيق الأثر المخفف للنظام العام، نظرا لعدم وجود معيار ثابث يمكن الإعتماد عليه في جميع الحالات، ولهذا يقوم بموازنة مدى توافق الأثار القانونية على الحق المكتسب فى الخارج مع القيم الأساسية السائدة في مجتمعه، فإذا تبين أن هذه الأثار لا تتعارض مع تلك القيم جاز الاعتراف بيها، أما إذا مست الأسس الجوهرية للنظام العام، إمتنع القاضي عن ترتيب آثارها داخل إقليم دولته.[3]

ثانيا :تطبيقات المشرع الجزائري لفكرة الاثر المخفف

إستقر إجتهاد المحكمة العليا الجزائرية في المادة التجارية على أن القاعدة العامة تقضي بخضوع العقود التجارية للقانون الساري وقت إبرامها، سواء من حيث التكوين أو الأثار التي تطبيقا لمبدأ عدم رجعية القوانين وضمانا للإستقرار المعاملات غير أن هذا المبدأ لا يمنع من

[1]– أعراب بالقاسم، مرجع سابق ، ص178–179.

[2] – عليوش قربوع كمال، مرجع سابق،ص164.

[3] – بلمامي عمر، مرجع سابق ، ص202.

سريان القانون الجديد مباشرة على الأثار المستقبلية للعقود الجارية،متى تعلق الأمر بقواعد الآمرة أو ذات صلة بالنظام العام الإقتصادي، حيث يقتصر أثره على تنظيم المراكز القانونية المستقبلية دون المساس بما تم تنفيده سابقا، وهو ما يعكس فكرة الأثر الفوري المخفف التي كرستها المحكما العليا في مجال المعاملات التجارية.[1]

ومن بين تطبيقات الأثر المخفف أيضا في التشريع الجزائري نجد ماقضى به المجلس الأعلى في قراره الصادر بتاريخ 23 جوان 1984 بنقض قرار مجلس قضاء تيزي وزو المؤرخ في 19 أفريل 1989، والذي كان قد أيد حكم الدرجة الأولى القاضي بمنح الصيغة التنفيذية لحكم فرنسي لفائدة المدعى عليها.

وقد تضمن الحكم الأجنبي محل التنفيذ إلزام المدين بدفع تعويضات مالية ناتجة عن علاقة تعاقدية بين الطرفين، دون التمييز بين مبلغ أصل الدين المتفق عليه في العقد، وبين مبلغ الفوائد الاتفاقية المقدرة بنسبة12% .

غير أن القضاة في مرحلة النقض اعتبروا أن منح الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي في شقه المتعلق بالفوائد يتعارض مع النظام العام في الجزائر، بالنظر إلى أن المادة 454 من القانون المدني الجزائري تحظر تقاضي الفوائد بين الأشخاص الطبيعيين باعتبارها فائدة ربوية غير مشروعة، وبالتالي فإن إقرار تنفيذ هذا الجزء من الحكم الأجنبي داخل الإقليم الجزائري من شأنه أن يخالف قاعدة آمرة تتعلق بالنظام العام الداخلي.[2]

وعليه، قررت المحكمة العليا نقض القرار المطعون فيه نقضا جزئيا، مع الإبقاء على ما تعلق بأصل الدين، واستبعاد ما يخ.ص الفوائد الاتفاقية، تأسيسا على أن أثر الحكم الأجنبي لا يمتد داخل الجزائر إلا في الحدود التي لا تمس النظام العام الوطني، وبأن مخالفة هذه القاعدة تؤدي إلى استبعاد جزئي للأثر التنفيذي للحكم الأجنبي دون المساس بباقي مضمونه.

[1] – قرار رقم1517023،المؤرخ في 28/04/2022 صادر عن لمحكمة العليا،الغرفة التجارية والبحرية، ،منشور على الموقع الرسمي للمحكمة العليا، قسم الإجتهاد القضائي التجاري.

[2]–الملف رقم32463،منشورفي المجلة القضائية،1989،العدد الأول،ص149.

المطلب الثاني:تطبيقات الدفع بالنظام العام

بعد توافر شروط الدفع بالنظام العام وثبوث مخالفة القانون الأجنبي للمبادئ الأساسية السائدة في دولة القاضي،يترتب على ذالك من التطبيق حماية للمصالح الجوهرية التي يقوم عليها المجتمع.غير أناإعمال الدفع بالنظام العام لا يقتصر على جانب النظري فحسب،بل يجد مجاله في العديد من التطبيقات العملية التي كرسها القضاء والفقه في مختلف مسائل القانون الدولي الخاص وعليه، سيم التطرق إلى اهم تطبيقات الدفع بالنظام العام من خلال الفروع الأتية.

الفرع الأول :نموذج حظر الفوائد الربوية في القروض المدنية

لا تظفي الصيغة التنفيذية على القرار الأجنبي في جانبه المتمثل في الحكم بالفائدة بين الأفراد، لأنه يكون مخالفا للنظام العام في الجزائر.[1]

صدر قراران في هذا الصدد عن المجلس الأعلى:

جاء في القرار الأول:

حيث أن الحكم بدفع الفائدة المتفق عليها المقدرة ب 12% المحكوم بها في نفس الحكم الصادر عن محكمة بوفيية (فرنسا) المؤرخ في 20 جوان 1972 معترض مع مقتضيات المادة 454 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أن القرض بين الأفراد يكون دائما بدون أجر و يقع باطلا كل نص يخالف ذلك و أنه كان على المجلس القضائي بتيزي وزو الامتناع عن منح الصيغة التنفيذية بهذا الجانب مما هو محكوم به عليه.[2]

جاء في القرار الثاني:

حيث يعتبر المشرع الجزائري أن فكرة الفوائد هي مخالفة للنظام العام و يستخلص من عناصر الملف أن القرار الصادر حكم على المؤسسة المدعية في الطعن ليس فقط بدفع المبلغ الأصلي المقدر ب 458000 ف.ف بل أداء الفوائد القانونية أيضا. حيث أن القرار الصادر يكرس صحة قرار أجنبي حتى في أحكامه التي تصطدم و تخالف النظام العام الجزائري و

[1] – عليوش قربوع كمال، مرجع سابق،ص155.

[2] –أمر رقم70_20،المؤرخ في13ذي الحجة من عام 1389،الموافق لي 19فبراير 1970،يتعلق بالحالة المدنية ،العدد21،ج.ر.

عليه فالقرار كان صادرا خرقا للقانون، مما يعرض للنقض من هذه الوجهة و عليه فالوجه الثاني كان مؤسسا.[1] "

الفرع الثاني:نموذج الحكم التحكيمي كشرط لتنفيد في القانون الجزائري

لفكرة النظام العام دور جوهري في مجال التحكيم حيث لايجوز التحكيم في المسائل التي لاتمس النظام العام ،كما لا ينبغي ان يخالف المحكم اثناء نظره لموضوع النزاع المبادئ الاجرائية الاساسية لخصومة التحكيمية وهي امور تتصل بالنظام العام [2].

تقوم حيثيات القرار رقم 1305394 الصادر عن المحكمة العليا الجزائرية بتاريخ 12 جويلية 2018 في مادة التحكيم على معالجة مسألة جوهرية تتعلق بمدى جواز الأمر بالاعتراف والتنفيذ لحكم تحكيمي دولي قبل اكتسابه الطابع النهائي، خاصة إذا كان محل طعن بالإلغاء أمام جهة القضاء الأجنبي المختصة.

تتلخص وقائع النزاع في صدور أمر عن رئيس المحكمة يقضي بالاعتراف وتنفيذ حكم تحكيمي صادر عن غرفة التحكيم بالغرفة التجارية بباريس، باعتباره حكما نهائيا قابلا للتنفيذ. غير أن الطاعنة شركة "بعلوج وأبناؤه ذ.م.م" طعنت في هذا الأمر، معتبرة أن الحكم التحكيمي محل التنفيذ لا يمكن اعتباره نهائيا، لأنه ما زال قابلا للطعن بالإلغاء وفقا للمادة 1518 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، بل وتم فعلا رفع دعوى إبطال أمام محكمة الاستئناف بباريس بتاريخ 20 فيفري 2017 ولم يتم الفصل فيها بعد .

أمام هذا الوضع اعتبرت المحكمة العليا أن منح الصيغة التنفيذية لحكم تحكيمي دولي غير مستقر قانونيا ومطروح أمام قضاء الإلغاء يشكل إخلالا بمبدأ استقرار الأحكام، ويمس أحد مكونات النظام العام الدولي الذي يحكم تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، إذ لا يمكن للقاضي

[1] – ملف رقم510666،قرار صادرعن المجلس الأعلى بتاريخ1989/1/2،قضية ف.م ضد ص.ع،المجلة القضائية ،عدد 04، 1990 ،ص74_76.

[2] – بن تركية ليندة اديبة ، مطابقة أحكام التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري والقانون الفرنسي ، دراسة مقارنة مجلة القانون العام الجزائري والمقارن..جامعة سيدي بلعباس ، المجلد8 ، العدد2 ديسمبر 2022ص721.

الجزائري أن يأمر بالتنفيذ في ظل وجود نزاع جدي ومعلق حول صحة الحكم التحكيمي ذاته لأن ذلك قد يؤدي إلى تنفيذ حكم قد يتم إبطاله لاحقا في دولة صدوره.

وقد أسست المحكمة العليا هذا التوجه على المادة 1056 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائرية[1] التي تنظم إجراءات الاعتراف والتنفيذ للأحكام التحكيمية الدولية والتي حصرت حالات الطعن في الأمر القاضي بالتنفيذ في أسباب محددة على سبيل الحصر من بينها مخالفة النظام العام الدولي، كما اعتبرت المحكمة أن تنفيذ حكم غير نهائي يدخل ضمن هذه المخالفة، لأنه يهدد الأمن القانوني ويخل بمبدأ حجية واستقرار التحكيم الدولي.

ويستفاد من هذا القرار أن المحكمة العليا كرست مبدأ مهما في مجال التحكيم الدولي، مفاده أن الرقابة على أوامر التنفيذ لا تقتصر على الشكل، بل تمتد إلى التحقق من قابلية الحكم التحكيمي للتنفيذ من حيث استقراره النهائي بما ينسجم مع متطلبات النظام العام الدولي في الجزائر، ويعكس حرص القضاء الجزائري على عدم تنفيذ أحكام قد تتعرض للإلغاء في موطن صدورها.

كما يبرز هذا القرار توجها قضائيا واضحا نحو تعزيز الحماية الوقائية للنظام العام الدولي، من خلال منع تنفيذ أي حكم تحكيمي ما زال محل طعن جدي بالإبطال، ضمانا للتوازن بين فعالية التحكيم الدولي واحترام مبدأ الأمن القانوني في العلاقات التجارية الدولية[2].

الفرع الثالث: نموذج في مجال الأحوال الشخصية

يعد استبعاد القانون الأجنبي من أهم الوسائل التي تضمن حماية المبادئ الأساسية التي يقوم عليها المجتمع الوطني في مجال الأحوال الشخصية .

طبقا للمادة 24 من القانون المدنى الجزائري فإن القاضي قد استبعد تطبيق القانون الأجنبي المخالف للنظام العام واستخلفه بالقانون الجزائر.

[1] – انظر نص المادة 1056 من قانون رقم08 –09 المؤرخ في 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج –ر ، عدد 21، الموافق 23 افريل 2008

[2]– قرار رقم1305394،المحكمة العليا،الغرفة التجارية و البحرية ،الصادربتاريخ2018/07/12،قضية شركة ذ.م.م بعلوش جو أبناؤه،ضد شركة أغليو ذ.م.م،المجلة القضائية الرسمية.

فى المسألة المتعلقة بموانع الإرث، فإن المحكمة العليا الجزائرية قد منعت أن يرث كافر مسلمة مرتكزة في ذلك على مبادئ الشريعة الإسلامية. إذا كان ميدنيا الإبن له الحق فى أن يرث أمه، وهذا وفقا لكل القوانين، فإن الشريعة الإسلامية تمنع التوارث بين المسلم وغير المسلم كانت الأم مسلمة و الابن غير مسلم.[1]

في المسألة المتعلقة بموانع الزواج فإن المسلمة التي تتزوج بغير مسلم يعتبر زواجها باطلا بطلانا مطلقا، أي أن القانون الجزائرى لا يجيز مثل هذا الزواج، مع أنه مقبولا من قبل القانون الأجنبي.[2]

في المسألة المتعلقة بالحضانة، حتى إذا كانت تؤول إلى الأم مبدئيا و كانت أجنبية فإنها تسحب منها إذا كانت تسكن بعيدا عن زوجها مطلقها، في بلد غير مسلم إن القاضي الجزائري يستخلف القانون الأجنبي المخالف للنظام العام بالقانون الجزائري.[3]

في المسألة المتعلقة بالفوائد، فوفقا للقانون الجزائري (المادة 454 قانون مدني)، إذا كانت المسألة المطروحة بين جزائريين فإن العلاقة القانونية تعتبر باطلة بطلانا " مطلقا، أما إذا كانت المسألة تشتمل على عنصر أجنبي، فيستبعد القانون الأجنبي لاصطدامه بالنظام العام الجزائري.[4]

[1] –عليوش قربوع كمال ، مرجع سابق،ص165.

[2] – مجلس القضاء المدية،محكمة المدية،قرار صادر بتاريخ1982/4/6ملف82/82،قضية أرملة زضدو من له الحق،نشرة القضاة،عدد01،جانفي1987،ص79_81.

[3] – ملف رقم52207،قرارصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ1989/01/2،قضية ف.م ضد ص.ع،المجلة القضائية1990، عدد4،ص72_74.

[4] – عليوش قربوع كمال،مرجع سابق،ص165.

خلاصة الفصل:

خصص الفصل الأول لدراسة الدفع بالنظام العام باعتباره أحد أهم القيود الواردة على تطبيق القانون الأجنبي. وقد تم التطرق إلى مفهوم النظام العام وخصائصه التي تتميز بالنسبية والتغير بحسب الزمان والمكان، ثم بيان الشروط اللازمة لإعمال هذا الدفع، فاذا كان الأصل أن يتلزم القاضي بتطبيق هذا القانون الاجنبي فإن المشرع الجزائري منح لهذا الأخير صلاحية استبعاده اذا تضمن ما يخالف المبادئ الجوهرية لدولة القاضي ، وهو ما تبناه المشرع الجزائري في نص المادة 24 من القانون المدني الجزائري ،وحتى من خلال التطبيقات القضائية اين تم اعمال الدفع بالنظام العام في كل مرة لاستبعاد تطبيق القانون الاجنبي .

الفصل الثاني

الدفع بالغش نحو القانون لاستبعاد القانون الأجنبي

يحتل الغش نحو القانون مكانة مهمة في مجال القانون الدولي الخاص، باعتباره من الموضوعات التي أثارت اهتمام الفقه والقضاء نظرا لارتباطه بمسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي. ويطرح هذا الموضوع في الحالات التي تتداخل فيها عدة قوانين يمكن أن تخضع لها العلاقة القانونية، الأمر الذي يستدعي البحث في مدى سلامة الوسائل المستعملة للوصول إلى القانون المختص، وعليه سيتم في هذا الفصل التطرق إلى الغش نحو القانون من مختلف جوانبه، حيث أننا فصلنا له مبحثين المبحث الأول سنتناول فيه ماهية الغش نحو القانون ،أما في المبحث الثاني سنقوم بدراسة إعمال الدفع بالغش نحو القانون.

المبحث الأول: ماهية الغش نحو القانون

يمثل الغش نحو القانون وسيلة دفاعية استثنائية يفرضها القضاء الوطني لردع الأفراد عن التلاعب بقواعد الإسناد تخلصا من أحكام القانون الواجب التطبيق. وتأسست دراسة هذا المبحث في الركيزة الأساسية لفهم أبعاد هذا السلوك التحايلي و ضوابطه في القانون الدولي الخاص، و لتفصيل هذا الموضوع ، يقتضي الأمر على تحديد الإطار المفاهيمي أولا ثم تحديد نطاق ومجالات إعماله. و بناء على لذلك، سيتم تقسيم هذا المبحث عبر المطلبين الآتيين: المطلب الأول: مفهوم الغش نحو القانون أما المطلب الثاني فكان عنوانه: نطاق تطبيق الغش نحو القانون.

المطلب الأول:مفهوم الغش نحو القانون

يرتكز تحديد مفهوم الغش نحو القانون على شقين أساسيين، الفقه والتشريع وتأسيسا على ذلك، سنخصص (الفرع الأول) لاستعراض التعريف الفقهي للغش نحو القانون ومواقف الفقهاء، في حين نوجز في (الفرع الثاني) التعريف القانوني للغش نحو القانون.

الفرع الأول:التعريف الفقهي للغش نحو القانون

لقد جهد فقهاء القانون الدولي الخاص في وضع تعريفات متعددة و واضحة للغش نحو القانون ،لذلك ،سنركز في هذا الفرع على أبرز التعاريف الفقهية التي أعطيت لهذا المفهوم للوقوف على معناه الأساسي بوضوح.

حيث يعرفه الفقيه ريني سافاتييه (René Savatier) بأنه الغش الذي يتخذه الأشخاص الخاضعون لقواعد قانونية آمرة أو ناهية لتجنب هذه القواعد والوصول إلى تطبيق قواعد قانونية أخرى يتوقف تطبيقها على إرادتهم مع الانحراف عن معناها الحقيقي.[1]

[1].كمال كيحل،الغش نحو القانون في تنازع القوانين، ،مجلة البحوث والدراسات،جامعة أحمد دراية بأدرار،عدد8،جوان2009،ص74.

ويعرفه أعراب بلقاسم بأنه: "قيام أطراف العلاقة بتغيير أحد الضوابط الذي يتحدد بمقتضاه القانون الواجب التطبيق بشكل متعمد بقصد التهرب من أحكام القانون الواجب التطبيق أصلا على العلاقة".[1]

وتعرفه نادية فضيل بأنه: " إرادة تغيير ضابط الإسناد للوصول إلى نتيجة مشروعة في حد ذاتها، ومحظورة في نظر القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية".[2]

عرفه الفقيه جورج ريبير (G RIPERT) بأنه عملية تتم وفق اتفاق صادر عن جماعة للتهرب من تطبيق قاعدة قانونية آمرة.[3]

وقد عرفه أيضا الأستاذ(DESBOIS HENRY) بأنه :التدبير الإداري لوسائل مشروعة في ذاتها للوصول إلى أغراض تخالف أوامر القانون ونواهيه و يرى (DESBOIS) أن الغش يحتوي على عنصرين عنصر مادي يتمثل في النتيجة الغير مشروعة، وعنصر معنوي فيتمثل في نية تجنب احكام القانون.[4]

و بناءا على ما سبق ذكره من تعريفات بعض الفقهاء فقد يقصد بـ "الغش نحو القانون" هو ذلك المسلك الإرادي المتعمد الذي يلجأ فيه الأفراد إلى التلاعب بضوابط الإسناد (مثل الجنسية أو الموطن) عبر وسائل وحيل تبدو في ظاهرها قانونية ومشروعة، وذلك بهدف التهرب من خضوع علاقتهم القانونية لقانون الدولة المختص بها أصلا، وجذب الاختصاص لقانون دولة أخرى أكثر مرونة، بغية تحقيق مصالح ذاتية ،أو الوصول إلى نتائج و مزايا يمنعها قانونهم الوطني الأصيل.

[1] – اعراب بلقاسم ،مرجع سابق ،ص187.

[2] –نادية فضيل،الغش نحو القانون ،دار هومه،الجزائر،ط5 ،سنة 2005،ص56.

[3]– كمال كيحل،مرجع سابق، ص73.

[4] –عزالدين عبد الله،القانون الدولي الخاص،ج2(في تنازع القوانين وتنازع الأختصاص القضائي الدوليين)ط9،الهيئة المصرية العامة للكتاب،القاهرة ،مصر 1986،ص557.

الفرع الثاني:التعريف القانوني للغش نحو القانون

لم يتناول المشرع الجزائري لتعريف صريح للغش نحو القانون في هدا المجال، ولا حتى القضاء أيضا ، و إنما تكلم عليه في نص المادة 24 من القانون المدني الجزائري على أنه :"لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام أو الأداب العامة في الجزائر، أو ثبت له الإختصاص بواسطة الغش نحو القانون ".[1]

غير أن المشرع الجزائري ليس هو الوحيد أو الأول الذي وضع قاعدة تتعلق بدفع بالغش نحو القانون، لقد سبقته دول أخرى إلى ذلك.[2]

أدخل المشرع الجزائري فكرة الغش نحو القانون، بعد تعديل القانون المدني في سنة 2005، بمقتضى القانون 10-0 المؤرخ في : 20/06/2005، لكنه لم يعرف الغش نحو القانون في مجال قواعد التنازع. وفي مجال الفقه فإن قاعدة الإسناد هي القاعدة القانونية التي تختص بتعيين القانون الواجب التطبيق على النزاع المشتمل على عنصر أجنبي، وفي مضمون هذه القاعدة نجدها تتكون من عناصر ثلاث تفصيلا، وهم: الطائفة المسندة أو الفكرة المسندة، والقانون المسند إليه، وضابط الإسناد، باعتباره وسيلة ربط بها المشرع بين الفكرة المسندة والقانون المسند إليه.[3]

حيث أنه قد تعد قاعدة الإسناد الأداة القانونية المحورية التي يلجا إليها القاضي لفض التنازع بين القوانين عندما تتضمن الخصومة عنصرا أجنبيا. تهدف هذه القاعدة إلى تحديد القانون الأكثر ملائمة للتطبيق على النزاع، وتتكون بنيتها الهيكلية من ثلاثة عناصر رئيسية:

الفكرة المسندة (الفئة القانونية): وهي التصنيف القانوني للواقعة (مثل الأحوال الشخصية، العقود، أو الالتزامات).

---

[1]– المادة24 قانون مدني،مرجع سابق.

[2] –عليوش قربوع كمال، مرجع سابق، ص 169.

[3]– دغيش أحمد ، الغش نحو القانون في مجال القانون الدولي الخاص،مجلة المنارللبحوث والدرسات القانونية والسياسية،كلية الحقوق،جامعة بشار،الجزائر،عدد02، سبتمبر 2017،ص76.

ضابط الإسناد: وهو المعيار أو الرابط الذي يحدده المشرع ليربط الفكرة المسندة بقانون معين (مثل الجنسية، الموطن، أو موقع العقار).

القانون المسند إليه : وهو النظام القانوني (الوطني أو الأجنبي) الذي استقر ضابط الإسناد تطبيقه في النهاية."

كما قد يتحايل أحد أطراف العلاقة القانونية على قواعد الإسناد الوطنية، من خلال تضمين علاقتهم عنصرا أجنبيا مصطنعا، للإفلات من أحكام القانون الواجب التطبيق أصلا، كأن ينتقل المتعاقدان إلى دولة أجنبية من أجل إجراء تصرف قانوني على إقليمها، بقصد تجنب تطبيق أحكام القانون المحلي، لأن هذا الأخير يتعارض مع مصالحهم الشخصية.[1]

وإستخلاصا لما سبق يمكن تعريف الغش نحو القانون هو لجوء أحد اطراف العلاقة القانونية إلى تغير " ضوابط الإسناد" مثل الجنسية، الموطن أو مكان إبرام العقد بطريقة إرادية ومفتعلة، بهدف التهرب من تطبيق أحكام قانون معين كان يفترض منطقيا وقانونيا أن يحكم النزاع، وإستبداله بقانون اخر يخدم مصالحهم الشخصية، والجوهري في هذه القاعدة هو أن الشخص يستخدم وسيلة مشروعة في حد ذاتها "كتغيير الجنسية أو الموطن وهو حق مكفول"، لكنه يوظفها لتحقيق غاية غير مشروعة "وهي الإفلات من القواعد الآمرة والملزمة في القانون الأصلي".

خلاصة القول: الغش نحو القانون هو تحايل ذكي على العدالة، حيث يلبس الشخص تصرفه ثوب الشرعية "الظاهرية" لانتهاك جوهر القانون والالتفاف على أحكامه الآمرة التي وضعت لحماية النظام العام.

[1] –دغيش أحمد ،مرجع سابق،ص77.

المطلب الثاني:نطاق تطبيق الغش نحو القانون

بعد أن تم التطرق إلى ماهية الغش نحو القانون في المطلب الأول عبر مقاربة فقهية وقانونية حددت معالمه بدقة، يأتي هذا المطلب كمرحلة مكملة للبحث على الجانب الوظيفي لهذه النظرية والمتمثل في نطاق إعمالها، ومن هذا المنطلق، تبرز الحاجة لتحديد المجالات القانونية التي تسري عليها هذه النظرية، وهو ما سنعمل على تفصيله من خلال دراسة نطاق تطبيق الغش نحو القانون في قطاعين رئيسيين: خصصنا الفرع الأول للأحوال الشخصية كأبرز بيئة خصبة للتحايل، في حين خصصنا الفرع الثاني للأحوال العينية والإلتزمات التعاقدية لمعرفة مدى مرونة القضاء في التعامل معها.

الفرع الأول:الغش نحو القانون في مسائل الأحوال الشخصية.

نظرا لتعلق روابط الأسرة بالنظام العام، تشكل الأحوال الشخصية الواجهة الأولى لتطبيقات الغش نحو القانون عبر حيل تغيير الجنسية أو الديانة. ومن هذا المنطلق، يخصص هذا الفرع لرصد مظاهر هذا التحايل في العلاقات العائلية كالزواج ،الطلاق،الميراث.

أولا: تطبيقاته في مسائل الزواج والطلاق

أ_في مسائل الزواج

يعتبر الزواج من أهم المواضيع في مجال الأحوال الشخصية وهذا راجع إلى الاختلاف الموجود في أغلب التشريعات بخصوصه فهو رابطة تترتب عليها آثار وحقوق والتزامات على كلا الزوجين لذا سعت جميع الدول إلى تنظيمه تنظيما دقيقا ، ووضعت أحكام خاصة به غير أن هذا التنظيم يختلف اختلافا واضحا من دولة إلى أخرى[1].كما تختلف التشريعات بشأن شروط انعقاده وآثاره وأسباب انحلاله، إذ تجيز بعض الدول الطلاق والتعدد، في حين تحظره دول أخرى أو تضع له قيودا صارمة، وقد يدفع هذا الاختلاف بعض الأشخاص إلى تغيير ضابط الإسناد المختص، كالجنسية أو الموطن، بقصد الإفلات من أحكام القانون الذي كان واجب التطبيق أصلا والخضوع لقانون آخر أكثر ملائمة لمصالحهم. وفي مثل هذه الحالات يتدخل

[1]– حسن الهداوي ،القانون الدولي الخاص،تنازع القوانين،المبادئ العامة و الحلول الوضعية في القانون الأردن،مكتبة دار االثقافة للنشر والتوزيع،ط الثانية، 1998،ص103.

الدفع بالغش نحو القانون لإحباط هذا التحايل واستبعاد القانون الذي تم الوصول إليه بطريق الغش، حفاظا على استقرار العلاقات الأسرية واحترام قواعد الإسناد التي وضعها المشرع.[1]ويعتبر هذا الاختلاف الكبير بين التشريعات في مسائل الزواج، سببا رئيسا لتحايل الأفراد على القوانين، عن طريق تغيير جنسياتهم بغية التهرّب من أحكام قانون جنسيتهم الأصلية الذي لا يتوافق وما يصبون إليه، وعلى ذلك فإذا غيّرت امرأة جنسيتها للتهرب من قانونها الشخصي الذي يتضمن مانعا من الموانع الشرعية للزواج، كأن تكون زوجة في دولة لا يبيح قانونها الطلاق فتتجنس بجنسية دولة أخرى لتزيل مانع وجودها في عصمة رجل 3 آخر لتتزوج برجل جديد.[2]

ومن أشهر القضايا في الزواج نجد قضية دي سيبيان:

حيث تتلخص وقائع قضية " دي سيبيان" في قيام الكونت سيبيان وآنسة فرنسية بإنجاب ولد غير شرعي ودون اعتراف مسبق به، وحرصا منهما على إضفاء الصفة الشرعية عليه، سافرا سرا إلى إنجلترا وتزوجا في لندن عام 1871 أمام كاهن كاثوليكي، متفاديين تسجيل هذا الزواج في سجلات الحالة المدنية الفرنسية بعد عودتهما إلى فرنسا بالمخالفة لأحكام المادة 170 من القانون المدني الفرنسي، ثم أعاد الزوجان الاحتفال بزواجهما مجددا في فرنسا بعد عامين معترفين بالولد لجعله شرعيا. وعقب وفاة الكونت، طعن ورثته في هذا الزواج بغية إبطاله وتخفيض النصيب الإرثي للولد المعترف به، دافعين بأن زواج لندن لعام 1871 باطل ولا أثر له لكونه انطوى على تحايل وغش نحو القانون لإضفاء مشروعية ممتنعة قانونا بحكم أنهما كانا متزوجين فعليا منذ عامين، مما دفع الولد الشرعي إلى الرد مطالبا ببطلان زواج والديه اللاحق المنعقد في فرنسا على أساس صحة زواج لندن الأول، فاستجابت محكمة إستئناف أورليان، لطلب الولد في قرارها الصادر عام 1886، قاضية بأن عدم تسجيل الزواج أو إشهاره لا يعد سببا مطلقا للبطلان ولا يمنع الاحتجاج به، مبينة أن إغفال القيد قد لا يكون مجرد إهمال أو غلط بل قد يأتي تعمدا لإخفاء الزواج عن نظر المجتمع الفرنسي بنية التحايل،

[1] –حسن الهداوي، مرجع سابق، ص103.

[2] – بوخروبةحمزة، موانع تطبيق القانون الأجنبي في ضوء المادة24 من قانون المدني الجزائري دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة سطيف02،2013.2014 ،ص121.

وهي النية الحتمية للمتعاقدين عام 1871، ورغم ثبوت هذا القصد الاحتيالي، فإن الدفع بالغش نحو القانون قوبل بالرفض من قبل محكمة النقض الفرنسية.[1]

ب_ في مسائل الطلاق

يعتبر موضوع الطلاق من أكثر المجالات التي يكثر فيها التحايل على القانون في ميدان الأحوال الشخصية، خاصة إذا علمنا أنّه كانت هناك عديد التشريعات من لا تجيز الطلاق، كالتشريع الفرنسي قبل سنة 1884، وكذلك هناك من التشريعات من لا يجيز الطلاق بالإرادة المنفردة وهناك من يضع شروط تعجيزية لذلك، وبغية تجنب كل ذلك يعمد الأفراد لتغيير ضابط الإسناد، سواء بتغيير الجنسية أو الموطن – في الدول التي تعتمد الموطن كضابط مي مسائل الأحوال الشخصية – بغية التملص من أحكام قانون جنسيتهم الأصلية أو موطنهم الأصلي والاستفادة من تسهيلات قانون الجنسية الجديدة أو الموطن الجديد في هذا الموضوع ، وهو ما قامت به الأميرة بوفرمون عندما قامت بتغيير جنسيتها إلى جنسية مقاطعة(Duche de saxe altermbourg) الألمانية بقصد تجنب أحكام القانون الفرنسي الذي يحضر الطلاق، والحصول على ذلك بموجب قانون جنسيتها الجديدة.[2]

وبالمثل يشكل تغيير الموطن ظرف إسناد إرادي محض لتغيير القانون الشخصي في الدول التي تسند الأحوال الشخصية لقانون الموطن، وهناك شبه إجماع لدى المحاكم الإنجليزية على عدم الاعتراف في إنجلترا بأحكام الطلاق التي تصدر في الخارج، إذا كان الغرض من تغيير الموطن هو الحصول على الطلاق، ويسمون هذه الحالة بـ " طيور الطريق أو الهجرة " ، ويلجأ الأفراد إلى التحايل على القانون الإنجليزي بسبب تشدد هذا الأخير في أسباب الطلاق وحصر حالاته.[3]

و من أشهر الأمثلة القضائية في طلاق قضية فيدالVIDAL :

---

[1]– بيارآميل طوبيا،التحايل على القانون ،دراسة مقارنة في القانون الخاص حول قاعدة الغش يفسد كل شيء،المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس لبنان،س 2009، ص 316–317.

[2]– بوخروبة حمزة،مرجع سابق،ص122.

[3]– زروتي الطيب ،القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنابقوانين العربية،جزء02(تنازع قوانين)مطبعة الكاهنة،د.م2000،ص263.

تتلخص وقائع قضية "فيدال" في لجوء زوجين فرنسيين، كانا منفصلين جسديا، إلى اكتساب الجنسية السويسرية عام 1974 كوسيلة للالتفاف على حظر الطلاق، حيث تمكنا بموجب جنسيتهما الجديدة من الانفصال وفقا للقانون السويسري الذي كان يبيح ذلك، لتبادر المرأة فورا بالزواج مجدداً، في حين تمسك زوجها المقيم في فرنسا ببطلان هذا الارتباط الجديد طاعنا فيه بالتحايل نحو القانون. وقد استجابت محكمة السين المدنية لطلبات الزوج وقضت ببطلان الزواج الثاني على أساس وجود تواطؤ غايته التهرب من قاعدة عدم انحلال الرابطة الزوجية التي كان يفرضها القانون الفرنسي آنذاك، وهو ذات التوجه الذي أيّدته محكمة استئناف "آكس أون بروفانس (Aix en Provence) "حين اعتبرت الزواج الثاني، المنعقد في وقت لم يفسخ فيه الزواج الأول بطريقة مشروعة، يشكل غشاً صريحاً يعاقب عليه القانون، لاسيما وأن الطرفين أقدما على هذه الخطوة مع علمهما اليقيني بعدم جواز ارتباطهما مجددا[1].

ثانيا: في مسائل الميراث

يعتبر اختلاف الدين بين المورث والوارث من الموانع الشرعية المستقرة في الفقه الإسلامي التي تحول دون انتقال التركة. وتطبيقا لهذا الأصل، قد تشهد البيئة العملية حالات يعمد فيها الوارث غير المسلم إلى إعلان اعتناقه الإسلام في توقيت مريب، وتحديدا خلال فترة مرض موت المورث؛ وهو ما يثير قرينة قضائية وشبهة قوية بأن هذا التحول العقائدي لم يكن نابعا من قناعة روحية، وإنما اتخذ كوسيلة وذريعة للتحايل على أحكام الميراث بغية حجز نصيب في التركة،وإزاء هذا المسلك، استقر الفقه والقضاء المستنير على عدم التعامل مع تغيير الديانة كواقعة مجردة ترتب آثارها تلقائيا، بل أوجبوا ضرورة البحث والتقصي في 'جدية العقيدة' والوقوف على الدواعي الحقيقية الكامنة وراء هذا التحول؛ فمتى تبين أن الهدف كان مصلحة مادية بحتة، رفض الأثر الإرثي منعا للغش نحو الأحكام الآمرة[2].

حيث يعد تغيير المورث أو الموصي لجنسيته قبل وفاته مسلكا تحايليا لإسقاط الاختصاص التشريعي لقانونه الأصلي واستبداله بقانون جديد يخدم تطلعاته الشخصية. وتظهر خطورة هذا السلوك في استغلال المورث للتشريع الجديد لتمرير تصرفات محظورة سابقا، مثل: تفضيل

[2]–بيارآميل طوبيا، مرجع سابق، ص 315،316.

[2]–عبد المنعم زمزم، الوسيط في القانون الدولي الخاص،دار الثقافة العربية،2010،د.ط ،ص189 .

أحد الورثة بالتركة كلها، توريث الزوجة غير المسلمة، حرمان الإناث من الميراث، أو تجاوز حدود الوصية الشرعية لتشمل كافة أمواله.[1]

من بين قضايا المتعلقة بالميراث قضية كارون:

تتلخص وقائع قضية "كارون" في قيام شخص يملك عقارا في فرنسا، وعند شعوره باقتراب أجله، بالبحث عن وسيلة للإفلات من أحكام القانون الفرنسي الواجب التطبيق على الميراث العقاري، وتحديدا للهروب من قاعدة "الحصة المحجوزة" (التركة النظامية) التي تقرر حقا إلزاميا لأولاده لا يجوز التصرف فيه بالهبة أو التبرع، فلجأ إلى حيلة قانونية تمثلت في تقديم عقاره كحصة عينية في شركة مقابل حصوله على أسهم فيها، وذلك بغرض تحويل طبيعة المال من عقار إلى منقول، وبالتالي إخضاع الإرث لقانون موطنه الأمريكي الذي لا يعترف بفكرة الحصة المحجوزة، مما يمكنه من حرمان أبنائه من الميراث عند وفاته، وعقب موته، أثار أولاده مسألة الغش نحو القانون الفرنسي المختص أصلا، فاستجابت محكمة النقض الفرنسية للطلب واستبعدت أحكام القانون الأمريكي _ بوصفه قانون موطن المتوفى _ بعدما ثبت لها أن الهدف من وراء تطبيقه هو الهروب من أحكام الإرث في القانون الفرنسي المختص باعتباره قانون موقع العقار، ومن ثم إحباط محاولة حرمان الأبناء من الميراث.[2].

الفرع الثاني: الغش نحو القانون في مجال الأحوال العينية والإلتزمات التعاقدية

لا يقتصر إعمال الدفع بالغش نحو القانون على الروابط الأسرية فحسب، بل يمتد ليشمل مجالات الأحوال العينية و الإلتزمات التعاقدية التي تتميز بمرونة ضوابط إسنادها وتطورها المستمر. ويظهر هذا التحايل جليا في صورتين رئيسيتين تمسان عصب المعاملات المالية، ومن هذا المنطلق خصصنا دراسة هذا الفرع في ما يلي :

[1] عبد العزيز هند،أحمد الصيد خولة،الدفع بالغش في تطبيق القانون الأجنبي في مسائل الأحوال الشخصية،مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر، ،جامعة 20أوت 55 سكيكدة،كلية الحقوق والعلوم السياسية،2020،ص51.

[2] –ريحاوي أمينة، دور الظابط الشخصي القانون الدولي الخاص، رسالة الدكتورة كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2016–2017، ص182.

أولا: الأحوال العينية

يمكن أيضا تحقق فكرة الغش نحو القانون في مجال الحقوق العينية، حيث يمكن للأفراد أن يتحايلوا مثلا على القانون فيما يتعلق بالأموال المنقولة، وذلك عن طريق التلاعب بضابط الإسناد بواسطة تغيير المكان الذي توجد فيه المنقولات، فكما هو معلوم هناك قاعدة عامة فحواها خضوع المال المنقول لقانون موقعه، وعليه يمكن للأفراد التهرب من أحكام قانون الموقع الأصلي، والخضوع الأحكام قانون موقع آخر يتلائم ومصالحهم، وذلك عن طريق نقل هذا المنقول من مكانه الأصلي إلى مكان آخر في دولة أخرى.[1]

وعليه يؤدي تحويل المال المنقول عن قصد وبسوء نية من دولة لأخرى إلى تداخل الاختصاص التشريعي القانونين قانون الدولة التي وجد المنقول في إقليمها وقت تحقق السبب وقانون الدولة التي انتقل إليها، كما أن ما يسمى بعلم المجاملة فيما يخص مرفأ قيد السفن والمركز الصوري للشركات دليل على التهرب من أحكام قانون محل القيد الفعلي للسفينة ومقر المركز الحقيقي للشركة، وغالبا ما يخفي ذوو المصلحة من وراء هذا الغش تسهيلات اقتصادية وإعفاءات ضريبية لذلك فلا مناص من الدفع بالغش نحو القانون لردع المناورات المخالفة له أو اللجوء إلى إيطال مفعولها إذا تحققت شروط الصورية ومع ذلك ينعقد الاختصاص التشريعي القانون الدولة التي تحول إليها المنقول.[2]

ثانيا: الإلتزامات التعاقدية

حيث يتجلى ذلك بوضوح في نطاق الالتزامات التعاقدية، إذ يمنح المتعاقدان حرية تحديد القانون الواجب التطبيق تجسيدا لمبدأ سلطان الإرادة، غير أنه قد يلجأ الطرفان أحيانا إلى اختيار قانون أجنبي لا تربطه بالعقد أي علاقة، بهدف الإفلات من أحكام القانون المختص وتجنب تطبيقه[3].

[1] –بوخروبة حمزة،مرجع سابق،ص123،122

[2] – زروتي الطيب، المرجع السابق، ص264.

[3] – علي علي سليمان، مذكرات في قانون الدولي الخاص الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،ط5، 2003، ص161.

و قد يرى الأستاذ زروتي الطيب أنه على الرغم من كفالة المادة 18/1 لحرية المتعاقدين في اختيار القانون الحاكم لالتزاماتهم التعاقدية، إلا أن الكشف عن الغش في هذا السياق ليس بالأمر الهين. بيد أن الاتجاه الفقهي والقضائي السائد يرهن هذه الحرية بوجود علاقة وثيقة تربط القانون المختار بالعقد أو بأطرافه، ومن ثم فإن إعمال المضمون القضائي للنظرية الموضوعية في تركيز العقد وتحديد قانونه الملائم بناء على ضوابط الارتكاز الموضوعية، يساهم بشكل فعال في تلافي فكرة الغش، بحيث يصبح استبعاد الاختيار السيئ النية مستندا إلى غياب الروابط الوثيقة وعناصر التركيز الموضوعي، وليس استنادا إلى الدفع بالغش في حد ذاته.[1]

و بما أن هناك قانونا وحيدا يمثل الرابطة الحقيقية بين المتعاقدين والعقد، فإن تعارض هذا القانون مع مصالحهم قد يدفهم إلى الغش والتحايل، وذلك باصطناع ضابط إسناد يتيح لهم اختيار قانون آخر غريب تماماً عن الرابطة العقدية.[2]

غير أن البعض يرى بأنه لا مجال لإعمال نظرية الغش في مجال الالتزامات التعاقدية، لأن القانون الدولي الخاص يعطي في هذا السياق دورا أساسيا لقانون الإرادة، وهذا يعود لطبيعة العلاقات الدولية ودورها في تلبية مصالح التجارة العالمية، فالأطراف لهم الحرية في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقدهم، مادام أنه لا يخالف القواعد الأمرة لدولة القاضي كما أن المشرع فسح المجال في نطاق هذه الالتزامات لتطبيق عدة قوانين عند غياب إرادة المتعاقدين.[3]

[1] –زروتي الطيب، مرجع سابق، ص263.

[2] – عبده جميل غصوب، دروس في قانون الدولي الخاص، ط1، مجد المؤسسة الجامعية لدراسات و النشر والتوزيع، بيروت، لبنان،2008، ص183.

[3] –محمد وليد المصري، الوجيز في شرح قانون الدولي الخاص(دراسة مقارنة لتشريعات العربية والقانون الفرنسي)، دار الثقافة، ط6 عمان، ، 2017، ص278.

المبحث الثاني: إعمال الدفع بالغش نحو القانون

بعد الدفع بالغش نحو القانون من الدفوع التي يترتب عليها استبعاد تطبيق قواعد الإسناد، الأمر الذي يقتضي التحقق من توافر شروطه القانونية اللازمة لإعماله المطلب الأول)، وإذا ثبت قيام هذا الدفع وترتب إعماله، فإن ذلك يؤدي إلى مجموعة من الآثار القانونية المترتبة عنه المطلب الثاني).

المطلب الأول: شروط إعمال الدفع بالغش نحو القانون

بالرجوع إلى المشرع الجزائري، يتضح أنه لم ينص صراحة على الشروط الواجب توافرها لإعمال الدفع بالغش نحو القانون، وإنما اكتفى بالإشارة إليه من خلال نص المادة 24 من القانون المدني وعليه، فإن بعض هذه الشروط يمكن استخلاصها من ألفاظ النص، في حين يستفاد البعض الآخر ضمنا من مضمونه وأهدافه، وهو النهج الذي أخذت به أغلب التشريعات المقارنة عند تنظيمها لمسألة الغش نحو القانون. وأمام هذا النقص التشريعي، تدخل كل من الفقه والقضاء لتحديد الشروط اللازمة لقيام هذا الدفع، حيث اتفقا بشأن بعض الشروط الأساسية، في حين ثار الخلاف حول شروط أخرى، الأمر الذي يقتضي التمييز بين الشروط المتفق عليها (الفرع الأول) والشروط المختلف بشأنها (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الشروط المتفق عليها للدفع بالغش نحو القانون

استقر الفقه قانونا على وجوب استجماع شرطين جوهريين لقيام الدفع بالغش نحو القانون، يتمثل أولهما في تبديل ضابط الإسناد بمحض الإرادة وهو ما يشكل الركن المادي، وينصرف ثانيهما إلى اتجاه النية نحو التحايل بسببه وهو ما يمثل الركن المعنوي.[1]

أولا: إجراء تغيير إرادي في ضابط الإسناد

ويطلق عليه الفقه بالركن المادي للغش[2]، ويتحقق ذلك عندما يعمد الأطراف إلى افتعال عنصر أجنبي في العلاقة القانونية بقصد الإفلات من تطبيق قانون القاضي الوطني، أو من

[1] –بوخروبة حمزة، مرجع سابق،ص129.

[2] –دغيش أحمد، مرجع سابق، ص78.

خلال تغيير العنصر الأجنبي بعناصر وطنية بما يؤدي إلى تحويل العلاقة إلى علاقة داخلية تخضع لأحكام القانون الوطني، وفي كلتا الصورتين يقوم التحايل على القانون.[1]

ولا يكفي مجرد تغيير ضابط الإسناد لقيام الغش نحو القانون، بل يجب أن يكون هذا التغيير إراديا بحيث يكون لإرادة الشخص دور مباشر في إحداثه، كما يشترط أن يكون التغيير فعليا وحقيقيا لا صوريا، لأن التغيير الصوري يخضع للقواعد العامة المتعلقة بالصورية دون الحاجة إلى إعمال الدفع بالغش نحو القانون. ومن جهة أخرى، ينبغي أن يتم هذا التغيير بوسيلة مشروعة، إذ لا يعتد بالتغيير الذي يتم اعتمادا على وسائل مخالفة للقانون، لأن هذه الوسائل تجد جزاءها ضمن القواعد القانونية الخاصة بها. لذلك، لا يتم اللجوء إلى الدفع بالغش نحو القانون إلا عند تعذر ترتيب جزاء قانوني آخر، باعتباره وسيلة احتياطية يلجأ إليها لاستبعاد التحايل على قواعد الإسناد وحماية التطبيق السليم للقانون المختص.[2]

ثانيا: توافر نية الغش أو التحايل على القانون

يعتبر هذا الشرط العنصر المعنوي للغش نحو القانون، فلا يكف أن يقوم الشخص بتغيير ضابط الإسناد، إنما ينبغي أن يكون هذا التصرف مقترنا بنية التنصل والتهرب من أحكام القانون المختص بحكم العلاقة. [3] ولما كان تغيير ضابط الإسناد يتم في الأصل بوسائل مشروعة، فإن نية التهرب من القانون تعد العنصر الحاسم في التمييز بين التصرف المشروع والتصرف المشوب بالغش، لأنه في غياب هذه النية يبقى الإجراء صحيحا ومنتجا لآثاره القانونية. وقد ثار خلاف فقهي حول اشتراط هذا العنصر، حيث ذهب اتجاه إلى صعوبة إثبات نية الغش باعتبارها مسألة داخلية تتعلق بما يضمره الشخص في نفسه، غير أن الاتجاه المؤيد لفكرة الغش نحو القانون يرى أن القضاء يستطيع استخلاص هذه النية من ظروف الدعوى وملابساتها والقرائن المحيطة بها، على غرار ما هو معمول به في مجالات

[1] –رحاوي أمينة، الزواج المختلط في القانون الدولي الخاص مذكرة لنيل ماجستير في القانون الدولي الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، 2011–2012، ص 96.

[2] – داودي صحراء "استبعاد تطبيق القانون الأجنبي بسبب الغش نحو القانون"، مجلة دراسات وأبحاث: المجلة العربية للأبحاث والدراسات في العلوم الإنسانية والاجتماعية، تصدر عن جامعة زيان عاشور بالجلفة، المجلد 12، العدد4، أكتوبر 2020 ص896.

[3] –أمينة مقدس، مرجع سابق، ص،1593.

قانونية أخرى تقوم على فكرة سوء النية. ومن بين القرائن التي يستدل بها على توافر نية الغش وجود تقارب زمني بين تغيير ضابط الإسناد والتصرف المراد إخضاعه للقانون الجديد، أو اتجاه الشخص إلى قانون يمنح مزايا أو تسهيلات استثنائية بقصد الاستفادة منها.[1]

الفرع الثاني: الشروط المختلف عليها للدفع بالغش نحو القانون

إلى جانب الشرطين السابقين اللذين استقر عليهما الفقه والقضاء، ذهب جانب من الفقه إلى إضافة شروط أخرى لإعمال الدفع بالغش نحو القانون، غير أن هذه الشروط لم تحظ باتفاق الفقهاء، وما تزال محل نقاش وخلاف واسع. ومن بين هذه الشروط ضرورة أن يكون الغش موجها إلى القواعد الآمرة في قانون القاضي (أولا)، وأن تتحقق النتيجة غير المشروعة فعلا (ثانيا)، إضافة إلى اشتراط عدم وجود وسيلة دفع أخرى غير الدفع بالغش نحو القانون، بحيث يكون لهذا الدفع طابع احتياطي فقط (ثالثا)، وذلك على النحو الآتي:

أولا: حصول الغش نحو قانون القاضي

اتجه الفقه والقضاء في بداية الأمر إلى قصر الدفع بالغش نحو القانون على نطاق ضيق، غير أن هذا الاتجاه عرف تطورا لاحقا بعدما تقرر إبطال التصرفات والعقود المشوبة بالغش متى كان الهدف منها التحايل على أحكام القانون. وقد تعزز هذا التوجه من خلال العديد من الأحكام القضائية التي كرست مبدأ عدم الاعتداد بالأعمال القائمة على الغش والتحايل.

وساير المشرع الجزائري هذا الاتجاه من خلال التعديل الأخير للقانون المدني، حيث نصت الفقرة الأولى من المادة 24 على جواز إعمال الدفع بالغش نحو القانون بصفة عامة، دون تقييده بحالة معينة. ويستفاد من عبارة "نحو القانون"[2] أنها جاءت بصيغة عامة ومطلقة، وهو

[1] –عفرة حياة، حقوق الطفل المترتبة عن الزواج المختلط على ضوء القانون الدولي الخاص، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري – تيزي وزو،2023، ص62.

[2] –جاء نص المادة 24 من القانون المدني في فقرتها الأولى: لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي ... إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر، أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون» ،مرجع سابق .

ما يقتضي الأخذ بعمومها وفقا لقواعد التفسير المعتمدة فقها، والتي تقضي بأن المطلق يبقى على إطلاقه ما لم يرد ما يقيده، وأن العام يؤخذ بعمومه ما لم يوجد نص يخصصه.

وعليه، استقر الفقه والقضاء الحديثان على أن الغش نحو القانون يتحقق كلما تعمد الشخص تغيير ضابط الإسناد أو التحايل على القواعد القانونية بقصد الإفلات من الأحكام الواجبة التطبيق، ذلك أن فكرة الغش تتنافى مع مقتضيات حسن النية واحترام القانون، الأمر الذي يبرر حرمان مرتكب الغش من الاستفادة من النتائج التي سعى إلى تحقيقها.[1]

ثانيا: أن يكون الغش موجها نحو قاعدة آمرة

ذهب بعض الفقه إلى قصر إعمال الدفع بالغش نحو القانون على حالات التهرب من القواعد الآمرة دون القواعد المكملة، باعتبار أن المشرع أجاز للأفراد الاتفاق على مخالفة هذه الأخيرة، مما ينفي تصور التحايل بشأنها. غير أن الاتجاه الغالب فقها لا يميز بين القواعد الآمرة والمكملة في هذا المجال، خاصة وأن الغش قد يكون أكثر سهولة في القواعد المكملة بسبب حرية الأطراف في الاتفاق على مخالفتها.

وبناء على ذلك، لا يجوز للمتعاقدين في العقود الدولية استعمال حرية اختيار القانون الواجب التطبيق بقصد إخضاع العقد لقانون لا تربطه بالعلاقة القانونية أو بأطرافها أية صلة حقيقية، سعيا وراء تحقيق مصالح خاصة عن طريق التحايل على أحكام القانون.[2]

ثالثا: اعتبار الدفع نحو القانون وسيلة احتياطية

يتم التمسك بالدفع بالغش نحو القانون عندما تكون المخالفة الواقعة على القانون المراد التهرب من أحكامه مخالفة غير مباشرة، أما إذا كانت المخالفة مباشرة لإحدى قواعد الإسناد، فإنه يتم اللجوء إلى الدفع الأصلي الملائم لاستبعاد الآثار الناتجة عن تطبيق القانون الأجنبي، دون حاجة لإعمال الدفع بالغش نحو القانون.[3]

---

[1] –زروتي الطيب، مرجع سابق ، ص267.

[2] –موسخ محمد، "حالات استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص أمام القضاء الجزائري"، مجلة كلية الحقوق، جامعة ورقلة، ص18 و19.

[3] – زروتي الطيب، المرجع السابق، ص267.

ومن أمثلة ذلك أن يقوم شخص بتغيير موطنه إلى إنجلترا بقصد الحصول على تطليق زوجته، بسبب عدم سماح قانونه الشخصي بذلك، فيستفيد من أحكام قانون الموطن المعمول به هناك لتحقيق غايته. وفي هذه الحالة يبقى القانون المختص أصلا وفقا لقواعد الإسناد هو قانون دولته، وليس القانون الإنجليزي.[1]

المطلب الثاني: الآثار المترتبة عن الغش نحو القانون

تتعدد الآراء الفقهية حول الأثر المترتب على الدفع بالغش نحو القانون وحدود الجزاء الذي يترتب عليه، غير أن الرأي الراجح يذهب إلى أن لهذا الدفع أثرين أساسيين؛ يتمثل أولهما في استبعاد القانون الذي انعقد له الاختصاص نتيجة الغش والتحايل على قاعدة الإسناد، وهو ما يشكل الأثر السلبي للدفع بالغش نحو القانون، مع اختلاف الفقه بشأن نطاق هذا الاستبعاد. أما الأثر الثاني، فيتمثل في إعادة الاختصاص إلى القانون الذي كان واجب التطبيق أصلا بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية، وهو ما يمثل الأثر الإيجابي لهذا الدفع. وعليه، سيتم التطرق إلى هذين الأثرين فيما يلي: الفرع الأول: الأثر السلبي للدفع بالغش نحو القانون والفرع الثاني بعنوان: الأثر الإيجابي للدفع بالغش نحو القانون.

الفرع الأول: الأثر السلبي للدفع بالغش نحو القانون

يترتب على هذا الأثر تطبيق القانون الذي تعمد الأطراف التهرب من أحكامه، وهو القانون الذي تحدده قاعدة الإسناد المختصة. وفي هذا الصدد، ثار خلاف فقهي حول مدى الاستبعاد المترتب على الدفع بالغش نحو القانون، وهل يقتصر على النتيجة التي قصد المتحايل الوصول إليها، أم يمتد كذلك إلى الوسيلة التي استعملها بقصد تغيير ضابط الإسناد. وقد ظهر اتجاهان فقهيان في هذا الشأن؛ يرى الاتجاه الأول أن الاستبعاد يقتصر على النتيجة فقط، أي استبعاد تطبيق القانون الأجنبي الذي تم التوصل إلى اختصاصه بطريق الغش، دون أن يشمل الوسيلة المستعملة لتحقيق ذلك، غير أن هذا الاتجاه لم يحظ بتأييد واسع فقها وقضاء(أولا). أما الاتجاه الثاني، وهو الاتجاه السائد في الفقه الفرنسي، فيرى أن استبعاد تطبيق

[1]– موسخ محمد، المرجع السابق، ص19.

القانون الأجنبي الذي تم التوصل إليه عن طريق التحايل على ضابط الإسناد يشمل النتيجة والوسيلة معا(ثانيا).[1]

أولا: الاتجاه الأول عدم نفاذ النتيجة فقط

فحسب هذا الرأي تعتبر النتيجة المفتعلة بسبب الغش غير نافذة، وتبعا لذلك يتم استبعاد القانون الذي ثبت اختصاصه بواسطة الغش، وإعادة الاختصاص إلى القانون المختص حقيقة بحكم المسألة. أما الوسيلة فأنها تبقى قائمة، ولا يمكن إنكار وجودها، وليس للقضاء الوطني حق إبطالها، لأنه لا يمكن لأي قاض أن يقرر مدى صحة تصرفات دولة أخرى، وكل ما يملكه هذا الأخير هو اعتبار هذا التصرف غير نافذ (190)، فمثلا حصول الشخص على جنسية جديدة بطريقة مشروعة لا يخول للقاضي حق إبطالها ونفيها (1)، فجنسية الأميرة bauffremont بقيت صحيحة وكل ما حكم به القاضي هو إبطال الطلاق وليس إبطال جنسيتها الجديدة التي أجازت لها الحصول على الطلاق.[2]

ويستند هذا الاتجاه في تبرير موقفه إلى عدة حجج، أهمها ما يلي:

إن الدفع بالغش نحو القانون في مجال القانون الدولي الخاص يعد وسيلة استثنائية لحماية قاعدة الإسناد، لذلك يجب أن يقتصر أثره على الحدود اللازمة لتحقيق هذه الغاية.

عدم اختصاص القاضي الوطني بإبطال الإجراء الذي تم به تغيير ضابط الإسناد، كتغيير الجنسية أو الموطن، لأن ذلك يدخل ضمن سيادة الدولة الأجنبية التي منحت الجنسية أو ثبت فيها الموطن.

إن الإبقاء على الوسيلة مع استبعاد النتيجة يحقق نوعا من الردع، إذ قد تترتب على التغيير الحاصل في ضابط الإسناد آثار قانونية أشد ضررا على المتحايل من القانون الذي حاول التهرب من أحكامه.[3]

[1] –عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، ، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1 بيروت، لبنان، 2004, ص462.

[2] –أمينة مقدس، مرجع سابق، ص1595.

[3] –بوخروبة حمزة، مرجع سابق، ص144.

ثانيا: الإتجاه الثاني عدم نفاذ كل من الوسيلة والنتيجة

يرى جانب من الفقه الفرنسي أن الأثر المترتب على أعمال الدفع بالغش لا يتناول النتيجة فقط التي عمد الشخص لتحقيقها من وراء تغيير ضابط الإسناد، بل يتناول كذلك الوسيلة التي لجا إليها الشخص للتوصل إلى النتيجة الغير مشروعة.

ويستند أنصار هذا الاتجاه إلى عدة حجج لتبرير شمول الجزاء لكل من الوسيلة والنتيجة، من أبرزها ما يلي:

إن تعميم الجزاء على الوسيلة والغاية معا يحقق سهولة في التطبيق، إذ يؤدي إلى تفادي الإشكالات القانونية التي قد تنشأ عن تطبيق قانون على النتيجة غير المشروعة وقانون آخر على الوسيلة المستعملة لتحقيقها.[1]

كما أن هذا الاتجاه يهدف إلى تفادي الازدواجية في معاملة الشخص المتحايل، لأن الآثار العرضية المترتبة على الغش لا أهمية لها بالنسبة إليه، ومن غير المنطقي الاعتداد ببعض آثار التصرف ورفض البعض الآخر، لذلك يتعين استبعاد جميع الآثار الناتجة عن الغش نحو القانون.

ويستند هذا الاتجاه أيضا إلى ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في قضية "الأميرة بوفرمون"، حيث اعتبرت أن هذه الأخيرة بقيت متمتعة بالجنسية الفرنسية، بغض النظر عما إذا كان قانون المقاطعة الألمانية يقر بصحة تجنسها أو لا.[2]

الفرع الثاني: الأثر الإيجابي للدفع بالغش نحو القانون

يجمع الفقه على تأييد هذا الموقف، على اعتبار أن التحايل على القانون هو في حد ذاته يعتبر تعطيلا لتطبيق القانون الذي تشير إليه قاعدة التنازع التي تم التلاعب بضابط الإسناد فيها، ومن ثم وجب إعادة الاختصاص إلى القانون الذي أراد المتحايل التملص من أحكامه، وذلك بغض النظر عن طبيعة هذا القانون ما إذا كان قانونا وطنيا أم أجنبيا، وبالتالي

[1] –زروتي الطيب، المرجع السابق، ص270.

[2] –بوخروبة حمزة، المرجع السابق، ص247.

لا يجب حصر الاختصاص المذكور لقانون القاضي وحده وذلك لكون أن مفعول هذا القانون المختص بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية مازال قائما ولم يفقد سلطانه، وكذا لكون أن الاعتداء على اختصاص هذا القانون إنما هو اعتداء على قاعدة التنازع الوطنية التي تشير إلى تطبيقه، ومن ذلك كله فإن القانون الذي يحل محل القانون المستبعد في حكم العلاقة القانونية هو القانون الواجب التطبيق بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية قبل التحايل عليها، سواء أكان هذا القانون هو قانون القاضي أو قانون أجنبي.

ويبدو أن هذا الرأي هو الذي تبناه المشرع الجزائري، عندما قضت المادة 24 من القانون المدني على استبعاد تطبيق القانون الأجنبي إذا كان مخالفا للنظام العام، أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون، ثم نص في الفقرة الثانية على أن القانون الجزائري هو الذي يطبق محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام، وسكت بالمقابل على طبيعة القانون الذي يحل محل القانون المستبعد في حالة ثبوت التحايل، مما يعني أنه قد يكون هذا القانون هو القانون الجزائري إذا كان هو القانون المختص بموجب قاعدة الإسناد المتحايل عليها، كما قد يكون قانونا أجنبيا إذا كانت هذه الأخيرة تشير باختصاصه.[1]

[1]– بوخروبة حمزة، المرجع السابق، ص149.

خلاصة الفصل الثاني

يتناول هذا الفصل الدفع بالغش نحو القانون كآلية قانونية تهدف إلى التصدي للتحايل على قواعد الإسناد الوطنية. وهو ما نص عليه المشرع الجزائري حيث يقوم على تغيير ضابط الإسناد عمدا وبطريقة اصطناعية بغرض التهرب من تطبيق احكام القانون الوطني. كما يركز على التطبيقات العملية لهذا الدفع، حيث خلصنا من خلاله ان المشرع الجزائري تطرق اليه كوسيلة قانونية يتمسك بها القاضي من خلال تهرب الاطراف من احكام القانون الواجب التطبيق لا سيما في مجال الأحوال الشخصية والأحوال العينية و الإلتزمات التعاقدية ، مستعرضا آثار ثبوت الغش، والتي تتمثل أساسا في عدم نفاذ التصرف الغشائي واستبعاد القانون الأجنبي الذي تم اللجوء إليه بطرق غير مشروعة.

الخاتمة

في ختام هذه الدراسة يتضح أن المشرع الجزائري سعى إلى تحقيق التوازن بين احترام قواعد الإسناد والانفتاح على القوانين الأجنبية من جهة، وبين حماية المبادئ الأساسية التي يقوم عليها النظام القانوني الوطني من جهة أخرى، وقد أظهرت الدراسة أن تطبيق القانون الأجنبي ليس مطلقا ، وإنما يبقى مقيدا بمجموعة من الضوابط والاستثناءات التي تحد من مجال اعماله وتضمن عدم المساس بالأسس الجوهرية للمجتمع الجزائري

كما تم التوصل إلى جملة من النتائج والتوصيات يمكن إجمالها فيما يأتي:

النتائج :

1-تبين أن قواعد الإسناد في القانون الدولي الخاص الجزائري لا تتمتع بطابع مطلق، وإنما تخضع لقيود واستثناءات تسمح للقاضي الوطني باستبعاد تطبيق القانون الأجنبي .

2-يترتب عن الدفع بالنظام العام حسب نص المادة 24 مكن القانون المدني الجزائري أثر سلبي يتمثل في استبعاد القانون الاجنبي المتعارض مع مقتضيات النظام العام، و أثر إيجابي يتمثل في ثبوت اختصاص قانون القاضي .

3-يعد النظام العام من أهم الضمانات القانونية التي خولها المشرع للقاضي الوطني من أجل مراقبة تطبيق القانون الأجنبي، إذ يجيز له استبعاد هذا القانون عندما يؤدي تطبيقه إلى نتائج تتنافى مع المبادئ السياسية أو الاقتصادية أو الاجتماعية أو الدينية أو الأخلاقية التي يقوم عليها المجتمع الجزائري

4- أظهرت الدراسة أن الدفع بالنظام العام لا يثار بصورة تلقائية، وإنما يشترط وجود تعارض حقيقي وجوهري بين أحكام القانون الأجنبي والنظام العام الجزائري، الأمر الذي يحد من التوسع في استعماله ويحقق قدرا من الاستقرار في العلاقات القانونية الدولية.

5-يؤدي الغش نحو القانون وظيفة رقابية على تطبيق القانون الأجنبي، حيث يحمي قواعد الإسناد من محاولات التحايل وتهرب الاطراف من احكام القانون الواجب التطبيق. الأمر الذي من شانه تعزيز الأمن القانوني وتحقيق الاستقرار في المعاملات الدولية.

6-اتضح لنا انه رغم اعمال المشرع للغش نحو القانون الا انه سكت عن تحديد القانون الواجب التطبيق الذي يحل محل القانون الاجنبي المستبعد حال ثبوت الغش نحو القانون.

الإقتراحات:

1- على الرغم من بذل محاولات عديدة في سبيل الوصول إلى تعريف مشترك لفكرة النظام العام، إلا أن المشرع الجزائري كغيره من التشريعات الأخرى التزم الصمت حيث اكتفى باستبعاده فقط دون الخوض في تفاصيله، وعليه نقترح على المشرع إضافة نصوص قانونية أخرى أو إعادة صياغة دقيقة لنص المادة 24 من القانون المدني عن طريق :

أولا : اعطاء مفهوم لكل من النظام العام والغش نحو القانون .

ثانيا : توضيح موقف المشرع الجزائري لكل من نسبة الاستبعاد الكلي أو الجزئي الواقع على أحكام القانون الأجنبي حال تعارضه مع مقتضيات النظام العام الجزائري حتى يسهل على القاضي التوصل للتطبيق السليم للقانون .

2- العمل على سن قانون دولي خاص مستقل عن القانون المدني ينظم جميع المسائل المتعلقة بالنزاعات المشوبة بالعنصر الأجنبي في إطار العلاقات الدولية الخاصة

3- -تعزيز تكوين القضاة والباحثين في مجال القانون الدولي الخاص، خاصة فيما يتعلق بآليات استبعاد القانون الأجنبي وشروط تطبيقها.

4- نشر الاجتهادات القضائية المتعلقة بالدفع بالنظام العام والغش نحو القانون، وتوحيد الممارسات القضائية والعمل على تطوير التعاون القضائي الدولي بما يضمن الاعتراف بالأحكام الأجنبية وتنفيذها مع مراعاة مقتضيات النظام العام الوطني.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

اولا :المصادر

1- الاوامر

1. الأمر رقم 58-75المؤرخ في 26سبتمبر 1975المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية، العدد 78، سنة 1975.

2. الأمر 70_20 المؤرخ في 13ذي الحجة من عام 1389،الموافق ل19فبراير 1970، يتعلق بالحالة المدنية ،العدد21،الجريدة الرسمية.

2-القرارات القضائية

1. قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1افريل 1981.

2. قرار صادر عن المحكمة العليا، الغرفة التجارية والبحرية، قرار رقم 1517023، المؤرخ في 28/04/2022، منشور على الموقع الرسمي للمحكمة العليا، قسم الإجتهاد القضائي التجاري.

3. قرار رقم 1305394، صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 12جويلية 2018، غرفة التجارية والبحرية، المجلة القضائية الرسمية.

4. قرارصادر عن المجلس الأعلى،رقم52207،بتاريخ1989/01/2، المجلة القضائية،1990.

5. قرار صادر عن مجلس القضاء المدية،محكمة لمدية،رقم الملف 82/82 بتاريخ 1989/04/06،نشرة القضاة.

6. قرار صادر عن المحكمة العليا ،ملف رقم32463،منشورفي المجلة القضائية،1989.

ثانيا : المراجع :

1- الكتب

1. اعراب بالقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري(تنازع القوانين)، ج1، دار هومة، ط1 الجزائر 2001.

2. –بيارآميل طوبيا، التحايل على القانون، دراسة مقارنة في القانون الخاص حول قاعدة الغش يفسد كل شيء، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس 2009.

3. حسن الهيداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، الاردن 1998

4. زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بقوانين العربية، ج 02(تنازع قوانين)، مطبعة الكاهنة، د.م.، 2000.

5. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الإلتزام بوجه عام، مصادر الإلتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 2002.

6. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، جزء 1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان 2011.

7. عبد الله الهيداوي، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني في تنازع القوانين (المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني)، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن 2001.

8. عبد المنعم زمزم، الوسيط في القانون الدولي الخاص، دار الثقافة العربية،مصر ،د.ط، 2010 .

9. عبده جميل غصوب، دروس في قانون الدولي الخاص، ط1، مجد المؤسسة الجامعية لدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2008.

10. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، في تنازع القوانين وتنازع الإختصاص القضائي الدوليين ،الجزء الثاني ، ط6 ، دار النهضة العربية، القاهرة ، مصر 1969

11. عزالدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، ج 2(في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين)، ط9، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة،مصر 1986

12. عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان 2004.

13. علي علي سليمان، مذكرات في قانون الدولي الخاص الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2003.

14. عليوش قربوع كمال، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ج1، دار هومة للنشر، الجزائر 2011.

15. عليوش قربوع كمال،القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين،ج1،ط4،بوساحة لطباعة لنشر و التوزيع ،2023.

16. ماجد راغب الحلو، قانون إداري، دار الجامعة الجديدة، اسكندرية، مصر 2011.

17. محمد وليد المصري، الوجيز في شرح قانون الدولي الخاص (دراسة مقارنة لتشريعات العربية والقانون الفرنسي)، دار الثقافة، عمان، سنة 2017.

18. نادية فضيل، الغش نحو القانون، دار هومة، الجزائر، السنة 2005.

19. نادية فضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوجني، ط4، دار هومة لنشر الجزائر 2005.

20. هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، الدار الجامعية للطباعة والنشر، ط1، د.س.ن.

21. سعيد يوسف البستاني،الجامع في القانون الدولي الخاص "المضمون الواسع المتعدد الموضوعات" ، ط01 منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت، لبنان2009

2- الرسائل والمذكرات الجامعية

1. بلمامي عمر، الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص، مذكرة لنيل شهادة الماجستار (دراسة مقارنة)، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1986.

2. بوخروبة حمزة، موانع تطبيق القانون الأجنبي في ضوء المادة 24من قانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سطيف 2014-2013

3. رحاوي أمينة، الزواج المختلط في القانون الدولي الخاص، مذكرة لنيل ماجستير في القانون الدولي الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر،2011-2012.

4. ريحاوي أمينة، دور الظابط الشخصي القانون الدولي الخاص، رسالة الدكتورة كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان2017/2016.

5. عبد العزيز هند، أحمد الصيد خولة، الدفع بالغش في تطبيق القانون الأجنبي في مسائل الأحوال الشخصية، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 20أوت 1955 سكيكدة،سنة 2020.

6. عفرة حياة، حقوق الطفل المترتبة عن الزواج المختلط على ضوء القانون الدولي الخاص، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري -تيزي وزو2023.

7. عليان عدة، فكرة النظام العام وحرية التعاقد في ضوء القانون الجزائري والفقه الإسلامي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان 2015-2016.

8. عامر أحمد مختار، تنظيم سلطة الضبط الإداري في العراق، رسالة ماجستار، جامعة بغداد، سنة 1975.

3-المقالات

1. أحمد ناصر الركن، فكرة النظام العام بين النظرية والتطبيق، مجلة البحوث والدراسات القضائية والقانونية، عدد 12.

2. أمينة مقدس، إستبعاد القانون الأجنبي في القانون الجزائري: دراسة تحليلية في ضوء نص المادة 24 من القانون المدني، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة واد سوف مجلد10 عدد01، افريل2019.

3. داودي صحراء، استبعاد تطبيق القانون الأجنبي بسبب الغش نحو القانون، مجلة دراسات وأبحاث :المجلة العربية للأبحاث والدراسات في العلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور بالجلفة، المجلد 12، العدد 4، أكتوبر 2020.

4. دغيش أحمد، الغش نحو القانون في مجال القانون الدولي الخاص، مجلة المثار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية، تصدر عن كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة بشار، العدد الثاني، سبتمبر 2017.

5. فيصل نسيغة، رياض د.ن.ش، النظام العام، مجلة المنتدى القانوني ،جامعة خيضر بسكرة ، العدد الخامس.

6. قاسم العيد عبد القادر، النظام العام كسبب من أسباب إستبعاد تطبيق القانون الأجنبي (قراءة شخصية)، مجلة الراشدية، العدد الثالث سنة 2010.

7. كيحل كمال، مفهوم النظام العام في القانون الدولي الخاص، مجلة الحقيقة،جامعة ادرار العدد 29، سنة 2018.

8. لطرش حمو، تطور النظام العام وحماية الحواس الخمس، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، المجلة النقدية. 2019.

9. - بن تركية ليندة اديبة مطابقة احكام التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري والقانون الفرنسي ، دراسة مقارنة ، جامعة سيدي بلعباس ، مجلة القانون العام الجزائري والمقارن ،المجلد8 ، العدد2 ديسمبر 2022.

10. موسخ محمد، حالات استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص أمام القضاء الجزائري، مجلة البحوث والدراسات العلمية ،جامعة يحي فارس المدية، العدد03 ،ديسمبر 2009.

11. وردة دلال، مدى إرتباط موانع الزواج بالنظام العام في ظل قانون الأسرة الجزائري، المجلة المتوسطية للقانون والإقتصاد، جامعة تلمسان ، مجلد 05، عدد02 ، ديسمبر 2020.

4 -مراجع بالاجنبي

.

- Kevin Bihannie, Repenser l'ordre public de proximité : d'une conception hiérarchique à une conception proportionnelle, thèse de doctorat s. la dir. de Sandrine Clevel, Université Paris 1, 2017..

-Monica-Elena Buruianã- L'application de la loi étrangère en droit international Privé Droit. Université de Bordeaux, 2016.

الملاحق

الملاحق:

ملف رقم 1305394 قرار بتاريخ 12-07-2018

رقم القرار: 1305394

تاريخ القرار: 12/07/2018

الموضوع: تحكيم

الأطراف: الطاعن: شركة ذ.م.م بعلوج و أبناؤه / المطعون ضده: دال أغليو ذ.م.م شركة حق إيطالي

الكلمات الأساسية: نظام عام دولي- استئناف- قرار تحكيمي- أمر بالاعتراف.

المرجع القانوني: المادة 1056 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

المبدأ:

يعد الاعتراف بتنفيذ قرار تحكيمي دولي غير نهائي محل طعن بالاستئناف، مخالفة للنظام العام الدولي.

وجه الطعن المثار من الطاعن المرتبط بالمبدأ:

بدعوى أن رئيس المحكمة قد أصدر الأمر بالاعتراف بتنفيذ حكم صادر عن محكمة التحكيم بالغرفة التجارية بباريس على أساس أنه صدر في أول وآخر درجة.

حيث أن المادة 1518 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي جعلته قابلا للطعن بالإلغاء وقد طعنت فيه الطاعنة أمام محكمة الاستئناف بباريس في 20 فيفري2017، ولم تفصل فيه بعد، مما يجعل القرار التحكيمي موضوع التنفيذ بالجزائر،غير نهائي.

وعليه، يكون الأمر قد خالف النظام العام الدولي لعدم تأكده من عدم قابليته للتنفيذ، مما يجعله عرضة للإلغاء.

بالفعل،حيث أنه من المقرر قانونا عملا بأحكام المادة 1056 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أنه لا يجوز استئناف الأمر القاضي بالاعتراف أو بالتنفيذ لحكم تحكيم دولي إلا في حالات أوردتها ذات المادة على سبيل الحصر ومن بينها على الخصوص إذا كان حكم التحكيم مخالفا للنظام العام الدولي.

رد المحكمة العليا عن الوجه المرتبط بالمبدأ:

حيث أثبتت الطاعنة أنها طعنت بالاستئناف أمام محكمة باريس في الحكم التحكيمي محل التنفيذ ولم يفصل في الدعوى بعد،وعليه وبتقريره لعدم قبول الاستئناف لذات الأمر لعدم جوازه قانونا،يكون القرار المطعون فيه قد خالف القانون ويصبح بذلك عرضة للنقض.

حيث أن الأمر المستأنف كان قد ماثله في ذلك بمنحه للاعتراف بالتنفيذ لقرار تحكيمي غير نهائي ومعتبرا إياه على أنه صادر في آخر درجة ويكون قد خالف النظام العام الدولي ومن ثمة قابلا للاستئناف.

حيث لم يبق من النزاع ما يتطلب الفصل فيه، ويتعين لذلك وعملا بأحكام المادة 1/365 من نفس القانون، القول بأن يكون النقض دون إحالة مع التمديد للأمر المستأنف احتكاما لنص الفقرة 03 من ذات المادة.

منطوق القرار

نقض بدون إحالة مع تمديد الحكم المستأنف

الرئيس

مجبر محمد

المستشار المقرر

بعطوش حكيمة

أمين الضبط

سباك رمضان

الفهرس

فهرس المحتويات

البسملة
الإهداء
الشكر
قائمة المختصرات
مقدمة.....01

الفصل الأول: الدفع بالنظام العام لاستبعاد لتطبيق القانون الأجنبي

المبحث الأول: ماهية النظام العام في الفقه والقانون.....07
المطلب الأول: مفهوم النظام العام وخصائصه.....07
الفرع الأول: التعريف الفقهي والقانوني لنظام العام.....07
الفرع الثاني: خصائص الدفع بالنظام العام.....11
المطلب الثاني: شروط إعمال الدفع بالنظام العام.....14
الفرع الأول: وجود قانون الأجنبي واجب التطبيق 14
الفرع الثاني: توافر مقتضى من مقتضيات النظام العام.....15
الفرع الثالث: وجود رابطة بين النزاع المطروح ودولة القاضي 15
المبحث الثاني: آثار الدفع بالنظام العام وتطبيقاته 16
المطلب الأول: آثار الدفع بالنظام العام.....16
الفرع الأول: الأثر السلبي 16
الفرع الثاني: الأثر الإيجابي.....17
الفرع الثالث: الأثر المخفف للنظام العام.....18
المطلب الثاني: تطبيقات الدفع بالنظام العام.....20
الفرع الأول: نموذج حظر الفوائد الربوية في القروض المدنية 20
الفرع الثاني: نموذج الحكم التحكيمي كشرط لتنفيد في القانون الجزائري 21
الفرع الثالث: نموذج في مجال الأحوال الشخصية 22

الفصل الثاني : الدفع بالغش نحو القانون لاستبعاد القانون الأجنبي

المبحث الأول:ماهية الغش نحو القانون.....27
المطلب الأول :مفهوم الغش نحو القانون.....27
الفرع الأول :التعريف الفقهي للغش نحو القانون 27
الفرع الثاني:التعريف القانوني للغش نحوالقانون 29
المطلب الثاني: نطاق تطبيق الغش نحو القانون 30
الفرع الأول :الغش نحو القانون في مسائل الاحوال الشخصية 31
الفرع الثاني :الغش نحو القانون في مجال الاحوال العينية والإلتزامات التعاقدية 35
المبحث الثاني :اعمال الدفع بالغش نحو القانون.....38
المطلب الأول :شروط الدفع نحو القانون.....38
الفرع الأول: الشروط المتفق عليها للدفع بالغش نحو القانون 38
الفرع الثاني: الشروط المختلف عليها للدفع بالغش نحو القانون.....40
المطلب الثاني :الآثار المترتبة عن الغش نحو القانون 42
الفرع الأول:الاثر السلبي لدفع بالغش نحو القانون 43
الفرع الثاني:الاثر الايجابي للدفع بالغش نحو القانون.....45
الخاتمة 48
قائمة المراجع والمصادر 53
الملاحق.....59
فهرس المحتويات.....62
ملخص.....

ملخص

تتناول هذه الدراسة موضوع استبعاد تطبيق القانون الأجنبي في إطار القانون الدولي الخاص الجزائري، باعتباره من أهم الوسائل القانونية التي تضمن حماية النظام القانوني الوطني عند اتصال العلاقة القانونية بعنصر أجنبي. حيث تدرس الدفع بالنظام العام من خلال بيان مفهومه وخصائصه وشروط تطبيقه وآثاره المختلفة، مع التطرق إلى الأثر المخفف للنظام العام في التشريع والاجتهاد القضائي الجزائري، كما تتناول الدفع بالغش نحو القانون باعتباره وسيلة لمواجهة التحايل على قواعد الإسناد، وذلك من خلال دراسة أركانه وشروطه وآثاره القانونية، وقد خلصت الدراسة إلى أن المشرع الجزائري نجح في تحقيق التوازن بين احترام مقتضيات العلاقات القانونية الدولية وحماية المبادئ الأساسية التي يقوم عليها المجتمع والنظام القانوني الجزائري.

Summary

This study addresses the exclusion of foreign law within the framework of Algerian Private International Law, as one of the most important legal means to ensure the protection of the national legal order when a legal relationship involves a foreign element. It examines the public policy defense by explaining its concept, characteristics, conditions for its application, and its various effects, while also addressing the mitigating effect of public policy in Algerian legislation and judicial precedent. It also deals with the fraud against law defense as a means to counter circumvention of conflict of laws rules, by studying its elements, conditions, and legal effects, especially in matters of personal status. The study concluded that the Algerian legislator has succeeded in achieving a balance between respecting the requirements of international legal relations and protecting the fundamental principles upon which Algerian society and legal order are based.