تلـــــمسان – جـــامعة أبـــي بـــكر بلقـــايد

كلية الحقوق و العلوم السياسية

النظام العام في النزاعات الدولية الخاصة المتعلقة بالأحوال الشخصية

مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص

من إعداد الطالبة:

زراير فاطمة الزهراء

تحت إشراف الأستاذ الدكتور:

تشوار جيلالي

أعضاء لجنة المناقشة

أ. بن حمو عبد الله	أستاذ التعليم العالي، جامعة تلمسان،	رئيسا
أ. تشوار جيلالي	أستاذ التعليم العالي، جامعة تلمسان،	مشرفا و مقررا
أ. تشوار حميدو زكية	أستاذة محاضرة قسم آ، جامعة تلمسان،	مناقشة

السنة الجامعية: 2010 – 2011

{قَالُوا سُبْحَانَكَ لَا عِلْمَ لَنَا إِلَّا مَا عَلَّمْتَنَا
إِنَّكَ أَنْتَ الْعَلِيمُ الْحَكِيمُ}

سورة البقرة الآية 32

التشكرات

أتقدم بشكري الخالص للأستاذ الفاضل الدكتور

تشوار جيلالي الذي تفضل بالإشراف على هذا البحث و لم يبخل علينا بوقته الثمين، و مد لنا يد العون بتوجيهاته القيمة وملاحظاته الدقيقة .

كما أتقدم بجزيل الشكر إلى الأساتذة الأفاضل أعضاء لجنة المناقشة لقبولهم قراءة و مناقشة هذا البحث .

الإهداء

إلى الوالدين الكريمين حفظهما الله .

إلى أخي و أختي العزيزين

قائمة أهم المختصرات

Liste des principales abréviations

1. باللغة العربية:

د.س.ط: دون سنة طبع.

ص: صفحة.

غ.أ.ش.م: غرفة الأحوال الشخصية للمواريث.

2. باللغة الفرنسية:

C.A : Cour d'Appel.
Cass : Cour de Cassation Française.
Cass.civ : Cassation Civile.
Cf : Confer.
Ch : Chambre.
Civ : Civile.
Cons : Consulter.
Corr : Correctionnel.
J.C.P. : Juris Classeur Périodique. (Semaine Juridique).
L.G.D.J : Libraire Générale de Droit et de Jurisprudence. (Paris).
Op.cit. : Opere Citato (dans l'ouvrage cité).
Req : Requêtes.
T.G.I : Tribunal de Grande Instance.

الـــمقدمة

مع إزدياد حركة تنقل الأشخاص والأموال بين الدول تكثّفت وتنوّعت المعاملات بين أفراد ينتمون لدول مختلفة الحضارات. وأمام هذه الوضعية كان على الدول أن تتدخل لتنظيم هذا النوع من العلاقات الدولية الخاصة من خلال تحديد القانون الأنسب لحكمها. ومن هنا ظهرت قواعد التنازع التي تسند العلاقة القانونية المشتملة على عنصر أجنبي لقانون معين[1].

إلاّ أنّ المشرع عندما يقوم بعملية الإسناد لا يعرف مضمون القانون الأجنبي، فهو يسند الإختصاص التشريعي لهذا القانون بإعتباره القانون الأكثر ملائمة وتحقيقا للعدالة.

كما أنّ السماح بتطبيق القوانين الأجنبية يفترض وجود حدّ أدنى من التقارب بين القانون الأجنبي وقانون القاضي. أما إذا وصل الإختلاف بين الأنظمة القانونية لحدّ التنافر الصارخ، فإنّ القانون الأجنبي في هذه الحالة يصبح بمثابة خطر يهدّد إستقرار السياسة التشريعية للدولة، ويعرّض مبادئها وأفكارها الأساسية للتصدّع. لذلك ومن أجل تفادي هذه النتائج الوخيمة يحتاج القاضي لوسيلة قانونية فعالة يمنع بموجبها تطبيق القوانين الأجنبية المتعارضة مع الأسس الجوهرية لدولته، ولاشك أنّ النظام العام هو السلاح الذي يوفي بهذا الغرض[2].

وقد أصبح الدفع بالنظام العام مبدأ مسلّما به لدى مختلف دول العالم[3]، وهو دفع تقتضيه الضرورة. فالسماح بتطبيق القوانين الأجنبية لا يعني منح توقيع على بياض لمشرّعي

---

[1]-أنظر، أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص، الجزء.1: تنازع القوانين، الطبعة.10، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص.46 ؛ بليعقوبي بلخير، تقديرفكرة النظام العام في العقود الخاصة الدولية في مجال الأحوال الشخصية، المجلة السداسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2008، العدد 05 ، ص.197.

[2]-أنظر، عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، طبعة.1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2004 ، ص.522-525؛ حسن هداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني، دراسة مقارنة، الطبعة.2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2001، ص.180-181؛ أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، الطبعة .1، دار النهضة العربية، القاهرة، ص.775-776.

[3]-المادة 03 من القانون المدني الإيطالي لسنة 1942؛ المادة 05 من القانون الدولي الخاص التركي لسنة 1982؛ المادة 22 من القانون المدني البرتغالي لعام 1966؛ المادة 12 "2" من القانون المدني الإسباني لعام 1974؛ المادة 24 من القانون المدني الجزائري؛ المادة 30 من القانون المدني السوري؛ المادة 32 من القانون المدني العراقي؛ المادة 28 من القانون المدني المصري؛ المادة 28 من القانون المدني الليبي؛ المادة 37 من القانون الكويتي لسنة 1961؛ الفصل 36 من المجلة التونسية للقانون الدولي الخاص لسنة 1998.

مختلف الدول[1]، وإنما غايته تحقيق التعايش بين مختلف الأنظمة القانونية، والمحافظة على المجرى الطبيعي لعلاقات الأفراد، وكذا مراعاة المعاملات الدولية واعتبارات العدالة. غير أنّ تحقيق هذه الأهداف يجب أن لا يكون على حساب المبادئ الأساسية والمثل العليا لبلد القاضي. وبمعنى أدق، إذا تبين للقاضي أنّ من شأن تطبيق القانون الأجنبي زعزعة أحد المبادئ الأساسية للدولة وإثارة الشعور العام لدى الجماعة، فإنه يتعين عليه أن يمتنع عن تطبيق هذا القانون باسم النظام العام للمحافظة على المصالح الجوهرية للمجتمع[2]. وهو نفس الهدف الذي يسعى لتحقيقه النظام العام في إطار العلاقات الداخلية. لكن مع ذلك توجد بعض أوجه الإختلاف في الدور الذي يؤديه النظام العام في كلا المجالين. فالنظام العام في إطار العلاقات الدولية الخاصة يؤدي إلى استبعاد القانون الأجنبي المختص الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد، مما يترتب عليه خضوع العلاقة القانونية المطروحة لقانون آخر غير الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد. أما في إطار العلاقة الداخلية فيؤدي تدخل النظام العام إلى بطلان التصرفات القانونية المخالفة للقواعد الآمرة[3].

كما يتميّز النظام العام عن الغش نحو القانون، فحتى وإن كان يؤدي كليهما إلى الإمتناع عن تطبيق القانون الأجنبي، إلاّ أنه مع ذلك لا يمكن إنكار الفروق الجوهرية الموجودة بينهما. فبينما يكون الدفع بالنظام العام موجّها لمضمون القانون الأجنبي الذي يصطدم مع المفاهيم الأساسية لدولة القاضي، فإذا بالغش نحو القانون يكون موجّها إلى الحيلة التي لجأ إليها الأفراد والتي تتمثل في تغيير ضابط الإسناد من خلال تغيير الجنسية أو الموطن للتهرب من

---

[1] -Cf. Paul LAGARDE, Ordre public, Rép, Internat, J.C.P., 1998, tome.3, Dalloz, 1999-4, p.2,n°6.

[2] -أنظر، فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، الجزء. 2 : تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، 1974، ص.182-183؛ عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء.2، تنازع القوانين وتنازع الإختصاص القضائي الدولي، الطبعة.9 ، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1983، ص.540.

[3] -أنظر، محمد مبروك اللافي، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي، دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع الليبي، منشورات الجامعة المفتوحة، 1994، ص. 80؛ زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دراسة مقارنة بالقوانين العربية والقانون الفرنسي، الجزء.1، الطبعة.2، مطبعة النسيلة، الدويرة، 2008، ص. 278.

القانون الواجب التطبيق أصلا على العلاقة. وإن كان يترتب على الدفع العام استبعاد القانون الأجنبي وإحلال قانون آخر محله، فإنّ إعمال الغش نحو القانون يؤدي إلى إبطال التصرف القانوني الذي أبرمه الأفراد وذلك جزاء على سوء نيتهم[1].

ويختلف كذلك النظام العام عن القواعد ذات التطبيق الفوري أو قوانين البوليس والأمن، حيث وإن كان يترتب على كليهما عدم السماح بتطبيق القوانين الأجنبية فمع ذلك تختلف طريقة تدخل كل منهما. فالقواعد الفورية هي تلك القواعد المادية التي تطبق مباشرة سواء على العلاقة القانونية الوطنية أو تلك التي تتضمن عنصرا أجنبيا ودون حاجة إلى الرجوع لقواعد الإسناد. أما النظام العام لا يتدخل إلاّ بعد استشارة قواعد الإسناد، أي بعد أن تشير قاعدة الإسناد إلى اختصاص قانون أجنبي ويتبين للقاضي بعد فحصه لهذا القانون أنه يتعارض مع المفاهيم الأساسية لدولته فيقوم باستبعاده باسم النظام العام.

إضافة على ذلك، فإنّ النظام العام يمكن التخفيف من آثاره من خلال ما يسمى بالأثر المخفف للنظام العام كما سنرى[2]، أما قواعد البوليس والأمن فتتميز بأنها قواعد مطلقة تطبق مباشرة وفورا وتقتضي تطبيق قانون القاضي[3].

وإن كان النظام العام يسمح باستبعاد القوانين الأجنبية التي لا تأتلف وأحكام قانون القاضي، فإنّ دوره على هذا النحو لم يبرز بشكل واضح إلاّ في القرن 19 على يد الفقيه الألماني Savigny الذي نادى بفكرة الإشتراك القانوني. وقد قصد Savigny بهذه الفكرة أنّ الدول الأوربية تستمد أحكامها القانونية من القانون الروماني كما أنها تدين بالديانة المسيحية. وهذا الإشتراك من شأنه أن يسمح بتطبيق قواعد التنازع فيما بين هذه الدول

[1]-أنظر، بلمامي عمر، الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، 1986 ، ص. 105-108.

[2]-أنظر، ص 61 من هذه المذكرة.

[3]-أنظر، زروتي الطيب، المرجع السابق، ص.274-275؛ بلمامي عمر، المرجع السابق، ص.97-99.

وبالتالي إمكانية تطبيق قوانين بعضها البعض. وفي الحالة العكسية، إذا انتفى الإشتراك القانوني بين الدول، فلا مناط من استبعاد القانون الأجنبي[1].

وإن كان Savigny أول من صوّر فكرة النظام العام بمفهومها الحالي، إلاّ أنه مع ذلك قد وُجهت لنظريته بعض الإنتقادات، أهمها أنّ حتى الدول الأوربية التي تجمع ما بينها نفس الديانة ونفس التراث القانوني تتمايز أنظمتها القانونية عن بعضها البعض. وعلى أساس ذلك أصبح يُنظر حاليا لفكرة الإشتراك القانوني التي جاء بها الفقيه Savigny على أنها مجرد تقارب بين الأصول العامة في القانون[2].

والجدير بالإشارة أنّ هذا الدور الإستبعادي للنظام العام لم يكن معروفا سابقا. ويرجع الشراح النواة الأولى لظهور فكرة النظام العام إلى الفقيه الإيطالي Bartole الذي ميّز في القرن 13 بين الأحوال المستهجنة أو البغيضة والأحوال المستحسنة أو الملائمة. وحسب هذا الفقيه، فإنّ الأولى هي تلك التي لا يمتد تطبيقها خارج الإقليم الذي صدرت فيه. أما الثانية فتسري على الشخص أينما حلّ.

وإن كان الفقيه Bartole لم يشر صراحة لمصطلح النظام العام، إلاّ أنه قد أكدّ عليه عندما نص على التطبيق الإقليمي للأحوال البغيضة[3].

وفي القرن التاسع عشر إستعمل الفقيه Mancini مصطلح النظام العام، ولكن ليس كوسيلة لاستبعاد القانون الأجنبي وإنما كأداة لتثبيت الإختصاص التشريعي لقانون القاضي. فقد تزعم الفقيه Mancini نظرية شخصية القوانين والتي عنى بها أنّ القوانين وُضعت لحكم الأشخاص قبل أن توضع لتطبق في حدود الإقليم. ومن ثم، فإنّ الشخص يبقى خاضعا لقانون الدولة التي ينتمي إليها مهما كان المكان الذي يوجد فيه.

---

[1]-أنظر، حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، الكتاب1 : تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان،2002، ص.260؛ أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص.775.

[2]- أنظر، غالب علي الداوودي، القانون الدولي الخاص، الكتاب1: تنازع القوانين وتنازع الإختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، دراسة مقارنة، الطبعة.4، دار وائل للنشر، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية،2006، ص.512.

[3]-أنظر، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص.530-531؛ هشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2003، ص.188.

وقد أورد Mancini على مبدأ شخصية القوانين إستثناءات، يتمثل الإستثناء الأول في تطبيق قانون الارادة على العقود. ويقضى الإستثناء الثاني بتطبيق القانون المحلي على شكل التصرفات. أما الإستثناء الثالث فيتعلق بقواعد القانون العام والقوانين الخاصة بالأمن المدني والملكية العقارية. هذه القوانين تخضع للقانون الإقليمي نظرا لتعلّقها بالنظام العام. وهكذا إستخدم الفقيه Mancini النظام العام كأداة لتثبيت الإختصاص التشريعي لقانون الدولة، فهو الذي يطبق في هذه المسائل على كل من يوجد بالإقليم ولو كان أجنبيا.

ولم تسلم نظرية Mancini من الإنتقادات حيث عيب عليه أنه أخلط بين فكرتين مختلفتين وهما النظام العام ومبدأ الإقليمية [1].

ويرجع سبب الوقوع في هذا الخلط إلى فهم أنّ المقصود بفكرة الإقليمية هو تطبيق القاضي لقانونه على كلّ النزاعات التي تطرح عليه. في حين أنّ مفهوم الإقليمية غير ذلك إذ يُقصد به تطبيق قانون الدولة على كل النزاعات التي تثور أو تقع بإقليمها، سواء تمّ تطبيق هذا القانون من طرف محاكم هذه الدولة أو من طرف محاكم دولة أجنبية [2].

إنّ النظام العام باعتباره الوسيلة الفعالة التي يمكن الإعتماد عليها ضدّ الحالات غير المتوقعة [3] لا يقتصر دوره على استبعاد القانون الأجنبي المختص، وإنما يؤدي كذلك إلى عدم السماح بإمهار الأحكام الأجنبية بالصيغة التنفيذية [4]. ودوره على هذا النحو يكثر خاصة في مسائل الأحوال الشخصية التي قد يتسع مجالها أو يضيق حسب التشريعات. فبينما تقصره بعض الدول كفرنسا على مسائل الحالة والأهلية فقط. توسع من نطاقه دول أخرى، فتضيف على ما سبق الميراث، الوصية، والهبة، وهذا شأن معظم الدول العربية[5].

[1]-أنظر، حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص.258-260.
[2]-أنظر، فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، المرجع السابق، ص.185-186.
[3] -Cf.Mohand ISSAD, Droit intrnational privé, tome.1, les règles de conflits, O.P.U.,1986, p.204.
[4]-أنظر، حسن هداوي، المرجع السابق، ص. 179 .
[5]-أنظر، حسن هداوي، المرجع السابق، ص. 179.

ولما كانت درجة تدخل النظام العام تتفاوت حسب الموضوع محل النزاع، فإنه سيتم التركيز عند معالجة حالات تدخل النظام العام في مواضيع الأحوال الشخصية على تلك العلاقات الأسرية التي تصل فيها الإختلافات بين التشريعات إلى حدّ التنافر مما يؤدي إلى كثرة إعمال النظام العام بشأنها وعلى أساس ذلك، سيتم حصر هذه الدراسة في المواضيع التالية: الزواج، البنوة، الطلاق، الحضانة، الميراث والوصية .

وتتجلى أهمية هذه الدراسة في إسقاط الضوء على الدور الذي يلعبه النظام العام في مسائل الأحوال الشخصية باعتبارها أوسع مجال يطبق فيه النظام العام نظرا لارتباط الأحوال الشخصية بمفاهيم إجتماعية، أخلاقية وغالبا دينية خاصة في الدول العربية. إضافة على ذلك، فإنّ أغلب القواعد التي تنظم المواضيع الأسرية هي قواعد آمرة.

ونظرا للإختلاف الشاسع في المفاهيم القانونية بين الدول العربية والدول الغربية في الشؤون الأسرية، فإنه غالبا ما يحول النظام العام في هذه الدول دون تطبيق القوانين الأجنبية المختصة. ففي الدول العربية، تُعتبر الشريعة الإسلامية مصدرا هاما من مصادر القانون وبشكل أخص في مواضيع الأسرة مما يترتب عليه تدخل النظام العام كلما تعلّقت العلاقة القانونية بطرف مسلم وكان في تطبيق القانون الأجنبي خرق لأحكام الشريعة الإسلامية.

وعلى العكس، فإنّ كثيرا من الأحكام القانونية التي تُعتبر من النظام العام في الدول العربية تصطدم بشكل صارخ والمبادئ المكرسة في الدول الغربية، مما يؤدي إلى استبعاد تطبيق القوانين العربية لتعارضها مع النظام العام في هذه الدول، ومن ذلك تعدّد الزوجات وكذلك الطلاق بالإرادة المنفردة.

فإن كان تعدّد الزوجات مباحا طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية، فإنه على العكس يُعتبر جريمة معاقب عليها في الدول الغربية لاصطدامه بمبدأ أساسي وهو مبدأ وحدة الزوج.

كما أنّ الطلاق بالإرادة المنفردة الذي يُعتبر حقا بيد الزوج في الدول العربية يعدّ منافيا في الدول الغربية لمبدأ المساواة بين الزوج والزوجة.

وتتباين مواقف التشريعات العربية والغربية كذلك فيما يخص إثبات النسب الطبيعي. فبينما لا تعترف الدول العربية إلاّ بالبنوة الشرعية، في حين تساوي الدول الغربية في كثير من الحقوق بين الإبن الشرعي والإبن غير الشرعي.

أما في موضوع التبني الذي غالبا ما يتّسم بالطابع الدولي نظرا لاختلاف جنسية المتبني والمتبنى تتفق غالبية التشريعات العربية على عدم إجازته تطبيقا لأحكام الشريعة الإسلامية. فهذه الأخيرة تحرّمه تحريما قاطعا نظرا لما يؤدي إليه من نتائج سلبية على الأسرة والمجتمع ككل والتي من أهمها إختلاط الأنساب، وعلى العكس من ذلك يُعترف بالتبني في الأنظمة القانونية الغربية.

بالنسبة للميراث والوصية فكذلك تصطدم القوانين العربية بالقوانين الغربية نظرا لاعتماد التشريعات العربية على الشريعة الإسلامية في تنظيم مسائل التركة .

وإن كان الدفع بالنظام العام مبدأ مكرسا في مختلف دول العالم إلاّ أنّ غالبية التشريعات قد اكتفت بالإشارة إليه دون إعطاء تعريف واضح ومحدد له. فعدم الثبات الذي يتميز به النظام العام يُضفي صفة الغموض عليه. وهذا ما يجعل من فكرة النظام العام فكرة معقدة. فما يعتبر متعارضا مع النظام العام في دولة ما ليس كذلك في دولة أخرى. كما أنه في الدولة الواحدة قد تصطدم بعض المفاهيم مع النظام العام في وقت معين، ثم تصبح غير مخالفة له بعد مرور فترة من الزمن. لذلك من المهم جدا التوقف على مفهوم النظام العام في القانون الدولي الخاص.

وتأسيسا على ما سبق تتطلب معالجة هذا الموضوع الإجابة على إشكالين رئيسيين:

ما هو مفهوم النظام العام في إطار العلاقات الدولية الخاصة ؟ وما هو الدور الذي يلعبه النظام العام عندما يرتبط النزاع المطروح على القاضي بمسائل الأحوال الشخصية ؟

للإجابة على هذه الإشكاليات سيتم إتباع منهجين، المنهج التحليلي الذي يعتمد أساسا على التحليل الدقيق للنصوص القانونية التي تهمنا في هذا البحث وكذا الأحكام القضائية الصادرة في هذا الشأن، إضافة إلى المنهج المقارن والذي سيتم من خلاله توضيح اختلاف حالات تدخل النظام العام في قضاء بعض الدول العربية ومقارنتها بالقضاء الفرنسي.

وعليه يتم تقسيم هذا البحث إلى فصلين، وهما كما يلي:

الفصل الأول: فكرة النظام العام في العلاقات الدولية الخاصة.

الفصل الثاني: تطبيقات الدفع بالنظام العام في النزاعات الدولية الخاصة المتعلقة بالأحوال الشخصية .

الفصل الأول

فكرة النظام العام
في العلاقات الدولية الخاصة

ينظّم القانون الدولي الخاص العلاقات الخاصة المشتملة على عنصر أجنبي، ويُصطلح على هذه الأخيرة بالعلاقات الدولية الخاصة[1]. ومتى عُرض على القاضي نزاع في شأن هذه العلاقات، فيرجع إلى قواعد الإسناد، لمعرفة القانون الواجب التطبيق عليها، والذي يكون قانون القاضي أو قانون أجنبي[2].

وإذا كان المشرع قد سمح بتطبيق القانون الأجنبي على العلاقات ذات الطابع الدولي، فذلك لأنه قدّر أنّ هذا القانون هو الأكثر صلة بها، والملائم لحكمها[3]. غير أنّ المشرع لما يقوم بعملية الإسناد، يجهل مضمون القانون الأجنبي[4]، لذلك شبّه الفقيه الألمانيRAAPE تطبيق القانون الأجنبي "بقفزة في المجهول" "Un saut dans l'inconnu"[5].

ولما كان من غير المقبول أن يطبق القاضي قانونا أجنبيا يتنافى مضمونه مع المثل العليا، والمبادئ الأساسية والجوهرية السائدة في دولته[6]، فيبقى النظام العام هو السّلاح الفعّال الذي يتسلّح به القاضي ليواجه هذه الحالات غير المتوقعة ويستبعد تطبيق هذا القانون[7].

ونشير هنا إلى أنه إذا كان يترتب على التمسك بفكرة النظام العام في العلاقات الدولية الخاصة استبعاد القانون الأجنبي المختص، فالأمر يختلف في العلاقات الداخلية، حيث يتدخل النظام العام لإبطال تصرفات الأطراف المخالفة للقواعد الآمرة[8].

---

[1]- أنظر، عليوش قربوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء.1: تنازع القوانين، الطبعة.2، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر،2007، ص.14.

[2]- أنظر، عليوش قربوع كمال، المرجع االسابق، ص.89.

[3]- أنظر، فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، المرجع السابق، ص. 181.

[4]- أنظر، حسن هداوي، المرجع السابق، ص.181.

[5]-L.RAPPE ,Internationales privatrecht, p.61, cité par, Daniel GUTMANN, Droit international privé, 3ème édition, Dalloz, 2002, p.100.

[6]- أنظر، هشام على صادق، المرجع السابق، ص. 186.

[7]- Cf.Mohand ISSAD, op.cit., p.204.

[8]- Cf. Yvon LOUSSOUARN, Pierre BOUREL, Droit international privé, 7ème édition, Dalloz, 2001, p.305.

ويترتب على اختلاف دور النظام العام في المجال الداخلي عنه في تنازع القوانين، النتائج التالية:

- إنّ إعمال النظام العام في مجال تنازع القوانين يؤدي إلى تغيير الإختصاص التشريعي، وذلك من خلال منع تطبيق القانون الأجنبي، الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد، وإحلال قانون آخر محله لحكم العلاقة.

أما في المجال الداخلي، فتدخل النظام العام لا يؤدي إلى تغيير الاختصاص التشريعي، بل بالعكس يتم تأكيد اختصاص قانون القاضي من خلال إبطال اتفاق الأطراف الذي خالف أحكام هذا القانون.

- كما تنكمش مقتضيات النظام العام في مجال العلاقات الخاصة الدولية، بحيث أنّ مخالفة القانون الأجنبي للقواعد الآمرة في قانون القاضي لا يؤدي بالضرورة إلى استبعاده، فتحديد سنّ الرشد في دولة معينة بـــ 21 سنة مثلا، يُعتبر من النظام العام في هذه الدولة، ولا يجوز للأطراف الإتفاق على خلافها، ولكن مع ذلك، يقبل القاضي تطبيق القانون الأجنبي الذي يحدد سن الرشد بأقل أو أكثر من هذه السن دون أن يصطدم ذلك مع النظام العام[1].

ولذلك يُعتبر النظام العام في مجال تنازع القوانين جزءا من النظام الداخلي، فكل قاعدة من النظام العام في مجال التنازع تعدّ من النظام العام الداخلي، ولكن العكس غير صحيح[2].

ونظرا لاختلاف دور النظام العام في العلاقات الداخلية عنه في العلاقات الدولية الخاصة، ذهب بعض الفقه إلى التمييز بينهما، وتسميته في مجال تنازع القوانين بالنظام العام الدولي. غير أنّ هذه التسمية منتقدة، لأنها توحي بوجود نظام عام مشترك بين الدول. في

[1]- أنظر، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص.575 ؛ محمد مبروك اللافي، المرجع السابق، ص.80-81.
[2]- أنظر، محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي، طبعة. 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص. 256.

حين أنّ النظام العام سواء في مجال العلاقات الداخلية، أو العلاقات الخاصة الدولية، هو واحد وهو "النظام العام للدولة" يتميّز بكونه وطني، ويخضع تقديره للقاضي الوطني، فقط دوره هو الذي يتباين بحسب المجال الذي يعمل فيه[1].

وإذا كان الدفع بالنظام العام في العلاقات الدولية الخاصة، يرمي إلى حماية الأسس الإجتماعية، الخلقية، الإقتصادية، السياسية للدولة، فإنّ إعماله يشتدّ في مجال الأحوال الشخصية، خاصة بين الدول الغربية والدول الإسلامية، ذلك أنّ النظام الإجتماعي والخُلقي لهذه الأخيرة لازال قائما على أسس دينية[2].

فقانون الأسرة الجزائري، على غرار معظم الدول العربية[3]، يستمد أحكامه من الشريعة الإسلامية[4]، التي تقرّر أحكاما لا تقبل بها تشريعات الدول الغربية لاصطدامها مع نظامها العام، كتعدد الزوجات أو منع زواج لأسباب دينية كمنع زواج المسلمة مع غير المسلم[5].

وبالمقابل تتعارض قوانين الدول الغربية مع الشريعة الإسلامية عندما تعترف للخليلة بنفس حقوق الزوجة الشرعية، أو عندما تسمح بتوريث إبن الزنا مساواة مع الإبن الشرعي[6].

لذلك فمجال الأحوال الشخصية، هو مجال خصب لإعمال النظام العام، حيث يتدخل النظام العام الإسلامي، كلما يتعلق الأمر بالمساس بحق من حقوق المسلم ولو كان أجنبي[7].

هذا وإن كان الدفع بالنظام العام ضروري لحماية المبادئ العليا لدولة القاضي، فمع ذلك قد يشكّل سلاحا خطرا، لأنّ إعماله باستمرار كلما وُجد اختلاف بين القانون الأجنبي

---

[1]- أنظر، هشام علي صادق، المرجع السابق، ص.199؛ عبد العال محمد عكاشة، المرجع السابق، ص.563.

[2]- Cf.Yvon LOUSSOUARN, Pierre BOUREL, op.cit.,pp.311- 312.

[3]-قانون الأحوال الشخصية السوري لسنة 1953، مدونة الأسرة المغربية لسنة 2004.

[4]- أنظر، أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص.237 .

[5] -Cf.Jean DERRUPPE, Droit international privé, 14éme édition, Dalloz, 2001, p.105.

[6] -أنظر، محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص. 249-257.

[7]- أنظر، عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، الطبعة.1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2008، ص.204.

وقانون القاضي سيؤدي إلى شلّ آلية قواعد الإسناد، وإفراغها من محتواها[1]. فالصعوبة التي تكمن عند تطبيق فكرة النظام العام هي غموض مدلولها[2]، لذلك لابد من التوقف على مضمون فكرة النظام العام في القانون الدولي الخاص (المبحث الأول)، ثم محاولة إبراز أهمية النظام العام في مجال الأحوال الشخصية (المبحث الثاني).

المبحث الأول
مضمون فكرة النظام العام في القانون الدولي الخاص

يلعب النظام العام في القانون الدولي الخاص دورا مهمّا وخطرا، فمن جهة لا يمكن لأي دولة أن تستغني عنه لأنّه الوسيلة التي تكفل لها حماية نظامها القانوني، والمصالح العليا لمجتمعها. لكن من جهة أخرى، يجب عدم الإكثار من تطبيقه، حتى لا يتم تعطيل قواعد الإسناد التي وُضعت بهدف تنظيم العلاقات الدولية الخاصة. لهذا تبقى مسألة ضبط مفهوم النظام العام مسالة مهمّة جدا، وصعبة في نفس الوقت، لأنّ مفهوم النظام العام يختلف باختلاف الدول، واختلاف الأزمنة[3]، حيث أنّ كل دولة تقوم على أسس دينية اجتماعية، خلقية، اقتصادية وسياسية، وهذه الأسس تختلف من دولة لأخرى، مما يترتب عليه تباين مفهوم النظام العام بين الدول[4]. فمثلا الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج يخالف النظام العام الفرنسي، بحيث لا يمكن للأجنبي، أن يطلّق بهذه الكيفية في فرنسا ولو كان قانونه الشخصي يجيز له ذلك[5].

---

[1]- أنظر، زروتي الطيب، المرجع السابق، ص.271.

[2]- أنظر، علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، الطبعة.4، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2006، ص.149.

[3]- Cf.Yvon LOUSSOUARN, Pierre BOUREL, op. cit., p.315.

[4]- أنظر، أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص. 173.

[5]- Cf. Henri BATIFFOL, Paul LAGARDE, Traité de doit international privé, tome.1, 8ème édition, L.G.D.J, 1993 ,p.567.

كذلك يتغيّر مفهوم النظام العام في الدولة الواحدة عبر الزمان، فما قد يكون مخالفا للنظام العام في وقت معين، يصبح غير ذلك في وقت آخر[1]. فالطلاق في فرنسا كان قبل 1884 مخالفا للنظام العام وكذلك الأمر بالنسبة لرفع دعوى إثبات نسب الأولاد الغير شرعيين، التي ظلّت ممنوعة حتى سنة 1912[2].

أيضا في تركيا، كانت قاعدة للذكر مثل حظ الأنثيين من النظام العام في مسألة الميراث، ثم أصبحت غير ذلك لما ألغى القانون التركي هذه القاعدة[3].

ولتوضيح مضمون فكرة النظام العام في القانون الدولي الخاص، ينبغي التوقف على مفهوم هذه الفكرة في مجال العلاقات الدولية الخاصة، مع إبراز خصائصها (المطلب الأول). ثم التطرق لدور الفقه والقضاء في ضبط مفهوم النظام العام (المطلب الثاني).

المطلب الأول
مفهوم النظام العام

نظرا لأهمية النظام العام في مجال العلاقات الدولية الخاصة، فقد استقرت كل دول العالم على الأخذ به كوسيلة دفاعية في مواجهة القوانين الأجنبية التي لا تأتلف أحكامها وأحكام القوانين الداخلية[4].

فمن زاوية القانون، نجد أنّ بعض هذه الدول نصّت عليه صراحة في قوانينها تحت تسميات متعددة. فالمشرع التونسي إستعمل مصطلح "الإختيارات الأساسية للنظام القانوني التونسي"[5] "Choix fondamentaux du système juridique tunisien"، وعبّر عنه المشرع

---

[1]- أنظر، عبده جميل غصوب، محاضرات في القانون الدولي الخاص، الطبعة.2، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2009، ص.135.

[2]- Cf. Jean DERRUPPE, op.cit., p.106.

[3]- أنظر، غالب علي الداوودي، المرجع السابق، ص.238.

[4]- أنظر، نعوم سيوفي، الحقوق الدولية الخاصة، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، مطبعة الشرق، حلب، 1966-1967، ص.856؛ بليعقوبي بلخير، المرجع السابق، ص.198.

[5]- حيث نصت المادة 36 من القانون الدولي الخاص التونسي على ما يلي:
"لا يمكن للقاضي أن يلجأ إلى الدفع بالنظام العام إلا إذا كانت أحكام القانون الأجنبي المعين تتعارض مع الاختيارات الأساسية للنظام العام القانوني التونسي".

النمساوي بالقيم الأساسية. وتشريعات أخرى أضافت إلى النظام العام الآداب العامة[1]، كالمادة 24 من القانون المدني الجزائري، والمادة 31 من القانون المدني الإيطالي والمادة 73 من القانون المدني الكويتي.

بينما دول أخرى لم تنص عليه صراحة، ولكنها كرّسته من خلال الإتجاهات القضائية كأمريكا، بريطانيا، لبنان وفرنسا[2].

إنّ معظم التشريعات التي قنّنت النظام العام اكتفت بالنص على دوره الإستبعادي، دون إعطاء تعريف له[3]، كما هو الشأن بالنسبة للمشرع الجزائري (م 24 من ق م ج)[4]. لكن مع ذلك عرّفت بعض التشريعات النظام العام كالقانون الألماني، حيث جاء في المادة 30 من القانون المدني على أنه القواعد التي تتصل بأصل أسس النظام الاجتماعي أو السياسي أو الإقتصادي للبلد، وبمفهومها في وقت معين، ويكون من طبيعة انتهاكها تهديد النظام العام وتصديعه[5].

ولقد تعدّدت المحاولات الفقهية، والإجتهادات القضائية التي قيلت في شأن تعريف النظام العام، حيث عرّفه البعض[6] بأنه:"وسيلة قانونية يُستبعد بها في النزاع المطروح أمام القاضي، الإختصاص العادي، المعقود للقانون الأجنبي، متى تعارضت أحكامه مع المبادئ الأساسية التي يقوم عليها نظام المجتمع في بلد القاضي".

---

[1]- يُقصد بالآداب العامة، القواعد الأخلاقية السائدة في الجماعة، في وقت من الأوقات، والتي يجد الناس أنفسهم ملزمين بإتباعها، ويزيد المعيار الخلقي في المجتمع كلما كان متمسكا بالدين. ونشير أن الآداب العامة هي جانب من جوانب النظام العام، لذلك فالمفهوم الواسع لفكرة النظام العام، يشمل النظام والآداب وتكتفي القرارات القضائية بعبارة النظام العام لوحدها، أنظر، غالب علي الداوودي، المرجع السابق، ص.241.

[2]- أنظر، عبده جميل غصوب، دروس في القانون ...، المرجع السابق، ص.200، هامش (1)؛ سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص، تطور وتعدد طرق حل النزاعات الخاصة، الطبعة.1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2004، ص. 222.

[3]- أنظر، دربة أمين، قواعد التنازع المتعلقة بالزواج وانحلاله، دراسة مقارنة،مذكرة ماجستير،جامعة تلمسان، 2008/2007، ص.90.

[4]- وفي نفس السياق، نصّ المشرع الليبي في المادة 28 من القانون المدني على أنه "لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته النصوص السابقة، إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو الآداب العامة في ليبيا". أنظر، مبروك اللافي، المرجع السابق، ص.80. ونفس الأمر مكرس في أغلب تشريعات العربية، كالمادة 28 من القانون المدني المصري والمادة 30 من القانون المدني السوري، والمادة 73 من القانون الخاص بالعلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي الكويتي.

[5]- أنظر، ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، القانون الدولي الخاص الأردني والمقارن، الجزء.1، الطبعة.1، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1998، ص.197.

[6]- عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص.537.

ويـــرى البعض الآخر بأنه: "سلاح للدّفاع ضدّ قانـــون أجنبي واجب التطبيق إذا ما ظهر تعارض فحـــواه أو مضمونه مع المفاهيم العامة لدولة القاضي المراد تطبيقه فيها"[1].

ويمكن تعريف النظام العام كذلك بأنه:" أداة تصويب استثنائية، تسمح باستبعاد القانون الأجنبي المختص ويتضمن أحكاما تقدّر المحكمة ضرورة الإمتناع عن تطبيقها "[2].

وحسب الأستاذ جابر جاد عبد الرحمن، " يُقصد بالنظام العام في القانون الدولي الخاص ذلك الدفع الذي يُراد به استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق بشأن علاقة قانونية معينة، وإحلال القانون الوطني (قانون القاضي) محلّه، نظرا لاختلاف الحكم الوارد في كل منهما في هذا الصدد إختلافا جوهريا، أو لعدم التكافؤ القانوني بين التشريعين في هذا الشأن "[3].

أما بالنسبة للقضاء، فحسب القضاء اللبناني، النظام العام هو " مجموعة القوانين التي تتعلّق بالركائز الأساسية لكيان البلاد الاجتماعي أو السياسي أو الاقتصادي والتي يُحدث خرقها خللا في هذه الركائز"[4].

وقضت محكمة النقض المصرية في قرارها الصادر في 5 أبريل 1967 بأنه:" من المقرّر في قضاء هذه المحكمة، أنّه لا يجوز استبعاد أحكام القانون الأجنبي الواجبة التطبيق وفقا للمادة 28 من القانون إلاّ أن تكون هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو الآداب في مصر بأن تمس كيان الدولة أو تتعلّق بمصلحة عامة أو سياسية للجماعة "[5].

وفي الحقيقة، ورغم تعدّد التعاريف التي جاء بها الفقه، إلاّ أنّه فشل في الوصول لتعريف دقيق، وواضح للنظام العام. فالتعاريف السابقة لا تبين لنا ما المقصود بالنظام العام، بل

---

[1]- تعريف الأستاذ ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، مقتبس عن بلمامي عمر، المرجع السابق، ص.119.

[2]-تعريف للأستاذ عصام الدين القصبي، مقتبس عن محمد إبراهيم أبو الهيجاء، عقود التجارة الإلكترونية، الطبعة. 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005، ص.96 .

[3]-أنظر، بلمامي عمر، المرجع السابق، ص .120.

[4]-تمييز لبناني، الغرفة الأولى، 03 تموز 1968، النشرة القضائية 1969، ص.413، مقتبس عن عبده جميل غصوب، دروس....، المرجع السابق، ص.202.

[5]-أنظر، إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، 1997، ص .383 .

ركّزت على دوره باعتباره وسيلة في يد القاضي، تحمي المصالح الجوهرية الأساسية والمثل العليا للمجتمع، سواء كانت هذه الأسس سياسية، اجتماعية، اقتصادية، خلقية أو دينية[1]. لذلك يكون للقاضي الدور الحاسم في ضبط مفهوم النظام العام، باعتباره الشخص الوحيد المؤهل لإدراك المصالح العليا لبلده، وما تقوم عليه دولته من مبادئ جوهرية لا يسمح بالمساس بها [2].

ولعلّ الأسباب التي تجعل الباحثين في هذا المجال عاجزين عن ضبط مفهوم النظام العام بدقة ترجع لما يلي:

-إنّ مجال تطبيق النظام العام واسع جدا، فهو يتدخل في مواضيع مختلفة، أهلية، زواج، ميراث، عقود إلخ، وبالتالي فهو لا يقتصر على نوع معين من القوانين، أو مجال معين من العلاقات[3].

كذلك يرمي النظام العام لتحقيق هدف بعيد، وهو حماية المصالح العامة للمجتمع، والركائز الأساسية التي يقوم عليها. وهذه الأخيرة مختلفة من مجتمع لآخر، بل وأيضا في الزمان داخل المجتمع الواحد. فيترتب على ذلك عدم ثبات مفهوم النظام العام[4].

ولفهم فكرة النظام العام أكثر، والإقتراب من معناها لابدّ من إبراز خصائصها (الفرع الثاني)، ولكن قبل ذلك يجب الفصل في طبيعة النظام العام، فهل عندما يقوم القاضي بإعمال النظام العام، يكون بصدد تطبيق لقاعدة عامة من قواعد القانون الدولي الخاص، أم أنّه استثناء على قاعدة التنازع (الفرع الأول).

الفرع الأول
طبيعة النظام العام

[1]-أنظر، حسن الهداوي، المرجع السابق، ص.184؛ غالب علي الداووي، المرجع السابق، ص. 235 .
[2]-أنظر، بلمامي عمر، المرجع السابق، ص. 129.
[3]-أنظر، حسن هداوي، المرجع السابق، ص. 178 ؛ Yvon LOUSSOUARN, op.cit., pp.311-312
[4]-أنظر، عبده جميل غصوب، دروس في ...، المرجع السابق، ص.207؛ محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص.253.

إنّ الفصل في طبيعة النظام العام أمر ضروري ومهمّ، يتوقف عليه تحديد نطاق النظام العام وتفسيره، فاعتبار النظام العام تطبيق لمبدأ أصلي يؤدي إلى توسّع القاضي في التمسك به، مما يترتب عليه استبعاد القانون الأجنبي كلما خالف القانون الوطني.

أما القول بأنّ النظام العام هو استثناء على تطبيق القوانين الأجنبية المشار إليها بموجب قواعد الإسناد، فيؤدي إلى التضييق من مجال إعمال النظام العام، بحيث لا يُدفع به في مواجهة القوانين الأجنبية إلاّ عند وجود تنافر صارخ بين أحكامها و أحكام القانون الوطني .

ولقد اختلف الفقه عند تحديد طبيعة النظام العام، حيث ذهب الفقه التقليدي إلى إعتباره تطبيق لقاعدة عامة، حيث تقوم قواعد النظام العام حسب هذا الاتجاه، على إقليمية بعض القوانين، كتلك المتعلّقة بالأموال أو الجرائم.

وحسب هذا الرأي، تصبح القاعدة هي الدفع بالنظام العام، أي عدم جواز تطبيق القانون الأجنبي المختص بموجب قواعد التنازع، كلما خالف النظام العام لدولة القاضي. وهذا سيؤدي إلى التضييق من حالات تطبيق القوانين الأجنبية. وفي هذا تعطيل وإنكار لدور قواعد الإسناد، لأنّه في معظم الأحوال سوف يطبق القاضي على التراعات الدولية الخاصة قانونه. وهذا يسبّب ضررا بمصالح الأفراد، ويقلّص من مجال التعاون الدولي في مختلف المجالات[1].

وللإعتبارات السابقة، تغيرت النظرة إلى طبيعة النظام العام، حيث يرى الفقه المعاصر، أنّ النظام العام ما هو إلاّ وسيلة استثنائية في يد القاضي، لا يُدفع به إلاّ إذا كان في تطبيق القانون الأجنبي، انتهاك للقيم والمبادئ الجوهرية التي يقوم عليها المجتمع [2].

وعلى هذا الأساس، فيتعين على القاضي عند النظر في التراعات الدولية الخاصة، أن يحترم قواعد الإسناد، ويطبق القانون الذي تشير إليه. وإذا لاحظ القاضي أنّ هذا القانون

[1]-أنظر، بلمامي عمر، المرجع السابق، ص .150-151-264.
[2]-أنظر، بلمامي عمر، المرجع السابق، ص .151 .

يتضمّن أحكاما غير مقبولة في بلده، فيستبعده بصفة استثنائية من أجل المحافظة على المفاهيم الأساسية التي تقوم عليها الدولة، وتجنّب النتائج غير المقبولة التي يمكن أن تترتب عند تطبيق القانون الأجنبي[1].

ويستقر اليوم الفقه والقضاء وجلّ التشريعات المعاصرة على اعتبار الدفع بالنظام العام في العلاقات الدولية الخاصة دفع إستثنائي، وليس تطبيق لقاعدة عامة[2]. ونفس النهج سار عليه المشرع الجزائري، حيث يتّضح عند استقراء المادة 24 من ق م ج، أنّ تطبيق القوانين الأجنبية المشار إليها بموجب قواعد الإسناد التي تسبق هذه المادة، يبقى متوقفا على عدم مخالفتها للنظام العام[3]. وهذا التحفظ أو الإستثناء على تطبيق القوانين الأجنبية مهمّ وضروري، لأنّ المشرع عندما يسمح بتطبيق القوانين الأجنبية لا يعلم مضمونها وما هو سائد في مختلف دول العالم من مبادئ وأسس أخلاقية، اجتماعية، دينية، سياسية إلخ[4].

ويترتب على الطابع الإستثنائي لفكرة النظام العام في مجال القانون الدولي الخاص، إنكماش مقتضيات النظام العام، بحيث لا يُستبعد القانون الأجنبي كلما خالف القواعد الآمرة في القانون الداخلي. وهذه النتيجة منطقية وسليمة. إذ لو طبّق القاضي النظام العام كلما وُجد اختلاف بين حكم القانون الأجنبي والقوانين الداخلية لانتهى به الأمر إلى عدم إعمال قواعد الإسناد في معظم الأحوال، لأنّ هناك دائما مجال للإختلاف حتى بين الدول القريبة من بعضها البعض من حيث الحضارة والأنظمة القانونية[5].

وبما أنّ النظام العام هو دفع إستثنائي، لا يُلجأ إليه إلاّ في حالة الضرورة، فلابد من توفر الشروط التالية لإعماله .

---

[1]-أنظر، صلاح الدين جمال الدين، فكرة النظام العام في العلاقات الخاصة الدولية بين القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية، الطبعة.1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004، ص.23-24.

[2]- أنظر، بلمامي عمر، المرجع السابق، ص.154.

[3]- أنظر، زروتي الطيب، المرجع السابق، ص. 273 .

[4]- أنظر، نعوم سيوفي، المرجع السابق، ص. 865.

[5]-أنظر، سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق، ص.228؛ هشام على صادق، المرجع السابق، ص. 198- 199.

أولا: إنعقاد الإختصاص التشريعي للقانون الأجنبي بموجب قواعد الإسناد في قانون القاضي.

يجب أن يثبت الإختصاص التشريعي للقانون الأجنبي بموجب قواعد الإسناد. فالدفع بالنظام العام لا يثور إذا كان القانون الواجب التطبيق هو قانون القاضي[1]. وفي هذا المعنى يقول الفقيه Niboyet "إنّ الهدف من الدفع بالنظام العام، هو حماية الدولة من أخطار بعض الحالات التي تُطبّق فيها القوانين الأجنبية، فإذا لم تكن هناك قوانين أجنبية واجبة التطبيق، فالخطر ينعدم تماما ولا تدعو الحاجة إلى اللجوء إلى استعمال الدفع بالنظام العام "[2].

ولا يجوز تحريك الدفع بالنظام العام في حالة عدم اختصاص القانون الأجنبي لأسباب أخرى، ومن ذلك إذا ثبت الإختصاص التشريعي لقانون القاضي بسبب رفض القانون الأجنبي الإختصاص، وإحالته إلى قانون القاضي الذي يقبل الإحالة [3].

ثانيا: تعارض القانون الأجنبي مع مقتضيات النظام العام لدولة القاضي

لإستبعاد تطبيق القاضي القانون الأجنبي المختص بموجب قواعد التنازع، يجب أن يتعارض هذا القانون مع المبادئ والقيم الأساسية لدولة القاضي[4].

والجدير بالملاحظة أنّ عقد الإختصاص التشريعي للقانون الأجنبي لا يعني ضرورة تطابق أحكامه مع أحكام القانون الداخلي، ولكن يُفترض أن يكون هناك حدّ أدنى من التقارب بينها، بحيث لا يؤدي تطبيق القانون الأجنبي إلى المساس بالمبادئ الأساسية للدولة، أو

---

[1]- ومع ذلك يمكن تصوّر الدفع بالنظام العام في مواجهة القوانين الوطنية في الدول الفيدرالية كأمريكا و كندا، المقسمة إلى ولايات وكل ولاية لها سلطة تشريعية مستقلة، فإذا نصّ قانون إحدى هذه الولايات على مانع من موانع الزواج، وكان هذا المانع غير معترف به في قانون الولاية الأخرى، فيقوم قاضي الولاية الثانية باستبعاده باسم النظام العام. أنظر، إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص.381.

[2]-J.P.NIBOYET, Cours de droit international privé, 1949, p.489, cité par بلمامي عمر، المرجع السابق،ص.131.

[3]- أنظر، زروتي الطيب، المرجع السابق، ص.278-279.

[4]- أنظر، أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص.782.

إثارة الشعور العام لدى الجماعة. أما إذا وصل الإختلاف إلى حدّ التنافر الصارخ، فلابد من استبعاد القانون الأجنبي[1].

ثالثا: أن تكون مخالفة القانون الأجنبي للنظام العام حالية "Actuel":

إنّ مفهوم النظام العام ليس ثابت، بل يتغيّر ويتطور باستمرار. فما كان في السابق يصطدم مع النظام العام قد يصبح غير ذلك في وقت آخر. ففي بلجيكا مثلا، كان منع الطلاق أمرا متعلّقا بالنظام العام، ثم أصبح غير ذلك بصدور القانون الذي أباحه سنة 1961[2].

ولقد تنبّه الفقه إلى هذه المسألة، فاستقر على وجوب استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق إذا خالف النظام العام لدولة القاضي في لحظة الفصل في الدعوى. وعلى أساس ذلك، فالعبرة عند تقدير النظام العام يكون في الوقت الذي يُطلب من القاضي الفصل في النزاع، وليس وقت نشوء المركز القانوني. فليس من المعقول أن يترك القاضي المفهوم الحالي للنظام العام، ويتمسك بمفهوم سابق له، تخلىّ عنه قانونه الوطني وأصبح غير ساري في دولته، بل يُشترط للدفع بالنظام العام أن تكون مخالفة القانون الأجنبي حالية، وهذا تماشيا مع الطبيعة المتغيرة للنظام العام[3].

ويضيف الفقه الألماني شرطا آخر للدفع بالنظام العام وهو وجوب وجود رابطة بين النزاع ودولة القاضي[4]. ويبرّر الفقه هذا الشرط، بأنّ اختيار القانون الأجنبي بموجب قاعدة التنازع كان على أساس وجود صلة بينهما، وبالتالي فلا يجوز سلب الإختصاص لهذا القانون إلاّ إذا وُجدت صلة بين النزاع والنظام القانوني لدولة القاضي[5].

---

[1]- أنظر، نعوم سيوفي، المرجع السابق، ص.865؛ عبده جميل غصوب، محاضرات في القانون...، المرجع السابق، ص.134.

[2]-أنظر، بلمامي عمر، المرجع السابق، ص.144.

[3]- أنظر، بلمامي عمر، المرجع السابق، ص.141-142-144-145-149.

[4] - Cf. Henri BATIFFOL, Paul LAGARDE, op. cit., p.576.

[5]- أنظر، فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، المرجع السابق، ص.190.

ولقد نصّت بعض التشريعات صراحة على رفض ربط الدفع بالنظام العام بوجود علاقة بين النزاع ودولة القاضي[1]؛ بينما طبّقت دول أخرى هذا الشرط خاصة في مسائل الأحوال الشخصية، كما هو الحال في فرنسا. فمثلا في مسألة تعدّد الزوجات، يمنح القضاء الفرنسي للزوجة الأولى الحق في طلب الطلاق إذا ارتبط زوجها بزوجة أخرى، بشرط أن تكون للزوجة الأولى صلة بفرنسا كأن تكون مقيمة بها أو متمتعة بجنسيتها. أما إذا إنتفت هذه الصّلة فيُمنع عنها هذا الحق[2]. ففي مجال تعدّد الزوجات ذهبت محكمة التمييز الفرنسية في قضية "Baaziz" بتاريخ 06 جويلية 1988 إلى أنّ الزواج المتعدّد المبرم في الخارج بواسطة أجنبي، في الوقت الذي كان مرتبطا فيه بفرنسية، لا يرتب أي آثار بحق الزوجة الفرنسية، تماشيا مع المفهوم الفرنسي للنظام العام[3].

كما نقضت المحكمة ذاتها في نفس التاريخ قرار محكمة الإستئناف الذي أعطى للزوجة الثانية الحق في مقاسمة الزوجة الأولى (الفرنسية) الراتب المقرّر للزوج. ويتضح مما سبق، أنّ القضاء الفرنسي، يجعل في بعض الحالات من رابطة الجنسية، معيارا للدفع بالنظام العام في مسائل الأحوال الشخصية[4].

[1]- تنص المادة 36 (3) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي على أنه: "لا يخضع الدفع بالنظام العام لمدى قوة ارتباط النزاع بالنظام القانوني التونسي".

[2]- أنظر، محمد وليد هاشم المصري، محاولة لرسم معالم النظام العام الدولي العربي بمفهوم القانون الدولي الخاص، مجلة الحقوق الكويتية، 2003، العدد 02، رقم 02، ص.162.

[3]- قضية، Baaziz ، محكمة النقض الفرنسية، 06 جويلية 1988، مقتبس عن عبده جميل غصوب، دروس في...، المرجع السابق، ص.226.

[4]- أنظر، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص.584.

الفرع الثاني:
خصائص النظام العام

إنّ عدم التوصل لتعريف دقيق للنظام العام يرجع لخصائصه التالية:

أولا: فكرة النظام العام فكرة وطنية

فالنظام العام هو "الوضع الطبيعي للمجتمع"، حيث أنه يعكس المبادئ والأسس التي يقوم عليها مجتمع معين في جيل معين[1]، ولذلك يختلف مفهومه من دولة لأخرى[2].

ويتّصف النظام العام بالوطنية، لأنه مُوجّه لحماية المبادئ الأساسية للنظام القانوني الوطني[3]، ولذلك لا يجوز القول، كما سبقت الإشارة[4]، بوجود نظام عام دولي ونظام عام داخلي، بقصد التمييز بين النظام العام في مجال العلاقات الخاصة الدولية، والعلاقات الداخلية لأنّ النظام العام في كلا الحالتين ذو طابع وطني صرف. وإذا كانت توجد بعض المبادئ المشتركة بين أغلبية الدول كمبدأ حرية الزواج، وعدم جواز التمييز بين الأفراد بسبب اللون، العرق أو الدين، والتي يعتبر البعض أنها تشكّل نظاما عاما دوليا، فمع ذلك عندما يستبعد القاضي القانون الأجنبي الذي لا يحترم هذا المبدأ، فيكون هذا الدفع على أساس مخالفته للنظام العام الوطني، وليس النظام العام الدولي[5].

---

[1]- أنظر، أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص.779.

[2]- أنظر، يوسف فتيحة، النظام العام والعلاقات الأسرية في القانون الدولي الخاص، المجلة السداسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2008، العدد 05، ص.216.

[3] -Cf. Nonhad RIZKALLAH, Droit international privé, 1er édition, M.A.J.D., Beyrouth, Liban, 1985, p.60.

[4]-أنظر، ص 11 من هذه المذكرة.

[5]-أنظر،عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص.586-589؛ محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص.254.

ثانيا: فكرة النظام العام فكرة نسبية

لكل دولة توجهات اقتصادية، سياسية وأفكار اجتماعية، قيم أخلاقية ودينية، وهذه المبادئ ليست ثابتة، وإنما تتغير حسب المجتمعات، وحسب تطور ظروف المجتمع نفسه، وهذا ما يُعبّر عنه بنسبية النظام العام[1]. فما قد يُعتبر من النظام العام في دولة معينة، لا يُعدّ كذلك في دولة أخرى. ومن ذلك، يُعتبر مبدأ الزوجة الواحدة في فرنسا والدول الأوربية من النظام العام، بينما تجيز التشريعات المقتبسة أحكامها من الشريعة الإسلامية تعدّد الزوجات، كما أنّ التبني غير مباح في جلّ الدول الإسلامية، ومشروع في دول أخرى كفرنسا، وإسبانيا[2].

بالإضافة إلى نسبية النظام العام من حيث المكان، فهو نسبي أيضا من حيث الزمان[3]. فما يصطدم بالنظام العام في نفس الدولة في وقت معين، قد يصبح غير ذلك في وقت آخر. ففي فرنسا مثلا، كان الطلاق بالتراضي ممنوع إلى أن صدر قانون يبيحه سنة 1975[4]. وقد يحدث العكس، بحيث يصدر قانون لمنع ما كان مباحا، فمثلا في تركيا، أصبح اليوم تعدّد الزوجات يصطدم مع النظام العام التركي، بينما كان في السابق أمرا مشروعا[5]. ونسبية النظام العام تجعله ذو طبيعة متغيرة، متحركة لهذا لا يمكن تحديد معالمه بدقة[6].

وإذا كان النظام العام في القوانين الوضعية يتميّز بعدم الثبات، فالأمر يختلف بالنسبة للنظام العام في الشريعة الإسلامية، حيث يفرّق الفقهاء بين نوعين من القواعد:

القواعد الأساسية أو الجوهرية الثابتة بدليل قاطع في القرآن الكريم أو السنة النبوية المتواتـــرة، أو بإجماع الأمة. هذه القواعد تُعتبر من النظام العام في الشريعة الإسلاميـــة، وهي

---

[1]-أنظر، أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص.779؛ صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون، الطبعة .1، التركي للكمبيوتر وطباعة الأوفست، طنطا، 2006، ص.120.

[2]- أنظر، غالب علي الداوودي، المرجع السابق، ص.238.

[3] -Cf. Yvon LOUSSOUARN, Pierre BOUREL, op.cit., p.315.

[4] - Cf. Jean DERRUPPE , op.cit., p.106.

[5]- أنظر، غالب علي الداوودي، المرجع السابق، ص.237.

[6]- أنظر، عبده جميل غصوب، دروس...، المرجع السابق، ص.203.

لا تقبـــل التبديـــل أو التغيير ولا تختلف باختلاف الزمان أو المكان. ففكرة النظام العام في هذه الحالة تكون مطلقة، وليس للقاضي بشأنها سلطة تقديرية.

أما النوع الثاني من القواعد، فتسمى **بالقواعد الأساسية**، لا علاقة لها بالأحكام الجوهرية، وتتميّز بالمرونة والنسبية، بحيث تتغيّر بتغيّر الزمان والمكان[1]. هذه القواعد يصوغها وليّ الأمر (الحاكم) أو من يفوّضه (القاضي مثلا) في المجال الشاغر الذي لا يوجد بشأنه دليل على حكم معين – باعتبار أن الشريعة الإسلامية لم تنظم كافة الجزئيات – بشرط عدم مخالفة هذه القواعد والمبادئ الكلية أو النصوص القطعية في الشريعة الإسلامية.

هذه القواعد التي يصوغها وليّ الأمر تشكل نظاما عاما يقوم على أساس ديني له نفس خصائص النظام العام الوضعي.

ونشير فيما يخص الأحكام المعتبرة من النظام العام بالمفهوم المطلق في الشريعة الإسلامية، إلى أنّه قد يكون المخاطب بها مسلم أو غير مسلم.

وهنا نميّز بين:

- قواعد ملزمة للكافة، سواء تعلّق الأمر بمسلم أو غير مسلم، بحيث تُطبق على كل من يوجد في دار الإسلام، أو يعبرها، كحُرمة زواج المسلمة بغير المسلم، ومنع التوارث بين المسلم وغير المسلم.

وقواعد أخرى هي أيضا من النظام العام الإسلامي بالمفهوم المطلق، ولكن الخطاب موجّه فيها للمسلمين فقط، كإقرار تعدّد الزوجات، الطلاق بالإرادة المنفردة، وحرمة الخمر والخنزير[2].

[1]- أنظر، عبده جميل غصوب، دروس...، المرجع السابق، ص.203- 204؛ صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين...، المرجع السابق، ص.121- 122.

[2]- أنظر، بلمامي عمر، المرجع السابق، ص.58.

وخلاصة القول، إنّ مفهوم النظام العام في القوانين الوضعية يختلف عن مفهومه في الشريعة الإسلامية، حيث يتميّز النظام العام في القانون الوضعي، بأنّه نسبي، مما يجعله قابلا للتبدّل والتغيّر باستمرار، ويكون معياره في هذه الحالة هو المصلحة العامة للمجتمع.

بينما يتميّز في الشريعة الإسلامية بالثبات، وذلك متى كان الحكم الذي دلّ عليه يقوم على نصّ صريح قطعي الثبوت، سواء كان القرآن الكريم أو السنة المتواترة أو إجماع الفقهاء[1].

ثالثا: فكرة النظام العام فكرة وقتية

تثير نسبية النظام العام إشكالا متعلّقا بتحديد وقت تقديره، فهل يقدّر القاضي مخالفة القانون الأجنبي للنظام العام من عدمها، وقت نشوء المركز القانوني أم لحظة الفصل في الدعوى؟

يستقر الفقه[2] على مبدأ آنية أو حالية النظام العام "L'actualité de l'ordre public". ويُقصد بهذا المبدأ أنّ على القاضي أن يقدّر مدى تعارض القانون الأجنبي مع النظام العام السائد في دولته عند الفصل في الدعوى "Au moment où le juge statue". وعليه، إذا كان القانون الأجنبي يتعارض مع النظام العام وقت نشوء الحق أو المركز القانوني، ثم أصبح بعد ذلك لا يتنافى معه، فيتوجب على القاضي أن لا يستبعده، لأنّ العبرة بلحظة الفصل في الدعوى، وليس وقت نشوء المركز القانوني[3]. وهذا ما كرّسته محكمة استئناف باريس في قرارها الصادر بتاريخ 2 يناير1936، في قضية تتعلق بتبني قام به فرنسيين في الخارج قبل 1923، وخلال هذه الفترة كان القانون الفرنسي يشترط لصحة التبني أن يكون المتبني قد أتمّ الخمسين من عمره. وفي سنة 1923، صدر قانون في فرنسا خفّض هذه السّن إلى الأربعين.

---

[1] - Cf. Jean DERRUPPE, op.cit., p.107.

[2] -Paul LAGARDE, op.cit., p.08,n°52 ; Pierre MAYER, Vincent HEUZE, Droit international privé, 8éme édition, Liban, 2005, pp.148-149.

[3]- أنظر، صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين...، المرجع السابق، ص.122.

وعندما طُعن في صحة التبني أمام القضاء الفرنسي على أساس مخالفته للنظام العام الفرنسي، بسبب كون المتبني لم يبلغ سنّ الخمسين عند قيامه بالتبني، قام القضاء الفرنسي برفض الدعوى على أساس أنّ التبني لم يعد مخالفا للنظام العام[1].

وترى محكمة النقض الفرنسية في أحد قراراتها أنّ "تعريف النظام العام الوطني يتوقّف إلى حدّ كبير على الرأي السائد في كل عصر"[2].

ومبدأ آنية النظام العام مُستقر عليه في غالبية التشريعات المقارنة، وأكّدت عليه أيضا المحكمة الدائمة للعدل الدولية[3].

المطلب الثاني
دور الفقه والقضاء في ضبط فكرة النظام العام

إنّ صعوبة التوصل لتعريف دقيق للنظام العام لم يمنع الفقه من محاولة البحث عن المعيار الذي يمكن الإستناد عليه لمعرفة حالات الدفع بالنظام العام[4].

من جهة أخرى، ونظرا لكون فكرة النظام العام، فكرة نسبية ومرنة، فلقد تُرك أمر تقديرها للقاضي، الذي يتعيّن عليه أن يكون معتدلا وحذرا ويحاول أن يوفّق بين مسألة احترام قواعد الإسناد التي وُضعت بهدف تنظيم العلاقات ذات العنصر الأجنبي، وبين ضرورة حماية النظام القانوني والمبادئ العليا في دولة القاضي، والتي يمكن أن تتعرّض للتصدّع إذا طُبّق القانون الأجنبي[5].

وبما أنّ النظام العام استثناء على قاعدة الإسناد، فهذا يدفعنا لطرح الإشكال التالي:متى يكون القانون الأجنبي المشار إليه بموجب قاعدة الإسناد، مخالفا للنظام العام لدولة

---

[1]- أنظر، زروتي الطيب، المرجع السابق، ص.280 ؛ جميل غصوب ، دروس...، المرجع السابق، ص.208.

[2] - La cour de cassation a affirmé, dans son arrêt du 22 mars 1944, que « la définition de l'ordre public national dépend dans une large mesure de l'opinion qui prévaut à chaque moment en France ».Cf.Yvon LOUSSOUARN, Pierre BOUREL, op cit., p.315.

[3]- Cf.Henri BATIFFOL, Paul LAGARDE, op. cit., p.586.

[4]-أنظر، هشام على صادق؛ عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2008، ص.194-197.

[5]- أنظر، صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين...، المرجع السابق، ص.125.

القاضي(الفرع الأول)؟ وكيف يقدّر القاضي النظام العام، وما هي السلطات الممنوحة له، وما هي القيود التي يتعيّن عليه احترامها(الفرع الثاني)؟

الفرع الأول
المعايير المقترحة لضبط فكرة النظام العام

إنّ الجهود التي بذلها الفقه لمحاولة حصر حالات تطبيق النظام العام لم تستقر على معيار واحد، وإنما جاءت بمعايير متعددة، كما يلي:

أولا:جهل القاضي بالنظام القانوني الأجنبي

ويُقصد بهذا المعيار[1]، أنّه يمكن للقاضي أن يستبعد القانون الأجنبي متى اشتمل على نظم قانونية غير معروفة في دولة القاضي، كإباحة التعدّد أو السماح بالتبني[2]. ولقد عيب على هذا المعيار أنه متطرّف، بحيث يترتب على الأخذ به زيادة حالات استبعاد القوانين الأجنبية هذا من جهة، ومن جهة أخرى، جهل القاضي بنظام قانوني معين لا يعني مساسه بالضرورة بالمبادئ والقيم السائدة في دولة القاضي[3].

ثانيا:تعارض القانون الأجنبي مع السياسة التشريعية للدولة

إستنادا لهذا المعيار[4]، يجوز للقاضي أن يستبعد القانون الأجنبي متى تعارض مع هدف من الأهداف الهامة التي يرمي قانون دولة القاضي لتحقيقه، حتى وإن لم ينطو هذا القانون الأجنبي على مخالفة مبادئ العدالة، أو المبادئ المستقر عليها في الأمم المتحضرة. ومن ذلك ما

---

[1]-J.P.NIBOYET, Traité de droit international privé français ,tome.3,Paris,1944, n°1022, مقتبس عن فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، المرجع السابق، ص.192؛ صلاح الدين جمال الدين، تنازع...، المرجع السابق، ص.130.

[2]- أنظر، بليعقوبي بلخير، المرجع السابق، ص.208؛ سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق، ص.225؛ صلاح الدين جمال الدين، تنازع...، المرجع السابق، ص.130.

[3]- أنظر، فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، المرجع السابق، ص.192.

[4]-H.BATIFFOL, Aspects philosophiques de droit international privé, Dalloz, Paris, 1956, p.159, مقتبس عن صلاح الدين جمال الدين، تنازع...، المرجع السابق، ص.133.

قضت به محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 30نوفمبر1938، حيث إستُبعد القانون الأجنبي، لكونه يحدّد مدة أطول من المدة التي يقرّرها القانون الفرنسي لرفع دعوى الإعتراف بالأبوة. وتتجلى مخالفة هذا القانون الأجنبي للنظام العام الفرنسي في كونه يمس بالهدف الذي يسعى إليه المشرع الفرنسي وراء تقصير المدة، وهو تحقيق استقرار الروابط العائلية[1].

ثالثا:مخالفة القانون الأجنبي للقواعد الآمرة:

وذهب اتجاه تقليدي[2]إلى الربط بين القواعد الآمرة والنظام العام، فاعتبر أنه ما دام أنّ النظام العام يتعلّق بالقوانين الماسّة بالمصالح الجوهرية للدولة، وأن تنظيم هذه المصالح، وحمايتها يكون بموجب قواعد آمرة، فإنّ النظام العام حسب هذا الاتجاه ما هو إلاّ القواعد الآمرة.

ويترتب على الأخذ بهذا الاتجاه، استبعاد القانون الأجنبي في معظم الأحوال، وتطبيق القواعد الآمرة دون الرجوع إلى قواعد الإسناد. وهذا ما يخالف ما انتهى إليه الفقه الحديث[3] من وجوب التضييق من مجال إعمال النظام العام في العلاقات الخاصة الدولية، حيث أنّ مخالفة القواعد الآمرة لا تؤدي دائما إلى استبعاد القانون الأجنبي[4].

رابعا:عدم احترام القانون الأجنبي لمبادئ العدالة الدولية

[1]- أنظر، فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، المرجع السابق، ص.193؛ صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين...، المرجع السابق، ص.133-134.

[2] -F.DESPAGNET, Précis du droit international privé, 5éme édition, paris, 1909,p.231 ; J.VALERY, Manuel de droit international privé, Paris, 1914, p.53,
مقتبس عن صلاح الدين جمال الدين، فكرة...، المرجع السابق، ص.35-36.

[3]-C.BROCHER, Nouveau traité de droit international privé, vol.1, Paris, 1876, p.149, مقتبس عن صلاح الدين جمال الدين، تنازع ...، المرجع السابق، ص.127.

[4]-أنظر، صلاح الدين جمال الدين، فكرة...، المرجع السابق، ص.35-36.

يكون القانون الأجنبي مخالفا للنظام العام حسب هذا المعيار[1]، متى مسّ بمبادئ العدالة الدولية، أي بتلك القواعد المستقر عليها لدى الأمم المتحضرة، والتي تجد مصدرها في الإتفاقيات الدولية وإعلانات حقوق الإنسان. فمتى كان القانون الأجنبي يتضمن حلاّ غير عادل، يخالف الضمير الإنساني، والقواعد المقبولة لدى كافة الشعوب، وجب استبعاده. ومثال ذلك، أن يبيح هذا القانون الرق، القرصنة أو يجرّد الفرد من حق من الحقوق الأساسية لأسباب عنصرية[2].

خامسا:إهدار القانون الأجنبي للحقوق الطبيعية للإنسان

حسب هذا الاتجاه[3]، لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي الذي يجرّد الفرد من حق من حقوقه الطبيعية التي يجب احترامها، وإن لم يرد نصّ صريح بشأنها في القوانين الوضعية، ومن ذلك أن يحرم القانون الأجنبي الأم من الإعتراف بابنها غير الشرعي[4].

سادسا:مساس القانون الأجنبي بالمصالح الحيوية لدولة القاضي:

يُستبعد القانون الأجنبي طبقا لهذا المعيار[5] إذا ألحق تطبيقه ضررا بالمصالح الحيوية للدولة، بحيث يصطدم مع الأسس الاجتماعية أو الدينية أو الاقتصادية لدولة القاضي،كأن يكون هذا القانون يبيح الزواج بين المحارم أو يبيح التوارث بين مسلم أو غير مسلم أو يكون يخلّ بالسياسة النقدية[6].

---

[1]-H.BATIFFOL, Revue critique de droit international privé, 1949, p.89, مقتبس عن صلاح الدين جمال الدين،تنازع...، المرجع السابق، ص.131.

[2]-أنظر، أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص.777؛ صلاح الدين جمال الدين، تنازع.. ، المرجع السابق، ص.131.

[3]-P.FRANANCESCAKIS, Droit naturel et droit international privé, tome.1, Paris,1960, p.113, مقتبس عن صلاح الدين جمال الدين، فكرة...، المرجع السابق، ص.41.

[4]-أنظر، سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق، ص.225.

[5]-A.K.KUHN, Comparative commentaries on private international law, 2nd edition, fred rothman, Colorado,1981, p.37, مقتبس عن صلاح الدين جمال الدين، تنازع المرجع السابق،ص.132.

[6]-أنظر، أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص.778؛ صلاح الدين جمال الدين، تنازع...، المرجع السابق، ص.132.

وما يلاحظ على هذه المعايير المتعددة، أنها لم تضع إطارا واضحا لحالات الدفع بالنظام العام، وإنما أبرزت أوجهه وأدواره المختلفة، وهي تقترب من فكرة أساسية، وهي وجوب استبعاد القانون الأجنبي الذي يتعارض مع المبادئ والأفكار الأساسية التي يقوم عليها المجتمع[1].

ويستقر الفقه على استحالة حصر حالات الدفع بالنظام العام، لأنّ السّمة الأساسية للنظام العام، هي قابليته للتبدّل في المكان والزمان، فالنظام العام يجسّد الأفكار والقيم السائدة في المجتمع، والتي لا تثبت على حال واحد، بل تتغيّر وتتبدّل باستمرار حسب احتياجات المجتمع وظروفه، بما يحقق مصالحه[2].

وفي الحقيقة، لا يمكن وضع فكرة النظام العام في إطار نظري جامد، لأنها في صميمها فكرة وظيفية، تهدف لتحقيق غاية معينة، حيث لا يمكن ضبطها إلا عند تحديد هذه الغاية، فالنظام العام يتجسّد في الواقع حين يقوم بدوره.

وإنّ صعوبة ضبط النظام العام ليس بالأمر السيئ أو الغريب، وإنما هو نتيجة منطقية مترتبة على خصائص هذه الفكرة في حدّ ذاتها، فوطنية ونسبية النظام العام، تحول دون ضبطه بشكل دقيق. كما أنّ عدم تعداد حالات النظام العام على سبيل الحصر يسمح للقاضي بتقدير النظام العام في كل حالة على حدى، ويسمح للنظام العام بالتدخل كلما تطلّبت مقتضيات هذا النظام ذلك[3].

وما يؤكّد على عدم جدوى حصر حالات تطبيق النظام العام هو فشل اتفاقية "لاهاي" لسنة 1902 والمتعلقة بالزواج، حيث وضعت هذه الاتفاقية قائمة بالحالات التي

[1]-أنظر، سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق، ص.225.
[2]-أنظر، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص.555.
[3]-أنظر، محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص.254.

يُطبّق فيها النظام العام، إلا أنه عند تطبيقها ظهرت موانع أخرى لم تنص عليها هذه الإتفاقية، فكان ذلك سببا في نقدها[1].

أضف إلى ذلك، أنّ هذه القائمة يجب أن تتغيّر باستمرار كلما تطورت وتغيرت فكرة النظام العام[2].

وإذا كانت المعايير التي جاء بها الفقه لا تحدّد لنا على سبيل الدقة والحصر حالات تطبيق النظام العام، إلا أنه مع ذلك يمكن اعتبارها كموجّهات يستند عليها القاضي، ويسترشد بها للدفع بالنظام العام[3].

ولاشك أنه أمام صعوبة وضع إطار واضح ومانع للنظام العام، يبقى القاضي هو المنوط بتقديره.

الفرع الثاني
دور القاضي في تقدير النظام العام

ترتّب على فشل الفقه في تحديد مضمون النظام العام بدقة، ترك مسألة تقديره للقاضي، بحيث ينظر في كل واقعة على حدى، ليحدّد ما إذا كان القانون الأجنبي متعارضا أو لا مع النظام القانوني الساري في دولته و الأسس والمبادئ التي يقوم عليها مجتمعه[4].

ويشكّل النظام العام الدائرة المرنة، التي يكاد يكون القاضي مشرّعها[5]، وهو يتمتّع بسلطة تقديرية واسعة في تحديد مفهوم النظام العام. غير أنّ هذه السلطة ليست مطلقة، بل مقيدة، بحيث وإن كان من واجب القاضي أن يستبعد القانون الأجنبي المخالف للنظام العام السائد في دولته، فمع ذلك عليه أن لا يتوسّع في تطبيقه في مجال العلاقات الدولية الخاصة،

[1]-أنظر، صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص.134-135.
[2]- أنظر، أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص.170.
[3] - Cf. Yvon LOUSSOUARN, Pierre BOUREL, op.cit., p.314.
[4]- أنظر، حسن هداوي، المرجع السابق، ص.186.
[5]- أنظر، نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008، ص.82.

لأنّ الدفع بالنظام العام هو دفع استثنائي، لا يُلجأ إليه إلاّ في الأحوال التي تقتضيها المصالح العليا للمجتمع[1].

وإنّ دور القاضي عند تقدير النظام العام لا يقتصر على تحديد ما إذا كان القانون الأجنبي مخالفا أو لا للنظام العام في دولته، وإنما يتعدّى ذلك إلى البحث في الأثر المترتب على تطبيقه. وبمعنى أدق إنّ دوره لا يقف فقط على التحقق من مضمون القانون الأجنبي، وإنما يتعدّى ذلك إلى البحث عن النتيجة التي تترتّب عند تطبيقه[2]. فقد يبدو للقاضي أنّ القانون الأجنبي لا يصطدم مع النظام العام، ولكن مع ذلك يؤدي تطبيقه إلى المساس بالمبادئ الجوهرية السائدة في دولته ومن ذلك إباحة تعدّد الزوجات في بعض الدول الإفريقية. فقانون هذه الدول ظاهريا لا يصطدم مع النظام العام في الدول التي تجيز التعدّد، ولكن لما يتعرّف عليه القاضي، يستبعده، لكونه يجيز الزواج بأكثر من أربع نساء، وهو ما تمنعه الشريعة الإسلامية[3].

ويمكن كذلك ذكر قضية شهيرة، وهي قضية "Patino"، التي فصلت فيها محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 15 ماي 1963، وتتلخص وقائعها في أنّ زوجين بوليفيين تقدّما أمام القضاء الفرنسي للمطالبة بالطلاق طبقا لقانونهما الشخصي (البوليفي) الذي يبيح الطلاق بموجب قانون 1932، والذي ألغى ضمنا الإنفصال الجسماني. ولكن، عند رجوع قضاة الموضوع للقانون البوليفي، لاحظوا أنّه يُشترط لقبول الطلاق، أن يجيزه كذلك القانون الذي أُشهر في ظلّه الزواج، وكان الزوجان قد أشهرا زواجهما تحت سلطان القانون الإسباني، الذي كان يمنع الطلاق في ذلك الوقت ويجيز الانفصال الجسماني[4].

---

[1]- أنظر، عبده جميل غصوب، دروس....، المرجع السابق، ص.195؛ سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق، ص.223؛ بليعقوبي بلخير، المرجع السابق، ص.205.

[2]- أنظر، فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، المرجع السابق، ص. 195؛ Daniel GUTMANN,op.cit,p.103.

[3]- أنظر، محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص.253.

[4]- أنظر، زروتي الطيب، المرجع السابق، ص.282، هامش (291).

ولاحظ القضاء الفرنسي في هذه القضية، أنّ تطبيق القانونين الأجنبيين (البوليفي والإسباني)، سيؤدي إلى عدم إمكانية حلّ الرابطة الزوجية، وهو ما يصطدم مع النظام العام الفرنسي، لأن مبدأ إمكانية حلّ الرابطة الزوجية هو من المبادئ الأساسية في فرنسا.

إذن ورغم أنّ القانون البوليفي الذي يسمح بالطلاق ولا يجيز الإنفصال الجسماني لا يصطدم مع النظام العام الفرنسي[1]. والقانون الإسباني الذي يجيز الانفصال الجسماني، ولا يبيح الطلاق، كذلك لا يصطدم مع النظام العام الفرنسي. ولكن مع ذلك تطبيقهما معا يؤدي إلى نتيجة تتعارض مع النظام العام في فرنسا[2]. لذلك انتهى القضاء الفرنسي إلى استبعاد تطبيق القانون البوليفي فيما يتعلّق برفض الإنفصال الجسماني، وقضى بالإنفصال الجسماني بين الزوجين، ورتّب على ذلك تصفية علاقتهما المالية[3].

ويتعيّن على القاضي وهو يقدّر النظام العام، أن يتقيّد بالمبادئ والأفكار الأساسية السائدة في دولته، ويراعي الشعور العام للجماعة، مصالحها العامة، ويحترم مبدأ حالية النظام العام، بحيث يحدّد مفهوم النظام العام عند الفصل في الدعوى. ولا يجوز للقاضي أن يبني تصوره للنظام العام على أساس آراءه الشخصية، أو معتقداته الذاتية، بل عليه أن يتقيّد بالمبادئ التي تدين بها جماعة المواطنين[4]. وهذا ما نبّهت إليه المذكرة الإيضاحية للقانون المصري حيث نصت على ما يلي:

"بيد أنّه يخلق بالقاضي أن يتحرّر من إحلال آراءه الخاصة في العدل الاجتماعي محل ذلك التيار الجامع للنظام العام أو الآداب، فالواجب يقتضي أن يطبق مذهبا عاما تدين به الجماعة بأسرها لا مذهبا فرديا خاصا"[5].

---

[1]-Cass.civ.,15 mai 1963, cité par Daniel GUTMANN, op.cit., p.103.

[2]- أنظر، فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، المرجع السابق، ص.196.

[3]- أنظر، علي علي سليمان، المرجع السابق، ص.155.

[4]- أنظر، غالب على الداوودي، المرجع السابق، ص.240-241.

[5]- أنظر، زروتي الطيب، المرجع السابق، ص.271.

ولما كانت المهمّة الملقاة على عاتق القاضي في هذه الحالة عسيرة ودقيقة، ولتفادي الإفراط في الدفع بالنظام العام، وتجنّب إحلال القاضي لآرائه الشخصية، لابد من إخضاع مسألة تقدير النظام العام باعتبارها مسألة قانونية لرقابة المحكمة العليا[1]. كما يجب على القاضي أن يكون متفتّحا على القانون الأجنبي، مراعيا لحاجات وخصوصيات العلاقات الدولية الخاصة. فلا يدفع بالنظام العام لمجرّد كون القانون الأجنبي ينظّم مسألة معينة بطريقة مختلفة، بل يجب أن تكون نظرته للأمور نظرة موضوعية، قائمة على المنطق والضرورة عند الدفع بالنظام العام.

المبحث الثاني
النظام العام و مسائل الأحوال الشخصية

إنّ تطبيق القانون الأجنبي الذي عيّنته قاعدة الإسناد في قانون القاضي مقيّد بتحفظ مفاده عدم التعارض مع القيم العليا السائدة في دولة القاضي وإلاّ فيتم استبعاده. وهذا ما يُعرف بالدفع بالنظام العام، والذي يُعتبر دفعا موضوعيا وليس إجرائيا، لأنه يوجه إلى مضمون القانون الأجنبي المتعارض بشكل صارخ مع المبادئ الأساسية للقانون الداخلي[2].

ويحتلّ الدفع بالنظام العام مكانا أوسع في مسائل الأحوال الشخصية لارتباط هذه المسائل بالاعتبارات الدينية. فمعظم التشريعات العربية تستند على أحكام الشريعة عند تنظيمها لمواضيع الأسرة. وحتى بالنسبة للدول التي تتعدد فيها الطوائف كمصر، نجد أنّ الشريعة الإسلامية هي التي تطبق على المواريث، الوصايا والأهلية، فيخضع لها كل المصريين بغض النظر عن ديانتهم[3].

---

[1]- أنظر، غالب علي الداوودي، المرجع السابق، ص.241.

[2]- أنظر، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص. 554.

[3]- أنظر، محمد حسين منصور، النظام القانوني للأسرة في الشرائع غير الإسلامية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2003، ص. 103.

وإنطلاقا مما سبق سنحاول في هذا المبحث الإجابة على الإشكالات التاليين: ما هو دور النظام العام في مجال الأحوال الشخصية باعتبارها أوسع مجال للدفع بالنظام العام؟ وما هو مصير النزاع المطروح على القاضي؟ وكيف يتم حلّه بعد استبعاد القاضي تطبيق القانون الأجنبي المختص لتعارضه مع النظام العام في دولته؟

للإجابة على هذه الإشكاليات تم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، نعالج في المطلب الأول مسألة الدفع بالنظام العام في مجال الأحوال الشخصية، أما المطلب الثاني فنتناول فيه النتائج المترتبة على الدفع بالنظام.

المطلب الأول
الدفع بالنظام العام في مسائل الأحوال الشخصية

إذا كانت الدول تفسح المجال لتطبيق القوانين الأجنبية على إقليمها في مجال العلاقات الخاصة الدولية، فإنّ هذا الأمر يتعطّل إذا ما تعارض القانون الأجنبي مع المفاهيم والأفكار الأساسية التي يقوم عليها النظام القانوني لدولة القاضي. وغالبا ما يثور هذا التعارض في مجال الأحوال الشخصية لعدّة اعتبارات أهمها ارتباط المسائل الأسرية بعقيدة الفرد خاصة في الدول الإسلامية التي لا زال الدّين يحتل فيها مكانة مهمّة في القانون. كما أنّ إسناد الأحوال الشخصية لقانون الجنسية يزيد من إعمال الدفع بالنظام العام؛ في حين يقل هذا الدفع في الدول الأنجلوأمريكية التي تسند هذه المسائل لقانون الموطن الذي يكون غالبا قانون القاضي[1].

وسنحاول في هذا المطلب إبراز دور النظام العام في مسائل الأحوال الشخصية وذلك بعد التطرق لمفهوم الأحوال الشخصية وبيان مجالها.

الفرع الأول
تعريف الأحوال الشخصية

[1]- أنظر، صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين ...، المرجع السابق، ص. 104 ؛ عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص. 537.

ظهر مصطلح الأحوال الشخصية في إيطاليا حيث ابتدعه الفقه الإيطالي في القرنين 12 و13 لمواجهة بعض صور التنازع الداخلي الذي ظهر آنذاك بين القانون الروماني باعتباره القانون العام الساري على إقليم إيطاليا والقانون المحلي المطبق في مدينة من مدن إيطاليا.

وللتفرقة بين هاذين النظامين القانونيان أطلق الفقه الإيطالي تسمية " قانون " على القانون الروماني، واستعمل مصطلح " حال " وجمعه أحوال للدلالة على القانون المحلي. وقُسمت الأحوال إلى أحوال متعلّقة بالأشخاص ويُقصد بها القواعد التي تتبع الشخص أينما يكون، وأحوال تتعلّق بالأموال وهي تلك القواعد التي يقتصر تطبيقها على المحل الذي توجد فيه الأموال، وتم اختصار هذين المصطلحين بعد ذلك فأصبح يُطلق على الأولى بالأحوال الشخصية ، والثانية الأحوال العينية[1].

وهكذا ذاع مصطلح الأحوال الشخصية وأصبح دارجا في المؤلفات العصرية[2]. فبذل الفقه جهدا لإعطاء تعريف له، منهم[3] من ركّز على القانون الذي يحكمها فعرّف الأحوال الشخصية على أنها المسائل التي يحكمها القانون الشخصي. أما البعض الآخر[4]، فاستند على طبيعة العلاقة فعرّفها على أنها المسائل المتصلة بالشخص كالأهلية، الاسم، الكنية، الزواج إلخ.

إنّ المحاولات التي بُذلت لتعريف الأحوال الشخصية لم تصل لتعريف جامع لهذا المصطلح[5]. فتعريف الأحوال الشخصية ليس بالأمر السّهل ذلك أنه لا توجد معالم وحدود

---

[1]-أنظر، معوّض عبد التواب، موسوعة الأحوال الشخصية، الجزء.1، الطبعة.7، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997، ص.21- 22.

[2]-أنظر، صلاح الدين، تنازع القوانين ..، المرجع السابق، ص.163.

[3]-أنظر، هشام علي صادق، المرجع السابق، ص.188.

[4]-Cf.P.MAYER, Droit international privé, 2éme édition, Montchrestien, 1982, n°.493 ;E. TYAN, Droit international privé, 1966, n°138,
مقتبس عن سامي بديع منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، الطبعة.1، دار العلوم العربية، بيروت، 1994، ص.343.

[5]- أنظر، محمد كمال الدين إمام، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه والقانون والقضاء، منشورات الحلبي الحقوقية،لبنان، 2003، ص.18 .

واضحة بين المعاملات الشخصية والمعاملات المالية، فبعض المعاملات لها طبيعة مزدوجة كالميراث والوصية [1].

لذلك فالرّاجح للدلالة على معنى الأحوال الشخصية هو عرض المسائل التي يشملها هذا المصطلح[2]. وهذا ما انتهجه المشرع المصري عندما عدّد في القانون رقم 147 لسنة 1949 مسائل الأحوال الشخصية، فطبقا للمادة 13 من هذا القانون يُعتبر من الأحوال الشخصية ما يأتي :

- المسائل المتعلقة بنظام الأسرة كالخطبة والزواج وحقوق الزوجين والطلاق والتطليق والتفريق .
- المسائل المتعلقة بالبنوة والإقرار بالأبوة وإنكارها والعلاقة بين الأصول والفروع.
- الإلتزام بالنفقة للأقارب والأصهار.
- تصحيح النسب والتبني .
- الولاية والوصاية والقوامة والحجر والإذن بالإدارة والغيبة واعتبار المفقود ميتا.
- المنازعات والمسائل المتعلقة بالمواريث والوصايا وغيرها من التصرفات المضافة بعد الموت[3].

كذلك في لبنان لم يعرّف المشرع الأحوال الشخصية ولكنه قام بتعداد هذه المسائل بالنسبة لكل طائفة [4].

نفس النهج سار عليه المشرع الليبي حيث نصت المادة 160 من قانون نظام القضاء رقم 51 لسنة 1976 على المسائل المعتبرة من الأحوال الشخصية [5].

---

[1]- أنظر، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص.651؛ محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص. 107.

[2]- أنظر، محمد كمال الدين إمام، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص.18.

[3]- أنظر، عمر عبد الله، محمد حامد قمحاوي، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين، دار المطبوعات الجامعية،الإسكندرية، 1986، ص.16.

[4]- أنظر المادة 17 والمادة 18 من قانون القضاء الشرعي الصادر في 1962/07/16، مقتبس عن محمد كمال الدين إمام، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص. 29.

[5]- أنظر، مبروك اللافي، المرجع السابق، ص. 113.

إذن، فمصطلح الأحوال الشخصية يشمل المسائل المتعلقة بالأشخاص والخاضعة للقانون الشخصي للفرد[1].

وجدير بالإشارة أنّ مصطلح الأحوال الشخصية أوسع من مصطلح شؤون الأسرة فهو يشمل إضافة إلى النظام الأسري الأهلية ونظم حماية غير كامل الأهلية، كما تظم الأحوال الشخصية في بعض الدول كإيطاليا والجزائر المواريث والوصايا وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت والهبة[2].

إنّ تحديد ما يندرج في الأحوال الشخصية يختلف باختلاف الدول لذلك من المهمّ التطرق لمجال الأحوال الشخصية مع إبراز أهمية هذا التحديد في القانون الدولي الخاص.

الفرع الثاني
نطاق الأحوال الشخصية

يُقصد بنطاق الأحوال الشخصية تحديد ما يندرج ضمنها. وتختلف الدول في تحديد ما يُعدّ من الأحوال الشخصية باختلاف تاريخ كل دولة، وظروفها السياسية، الإجتماعية، والإقتصادية[3]. بعض الدول كفرنسا تضيّق من مجال الأحوال الشخصية فتقصره بذلك على مسائل الحالة والأهلية وباقي المسائل فتُعتبر من الأحوال العينية.

بينما توسع دول أخرى من هذا المجال فتضيف الميراث، الوصية، الهبة إلخ كإيطاليا، الجزائر، سوريا، اليمن، العراق[4] إلخ.

وبالنسبة لمصر، فبعد أن كانت الهبة تُعتبر من مسائل الأحوال الشخصية، غيّر المشرع المصري[1] من موقفه وأصبحت تُعتبر عقدا ماليا كسائر العقود، تندرج ضمن الأحوال

---

[1]- أنظر،عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص.653.

[2]- أنظر،جابر جاد عبد الرحمن، القانون الدولي الخاص العربي، الجزء.3: تنازع القوانين،1960، ص.131؛ محمد حسين منصور ، المرجع السابق ، ص .17.

[3]- أنظر، محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص. 108.

[4]- أنظر، يوسف فتيحة، قواعد التنازع الدولي في بعض المسائل من قانون الأسرة الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية،1999 ، عدد02، ص.99؛ سهيل حسين الفتلاوي، القانون الدولى الخاص، المكتب المصري لتوزيع المطبوعات، القاهرة، 2002، ص.229.

العينية[2]. ونفس الموقف اتخذه المشرع الليبي عندما اعتبر الهبة من مسائل المعاملات وأخضعها لنفس القانون الذي تخضع له الالتزامات التعاقدية [3].

ويلعب التكييف دورا أساسيا في تحديد ما يُعدّ من مسائل الأحوال الشخصية، إذ أنّ القاضي المطروح أمامه النزاع هو الذي يعطي الوصف القانوني للعلاقة محل النزاع، فإما أن يدخلها في دائرة الأحوال الشخصية أو الأحوال العينية حسب ما هو معمول به في قانونه الداخلي[4].

وتبرز أهمية تحديد مجال الأحوال الشخصية في القانون الدولي الخاص في معرفة القانون الواجب التطبيق[5]. فمسائل الأحوال الشخصية تخضع للقانون الشخصي للفرد الذي قد يكون قانون جنسية الفرد أو قانون موطنه [6].

وتزداد أهمية تحديد هذا المجال عندما تُعرض على القاضي مسألة لم يخصّها المشرع بقاعدة إسناد، كما هو الشأن بالنسبة للحضانة التي لم يضع المشرع الجزائري قاعدة إسناد خاصة بها. في هذه الحالة يكون تحديد القانون الواجب على الحضانة متوقفا على تكييف الحضانة، وباعتبارها تندرج ضمن مسائل الأحوال الشخصية فإنها بذلك تكون خاضعة للقانون الشخصي للفرد وهو قانون الجنسية حيث أنّ الجزائر على غرار الدول العربية واللاتينية تأخذ بضابط الجنسية بخلاف دول أخرى كالولايات المتحدة الأمريكية، إنجلترا، أستراليا وسويسرا التي تأخذ بضابط الموطن[7].

---

[1]- عدل المشرع عن موقفه بموجب قانون تنظيم القضاء الصادر في 1949، ونظّم الهبة في القانون المدني من المادة 648 إلى المادة 504 ، مقتبس عن عمر عبد الله، محمد حامد قمحاوي، المرجع السابق، ص. 17 .

[2]-أنظر، محمد كمال الدين إمام، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص.20 .

[3]- أنظر، مبروك اللافي، المرجع السابق، ص. 60.

[4]- أنظر، محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص.108 ؛ ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، المرجع السابق، ص.71.

[5]- أنظر،عمر عبد الله، محمد حامد قمحاوي، المرجع السابق، ص .17.

[6]- أنظر، محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص.13.

[7]- أنظر، عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص.179.

وبالنسبة للجزائر يُعتبر من الأحوال الشخصية جميع المسائل المنصوص عليها في قانون الأسرة [1] والمتمثلة في الحالة والأهلية العامة، حماية ناقصي الأهلية، الزواج، المشارطات المالية التي تصاحب، الطلاق، التطليق، البنوة، إثبات النسب، الولاية، الوصاية، القوامة، النفقة بين الأقارب، الميراث، الوصية والهبة إلخ[2].

وبعد توضيح مفهوم الأحوال الشخصية ومجالها، نبين في الفرع الموالي دور هذا الدفع في مجال الأحوال الشخصية.

الفرع الثالث
دور النظام العام في مسائل الأحوال الشخصية

من أوسع المواضيع التي تختلف فيها قوانين الدول موضوع الأحوال الشخصية الذي يمثل المجال الخصب لإعمال الدفع بالنظام العام. فالمسائل الأسرية تقوم على أسس إجتماعية، أخلاقية ودينية. وهذه الأسس تختلف من دولة لأخرى خاصة بين الدول الإسلامية والدول الغربية[3]. فللدّين صلة وثيقة بالنظام القانوني والإجتماعي في الدول الإسلامية مما يبرر تدخل النظام العام في هذه الدول لاستبعاد القانون الأجنبي المختص الذي يتعارض بشدة مع القيم الدينية السائدة في هذه الدول والتي يؤدي خرقها إلى إلحاق الأذى بالشعور العام لدى الجماعة. إضافة إلى ذلك يتدخل النظام العام في الدول الإسلامية لحماية الطرف المسلم ولو كان أجنبيا[4]، فيُستبعد في الدول الإسلامية القانون الأجنبي الذي يحرم المسلم من حق من حقوقه. بينما يتدخل النظام العام في الدول الغربية كفرنسا لاستبعاد القانون الأجنبي الذي يمنع الزواج أو الميراث لاختلاف الدّين، كمنع زواج المسلمة بغير المسلم أو منع التوارث بين المسلم وغير المسلم.

---

[1]- قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق لـ يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق لـ 27 فبراير 2005.

[2]- أنظر، يوسف فتيحة، قواعد التنازع ...، المرجع السابق، ص. 99. وقد نصت المادة 423 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الصادر تحت رقم 09-08، المؤرخ في 25 فبراير 2008 على المسائل الأسرية التي يختص قسم شؤون الأسرة بالنظر فيها غير أن هذه المادة لم تشمل كل مواضيع الأسرة إذ لم تنص على بعضها كالوصاية، الميراث، الوصية والهبة.

[3]- أنظر، صلاح الدين جمال الدين ، تنازع القوانين ... ، المرجع السابق ، ص.218-219.

[4]- أنظر، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص.559.

كما يُستبعد القانون الأجنبي الذي يبيح تعدّد الزوجات أو يسمح للزوج بإيقاع الطلاق بإرادته المنفردة. ونشير أنّ تدخل النظام العام بشأن تعدّد الزوجات يُثار كذلك في دولة تونس إذ يُعتبر تعدّد الزوجات فيها جريمة يعاقب عليها القانون[1]. كما يُعتبر متعارضا مع النظام العام التونسي، القانون الذي يسمح بالطلاق بالإرادة المنفردة. وهذا ما كرسته محكمة تونس في حكمها الصادر بتاريخ 19 أبريل 1977 عندما استبعد القانون المغربي الذي يسمح بالطلاق بالإرادة المنفردة لمخالفته للنظام العام التونسي[2].

وبالإضافة إلى مخالفة المشرع التونسي لأحكام الشريعة الإسلامية في موضوعي الطلاق بالإرادة المنفردة وتعدّد الزوجات، فقد خرج أيضا عن أحكام الشريعة الإسلامية عندما أقرّ التبني المحرم تحريما قاطعا[3]. فطبقا للفصل 08 من القانون رقم 27 الصادر في 4 مارس 1958: "يجوز التبني حسب الشروط المبنية في الفصول الآتية:

ينبغي أن يكون المتبني شخصا رشيدا ذكرا أو أنثى متزوجا متمتعا بحقوقه المدنية ذا أخلاق حميدة سليم العقل والجسم وقادرا على القيام بشؤون المتبني ...".

ونص الفصل 14 منه على أنه : " يحمل المتبني لقب المتبني ويجوز أن يبدل إسمه ويخص على ذلك بحكم التبني ويطلب من المتبني ".

أما المشرع الجزائري على غرار التشريعات الإسلامية الأخرى كالمغرب[4] قد منع التبني صراحة حيث تنص المادة 46 من قانون الأسرة على أنه " يمنع التبني شرعا وقانونا ".

---

[1]- طبقا للفصل 18 من مجلة الأحوال الشخصية : " تعدد الزوجات ممنوع ،وكل من تزوج قبل و هو في حالة الزوجية وقبل فك عصمة الزواج السابق يعاقب بالسجن لمدة عام وبخطية قدرها مائتان وأربعون ألف فرنك أو بإحدى العقوبتين...".

[2]-Tribunal de Tunis, 19 avril 1977, cité par Mohand ISSAD, op.cit., p.208.

[3]- قال الله تعالى : " وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءكُمْ أَبْنَاءكُمْ ذَلِكُمْ قَوْلُكُم بِأَفْوَاهِكُمْ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِندَ اللَّهِ فَإِن لَّمْ تَعْلَمُوا آبَاءهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّين وَمَوَالِيكُمْ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُم بِهِ وَلَكِن مَّا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكَانَ اللَّهُ غَفُوراً رَّحِيماً".سورة الأحزاب،الآية 4.

[4]- تنص المادة 149 من مدونة الأسرة الصادرة سنة 2004 في فقرتها الأولى على أنه " يعتبر التبني باطلا ،ولا ينتج عنه أي أثر من آثار البنوة الشرعية ".

ويختلف دور النظام العام في مجال الأحوال الشخصية حسب النظام القانوني السائد في الدولة. فبينما يتسع مجال تدخل النظام العام في الدول الأحادية التشريع[1]، يضيق ويتراجع في الدول المتعددة الشرائع[2]، ذلك أنّ النظام العام لهذه الدول يقوم على مجموعة من المبادئ المستخلصة من مختلف الشرائع المطبقة في هذه الدولة مما يقلّل من حالات التعارض بين قوانينها والقانون الأجنبي[3].

ففي لبنان مثلا حيث تتعدّد التشريعات بتعدّد الطوائف يخّف دور النظام العام مقارنة مع الدول الأحادية التشريع. فحتى يُعتبر القانون الأجنبي متعارضا مع النظام العام في لبنان يجب أن يصطدم هذا القانون مع جميع أنظمة الطوائف الموجودة في لبنان، بمعنى أن يكون هذا القانون يمس بمبدأ أو قيمة أساسية تتفق عليها جميع الطوائف كمبدأ حرية الزواج. أما إذا خالف القانون الأجنبي نظام طائفة معينة ولكن توافق في نفس الوقت مع أحكام طائفة أخرى، فلا يمكن اعتبار هذا القانون مخالفا للنظام العام في لبنان. وهذا المسلك أكّدته محكمة التمييز اللبنانية عندما قررت" أنّ الأحكام الوضعية في الأنظمة الطائفية لا تمثّل النظام العام اللبناني بحيث أنه إذا خالف قانون أجنبي نظام طائفة أو عدّة طوائف لا يمكن اعتباره لهذا السبب مخالفا للنظام العام اللبناني إذا كان متوافقا في أحكامه مع أحكام نظام طائفة أو طوائف أخرى في لبنان، أما إذا كانت جميع أنظمة الطوائف الشرقية في لبنان تجمع على مسألة عامة وتخضعها لحكم واحد يخالفه القانون الأجنبي بشكل صارخ يمس إحدى القيم الأساسية التي يقوم عليها المجتمع اللبناني والتي تلتقي عليها جميع طوائفه فإنّ هذا الإجماع يُعتبر بمثابة نظام عام لبناني من شأنه أن يستبعد تطبيق القانون الأجنبي إذا كان فيه ما يخالفه"[4].

---

[1]- كالجزائر، يعتبر فيها الإسلام هو دين الدولة طبقا للدساتير المتتالية 1963-1976-1989- 1996، كما لا توجد ديانات أخرى رسمية لعدم تعدد الطوائف بالجزائر، أنظر، بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، الطبعة.1، دار الخلدونية، 2008، ص. 17 .

[2]- كلبنان، مصر، سوريا والمغرب.

[3]- أنظر، محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص.254.

[4]- محكمة التمييز اللبنانية،27-12-1973، مقتبس عن عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص.529.

ففي لبنان بعكس ما هو عليه الحال في مصر تتساوى جميع الشرائع الطائفية. وهذا ما أكّدته محكمة إستئناف بيروت، في قرارها الصادر بتاريخ 1993/12/13، حيث جاء محتوى القرار كما يلي:" إنّ فكرة النظام العام في لبنان هي على وجه الخصوص أكثر مرونة مما هي عليه في غيرها من الدول نظرا لتعدّد الشرائع في مجال الأحوال الشخصية فالنظام العام اللبناني في إطار القانون الدولي الخاص ليس نظاما مسيحيا أو نظاما عاما إسلاميا بل هو نظام عام وطني مستمد من التعدد التشريعي في لبنان"[1].

أما في مصر والتي تعرف بدورها تعدّد التشريعات تُعتبر الشريعة الإسلامية الشريعة العامة التي يجب أن تحترمها قواعد الأنظمة الطائفية الأخرى مما يترتب عليه إتساع مجال الدفع بالنظام العام في مصر مقارنة مع لبنان[2].

وإذا كان يتعيّن على القاضي أن يمتنع عن تطبيق القوانين الأجنبية التي تتعارض بشكل صارخ مع نُظمه القانونية، فما موقفه من المعاهدات التي تكون دولته طرفا فيها؟

الفرع الرابع
أثر الاتفاقيات الدولية على الدفع بالنظام العام

قد تبرم دولتان أو أكثر معاهدة تتفق فيها على قواعد إسناد معينة والتي قد تشير إلى تطبيق قانون أجنبي مخالف للنظام العام لإحدى هذه الدول المتعاقدة[3]، فهل يقوم قاضي هذه الدولة باستبعاد هذا القانون الأجنبي الذي أشارت إليه أحكام المعاهدة نظرا لتعارضه الصارخ مع القيم السائدة في دولته؟ أم عليه أن يلتزم بالمعاهدة ويطبق بالتالي القانون الذي تشير إليه قاعدة الإسناد ولو اصطدم مع المبادئ الجوهرية لدولته ؟

---

[1]-أنظر، عبده جميل غصوب، محاضرات ...، المرجع السابق، ص.129- 131.

[2]-أنظر، عبده جميل غصوب، دروس ...،المرجع السابق، ص.203؛ سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، الطبعة.1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009، ص. 746 .

[3]-أنظر، عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص.545-546.

إنّ الإجابة على هذا الإشكال أثارت جدلا بين الفقهاء، ويرجع ذلك لصعوبة التوفيق بين مبدأين أساسيين: المبدأ الأول هو التزام القاضي بأحكام المعاهدة التي صادقت عليها دولته، والمبدأ الثاني هو عدم إمكان تطبيق أحكام قانون أجنبي تتعارض مع النظام العام لدولة القاضي[1]. ولتوضيح الأمر لابد من التمييز بين فرضين :

الفرض الأول : نصّ الإتفاقية صراحة على تفضيل أحد المبدأين :

يمكن للدول الأطراف في الإتفاقية أن تتفادى مسبقا الوقوع في الإشكالية السابقة، فتنص صراحة على ترجيح أحد المبدأين. فقد تتّفق الدول المتعاقدة على إمكان الدفع بالنظام العام إذا كان القانون الأجنبي الذي تشير إليه قاعدة الإسناد الواردة بالإتفاقية مخالفا للنظام العام في دولة القاضي.

ومن بين الإتفاقيات التي أعطت للدول المتعاقدة حق الدفع بالنظام العام اتفاقية "مشروع تسوية المنازعات المتعلقة بالميراث" المنعقدة في لاهاي 1925، 1928. واتفاقية المودة والصداقة المبرمة بين مصر وتركيا، الموقع عليها بأنقرة سنة 1937، حيث نصت المادة 09 من هذه الاتفاقية على أنه: "وتلزم محاكم كل من الطرفين المتعاقدين بأن تطبق في مسائل لأحوال الشخصية القانون الأهلي الخاص بالمتقاضين مع عدم الإخلال بالقواعد المتعلقة بالنظام العام"[2].

وتم تكريس نفس المبدأ في الإتفاقية المبرمة بين الجزائر والمغرب لسنة 1963 المعدلة والمكملة ببروتوكول ملحق وُقع عليه في 15 يناير1969، وورد في المادة9 من هذا البروتوكول أنّ القانون الواجب التطبيق فيما يتعلق بالأحوال الشخصية ومسائل الميراث يكون القانون الوطني لكل من الدولتين مع مراعاة النظام العام للبلدين. كما نصت المادة 05 من اتفاقية لاهاي المتعلقة بإشهار الزواج الصحيح والإعتراف به لسنة 1976 على أنه: "يمكن رفض

[1]- أنظر، فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، المرجع السابق، ص.208.
[2]- أنظر، بلمامي عمر، المرجع السابق، ص.228؛ عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص. 546.

تطبيق القانون الأجنبي بموجب هذه الإتفاقية إذا كان هذا التطبيق يتعارض مع النظام العام في الدولة التي يراد أن يتم الاحتفال فيها"[1].

وتم تطبيق المبدأ السابق أيضا في الإتفاقية المبرمة بين المغرب وفرنسا في 16 أوت 1981 حيث نصت المادة 04 منها على إمكانية إعمال الدفع بالنظام العام عند تعارض القانون الواجب التطبيق مع النظام العام لأحدى الدولتين المتعاقدتين[2].

وأحيانا تجيز الإتفاقية إعمال الدفع بالنظام العام، ولكن تحصر هذا الدفع في حالات محددة. مما يعني انصراف إرادة الدول المتعاقدة إلى منع إعمال الدفع بالنظام العام في غير هذه الحالات[3].

وبينما غلّبت الإتفاقيات سالفة الذكر مبدأ الدفع بالنظام العام وأعطت للدول الأطراف الحق في استبعاد القانون الأجنبي المخالف للنظام العام، فضّلت اتفاقيات أخرى ترجيح المبدأ الآخر الذي يقضي بعدم استبعاد القانون الأجنبي الذي عينته قاعدة الإسناد الواردة في المعاهدة حتى ولو تعارض هذا القانون مع مقتضيات النظام العام في دولة القاضي في هذه الحالة ونظرا لتنازل الدول المتعاقدة صراحة عن إعمال الدفع بالنظام العام يتعين على القاضي أن يطبق القانون الأجنبي الذي تشير إليه قاعدة الإسناد دون الإحتجاج بمخالفته للنظام العام. ومع ذلك يجوز للقاضي أن يستبعد القانون الأجنبي إذا تبين له أنّ هذا القانون لا يخالف النظام العام لدولته فحسب، بل يتعارض مع القواعد والمبادئ العامة المستقر عليها في المجتمع الدولي، كما كانت عليه قوانين جنوب إفريقيا التي كانت تقوم على اعتبارات التمييز العنصري والتي تمنع زواج مختلفي اللون مثلا[4].

---

[1]- أنظر، بلمامي عمر، المرجع السابق، ص.228 -233.

[2]- Léna GANNAGÉ, La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé, étude de droit international de la famille, L.G.D.J, 2001, p. 214.

[3]- أنظر، فؤاد عبد المنعم، سامية راشد، المرجع السابق، ص.210.

[4]-أنظر،فؤاد عبد المنعم رياض،سامية راشد،المرجع السابق،ص.209.

ومن بين الإتفاقيات التي اتفق فيها أطرافها على عدم إعمال النظام العام اتفاقية بروكسل لسنة 1968 المتعلقة بالإعتراف المتبادل للشركات والأشخاص المعنوية. حسب المادة 220 من هذه الاتفاقية إذا تكونت شركة بمقتضى قانون يسمح بتأسيسها بشريك أو مساهم واحد، فإنه لا يمكن اعتبار هذه الشركة لنفس السبب مخالفة للنظام العام بمفهومه في القانون الدولي الخاص[1].

وسواء نصت الإتفاقية صراحة على تغليب مبدأ الدفع بالنظام العام أو رجّحت تطبيق القانون الأجنبي إعمالا لقواعد الإسناد الواردة في الإتفاقية، فإنّ الأمر لا يثير إشكال أو صعوبة لأنّ موقف الدول صريح وواضح. لكن ما الحل في حالة سكوت الاتفاقية؟[2]

الفرض الثاني: سكوت الاتفاقية

قد تسكت الإتفاقية ولا تحدد ما إذا كان يجوز استبعاد القانون الأجنبي المخالف للنظام العام في إحدى الدول المتعاقدة. ففي هذه الحالة، هل يُفسّر هذا السكوت على أنه تنازل ضمني عن إعمال الدفع بالنظام العام؟

حسب رأي بعض الفقه[3] إذا سمحنا للدول الأطراف بالدفع بالنظام العام عند تعارض القانون الأجنبي مع مقتضيات النظام العام في بلد القاضي، فإنّ ذلك سيُفقد الإتفاقية فاعليتها. لذلك، فلا يجوز للدول الأطراف أن ترجح مفهوم النظام العام على أحكام الإتفاقية بل لابد من تطبيق القانون الأجنبي إعمالا لما تقضي به الاتفاقية[4].

ويعترض على هذا الرأي جانب آخر من الفقه[5] الذي يرى أنّ سكوت الإتفاقية يجب أن لا يُفسّر على أنه تنازل من الدول المتعاقدة على الدفع بالنظام العام[1]، وأنّ القول بغير ذلك

---

[1]- أنظر، بلمامي عمر، المرجع السابق، ص. 235- 236.

[2]- Léna GANNAGÉ, op. cit., p. 211.

[3]- J.MAURY, L'éviction de la loi normalement compétente : l'ordre public et la fraude à la loi. p.101, مقتبس عن بلمامي عمر، المرجع السابق، ص. 240.

[4]- أنظر، فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، المرجع السابق، ص. 210؛ بلمامي عمر، المرجع السابق، ص.240.

[5]-J.P. NIBOYET, Cours de droit international privé, 1949, p.46, مقتبس عن بلمامي عمر، المرجع السابق، ص. 240.

من شأنه أن يعرقل تنفيذ الإتفاقية. ولما كان النظام العام يشكل وسيلة دفاعية تهدف لحماية المبادئ والأسس الجوهرية السارية في دولة القاضي، فإنّ إعماله حسب هذا الفريق لا يحتاج للنص عليه صراحة[2].

إذن يمكن القول أنّ سكوت الإتفاقية وعدم نصّها صراحة على إعمال الدفع بالنظام العام لا يعني أنّ القاضي مُلزل بتطبيق القانون الأجنبي الذي تشير إليه الإتفاقية، بل للقاضي أن يمتنع عن تطبيق القانون الأجنبي الذي يتعارض مع النظام العام لدولته.

المطلب الثاني
النتائج المترتبة على الدفع بالنظام العام

إذا أشارت قاعدة الإسناد في قانون القاضي إلى تطبيق قانون أجنبي، وتبين للقاضي أن هذا القانون يتعارض مع النظام العام السائد في دولته، فإنه يقوم باستبعاده. غير أنّ الأمر لا يتوقف عند هذا الحدّ، بل على القاضي أن يفصل في النزاع المطروح أمامه بإحلال قانون آخر محل القانون الأجنبي المستبعد[3].

ويجري العمل في بعض الدول كفرنسا على التمييز في شأن الآثار التي تترتب على إعمال النظام العام بين وضعين. فإذا كان المطروح أمام القاضي هو إنشاء حق قانوني مخالف للنظام العام لبلد القاضي، فإنّ تدخل النظام العام في هذه الحالة يكون بشدة لحماية النظام القانوني للدولة. أما إذا كان المطلوب من القضاء هو الإحتجاج بحقوق اكتُسبت في الخارج،

J.MAURY, op.cit., p.103; R.PLAISANT, Les règles de conflit de lois dans les traites. p.205, مقتبس عن عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص. 210.

[1]- Cf. Henri BATIFFOL, Paul LAGARDE, op.cit., pp.572- 573.
La cour de cassation a d'ailleurs consacré cette position dans l'affaire Baaziz en affirmant que « sauf dispositions contraires, les conventions internationales réservent la contrariété à la conception française de l'ordre public ». Cf. Léna GANNAGE, op.cit., p.211.

[2]- أنظر، حسن هداوي، المرجع السابق، ص. 194؛ عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص. 546-210.

[3]- أنظر، بلمامي عمر، المرجع السابق، ص .161؛ سعيد يوسف البستاني، الجامع...، المرجع السابق، ص.751.

فإنه ليس من الضروري أن يحول النظام العام دون نفاذ هذه الحقوق في بلد القاضي وفي هذه الحالة يكون أثر النظام العام ملطفا[1].

وأحيانا قد تكتسب الحقوق في دولة معينة بعد تطبيق النظام العام لهذه الدولة أي بعد استبعاد القانون الأجنبي المختص الذي كان من المفروض أن يطبق على هذه العلاقة، ولكن نظرا لتعارضه مع النظام العام لهذه الدولة تم استبعاده، وتسمح بالتالي بإنشاء هذا الحق في هذه الدولة[2].

وبناء على ما سبق، فإنّ معالجة الآثار التي تترتب على الدفع بالنظام العام تتطلب الإجابة على الإشكاليات التالية:

- ما هو القانون الذي يتعين على القاضي أن يطبقه بعد استبعاد القانون الأجنبي المختص؟ وإذا تعارض القانون الأجنبي مع النظام العام الوطني في جزئية معينة فقط، هل يتم استبعاد هذا الجزء فقط أم لابد من استبعاد القانون الأجنبي برمته؟
- هل يتدخل النظام العام بشكل مخفف دائما في جميع الأحوال التي يتعلق فيها الأمر بحقوق مكتسبة في الخارج؟
- ما مصير الحق الذي يُكتسب في الخارج بعد إعمال النظام العام، هل يتم الإعتراف به في الدول الأخرى أم لا؟

سنحاول الإجابة على هذه الإشكاليات في هذا المطلب من خلال تقسيمه إلى ثلاث فروع حيث نتناول أولا أثر الدفع بالنظام العام عند إنشاء الحقوق (الفرع الأول)، ثم أثر الدفع بالنظام العام عند الإحتجاج بالحقوق المكتسبة (الفرع الثاني)، وأخيرا نتكلم عن الأثر الإنعكاسي (الفرع الثالث).

الفرع الأول

[1]- أنظر، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص.596.
[2]- أنظر، عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص.185.

أثر الدفع بالنظام العام عند إنشاء الحقوق

يتمثل دور القاضي عندما يتعلق الأمر بإنشاء حق أو مركز قانوني في دولته في البحث عما إذا كان قيام هذا الحق يتعارض أو لا مع مقتضيات النظام العام في دولته[1]. فإذا تبين للقاضي أنّ تكوين هذا الحق يصطدم مع المبادئ الجوهرية التي ينهض عليها كيان مجتمعه فيتعين عليه أن يمنع قيامه ويبطل مفعوله[2]. فلو أراد مثلا مصري مسلم أن يبرم عقد زواج ثاني في تركيا، لو عُرض الأمر على القضاء، فإنّ القاضي التركي سوف يستبعد القانون المصري الذي يجيز التعدّد، ولا يمكن بالتالي إبرام هذا الزواج في تركيا باعتبار أنّ تعدّد الزوجات مخالف للنظام العام التركي[3].

ويفرق بعض الفقه[4]بالنسبة للأثر المترتب على الدفع بالنظام العام بين الأثر السلبي والأثر الإيجابي للنظام العام[5]. فإذا كان القانون الأجنبي يجيز أمرا لا يقرّه النظام العام في بلد القاضي، فإنّ أثر الدفع بالنظام العام في هذه الحالة يكون سلبيا لأنه يقتصر على استبعاد القانون الأجنبي دون إحلال قانون آخر محله لحكم العلاقة[6]. ومثال ذلك أن يكون القانون الأجنبي يجيز زواج المسلمة بغير المسلم، فهذا الزواج يُعتبر باطلا ومخالفا للنظام العام في الجزائر[7]. وبالتالي فلا حاجة لتطبيق قانون آخر، لأنّ الغاية المقصودة وهي منع قيام هذا الزواج قد تحققت باستبعاد القانون الأجنبي[8].

1- أنظر، عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص.551.
[2]- أنظر، بلمامي عمر، المرجع السابق، ص. 198.
[3]- أنظر، غالب علي الداودي، المرجع السابق، ص.245.
[4]- Cf.J.P. NIBOYET, Manuel de droit international privé, 2ème édition, 1928, p.565,
مقتبس عن عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص.547.
[5]- أنظر، زروتي الطيب، المرجع السابق، ص.281.
[6]- أنظر، عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص .547.
[7]- أنظر، عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص.182.
[8]- أنظر، فؤاد عبد المنعم، سامية راشد، المرجع السابق، ص.200- 201.

أما إذا كان القانون الأجنبي يمنع أمرا يجيزه قانون القاضي وكان هذا المنع مخالفا للنظام العام في بلد القاضي، فإنّ أثر الدفع بالنظام العام في هذه الحالة يكون إيجابيا لأنه لا يقتصر فقط على استبعاد القانون الأجنبي وإنما يؤدي كذلك إلى إحلال قانون آخر محله[1].

فمثلا إذا كان قانون جنسية الزوجين يمنع الزواج بين مختلفي اللّون وأُثير نزاع أمام القضاء الجزائري بشأن صحة هذا الزواج، فإنّ القاضي الجزائري سوف يستبعد تطبيق هذا القانون الأجنبي باعتبار أنّ مانع اللّون مخالف للنظام العام في الجزائر. ويُعتبر هذا الزواج في الجزائر صحيحا بالرغم من كونه ممنوعا طبقا للقانون الوطني للزوجين[2].

ويرى غالبية الفقه[3] أنّ التمييز بين الأثر السلبي والأثر الإيجابي للنظام العام غير صحيح[4]، لأن هذا التمييز قائم على نظرة سطحية للأمور. فاستبعاد القانون الأجنبي المختص لمخالفته النظام العام يؤدي إلى فراغ قانوني، مما يتعين معه البحث عن قانون آخر يحلّ محل القانون الأجنبي المستبعد[5]. ففي المثال السابق المتعلّق بمنع زواج المسلمة بغير المسلم في الجزائر يظهر اقتران الأثر السلبي والأثر الإيجابي عندما يستبعد القاضي الجزائري القانون الأجنبي ويمنع قيام هذه الرابطة. فهنا طبق القاضي بشكل ضمني قانونه[6] الذي لا يعترف بهذا الزواج. بينما في الحالة التي يكون فيها القانون الأجنبي يمنع أمرا يجيزه قانون القاضي، فإنّ إحلال قانون آخر محل القانون الأجنبي يكون صريحا[7].

ويثير إستبعاد القاضي للقانون الأجنبي عند تعارضه مع النظام العام إشكالين هامين الأول يتعلق بمدى أو درجة الإستبعاد l'étendue de l'éviction[8]. فقد يتعارض القانون

---

[1]- أنظر، عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص.547- 549.

[2]- أنظر، أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص. 178.

[3]-Cf. Henri BATIFFOL, Paul LAGARDE, op.cit., p.591.

[4]-Cf. Paul LAGARDE, op.,cit., p.09, n°65.

[5]- أنظر، هشام علي صادق، المرجع السابق، ص. 204؛ محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص. 269؛ مبروك اللافي، المرجع السابق، ص. 84.

6- المادة 30 من قانون الأسرة المعدل بموجب الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

7- أنظر، فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، المرجع السابق، ص. 201.

[8]- Cf. Jean DERRUPPE, op. cit., p. 107.

الأجنبي مع النظام العام في جزئية معينة فقط، فهل يستبعد القاضي في هذه الحالة القانون الأجنبي بأكمله، أم يستبعد فقط تلك الجزئية المخالفة للنظام العام؟[1]

أما الإشكال الثاني فيتعلق بالقانون الذي يحلّ محل القانون الأجنبي المستبعد حيث يترتب على استبعاد القانون الأجنبي المختص خلق فراغ تشريعي لابد من التصدي له بإحلال قانون آخر محل القانون المستبعد.

أثارت مسألة إستبعاد القانون الأجنبي بصفة جزئية أو شمولية جدلا من الفقهاء فانقسموا إلى فريقين: الفريق الأول يرى وجوب استبعاد القانون الأجنبي برمته متى خالف النظام العام في بلد القاضي. بينما يقرّر الفريق الآخر الإقتصار على استبعاد الجزء المخالف للنظام العام.

أ. فبالنسبة للاتجاه الأول من الفقه[2] يرى أنه متى تعارضت بعض أحكام القانون الأجنبي المختص مع النظام العام الوطني وجب على القاضي استبعاده برمته. فاستبعاد جزء من القانون الأجنبي والإستبقاء على الجزء الآخر غير المخالف للنظام العام يُعدّ حسب هذا الإتجاه تشويها للقانون الأجنبي كما أنّ تطبيقه بهذا الشكل يتعارض مع إرادة المشرع الأجنبي الذي وضعه.

كما يرى هذا الاتجاه أنّ تجزئة القانون الأجنبي يمس بوحدته باعتباره كل لا يتجزأ، ويؤدي في نفس الوقت إلى مخالفة قاعدة الإسناد التي تهدف إلى تطبيق القانون الأجنبي بشكل كامل باعتباره القانون الأنسب لحل النزاع[3].

---

[1]- Cf. Mohand ISSAD, op. cit., p. 210.

[2]- Cf. L.PIGEONNIERRE, Droit international privé, 8ème édition, Dalloz, 1972, p. 465 ;J.P. NIBOYET, Cours de droit international privé, 1949, p.497,
مقتبس عن إبراهيم أحمد إبراهيم،المرجع السابق، ص.385؛ بلمامي عمر،المرجع السابق، ص. 182.

[3]- أنظر ،بلمامي عمر، المرجع السابق،ص.181؛ إبراهيم أحمد ابراهيم، المرجع السابق، ص.385؛ عبده جميل غصوب، دروس ...، المرجع السابق، ص. 214؛ فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، المرجع السابق، ص.199.

ويرى البعض[1] أنه: "لا يجوز التلفيق في تطبيق القانون الذي يحكم النزاع بمعنى أنه لا يجوز اقتباس بعض أحكام قانون القاضي وخلطها ببعض أحكام القانون الأجنبي خلطا متنافرا، لأننا بذلك لا نطبق أيا من القانونين تطبيقا سليما".

ب. في المقابل يذهب الإتجاه الثاني وهو الرأي الغالب في الفقه [2] إلى أنّ الإستبعاد يلحق فقط بالجزء المخالف للنظام العام دون بقية الأجزاء الأخرى[3].

ويرى أصحاب هذا الاتجاه أنّ هذا الحلّ يتماشى مع طبيعة النظام العام باعتباره دفعا إستثنائيا لا يُلجأ إليه إلاّ عند الضرورة. لذلك يجب أن ينحصر استبعاد القانون الأجنبي في الحدود اللازمة للمحافظة على مقتضيات النظام العام[4]. وبما أنّ الهدف من إعمال النظام العام هو حماية الأسس الجوهرية والقيم العليا السائدة في المجتمع، وأنّ هذه الغاية يمكن أن تتحقق باستبعاد الجزء المتعارض مع مقتضيات النظام العام، فإنه لا يوجد مبرر أو داع لاستبعاد باقي أحكام القانون الأجنبي التي لا يتعارض مضمونها مع النظام العام[5]. والقول بأنّ في الإستبعاد الجزئي للقانون الأجنبي مخالفة لقاعدة الإسناد الوطنية وإرادة المشرع الأجنبي هو أمر غير صحيح حسب هذا الإتجاه.بالعكس، هذا الحلّ يحفظ للقانون الأجنبي وقاعدة الإسناد فعاليتهما. إذ أنه يسمح بتطبيق باقي أحكام القانون الأجنبي التي لا يتعارض مضمونها مع النظام العام، وبذلك يحافظ على الدور الإيجابي لقاعدة الإسناد الوطنية[6]. بينما الإستبعاد الكلي للقانون الأجنبي كما يرى الإتجاه الأول هو الذي يؤدي إلى إهدار قاعدة الإسناد.

---

[1]- أنظر، أحمد مسلم، الوجيز في القانون الدولي الخاص المقارن، 1969، ص.193، مقتبس عن بلمامي عمر، المرجع السابق، ص. 182.

[2]- Cf. Henri BATIFFOL, Paul LAGARDE, op.cit., p.592.

[3]- أنظر، عبده جميل غصوب، دروس...، المرجع السابق، ص. 214.

[4]- أنظر، صلاح الدين جمال الدين، تنازع...،المرجع السابق، ص. 138؛ إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص. 385.

[5]- أنظر، فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، المرجع السابق، ص. 199؛ محمد إبراهيم أبو الهيجاء، المرجع السابق، ص. 97.

[6]- أنظر، بلمامي عمر، المرجع السابق، ص. 184؛ فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، المرجع السابق، ص. 199.

وفي هذا السياق يرى الأستاذ هشام علي صادق[1]: "أنّ استبعاد أحكام القانون الأجنبي كلية وتطبيق قانون القاضي بدلا منه يُعدّ أكثر تعارضا مع حكمة التشريع. إذ ما دام أنّ القانون الأجنبي هو الواجب التطبيق أصلا بوصفه أكثر القوانين ملائمة للمسألة المعروضة، فإنّ الأقرب إلى حكمة التشريع هو ألاّ يُستبعد من أحكامه إلا ما يتعارض فعلا مع مقتضيات النظام العام في دولة القاضي".

ونشير أنه قد يصعب أحيانا تطبيق الإستبعاد الجزئي للقانون الأجنبي وذلك متى وُجد ارتباط وثيق بين الجزء المخالف للنظام العام والأجزاء المتبقية[2]. إذ يكون الجزء المستبعد هو الأهم في هذا القانون الأجنبي، بحيث يؤدي استبعاده إلى فقد القانون لسبب وجوده ففي هذه الحالة ونظرا لتعذر فصل أجزاء القانون الأجنبي، فإنه يتعين على القاضي أن يقوم باستبعاد القانون الأجنبي بأكمله[3]. فمثلا في مسألة زواج المسلمة بغير المسلم، إذا كان القانون الواجب التطبيق يمنع هذا الزواج لاختلافهما في الدّين، فإنّ هذا المانع لا يحول دون إبرام هذا الزواج في فرنسا لكون هذا المانع مخالف للنظام العام الفرنسي. وفرضا إذا أُثير في المستقبل نزاع أمام القضاء الفرنسي بشأن أثر من آثار هذا الزواج، فمن غير المعقول أن يطبق القاضي الفرنسي القانون الأجنبي المختص لكون هذا الزواج باطلا طبقا لأحكامه حتى وإن لم يكن يتعارض في شأن آثار الزواج مع النظام العام الفرنسي[4].

ويتضح مما سبق أنّ تطبيق الإستبعاد الجزئي للقانون الأجنبي متوقف على مدى أهمية الجزء الذي يتعين على القاضي أن يستبعده. فمتى كان هذا الجزء المستبعد يشكل روح

---

[1]- أنظر، هشام علي صادق، المرجع السابق، ص. 202.

[2]- أنظر،محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص.266؛ طلعت محمد دويدار، القانون الدولي الخاص السعودي، منشأة المعارف، الإسكندرية،1996-1997، ص.312.

[3]- Cf. Jean DERRUPPE, op.cit.,p.107 ; فؤاد عبد المنعم رياض،سامية راشد، المرجع السابق،ص. 200.

[4]- أنظر،هشام علي صادق، المرجع السابق، ص.202-203.

القانون الأجنبي، فإن إقصاءه يستتبع بالنتيجة إقصاء الأجزاء المتبقية. وهذا ما يؤيده أغلب الشراح[1].

ولقد طبق هذا الحلّ القضاء الفرنسي في عدة مناسبات، نذكر منها قضية FAYEULLE [2] التي رُفعت باسم طفل يحمل الجنسية الألمانية للمطالبة بأبوية طبيعية لأحد الرعايا الفرنسيين. وبرجوع محكمة استئناف باريس إلى قاعدة الإسناد الفرنسية اتضح لها أنّ القانون الواجب التطبيق في هذه الحالة هو القانون الألماني باعتباره قانون جنسية الطفل. غير أنّ المحكمة لم تطبق القانون الألماني بل استبعدته بسبب مخالفته لمبدأ هام في فرنسا وهو عدم جواز إثبات رابطة البنوة الطبيعية إلاّ إذا توافرت بعض العناصر الضرورية. وهكذا طبقت المحكمة القانون الفرنسي واستبعدت القانون الألماني بصفة كاملة.

ولقد نقضت محكمة النقض الفرنسية قرار محكمة الاستئناف وقررت عدم جواز استبعاد القانون الأجنبي بصفة شمولية بل الاستبقاء على باقي النصوص الألمانية المتعلقة بالبنوة الطبيعية والتي لا تتعارض مع النظام العام الفرنسي.

وهذا ما تبنته أيضا المحكمة ذاتها في قرارها الصادر في 17 نوفمبر 1964 عندما استبعدت أحكام الشريعة الإسلامية التي تقضي بعدم جواز التوارث بين المسلم وغير المسلم لاصطدام هذا المانع مع النظام العام الفرنسي ولكن أبقت على النصوص الأخرى المتعلقة بأنصبة الورثة[3].

وأكد القضاء المصري في أحد أحكامه[4] على أنّ القانون الأجنبي الذي يخالف النظام العام المصري في أحد أجزائه فقط لا يُستبعد بصفة شمولية بل يقتصر الإستبعاد على الجزء

---

[1]- أنظر، عبده جميل غصوب، دروس...، المرجع السابق، ص. 216؛ هشام علي صادق، المرجع السابق، ص. 202؛ إبراهيم أحمد ابراهيم، المرجع السابق، ص.385؛ فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، المرجع السابق، ص.199.

[2]- Cass.civ., 08 Novembre 1943, cité par Henri BATIFFOL, Paul LAGARDE, op.cit., p. 592.

[3]-Cass.civ.,17Novembre1964, cité par Yvon LOUSSOUARN, Pierre BOUREL, op.cit., p.319 ; Henri BATIFFOL, Paul LAGARDE, op.cit.,p.592.

[4]- محكمة استئناف الإسكندرية، دائرة الأحوال الشخصية للأجانب، 17 مارس 1963، غير منشور، مقتبس عن بلمامي عمر، المرجع السابق، ص.188.

المخالف للنظام العام المصري. وجاء محتوى القرار كما يلي: "ليس صحيحا مطلقا وجود حكم في القانون الأجنبي يخالف النظام العام في مصر يترتب عنه إبطال العمل بالقانون الأجنبي المذكور برمته وإحلال القانون المصري محله، فإن هذا المذهب ليس له في القانون المصري سند بل هو متعارض مع نص المادة 28 من القانون المدني التي تنص على أنه لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينة النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو الآداب العامة في مصر".

ويظهر بوضوح من المادة 28 من القانون المدني المصري سالفة الذكر أنّ المشرع المصري قد أخذ بالإستبعاد الجزئي حيث تم النص على عدم جواز تطبيق أحكام القانون الأجنبي. مما يعني أنّ الإستبعاد لا يشمل القانون الأجنبي ككل وإنما ينصب على تلك الأحكام المخالفة للنظام العام المصري.

ولقد نصت بعض الدول صراحة في قوانينها على الأخذ بهذا الحل الأخير، ومن ذلك القانون النمساوي[1]، القانون التونسي[2] والقانون الكويتي[3]. غير أنّ المشرع الجزائري قد اكتفى بالتنصيص في المادة 24 من القانون المدني على استبعاد القانون الأجنبي. فهل هذا يعني تبني المشرع للرأي القائل بالإستبعاد الكلي للقانون الأجنبي؟

أمام عدم وضوح موقف المشرع الجزائري من استبعاد القانون الأجنبي بصفة جزئية أو كلية، يقترح الشراح[4] الإقتصار على استبعاد القانون الأجنبي في الجزء المخالف للنظام العام والإبقاء على اختصاص هذا القانون في الجزء الآخر الذي لا يتعارض مع النظام. ويبقى في الأخير الأمر متروكا للسلطة التقديرية للقضاء.

---

[1]- المادة (6) فقرة (1) من مجموعة القانون الدولي الخاص النمساوي لسنة 1979.

[2]- طبقا للفصل 36 (4) من مجلة القانون الدولي الخاص لسنة 1998: "لا يستبعد تطبيق القانون الأجنبي عند العمل بالنظام العام سوى أحكامه المخالفة للنظام العام في مفهوم القانون الدولي الخاص التونسي".

[3]- تنص المادة 73 من القانون الخاص بالعلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي الكويتي: "لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينتة النصوص الواردة في هذا الباب إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام والآداب والكويت...".

[4]-Mohand ISSAD, op.cit., p.212 ; زروتي الطيب،المرجع السابق،ص.284

وبعد استبعاد القانون الأجنبي المختص يجد القاضي نفسه أمام فراغ تشريعي لابد من سدّه للفصل في المسألة المطروحة أمامه، فما هو القانون الذي يحل محل القانون الأجنبي المستبعد؟

تباينت مواقف الفقهاء حول القانون الذي سوف يحل محل القانون الأجنبي الذي تم استبعاده إما بصفة جزئية أو كلية مخالفة للنظام العام في بلد القاضي، ويمكن حصر الحلول التي جاء بها الفقه في ثلاث اقتراحات كما يلي:

أولا: البحث عن البديل في القانون الأجنبي المستبعد

دعى الفقه الألماني إلى ضرورة البقاء في دائرة القانون الأجنبي باعتباره صاحب الإختصاص الأصيل والبحث في نفس القانون عن قاعدة قانونية بديلة تحل محل القاعدة المستبعدة، ولا يجوز الرجوع لقانون القاضي إلاّ عند استحالة التوصل لنص بديل في القانون الأجنبي[1].

من أهمّ المبررات التي يدعم بها الفقه الألماني موقفه هذا هو وجوب احترام قاعدة الإسناد التي طالما أشارت إلى اختصاص القانون الأجنبي. فلابد من الإستمرار في البحث عن الحل في نفس القانون[2].

كما يرى أنّ تطبيق قانون آخر غير القانون الأجنبي يخلّ بتوقعات الأطراف خاصة إذا لم توجد أي صلة بين قانون القاضي وموضوع النزاع[3].

ولقد تأثر الفقه الألماني بحكم محكمة الرايخ الألمانية[4] التي قضت فيه باستبعاد القانون الأجنبي المختص وهو القانون السويسري الذي يقضي بعدم تقادم الدين. وهذا الأمر مخالف

[1]- أنظر، أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص.786؛ محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص.267.
[2]- أنظر، فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، المرجع السابق، ص .202.
[3]- أنظر، أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص. 786.
[4]- Arrêt du Reichsgericht du 19 décembre 1921, cité par Mohand ISSAD, op.cit., p.210.

للنظام العام الألماني. وتم تعويض هذا الحكم بقاعدة أخرى في القانون السويسري التي تنص على أطول مدة للتقادم[1].

إنّ هذا الحل الذي تبنّته المحكمة الألمانية أثار ردود فعل الكثير من الفقهاء خاصة الفرنسيين[2] الذين اعتبروا أنّ هذا الحل يتضمن خرقا وتشويها بالقانون الأجنبي. وذلك لأنّ استبدال القاضي للقاعدة المستبعدة بقاعدة أخرى في القانون الأجنبي يؤدي إلى إخضاع النزاع لقواعد قانونية لم توضع لحل هذا النزاع. فالقاعدة السويسرية التي تنص على أطول مدة تقادم لم توضع لحكم علاقة الدائنية وإنما هي تتعلق بمواضيع أخرى، وفي هذا خرق واضح للقانون السويسري.

كما أنّ هذا الحل الذي جاء به الفقه الألماني يقوم على أساس افتراضي وهو إمكانية وجود قاعدة قانونية أخرى تطبق على النزاع بعد استبعاد القاعدة المخالفة للنظام العام[3].

ويُعاب على هذا الرأي أنه يعطي للقاعدة سلطة تحكمية واسعة قريبة من سلطة المشرع، في حين أنّ المشرع هو الوحيد المخول له تحديد النص القانوني الواجب التطبيق على النزاع[4].

ثانيا: تطبيق القانون الأصلح بالنسبة للطرف الضعيف

ويرى فريق آخر من الفقه[5] أنّ القانون الذي سيحل محل القانون الأجنبي المستبعد يجب أن لا يخل بتوقعات الأفراد، خاصة الطرف الضعيف في العلاقة القانونية. وبذلك يقترح هذا الإتجاه البحث عن أصلح القوانين بالنسبة للطرف الضعيف وإحلال هذا القانون الأجنبي المستبعد.

---

[1]- Cf. Yvon LOUSSOUARN, Pierre BOUREL, op. cit.,p.318.

[2]- Cf.H.BATIFFOL, Droit international privé, 1981, p.421,
مقتبس عن بلمامي عمر، المرجع السابق، ص.175.

[3]- أنظر، هشام علي صادق، المرجع السابق، ص. 205.

[4]- أنظر، حسن هداوي، المرجع السابق، ص. 190.

[5]- Cf.C. KNAPP, La notion de l'ordre public dans les conflits de lois, p. 125,
مقتبس عن فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، المرجع السابق، ص. 203.

و لقد انتُقد هذا الحل انتقادا شديدا إذ لا يمكن وضعه موضع التنفيذ لكونه يصادر على المطلوب. فتحديد الطرف الضعيف في العلاقة القانونية متوقف على ما ستقتضي به القاعدة القانونية التي تحكم هذه العلاقة، وهذا الأمر لا يمكن معرفته إلاّ بعد تحديد القانون الواجب التطبيق[1].

ثالثا: تطبيق قانون القاضي

يقترح فقه آخر[2] إحلال قانون القاضي محل القانون الأجنبي الذي تم استبعاده باعتبار أنّ لهذا القانون اختصاص احتياطي عام، مما يتعين معه إحلال هذا القانون محل القانون الأجنبي المختص سواء لتعذر الوقوف على مضمونه أو مخالفته للنظام العام[3]. كما أنّ استبعاد القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد في قانون القاضي سببه هو تعارضه مع المبادئ الجوهرية والمثل العليا في بلد القاضي وعلى أساس ذلك فتطبيق قانون القاضي يتماشى والمحافظة على هذه المبادئ[4].

أضف إلى ذلك أنّ تطبيق قانون القاضي يُعتبر أكثر الحلول ملائمة للاعتبارات العملية، فهو يجنب القاضي مشقة البحث عن مضمونه[5].

إنّ تطبيق قانون القاضي بدلا من القانون الأجنبي المستبعد يُعتبر الحل الراجح حسب غالبية الشراح[6] وهو الحل المكرس في قضاء عدة دول[7]، كما نصت عليه صراحة العديد من القوانين المقارنة[1].

---

[1]- أنظر، فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، المرجع السابق، ص.203؛ مبروك اللافي، المرجع السابق، ص.85؛ عبده جميل غصوب، دروس ...، المرجع السابق، ص.220.

[2]- Cf. E.BARTIN, Principes de droit international privé, tome. 1, 1930, p. 252 ,
مقتبس عن إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص. 386.

[3]- أنظر، عبده جميل غصوب، دروس...، المرجع السابق، ص. 222.

[4]-Cf. Henri BATIFFOL, Paul LAGARDE, op. cit.,p. 592.

[5]- أنظر، دربة أمين، المرجع السابق، ص.98.

[6]- أنظر، فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، المرجع السابق، ص.203؛ أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص. 787؛ محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص.268؛ عبده جميل غصوب، دروس..، المرجع السابق، ص.223؛ مبروك اللافي، المرجع السابق، ص.85؛ عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص.548.

[7]-Cf. cass civ.,15 juillet1963, cité par Henri BATIFFOL,Paul LAGARDE, op.cit., p. 591.

وبالنسبة للقانون الجزائري، فكان قبل تعديل القانون المدني يكتفي بالنص على استبعاد القانون الأجنبي المخالف للنظام العام. أما بعد التعديل[2] تبنى المشرع هذا الحل ونص صراحة في الفقرة (2) من المادة 24 من القانون المدني على تطبيق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام أو الآداب العامة.

ونشير أنّ تطبيق قانون القاضي يتطلب توفر شرطين أساسيين هما:

أولا: أن يكون القانون الواجب التطبيق طبقا لقاعدة الإسناد هو القانون الأجنبي.

ثانيا: أن يتضمن قانون القاضي نصا يصلح إحلاله محل القانون الأجنبي المستبعد[3].

وإن كان تطبيق قانون القاضي هو الحل المكرس في معظم التشريعات إلاّ أنّ هذا الحل لا يخلو من المصاعب إذ بعد استبعاد القانون الأجنبي المختص لمخالفته للنظام العام قد يعجز القاضي عن تطبيق قانونه إما لعدم وجود نص يمكن تطبيقه على هذا النزاع، أو لعدم ملائمة هذا النص مع العلاقة الدولية المطروحة.

أمام هذه المشكلة العويصة على القاضي أن يجد حلا للعلاقة المطروحة أمامه وإلاّ اعتُبر منكرا للعدالة[4].

ولقد واجه القضاء المغربي هذه الحالة بشأن النزاعات المتعلقة بالأحوال الشخصية للأجانب المقيمين في المغرب، ونظرا لتعذر تطبيق القانون المغربي على هذه النزاعات استقر القضاء المغربي[5] على تطبيق مبادئ القانون الطبيعي.

---

[1]- تنص المادة 73 من القانون الكويتي لسنة 1961 على أنه: "لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته المنصوص الواردة في هذا الباب إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام والآداب في الكويت ويتعين في هذه الحالة تطبيق القانون الكويتي". كما ينص الفصل 36 (5) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي لسنة 1998 على أنه: "يطبق القاضي أحكام القانون التونسي بدلا من أحكام القانون الأجنبي الذي استبعد تطبيقه".

[2]- تم تعديل القانون المدني بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005.

[3]- أنظر، بلمامي عمر، المرجع السابق، ص.170.

[4]- أنظر، هشام علي صادق، المرجع السابق، ص. 206-207.

[5]- Tribunal Casablanca,14 Mai 1928, cité par Mohand ISSAD, op. cit., p.213.

وإن كان يترتب على الدفع بالنظام العام في مرحلة إنشاء الحقوق منع تكوين الحق الذي يصطدم مع المفاهيم الأساسية لدولة القاضي، فهل يكون للدفع بالنظام العام نفس الأثر إذا كان هذا الحق قد نشأ في الخارج وأراد صاحبه أن يحتج بآثاره في دولة القاضي؟

الفرع الثاني
أثر الدفع بالنظام العام عند الاحتجاج بالحقوق المكتسبة

يختلف أثر الدفع بالنظام العام باختلاف ما إذا كان الأمر يتعلق بإنشاء حق في بلد القاضي أو كان يتعلق التمسك بآثار حق اكتسب في الخارج.

ففي الحالة الأولى، يبحث القاضي في مدى مشروعية إنشاء هذا الحق في دولته وفقا لقانونه الوطني. فإن تعارض قيامه مع المبادئ الأساسية السائدة في دولة القاضي يتدخل النظام العام ويترتب أثره كاملا حيث يمنع قيام هذا الحق ويُستبعد القانون الأجنبي المختص.

أما في الحالة الثانية، فيبحث القاضي في مدى إمكانية الإحتجاج بالحق المكتسب في الخارج ودرجة مساسه بالنظام العام، مع العلم أنّ إنشاؤه في بلد القاضي يكون غير ممكن لتعارضه مع النظام العام الوطني. وفي هذه الحالة لا يرتب النظام العام أثره بل يكون أقل شدّة وصرامة. ذلك أنّ الأمر يتعلّق بحق نشأ صحيحا في الخارج طبقا للقانون الأجنبي المختص لذلك يسمى الأثر المترتب على الدفع بالنظام العام في الحالة الثانية بالأثر المخفف للنظام العام[1] L'effet atténué de l'ordre public.

واختلاف أثر النظام العام بالنسبة للحقوق المكتسبة عنه بالنسبة للحقوق المراد إنشاؤها في دولة القاضي مردّه أنّ تأثر الرأي العام في الحالة الأولى لا يكون بنفس قدر تأثره في الحالة الثانية[2].

[1]- أنظر، زروتي الطيب، المرجع السابق، ص. 284-285؛ محمد إبراهيم أبو الهيجاء، المرجع السابق، ص.99؛ صلاح الدين جمال الدين، تنازع...، المرجع السابق، ص.141.

[2]-Cf. Yvon LOUSSOUARN , Pierre BOUREL, op. cit., p. 321.

ويُقصد بنظرية الأثر المخفف للنظام العام عدم إعمال الدفع بالنظام العام إزاء المراكز القانونية التي نشأت في الخارج بنفس الدرجة التي يتم بها إعماله إزاء المراكز القانونية التي يراد إنشاءها في بلد القاضي[1]. ويرجع الفضل في ظهور هذه النظرية إلى القضاء الفرنسي، وذلك بمناسبة أحكام الطلاق[2] الصادرة في الخارج في الفترة التي كان القانون الفرنسي[3] خلالها يمنع الطلاق ويعتبره مخالفا للنظام العام الفرنسي. وأشهر قرار يُستدلّ به هو قرار BULKLEY الصادر في 28 فبراير 1860 الذي سمح لإنجليزية طُلّقت بصفة قانونية في إنجلترا بالزواج مرّة ثانية في فرنسا دون اعتبار الطلاق الصادر في الخارج مخالفا للنظام العام الفرنسي[4].

وتوالت أحكام القضاء الفرنسي على إقامة التفرقة بين الوضع الذي يراد فيه إنشاء مركز قانوني مخالف للنظام العام الفرنسي والوضع الذي يكون فيه هذا المركز القانوني قد نشأ صحيحا في الخارج وفقا لقانون دولة تقرّه والمطلوب هو الإعتراف بآثاره في فرنسا. فأصبح القضاء الفرنسي يعترف بآثار بعض الحقوق المكتسبة في الخارج بالرغم من منع القانون الفرنسي قيامها في فرنسا لتعارضها مع النظام العام الوطني، ومن ذلك أنه قبل 1912 كان يمنع في فرنسا رفع دعوى الولد بالبنوة الطبيعية باعتبارها مخالفة للنظام العام في ذلك الوقت إلاّ أنه مع ذلك اعترف القضاء الفرنسي[5] بآثار هذه البنوة متى كانت الدعوى المرتبطة بها قد رُفعت في الخارج.

---

[1]- أنظر، فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، المرجع السابق، ص.205.

[2]- T.G.I Seine, 23 Mai 1960, cité par Mohand ISSAD, op. cit., p.214; cass.civ., 28 Février 1860, مقتبس عن سامي بديع منصور، المرجع السابق،ص. 795.

[3]- La loi du 08 Mai 1816. Pour plus de détails, cons. Henri BATIFFOL, Paul LAGARDE, op. cit., p. 580.

[4]- Cf. Henri BATIFFOL, Paul LAGARDE, op. cit., p.580.

[5]-Cass.civ.,11 Avril et 1er Mai 1945, cité par Henri BATIFFOL, Paul LAGARDE, op. cit.,p. 581.

وقد شكّل الطلاق والبنوة الطبيعية المواضيع الأساسية التي كان يطبق فيها القضاء الفرنسي نظرية الأثر المخفف للنظام العام[1]. وتراجع هذا التطبيق بعد التعديل الذي مسّ القانون الفرنسي[2] حيث أصبح يُسمح بإنشاء هذه الحقوق حتى في فرنسا.

اليوم، أكثر المواضيع التي يطبق في شأنها القضاء الفرنسي هذه النظرية هي تعدّد الزوجات والطلاق بالإرادة المنفردة. فإن كان النظام العام الفرنسي يمنع الإحتفال بزواج متعدّد في فرنسا، إلاّ أنه لا يحول دون الإعتراف ببعض آثاره متى تم الزواج في الخارج طبقا للقانون المختص[3]. ومن بين آثار الزواج المتعدّد التي اعترفت بها المحاكم الفرنسية حق الزوجة الثانية في طلب النفقة[4]، الحق في الميراث[5]، الحق في التعويض إثر وفاة زوجها[6].

كما اعترف القضاء الفرنسي[7] بآثار الطلاق بالإرادة المنفردة الذي وقع صحيحا في الخارج رغم عدم إمكانية إيقاعه في فرنسا ولو كان القانون الشخصي للزوج يجيز له ذلك.

وإن كانت الآثار سالفة الذكر ناتجة عن مؤسسات قانونية لا يمكن إنشاؤها في فرنسا إلاّ أنّ المحاكم الفرنسية رأت أنّ التمسك بهذه الآثار لا يخالف النظام العام الفرنسي[8]. وبهذا

---

[1]- Cf. Henri BATIFFOL, Paul LAGARDE, op. cit., p. 582.

[2]- En matière de divorce la loi de 1884 et en matière de filiation la loi du 16 Novembre 1912. Sur cette question,cons.Yvon LOUSSOUARN, Pierre BOUREL, op.cit., pp. 321 -322.

[3]- CA.Paris, 22 Févr 1978; T.G.I Paris ,17 juin 1972, cité par Ibrahim FADLALLAH , Polygamie, Rép, Internat.J.C.P., 1998, tome3, 1999-4, Dalloz, p.05,n°26.

[4]- Cass.civ.,28 Janvier 1958, affaire CHEMOUNI.

[5]-Cass. civ., 3 Janvier 1980.

[6]- Liège 23 Avril1970.

(5), (6), (7)- Cf. Henri BATIFFOL, Paul LAGARDE, op. cit.,p. 582.

[7]- T.G.I Seine, 26 Octobre 1959 ; T.G.I Seine 23 Mai 1960 ;T.G.I Seine 17 avril 1962 ; cass.civ., 21 Mai 1974, cités par Roula el-Husseini BEGDACHE, Le droit international privé français et la répudiation islamique, L.G.D.J, 2002, pp.145-146.

-Cass. 1ère ch.civ., 18 Décembre 1979, مقتبس عن محمد عبد العال عكاشة، المرجع السابق، ص. 629.

-Cass. 1ère ch.civ., 3 Novembre 1983, مقتبس عن سامي بديع منصور، المرجع السابق، ص. 795.

[8]- أنظر، عبده جميل غصوب، محاضرات...، المرجع السابق، ص.141.

يكون القضاء في فرنسا كرّس التمييز بين حالتي إنشاء الحقوق والإحتجاج بها. وهذا ما عبّرت عنه صراحة محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر في 17 أبريل 1953[1].

وتستند نظرية الأثر المخفف على المبررات التالية:

إنّ تطبيق هذه النظرية يستجيب لمتطلبات الحياة الدولية، إذ أنّ ضمان استمرار المعاملات الدولية يتطلب احترام حقوق الأفراد المكتسبة في الخارج. بينما لو رتّب الدفع بالنظام العام أثره كاملا في شأن هذه الحقوق، فإنّ ذلك سيؤدي إلى الحدّ من العلاقات الدولية[2].

إنّ درجة تأثر الرأي العام تكون أقلّ حساسية عندما يتعلق الأمر بمركز قانوني نشأ صحيحا في الخارج[3]، إذ متى تمت إجراءات وظروف إنشاء هذا الحق في الخارج، فلا يوجد بعد ذلك ما يستدعي إعمال الدفع بالنظام العام[4].

كما أنّ الأخذ بهذه النظرية يسمح باحترام الحقوق المكتسبة في الخارج، مما يحافظ على استمرار ودوام حالة الأشخاص، خاصة إذا ما تعلق الأمر بمسائل الأحوال الشخصية[5].

ولقد طُبقت نظرية الأثر المخفف في قضاء عدّة دول كالقضاء الإنجليزي[6]الذي كان سابقا لا يعترف بآثار الزواج المتعدّد بل يعتبره زواجا مزيّفا مما يترتب عليه اعتبار هذا الزواج والبنوة الناشئة عنه غير شرعية. ولكن بعد ذلك غيّرت إنجلترا من اتجاهها بأخذها بالأثر

---

[1]- La cour de cassation a affirmé que : « la réaction à l'encontre d'une disposition d'ordre public n'est pas la même suivant qu'elle met obstacle à l'acquisition d'un droit en France ou suivant- qu'il s'agit de laisser se produire en France les effets d'un droit acquis sans fraude à l'étranger et en conformité de la loi ayant compétence en vertu du droit international privé français ».Cf.Yvon LOUSSOUARN, Pierre BOUREL, op.cit., p.321.

[2]- أنظر، فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، المرجع السابق، ص. 206.

[3]-Cf. Yvon LOUSSOURN, Pierre BOUREL, op. cit., p. 321.

[4]-J.P. NIBOYET, Cours de droit international privé, n°520,

مقتبس عن عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص. 552.

[5] -أحمد عبد الكريم، علم قاعدة التنازع، ص.616، مقتبس عن صلاح الدين جمال الدين، تنازع...،المرجع السابق، ص. 142.

[6]- قضية Sinha Perrage Clain 1946، مقتبس عن حسن هدا وي، المرجع السابق، ص.193.

المخفف للنظام العام وأصبح بالتالي يُعترف فيها بشرعية الأولاد الناجمين عن هذا الزواج وبحقهم وحق الزوجة في الميراث بشرط أن يكون هذا الزواج قد نشأ صحيحا في الخارج طبقا لقانون أجنبي يقره[1].

كما سلّم الفقه اللبناني [2] بهذه النظرية وسايره في ذلك القضاء اللبناني[3]حيث جاء في قرار محكمة التمييز اللبنانية: "فالانتظام العام لا تمسّه تصرفات أجنبي تحصل خارج لبنان وفقا لأحكام أجنبية تخضع لها تلك التصرفات كما لا تمسّه تصفية تركة لأجنبي تخضع لأحكام قانون أجنبي يسمح للمرء بالتصرف بحرية بأمواله بأعمال تجري أثناء حياته وبأعمال مضافة إلى ما بعد الموت"[4].

أما المشرع التونسي فنصّ صراحة على الأخذ بالأثر المخفف للنظام العام، حيث جاء في نص الفصل 37 من المجلة التونسية للقانون الدولي الخاص لسنة 1998 أنه: "يتم الإعتراف في البلاد التونسية بآثار وضعيات نشأت بصفة شرعية بالخارج وفق القانون الذي عينته قاعدة التنازع التونسية، ما لم تكن هذه الآثار ذاتها متعارضة مع النظام العام الدولي التونسي"[5].

وبالنسبة لموقف المشرع الجزائري من هذه النظرية، يتضح بعد الإطلاع على قواعد التنازع الواردة في القانون المدني أنّ المشرع لم ينص عليها. أما القضاء فقد نقض المجلس الأعلى في قراره الصادر بتاريخ 23 جوان 1984 بصفة جزئية القرار الصادر عن مجلس تيزي وزو بتاريخ 19 أفريل 1982 والذي وافق على حكم الدرجة الأولى الذي منح الصيغة

[1]- أنظر، حسن هداوي، المرجع السابق، ص.193.

[2]- إميل تيان، الموجزفي القانون الدولي الخاص، منشورات مكتبة أنطوان، 1966، فقرة 328؛ سامي بديع منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، الطبعة.1، دار العلوم العربية،1994، فقرة 494-794؛ نهاد رزق الله، محاضرات في القانون الدولي الخاص،1984- 1985، لبنان، ص. 531، مقتبس عن عبده جميل غصوب، دروس...، المرجع السابق، ص.228.

[3]- حكم الدرجة الأولى في بيروت رقم 3330، 1960/12/28، محكمة التمييز اللبنانية، الغرفة المدنية، القرار رقم 83، 1963/10/07، مقتبس عن عبده جميل غصوب ، محاضرات...، المرجع السابق، ص. 141.

[4]- تمييز مدني رقم 118، 1964/10/27، مقتبس عن عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص. 638- 639.

[5]- أنظر، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص. 624.

التنفيذية لحكم فرنسي منح تعويضات للمدعى عليها من غير تمييز بين التعويض المستحق على أصل الحق المطالب به طبقا لاتفاق الطرفين ومبلغ الفائدة المتفق عليها التي تقدر ب 12%، مع العلم أنّ القانون الأجنبي المختص يجيز تقاضي فوائد ربوية بينما يمنعها القانون الجزائري. لذلك نقض المجلس الأعلى القرار الصادر عن مجلس تيزي وزو في الجزئية المتعلقة بمبلغ الفائدة، وبالتالي رفض القضاء الجزائري في هذه القضية الإعتراف بهذا الحق المكتسب في فرنسا[1].

ونشير إلى أنه بالنسبة للدول العربية التي تستند على أحكام الشريعة الإسلامية في تنظيم المسائل الأحوال الشخصية، لا يمكن تطبيق نظرية الأثر المخفف للنظام العام بشأن هذه المسائل، ذلك أنّ قواعد الشريعة الإسلامية تلزم القاضي بتطبيقها دون التمييز بين ما إذا كان الأمر يتعلق بحق نشأ في بلد القاضي أو خارجه[2].

وإذا كانت نظرية الأثر المخفف للنظام العام تقوم على أساس التمييز بين الحقوق المكتسبة في الخارج والحقوق التي يراد إنشاءها في بلد القاضي، فهل هذا يستلزم إمكانية الإحتجاج في بلد القاضي بأي مركز قانوني مخالف للنظام العام الوطني ما دام أنّ هذا المركز نشأ في الخارج؟

في الحقيقة، إنّ القضاء الفرنسي الذي يرجع له الفضل في بروز هذه النظرية لم يقبل بتطبيقها بشكل مطلق، ذلك أنه لا يمكن تجاهل مقتضيات النظام العام حتى ولو تعلق الأمر بحقوق نشأت في الخارج. وللقاضي سلطة تقديرية واسعة في تقرير الإعتراف أو عدم الإعتراف بهذه الحقوق آخذا في ذلك بعين الإعتبار مدى تقبل وتسامح الرأي العام بشأن نفاذ هذه الحقوق المكتسبة في دولة القاضي[3].

ومن بين الأحكام القضائية التي رفض من خلالها القضاء الفرنسي الإعتراف بالحقوق الناشئة في الخارج القرار الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 05 مارس 1928 في قضية

[1]- أنظر، زروتي الطيب، المرجع السابق، ص. 286.
[2]- أنظر،عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، 634- 635؛ محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص. 272.
[3]- أنظر، محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص. 270؛ بلمامي عمر، المرجع السابق، ص. 201- 202.

الأسطول الروسي La Ropit. وتتلخص وقائع هذه القضية أنّ الحكومة السوفيتية كانت قد أمّمت على أساطيل تجارية وحدث أن لجأ أحد هذه الأساطيل إلى ميناء مرسيليا، فطالبت الحكومة السوفييتية باسترداده باعتباره أنّ لها حقا مكتسبا طبقا لقانون نزع الملكية الروسي. فرفض القضاء الفرنسي هذا الطلب على أساس أنّ نزع الملكية دون تعويض يخالف النظام العام الفرنسي[1].

كما رفض القضاء الفرنسي الإعتراف ببعض آثار الزواج المتعدّد، كعدم جواز إجبار الزوجة الثانية على السكن في مقام الزوجية[2]، وعدم الإعتراف للزوجة الثانية بالحق في طلب المساعدة الإجتماعية في فرنسا ما لم تكن الزوجة الأولى قد رحلت بصفة نهائية إلى الخارج.

وهذا ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 01 مارس 1973 حيث تم رفض طلب المعونة الإجتماعية للزوجة الثانية لزوج جزائري بحجة أنه قد سبق للزوجة الأولى أن حصلت على هذا الحق[3].

وفي مسائل الطلاق بالإرادة المنفردة، رفض القضاء الفرنسي في بعض الحالات الإعتراف بهذا النوع من الطلاق الذي وقع في الخارج استنادا لفكرة التحايل على الأثر المخفف، كأن يسافر الزوج المغربي المتوطن في فرنسا إلى المغرب خصيصا لإيقاع هذا الطلاق[4].

وخلاصة القول، إنّ فكرة الحقوق المكتسبة ليست مبررا لتطبيق الأثر المخفف للنظام العام بشكل مطلق ودائم[5].

---

[1]-أنظر، محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، الطبعة. 1، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، 2006، ص. 518.

[2]-Cf.Trib. Versaille,31 Mars 1965,cité par Henri BATIFFOL, Paul LAGARDE, op. cit.,p.582.

[3]- أنظر،عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص. 633.

[4]-Cf. Paris, 6 Juillet 1982,cité par Henri BATIFFOL, Paul LAGARDE, op. cit.,p. 583.

[5]- أنظر، محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص.271.

الفرع الثالث
الأثر الانعكاسي

يمثّل النظام العام أداة دفاع ذاتية تهدف إلى حماية المصالح العليا للمجتمع. ولما كانت هذه الفكرة تعبّر عن الأسس الاجتماعية، الاقتصادية، السياسية والدينية لدولة معينة، فهذا يعني بداهة عدم امتداد آثار فكرة النظام العام خارج حدود دولة القاضي باعتبار أنّ هذه الفكرة ذات طابع وطني بحت[1].

لكن هل للقاضي أن يأخذ بعين الإعتبار مقتضيات النظام العام لدولة أجنبية خاصة إذا اتفقت هذه المقتضيات مع النظام العام الوطني؟ ففرضا لو أُريد إنشاء علاقة قانونية كالزواج مثلا في دولة القاضي مع العلم أنّ القانون الواجب التطبيق يمنع قيام هذه العلاقة لمانع الدّين في حين يكون قانون القاضي يجيز قيامها. ويعتبر هذا المانع مخالف للنظام العام الوطني في هذه الحالة من المسلّم به أنّ هذه العلاقة لا يمكن الإحتجاج بها في الدولة التي تنص على هذا المانع[2]. ولكن هل يمكن الإحتجاج بها في دولة ثالثة لا تعتد بهذا المانع وتعتبره مخالفا للنظام العام؟[3]

ولتوضيح الأمر نشير للمثال التقليدي المتعلق بزواج تم إبرامه في بلجيكا بين بولونيين مختلفين في الدّين رغم منع القانون البولوني المختص هذا الزواج لاختلاف ديانة الزوجين.

---

[1]- بلمامي عمر، المرجع السابق، ص. 221 ؛ Mohand ISSAD, op.cit., p. 215.

[2]- أنظر، فؤاد عبد المنعم رياض ، سامية راشد، المرجع السابق، ص. 206-207.

[3]- لقد طرح هذا الإشكال بمناسبة قضية نظر فيها القضاء الفرنسي تتعلق بزواج أبرم في فرنسا بين فرنسية مطلقة وإسباني رغم أن القانون الإسباني يمنع زواج الإسبانيين بالمرأة المطلقة. ولما طعن في صحة الزواج أمام القضاء الفرنسي قضت محكمة La Seine في حكمها الصادر في 1919/05/05 بصحة هذا الزواج طبقا للقانون الفرنسي،واستبعدت القانون الإسباني لمخالفته للنظام العام واعتبرت المحكمة أن ما يعتبر من النظام العام في إسبانيا من هذه الناحية لا يتفق مع النظام العام الفرنسي. ولكن لما عرض نفس النزاع على محكمة Montpellier قضت ببطلان هذا الزواج على أساس أن الفرنسية أصبحت لها الجنسية الإسبانية بالزواج وأن القانون الواجب التطبيق بالنسبة لموانع الزواج هو القانون الإسباني الذي يمنع زواج الأسبان بالمطلقة. أنظر، علي علي سليمان، المرجع السابق، ص. 157- 158.

ولقد تم الطعن في صحة هذا الزواج أمام القضاء الفرنسي، فقضت محكمة la Seine بباريس في حكمها الصادر بتاريخ 1922/02/15 بصحة هذا الزواج على اعتبار أنّ النظام العام في بلجيكا يشبه النظام العام في فرنسا[1].

وبناء على ما سبق نتساءل عن قيمة الحقوق المكتسبة في الخارج بعد استبعاد القانون الأصلي المختص ومدى أخذ مقتضيات النظام العام الأجنبي بعين الإعتبار من طرف القاضي الوطني؟

تباينت آراء الفقه حول هذه المسألة فانقسم إلى فريقين:

- يرى الفريق الأول من الفقه[2] أنّ الحق الذي يُكتسب في الخارج تطبيقا لفكرة النظام العام لا يُعترف به في بلد القاضي، ذلك أنّ فكرة النظام العام هي فكرة وطنية وأنّ الدفع بالنظام العام ينحصر في حدود الدولة التي تم فيها دون أن تمتد آثاره إلى الخارج[3].

أما الفريق الثاني من الفقه[4]، فيرى أنه إذا تشابه النظام العام في البلد الذي نشأ فيه الحق مع النظام العام لبلد القاضي، فمن غير المنطقي في هذه الحالة ألاّ يُعترف بهذا الحق. ففي المثال المتعلق بزواج اليونيان في بلجيكا لو عُرض هذا الأمر بداية على القضاء الفرنسي لوصل لنفس النتيجة واعتبر هذا الزواج صحيحا لأن فرنسا كبلجيكا لا تعتد بمانع الدّين. ومن تم ليس من المعقول رفض الإعتراف بالحقوق التي تُكتسب في الخارج لمجرد أنها نشأت تطبيقا لمقتضيات

[1]- أنظر، علي علي سليمان، المرجع السابق، ص. 157.

[2]-E.BARTIN, Principes de droit international privé, tome.I n°95; Yvon LOUSSOUARN, Pierre BOUREL, op. cit.,p.324; L.PIGEONNIERE, op.cit., 1978, p.516 ,
مقتبس عن محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص. 521؛ عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص. 551.

[3]- أنظر، نعوم سيوفي، المرجع السابق، ص. 881؛ أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص. 789.

[4]- Cf. Henri BATIFFOL, Paul LAGARDE, op. cit., p.591; J.P. NIBOYET, Traité de droit international privé, tome.3, n°1048. Cf. Yvon LOUSSOUARN, Pierre BOUREL, op.cit., p.324.

النظام العام في هذه الدولة وإنما يجب إقرار هذه الحقوق[1] إعمالا لما يسمى بالأثر الإنعكاسي للنظام العام L'effet reflexe de l'ordre public[2].

ونخلص مما سبق أنّ الحقوق التي تنشأ في دولة ما بعد استبعاد القانون الأجنبي المختص تكون عديمة الأثر في الدولة المستبعد قانونها أما بالنسبة لدولة أخرى ثالثة فيتوقف الإحتجاج بهذه الحقوق فيها على مدى توافق مقتضيات النظام العام بين هذه الدولة والدولة التي نشأ فيها هذا الحق. فإذا وُجد اشتراك قانوني بين الدولتين وتوافق مفهوم النظام العام في شأن هذا الحق فلا مانع من الإعتراف به والأخذ في كلا البلدين بما يُعتبر من النظام العام في البلد الآخر.

أما إذا اختلف النظام العام في الدولتين اختلافا جوهريا، فلا يكون لفكرة النظام العام تأثير واحد مما يؤدي إلى عدم الإعتراف بهذا الحق في الدولة الثالثة[3]. فمثلا لو تزوجت جزائرية مسلمة بغير مسلم في فرنسا، فإنّ هذا الزواج لا يمكن الإحتجاج به في الجزائر إذ أنه باطل لوجود مانع الدّين. بينما لو أُريد الإحتجاج به في دولة ثالثة، فإنّ الأمر يختلف بحسب ما إذا كانت هذه الدولة تأخذ بهذا المانع أم تعتبره مخالفا لنظامها العام. فلو أُريد الإحتجاج بهذا الزواج في ألمانيا أو بلجيكا، فلاشك أنه سيُعترف به لأنّ مقتضيات النظام العام بين هذه الدول تتشابه في هذه المسألة. بينما لو أُريد الإحتجاج به في سوريا أو المغرب مثلا، فلن يُعترف به لأنّ هذه الدول تأخذ بهذا المانع[4].

---

[1]- أنظر، فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، المرجع السابق، ص.207؛ علي علي سليمان، المرجع السابق، ص. 158.

[2]- إنّ اصطلاح الأثر الانعكاسي للنظام العام هو من وضع الأستاذ PILLET حيث يرى أن هناك قوانين متعلقة بالنظام العام في كل دولة وأن الدول الأخرى يجب أن تقر لها ذلك.

A.PILLET, Principes de droit international privé, n°217,

مقتبس عن عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص. 206؛ علي علي سليمان، المرجع السابق، ص. 158.

[3]- أنظر، عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص. 206؛ علي علي سليمان، المرجع السابق، ص. 158.

[4]- أنظر، زروتي الطيب، المرجع السابق، ص. 287.

بعد أن تعرضنا في الفصل الأول لمفهوم النظام العام، نعالج في الفصل الموالي تطبيقات الدفع بالنظام في مجال الأحوال الشخصية.

الفصل الثاني

تطبيقات الدفع بالنظام العام في النزاعات الدولية الخاصة المتعلقة بالأحوال الشخصية

تُمثّل الأحوال الشخصية المجال الأوسع لتدخل النظام العام خاصة بين الدول العربية والأوروبية. حيث أنّ معظم التشريعات العربية تستند على أحكام الشريعة الإسلامية عند تنظيم مسائل الأسرة مما يبرّر تدخل النظام العام لاستبعاد القانون الأجنبي المختص كلما كان من شأن تطبيقه المساس بحقوق المسلم، كأن يكون هذا القانون يمنع الطلاق أو تعدّد الزوجات أو يجيز زواج المسلمة بغير المسلم[1].

أما في الدول الغربية كفرنسا، فإنّ النظام العام يتدخل لحماية المبادئ المكرسة في بلد القاضي، كمبدأ حرية الزواج والمساواة ووحدة الزوجة. فيُستبعد على أساس ذلك القانون الذي يمنع الزواج لأسباب عرقية أو دينية، كما يُستبعد القانون الذي يعطي للزوج حق طلاق زوجته بإرادته المنفردة، أو الذي يبيح تعدد الزوجات[2].

وتُعتبر مواضيع الأسرة من المواضيع التي تستأثر كل دولة بتنظيمها طبقا لتصوّراتها الاجتماعية، الأخلاقية، الدينية والتاريخية. ولما كانت هذه المفاهيم تختلف من دولة لأخرى، فإنه يترتب على ذلك اختلاف الأحكام القانونية المنظّمة لها، وبالتالي تدخل النظام العام كلما وُجد تنافر صارخ بين هذه الأحكام[3].

وبما أنّ غالبية الدول العربية تشترك في المفاهيم الدينية باعتبار الشريعة الإسلامية مصدر قانوني هام لتنظيم علاقات الأسرة في معظم هذه الدول، فإنه يترتب على ذلك تماثل الحالات التي يُطبق فيها النظام العام. غير أنّ الأمر يختلف بالنسبة لتونس التي قلّدت في كثير من الأحكام القانونية القانون الفرنسي وخرجت عن أحكام الشريعة الإسلامية عندما أقرّت منع تعدّد الزوجات[4] وأباحت التبني[5]. كما أعطت للزوجة حق الطلاق بالإرادة المنفردة مساواة بالزوج[6]. لذلك فلا شك أنه في هذه الحالة سيثور الدفع بالنظام العام بين تونس وباقي الدول العربية التي تطبق أحكام الشريعة الإسلامية.

وحيث أنّ فكرة النظام العام هي فكرة عملية مجرّدة من أي محتوى دقيق، يبرز دورها عند تجسيدها على أرض الواقع، أي عندما يقرّر القاضي استبعاد القانون الذي عيّنته قاعدة الإسناد الوطنية[7]، فإنه لابد من

---

[1]- أنظر، عبد الحميد الشواربي، مجموعة الأحوال الشخصية في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف، الإسكندرية،2001، ص. 490.

[2]- Cf. Daniel GUTMANN, op.cit., pp.139-140.

[3]- أنظر، غالب علي الداوودي، المرجع السابق، ص. 162-163.

[4]- الفصل 18 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية.

[5]- الفصل 08 من القانون رقم 27 الصادر في 4 مارس 1958.

[6]- Cf. Djilali TCHOUAR, Réflexions sur les questions épineuses du code algérien de la famille, O.P.U, Alger, 2004, p.196.

[7]- Cf. Mohand ISSAD,op.cit., p.206.

محاولة التّطرق لأحكام القضاء الصادرة في مواضيع الأحوال الشخصية، وهذه الأخيرة متعددة ومتنوعة. كما أنّ تحديد ما يندرج في مسائل الأحوال الشخصية يختلف باختلاف الدول حيث يتّسع مجاله في الدول العربية بينما يضيق في دول أخرى كفرنسا. ولذلك سيتم التركيز عند التطرق لحالات إعمال النظام العام، على تلك المواضيع الأسرية التي يكثر فيها الخلاف بين القوانين العربية والقوانين الغربية والتي نختار منها القانون الفرنسي كنموذج لإجراء المقارنة بين حالات الدفع بالنظام العام في المسائل التالية: الزواج، البنوة، الطلاق، الحضانة، الميراث والوصية.

ولما كان النظام العام الأداة التي يحمي من خلالها القضاء المبادئ الأساسية التي يقوم عليها النظام القانوني للدولة، وكانت هذه المبادئ مختلفة ومتضاربة أحيانا بين الدول فما هي
الحالات التي يتدخل فيها النظام العام لاستبعاد القانون الواجب التطبيق على النزاعات الأسرية؟

المبحث الأول
النظام العام والقانون الواجب التطبيق على الزواج والبنوة

يُعتبر الزواج والبنوة من أهمّ مواضيع الأحوال الشخصية التي يبرز فيها النظام العام، حيث تختلف قوانين الدول بشكل واضح في تنظيم هاتين المؤسستين القانونيتين. فبالنسبة للزواج يُعتبر من المواضيع الشائكة التي تتباين فيها وجهات النظر بين الدول. فبينما تُعتبر بعض الزيجات صحيحة وقائمة طبقا لقوانين بعض الدول، تكون باطلة ومتعارضة مع النظام العام في دول أخرى. فمثلا زواج المسلمة بغير المسلم يُعتبر صحيحا في الدول الغربية، بينما يُعدّ طبقا لتشريعات الدول العربية باطلا ولا يرتب أي آثار قانونية لوجود المانع المتمثل في كون الزوج غير مسلم. هذا المانع لا يُعتدّ به في الدول الغربية لكونه مؤسسا على اعتبارات التمييز الديني وكذلك مساسه بمبدأ أساسي هو حرّية الزواج[1].

ويتميّز الزواج في الدول الإسلامية بأنه رابطة قابلة للتعدّد، بينما تقوم هذه الرابطة على وحدة الزوجة في الدول الغربية. أضف إلى ذلك أنّ الزواج يُعتبر رابطة دينية محضة في بعض الدول كبلغاريا واليونان، حيث يشترط لانعقاد الزواج في هذه الدول طقوس دينية معينة، بينما يُعدّ الزواج في الدول العربية وكذلك فرنسا رابطة مدنية محضة[2].

[1]- أنظر، محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص.134؛ سنينات عبد الله، دور النظام العام في حماية الرابطة الزوجية وانحلالها في إطار القانون الدولي الخاص، مذكرة ماجستير، جامعة تلمسان،2009/2008، ص. 92-93.
[2]- أنظر،علي علي سليمان،المرجع السابق،ص. 68؛ زروتي الطيب، المرجع السابق، ص.159.

إنّ هذا التباين الموجود بين الدول هو الذي يجعل من مادة الزواج المجال الخصب لتدخل النظام العام وبالتالي عرقلة قاعدة الإسناد مما يؤدي إلى خضوع رابطة الزواج لغير القانون الذي كان مقررا لحكمها.

أما بالنسبة للبنوة، فلا تقــلّ أهميتها عن الزواج. فالبنوة قد تكون شرعية، طبيعيــة أو مصطنعة كما هو الشأن بالنسبة للتبني. وتشترك البنوة الشرعية والطبيعية في قيامها على أساس رابطة الدم أما التبني فهو ناتج عن تصرف قانوني[1].

فبالنسبة للبنوة الشرعية يُقصد بها نسبة الولد لأبويه نتيجة عقد زواج صحيح[2]. أما البنوة الطبيعية أو غير الشرعية فيُقصد بها ولادة طفل خارج علاقة زوجية صحيحة وانتمائه لأحد الوالدين فقط دون الآخر[3].

وتتميّز البنوة غير الشرعية في انتساب الطفل في الحالة الأولى للوالدين معا، بينما يقتصر الأمر في الحالة الثانية على انتسابه لأحد الوالدين فقط. كما يتميّز الولد الشرعي عن الولد غير الشرعي فيما يثبت له من حقوق، حيث يثبت له في الدول الإسلامية حق الإرث من الأب والإشتراك معه في حسبه ونسبه وهو ما يُحرم منه الإبن غير الشرعي[4] إذ يثبت له النسب والميراث من جهة الأم فقط[5]. والبنوة غير الشرعية قد تكون ناتجة عن علاقة بين رجل وامرأة غير متزوجين فيسمى الولد في هذه الحالة بالولد الطبيعي "enfant naturel". كما قد تكون هذه البنوة ناتجة عن علاقة زنا بين رجل وامرأة أحدهما يكون مرتبط بعلاقة زوجية مع الغير فيسمى الولد في هذه الحالة ولد زنا " enfant adultérin"[6]. ومهما كان مصدر البنوة غير الشرعية، فإنّ الشريعة الإسلامية لا تعترف إلاّ بالبنوة الشرعية بينما، تعترف بها الدول الغربية[7] وتساوي بينها وبين البنوة غير الشرعية. كما تُرتّب عليها آثارا كالنفقة والإرث[8]. أما التبني، فهو تصرف قانوني يؤدي إلى اصطناع بنوة

---

[1]- Cf. Chen HONGWU, Problèmes de droit international concernant les personnes physiques étrangères en Chine, L.G.D.J, France, 1998, p.283.

[2]- أنظر، فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، المرجع السابق، ص. 293.

[3]-أنظر،غالب علي الداوودي، المرجع السابق،ص.176؛ فؤاد عبد المنعم رياض،سامية راشد،المرجع السابق،ص.295.

[4]- أنظر،كمال صلاح البنا، موسوعة الأحوال الشخصية، دار الكتب القانونية، 1997، ص. 418.

[5]- أنظر، مصطفى الجمال، الأحوال الشخصية لغير المسلمين، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2002، ص. 423.

[6]- Vos questions sur le droit de la famille, BERTI éditions, 2006, p. 39.

[7]- En France par le loi du 3 janvier 1972, en Italie par la loi du 19 Mai 1975 et en Allemagne par la loi du 19 Aout 1969. Cf.Claude COLUMBET, Jacques FOYER, Daniel HUET-WEILLER, Catherine LABRUSSE-RIOU, La filiation légitime et naturelle, Etude de la loi du 3 Janvier 1972, Dalloz, Paris,1977, pp.7-9.

[8]- أنظر، عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص. 885.

بين شخصين لا تقوم بينهما رابطة دم، حيث يدعي شخص بنوة ولد معلوم أو مجهول النسب ويتّخذه ولدا له ويعطيه اسمه مع أنه ليس ولده الحقيقي[1].

وإن كان التبني معترفا به في العديد من الدول[2]، فإنه، خلافا لذلك يُعتبر محرّما تحريما قاطعا طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية، وهذا التحريم مقرر صراحة في تشريعات العديد من الدول العربية[3] باستثناء تونس التي أجازت التبني ونظّمت أحكامه[4].

وأمام هذا التعارض الواضح بين التشريعات المختلفة لاشك أنه سيتم تعطيل تطبيق القانون الأجنبي الواجب التطبيق سواء في مادة الزواج، النسب أو التبني.

المطلب الأول
النظام العام والزواج

يُعتبر الزواج المختلط أهمّ وأدق منازعات الأحوال الشخصية نظرا لاختلاف ديانة أو جنسية أو موطن الأطراف[5]. وتسهر كل الدول على تنظيم هذه الرابطة بموجب قواعد إسناد تحدّد للقاضي القانون الواجب التطبيق. غير أنه نظرا لاختلاف الدول في المفاهيم الإجتماعية، الدينية والأخلاقية التي تتأثر بها رابطة الزواج، فإنه يترتب على ذلك من جهة اختلاف القوانين المنظمة للزواج، مما يؤدي إلى استبعاد القانون الأجنبي المختص متى بلغ هذا الإختلاف حدّ التنافر، ومن جهة أخرى تباين الدول عند تعيين القانون الواجب التطبيق على الزواج، مما يثير مشكل تنازع القوانين. وفيما يلي نتطرق بإيجاز للقانون الذي يخضع له الزواج[6].

---

[1]- أنظر، فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، المرجع السابق، ص.298؛ معوض عبد التواب، موسوعة الأحوال الشخصية، الجزء.2، الطبعة.7، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997، ص. 815.

[2]- كفرنسا، بلغاريا، تشيلي، بولونيا، روسيا، تركيا. أنظر،غالب علي الداوودي، المرجع السابق، ص. 177-178.

[3]- المادة 149 من مدونة الأسرة المغربية الصادرة في 2004 حيث تنص: « يعتبر التبني باطلا ولا ينتج عنه أي أثر من آثار البنوة الشرعية ».

[4]- بموجب القانون رقم 27 لسنة 1985 المؤرخ في مارس 1985، المعدل للقانون 69 لسنة 1959 المؤرخ في 19 جوان 1959.

[5]- أنظر، محمود محمود المغربي، في إشكالية تقنين القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة، طبعة.1، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2007، ص.166.

[6]- أنظر، غالب علي الداوودي، المرجع السابق، ص. 164.

أولا: القانون الواجب التطبيق على الزواج

إنّ الزواج كغيره من التصرفات الإرادية يتطلب شروطا موضوعية وأخرى شكلية لإنعقاده[1]. ويختلف القانون الواجب التطبيق بحسب ما إذا كان الشرط موضوعيا أو شكليا، لذلك يتعين على القاضي أولا أن يكيّف هذا الشرط لكي يتسنى له بعد ذلك تحديد القانون الواجب التطبيق[2].

بالنسبة للشروط الموضوعية للزواج: يُقصد بها الشروط الأساسية التي تتوقف صحة الزواج على تحققها. وتختلف الدول في تحديد القانون الواجب التطبيق عليها، فمنها من تخضع الشروط الموضوعية للزواج للقانون الوطني لكل من الزوجين كما هو الشأن بالنسبة للدول العربية[3] وكذلك فرنسا[4]، ألمانيا[5]، تركيا[6]، سويسرا[7] إلخ. ومنها من تخضع هذه الشروط لقانون الموطن الزوجين كإنجلترا. أما في الولايات المتحدة الأمريكية فيُطبق على هذه الشروط قانون محل إبرام الزواج[8].

بالنسبة للمشرع الجزائري، فقد تبنّى على غرار التشريعات العربية الحلّ الذي يقضي بتطبيق القانون الوطني لكلا الزوجين[9].

إنّ هذا الحلّ لا يثير أية صعوبة عند إتحاد جنسية الزوجين إذ سيطبق القاضي في هذه الحالة قانون جنسيتهما المشتركة. لكن ما الحلّ عند اختلاف جنسية الطرفين؟ هل يتم تطبيق القانون الوطني لكلا الزوجين تطبيقا جامعا، بمعنى أنه يجب أن يتوفر في الزوج الشروط

---

[1]- أنظر، صلاح الدين جمال الدين، تنازع....، المرجع السابق، ص.190.
[2]- أنظر، زورتي الطيب، المرجع السابق، ص. 160.
[3]-المادة 12من القانون المدني المصري؛المادة19من القانون المدني العراقي؛المادة13من القانون المدني السوري.
[4]-T.G.I.,Paris,15mars1972 ;C.A.14 janvier1994, cité par Jean-Marc BISCHOFF, op.cit., p.6, n°33.
[5]-المادة3(1)من القانون الألماني المؤرخ في 25يوليو1986.
[6]-المادة11من القانون الدولي الخاص التركي المؤرخ في 20ماي1982.
[7]-المادة44من القانون الدولي الخاص السويسري المؤرخ في18ديسمبر1987.
[8]- أنظر، غالب علي الداوودي، المرجع السابق،ص. 164؛ سامي بديع منصور، المرجع السابق، ص. 395.
[9]- تنص المادة 11 من القانون المدني الجزائري على أنه: " يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج القانون الوطني لكل من الزوجين".

الموضوعية التي ينص عليها قانون جنسيته وكذلك الشروط الموضوعية التي ينص عليها قانون جنسية الزوجة ونفس الحكم بالنسبة للزوجة، أم يُطبق تطبيقا موزعا حيث يكفي أن تتوافر في الزوج الشروط الموضوعية التي ينص عليها قانون جنسيته وتتوافر في الزوجة الشروط الموضوعية التي يتطلبها قانون جنسيتها؟[1]

لقد اختلف الفقه حول هذه المسألة، منه[2] من يرى الأخذ بالتطبيق الجامع إذ أنّ الهدف من قاعدة الإسناد المتعلقة بالزواج هو حماية الرابطة الزوجية ذاتها وليس حماية شخص الزوج أو الزوجة. كما أنّ تطبيق القانون الوطني لكلا الزوجين تطبيقا جامعا يؤدي إلى قيام رابطة زوجية صحيحة طبقا لكلا القانونين.

عمليا يؤدي هذا الرأي إلى التقليص من فرص إبرام الزواج المختلط إذ أنه لا يكفي أن يتوافر في الزوج الشروط الموضوعية التي ينص عليها قانون جنسيته، بل يجب أن تتوفر فيه كذلك الشروط الموضوعية التي ينص عليها قانون جنسية الطرف الآخر. كما يؤدي هذا الرأي إلى إهدار القواعد الأكثر تساهلا وتطبيق القانون الأكثر تشددا، وفي هذا مساس بمبدأ احترام قانون كل من الزوج والزوجة[3].

أما الرأي الثاني[4] فيميل إلى تطبيق القانون الوطني لكلا الزوجين تطبيقا موزعا لأنّ كل قانون يهدف لحماية مواطنيه، لذلك لا محلّ لتطبيقه على مواطني الدول الأخـــرى[5].

---

[1]- أنظر، علي علي سليمان، المرجع السابق، ص. 69؛ عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص. 216.

[2]-Cf. L.PIGEONNIERE, Précis de droit international privé, 8ème édition, Dalloz, 1962, n° 827 ,

مقتبس عن أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص. 231.

A.PILLET, Principes du droit international privé, Paris, 1903, p. 323,

مقتبس عن صلاح الدين جمال الدين، تنازع....، المرجع السابق، ص. 216.

[3]- أنظر، أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص. 231؛ فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، المرجع السابق، ص. 255.

[4]-Cf. J.P.NIBOYET, Traité de droit international privé français, tome.5, n°1406 ; D. HOLLEAUX, G.LAPRADELLE, Droit international privé , 1ère édition, Paris, 1987, p. 516,

مقتبس عن صلاح الدين جمال، تنازع....، المرجع السابق، ص. 217.

[5]- أنظر، إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص.216.

ولقد استقرّ على هذا الرأي الفقه[1] والقضاء الفرنسي[2].

وإذا كان الأصل طبقا للرأي الأخير هو تطبيق القانون الوطني لكلا الزوجين تطبيقا موزعا، فإنه استثناءا يطبق هذا القانون تطبيقا جامعا فيما يخص موانع الزواج. فلانعقاد الزواج صحيحا يجب أن لا ينص أحد القانونين على مانع من موانع الزواج وإلاّ اعتبر باطلا طبقا لأحد القانونين ومشروعا حسب القانون الآخر. وهذا غير مقبول لأنّ موانع الزواج تهدف لتحقيق علاقة زوجية مشروعة وصحيحة، كما أنها تهدف لتحقيق المصلحة العامة للمجتمع ككل[3].

وموانع الزواج متعددة ومتنوعة تختلف باختلاف التشريعات، فهناك موانع القرابة وموانع دينية كمنع زواج المسلمة بغير المسلمة أو عرقية كمنع الزواج بين مختلفي اللّون[4].

كما قد تكون هذه الموانع صحيّة مثلما كان واردا في القانون السويدي لسنة 1969 الذي كان يقضي ببطلان الزواج بسبب بعض الأمراض[5].

إضافة إلى ذلك، إنّ الدول التي تمنع تعدّد الزوجات تعتبر وجود زواج سابق غير منحلّ مانعا من موانع الزواج[6].

ونشير أنّ موانع الزواج قد لا تُؤخذ بعين الإعتبار في بعض الحالات بل تُستبعد لاصطدامها مع مقتضيات النظام العام لأحد القانونين[7]. فإذا كان تعدّد الزوجات ممنوعا في

---

[1]-Cf. D.HOLLEAUX, J. FOYER, G.LAPRADELLE, Droit international privé, MASSON, 1987, n° 1141.Cf, Jean-Marc BISCHOFF, Mariage, rép. Internat, J.C.P., 1998, tome.2 ,1999-2 Dalloz, p.6, n° 33.

[2]- Trib. civ., Seine, 5 Mai 1919 ; 6 Avril 1951; Paris 2 Décembre 1966; civ., 6Mars 1956 ; Trib, Paris 15 Mars 1972, مقتبس عن أعراب بلقاسم، المرجع السابق،ص. 232.

[3]- أنظر، صلاح الدين جمال الدين، تنازع...، المرجع السابق، ص. 218؛ إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص. 217. وقد نصت المادة 36 من القانون الكويتي رقم 05 لسنة 1961 على أنه " يرجع في الشروط الموضوعية لصحة الزواج كالأهلية وصحة الرضا وشرط الخلو من موانع الزواج إلى قانون جنسية الزوجين إذا اتحدت الجنسية فإن اختلفت وجب الرجوع بالنسبة إلى كل زوج لقانون جنسيته".

[4]- أنظر، زروتي الطيب، المرجع السابق، ص. 162.

[5]- Cf. Jean-Marc BISCHOFF, op.cit., p 6, n° 37.

[6]- Cf. Yvon LOUSSOUARN, Pierre BOUREL, op.cit., pp. 367-368.

[7]- أنظر، محمد كمال فهمي، المرجع السابق ،ص. 540.

تونس وكل الدول الغربية، فإنّ هذا المانع لا يُعتدّ به في الدول العربية التي تبيحه متى كان المعني بالأمر مسلما وتوفرت الشروط التي تحددها قوانين هذه الدول.

بالنسبة للشروط الشكلية للزواج: فيقصد بها الأوضاع اللاّزمة لإظهار الإرادة والإعلان عن الزواج وكذلك إثباته[1]. ولقد خصّت بعض الدول شكل الزواج بضابط إسناد مستقل كالعراق[2]، الكويت[3]. بينما اكتفت دول أخرى كالجزائر[4] ومصر[5] بالقاعدة العامة التي تخضع لها التصرفات الإرادية.

وتشكل قاعدة Locus regit actum التي تقضي بإخضاع الشروط الشكلية لقانون محل الإبرام قاعدة عالمية معترف بها في كل الدول. فمتى تمّ الزواج طبقا للشكل الذي يستلزمه قانون محل إبرامه وجب اعتباره صحيحا لدى كل الدول. وهذا ما أكّدته صراحة اتقاقية لاهاي 1902 الخاصة بالزواج حيث نصت المادة 05 منها على أنه "يعتبر الزواج الحاصل صحيحا من حيث الشكل طبقا لقانون البلد الذي يباشر فيه صحيحا في كل مكان آخر".

وتختلف الدول في شأن قاعدة Locus regit actum، فبعضها تعتبرها قاعدة إلزامية كإنجلترا، الولايات المتحدة الأمريكية واليابان حيث لا يجوز تطبيق قانون آخر على الشكل[6].

وتُعتبر هذه القاعدة اختيارية في دول أخرى كالجزائر حيث تنص المادة 19 من القانون المدني على أربعة ضوابط. وعلى أساس ذلك يُعتبر الزواج صحيحا من الناحية الشكلية متى خضع لأحد الضوابط المنصوص عليها في هذه المادة[7].

---

[1]- أنظر، غالب علي الداوودي، المرجع السابق، ص. 167.
[2]- المادة 19 من القانون المدني العراقي.
[3]- المادة 37 فقرة 1، 2 من القانون الكويتي رقم 05 لسنة 1961.
[4]- المادة 19 من القانون المدني الجزائري.
[5]- المادة 20 من القانون المدني المصري.
[6]- أنظر، علي علي سليمان، المرجع السابق، ص. 71؛ أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص. 240.
[7]- تنص المادة 19 معدلة من القانون المدني الجزائري على: " تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه.

ثانيا: الاستثناء

إذا كان الأصل طبقا للمادة 11 من القانون المدني الجزائري هو خضوع الشروط الموضوعية للزواج للقانون الوطني لكلا الزوجين، فإنه استثناءا إذا كان أحد الطرفين جزائريا وقت إبرام الزواج يطبق القانون الجزائري وحده على الشروط الموضوعية للزواج إلاّ فيما يتعلّق بالأهلية التي تبقى خاضعة لقانون جنسية الشخص[1].

إنّ هذا الاستثناء المنصوص عليه في المادة 13 من القانون المدني الجزائري وارد في تشريعات العديد من الدول كالعراق[2]، مصر[3]، سوريا[4]، ليبيا[5]، الأردن[6]، ومُطبق كذلك في قضاء العديد من الدول كالقضاء الفرنسي[7].

طبقا لنص المادة 13 من القانون المدني الجزائري، لا يطبق هذا الإستثناء إلاّ إذا كان أحد الطرفين جزائري وقت انعقاد الزواج، ولا يهمّ إن غيّر بعد ذلك جنسيته إذ العبرة في الجنسية بوقت الإنعقاد. ولا يطبق هذا الاستثناء إذا كان النزاع معروضا أمام قضاء أجنبي. فإذا احتوى القانون الأجنبي على قاعدة إسناد مماثلة للمادة 11 والمادة 13 من القانون المدني الجزائري فسوف يطبق القانون الوطني لكلا الزوجين إذا كان أجنبي بالنسبة له. أما إذا كان أحد الطرفين له جنسية دولة القاضي فسوف يطبق القاضي قانونه باستثناء الأهلية التي تخضع لقانون جنسية الطرف الأجنبي. كما لا يطبق هذا الإستثناء إذا كان الزوجين أجنبيين وقت إبرام الزواج وتجنّسا بعد ذلك بالجنسية الجزائرية.

ويجوز أيضا أن تخضع لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو لقانونهما الوطني المشترك أو للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية".

[1]- تنص المادة 13 من القانون المدني الجزائري على أنه: " يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و12 إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج، إلا فيما يخص أهلية الزواج".

[2]- المادة 19 من القانون المدني العراقي.

[3]- المادة 5 إلى 16 من القانون المدني المصري.

[4]- المادة 15 من القانون المدني السوري..

[5]- المادة 14 من القانون المدني الليبي.

[6]- المادة 15 من القانون المدني الأردني.

[7]- Cass.civ.,6 Juillet 1922, Ferrari, cité par Daniel GUTMANN, op. cit., p. 145.

ولقد تمّ انتقاد هذا الإستثناء بحجة أنه يؤدي إلى استبعاد القانون الأجنبي المختص كلّما كان أحد طرفي العلاقة وطنيا. غير أنّ هذا النقد لم يمنع من تكريس هذا الإستثناء لدى معظم الدول وذلك بهدف حماية المصالح الوطنية وإخضاع رعايا الدولة لقوانينها خاصة وأنّ للزواج صلة وثيقة بحياة الجماعة الوطنية[1]. ولما كان الزواج من أكثر مجالات الأسرة التي يطبق فيها الدفع بالنظام العام، فإنه لابد من تبيان حالات هذا الدفع في قضاء الدول العربية(الفرع الأول) ثم القضاء الفرنسي(الفرع الثاني).

الفرع الأول
إعمال النظام العام من طرف قضاء بعض الدول العربية في شأن الزواج

إنّ اختلاف الأحكام القانونية المنظمة لمؤسسة الزواج يؤدي في كثير من الأحيان إلى اصطدام هذه القوانين مع بعضها البعض مما يعرقل تطبيق القوانين الأجنبية. لذلك ومن أجل تفادي تعطيل قواعد التنازع يتعيّن على القاضي المعروض أمامه النزاع أن لا يقصر نظرته للزواج حسب ما هو مقّرر في قانونه الداخلي، بل عليه أن يأخذ بعين الإعتبار نظم الزواج المكرّسة في التشريعات المقارنة مع مراعاة النظام العام للدولة. فلا يمكن مثلا قبول بعض أنظمة العيش الحر Concubinage، الموجودة في الدول الغربية كفرنسا[2]، كما لا يُسمح إطلاقا بتطبيق القانون الأجنبي الذي يجيز الزواج بين مثيلي الجنس[3].

وتُعتبر الشريعة الإسلامية هي المادة الخام التي تستند عليها غالبية الدول العربية لتنظيم شؤون الأسرة بصفة عامة والزواج بصفة خاصة، لذلك تحمل قوانين هذه الدول في طيّاتها

[1]- أنظر، زروتي الطيب، المرجع السابق، ص. 163-164؛ مبروك اللافي، المرجع السابق، ص. 134.

[2] -Selon l article 515(8)du code civil : « Le concubinage est une union de fait ,caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité ,entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe ,qui vivent en couple ».

[3]- أنظر، فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، المرجع السابق، ص. 249؛ محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص. 135-134.

مقاصد الشريعة الإسلامية التي تسعى لحماية صحة المجتمع ومنع التسيّب في العلاقات الجنسية وصيانة حقوق المسلم[1].

وعلى هذا الأساس، يتدخل النظام العام في هذه الدول لاستبعاد القانون الأجنبي الذي يجيز للمسلم ما حرمته عليه الشريعة الإسلامية، كأن يكون هذا القانون الأجنبي يجيز زواج المسلمة بغير المسلم، أو يمنع عن المسلم ما هو مباح وجائز حسب الشريعة الإسلامية كأن يكون هذا القانون يمنع تعدد الزوجات[2].

وفيما يتعلق بتعدد الزوجات، فإنّ موقف الدول العربية يختلف بشأن هذا النظام، فمنها من تقيّده بالعدد فقط كالمملكة العربية السعودية، الكويت، الجمهورية اليمنية، والسودان. أما دول أخرى تجيزه ولكن تضع قيودا مشدّدة عليه كما هو الشأن في الجزائر، المغرب، سوريا والعراق[3]. أما تونس فقط منعت تعدّد الزوجات واعتبرته جريمة معاقب عليها[4]. ولذلك إذا كان القانون الواجب التطبيق أمام القضاء التونسي هو أحد قوانين هذه الدول العربية التي تجيز التعدّد فإن القاضي التونسي سيستبعده لتعارضه مع النظام العام التونسي.

وقد استبعد القضاء المصري القانونين الإنجليزي واليوناني لمنعهما تعدّد الزوجات وقضى بصحة الزواج الثاني المبرم بين زوج إنجليزي مسلم وزوجته الثانية اليونانية[5].

كما يُعتبر متعارضا مع النظام العام في الدول العربية القانون الذي يسمح للمسلمة بالزواج مع غير المسلم[6]. فهذا الزواج يُعتبر باطلا بطلانا مطلقا ولا يترتب عليه أي أثر من

---

[1]- أنظر، عبده جميل غصوب، دروس...، المرجع السابق، ص. 224؛ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، المرجع السابق، ص. 98.

[2]- أنظر، صلاح الدين جمال الدين، تنازع...،المرجع السابق، ص. 219.

[3]- أنظر، عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، دار هومه، الجزائر،2007، ص. 82-83.

[4]- الفصل 18 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية.

[5]- حكم منشور في المجلة التشريع والقضاء، السنة السادسة، العدد 1، رقم 19، ص. 357، مقتبس عن صلاح الدين جمال الدين، فكرة...، المرجع السابق، ص. 56.

[6]- المادة 30 معدلة من قانون الأسرة الجزائري،المادة 85 من قانون حقوق العائلة اللبناني،كما احتوى القرار الصادر عن المجلس الأعلى ما يلي: "حيث أن المحكمة ترى وأنه ما دام هذا الزواج المطلوب تسجيله من المدعية غير ثابت أصلا وذلك

آثار الزواج الصحيح أو الفاسد، ويجب القضاء ببطلانه بناء على طلب الزوجين أو ممن له مصلحة[1].

وتطبيقا لذلك، قضت محكمة القاهرة الإبتدائية في حكمها الصادر بتاريخ 6 أكتوبر 1953 ببطلان زواج تركية مسلمة من بريطاني مسيحي لمخالفة هذا الزواج للنظام العام في مصر، وذلك بعد أن قامت الزوجة التركية برفع دعوى تطليق من زوجها الإنجليزي[2]. كما قضى القضاء المصري في قضية أخرى ببطلان زواج مصرية مسلمة من روسي أرثوذكسي[3].

ومن المقرر شرعا، إذا أسلمت الزوجة وكان زوجها غير مسلم، فإنّه يُعرض عليه الإسلام، فإن أسلم بقي الزواج كما هو. أما إذا رفض الإسلام فإنّه، يُفرّق بينهما فالمسلمة لا تحلّ لغير المسلم[4].

وبالإضافة إلى تدخل النظام العام في الدولة العربية بهدف حماية حقوق المسلمين، فهو يتدخل كذلك لاستبعاد القانون الأجنبي الذي يتعارض مع مبادئ الحرية والمساواة[5].

الفرع الثاني
إعمال النظام العام
من طرف القضاء الفرنسي في شأن الزواج

يمثّل الزواج في فرنسا جوهر نظامها الإجتماعي الذي يقوم على مبدأ أحادية الزوجة وحرّية الزواج وعلمانيته. وعلى أساس ذلك يُعتبر متعارضا مع النظام العام الفرنسي القانون الأجنبي الذي يبيح تعدّد الزوجات ويمنع الزواج لاختلاف الدّين أو اللون. كذلك يُستبعد

باعترافها وما دام هذا الشخص الذي تدعي زواجها به متوفي وغير مسلم وذلك بشهادتها وشهادة الشاهين، ولما كان مخالفا للنظام العام فإنه يتعين رفض دعواها". أنظر، نشرة القضاة، عدد1، 1987، ص. 79-81، مقتبس عن عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص. 179.

3-أنظر، عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص.57.

[2]-انظر، محمد إبراهيم أبو الهيجاء، المرجع السابق، ص.95؛ إبراهيم احمد إبراهيم، المرجع السابق، ص.219.

[3]-حكم منشور في مجلة التشريع والقضاء، ص.232، مقتبس عن صلاح الدين جمال الدين، تنازع...، المرجع السابق، ص.224.

[4]- أنظر، الإمام محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، د.س.ط، ص.268.

[5]- أنظر، هشام علي صادق، دروس...، المرجع السابق، ص. 268.

القانون الأجنبي الذي ينص على شروط أقل تشدّدا من تلك التي ينص عليها القانون الفرنسي[1].

فبالنسبة لتعدّد الزوجات، فهو يُعتبر نظاما مجهولا وغير معترف به في القانون الفرنسي[2] وكل القوانين الغربية[3]. لذلك يُمنع على المسلم أن يبرم عقد زواج ثان في فرنسا ولو كان قانون جنسيته يجيز له ذلك. وقد استبعدت المحاكم الفرنسية[4] في عدّة حالات القوانين الأجنبية التي تبيح هذا النظام بحجة تعارضه مع النظام العام الفرنسي. ومن ذلك ما حكمت به محكمة استئناف باريس عندما قضت ببطلان زواج متعدّد بين فرنسية وكمروني رغم إباحة القانون الكمروني تعدد الزوجات[5]. وفي قضية أخرى أراد مغربي أن يبرم عقد زواج ثاني بفرنسا، استبعدت محكمة استئناف باريس القانون المغربي ورفضت تطبيقه لتعارض تعدّد الزوجات مع المفاهيم الأساسية للقانون الفرنسي[6].

ويُطبق مبدأ وحدة الزوج في فرنسا على المرأة والرجل معا، فلا يجوز أن يكون للزوج أو الزوجة أكثر من شريك في آن واحد[7]. فالقانون الفرنسي يعتبر تعدّد الزوجات جنحة يعاقب عليها القانون، الزوج والموظف العام الذي سمح بانعقاد الزواج المتعدّد مع علمه المسبق بوجود زواج سابق عليه غير منحل[8].

---

[1]- أنظر، أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص. 236.

[2]- Selon l'article 147 du code civil français : « On ne peut contracter un second mariage avant la dissolution du premier ». Cf. Jacqueline RUBELLIN-DIVICHI, Droit de la famille, édition Dalloz, Paris,2001, p.29.

[3]- كقانون الالتزامات السويسري الذي ينص في المادة 101 على أن كل شخص يرغب في الزواج بامرأة ثانية عليه أن يثبت قبل ذلك إنحلال الزواج بالمرأة الأولى. وكذلك المادة 1326 من القانون المدني الألماني الذي ينص على بطلان الزواج الذي يتم بين زوجين يكون أحدهما يعيش مع الغير ضمن عقد زواج صحيح. أنظر،عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص. 81. كما لا يجيز القانون السويدي للمهاجرين أو اللاجئين المسلمين بإبرام زواج ثان. أنظر، منذر الفضل، نظام الأسرة في القانون السويدي، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد01، ص. 310.

[4]-Trib.corr.Brest,18Octobre1949;T.G.I.Paris, 22Janvier1968, cités par Yvon LOUSSOUARN, Pierre BOUREL, op. cit., p. 367; Lyon, 21 Mai 1974, cité par Paul LAGARDE, op.cit., p.06, n° 42 ;C.A. Paris, 21 Juin 1991 ; C.A. Paris, 7 Juin 1994; C.A. Dijon, 23 Mai 1995, cités par Jean-Marc BISCHOFF, op.cit., p. 12 ,n° 81.

[5]-Cf.Cass.civ., 17 Février 1982, مقتبس عن أعراب بلقاسم، المرجع السابق،ص. 234.

[6]- Paris, 2 Avril 1956,cité par Yvon LOUSSOUARN , Pierre BOUREL, op. cit., p. 367.

[7]- Cf. Gérard CORNU, Droit Civil, la famille, 7ème édition, Paris, Montchrestien, 2001, p. 295.

[8]- Cf. Ibrahim FADLALLAH, op.cit., pp. 2-3, n°09.

ولا يُقبل الإحتجاج أمام القضاء الفرنسي بجواز تعدّد الزوجات طبقا للقانون الوطني للزوج. فقد حكم القضاء الفرنسي على زوج جزائري تزوّج مرة ثانية بفرنسا بغرامة مالية قدرها 500 فرنك فرنسي[1]. فكل زواج متعدّد يُبرم في فرنسا أمام القنصليات المختصة يُعتبر باطلا[2].

إضافة على ما سبق يلعب النظام العام دورا هاما بالنسبة للشروط الموضوعية للزواج والتي تُعتبر من صميم النظام العام الفرنسي. فإن كان القانون الأجنبي ينص على شروط أكثر تشدّدا من تلك التي يعرفها القانون الفرنسي فإنّ النظام العام في فرنسا لا يحول دون تطبيق هذا القانون. أما إذا كان القانون الأجنبي ينص على شروط أقل تشدّدا فيتم استبعاده باسم النظام العام[3].

وإذا كانت الدول العربية تمنع زواج المسلمة بغير المسلم، فإنّ هذا المانع لا يُؤخذ به في فرنسا لتعارضه مع مبدأ الحرّية الشخصية، لذلك يستبعد القضاء الفرنسي القانون الأجنبي الذي ينص على هذا المانع[4]. ومن ذلك استبعاده للقانون المغربي الذي لا يسمح بانعقاد الزواج بين المسلمة وغير المسلم[5].

ويمتنع كذلك القاضي الفرنسي عن تطبيق القانون الأجنبي الذي لا يسمح بانعقاد الزواج لاختلاف اللون[6] أو الذي ينص على موانع أخرى لا يعرفها القانون الفرنسي كمنع القانون الإسباني قبل صدور قانون 7 جويلية 1981 زواج الإسبان مع المرأة المطلقة[7].

---

[1]- T.corr.Paris,8 Avril 1987, cité par Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI, op.cit., p.30.
[2]-C.A.Paris, 5 Avril 1990; C.A.Paris, 21 Juin 1991; C.A.Paris, 7 Juin, 1994, cités par Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI, op.cit., p.36.
[3]- Cf. Yvon LOUSSOUARN, Pierre BOUREL, op. cit, p.310.
[4]- Trib.civ., Seine 15 Février 1922, cité par Yvon LOUSSOUARN, Pierre BOUREL, op. cit., p.309.
[5]- Paris 9 Juin 1995, cité par Daniel GUTMANN, op.cit., p.140.
[6]- 6 Août 1884, مقتبس عن أعراب بلقاسم المرجع السابق،ص. 237.
[7]- Cf. Jean-Marc BISCHOFF, op. cit., p.10, n°61.

ونشير أنّ موانع القرابة تُعتبر من النظام العام الفرنسي. فطبقا للقانون المدني الفرنسي لا يجوز للخال أن يتزوج بابنة أخته، فإن كان القانون الأجنبي يجيز هذا الزواج كما هو شأن القانون الألماني، فإنه لا يُسمح في فرنسا بانعقاده[1].

ويترتب على الزواج قيام رابطة النسب التي تربط الشخص بأصله. هذه الرابطة قد تثير بعض الصعوبات خاصة عند اختلاف جنسية الأبناء والوالدين مما يتطلب تحديد القانون الواجب التطبيق على النسب، وتوضيح الحالات التي قد يلجأ فيها القضاء إلى إعمال الدفع بالنظام العام في هذا الشأن.

المطلب الثاني
النظام العام والنسب

يُعتبر النسب من مواضيع الأحوال الشخصية الهامة نظرا لاختلاف القواعد المنظمة للنسب. لذلك كثيرا ما يثور الدفع بالنظام العام في هذه المادة خاصة عندما يتعلق الأمر بالبنوة الطبيعية.

ويُعتبر النسب من المواضيع ذات الصلة الوثيقة بنظام العائلة، كما أنه جزء لا يتجزأ من حالة الشخص مما يؤدي إلى خضوعه للقانون الشخصي. وليس في تطبيق هذا القانون أية صعوبة إذا اتّحدت جنسية أطراف العلاقة لأنّ النسب في هذه الحالة سيخضع لقانون الجنسية المشتركة. لكن الصعوبة تظهر عند اختلاف جنسيتهم، مما يتطلب تحديد قانون الطرف الذي يُعتدّ بجنسيته لحكم النسب مع ضبط الوقت الذي يُعتدّ فيه بالجنسية[2].

وبالرجوع للتشريعات المقارنة نجد أنّ مواقف الدول متباينة في مسألة تعيين القانون الذي يحكم النسب. فبعضها تُخضع النسب وما يشمله من إثبات وإقرار وإنكار وتصحيح،

[1]- L'article 163 du code civil français dispose que « Le mariage est prohibé entre l'oncle et la nièce ». Cf. Jean-Marc BISCHOFF, op. cit., p.06, n°34.

[2]- أنظر، غالب علي الداوودي، المرجع السابق، ص. 174.

الخ لقانون جنسية الإبن[1] على أساس أنّ النسب جزء من حالته الشخصية مما يتعيّن معه إخضاع النسب لقانون جنسية الدولة التي تمتّع الإبن بجنسيتها وقت الميلاد[2]. أما دول أخرى[3] تُخضع النسب لقانون جنسية الأب، لأنّ النسب يشكل رابطة قانونية وطبيعية بين الولد وأبيه تترتب عليها حقوق والتزامات بين الأطراف.

بالنسبة للمشرع الجزائري، فبعد أن كان يلتزم الصمت، نص صراحة بعد تعديل القانون المدني[4] على إخضاع النسب والإعتراف به وإنكاره لقانون جنسية الأب وقت ميلاد الطفل، وفي حالة وفاة الأب قبل ميلاد الطفل يطبق قانون جنسية الأب وقت الوفاة. ونفس الحل تبنّاه المشرع الكويتي حيث تنص المادة 41 من القانون رقم 05 لسنة 1961 الخاص بتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي على أنه "يسري قانون جنسية الأب وقت الميلاد على المسائل الخاصة بالبنوة والاعتراف بالبنوة وإنكاره. وإذا مات الأب قبل الميلاد يسري قانون جنسيته قبل الوفاة".

أما المشرع التونسي فحرصا منه على رعاية مصالح الطفل نصّ على أربعة ضوابط إسناد وترك للقاضي صلاحية تطبيق القانون الأصلح للطفل حيث نص الفصل 52 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية على أنه:"يطبق القاضي القانون الأفضل لإثبات بنوة الطفل بين:

- القانون الشخصي للمطلوب أو قانون مقره.
- القانون الشخصي للطفل أو قانون مقره.

---

[1]- كالقانون الدولي الخاص البولوني الصادر في سنة 1965 والقانون الألماني الصادر سنة 1965. أنظر، يوبي سعاد، تنازع القوانين في مجال النسب، مذكرة ماجستير، جامعة تلمسان، 2009-2010، ص. 52.

[2]- أنظر، فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، ص. 293؛ غالب علي الداوودي، المرجع السابق، ص. 175.

[3]- تنص المادة 19 من القانون المدني العراقي على أن: "المسائل الخاصة بالبنوة الشرعية والولاية وسائر الواجبات ما بين الآباء والأولاد يسري عليها قانون الزوج".

[4]- تم تعديل القانون المدني بموجب قانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 وقد نصت المادة 13 مكرر منه على أنه: "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".

وتخضع المنازعة في البنوة للقانون الذي نشأت بمقتضاه.

فيما يتعلّق بالقانون الفرنسي، كان قبل 1972 يفرّق بين البنوة الشرعية والبنوة غير الشرعية وكانت الأولى تخضع للقانون الذي يحكم آثار الزواج؛ أما الثانية فكانت تخضع للقانون الشخصي للطفل[1].

أما بعد صدور القانون المؤرخ في 3 يناير1972، أخضع المشرع الفرنسي البنوة بنوعيه الشرعية والطبيعية لقاعدة إسناد أساسية وأخرى احتياطية. فطبقاللمادة311فقرة(14)من القانون المدني الفرنسي إذا كانت الأم معروفة يطبق قانونها الشخصي وقت ولادة الطفل ولو اختلفت جنسية الزوجين؛ وإذا لم تكن الأم معروفة يطبق القانون الشخصي للطفل[2].

ولما كانت التشريعات العربية لا تعترف إلاّ بالبنوة الطبيعية في حين أنّ القانون الفرنسي أصبح يساوي بينها وبين البنوة الشرعية فأكيد أنه سيتم الدفع بالنظام العام نظرا للتعارض الواضح بين هذه الأنظمة القانونية وفي ما يلي يتم توضيح الحالات التي يثور فيها هذا الدفع.

الفرع الأول
إعمال النظام العام
من طرف قضاء بعض الدول العربية في شأن النسب

للنسب صلة وثيقة بالزواج في الدول العربية، لذلك فإنّ إلحاق الأولاد غير الشرعيين بنسب أبيهم يُعتبر متعارضا مع النظام العام في هذه الدول[3]. فقد جاء في إحدى

---

[1]- Cf. Daniel GUTMANN, op. cit., p .155.

[2]- L'article 311(14) du code civil français énonce que : « la filiation est régie par la loi personnelle de la mère au jour de la naissance de l'enfant, si la mère n'est pas connue, par la loi personnelle de l'enfant ». Cf. Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI, op.cit., p.475.

[3]- فالمستقر عليه في قضاء الدول العربية هو عدم إلحاق الأولاد غير الشرعيين بنسب أبيهم. ومن ذلك ما قرره القضاء الجزائري حيث جاء في قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 19 نوفمبر 1984 بأنه : "من المقرر شرعا أنه لا يعتبر دخولا ما يقع بين الزوجين قبل إبرام عقد الزواج من علاقات جنسية بل هو مجرد عمل غير شرعي لا يثبت عنه نسب الولد". ولا يختلف الأمر في تونس إذ قضت محكمة التعقيب في قرارها الصادر ب 11 ديسمبر 1973 أن "المولود الناتج عن اتصال جنسي لم يتم عن علاقة زواج شرعي لا يمكن أن ينتسب لأبيه ولا يعتبر إلا نتيجة لعلاقة سفاح وزنا...". أنظر، تشوار جيلالي، نسب الطفل في القوانين المغاربية للأسرة بين النقص التشريعي والتنقيحات المستحدثة، مجلة العلوم القانونية والإدارية، جامعة تلمسان، 2005، رقم 03، ص. 28.

القرارات الصادرة عن المحكمة العليا أنه: "وحيث أن القرار المطعون فيه ناقش في إطار السلطة التقديرية المخولة له قانونا واقعة الزواج المزعوم من الزوج قبل ولادة البنتين.

هذا الزواج الذي تنكره المطعون ضدّها وقد ثبت القرار في حيثياته أنّ البنتين ولدتا خارج أية علاقة (قانونية) بين الطرفين وقبل زواجهما، وأنّ الإعتراف بتثبيت نسبهما للأب في ظلّ القانون الفرنسي يخالف النظام العام بالجزائر لأنه لا يتماشى وأحكام الشريعة الإسلامية لا تقر النسب إلاّ بالزواج طبقا لأحكامه السمحاء"[1].

في هذه القضية نفت الأم الفرنسية وجود رابطة زواج بينها وبين أب البنتين، مما يعني أنّ البنتين ولدتا خارج علاقة الزواج. ولما كان قانون الأسرة الجزائري لا يقرّ النسب إلاّ بالزواج[2]، فإنّ إثبات النسب للأب وفقا لما ينص عليه القانون الفرنسي يكون مخالفا للنظام العام الجزائري، لذلك استبعد القانون الفرنسي وحلّ محله القانون الجزائري.

ويُستبعد في الدول العربية تطبيق القانون الأجنبي الذي يعطي للزوجين حق الإعتراف بالولد غير الشرعي ويساوي بينه وبين الإبن الشرعي. فقد استبعد القضاء اللبناني القانون البرازيلي الواجب التطبيق لتعارضه مع النظام العام في لبنان، إذ بعد مراجعة محكمة الدرجة الأولى للقانون البرازيلي تبيّن لها أنّ هذا الأخير يعطي للزوجين حق الإعتراف بالولد غير الشرعي أثناء الحياة الزوجية، كما أنه يورّث الإبن غير الشرعي بالمساواة مع الإبن الشرعي. وعلاوة على ذلك، يحقّ للإبن غير الشرعي رفع دعوى إثبات الأبوة في جميع الظروف والأوقات. هذه الأحكام الواردة في القانون البرازيلي تتنافى والقيم الأخلاقية، الدينية السائدة

[1]- أنظر، المحكمة العليا، غ.أ.ش.م.،23 أبريل 1991، غير منشور، مقتبس عن عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص. 169-170.

[2]- تنص المادة 41 من قانون الأسرة الجزائري: "ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة".

بلبنان. كما أنّ في تطبيق هذا القانون إخلال بالمبادئ التي تقوم عليها العائلة الشرعية بلبنان وعلى أساس ذلك تم استبعاد القانون البرازيلي وحلّ محله القانون اللبناني[1].

وإن كانت الدول العربية لا تسمح بإلحاق الأولاد غير الشرعيين بنسب أبيهم، فإنّ الأمر على غير ذلك في فرنسا خاصة بعد صدور قانون 03 يناير1972، ومن هنا نتساءل عن الحالات التي يمكن أن يثار بشأنها الدفع بالنظام العام في القضاء الفرنسي؟

الفرع الثاني
إعمال النظام العام
من طرف القضاء الفرنسي في شأن النسب

قبل 1912، كان القانون الفرنسي يستبعد كل قانون أجنبي يجيز إثبات البنوة الطبيعية. أما بعد هذا التاريخ عدّدت المادة 340 من القانون المدني الفرنسي حالات إثبات البنوة الطبيعية، فأصبح تدخل النظام العام يقتصر على استبعاد القانون الأجنبي الذي ينص على غير الحالات المذكورة في هذه المادة[2]. كما أنه قبل عام 1972، كان النظام العام الفرنسي لا يحول دون تطبيق القانون الأجنبي الذي يمنع إثبات النسب الطبيعي[3] أو يمنع الإعتراف بالإبن الطبيعي[4] ، وذلك لأن المحاكم الفرنسية كانت ترى أن هذه الموانع تهدف لحماية الأسرة الشرعية. لكن بعد صدور قانون 3 يناير1972 ساوى المشرع الفرنسي بين البنوة الشرعية والطبيعية وأخضعها لنفس القانون. وبموجب هذا التعديل أصبح القانون الفرنسي أكثر مرونة خاصة اتجاه البنوة الطبيعية[5]. ففي قضية نظر فيها القضاء الفرنسي كان القانون الجزائري هو الواجب التطبيق باعتباره قانون جنسية الأم أما الأب والولد فكانا فرنسيين ومقيمان بفرنسا،

---

[1]- حكم محكمة الدرجة الأولى في جبل لبنان، 29 يناير1991، مقتبس عن عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص. 558.

[2]- Cf. Yvon LOUSSOUARN, Pierre BOUREL , op. cit., p.322; Nonhad RIZKALLAH, op.cit., p.90.

3-4-Cass.civ.,20 Janvier 1925.,Cass civ., 11 Mars 1936, cités par Yvon LOUSSOUARN, Pierre BOUREL, op. cit., p. 418.

[5]- Cf. Jacques FOYER, Filiation, Rép. Internat, J.C.P., 1998, tome.2, 1999-2, Dalloz, p.28, n° 295.

امتنع القاضي الفرنسي عن تطبيق القانون الجزائري لتعارضه مع النظام العام الفرنسي ذلك أنّ هذا القانون يمنع إثبات انتساب الولد لأبيه[1]. ولنفس السبب استبعد القضاء الفرنسي القانون التونسي المختص بحجة تعارضه مع النظام العام الفرنسي لكونه لا يعترف إلاّ بالنسب الشرعي[2].

ويجري العمل في المحاكم الفرنسية على استبعاد كل قانون أجنبي يحرم الولد الفرنسي أو المقيم بشكل اعتيادي بفرنسا من حقّه في إثبات بنوته.

فالقضاء الفرنسي يسعى دائما لحماية من تربطهم بفرنسا رابطة الجنسية أو الموطن. لذلك فموقف القضاء الفرنسي يختلف بحسب وجود هذا الرابط من عدمه. ففي دعوى رفعتها جزائرية للمطالبة بإثبات البنوة الطبيعية لابنتها مريم المولودة بتاريخ 03 ماي 2001 بالجزائر، قررت محكمة استئناف فرساي استبعاد القانون الجزائري الواجب التطبيق باعتباره قانون جنسية الأم وقت ميلاد الطفلة، وذلك لتعارضه مع مبدأ المساواة بين الإبن الشرعي والإبن غير الشرعي. غير أنّ محكمة النقض الفرنسية نقضت هذا القرار لأنّ القانون الأجنبي الذي لا يعترف بالبنوة الطبيعية لا يتعارض مع النظام العام الفرنسي إلاّ إذا كان من شأن تطبيقه حرمان الطفل الفرنسي أو المقيم بشكل اعتيادي بفرنسا من الحق في إثبات بنوته[3].

ولما كانت الطفلة المراد إثبات بنوتها الطبيعية لا تتمتع بالجنسية الفرنسية ولا تقيم بفرنسا فإنّ ما ذهبت إليه محكمة استئناف باريس فيه خرق للقانون[4].

---

[1]- T.G.I. Paris, 23 Avril 1979,cité par Henri BATIFFOL, Paul LAGARDE, op. cit., p.579.

[2]- C.A. Paris, 13 Octobre 1989,cité par Jacques FOYER, op.cit., p.29, n°303.

[3]- La cour de cassation a décidé que : « Si les lois étrangères qui prohibent l'établissement de la filiation naturelle ne sont, en principe, pas contraires à la conception française de l'ordre public international, il en est autrement lorsque ces lois ont pour effet de priver un enfant français ou résidant habituellement en France, du droit d'établir sa filiation ». Cass 1ère civ., 10 Février 1993,cité par Cyril CHABERT, L'intérêt de l'enfant et les conflits de lois, Presse universitaire d'Aix-Marseille- PUAM, 2001, p.408.
TGI. Paris, 5 Avril 1994, cité par Paul LAGARDE, op. cit., p.05, n° 32.

[4]- أنظر، ملحق رقم1.

وقد أجاز المشرع الفرنسي بموجب المادة 311 فقرة 16 من القانون المدني تصحيح النسب، أي ارتقاء البنوة الطبيعية إلى بنوة شرعية إما عن طريق الزواج أو عن طريق اللجوء إلى السلطة القضائية. وعليه، فإنّ القانون الأجنبي الذي يمنع تصحيح النسب على الرغم من توفر كل الشروط التي ينص عليها القانون الفرنسي يُعتبر متعارضا مع النظام العام[1].

يُلاحظ على ما سبق أنّ القضاء الفرنسي يستبعد القانون الأجنبي الواجب التطبيق على البنوة متى كان من شأن تطبيقه حرمان الطفل الذي يتمتع بالجنسية الفرنسية أو يقيم بفرنسا من إثبات بنوته الطبيعية[2]. أما إذا لم توجد أي صلة بين أطراف النزاع وفرنسا، فإنّ القضاء الفرنسي لا يرى أي داع لاستبعاد القوانين الأجنبية التي تمنع إثبات البنوة الطبيعية[3].

وإلى جانب البنوة الطبيعية وما تثيره من صعوبات توجد بنوة أخرى صورية تُعرف بالتبنى، فإذا ما طُرح على القضاء نزاع بشأن هذه البنوة، ما هو القانون الذي يتعين عليه تطبيقه، ومتى يتعطّل تطبيق هذا القانون باسم النظام العام؟

المطلب الثالث
النظام العام والتبني

يُعتبر التبني من بين مواضيع الأحوال الشخصية التي تثير العديد من الإشكالات على الساحة الدولية سواء بين الدول التي تقره والأخرى التي تمنعه، أو بين الدول التي تجيره ولكن تختلف في تنظيمه مما يؤدي إلى استبعاد القانون المختص الذي يكون من شأن تطبيقه المساس بالمبادئ الجوهرية للدولة وجرح الشعور العام لمواطنيها. وقبل توضيح الحالات التي يثور فيها النظام العام لابد أولا من التعرض للقانون الواجب التطبيق على التبني، وذلك باعتباره مؤسسة قائمة ومعترف بها في العلاقات الدولية الخاصة. وإن كانت غالبية الدول العربيـــة[4]

[1]- C.A. Paris, 31 Octobre 1989 , cité par Jacques FOYER, op.cit., p.29, n°303.
[2]-T.G.I.Paris, 05Avril1994, cité par Paul LAGARDE ,op.cit., p.05, n°32; Jacques FOYER, op. cit., p.29, n°305.
[3]-T.G.I ,Paris,23 novembre 1993, cité par Paul LAGARDE, op.cit., p.05,n°32.
[4]- إن كان المشرع الجزائري قد منع التبني بموجب المادة 46 من قانون الأسرة،إلا أنه لابد من الإشارة إلى أن المرسوم التنفيذي رقم 92-24 المؤرخ في 13 يناير 1992 جاء متناقضا مع أحكام الشرع والقانون إذ أنه سمح للكافل الذي يكفل ولدا

تمنع التبني تطبيقا لأحكام الشريعة الإسلامية، فإنّ هذا المنع قاصر على المسلمين. ومن ثم، إذا كان القانون الواجب التطبيق على التبني يجيزه فلا مانع من تطبيقه في الدول العربية[1]، لذلك وبعد تعديل القانون المدني الجزائري نصّ المشرع على القانون الذي يحكم التبني[2]. وليس معنى هذا أنّ القانون الجزائري يعترف بالتبني، وإنما كلّ ما في الأمر أنّ هذا النص يرشد القاضي للقانون الواجب التطبيق على التبني الذي يحصل بين أجانب يسمح قانونهم بإجرائه[3]. ولقد أخضع المشرع الجزائري صحة التبني لقانون جنسية كل من المتبني والمتبنى وقت إجرائها. أما الآثار فيُطبّق عليها قانون جنسية المتبني. وهذا الحلّ مكرس كذلك في القانون التونسي[4] والكويتي[5].

أما بالنسبة لمصر، فقد كانت المادة 34 من مشروع القانون المدني تنص على أنه "يرجع في المسائل المتعلقة بصحة التبني إلى قانون بلد كل من المتبني والمتبنى وفي المسائل المتعلقة بآثار التبني إلى قانون بلد المتبني". ولكن أُلغيت هذه المادة واكتفي بالمادة 911 من قانون المرافعات الصادر سنة 1949 والتي أقرّت نفس الحلّ فيما يتعلق بصحة التبني حيث أخضعته لقانون جنسية المتبني والمتبنى. أما بالنسبة للآثار فلم تبيّن القانون الذي تخضع له، لذلك اقترح غالبية الفقه المصري[6] إخضاعها لقانون جنسية المتبني[7].

مجهول النسب أن يطلب تغيير لقب هذا الولد لفائدته، وإذا كانت أم الولد القاصر على قيد الحياة فلابد من الحصول على موافقتها في شكل عقد شرعي بالطلب. أنظر، بن شويخ رشيد، الطرق الشرعية والقانونية لثبوت النسب أو نفيه، مجلة العلوم القانونية والإدارية، جامعة تلمسان،2005، رقم 03، ص. 47.

[1]- أنظر، محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص. 269.

[2]-تنص المادة 13 مكرر 1معدلة من القانون المدني الجزائري:"يسري على صحة الكفالة قانون جنسية كل من الكفيل والمكفول وقت إجرائه ،ويسري على آثارها قانون جنسية الكفيل.وتطبق نفس الأحكام على التبني".

[3]- أنظر، زروتي الطيب، قراءة في إصلاح أحكام تنازع القوانين الدولي في الجزائر بقانون 05-10، مجلة المحكمة العليا، 2007، العدد 01، ص. 78.

[4]- الفصل 53 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي لسنة 1998.

[5]- المادة 44 من القانون رقم 05 لسنة 1961.

[6]- عز الدين عبد الله،المرجع السابق، ص. 332؛ صلاح الدين جمال الدين، تنازع ...، المرجع السابق، ص.405؛ إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص.270.

[7]- أنظر، إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص.269.

وفي لبنان أخضعت محكمة التمييز اللبنانية التبني لقانون مكان إجرائه[1]. ولقد تبنّت بعض التشريعات[2] قانون جنسية المتبني بينما استقرّت قوانين أخرى على إخضاع التبني لقانون موطن الطفل المتبنى[3].

أما في فرنسا أين يُعتبر هذا الموضوع حساسا جدّا لانتشاره بكثرة وإثارته للعديد من المشاكل[4]، قرّرت محكمة النقض إخضاعه للقانون الوطني للمتبني[5]. أما شروط رضا المتبني وممثليه القانونين فيخضع لقانون جنسية المتبني[6]. هذا فيما يتعلق بالقانون الذي يحكم شروط صحة التبني وآثاره. أما بالنسبة للشروط الشكلية، فتبقى خاضعة في الجزائر للقاعدة العامة التي تحكم شكل التصرفات القانونية وهي المادة 19 من القانون المدني. أما في فرنسا فيخضع شكل التبني للقانون الفرنسي متى كان المتبنيان فرنسيان وإذا كان أجنبيان فيُطبق قانون المتبني[7].

وإن كانت معظم القوانين العربية تمنع التبني، فإنّ الحال على غير ذلك في القوانين الغربية حيث يُعتبر فيها التبني مؤسسة قانونية قائمة ومعترف بها. وهذا التباين الموجود بين هذه الأنظمة من شأنه أن يثير الدفع بالنظام العام.

---

[1]- أنظر، محكمة التمييز اللبنانية، 22 نوفمبر 1954، مقتبس عن سامي بديع منصور، المرجع السابق، ص. 382.
[2]- المادة 26 من القانون الدولي الخاص النمساوي، المادة 20 من القانون المدني الإيطالي.
[3]- كالقانون المدني لمقاطعة كيبيك. أنظر، زروتي الطيب، المرجع السابق، ص. 192.
[4]- أنظر، زروتي الطيب، المرجع السابق، ص. 192.
[5]- 7 Novembre 1984, Torlet, cité par Yvon LOUSSOUARN, Pierre BOUREL, op. cit., p. 431.
[6]- Paris, 8 Décembre 1977, cité par Yvon LOUSSOUARN, Pierre BOUREL, op. cit., p. 432.
[7]- أنظر، زروتي الطيب، المرجع السابق، ص. 192.

الفرع الأول
إعمال النظام العام
من طرف قضاء بعض الدول العربية في شأن التبني

لقد حرّمت الشريعة الإسلامية التبني باعتباره بنوة صورية تنطوي على الكذب والإفتراء وتؤدي إلى نتائج وخيمة لا تحمد عقباها[1] أبرزها الإعتداء على النسب سواء من جهة المتبني من خلال تجريده من لقبه العائلي إذا كان معلوم النسب. أما إذا كان مجهول النسب فيعيش في وهم و زور. أما من جهة المتبني فيُعتدي على نسبه من خلال إقحام شخص أجنبي يشارك أفراد الأسرة في نسبها وميراثها. وفي التبني كذلك انتهاك للحرمات لما يؤدي إليه من اختلاء فالتبني قد يؤدي إلى إنشاء حقوق لا وجود لها، فقد يحدث أن يتزوج المتبنى من إخوته من أبيه الأصلي وهو لا يعلم بذلك لانقطاع صلته بهم وهذا أمر غير جائز. بالإضافة إلى تقاسمه الميراث مع الأبناء الصلبيين للمتبني وفي هذا اعتداء على حقوق الغير.

وزيادة على ذلك، فإنّ التبني يؤدي إلى إبطال ما هو موجود وثابت كتحريم زواجه من أفراد أسرة المتبني رغم أنهم أجانب عنه ويجوز له بذلك الزواج بأحد أفراد هذه الأسرة[2].

فحسب القوانين الأوروبية يترتّب على التبني قيام مانع الزواج بين المتبني والمتبنى وفروعه وبين المتبنى وأبناء المتبني. في حين أنّ التبني لا يؤدي إلى قيام هذا المانع وهذا ما قرره صراحة القضاء الجزائري في أحد قراراته[3].

لكل هذه الأسباب حرّمت الشريعة الإسلامية التبني تحريما قاطعا و لم ترتب عليه أي أثر من الآثار الشرعية وأبطلت النسب الذي يقوم على أساسه. فالشريعة الإسلامية تقوم على الحق والصّدق وتسعى لتأسيس أسرة تقوم على روابط حقيقية منظّمة وفقا لقواعد دقيقة

---

[1]- أنظر، توفيق حسن فرج، أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 1980، ص. 297؛ محمد ولد عال ولد محمياي، أحكام النسب وطرق إثباته، مذكرة ماجستير، جامعة تلمسان، 2007-2008، ص. 04.

[2]- أنظر، أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، مصر، 2009، ص. 96.

[3]- C.A. Alger 14 Janvier 1924, cité par Djilali TCHOUAR, op. cit., p. 216.

ومحكمة. لذلك وسعيا وراء حماية حقوق الأولاد والأقارب، وإعمالا لأحكام الشريعة الإسلامية منعت غالبية التشريعات العربية[1] التبني نظرا لما يؤدي إليه من تزييف للحقائق[2]، ونظّمت بدلا عنه الكفالة[3]. اقتداء بالشريعة الإسلامية التي لم تهمل فئة الأطفال مجهولي النسب بل حرصت على حمايتهم ورعايتهم من خلال ما يعرف بالكفالة، ومن ثمّ فيمكن للأسرة الإسلامية أن تضمّ إليها من هؤلاء الأطفال فترعاه وتسهر على تربيته وتنفق عليه لكن دون أن يترتّب على ذلك حقوق البنوة الحقيقية كالميراث والنسب. وهكذا تصون الشريعة الإسلامية هذه الفئة من الأطفال وفي نفس الوقت تحمي الأنساب من الإختلاط[4].

وبما أنّ المشرع الجزائري قد عيّن القانون الذي يحكم التبني، فهذا يعني أنّ على القاضي الرجوع لهذا القانون للإذن بالتبني أو رفضه. فإذا كان قانون جنسية كل الطرفين يسمح بالتبني يأذن به القاضي الجزائري. أما إذا كان كلا القانونين لا يجيزانه، فإنّ القاضي سيرفض الإذن به. وفي حالة ما إذا منعه قانون أحد الطرفين وأجازه قانون الطرف الآخر فلا شك من رفض القاضي الإذن بالتبني. لكن ما الحلّ إذا كان قانون جنسية كل من الطرفين يجيز التبني لما يكون أحد الطرفين أو كلاهما مسلما؟ هل يأذن القاضي في هذه الحالة بالتبني على أساس أن قانون جنسية كلا الطرفين يسمح به أم يستبعد تطبيق القانونين باسم النظام العام؟

يرى بعض الفقه المصري[5] أنه إذا كان أحد طرفي علاقة التبني مسلما فإنه لا يجوز الإعتراف في مصر بهذا التبني ولو كان قانون جنسية الطرف المسلم يجيزه وذلك لتعارضه مع

---

[1]- ويستثنى من القوانين العربية القانون التونسي فرغم كون تونس دولة عربية إسلامية إلا أنها خالفت الشرع وأقرت التبني ورتبت على التبني آثارا من بينها حمل المتبنى اسم المتبني وتمتعه بنفس الحقوق الواجبات الممنوحة للإبن الأصلي بالإضافة إلى منع زواجه من أقارب أسرته الحقيقية. أنظر،علال آمال، التبني والكفالة، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مذكرة ماجستير، جامعة تلمسان، 2009/2008، ص. 42-43.

[2]-أنظر،عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية، الطبعة.1، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1998، ص. 250.

[3]- نظّم المشرع الجزائري الكفالة في قانون الأسرة من المادة 116 إلى المادة 125.

[4]- أنظر، زكريا البري، الأحكام الأساسية للأسرة في الشريعة والقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، د.س.ط.، ص. 189؛ علال أمال، المرجع السابق، ص. 22.

[5]- A.K ELGEDDAWY, Relations entre systèmes confessionnel et laïque en droit international privé, Dalloz, 1971, p. 230, مقتبس عن فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، المرجع السابق، ص. 301.

أحكام الشريعة الإسلامية التي يقوم عليها النظام العام في مصر. إنّ هذا الرأي لقي تأييدا من القضاء المصري[1].

ومن المفروض أن يُطبّق نفس الحل في الجزائر إذ أنّ المادة 46 من قانون الأسرة الجزائري تنص على منع التبني شرعا وقانونا، والشريعة الإسلامية تطبق على جميع المسلمين بغض النظر عن جنسيتهم.

ولا يُسمح في الدول العربية بتطبيق القانون الأجنبي الذي يجيز التبني بين شخصين متقاربين في العمر لما يؤدي إليه من خلوة ممنوعة وهذا الأمر يخدش الشعور العام للمسلمين[2]. مع الإشارة أنّ هذا الشرط وارد كذلك في القانون الفرنسي[3] الذي يحدّد السّن الفاصل بين المتبني والمتبنيان ب15 سنة ويصل الفارق في السن إلى 10 سنة لمن يريد أن يتبنى أطفال شريكه[4].

الفرع الثاني
إعمال النظام العام
من طرف القضاء الفرنسي في شأن التبني

إنّ القانون الفرنسي على غرار كل التشريعات الأوروبية يجيز التبني ويعتبره نظاما قانونيا يكفل حماية الطفل، قوامه مصلحة هذا الأخير[5].

ويتّخذ التبني في كثير من الأحيان الطابع الدولي ويرجع ذلك لقلّة الأطفال الذين يمكن تبنيهم في البلدان الغربية، مما يدفع الأفراد الراغبين في تبني الأطفال إلى البحث عليهم في

[1]- أنظر، محكمة القاهرة الابتدائية، 31 مارس 1953، مقتبس عن يحي أحمد زكريا الشامي، التبني في الإسلام وأثره على العلاقات الخاصة الدولية، دار الجامعة الجديدة، 2009، ص. 381.

[2]- أنظر، حكم محكمة القاهرة الابتدائية الصادر سنة 1970، مقتبس عن يحي أحمد زكريا الشامي، المرجع السابق، ص. 73.

[3] -Selon l'article 344 du code civil : «Les adoptants doivent avoir quinze ans de plus que les enfants qu'ils se proposent d'adopter. Si ces derniers sont les enfants de leur conjoint, la différence d'âge exigée n'est que de dix ans ».

[4]- Cf. Gerard CORNU, op.cit., p.428.

[5]-Cf. Isabelle LAMMERANT, L'adoption et les droits de l'homme en droit comparé, L.G.D.J, Paris, 2001, pp. 03-21.

الخارج. وهنا يُطرح الإشكال عندما يكون قانون هذا الطفل إما يجهل هذا النظام أو يمنعه منعا باتا كما هو شأن الدول الإسلامية[1]. في هذه الحالة هل يُؤخذ بعين الإعتبار قانون المتبني، أم يُسمح بالتبني بغض النظر عمّا يقضي به هذا القانون؟

إنّ القانون الفرنسي لا يسمح بتبني قاصر أجنبي يمنع قانون جنسيته هذه المؤسسة ما لم يكن هذا القاصر مولودا أو مقيما على الإقليم الفرنسي[2]. وهذا ما أكّدته محكمة النقض الفرنسية حيث اعتبرت من المستحيل تبني طفل برازيلي يمنع قانونه ذلك، فالقانون البرازيلي آنذاك كان يمنع التبني الكامل لطفل برازيلي من طرف أجنبي غير مقيم في البرازيل[3]. ولكن تراجعت بعد ذلك المحكمة الفرنسية وقرّرت أنه يمكن للزوجين الفرنسيين القيام بتبني ولد لا يعرف أو يمنع قانونه الوطني هذه المؤسسة[4]. وهكذا فتحت محكمة النقض مجالا أوسع لتبني هذه الفئة من الأطفال بشرط موافقة الممثل القانوني للقاصر على ما يرتبه التبني من آثار وفقا لما هو مقرّر في القانون الفرنسي[5].

ويُسمح في فرنسا بالإعتراف بالتبني الواقع في الخارج متى لم يتعارض مع النظام العام الفرنسي[6]. وقد اعتبر القضاء الفرنسي أنّ تبني أم لولدها الطبيعي ومنحه اسم أبيه من الزنا يُعدّ مخالفا للنظام العام الفرنسي ولا يُؤمر بتنفيذ الحكم الأجنبي الذي يقضي بخلاف ذلك[7].

كما أنه إذا لم يُراع في التبني مصلحة الطفل التي يقوم عليها التبني في الدول الغربية فلا يُعترف بهذا التبني باسم النظام العام ومن ذلك أن يصدر التبني بدون الحصول على موافقة

---

[1]- Cf. Pierre MAYER, Vincent HEUZE, op.,cit., pp. 456-457.

[2]- Selon l'article 370 (2) du code civil français issu de la loi du 6 Février 2001 : « l'adoption d'un mineur étranger ne peut être prononcée si sa loi personnelle prohibe cette institution sauf si ce mineur est né ou réside habituellement en France ». Cf. Daniel GUTMANN, op.cit.,p. 165.

[3]-Cass. civ., 1ère , 31 Janvier 1990,cité par Pierre MAYER, Vincent HEUZE, op.cit., p.457.

[4]- Cass. civ., 1ère 10 Mai 1995,cité par Jacqueline RUBELLIN- DEVICHI, op.cit.,p.622.

[5]- Cf. Yvon LOUSSOUARN, Pierre BOUREL, op.cit., p.434.

[6]-Cass.civ.,5 Octobre1994, cité par Pierre MAYER, Vincent HEUZE, op.cit., p.460.

[7]- محكمة باريس، 22 يناير 1969، مقتبس عن يحي أحمد زكريا الشامي، المرجع السابق، ص. 380.

الممثلين الشرعيين للطفل[1]. فتوفر رضا الوالدين البيولوجيين للطفل (أو ممثل المتبني) يُعتبر من النظام العام الفرنسي. وحسب المادة 345 فقرة3 من القانون المدني الفرنسي يشترط الحصول على رضا الطفل المتبني البالغ أكثر من 13 سنة. وعليه فإنّ التبني الذي يتم دون رضا الطفل المتبنى لا يُقبل الإعتراف به في فرنسا[2]. ولا يُقبل كذلك في فرنسا بتطبيق القانون الأجنبي الذي يمنع التبني متى كان الطفل يقيم بشكل اعتيادي وفعلي بفرنسا أو كان الوالدين الأصليين للطفل قد تخلوا عنه[3].

وبعد التطرق لتطبيقات الدفع بالنظام العام في موضوعي الزواج والبنوة، نعالج فيما يلي الحالات التي يتدخل فيها النظام العام لاستبعاد القانون الواجب التطبيق على الطلاق والحضانة ثمّ الميراث والوصية.

المبحث الثاني
النظام العام والقانون الواجب التطبيق
على الطلاق، الحضانة، الميراث والوصية

لا تقلّ أهمية كل من موضوع الطلاق، الحضانة، الميراث والوصية عن الزواج والبنوة إذ أنها بدورها تندرج ضمن مواضيع الأحوال الشخصية التي يثور فيها كثيرا الدفع بالنظام العام، نظرا لإختلاف قوانين الدول في تنظيم هذه المسائل. فكل دولة تستقل بتنظيم هذه المواضيع وفقا لمفاهيمها الخاصة المستقرّ عليها في مجتمعاتها وقوانينها. كما أنّ ارتباط هذه المواضيع بالمفاهيم الدينية خاصة في الدول العربية له تأثير كبير على هذه الدول إذ يتم استبعاد القانون الأجنبي كلما تعلّق الأمر بالمساس بأحد الحقوق المكفولة للمسلم بغض النظر عن جنسيته. فإذا كان من حق المسلم أن يطلّق زوجته بإرادته المنفردة وفقا لأحكام الشريعة

[1]- Cass. civ.,18 Juillet 2000,cité par Pierre MAYER, Vincent HEUZE, op.cit., p.461.
[2]- Cf. Béatrice BOURDELOIS, L'adoption internationale, Droit international privé, Travaux du comité français de droit international privé, édition A. PEDON, Paris, 2004, p.156.
[3]- Toulouse, 6 Novembre 1990 ; T.G.I. Paris 5 Février 1992, cités par Yvon LOUSSOUARN, Pierre BOUREL, op.cit., p.434.

الإسلامية والقوانين العربية فلا يجوز حرمانه من هذا الحق ولو كان أجنبيا وكلّ قانون يمنع عنه هذا الحق يستبعد باسم النظام العام[1].

وإن كان الطلاق بالإرادة المنفردة حقّا مشروعا في الدول الإسلامية، فإنّ الدول الغربية لا تعتبره كذلك ولا تجيز إيقاعه على إقليمها ولو كان القانون الشخصي للزوج يبيحه، وذلك لمســـاس الطلاق بالإرادة المنفردة بمبدأ المساواة بين الزوج والزوجة في نظر قضاء هذه الدول[2]. ومن ثمّ فإنّ كل قانون يعترف بحق الطلاق بالإرادة المنفردة يتعارض مع النظام العام لهذه الدول.

ومتى انحلّت رابطة الزواج فغالبا ما تثور مشاكل قانونية أخرى أهمّها مشكل حضانة الأطفال. فموضوع الحضانة يعتبر موضوعا هامّا ودقيقا لارتباطه بالطفل المحضون الذي يشكّل المحور الأساسي في هذه العلاقة. لذلك تهتمّ كل التشريعات بتنظيم أحكام الحضانة وفقا لما يحقق مصلحة المحضون. غير أنّ ما يثير الإشكال بين الدول هو عدم اتفاقها على مفهوم موحّد لمصلحة المحضون[3]، مما يترتب عليه إعمال النظام العام كلما قدّر القاضي أنّ في تطبيق القانون الأجنبي المختص مساس بمصلحة المحضون.

وإن كان للدّين دور بارز في مواضيع الزواج والبنوة، والطلاق والحضانة، فإنّ أهمية هذا الدور لا تقلّ في الميراث والوصية والتي تُستقى أحكامها في الدول العربية من الشريعة الإسلامية، مما يؤدي إلى اعتبار هذه القواعد من النظام العام كلما كان أحد أطراف العلاقة

---

[1]- أنظر، عكاشة محمد عبد العال، دراسات في القانون الدولي الخاص في دولة الإمارات العربية المتحدة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ص. 232.

[2]- Le tribunal de grande instance d'Orléans avait écarté la loi marocaine désignée par l'article 9 de la convention du 10oût 1981 parce qu'elle était contraire à « l'égalité entre les hommes et les femmes (qui) est un principe constitutionnel qui fait parti de l'ordre public français ». T.G.I d'Orléans, 17 Mai 1984, cité par Cyril CHABERT, op.cit., p.402.

[3]- أنظر، يوسف فتيحة، مدى الحماية القانونية للطفل في القانون الدولي الخاص، مجلة العلوم القانونية والإدارية، جامعة تلمسان، 2005،عدد 03، ص. 195.

مسلم. أما في الدول الغربية، فكثيرا ما يتم استبعاد هذا القانون الإسلامي لمنعه التوارث بين المسلم وغير المسلم بخلاف الوصية التي لا يطرح في شأنها هذا الإشكال لعدم تأثير اختلاف

وتأسيسا على ما سبق يتضح أنّ ما هو جائز ومعترف به في بعض الأنظمة القانونية يُعتبر غير مشروعا في أنظمة أخرى. وهذا التعارض بين مختلف هذه القوانين هو الذي يؤدّي إلى الدفع بالنظام العام لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص أو الامتناع عن إمهار الأحكام الأجنبية بالصيغة التنفيذية.

وفيما يلي يتم توضيح أكثر الحالات التي يثور فيها هذا الدفع في قضاء الدول العربية والقضاء الفرنسي.

المطلب الأول
النظام العام والطلاق

إنّ ارتباط حلّ رابطة الزواج بفكرة الزواج ذاتها واختلاف مفهوم هذه الفكرة من دولة لأخرى يؤدي إلى تباين قوانين الدول في مدى جواز حل الرابطة، بالإضافة إلى اختلاف الأسباب والشروط المقررة لذلك[1]. فقد تنحل رابطة الزواج بإرادة الزوج المنفردة كما هو الشأن بالنسبة للدول العربية التي تعترف بهذا الحق للمسلم إعمالا لأحكام الشريعة الإسلامية.

وقد تنحلّ بحكم قضائي بناء على طلب أحد الطرفين متى توفرت الأسباب المنصوص عليها قانونا. وتعرف بعض الدول الغربية كفرنسا، ألمانيا، بريطانيا نظام الإنفصال الجسماني والذي يُقصد به انقطاع التعايش وانفصال الحياة المشتركة للزوجين دون أن تنتهي رابطة الزواج في الحال وإنما بعد مضي مدة معينة على هذا الانفصال وبعد ذلك يصدر قرار قضائي

[1]- أنظر، جعفر الفضلي، انقضاء الزواج في القانون الدولي الخاص، مجلة الحقوق،الكويت، 1988، عدد 01، ص. 239؛ محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص. 140.

بالتفريق بين الزوجين. وتختلف مدة الإنفصال بحسب القوانين فالقانون الإنجليزي يحدّدها بخمس سنوات؛ أما القانون الفرنسي[1] فيحدّدها بسنتين من انقطاع الحياة المشتركة[2].

هذا الإختلاف في طرق فكّ رابطة الزواج غالبا ما يحول دون تطبيق القانون الأجنبي المختص بحكم الطلاق كأن يكون هذا القانون يمنع حلّ عقدة الزواج منعا باتا أو يجيزه لأسباب عنصرية كاختلاف اللون أو العرق. إذن فلاشك أنّ الطلاق يعتبر من المسائل الهامّة والمعقّدة التي تثير مشاكل على صعيد العلاقات الدولية خاصة إذا اختلفت جنسية الزوجين.

فما هو القانون الواجب التطبيق؟ هل يُغلّب قانون أحد الطرفين أم يُفضّل الأخذ بضابط الموطن المشترك وإن لم يكن للزوجين موطن مشترك فما الحلّ؟

أولا: القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج

لقد تباينت الحلول التي نصت عليها التشريعات فبالنسبة للدول العربية يميّز بعضها بين الطلاق وبين التطليق والانفصال الجسماني فيخضع الطلاق الذي يتم بإرادة الزوج المنفردة لقانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت الطلاق. أما التطليق والتفريق الجسماني الذين يحتاجان لرفع دعوى أمام القضاء فيخضعان لقانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت رفع الدعوى[3].

هذا الحلّ نجده مطبّقا في كلّ من القانون المصري[4]، السوري[5]، الأردني[6] وكذلك الليبي[7]. أما بالنسبة للمشرع الجزائري، فلم يميّز بين الطلاق والتطليق والإنفصال الجسماني

---

[1]-L'article 238 du code civil dispose que : « L'altération définitive du lien conjugal résulte de la cessation de la communauté de vie entre les époux, lorsqu'ils vivent séparés depuis deux ans lors de l'assignation en divorce ».

[2]- أنظر، غالب علي الداوودي، المرجع السابق، ص. 171؛ صلاح الدين جمال الدين، تنازع...، المرجع السابق، ص. 252.

[3]- أنظر، فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، المرجع السابق، ص. 276.

[4]- المادة 13 (2) من القانون المدني المصري.

[5]- المادة 14 (2) من القانون المدني السوري.

[6]- المادة 14 من القانون المدني الأردني.

[7]- المادة 13 (2) من القانون المدني الليبي.

وإنما أخضع انحلال الزواج بصفة عامة لقانون الزوج وقت رفع الدعوى[1]. فطبقا لقانون الأسرة الجزائري يتوجّب إثبات الطلاق في جميع الأحوال بحكم قضائي[2].

إنّ قاعدة إخضاع الطلاق لقانون الزوج وقت الطلاق أو وقت رفع الدعوى لم تسلم من الإنتقاد فقد يُغيّر الزوج جنسيته أثناء الزواج وعندما يُطرح مشكل الطلاق تجد الزوجة نفسها أمام قانون لم تتوقع تطبيقه بحيث قد يمنع هذا القانون الطلاق بينما كان يجيزه قانون زوجها وقت إبرام الزواج. أو على العكس، قد يكون هذا القانون متساهلا في منح الطلاق بينما كان قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج يمنعه[3]. لذلك ولتحقيق العدالة والمساواة بين الطرفين وتجنّبا للمساس بحقوق الزوجة التي ستفاجئ بقانون لم تكن تعلم به يقترح الشراح[4] إخضاع الطلاق لقانون الزوج وقت انعقاد الزواج فهو القانون الذي يعلمه ويتوقعه كلا الطرفين[5].

ولقد تفادت بعض التشريعات هذا النقد إذ نصت على ضوابط أخرى، كالقانون الكويتي رقم 05 لسنة 1961 الذي جاء في المادة 40 منه بأنه "يسري على الطلاق والتطليق والانفصال قانون آخر جنسية مشتركة كسبها الزوجان أثناء الزواج وقبل الطلاق أو قبل دفع الدعوى بالتطليق أو بالانفصال فإن لم توجد هذه الجنسية المشتركة سرى قانون الزوج وقت انعقاد الزواج". وأخضع المشرع التونسي الطلاق والإنفصال الجسماني لقانون الجنسية المشتركة للزوجين وقت رفع الدعوى، وإذا اختلفت جنسيتهما يُطبّق قانون آخر موطن مشترك للزوجين إذا وُجد وإلّا فيُطبق قانون القاضي[6].

---

[1]- طبقا للمادة 12 المعدلة فقرة 2: "ويسري على انحلال الزواج والانفصال الجسماني القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى".

[2]- المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري.

[3]- أنظر، علي علي سليمان، المرجع السابق، ص. 76؛ محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص. 142.

[4]- أنظر، علي علي سليمان، المرجع السابق، ص.76؛ محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص. 142؛ غالب علي الداوودي، المرجع السابق، ص. 173؛ عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص. 234.

[5]- أنظر،صلاح الدين جمال الدين،تنازع...،المرجع السابق،ص. 253.

[6]- Selon l'article 49 du code de droit international privé tunisien : « Le divorce et la séparation de corps sont régis par la loi nationale commune des époux, en vigueur, au moment où

أما بالنسبة للدول الغربية، فبعضها يخضع الطلاق لقانون آخر جنسية مشتركة للزوجين وإلاّ فيطبق قانون جنسية الزوج وقت إبرام الزواج[1]. وفي الولايات المتحدة الأمريكية يخضع الطلاق لقانون القاضي. أما في فرنسا، فيسند الطلاق والإنفصال الجسماني لقانون الجنسية المشتركة. وإلاّ فقانون الموطن المشتركة. وفي حالة عدم الإشتراك في الموطن يطبق عليه قانون القاضي إذا لم يعلن أي قانون آخر اختصاصه[2].

ثانيا: الاستثناء

أوردت العديد من التشريعات العربية[3] استثناءا مفاده إخضاع انحلال الزواج للقانون الوطني متى كان أحد طرفي العلاقة وطنيا وقت انعقاد الزواج. فطبقا للمادة 13 من القانون المدني إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج ثم غيّر بعد ذلك جنسيته فيسري القانون الجزائري وحده على الطلاق بالرغم من كون كلا الزوجين أجنبيين وقت رفع الدعوى. ففي قضية عُرضت على مجلس قضاء بئر مراد رايس تتعلق بطلاق جزائرية بإيطالي طبّق المجلس القانون الإيطالي باعتباره قانون الزوج. فطعت الزوجة الجزائرية بالنقض في قرار المجلس القضائي الصادر بتاريخ 14 جويلية 1996 أمام المحكمة العليا التـــي قبلت الطعن شكلا وموضوعا ونقضت قرار المجلس القضائي[4].

---

l'instance est introduite. A défaut de nationalité commune la loi applicable est la loi du dernier domicile commun des époux s'il y en a, sinon la loi du for ».

[1]- كالمادة 16 من القانون المدني اليوناني.

[2]- L'article 310 du code Civil français dispose que : « le divorce et la séparation de corps sont régis par la loi française :
- Lorsque l'un et l'autre époux sont de nationalité française ;
- Lorsque les époux ont, l'un et l'autre, leur domicile sur le territoire français ;
- Lorsqu'aucune loi étrangère ne se reconnaître compétence, alors que les tribunaux français sont compétents pour connaître du divorce ou de la séparation de corps ». Cf. Pierre MAYER, Vincent HEUZE, op.cit., p.416.

[3]- المادة 15 من القانون المدني الأردني، المادة 14 من القانون المدني الليبي.

[4]- احتوى قرار المحكمة على ما يلي: "حيث أن المادة 12 من القانون المدني تنص على أنه يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار التي يرتبها عقد الزواج فيما يعود منها إلى المال يسري على انحلال الزواج القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى.
حيث أن المادة 13 من القانون المدني تنص على أنه يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادة 11 و12 إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج إلا فيما يخص أهلية الزوج.

ولقد وُجّهت لهذا الإستثناء نفس الإنتقادات التي وُجّهت للإستثناء المقرّر في شأن الشروط الموضوعية للزواج كونه يؤدي إلى نتائج غريبة إذ يتقرر تطبيق القانون الوطني على انحلال الزواج حتى عندما يُغيّر الطرف الوطني جنسيته ويصبح أجنبيا عند رفع الدعوى[1].

وأيا ما كان القانون التي تشير إليه قاعدة الإسناد الوطنية، فإنه هو الذي يرجع إليه القاضي لمعرفة ما إذا كان الطلاق مباحا أو لا في دولة هذا القانون، وما هي أسبابه وشروطه.

كما يحدد هذا القانون المدة المقررة لتحويل الإنفصال إلى طلاق[2]. أما المسائل الإجرائية المرتبطة سواء بالطلاق أو الإنفصال الجسماني فتخضع لقانون القاضي أو قانون البلد الذي تمت فيه الإجراءات[3]. وإذا تبيّن للقاضي أنّ القانون الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد في قانونه يتضمن أحكاما تتعارض مع النظام العام في دولته، فإنه يقوم باستبعاده. وفيما يلي نتناول حالات تعارض النظام العام مع القانون الأجنبي الذي يحكم الطلاق في كل من قضاء بعض الدول العربية والقضاء الفرنسي.

الفرع الأول
إعمال النظام العام
من طرف قضاء بعض الدول العربية في شأن الطلاق

يتعطّل باسم النظام العام في الدول العربية تطبيق القانون الأجنبي الذي يقرر أحكاما تتنافى بشكل صارخ مع الأسس والمثل العليا التي يقوم على النظام القانوني في هذه الدول. فيتّخذ القاضي بذلك النظام العام كوسيلة فعالة لمنع تطبيق هذا القانون خاصة إذا كان في تطبيقه مساس بحقوق المسلم. ومن ذلك، القانون الذي لا ينظّم أي وسيلة لحلّ رابطة الزواج

حيث أن الطاعنة لها الجنسية الجزائرية ما دام لم يصدر بشأنها مرسوم نزع جنسيتها الأصلية بعد حصولها على الجنسية الإيطالية.

حيث أنه كان على القاضي الأول تطبيق القانون الجزائري وفقا للمادة 13 من القانون المدني عوض القانون الإيطالي كما هو وارد في الحكم المطعون فيه ولما كان ذلك فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه مما يتعين نقضه".

أنظر، المحكمة العليا، 1998/02/17، ملف رقم 76551، مجلة قضائية، 2000،عدد1، ص. 169-170.

[1]- أنظر، أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص. 258.

[2]- أنظر، إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص. 252.

[3]- طبقا للمادة 21 مكرر معدلة من القانون المدني الجزائري: "يسري على قواعد الاختصاص والإجراءات قانون الدولة التي ترفع فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات". ونفس المعنى وارد في نص المادة 22 من القانون المدني المصري.

وهذا ما لا تقبل به التشريعات العربية إذ أنّ إنهاء الزواج يعتبر حقا من حقوق المسلم التي لا يجوز حرمانه منها. لذلك يُستبعد في الدول العربية القانون الأجنبي الذي يمنع المسلم من الطلاق بشكل مطلق[1] أو يمنع الأجنبي الذي أسلم من حقه في طلاق زوجته بإرادته المنفردة[2]. كما يقع باطلا كل اتفاق على عدم الطلاق[3].

وإذا كان القانون الأجنبي الواجب التطبيق على انحلال الزواج يقضي بحلّ رابطة الزواج بسبب تغيير الزوج لدينه ودخوله للإسلام فيتم استبعاده لتعارضه مع أحكام الشريعة الإسلامية التي تبيح للمسلم الزواج بالكتابية[4]. أما إذا كانت الزوجة هي التي أسلمت و لم يُسلم زوجها فيُعرض عليه الإسلام إذا رفضه وبقي على دينه فلابد من فكّ رابطة الزواج لمنع الشريعة الإسلامية زواج المسلمة بغير المسلم. فإذا كان القانون الواجب التطبيق يمنع انحلال الزواج بسبب دخول الزوجة في الإسلام وبقاء زوجها على دينه فلا يُقبل تطبيقه[5]. وإن كان هذا المبدأ مسلّما به في الدول العربية، فإنّ الأمر يختلف في فرنسا. فانطلاقا من مبدأ حرّية المعتقد يحق لكل زوج أن يمارس معتقداته الدينية كما له الحق في تغيير ديانته خلال الحياة الزوجية بشرط أن يكون ذلك خالصا وبدون نية الإساءة. وعلى أساس ذلك اعتبر القضـــاء الفرنسي أنّ مجرد تغيير أحد الزوجين لديانته ليس سببا لطلب الطلاق[6].

---

[1]- أنظر، محكمة الإسكندرية للأحوال الشخصية، 09 أبريل 1951، بالمجلة المصرية للقانون الدولي، 1951، ص.194، مقتبس عن صلاح الدين جمال الدين، فكرة...، المرجع السابق، ص. 59.

[2]- أنظر، محكمة استئناف القاهرة، 12 يونيو 1952، مقتبس عن صلاح الدين جمال الدين، فكرة...، المرجع السابق، ص. 60.

- محكمة القاهرة،5 مارس 1957، مقتبس عن سامي بديع منصور، المرجع السابق، ص.767.

ولكن رغم إجازة الشريعة الإسلامية الطلاق بالإرادة المنفردة إلا أن محكمة تونس استبعدت في حكمها الصادر بتاريخ 19 أبريل 1977 القانون الإسلامي المغربي الذي يسمح بالطلاق بالإرادة المنفردة، واعتبرته متعارضا مع السياسة التشريعية التونسية. أنظر،سامي بديع منصور، المرجع السابق، ص. 767.

[3]-أنظر، زروتي الطيب، القانون الدولي...، المرجع السابق، ص. 187.

[4]- أنظر، عكاشة محمد عبد العال، دراسات في القانون الدولي الخاص في دولة الإمارات العربية المتحدة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية،د.س.ط، ص. 245.

[5]- أنظر، محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص. 68؛ صلاح الدين جمال الدين، تنازع...، المرجع السابق، ص. 259.

[6]- Le tribunal de grande instance de Pontoise a posé qu'il « est de principe qu'au cours du mariage un époux peut changer de religion sans que ce seul changement puisse être valablement considéré pour l'autre conjoint comme une cause de divorce, en décider autrement serait porter atteinte à la liberté de conscience du nouvel adepte… ». T.G.I de Pontoise, 17 Février 1972, cité par Laurence BOURDIER, Sectes et droit de la famille :

ولقد استبعد القضاء المصري في أحد قراراته القانون اليوناني الواجب التطبيق وقرّر تطليق الزوجة اليونانية من زوجها اليوناني غير المسلم بسبب اعتناق الزوجة الإسلام[1].

ولاشك أنّ تدخل النظام العام في الدول المتعددة الشرائع يكون أقل حدّة عنه في الدول الأحادية التشريع. فالدول المتعددة الشرائع كمصر تُطبّق فيها إلى جانب الشريعة الإسلامية نظم أخرى خاصة بطائفة المصريين غير المسلمين. وكل هذه الشرائع تختلف عن بعضها البعض في تنظيم طرق وشروط حل رابطة الزواج. لذلك فلا يثور الدفع بالنظام العام في الدول المتعددة الشرائع إذا تعارض النظام القانوني والإجتماعي في شكله العام. بينما في الدول الأحادية التشريع التي تتضمن قوانينها قواعد موحّدة لتنظيم طرق حلّ رابطة الزواج يكون تدخل النظام العام فيها أكثر حدّة بحيث قد تُستبعد القوانين الأجنبية التي تُعيّن طرقا غير معروفة في قوانينها. في حين أنه في مصر أو لبنان لا يُطرح هذا الإشكال بنفس الحدّة لأنّ طرق انقضاء الزواج متنوعة ومتعددة تختلف باختلاف الشرائع المعترف بها في كلا البلدين[2].

وكما يحول النظام العام دون تطبيق القانون الأجنبي المتعارض بشكل صارخ و المفاهيم الأساسية لبلد القاضي فإنه يحول أيضا دون إمهار الأحكام الأجنبية بالصيغة التنفيدية ومن ذلك ماقضت به محكمة بشار في حكمها الصادر بتاريخ2007/01/30 حيث رفضت هذه المحكمة إمهار حكم الطلاق الصادر بألمانيا بتاريخ2004/07/01 بالصيغة التنفيذية وذلك بعد أن تبين لها أن هذا الحكم مبني على قانون الإجراءت المدنية الألماني وليس قانون الأسرة الجزائري المستمد من الشريعة الإسلامية ولما كان تنفيذ الأحكام الأجنبية مقيدا بعدم تعارضها

Stratégies du juge civil, Justice et religion, Journées d'étude du 1er et 2 Décembre 2000, l'Harmattan, 2002, p. 301.

[1]- أنظر، محكمة استئناف القاهرة، 13 فبراير 1951، مقتبس عن صلاح الدين جمال الدين، فكرة...، المرجع السابق، ص. 60.

[2]- أنظر، هشام علي صادق، دروس...، المرجع السابق، ص.290-291؛ فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، المرجع السابق، ص.284.

مع النظام في حين أنه لم يراعى في حكم الطلاق الصادر بألمانيا أحكام الشريعة الإسلامية فإنه يترتب على ذلك رفض إمهار هذا الحكم بالصيغة التنفيذية[1].

وبعد أن عالجنا أكثر الحالات التي يتدخل فيها النظام العام في الدول العربية لمنع تطبيق القانون الواجب التطبيق على الطلاق نتناول فيما يلي حالات تدخله في القضاء الفرنسي.

الفرع الثاني
إعمال النظام العام
من طرف القضاء الفرنسي في شأن الطلاق

تختلف حالات تدخل النظام العام في فرنسا باختلاف المراحل التشريعية التي مرّت بها. فقبل قانون 11 جويلية 1975 كان يتعارض مع النظام العام العام الفرنسي القانون الأجنبي الذي يتساهل في منح الطلاق مقارنة مع القانون الفرنسي. لكن بعد صدور هذا القانون أجاز المشرع الفرنسي الطلاق بالتراضي والطلاق بسبب انقطاع الحياة المشتركة، فأصبح النظام العام يتدخل لاستبعاد القوانين المشدّدة[2] كتلك التي لا تنظّم أي وسيلة لحل ربطة الزواج[3].

ويحول النظام العام في فرنسا دون تطبيق القانون الأجنبي الذي يعترف بالطلاق بالإرادة المنفردة، وذلك لمساس هذا الطلاق في نظر المحاكم الفرنسية بمبدأ المساواة بين الزوجين. فقد استبعد القضاء الفرنسي في العديد من أحكامه[4] القوانين الأجنبية التي تعترف بهذا الطلاق. وإذا أوقعه المسلم بفرنسا فلا يُعترف به بالرغم من جوازه طبقا لقانونه الشخصي[5].

---

[1]-أنظر، الملحق رقم2.

[2]-Cf. Patrick COURBE, Divorce et séparation du corps, rép. Internat, J.C.P., 1998, tome.1, 1999-2, Dalloz, p.13,n° 139-40.

[3]- Arrêt Patino, précité, p. 33

[4]- C.A.Paris,7 Juillet 1959,cité par Yvon LOUSSOUARN, Pierre BOUREL, op. cit.,p. 397 ; T.G.I. Paris 26 Janvier 1978, cité par Paul LAGARDE, op.cit., p.06,n° 43 ; cour d'Aix en Provence 21 Janvier 1981, cité par Yvon LOUSSOUARN, Pierre BOUREL, op.cit., p. 398 ; cass. 1re civ., 4 Mai 1994, cité par Jean DERRUPPE, op. cit., p. 136; cass. civ., 13 Décembre 1994, cité par Nouhad RIZKALLAH, op. cit., p. 128.

[5]- T.G.I, Paris, 5 Décembre 1979, cité par Daniel GUTMANN, op. cit., p. 103 ; cass. 1re. civ., 15 Juin 1982, cité par Paul LAGARDE, op. cit., p. 06. n° 43.

وإذا كان القضاء الفرنسي يعترف بآثار الطلاق بالإرادة المنفردة الذي يتم بشكل صحيح في الخارج استنادا لفكرة الأثر المخفف للنظام العام، إلاّ أنه مع ذلك لا يعترف بآثار هذا الطلاق متى وُجدت صلة تربط التراع بالنظام القانوني الفرنسي. فإذا كانت الزوجة أو الزوجان مقيمان بفرنسا، فإنّ ذلك مبرر لعدم الإعتراف بآثار الطلاق بالإرادة المنفردة بالرغم من إيقاعه في الخارج طبقا للقانون الشخصي للزوج. ولقد أكّد القضاء الفرنسي على هذه الحالة في العديد من قراراته، منها خاصة ثلاث قرارات صدرت عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 17 فبراير 2004[1].

كما لا يُقبل في فرنسا تطبيق القانون الأجنبي الذي يمنع الفرنسي المقيم بفرنسا من الطلاق حيث رفض القضاء الفرنسي تطبيق القانون الإسباني لمنعه الطلاق بين فرنسية مقيمة بفرنسا وزوجها الإسباني المقيم بإسبانيا لتعارض ذلك مع النظام العام الفرنسي، إذ أنّ السماح بتطبيق هذا القانون الإسباني يؤدي إلى حرمان الزوجة من الطلاق، وهذا غير مقبول بفرنسا إذ من حق الزوجة الفرنسية أن تطلب الطلاق مساواة ببقية الفرنسيين[2].

وفي حالات أخرى، امتنع القضاء الفرنسي عن تطبيق القانون الأجنبي الذي يقوم على قيم ومفاهيم بعيدة جدا عن القانون الفرنسي. فقد استبعدت محكمة الإستئناف بباريس بحجة

---

[1]- La cour de cassation a décidé que : « Même si elle résulte d'une procédure loyale et contradictoire, la décision (étrangère) constatant une répudiation unilatérale du mari qui s'effectue sans donner d'effet juridique à l'opposition éventuelle et la femme et en privant l'autorité compétente de tout pouvoir antre que celui d'aménager les conséquences financières de cette rupture du lien matrimonial est contraire au principe d'égalité des époux lors de la dissolution du mariage reconnu par l'article 5 du protocole du 22 Novembre 1984, n° 7, additionnel à la convention européenne des droits de l'homme que la France s'est engagée à garantir à toute personne relevant de juridiction et donc à l'ordre public international (…), des lors que la femme sinon les deux époux sont domiciliés sur le territoire français ». Cf. Pierre MAYER, Vincent HEUZE, op. cit., p. 424.

[2]- Cass civ., 1re Avril 1981, cité par Henri BATIFFOL, Paul LAGARDE, op. cit., p. 579.

عدم المساواة بين الجنسين القانون الذي يُعطي للزوج حق طلاق زوجته بسبب زنا الزوجة ويمنع هذا الحق عن الزوجة في الحالة العكسية[1].

وبعد فكّ الرابطة الزوجية غالبا ما يُطرح مشكل حضانة الأطفال، وبما أنّ غالبية التشريعات لم تنص على قاعدة إسناد خاصة بالحضانة فإنه لابد من تحديد القانون المختص قبل التعرض لتطبيقات الدفع بالنظام العام في هذا الشأن.

المطلب الثاني
النظام العام والحضانة

عرّف المشرع الجزائري الحضانة على أنها "رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحيا وخلقيا"[2]. وعرّفها المشرع المغربي على أنها "حفظ الولد مما قد يضره والقيام بتربيته ومصالحه"[3]. وجاء في الفصل 54 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية أنّ "الحضانة هي حفظ الولد من مبيته والقيام بتربيته".

يُلاحظ أنّ المشرع الجزائري وإن كان قد اعتمد عند تعريف الحضانة على تعداد واجبات الحاضن وأهدف الحضانة، إلاّ أنه قد وُفق في جمع كل الحاجيات الأساسية والضرورية للمحضون[4].

وتُعتبر الحضانة من بين النزاعات العويصة التي قد تُطرح على القاضي وذلك لارتباطها المباشر بالطفل الذي يشكّل المحور الأساسي في العلاقة، مما يتعين معه على القاضي أن يكون حريصا على الحكم طبقا لما يحقق مصلحة المحضون. وإن كانت معظم القوانين تجعل من مصلحة المحضون الهدف الأساسي الذي يتعيّن مراعاته من طرف القضاء إلاّ أنها لا تتفق على

[1]-C.A.Paris, 28 Juin 1973, cité par Daniel GUTMANN, op. cit., p. 151 ; Patrick COURBE, op. cit., p. 13, n°141.

[2]- المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري.

[3]- المادة 163من مدونة الأسرة المغربية.

[4]- أنظر، عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص. 139.

مفهوم موحّد ومحدّد لمفهوم هذه المصلحة، لذلك غالبا ما يثور الدفع بالنظام العام فيُستبعد القانون الأجنبي المختص ويُطبّق قانون القاضي.

بالإضافة إلى ذلك فإنّ الحضانة كثيرا ما تثير مشكل تنازع القوانين خاصة وأنّ معظم التشريعات لم تخصّها بقاعدة إسناد خاصة. لذلك يبقى تحديد القانون الواجب التطبيق عليها منوطا بتكييفها القانوني والذي يخضع لقانون القاضي. ويمكن حصر اتجاهات الفقه في شأن تكييف الحضانة في ثلاث اتجاهات أساسية:

الاتجاه الأول: يرى غالبية الفقه الفرنسي[1] أنّ الحضانة أثر من آثار عقد الزواج على أساس أنّ الولد المعني بالحضانة ناتج عن علاقة زواج، وبذلك فهي تخضع للقانون الذي يحكم آثار الزواج وهو قانون الزوج وقت الانعقاد. وقد وُجهت لهذا الرأي العديد من الإنتقادات أهمّها أنّ مشكل الحضانة لا يُطرح إلاّ بعد انتهاء عقد الزواج.

الاتجاه الثاني: يتّجه رأي فقهي آخر[2] إلى تكييف الحضانة على أنها أثر من آثار انحلال الزواج، فأثناء الحياة الزوجية يكون الأولاد تحت الرعاية المشتركة لكلا الوالدين أما بعد انفصالهما فيتخاصم كلاهما حول من تُسند إليه حضانة الأولاد.

الاتجاه الثالث: يرى هذا الاتجاه[3] أنه لما كانت الحضانة التزام يقع على من يثبت إليه نسب المحضون فهي بذلك تُعتبر أثرا من آثار النسب.

---

[1]- Henri BATIFFOL, Traité élémentaire de droit international privé, Paris 3ème édition, 1959, p. 520 ; J.P. NIBOYET, Cours de droit international privé français, Paris, 2ème édition , 1949, p. 563, مقتبس عن صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص. 292.

[2]-Mohand ISSAD, op. cit., p.533.

[3]- عنايت عبد الحميد ثابت،تنازع القوانين من حيث المكان وأحكام فضّه في القانون اليمني، الطبعة.2، دار النهضة العربية، 1990، ص. 291؛ بدر الدين شوقي، من أحكام الصغير من القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة، مجلة إدارة قضايا الحكومة، العدد الثاني، 1979، ص. 61؛ منصور مصطفى منصور، مذكرات في القانون الدولي الخاص، 1957، ص. 240، مقتبس عن صلاح الدين، تنازع...، المرجع السابق ، ص. 295.

أما بالنسبة لموقف التشريعات من القانون الذي يحكم الحضانة نصّت بعضها صراحة على القانون الواجب التطبيق كالقانون الكويتي حيث جاء في المادة 43 منه على أنه: "يسري قانون جنسية الأب في الولاية على النفس وفي الحضانة".

كما وضع المشرع التونسي ثلاث ضوابط إسناد وترك للقاضي حرّية اختيار القانون الأفضل للطفل، حيث ينص الفصل 50 من القانون الدولي الخاص التونسي:"تخضع الحضانة للقانون الذي وقع بمقتضاه حل الرابطة الزوجية أو القانون الشخصي للطفل أو قانون مقره".

أما البعض الآخر كالقانون الجزائري فلم يحدد القانون الذي تخضع له الحضانة. لذلك إذا ما أثير نزاع أمام القضاء الجزائري فعلى القاضي أولا أن يكيّف الحضانة طبقا لقانونه[1] لمعرفة القانون الذي تُسند له. ولما كانت الحضانة تندرج ضمن مواضيع الأحوال الشخصية التي نظّمها المشرع الجزائري في الفصل الثاني من قانون الأسرة تحت عنوان آثار الطلاق[2]، فهذا يعني أنّ الحضانة حسب القانون الجزائري تعتبر أثرا من آثار الطلاق مما يؤدي إلى خضوعها لنفس القانون الذي يحكم الطلاق وهو قانون الزوج وقت رفع الدعوى[3]. كما يُطبّق نفس الإستثناء المقرّر بشأن الطلاق على الحضانة[4]، إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج فإنّ القانون الجزائري هو الذي يُطبّق على الحضانة، فيرجع إليه القانون لتحديد من تثبت له الحضانة حالات سقوطها،مدتها إلخ.

ويبقى تطبيق القانون الأجنبي المختص مقيّدا بعدم تعارضه مع النظام العام في دولة القاضي، وإلاّ فيتم استبعاده متى تبيّن للقاضي أنّ تطبيقه يمسّ بمصلحة المحضون. ولما كانت هذه المصلحة ذات مفهوم نسبي يختلف باختلاف الدول وكذلك من طفل لآخر حسب سنّه،

[1]- المادة 9 من القانون المدني الجزائري.
[2]- من المادة 62 إلى المادة 72 من قانون الأسرة الجزائري.
[3]- المادة 12 معدلة من القانون المدني الجزائري.
[4]- المادة 13 من القانون المدني الجزائري.

جنسه وظروفه بشكل عام[1]. فمتى يتعارض القانون الواجب التطبيق على الحضانة مع النظام العام سواء في الدول العربية أو في فرنسا؟

الفرع الأول
إعمال النظام العام
من طرف قضاء بعض الدول العربية في شأن الحضانة

تُعتبر التربية الدينية من بين العناصر الأساسية التي تقوم عليها مصلحة المحضون في الدول العربية، لذلك إذا كانت الأم هي الأولى بحضانة أولادها إلاّ أنه قد تُسحب منها متى قررت الإستقرار ببلد أجنبي غير مسلم، فلاشك أنّ الطفل المحضون يتأثّر بعادات وأخلاق البلد الذي ينشأ فيه مما يشكّل خطرا على معتقداته الدينية[2].

ولتفادي ذلك تتّفق التشريعات العربية[3] على ضرورة تربية المحضون على دين أبيه وهو الدّين الإسلامي إذ أنّ المسلمة لا يجوز لها الزواج بغير المسلم. ومن ثمّ، فإن الأبناء الناجمين عن الزواج المختلط يكونون مسلمين تلقائيا. كما أنّ تربية المحضون على دين أبيه يفرضه مركز الأب في الأسرة باعتباره ربّ العائلة وصاحب السلطة فيها، مما يخوله حق تربية أولاده وتوجيههم[4].

وسعيا لتحقيق هذا الهدف قرّر القضاء الجزائري في العديد من أحكامه إسقاط الحضانة عن الأم لإقامتها ببلد أجنبي ومن ذلك قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 19 فبراير 1990 والذي قضى أنه: "متى كان من المقرر شرعا وقانونا أن إسناد الحضانة يجب أن تراع فيها مصلحة المحضون والقيام بتربيته على دين أبيه، ومن ثم فإنّ القضاء بإسناد حضانة الصغار إلى

---

[1]- Cf. N. KHELEF née LAMOUDI, La déchéance de la hadhana, mém. Magister, Alger, 1984, p. 81,
مقتبس عن تشوار حميدو زكية، مصلحة المحضون في ضوء الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية، دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة، الجزء.1، طبعة.1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2008، ص. 104.

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

[3]- المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري، المادة 173 من مدونة الأحوال الشخصية المغربية، الفصل 59 ومن مجلة الأحوال الشخصية التونسية.

[4]- أنظر، تشوار حميدو زكية، المرجع السابق، ص. 335.

الأم التي تسكن في بلد أجنبي بعيدا عن رقابة الأب كما هو حاصل في قضية الحال يُعدّ قضاء مخالفا للشرع والقانون ويستوجب نقض القرار المطعون فيه"[1].

ونفس الحلّ تبنّته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 21 نوفمبر 1995، حيث جاء محتواه كما يلي: "وحيث أنّ من أسباب سقوط الحضانة عن الأم وإسنادها إلى الأب وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة، يعود إلى أنّ الأم تقيم بفرنسا والأب مقيم بالجزائر ويتعذّر في هذه الحالة على الأب الإشراف على أولاده المقيمين مع أمهم وكذا حقه في الزيارة لبعد المسافة"[2].

فالمستقر عليه في القضاء الجزائري[3] هو منح الحضانة لأحد الوالدين الذي يقيم بالجزائر ولو كان غير مسلم[4]، ما لم يُخش على دين المحضون. وهذا ما أكّده المجلس الأعلى في قراره الصادر بتاريخ 05 أبريل 1982 الذي قضى بموجبه بأنّ "العمل بالمجلس الأعلى فيما يخص الحضانة لا يميز فيما بين الأم المسلمة والأم المسيحية فلكليهما الأولوية فيها طالما كانتا تعيشان بالجزائر وغير بعيدتين عن أب أو ولي المحضون... وعليه فما دامت أم البنتين مقيمة بهما بالجزائر فلا حق للطاعن فيما يقول فإذا همّت بالخروج بهما فالعدالة بجانبه والطرق القانونية كفيلة بحمايته"[5].

ونفس المعنى مكرّس في قرار آخر صادر عن نفس المجلس حيث قرر أنه: "من المقرر شرعا وقانونا أنّ الأم أولى بحضانة ولدها ولو كانت كافرة إلاّ إذا خيف على دينه..."[6]. أما

---

[1]- أنظر، المحكمة العليا،غ.أ.ش.م، 19 فبراير 1990، ملف رقم 59013، مجلة قضائية، 1991، عدد4، ص. 117.

[2]- أنظر، المحكمة العليا،غ.ا.ش.م، 21 نوفمبر 1995، ملف رقم 111048، نشرة القضاة، العدد 52، ص. 102.

[3]- حيث جاء في قرار صدر عن المجلس الأعلى: "أن تسند لأحد الأبوين الذي يسكن بالجزائر سواء كان أما أو أبا".أنظر، المجلس الأعلى،25 ديسمبر 1989، ملف رقم 56597 مجلة قضائية، 1991، عدد3،ص. 61، مقتبس عن عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص. 240.

[4]- Cf. Mohiédine AKKACHA, La garde de l'enfant à travers la jurisprudence récente en Algérie, Revue des sciences juridiques et administratives, Université de Tlemcen, 2005, n° 03, p. 63.

[5]- أنظر، المجلس الأعلى،غ.أ.ش، 05 أبريل 1982، ملف رقم 23063، مقتبس عن تشوار حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة تلمسان، 2005/2004، ص. 568.

[6]- أنظر، المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 13 مارس 1989، ملف رقم 52221، مجلة قضائية، 1993، عدد1، ص. 49.

إذا ثبت أنّ الأم غير المسلمة التي أُسندت لها الحضانة تربّي ابنها على غير دين أبيه فتسقط عنها الحضانة خشية على دين المحضون. وقد نقض المجلس الأعلى حُكما أسند الحضانة لأم مسيحية ثبت أنها تربّي ابنها على الدّين المسيحي[1].

وفي قرار آخر قضى مجلس الجزائر بإسناد حضانة طفلين جزائريين لأمهما الفرنسية شريطة أن تمارس الحضانة في الجزائر. وبعد طعن الزوج بالنقض في هذا القرار أمام المحكمة العليا، نقضت هذه الأخيرة قرار المجلس على أساس أنّ قضاة الموضوع لم يتأكّدوا من أنّ المعنية بالحضانة لها إقامة فعلية بالجزائر في حين أنّ ملّف القضية يثبت أنّ الأم تقيم بفرنسا مما قد يحرم الأب من ممارسة سلطته الأبوية ومراقبة تربية ابنه. ويتضح من هذه القضية مدى حرص القضاء الجزائري على ضمان تربية الأطفال الناجمين عن الزواج المختلط بالجزائر ومنح الأب إمكانية مراقبة ومتابعة تربيته[2].

وفي نفس السياق وحرصا على تربية الطفل على دين أبيه، رفضت المحاكم التونسية إمهار الحكم الأجنبي بالصيغة التنفيذية وذلك خوفا على ما يرتبه نقل المحضون لبلد أجنبي من انفصاله عن دينه وحضارته، حيث قررت محكمة التعقيب أنّ: "عدم مساس الحكم الأجنبي بقواعد النظام العام يُنظر إليه في صورة الحال من زاوية عدم تصادمه مع ما يتطلّبه دستورها من مقوّمات ذاتية للأسرة والمجتمع تندرج في تكوينها المناهج التربوية والدّينية واللّغوية ويكفل بصفة خاصة حب الوطن وهي في الإسلام ركن أساسي من أركان الإيمان وتأسيسا على ذلك فإنّ نقل المحضون إلى بيئة مغايرة لبيئته الأصلية دينا ووطنية وحضارة لا يخلوا من خطر

[1]-أنظر، المجلس الأعلى،16 أبريل 1979، ملف رقم19287، نشرة القضاة1981، عدد2، ص.108، مقتبس عن الغوتي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه و القضاء، طبعة.1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2005، ص.131.

[2]- Cf. Abderrahmane HERNANE, La Hadhâna dans ses rapports avec la puissance paternelle en droit algérien, O.P.U, Alger, 1996, p. 177-178.

انبتاته عن مقوماته الذاتية مما يتّجه معه رفض مطلب إكساب الحكم الأجنبي الصيغة التنفيذية"[1].

وجاء في قرار آخر لنفس المحكمة أنّ: "حكم طلاق الأجنبية من زوجها التونسي المسلم الصادر بالخارج وإسناده حضانة الولد لها وهو يعيش عند والده بتونس أين يمكن تنفيذ الحكم بالنسبة للحضانة بعد إكسابه الصفة التنفيذية من طرف القضاء التونسي حسب القانون الذي أوجب عدم تعارض ذلك الحكم مع قواعد النظام العام بتونس الذي منها العروبة والإسلام اللّذين هما من مقوّمات السيادة التونسية حسب دستورها ولا يمكن الحياد عنها، وبذلك فإن ما ذهب إليه الحكم التونسي من إكساب الحكم الأجنبي الصفة التنفيذية فيه خرق للقانون يوجب نقضه"[2].

ولنفس المبررات رفض القضاء التونسي إمهار الحكم الأجنبي بالصيغة التنفيذية لإسناده الحضانة للأم المقيمة بألمانيا، فقضت محكمة التعقيب أنه: "لا يكتسي الحكم الأجنبي بإسناد حضانة الطفل التونسي إلى أمه الأجنبية المستقرة بألمانيا الصيغة التنفيذية، إذا تضمّن ما يخالف قواعد النظام العام التونسي"[3].

ولا يختلف موقف القضاء السوري عن القضاء الجزائري والتونسي، حيث قضى القرار الصادر عن محكمة النقض بتاريخ 31 مارس 1975 أنه: "لا يحق للحاضنة حضانة ولدها في غير موطن وليه الذي جرى عقد زواجها منه ولا يحق لأم الحاضنة ما لا يحق للأم"[4].

---

[1]- أنظر، محكمة التعقيب، 15 ماي 1979، مجلة القضاء والتشريع، 1980، عدد 10، ص. 79، مقتبس عن تشوار حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين...، المرجع السابق، ص. 310.

[2]- أنظر، محكمة التعقيب، 03 جوان 1982، المجلة التونسية للفقه والقضاء، عدد3،ص. 59، مقتبس عن تشوار حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين...، المرجع السابق، ص. 567.

[3]- أنظر، محكمة التعقيب، 19 أكتوبر 1985، نشرية محكمة التعقيب، 1985، جزء.2، ص. 61، مقتبس عن تشوار حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين...، المرجع السابق، ص. 61.

[4]- أنظر، محكمة النقض، 31 مارس 1975، قضية رقم 70/124، مقتبس عن تشوار حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين...، المرجع السابق، ص. 553.

وقرر القضاء المصري في دعوى رفعتها نمساوية تطالب بحضانة ابنتها مع إمكانية نقلها إلى النمسا -وذلك بعد أن طلقها زوجها المصري بمصر- "أن الأم لا تقيم في مصر بل تقيم بالنمسا وهي بعيدة عن موطن الأب ومن تم تُفوّت عليه حقّه في رؤية الصغيرة والإشراف على تربيتها وهو أمر ليس في صالح الطفلة ويقتضي الأمر أن تكون في حضانة جدتها لأبيها حتى يتم تربيتها في وطن الأب وعلى ديانته"[1].

يتّضح من الأحكام سالفة الذكر أنّ مصلحة المحضون تقتضي تربيته على دين أبيه ولا يتحقق هذا الهدف إلاّ إذا نشأ المحضون في بيئة إسلامية[2]. ومع ذلك إذا أراد الحاضن الإقامة في بلد أجنبي، فإنّ القضاء هو الذي ترجع له صلاحية إثبات أو إسقاط الحضانة عنه حسب ما تقتضيه مصلحة المحضون[3]. ولكن ما الذي يقصده المشرع الجزائري بالبلد الأجنبي هل الأمر يقتصر على الدول غير الإسلامية أم يشمل كل الدول؟

إنّ موقف القضاء الجزائري واضح في هذا الشأن، فبالرجوع للقرار الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 2 يناير1989 يتّضح أنّ الحضانة تسقط عند التوطن ببلد أجنبي غير مسلم. وهذا ما يُستنتج من مضمون قرار المجلس الأعلى الذي نصّ على أنه: "من المقرر قضاء في مسألة الحضانة أنه وفي حالة وجود أحد الأبوين في دولة أجنبية غير مسلمة وتخاصما على الأولاد بالجزائر فإن من يوجد بها يكون أحق بهم ولو كانت الأم غير مسلمة، ومن المقرر قانونا أنّ الأحكام والقرارات الصادرة عن الجهات القضائية الأجنبية التي تصطدم وتخالف النظام العام الجزائري لا يجوز تنفيذها، ومن ثمّ فإن النّعي على القرار المطعون فيه لمخالفة القانون غير مبرر يستوجب رفضه"[4].

---

[1]- أنظر، محكمة استئناف القاهرة، حكم صادر سنة 1982، مقتبس عن صلاح الدين جمال الدين، مشكلات حضانة الأطفال في زواج الأجانب، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004، ص. 61.

[2]- أنظر، أحمد داود رقية، المرجع السابق، ص. 85.

[3]- طبقا للمادة 69 من قانون الأسرة الجزائري: "إذا أراد الشخص الموكل له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه، مع مراعاة ة مصلحة المحضون".

[4]- أنظر، المجلس الأعلى، 12 جانفي 1989، ملف رقم 52207، مجلة قضائية، 1990، عدد 4،ص. 74، مقتبس عن ولد الشيخ شريفة، تنفيذ الأحكام الأجنبية، دار هومه، الجزائر،2004، ص. 176-177.

ونخلص مما سبق، أنّ السفر بالمحضون إلى بلد أجنبي يتعارض مع النظام العام في الدول العربية متى كان هذا البلد غير إسلامي. ففي هذه الحالة سيُحرم الأب من حقّه في زيارة ومراقبة ابنه. كما أنه سيُخشى على الطفل المحضون من تأثّره بدين الدولة التي يترعرع فيها لهذا تُسند الحضانة للطرف المقيم ببلد إسلامي ولو كان غير مسلم. فالقانون الجزائري لم يشترط أن تكون الحاضنة مسلمة. كما أنّ القانون التونسي وإن كان قد اشترط أن يكون الحاضن من دين أب المحضون إلاّ أنه نص صراحة على أنّ هذا الشرط لا ينطبق إذا كانت الحاضنة هي أم المحضون[1]. فلا مانع في تونس أو الجزائر من منح الحضانة للأم غير المسلمة طالما لم تقرر السفر بابنها لبلد أجنبي غير مسلم. أما إذا انتقلت به إلى دولة غير إسلامية، فإنها تفقد حقها في الحضانة ولو كانت مسلمة. وهذا ما صرح به القضاء التونسي في القرار الصادر عن محكمة التعقيب بتاريخ 09 نوفمبر 1982 حيث قضى أنّ: "الزوجة التونسية المفارقة وهي تعيش بالخارج وامتنعت من الرجوع لتونس أين يقيم مفارقها التونسي تفقد حقّها في حضانة الأولاد ويُحكم بها لوالدهم دون حرمانها من حق زيارتهم وبذلك فإنّ الحكم الذي قضى بذلك لا يُطعن فيه"[2].

يُستنتج من القرارات السابقة أنّ إقامة أحد الوالدين في بلد غير إسلامي وتوطن الطرف الآخر في دولة إسلامية هو السبب في إسقاط الحضانة عن الأم التي كانت في معظم الحالات السابقة تقيم ببلد غير إسلامي. فلضمان تربية المحضون على دين أبيه أُسندت الحضانة لمن يستقر في دولة إسلامية. أما إذا كان كلا الوالدين يقيمان بالخارج، فمن غير

[1]- طبقا للفصل 59 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية إذا كانت الحاضنة على غير دين المحضون وتجاوز هذا الأخير سن الخامسة فإن الحضانة تسقط عنها ما لم تكن الحاضنة أما للمحضون،وقد أورد المشرع التونسي هذا الاستثناء لحماية مصلحة المحضون فالأم تبقى هي الأشفق والأحن على ابنها ولو كانت غير مسلمة ، ولكن في نفس الوقت لا يعني هذا أنه يمكن لها أن تربي ابنها على دينها. أنظر، عزوز بن تمسك، إسقاط الحضانة في القانون التونسي، مجلة العلوم القانونية والإدارية، جامعة تلمسان، 2005، رقم 03، ص. 97-99.

[2]- أنظر، محكمة التعقيب، 09 نوفمبر 1982، نشرته محكمة التعقيب 1982، الجزء.4، ص.211، مقتبس عن تشوار حميدو زكية، مصلحة المحضون في ضوء...، المرجع السابق، ص. 349.

المعقول أن تتقرّر الحضانة في الجزائر ما دام كلا الأبوين يعيشان في بلد أجنبي. وقد تمّ التأكيد على هذا الموقف من خلال القرار الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 25 ديسمبر 1989[1].

وإن كانت تربية الطفل المحضون على دين أبيه من أهم العناصر التي تقوم عليها مصلحة المحضون في الدول العربية، فمتى تتحقق هذه المصلحة في نظر القضاء الفرنسي؟

الفرع الثاني
إعمال النظام العام
من طرف القضاء الفرنسي في شأن الحضانة

إنّ القضاء الفرنسي كما هو شأن قضاء الدول العربية يضع مصلحة المحضون في أعلى المراتب، فيُستبعد على أساس ذلك كل قانون أجنبي يُسند الحضانة لأحد الوالدين دون مراعاة هذه المصلحة. كأن يكون هذا القانون الأجنبي يمنح الحضانة للأب دون الأم على أساس التمييز العنصري ضدّ المرأة. فهذا القانون الذي يخلّ بمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة ولا يراعي حاجيات الطفل يتعارض مع النظام العام الفرنسي[2].

ومن بين الحالات التي نظر فيها القضاء الفرنسي واستبعد بموجبها القانون المختص بحجة منحه الحضانة لأحد الوالدين بشكل تلقائي دون الأخذ بعين الاعتبار بمصلحة المحضون، نذكر القرار الصادر بتاريخ 11 جويلية 1974 والذي تمّ بموجبه استبعاد القانون الأجنبي بحجة إسناده حضانة الأطفال لأحد الوالدين على أساس اعتبارات السن أو الجنس[3].

كما امتنع القضاء الفرنسي عن الإعتراف بحكم الطلاق الصادر عن القضاء التونسي على أساس منحه حضانة الأطفال للزوج دون مراعاة المصلحة الفعلية للأطفال[4]، فالأحكام الأجنبية التي لا تراعي مصلحة المحضون لا ترتّب أي آثار في فرنسا.

---

[1]- أنظر، صلاح الدين جمال الدين، تنازع...، المرجع السابق، ص. 391.
[2]- أنظر، المجلس الأعلى،25 ديسمبر 1989، مقتبس عن عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص.241.
[3]- C.A.Paris, 1 Juillet 1974 , cité par Patrick COURBE, op. cit., p. 13, n° 144.
[4]- Cass. 1re civ., 30 Janvier1979, cité par Paul LAGARDE, op. cit., p.7, n° 44.

ومن المبادئ المستقر عليها في فرنسا هو إمكانية نقل حضانة الطفل لغير الوالدين متى اقتضت مصلحة المحضون ذلك. ومن ثمّ، فإنّ كل قانون أو اتفاق يقضي بخلاف ذلك يصطدم مع النظام العام الفرنسي. وقد أكّد القضاء على هذا المبدأ عندما قرّر عدم الإعتراف بآثار الإتفاق الذي أبرمه زوجان مكسيكيين طبقا لقانون جنسيتهما والذي قرّر بموجبه عدم إسناد حضانة طفلهما للغير[1].

بعد أن عالجنا تطبيقات الدفع بالنظام العام فيما يخص الطلاق والحضانة، نبين فيما يأتي الحالات التي يقف فيها النظام العام كحاجز لمنع تطبيق القانون المختص بحكم مسائل الميراث.

المطلب الثالث
النظام العام والميراث

يقصد بالميراث الخلافة عن المتوفى بسبب قرابة أو زوجية بحكم القانون[2]. ويثير هذا الموضوع العديد من الخلافات بين الدول بداية بمسألة التكييف حيث وإن كان الميراث يندرج ضمن مواضيع الأحوال الشخصية في الدول العربية، فإنّ الأمر يختلف في دول أخرى حيث يُعدّ في فرنسا من مواضيع الأحوال العينية[3].

ويترتب على هذا الإختلاف في التكييف اختلاف قوانين الدول فيما يخص قاعدة الإسناد الخاصة بالميراث[4].

إضافة إلى مشكل تنازع القوانين يُثار كذلك مشكل الدفع بالنظام العام خاصة بين الدول العربية والدول الغربية نتيجة لقيام أحكام المواريث في الدول العربية على أسس دينية حيث تُستمد هذه الأحكام مباشرة من الشريعة الإسلامية، مما يؤدي إلى تعطيل قاعدة الإسناد

---

[1]- T.G.I Seine, 13 Juin 1960, مقتبس عن صلاح الدين جمال، تنازع...، المرجع السابق،ص. 391.

[2]- أنظر،إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص. 276.

[3]- Cf. Bernard AUDIT, Droit international privé, 2ème édition, édition Economica, Paris, 1997, p. 717.

[4]- أنظر،إبراهيم أحمد إبراهيم،المرجع السابق،ص.277.

الخاصة بالميراث كلما خالف القانون الأجنبي المختص أحكام الشريعة الإسلامية وذلك متى كان أحد أطراف العلاقة مسلما بغض النظر عن جنسيته. ومن ثمّ يُستبعد في الدول العربية باسم النظام العام القانون الأجنبي الذي يجيز التوارث بين المسلم وغير المسلم أو الذي يجيز الميراث للوارث الذي قتل مورّثه عمدا. كما يستبعد القانون الذي يُورّث الإبن الطبيعي من أبيه المسلم[1].

وتختلف حالات تدخل النظام العام لاستبعاد القانون الأجنبي المختص بحكم الميراث باختلاف الأسس التي يقوم عليها النظام القانوني في كل دولة. وقبل معالجة هذه الحالات نشير أولا للقانون الذي يخضع له الميراث.

الفرع الأول
القانون الواجب التطبيق على الميراث

إنّ اختلاف الدول في تكييف الميراث يؤدي إلى اختلافها في تعيين القانون الذي يخضع له، فبعض الدول كألمانيا، إسبانيا واليونان تُسند الميراث لقانون جنسية المتوفى[2]وهذا الحلّ مكرّس أيضا في تشريعات العديد من الدول العربية[3] التي ضبطت وقت الإعتداد بهذا القانون بوقت وفاة المورث. دول أخرى كالأرجنتين والدانمرك أخضعت الميراث لقانون موطن المتوفى[4]. ولقد تبنّت الدول سالفة الذكر مبدأ وحدة القانون الذي يخضع له الميراث، إذ أنها لم تميّز بين ميراث المنقول وميراث العقار وإنما أخضعت كل التركة لنفس القانون.

---

[1]- أنظر، عكاشة محمد عبد العال، دراسات...، المرجع السابق، ص. 256.

[2]- أنظر، علي علي سليمان، المرجع السابق، ص. 79.

[3]- تنص المادة 16 معدلة من القانون المدني الجزائري على أنه: "يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات التي تُنفذ بعد الموت قانون الهالك أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته". نفس الحل منصوص عليه في المادة 17 من القانون المدني الليبي والمادة 22 من القانون المدني العراقي والمادة 17 من القانون المدني المصري والمادة 19 من القانون المدني السوري والمادة 97 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي. أما المشرع التونسي نص على نفس الحل وأضاف ضابطين آخرين حيث نص الفصل 54 من مجلة القانون الدولي الخاص لسنة 1998 على أنه: "يخضع الميراث لقانون جنسية المتوفى عند الوفاة أو لقانون دولة آخر مقر له أو لقانون الدولة التي ترك فيها أملاكا".

[4]- أنظر، زروتي الطيب، المرجع السابق، ص. 197.

غير أنّ دول أخرى لم تتبن هذا المبدأ، بل خالفته حيث فرّقت عند تعيين القانون الواجب التطبيق على الميراث بين العقارات والمنقولات، فأخضعت ميراث العقار لقانون موقعه. أما ميراث المنقولات فاختلفت في شأنه، فبعضها أسنده لقانون موطن المتوفى كفرنسا[1]، بريطانيا[2] والولايات المتحدة الأمريكية. أما البعض الآخر، فأسنده لقانون جنسية المتوفى كالنمسا.

ولقد وُجّهت للحلّ الأخير الذي يفرّق بين ميراث المنقولات وميراث العقارات العديد من الإنتقادات نظرا لما يؤدي إليه إخضاع الميراث لأكثر من قانون فيُطبق مثلا على أثاث المترل قانون معين أما المترل فيخضع لقانون آخر[3].

ومتى أشارت قاعدة الإسناد للقانون الواجب التطبيق على الميراث، فإنه يتعيّن على القاضي أن يرجع إليه لتحديد الورثة، مراتبهم، أنصبتهم، موانع الميراث إلخ. ما لم يتعارض هذا القانون مع المفاهيم الأساسية السائدة في دولته وإلاّ فيتم استبعاده باسم النظام العام.

فما هي الحالات التي يتعارض فيها القانون المختص بحكم مسائل الميراث مع النظام العام في الدول العربية وفي فرنسا؟

الفرع الثاني
إعمال النظام العام
من طرف قضاء بعض الدول العربية في شأن الميراث

لما كانت الشريعة الإسلامية تشكّل مصدرا هامّا لأحكام المواريث في الدول العربية، فإنّ ذلك يؤدي إلى استبعاد القانون الأجنبي المختص كلما قرّر هذا الأخير أحكاما تتعارض مع القواعد الشرعية وتمسّ بحقوق الطرف المسلم. فلا يُقبل مثلا تطبيق القانون الأجنبي الذي يؤدي إلى حرمان المسلم من حقّه في الميراث. وهذا ما قرّره القضاء المصري في قضية أُثيرت

[1]- Cass.civ., 19 Juin 1963, cité par Bernard AUDIT, op. cit., p. 720.

[2]-المادة97من قواعد التنازع الإنجليزية.

[3]- أنظر، موسى عبود، الوجيز في القانون الدولي الخاص المغربي، طبعة. 1، المركز الثقافي العربي، 1994، ص. 266.

أمامه كان أطرافها مسلمين حيث تبيّن للقاضي المصري أنّ القانون الأجنبي المختص في هذه القضية هو القانون الفرنسي طبقا لقواعد الإسناد المصرية. غير أنّ تطبيق هذا القانون يؤدي إلى حرمان كل من الزوج والأخ من الميراث في حين أنّ قانون المواريث المصري رقم 27 لسنة 1943 المستمد من أحكام الشريعة الإسلامية يخوله حق الميراث. فاستبعد بذلك القضاء المصري القانون الفرنسي وطبّق بدله القانون المصري لصيانة حقوق الأطراف المسلمين في هذه القضية[1].

ويُعتبر كذلك مخالفا للنظام العام في الدول العربية القانون الذي يجيز التوارث بين المسلم وغير المسلم. وقد أكّد على هذا المانع القضاء المصري في قضية رفعتها زوجة لبنانية مسيحية الديانة ضدّ ورثة زوجها اللبناني المسلم إذ قرّرت محكمة النقض المصرية أنه: "ولئن كانت مسائل المواريث والوصايا وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت تخضع طبقا لنص المادة 17 من التقنين المدني لقانون المورث أو الموصي أو من صدرت منه التصرفات وقت موته إلاّ أنه متى كان القانون الواجب التطبيق أجنبيا، فإنّ تطبيقه يكون مشروطا بعدم مخالفة أحكامه للنظام العام وللآداب في مصر وفقا لما تقضي به المادة 28 من التقنين المدني. ولما كان ذلك وكان من الثابت في مدوّنات الحكم المطعون أنّ المتوفى لبناني الجنسية، فإنّ القانون اللبناني هو المرجع في تحديد الورثة وذلك في حدود ما لا يتعارض من أحكامه مع النظام العام ولآداب في مصر... لما كان ما سلف وكان الثابت من الأوراق أنّ المطعون عليها مسيحية الديانة ومن ثمّ تختلف ديانة عن المتوفّى، وكان من المقرّر وفقا لنص المادة السادسة من قانون المواريث رقم 88 لسنة 1943 أنّ اختلاف الدين من موانع الميراث، هي بدورها من القواعد الأساسية التي تستند إليها نصوص قاطعة في الشريعة الإسلامية وبالتالي تدخل في نطاق النظام

[1]- أنظر، محكمة النقض المصرية، 27 ماي 1964، مقتبس عن فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، المرجع السابق، ص. 329-330.

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

كما قد استبعد القضاء المصري في كثير من قراراته[2] القانون الأجنبي الذي ينص على جواز التوارث بين المسلم وغير المسلم ومن ذلك ما ذهبت إليه محكمة استئناف الإسكندرية التي استبعدت تطبيق القانون اليوناني لإجازته توريث المسلم من المسيحي[3].

ولا يختلف موقف القضاء الجزائري عن القضاء المصري في تقرير هذا المانع وإن كان المشرع الجزائري لم ينص صراحة على هذا المانع، إذ أنه اكتفى في المادة 138 من قانون الأسرة المعدّل بالنص على أنه يمنع من الإرث اللعان والردة. إلاّ أنه مع ذلك تمّ تكريس هذا المانع في القضاء الجزائري من خلال الأحكام القضائية الصادرة في هذا الشأن، منها قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 25 جويلية 1995 والذي تمّ بموجبه رفض الطعن بالنقض في القرار الذي صدر عن مجلس عنابة والذي صادق على حكم المحكمة الذي منع المدعي من الميراث لأنه كان كافرا وقت وفاة المورث المسلم[4].

وكما هو واضح من هذا القرار يُشترط أن يكون الوارث مسلما وقت وفاة مورثه المسلم. أما إذا أسلم بعد وفاته فلا ميراث له فالعبرة بوقت الوفاة. وهذا ما أكّدته نفس المحكمة في قرار آخر صدر بتاريخ 20 جوان 2001 حيث اعتبرت المحكمة العليا أنّ القضاء الذي منح الزوجة صفة الوارثة بالرغم من أنها لم تُسلم إلاّ بعد وفاة زوجها مخالفا للقانون[5].

---

[1]- أنظر، محكمة النقض المصرية، 20 جوان 1979، مقتبس عن صلاح الدين جمال الدين، فكرة...، المرجع السابق، ص. 62-63.

[2]- أنظر، محكمة استئناف الإسكندرية، 30 نوفمبر 1960، مقتبس عن سامي بديع منصور، المرجع السابق، ص. 587.

[3]- أنظر، محكمة استئناف الإسكندرية، 17 مارس 1963، مقتبس عن سامي بديع منصور، الدّين وتنازع القوانين في مادة الإرث والأحوال الشخصية، مجلة الدراسات القانونية،طبعة.1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2004، عدد 2، ص. 52.

[4]- أنظر، المحكمة العليا،غ.أ.ش.م، 25 جويلية 1995، ملف رقم 123051، مقتبس عن عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص. 113.

[5]-أنظر، المحكمة العليا، غ.أ.ش،م، 20 جوان 2001، ملف رقم 244899، مجلة قضائية 2003، عدد1، ص.345، مقتبس عن بلحاج العربي، أحكام التركات والمواريث، الطبعة.1، دار الثقافة للنشر والتوزيع،2009 ، ص.118.

إنّ منع التوارث بين مختلفي الدّين يُعتبر قاعدة ثنائية الإتجاه، فكما لا يجوز للكافر أن يرث المسلم، فكذلك هذا الأخير لا يجوز له أن يرث الكافر، وهكذا تتحقق العدالة بين كلا الطرفين[1].

ولما كان النظام العام ما هو إلاّ دفع استثنائي لا يُثار إلاّ عند المساس الصارخ بالمبادئ الجوهرية التي يقوم عليها النظام القانوني في بلد القاضي، فإنه إذا كان القانون الأجنبي يساوي بين الذكر والأنثى في الميراث كما هو شأن القوانين الغربية وكان أطراف النزاع أجانب غير مسلمين، فإنه لا مجال للدفع بالنظام العام في مواجهة القانون الأجنبي. فالنظام القانوني في الدول العربية لا يمكن أن يتأثر إذا حصلت الأنثى على نفس نصيب الذكر بل ومن غير المعقول تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية على أطراف لا يمتّون لها بأي صلة. كما أنّ إعمال النظام العام كلما اختلف القانون الأجنبي مع أحكام القوانين الداخلية سيؤدي إلى هدم قاعدة الإسناد الخاصة بالميراث لأنه ستطبق أحكام الشريعة الإسلامية في جميع الأحوال[2].

وقد أكّدت محكمة تمييز دبي على هذا المعنى عندما نقضت القرار الصادر عن محكمة استئناف دبي التي أيدت حكم محكمة بداية دبي لتطبيق هذه الأخيرة أحكام الشريعة الإسلامية في دعوى ميراث أطرافها من جنسية ألمانية وغير مسلمين. وقد اعتبرت محكمة تمييز دبي أنّ مجرّد اختلاف أحكام القانون الوطني عن أحكام القانون الألماني المختص في تحديد نصيب الوارث غير المسلم في مال مورثه غير المسلم لا يخالف النظام العام والآداب في دولة الإمارات العربية المتحدة. وعلى أساس ذلك قرّرت محكمة تمييز دبي أنّ ما ذهب إليه الحكم المطعون فيه

[1]-أنظر، سامي بديع منصور، الدين وتنازع...، المرجع السابق، ص.93؛ عكاشة محمد عبد العال، دراسات ...، المرجع السابق، ص.258.

[2]- أنظر، جمال محمود الكردي، محاضرات في القانون الدولي الخاص، طبعة.1995-1996، ص.336-338؛ إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص. 394.

باستبعاده تطبيق أحكام القانون الألماني الواجب التطبيق بحجة تعارضه مع أحكام الشريعة الإسلامية فيه مخالفة للقانون وخطأ في تطبيقه مما يوجب نقضه[1].

إضافة إلى ذلك يُعدّ مخالفا للنظام العام في الدول العربية القانون الأجنبي الذي يورث ابن الزنا من أبيه المسلم، فابن الزنا هو ابن غير شرعي يُحرم من الميراث من جهة الأب[2]، لأنه لا ينتسب له.

يُلاحظ على ما سبق أنه متى ارتبط النزاع المطروح على قاضي إحدى الدول العربية بطرف مسلم يتدخل النظام العام لصدّ القوانين الأجنبية التي تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية، لكن كيف سيكون موقف القضاء الفرنسي لو طُرح نفس النزاع عليه، هل سيأخذ بعين الإعتبار أحكام الشريعة الإسلامية؟

الفرع الثالث
إعمال النظام العام
من طرف القضاء الفرنسي في شأن الميراث

إذا كان النظام العام في الدول العربية يحول دون تطبيق القانون الأجنبي الذي يجيز التوارث بين المسلم وغير المسلم، فإنّ العكس مقرّر في فرنسا. فكل قانون ينص على هذا المانع يُعدّ مخالفا للنظام العام الفرنسي إذ يُعتبر هذا المانع قائما على اعتبارات التمييز بين الأفراد بسبب عامل الدّين ومخالفا في نفس الوقت لمبدأ حرّية المعتقد، وهذا ما لا يقبل به القضاء الفرنسي. فقد قرّرت محكمة النقض الفرنسية استبعاد القانون الإسلامي الذي ينص على عدم الأهلية للميراث بسبب اختلاف الدّين[3].

---

[1]- أنظر، محكمة تمييز دبي، 24 أيار 1998، مقتبس عن سامي بديع منصور، الدين وتنازع... ، المرجع السابق، ص. 66.

[2]- Vos questions sur le droit de l'héritage et le testament, BERTI éditions, Alger, 2006, pp.9-10

[3]- Cass. 1re civ., 17 Novembre 1964. Dans cet arrêt la cour de cassation a jugé qu' « une incapacité successorale fondée sur la non-appartenance à une religion déterminée est directement contraire aux principes de la loi française et notamment à celui de la liberté de conscience ». Cf. Paul LAGARDE, Successions, Rép. Internat, J.C.P., 1998, tome.3, 1999-4, Dalloz, p.10, n° 64.

وإذا كان بعض الفقه الفرنسي[1] يرى أن القوانين الأجنبية التي تحرم بصفة كلية أو جزئية الأولاد الطبيعيين من الميراث يجب أن تُستبعد باسم النظام العام الفرنسي، إلاّ أنه مع ذلك نقضت محكمة النقض الفرنسية الحكم الذي اعترف لأبناء طبيعيين بحقهم في الميراث رغم أنّ القانون الإسلامي واجب التطبيق لا يعترف إلاّ بالبنوة الطبيعية[2].

وبموجب أحكام قضائية قديمة صادرة عن القضاء الفرنسي تمّ استبعاد القوانين الأجنبية التي تتعارض مع النظام العام الفرنسي، كالقانون المدني السوفيتي سابقا والذي كان يحدّ من مقدار التركة التي يمكن أن تنتقل إلى الورثة[3].

كما تمّ استبعاد القانون الأجنبي الذي يقرّر عدم أهلية طفل مسلم لإرث أمّه المشركة[4]. وبالنسبة لتعدد الزوجات، فإنّ النظام العام الفرنسي لم يعد يتعارض مع حق كلا الزوجتين في الإرث متى كان الزواج الثاني قد أُبرم في الخارج وفقا لقانون يجيزه[5]، وما لم تكن الزوجة الأولى فرنسية[6].

هذا بالنسبة للميراث، أما الوصية فيتم التطرق في المطلب الموالي لحالات تدخل النظام العام بشأنها، بعد تحديد القانون المختص بحكمها.

المطلب الرابع
النظام العام والوصية

تُعرّف بعض القوانين[7] الوصية على أنها تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع، وكما هو شأن الميراث تُعدّ الوصية في الدول العربية من مسائل الأحوال الشخصية عكس ما هو عليه الحال في فرنسا، وبريطانيا والولايات المتحدة الأمريكية التي تعتبرها من مواضيع

[1]- Cf. Yvon LOUSSOUARN, Pierre BOUREL, op. cit., p. 532.
[2]- Cass. 1re civ., 25 Février 1997,cité par Paul LAGARDE, Successions, op. cit., p. 17, n° 135.
[3]- C.A. Paris, 13 Mars 1934, cité par Paul LAGARDE, successions, op. cit., p. 9, n°61.
[4]-Cass.req.,10 Fevrier1913, cité par Paul LAGARDE, Successions, op.cit.,p.10,n°64.
[5]-[6]- Cass. 1re civ., 3 Janvier 1980; cass.1re civ., 6 Juillet1988, cités par Paul LAGARDE, Successions, op.cit., p.10, n°67.

[7]- المادة 184 من قانون الأسرة الجزائري؛ المادة (1) من قانون الوصية المصري رقم 71 لسنة 1946.

الأحوال العينية[1]. ونظرا لارتباط أحكام الوصية بالشريعة الإسلامية، فإنّ هذه الأحكام تُعدّ من النظام العام في الدول العربية متى تعلّق النزاع بمسلمين. فيُستبعد بذلك القانون الأجنبي الذي يتعارض مع قواعد الشريعة الإسلامية كما لو كان هذا القانون يسمح باستحقاق الوصية للموصى له الذي قتل الموصي.

الفرع الأول
القانون الواجب التطبيق على الوصية

ولما كانت الوصية من مواضيع الأحوال الشخصية في الدول العربية، فإنها تخضع بذلك للقانون الشخص للموصي وهو قانون جنسيته وقت الوفاة طبقا للقوانين العربية[2].

أما في الولايات المتحدة الأمريكية وبريطانيا، فتخضع الوصية الواردة عن عقار لقانون موقع العقار أما الوصية الواردة على منقول فتخضع لقانون موطن الموصي وقت الوفاة[3]. وإن كانت الوصية تخضع في القوانين العربية لقانون جنسية الموصي وقت الوفاة إلا أنه يُستثني من الخضوع لهذا القانون تلك المسائل المرتبطة بالوصية باعتبارها تصرف إرادي كأهلية الموصي وعيوب الإرادة، والمحل والسبب حيث يرى بعض الفقه[4] إخضاعها لقانون جنسية الموصي وقت الإيصاء وليس وقت الوفاة باعتباره الوقت الذي تصدر فيه الإرادة.

أما الشروط الموضوعية الأخرى الخاصة بالوصية باعتبارها وثيقة الصلة بالميراث فتخضع لقانون جنسية الموصي وقت الوفاة، ومن ذلك القدر الجائز الإيصاء به والأشخاص الذين يجوز الإيصاء لهم[5].

---

[1]- أنظر، ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش ، المرجع السابق، ص.100.

[2]- المادة 16 معدلة من القانون المدني الجزائري؛ المادة 17 (1) من القانون المدني الليبي؛ المادة 17 من القانون المدني المصري؛ الفصل 55 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية لسنة 1988؛ المادة 18 (1) من القانون المدني السوري.

[3]- أنظر، علي علي سليمان، المرجع السابق، ص. 81.

[4]- أنظر، أحمد عبد الكريم سلامة،المرجع السابق، ص. 909؛ مبروك اللافي، المرجع السابق، ص. 158؛ زروتي الطيب، المرجع السابق، ص. 200.

[5]-أنظر، إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص. 300؛ عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص. 268-269.

ونشير أنّ المشرع الجزائري على غرار العديد من التشريعات العربية[1] قد أعطى لبعض التصرفات حكم الوصية، ومن ثمّ فإنها تخضع لنفس القانون الذي يحكم الوصية، هذه التصرفات هي:

- التصرفات التي يأتيها مريض مرض الموت؛ ويقصد بها التبرع تسري عليها أحكام الوصية مهما كان الوصف الذي أطلقه الأطراف عليها[2].

- التصرفات التي تصدر لأحد الورثة ويحتفظ فيها المورث بحيازة العين وبحقه في الانتفاع فيها بمدى الحياة[3].

- الهبة التي تحصل في مرض الموت والأمراض والحالات المخيفة تُعتبر وصية[4].

هذا فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية للوصية. أما بالنسبة للشروط الشكلية، فقد نصت بعض القوانين على القانون الواجب التطبيق على شكل الوصية ومن ذلك القانون التونسي[5] والقانون السوري[6]. أما المشرع الجزائري فقد كان قبل التعديل[7] يخصّ شكل الوصية بقاعدة إسناد؛ أما بعد التعديل تم إلغاء هذه المادة فأصبح شكل الوصية يخضع للقاعدة العامة التي تحكم شكل التصرفات وهي المادة 19 من القانون المدني الجزائري.

ويبقى تطبيق القانون الأجنبي مقيّدا بعدم تعارضه مع النظام العام في دولة القاضي وإلاّ فيتم استبعاده. وفيما يلي نتطرق للحالات التي يُمكن أن يُثار فيها الدفع بالنظام العام في مادة الوصية.

---

[1]- المادتين 1260 (1)،1261 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي؛ المادتين 916 (1)،917 من القانون المدني المصري؛المادتين 920 (1)، 921 من القانون المدني الليبي.

[2]- المادة 776 (1) من القانون المدني الجزائري.

[3]- المادة 777 من القانون المدني الجزائري.

[4]- المادة 204 من قانون الأسرة الجزائري.

[5]- طبقا للفصل 55 (2) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية "ويخضع شكل الوصية للقانون الشخصي للموصي أو لقانون المكان الذي حررت به".

[6]- المادة 18 (2) من القانون المدني السوري.

[7]- قبل تعديل القانون المدني الجزائري بموجب قانون رقم 05-01 المؤرخ في 20 يونيو 2005، كانت المادة 16(2) تنص: "غير أنه يسري على شكل الوصية قانون الموصي وقت الإيصاء أو قانون البلد الذي تمت فيه الوصية وكذلك الحكم في شكل سائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت".

الفرع الثاني
إعمال النظام العام
من طرف القضاء في شأن الوصية

يتعارض مع مقتضيات النظام العام في الدول العربية القانون الأجنبي الذي يمنع الوصية لاختلاف اللون أو الجنس[1]. أما بالنسبة لإختلاف الدّين، فإنّ كان يُعدّ مانعا من موانع الميراث إذ لا يجوز التوارث بين المسلم وغير المسلم طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية. فإنّ هذا المانع غير وارد في شأن الوصية حيث لا يؤثر اختلاف الدّين على صحة الوصية[2].

وفيما يتعلق بالقدر الجائز الإيصاء به فإن الأمر يختلف باختلاف ديانة الأطراف، فقد تبيّن من خلال الأحكام القضائية الصادرة في هذا الشأن أنّ اختلاف القانون الأجنبي عن أحكام الشريعة الإسلامية في تحديد القدر الجائز الإيصاء به لا يتعارض مع النظام العام في الدول العربية. إذا كان أطراف النزاع غير مسلمين، فمنح القانون الأجنبي لغير المسلم قدرا يختلف عمّا هو محدد في الشريعة الإسلامية لا يمسّ بالمبادئ الأساسية أو الشعور العام لهذه الدول[3]. وهذا ما قرّرته محكمة النقض المصرية في قضية بين لبنانيين مسيحيين تجاوزت فيها الوصية ثلث التركة حيث قرّرت محكمة النقض المصرية أنّ اختلاف أحكام القانون الأجنبي عن أحكام القانون المصري في تحديد المقدار الجائز الإيصاء به بالنسبة لغير المسلمين لا يتعارض مع النظام العام في مصر[4].

وأكّدت نفس المحكمة على هذا الموقف في قضية أخرى تتعلق بوصية أبرمها إسباني لصالح زوجته حيث أوصى لها بأمواله شريطة أن لا تتزوج فقرّرت محكمة النقض المصرية: "بأنه من المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه لا يجوز استبعاد أحكام القانون الأجنبي الواجب

---

[1]- أنظر، موسى عبود، المرجع السابق، ص. 274.

[2]- Vos questions sur le droit : L'héritage et le testament, op. cit., p.02 .

[3]- أنظر، عكاشة محمد عبد العال دراسات...، المرجع السابق، ص. 264.

[4]- أنظر، محكمة النقض المصرية، 26 يونيو 1967، مقتبس عن هشام علي صادق، دروس...، المرجع السابق، ص. 325.

التطبيق وفقا للمادة 28 من القانون المدني ألا تكون هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو الآداب في مصر بأن تمس كيان الدولة أو تتعلق بمصلحة عامة أو أساسية للجماعة.

ولما كانت الوصية بالمنافع جائزة في الشريعة الإسلامية باتفاق الأئمة الأربعة وتُعتبر صحيحة وفقا لأحكام القانون المدني وقانون الوصية رقم 71 لسنة 1946 فإنه لا يدخل في نطاق مخالفة النظام العام مجرّد اختلاف أحكام القانون الأجنبي عن أحكام القانون الوطني في تحديد القدر الذي تجوز فيه الوصية لغير المسلمين أو طريقة الإنتفاع بالموصى به أو ترتيب الموصى لهم بحق الانتفاع..."[1].

وتأسيسا على الأحكام المشار إليها أعلاه استنتج بعض الفقه[2] بمفهوم المخالفة أنه لو تعلّق النزاع بمسلمين فإنّ النظام العام سيحول دون تطبيق القانون الأجنبي الذي يخالف أحكام الشريعة الإسلامية فيما يخص القدر الجائز الإيصاء به وذلك بهدف حماية حقوق الورثة وتقييد حرية الموصي في الإيصاء، فكل ما يتجاوز ثلث التركة يتوقف على إجازة الورثة[3].

إذا كانت أكثر الحالات التي يثور فيها النظام العام في فرنسا في مادة الميراث هي الحالة التي يمنع فيها القانون الإسلامي التوارث لاختلاف الدّين، فإنّ هذا الدفع لا يثور في شأن الوصية ذلك أنّ اختلاف الدّين بين الموصي والموصى له لا يؤثّر على صحة الوصية[4]. وهذا ما يبرّر قلّة الحالات التي يُدفع فيها بالنظام العام في مادة الوصية. ولكن مع ذلك، فإنّ النظام العام الفرنسي يحول دون تطبيق القوانين الأجنبية التي تمنع الوصية لاعتبارات تقوم على أساس التمييز العنصري. كما يُعتبر باطلا في فرنسا كل شرط يقيّد استحقاق الوصية بشروط تتنافى

---

[1]- أنظر، محكمة النقض المصرية، 19 يناير 1977، مقتبس عن صلاح الدين جمال الدين، فكرة...،المرجع السابق، ص. 69. وجاء في قرار آخر لنفس المحكمة أنه : "وفقا للمادة 28 من القانون المدني –وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض- لا يجوز استبعاد أحكام القانون الأجنبي الواجبة التطبيق إلا أن تكون هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو للآداب في مصر بأن تمس كيان الدولة أو تتعلق بمصلحة عامة وأساسية للجماعة، ولا يدخل في هذا النطاق اختلاف أحكام القانون الأجنبي عن أحكام القانون الوطني في تحديد المقدار الذي يجوز الوصية فيه بالنسبة لغير المسلمين". أنظر، محكمة النقض المصرية، 27 جوان 1967، مقتبس عن عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص. 502.

[2]- أنظر، فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، المرجع السابق، ص. 339، هشام علي صادق، دروس...، المرجع السابق، ص. 325-326، صلاح الدين جمال الدين، فكرة...، المرجع السابق، ص. 71.

[3]- أنظر، صلاح الدين جمال الدين، تنازع...، المرجع السابق، ص. 427-428.

[4]- تنص المادة 200 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "تصح الوصية مع اختلاف الدين".

والمبادئ السائدة في فرنسا. ومن ذلك ما قضت به محكمة La Seine عندما أبطلت شرط وصية أجرتها الجدة لحفيدتها شريطة عدم الزواج بيهودي[1].

[1]- T.civ., Seine, 22 Janvier 1947, cité par Paul LAGARDE, Successions, op. cit., p. 10, n° 64.

خـــــاتمة

يتضح لنا مما سبق أنّ التوصل لتعريف جامع مانع ودقيق للنظام العام هو أمر يتنافى والطبيعة المتحرّكة للنظام العام. فكون النظام العام فكرة وطنية بحتة يؤدي إلى اختلاف مفهومها من دولة لأخرى كما أنّ المرونة التي تتسم بها هذه الفكرة تجعل من مفهوم النظام العام مفهوما نسبيا إذ إضافة على اختلاف مضمونها من دولة لأخرى، فإنها تختلف كذلك في الدولة الواحدة من زمن لآخر. لهذا تُرك تقدير النظام العام للقاضي باعتباره الشخص المؤهل لمعرفة المبادئ العليا لدولته.

ولاشك أنّ هذه المهمة تُعتبر صعبة ودقيقة في نفس الوقت حيث تتطلب من القاضي أن يوازن بين نقطتين رئيسيتين. فمن جهة، يتعين على القاضي أن يحترم خصوصيات العلاقات الدولية الخاصة ويراعي التعاون المبذول من طرف الدول لتنظيم هذا النوع من العلاقات. ومن جهة أخرى، يجب عليه أن لا يسمح لأي قانون أجنبي أن يعبث بالمبادئ الجوهرية لدولته أو يمس بمصالح مجتمعه.

إنّ تحقيق هذا التوازن يفرض على القاضي أن يتحلّى بالموضوعية عند تقدير الأمور وأن يكون معتدلا ومنطقيا. فلا يدفع بالنظام العام إلاّ عند الحاجة والضرورة الماسة التي تستدعي تدخله لحماية الأسس الجوهرية لدولته.

وإن كانت مهمّة فحص القانون الأجنبي وتقدير مدى تعارضه مع النظام العام في الدولة تقع على عاتق القاضي، فإنّ هذا لا يعني أنّ له مطلق السلطة والحرية عند التقدير، بل يبقى مقيدا بالمبادئ والقيم وكذلك المعتقدات السائدة في دولته والتي تدين بها الجماعة وليس له أن يحلّ آرائه الشخصية. كما يجب عليه أن يتقيّد عند تقدير مقتضيات النظام العام بوقت طرح النزاع عليه وليس وقت نشوء الحق.

ويتبين كذلك من هذه الدراسة الدور المهم الذي يلعبه النظام العام في إطار العلاقات الدولية الخاصة المرتبطة بالأحوال الشخصية حيث يشكل حاجزا قويا ضدّ القوانين الأجنبية التي تخالف القيم الإجتماعية والأخلاقية والدينية لبلد القاضي. فتأثير هذه القيم على القواعد المنظمة للأسرة واختلافها من دولة لأخرى خاصة بين الدول العربية والدول الغربية كفرنسا يؤدي إلى شلّ الآلية الطبيعية لقواعد التنازع من خلال تعطيل تطبيق القوانين الأجنبية المختصة.

فكون الشريعة الإسلامية مصدرا هاما من مصادر القانون في الدول العربية خاصة في مواضيع الأسرة يستوجب تدخل النظام العام كلما كان من شأن تطبيق القانون الأجنبي مخالفة الشريعة الإسلامية متى ارتبط النزاع بطرف مسلم بغضّ النظر عن جنسيته.

ولا يتوقف دور النظام العام على حماية الأطراف المسلمين وإنما يتدخل كذلك إذا كان من شأن تطبيق القانون الأجنبي إثارة الشعور العام لدى الجماعة. فالقانون الأجنبي الذي يساوي بين إبن الزنا والإبن غير الشرعي يثير الشعور بالإستهجان والرفض في المجتمعات العربية ولو كان أطراف العلاقة القانونية أجانب غير مسلمين.

وجدير بالتأكيد أنّ اشتراك الدول العربية في الديانة الإسلامية لا يعني تماثل أحكامها القانونية الصادرة في النزاعات الدولية الخاصة المتعلقة بالأحوال الشخصية، فقد يتم إعمال النظام العام حتى بين هذه الدول. فإقرار تونس التبني ومنعها تعدّد الزوجات يؤدي إلى تشابه نظامها القانوني في هاتين المسألتين مع الأنظمة القانونية الغربية، مما يعني إمكانية تطبيق القانون التونسي في الدول الغربية دون حاجة لتدخل النظام العام والعكس صحيح. أما في الدول العربية، فعندما يتعلق النزاع بأحد هذين الموضوعين يقع تصادم بين القانون التونسي وقوانين هذه الدول التي تقتدي بأحكام الشريعة الإسلامية، مما سيترتب عليه تعطيل القانون الأجنبي

المختص، سواء كان القانون التونسي هو الواجب التطبيق أمام المحاكم العربية، أو كان قانون إحدى هذه الدول العربية هو المختص أمام القضاء التونسي.

غير أنه لابد من التأكيد على أنّ تأثر مواضيع الأحوال الشخصية بالشريعة الإسلامية لا يعني تدخل النظام العام كلما خالف القانون الأجنبي المختص أحكام الشريعة الإسلامية وإلاّ انتفت الحكمة من وجود قواعد الإسناد. فعلى سبيل المثال إذا كانت معظم التشريعات العربية تمنع التبني، فإنّ هذا لا يعني عدم السماح بتطبيق القوانين الأجنبية التي تجيزه. فهذا المنع يبقى محصورا فقط في فئة المسلمين. أما إذا كان أطراف العلاقة القانونية غير مسلمين وكان القانون المختص يجيز هذا النظام، فلا مانع من السماح بتطبيق هذا القانون لأنه لا توجد أي صلة بين هذه العلاقة ودولة القاضي. كما أنّ تطبيق هذا القانون الأجنبي لا يعرّض المبادئ الجوهرية لبلد القاضي للخطر ولا يثير الرأي العام للمجتمع، ومن ثم فإنه لا مبرر لاستبعاد تطبيق هذا القانون.

إذن فالنظام العام هو سلاح ذو حدين لا يمكن لأي دولة أن تستغني عنه، فهو منفذها وَوسيلتها القانونية التي تحمي من خلالها ركائزها الأساسية. لكن إذا أفرطت المحاكم في إعمال الدفع بالنظام العام سيؤدي ذلك إلى انحرافه عن الدور الذي وُجد من أجله، ويصبح التعصب لتطبيق قانون القاضي واضحا. وفي هذا دون شك هدم لقواعد الإسناد وإعاقة للمعاملات الدولية وإجحاف بالعدالة الدولية.

وتأسيسا على ما سبق ينبغي الإحتراز والحذر عند اللجوء للدفع بالنظام العام فما هو إلاّ أداة استثنائية يوجهها القاضي ضدّ القوانين الذي تهدد أمن نظمه القانونية.

وننتهي إلى أنّ فكرة النظام العام هي فكرة وظيفية تهدف إلى المحافظة على المصالح العامة للمجتمع وحماية المبادئ والأسس الجوهرية التي يقوم عليها النظام القانوني للدولة في مختلف المجالات خاصة في مجال الأحوال الشخصية الذي يشكل مجالا حساسا يتأثر بظروف المجتمع وما يسوده من مبادئ وقيم أخلاقية ودينية والتي تحرص كل دولة على حمايتها للمحافظة على كيان الأسرة كونها اللبنة الأولى للمجتمع.

الملاحق

الملحق رقم 01 :

يتعلق بقرار محكمة النقض الفرنسية، الذي تم بموجبه نقض قرار محكمة استئناف فرساي لاستبعاده تطبيق القانون الجزائري بحجة تعارضه مع النظام العام الفرنسي.

الملحق رقم 02 :

يتعلق برفض محكمة بشار منح الصيغة التنفيذية لحكم أجنبي لتعارضه مع النظام العام.

قائمة المراجع

I. المراجع العامة

II. المراجع الخاصة

III. المقالات

I. المراجع العامة:

1. باللغة العربية:

1. إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، 1997.

2. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، الطبعة 1، دار النهضة العربية، القاهرة.

3. أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، مصر، 2009.

4. أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص، الجزء 1: تنازع القوانين، الطبعة 10، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008.

5. الإمام محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة.

6. الغوتي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، الطبعة1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.

7. بلحاج العربي، أحكام التركات والمواريث، الطبعة1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2009.

8. بن شويخ رشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، الطبعة1، دار الخلدونية، 2008.

9. تشوار حميدو زكية، مصلحة المحضون في ضوء الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية، دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة، الجزء 1، الطبعة 1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2008.

10. توفيق حسن فرج، أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 1980.

11. جابر جاد عبد الرحمن، القانون الدولي الخاص العربي، الجزء 3: تنازع القوانين، 1960.

12. جمال محمود الكردي، محاضرات في القانون الدولي الخاص، الطبعة1، 1995-1996.

13. حسن هداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني، دراسة مقارنة، طبعة 2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2001.

14. حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، الكتاب (1): تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2002.

15. زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دراسة مقارنة بالقوانين العربية والقانون الفرنسي، الجزء 1، مطبعة النسيلة، الدويره، 2008.

16. زكريا البرّي، الأحكام الأساسية للأسرة في الشريعة والقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية.

17. سامي بديع منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، الطبعة 1، دار العلوم العربية، بيروت، 1994.

18. سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص، تطور وتعدد طرق حل التراعات الخاصة، الطبعة 1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2004.

19. سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، الطبعة 1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009.

20. سهيل حسين الفتلاوي، القانون الدولي الخاص، المكتب المصري لتوزيع المطبوعات، القاهرة، 2002.

21. صلاح الدين جمال الدين، مشكلات حضانة الأطفال في زواج الأجانب، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004.

22. صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون، الطبعة 1، التركي للكمبيوتر وطباعة الأوفست، طنطا، 2006.

23. طلعت محمد دويدار، القانون الدولي الخاص السعودي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1996-1997.

24. عبد الحميد الشواربي، مجموعة الأحوال الشخصية في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2001.

25. عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، دار هومه، الجزائر، 2007.

26. عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، الطبعة1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2008.

27. عبده جميل غصوب، محاضرات في القانون الدولي الخاص، الطبعة 2، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2009.

28. عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية، الطبعة 1، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1998.

29. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء 2، تنازع القوانين وتنازع الختصاص القضائي الدولي، الطبعة 9، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1986.

30. عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، الطبعة 1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2004.

31. عكاشة محمد عبد العال، دراسات في القانون الدولي الخاص في دولة الإمارات العربية المتحدة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية.

32. علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدول الخاص الجزائري، الطبعة 4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006.

33. عليوش قربوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء 1: تنازع القوانين، الطبعة 2، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.

34. عمر عبد الله، محمد حامد قمحاوي، أحكام الأحوال الشخصية المسلمين، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1986.

35. غالب علي الداوودي، القانون الدولي الخاص، الكتاب (1): تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، دراسة مقارنة، الطبعة 4، دار وائل للنشر، الأردن.

36. فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، الجزء 2: تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، 1974.

37. كمال صلاح البنا، موسوعة الأحوال الشخصية، دار الكتب القانونية، 1997.

38. محمد إبراهيم أبو الهيجاء، عقود التجارة الإلكترونية، الطبعة 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005.

39. محمد حسين منصور، النظام القانوني للأسرة في الشرائع غير الإسلامية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2003.

40. محمد كمال الدين إمام، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه والقانون والقضاء، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2003.

41. محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، الطبعة 1، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، 2006.

42. محمد مبروك اللاّفي، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي، دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع الليبي، منشورات الجامعة المفتوحة، 1994.

43. محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي، الطبعة 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009.

44. محمود محمود المغربي، في إشكالية تقنين القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة، الطبعة1، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2007.

45. مصطفى الجمال، الأحوال الشخصية لغير المسلمين، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2002.

46. معوّض عبد التواب، موسوعة الأحوال الشخصية، الجزء 1، الطبعة 1، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997.

47. معوّض عبد التواب، موسوعة الأحوال الشخصية، الجزء 2، الطبعة 7، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997.

48. ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، القانون الدولي الخاص الأردني والمقارن، الجزء1 ، الطبعة 1، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1998.

49. موسى عبود، الوجيز في القانون الدولي الخاص المغربي، الطبعة 1، المركز الثقافي العربي، 1994.

50. نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008.

51. نعوم سيوفي، الحقوق الدولية الخاصة، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، مطبعة الشرق، حلب، 1966-1967.

52. هشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2003.

53. هشام علي صادق، عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2008.

54. ولد الشيخ شريفة، تنفيذ الأحكام الأجنبية، دار هومة، الجزائر، 2004.

55. يحي أحمد زكريا الشامي، التبني في الإسلام وأثره على العلاقات الخاصة الدولية، دار الجامعية الجديدة، 2009.

2. باللغة الفرنسية:

1. Abderrahmane HERNANE, La hadhâna dans ses rapports avec la puissance paternelle en droit algérien, O.P.U., Alger, 1996.

2. Bernard AUDIT, Droit international privé, 2ème édition, édition Economica, Paris, 1997.

3. Chen HONGWU, Problèmes de droit international concernant les personnes physiques étrangères en Chine, L.G.D.J., France, 1998.

4. Claude COLUMBET, Jacques FOYER , Daniel HUET-WEILLER, Catherine LABRUSSE-RIOU, La filiation légitime et naturelle, étude de la loi du 03 Janvier 1972, Dalloz, Paris, 1997.

5. Cyril CHABERT, L'intérêt de l'enfant et les conflits de lois, Presse universitaire d'AIX-Marseille-PUAM, 2001.

6. Daniel GUTMANN, Droit international privé, 3ème édition, Dalloz, 2002.

7. Djilali TCHOUAR, Réflexions sur les questions épineuses du code algérien de la famille, O.P.U., Alger, 2004.

8. Gerard CORNU, Droit civil, la famille, 7ème édition, Paris : Montchrestien, 2001.

9. Henri BATIFFOL, Paul LAGARDE, Traité de droit international, privé, Tome 1, 8ème édition, L.G.D.J., 1993.

10. Isabelle LAMMERANT, L'adoption et les droits de l'homme en droit comparé, L.G.D.J., Paris, 2001.

11. Jacqueline RUBELLIN-DIVICHI, Droit de la famille, Dalloz, Paris, 2001.

12. Jean DERRUPPÉ, Droit international privé, 14ème édition, Dalloz., imprimé en France par CLAREY SA, TOURS, GIBERT, 2001.

13. Léna GANNAGÉ, La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé, étude de droit international de la famille, L.G.D.J., 2001.

14. Mohand ISSAD, Droit international privé, Tome 1, les règles de conflits, O.P.U, 1986.

15. Nouhad RIZKALLAH, Droit international privé, 1re édition, M.A.J.D., Beyrouth, LIBAN, 1985.

16. Pierre MAYER, Vincent HEUZÉ, Droit international privé, 8ème édition, DELTA, LIBAN, 2005.

17. Roula EL-HUSSEINI BEGDACHE, Le droit international privé français et la répudiation islamique, L.G.D.J., 2002.

18. Yvon LOUSSOUARN, Pierre BOUREL, Droit international privé, 7ème édition, Dalloz, 2001.

19. Vos questions sur le droit de la famille, BERTI éditions, Alger, 2006.

20. Vos questions sur le droit de l'héritage et le testament, BERTI éditions, Alger, 2006.

II. المراجع الخاصة:

1. باللغة العربية:

أ. المؤلفات:

- صلاح الدين جمال الدين، فكرة النظام العام في العلاقات الخاصة الدولية بين القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية، الطبعة1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004.

بـ. رسائل الدكتوراه ومذكرات الماجستير:

1. أحمد داود رقية، الحماية القانونية للطفل بين قانون الأسرة الجزائري والمعاهدات الدولية، مذكرة ماجستير، جامعة تلمسان، 2002-2003.

2. بلمامي عمر، الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، 1986.

3. تشوار حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة تلمسان، جامعة تلمسان، 2004-2005.

4. دربة أمين، قواعد التنازع المتعلقة بالزوج وانحلاله، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، جامعة تلمسان، 2007-2008.

5. سنينات عبد الله، دور النظام العام في حماية الرابطة الزوجية وانحلالها في إطار القانون الدولي الخاص، مذكرة ماجستير، جامعة تلمسان، 2008، 2009

6. علال آمال، التبني والكفالة، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوصفي، مذكرة ماجستير، جامعة تلمسان، 2008-2009.

7. محمد ولد عال ولد محمياي، أحكام النسب وطرق إثباته، مذكرة ماجستير، جامعة تلمسان، 2007-2008.

8. يوبي سعاد، تنازع القوانين في مجال النسب، مذكرة ماجستير، جامعة تلمسان، 2009-2010.

III. المقالات:

1. باللغة العربية:

1. بليعقوبي بلخير، تقدير فكرة النظام العام في العقود الخاصة الدولية في مجال الأحوال الشخصية، المجلة السداسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2008، عدد 05.

2. بن شويخ رشيد، الطرق الشرعية والقانونية لثبوت النسب أو نفيه، مجلة العلوم القانونية والإدارية، جامعة تلمسان، 2005، عدد 03.

3. تشوار جيلالي، نسب الطفل في القوانين المغاربية للأسرة بين النقص التشريعي والتنقيحات المستحدثة، مجلة العلوم القانونية والإدارية، جامعة تلمسان، 2005، عدد 03.

4. جعفر الفضلي، انقضاء الزواج في القانون الدولي الخاص، مجلة الحقوق، الكويت، 1988، عدد 01.

5. زروتي الطيب، قراءة في إصلاح تنازع القانون الدولي في الجزائر بقانون 05-10، مجلة المحكمة العليا، 2007، عدد 01.

6. سامي بديع منصور، الدين وتنازع القوانين في مادة الإرث والأحوال الشخصية، مجلة الدراسات القانونية، الطبعة 1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2004، عدد 02.

7. عزوز بن تمسك، إسقاط الحضانة في القانون التونسي، مجلة العلوم القانونية والإدارية، جامعة تلمسان، 2005، عدد 03.

8. محمد وليد هاشم المصري، محاولة لرسم معالم النظام العام الدولي العربي بمفهوم القانون الدولي الخاص، مجلة الحقوق الكويتية، 2003، عدد 02، رقم 02.

9. منذر الفضل، نظام الأسرة في القانون السويدي، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، 2001، عدد 01.

10. يوسف فتيحة، قواعد التنازع الدولي في بعض المسائل من قانون الأسرة الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، 1999، عدد 02.

11. يوسف فتيحة، مدى الحماية القانونية للطفل في القانون الدولي الخاص، مجلة العلوم القانونية والإدارية، جامعة تلمسان، 2005، عدد03.

12. يوسف فتيحة، النظام العام والعلاقات الأسرية في القانون الدولي الخاص، المجلة السداسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2008، عدد 05.

2. باللغة الفرنسية:

1. Beatrice BOURDELOIS, L'adoption internationale, Droit international privé, Travaux du comité français de droit international privé, édition A. PEDON, Paris, 2004.

2. Ibrahim FADLALLAH, Polygamie, Rép. Internat, J.C.P., Tome III, 1999-4 Dalloz.

3. Jacques FOYER, Filiation, Rép. Internat,J.C.P., 1999-2n, Tome II, Dalloz.

4. Jean-Marc BISCHOFF, mariage, Rép. Internat,J.C.P., 1998, Tome II, 1999-2, Dalloz.

5. Laurence BOURDIER, Sectes et droit de la famille : Stratégies du juge civil, justice et religion, journées d'étude du 1re et 2 Décembre 2000, L'harmattan, 2002.

6. Mohiédine AKKACHA, La garde de l'enfant à travers la jurisprudence récente en Algérie, Revue des sciences juridiques et administratives, université de Tlemcen, 2005, N° : 03.

7. Patrick COURBE, Divorce et séparation du corps, Rép Internat,J.C.P., 1998, Tome I, 1999-2, Dalloz.

8. Paul LAGARDE, Ordre public, Rép. Internat,J.C.P., 1998, Tome III, 1999-4, Dalloz

9. Paul LAGARDE, Successions, Rép. Internat, J.C.P., 1998, Tome II, 1999-4, Dalloz.

الفهرس

مقدمة 1

الفصل الأول: فكرة النظام العام في العلاقات الدولية الخاصة .....

9

المبحث الأول : مضمون فكرة النظام العام في القانون الدولي الخاص..... 13

المطلب الأول : مفهوم النظام العام 14

الفرع الأول: طبيعة النظام العام 18

الفرع الثاني: خصائص النظام العام 23

أولا : فكرة النظام العام فكرة وطنية 23

ثانيا :فكرة النظام العام فكرة نسبية 23

ثالثا : فكرة النظام العام فكرة وقتية 26

المطلب الثاني:دور الفقه و القضاء في ضبط فكرة النظام العام 27

الفرع الأول: المعايير المقترحة لضبط فكرة النظام العام 28

أولا : جهل القاضي بالنظام القانوني الأجنبي 28

ثانيا :تعارض القانون الأجنبي مع السياسة التشريعية للدولة 28

ثالثا : مخالفة القانون الأجنبي للقواعد الآمرة 29

رابعا : عدم إحترام القانون الأجنبي لمبادئ العدالة الدولية 30

خامسا :إهدار القانون الأجنبي لحقوق الطبيعة للإنسان 30

سادسا:مساس القانون الأجنبي بالمصالح الحيوية لدولة القاضي 30

الفرع الثاني: دور القاضي في تقدير النظام العام..... 32

المبحث الثاني:النظام العام ومسائل الأحوال الشخصية..... 35

المطلب الأول : الدفع بالنظام العام في مسائل الأحوال الشخصية 36

الفرع الأول: تعريف الأحوال الشخصية 37

الفرع الثاني: نطاق الأحوال الشخصية 39

الفرع الثالث: دور النظام العام في مسائل الأحوال الشخصية..... 41

الفرع الرابع:أثر الإتفاقيات الدولية على الدفع بالنظام العام..... 44

المطلب الثاني:النتائج المترتبة على الدفع بالنظام العام 48

الفرع الأول: أثر الدفع بالنظام العام عند إنشاء الحقوق 50

الفرع الثاني: أثر الدفع بالنظام العام عند الإحتجاج بالحقوق المكتسبة 61
الفرع الثالث: الأثر الإنعكاسي..... 68

الفصل الثاني : تطبيقات الدفع بالنظام العام في النزاعات الدولية الخاصة

المتعلقة بالأحوال الشخصية 72

المبحث الأول : النظام العام و القانون الواجب التطبيق على الزواج و البنوة..... 74
المطلب الأول : النظام العام والزواج 77
أولا : القانون الواجب التطبيق على الزواج 78
ثانيا : الإستثناء..... 82
الفرع الأول: إعمال النظام العام من طرف قضاء بعض الدول العربية في شأن الزواج 83
الفرع الثاني: إعمال النظام العام من طرف القضاء الفرنسي في شأن الزواج 85
المطلب الثاني :النظام العام والنسب... 88
الفرع الأول: إعمال النظام العام من طرف قضاء بعض الدول العربية في شأن النسب 90
الفرع الثاني: إعمال النظام العام من طرف القضاء الفرنسي في شأن النسب 92
المطلب الثالث :النظام العام والتبني... 94
الفرع الأول: إعمال النظام العام من طرف قضاء بعض الدول العربية في شأن التبني 94
الفرع الثاني: إعمال النظام العام من طرف القضاء الفرنسي في شأن التبني.. 99
المبحث الثاني:النظام العام والقانون الواجب التطبيق على الطلاق، الحضانة، الميراث والوصية 101
المطلب الأول : النظام العام والطلاق 103
أولا : القانون الواجب التطبيق على إنحلال الزواج 104
ثانيا : الإستثناء 106
الفرع الأول: إعمال النظام العام من طرف قضاء بعض الدول العربية في شأن الطلاق 107
الفرع الثاني: إعمال النظام العام من طرف القضاء الفرنسي في شأن الطلاق 110
المطلب الثاني:النظام العام والحضانة. 112
الفرع الأول: إعمال النظام العام من طرف قضاء بعض الدول العربية في شأن الحضانة 115
الفرع الثاني: إعمال النظام العام من طرف القضاء الفرنسي في شأن الحضانة 121
المطلب الثالث:النظام العام والميراث. 122
الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق على الميراث..... 123

الفرع الثاني: إعمال النظام العام من طرف قضاء بعض الدول العربية في شأن الميراث 124
الفرع الثالث: إعمال النظام العام من طرف القضاء الفرنسي في شأن الميراث 128
المطلب الرابع :النظام العام والوصية. 129
الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق على الوصية..... 130
الفرع الثاني: إعمال النظام العام من طرف القضاء في شأن الوصية..... 132
خاتمة 135
الملاحق 139
المراجع 144
الفهرس 154

الملخص:

يلعب النظام العام دورا هاما وأساسيا في حماية الأسس الجوهرية والمفاهيم الأساسية السائدة في بلد القاضي، ودوره على هذا النحو يبرز خاصة في مجال الأحوال الشخصية نظرا لقيام هذه الأخيرة على مفاهيم وقيم اجتماعية، أخلاقية، دينية والتي تختلف بدورها من بلد لآخر.

ولما كان الدفع بالنظام العام ما هو إلا دفع استثنائي لا يلجأ إليه إلا عند الضرورة، فإنه لابد من الاحتراز عند إعماله حتى لا ينحرف عن الهدف الذي وضع من أجل تحقيقه.

الكلمات المفتاحية: نظام عام، منازعات دولية، أحوال شخصية.

Résumé :

L'ordre public joue un rôle prépondérant dans la protection des principes primordiaux et des concepts fondamentaux de l'Etat du for. Son rôle apparaît en particulier dans le domaine du statut personnel du fait que ce dernier repose sur des concepts et des valeurs sociales, morales et religieuses qui diffèrent à leur tour d'un pays à l'autre.

L'ordre public n'intervient qu'à titre exceptionnel et lorsque celà s'avère nécessaire. Aussi il faudrait agir avec prudence de manière à ce que l'ordre public ne soit pas écarté de son objectif.

Mots clé : ordre public, conflits internationaux, statut personnel.

Abstract:

Public order plays an important and fundamental role in protecting essential principles and fundamental concepts of the state, his role as such appears essentially in the field of personnel status which is founded on social, moral, religious concepts and values which are different from one country to another.

Public order should not intervene only if necessary, and must be used carefully in order not to divert from its objective.

Key words: public order, international conflicts, personnel status.