الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة محمد بوضياف – المسيلة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

ميدان الحقوق والعلوم السياسية

تخصص: قانون أسرة

مذكرة مكملة لنيل شهادة ماستر أكاديمي

بعنوان:

# استبعاد تطبيق القانون الأجنبي للنظام العام في مسائل الاحوال الشخصية


إعداد الطالبتين (ة):

- حامي لبنا
- مزراق نعيمة

اشـــراف الأستاذ :

د- عمارة عمارة


لجنة المناقشة

| اسم ولقب الأستاذ | الرتبة | الصفة |
|---|---|---|
| والي عبد اللطيف | أستاذ التعليم العالي | رئيسا |
| عمارة عمارة | أستاذ محاضر أ | مشرفا ومقررا |
| صغير بيرم عبد الحفيظ | أستاذ التعليم العالي | ممتحنا |

السنة الجامعية:2023/2022

* ملحق بالقرار رقم ....1082.... المؤرخ في ..... 2021 — 11 .....
الذي يحدد القواعد المتعلقة بالوقاية من السرقة العلمية ومكافحتها

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

مؤسسة التعليم العالي والبحث العلمي: جامعة محمد بوضياف

نموذج التصريح الشرفي
الخاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لإنجاز بحث

أنا الممضي أسفله،
السيد(ة) حامي لمنا الصفة: طالب، أستاذ، باحث طالب
الحامل(ة) لبطاقة التعريف الوطنية رقم: 2011201 والصادرة بتاريخ 2021/08/08
المسجل(ة) بكلية / معهد العلوم القانونية والإدارية قسم الحقوق
والمكلف(ة) بإنجاز أعمال بحث (مذكرة التخرج، مذكرة ماستر، مذكرة ماجستير، أطروحة دكتوراه).
عنوانها: إستبعاد تصنيف القانون الدولي الإنساني للنظام العام في مسائل الأحوال الشخصية

أصرح بشرفي أني ألتزم بمراعاة المعايير العلمية والمنهجية ومعايير الأخلاقيات المهنية والنزاهة الأكاديمية المطلوبة في إنجاز البحث المذكور أعلاه.

التاريخ: 2023/06/06

توقيع المعني (ة)

نقدر ونصدق على إمضاء السيد(ة): ...
عن الفترة في يوم: 08 جوان 2023
عن رئيس المجلس الشعبي البلدي
وبتفويض منه الموظف المؤهل
إمضاء / صافية محمدي

*ملحق بالقرار رقم ....1082.... المؤرخ في ..... 2020 ماي 11

الذي يحدد القواعد المتعلقة بالوقاية من السرقة العلمية ومكافحتها

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

مؤسسة التعليم العالي والبحث العلمي:

نموذج التصريح الشرفي

الخاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لإنجاز بحث

أنا الممضي أسفله،

السيد(ة): صراق نعيمة الصفة: طالب، أستاذ، باحث طالب

الحامل(ة) لبطاقة التعريف الوطنية رقم 093735 والصادرة بتاريخ 2019/04/11

المسجل(ة) بكلية / معهد العلوم القانونية قسم الحقوق

والمكلف(ة) بإنجاز أعمال بحث (مذكرة الليسانس، مذكرة ماستر، مذكرة ماجستير، أطروحة دكتوراه)،

عنوانها: استجواد مجلس القانون الدستوري للنظام العام في مسائل الحدود المستحدثة

أصرح بشرفي أني ألتزم بمراعاة المعايير العلمية والمنهجية ومعايير الأخلاقيات المهنية وقواعد النزاهة الأكاديمية المطلوبة في إنجاز البحث المذكور أعلاه.

التاريخ: .....

توقيع المعني (ة)

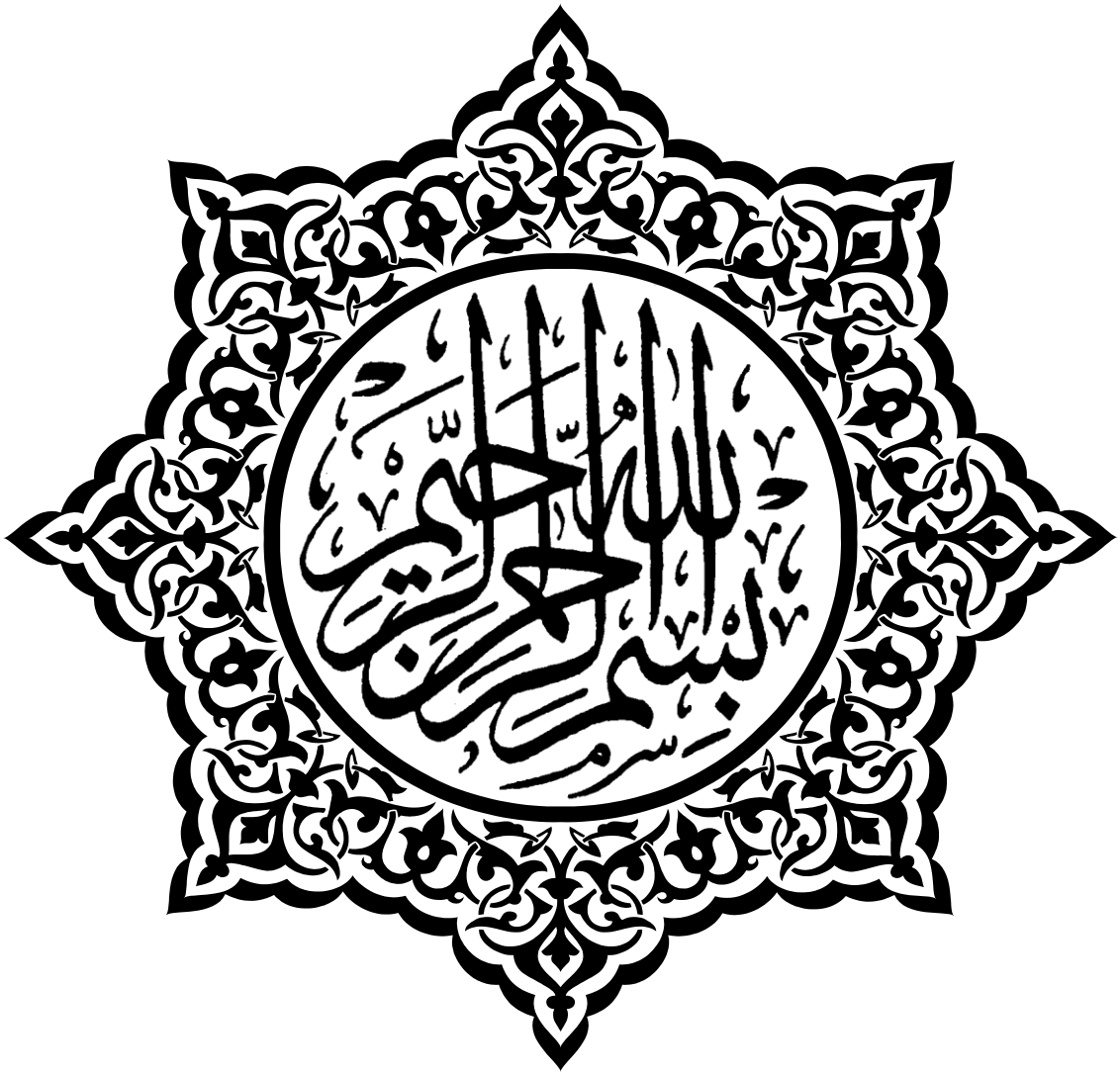
نظر وصادق على إمضاء السيد(ة): ... المعني ...

عن الخنشلة في: 06 جوان 2020

عن رئيس المجلس الشعبي البلدي

وبتفويض منه الموظف المختص

إمضاء / صاحبة الشرف


بسم الله الرحمن الرحيم

## شكر وعرفان

الحمد لله أولاً وأخرا حمداً يليق بكماله وجلاله، وعظيم ملكه وسلطانه،نشكر الله ونحمده على توفيقه لنا في إنجاز هذه المذكرة فبحمده تدوم الأعطيات، وبشكره تعظم الخيرات، وبالتواضع له ترتفع الهامات، ويبلغ بحبه وطاعته المرء أعلى الدرجات، والصلاة والسلام على أشرف خلق الله أجمعين محمد صلى الله عليه وسلم النبي الأمي الأمين وعلى آله وصحبه أجمعين ومن اهتدى هديه واستن سنته واقتفى أثره إلى يوم الدين.

كما يطيب لنا أن نعبر عن صدق امتناننا وشكرنا لكل من قدم لنا يد الدعم والعون نخص بالذكر الأستاذ المؤطر عمارة عمارة الذي عمل على توجيهنا وإنارتنا بما يكفل لنا النجاح ، الذي لم يبخل علينا بتوجيهاته ونصائحه.

## الاهداء

بسم الله الرحمن الرحيم

إلى الذي كان نبراس طريقي لأجتاز جسور الحياة إلى الذي ساهم لأنام و تعب لأرتاح

ألي الذي أفنى حياته لأعيش أفضل إلى الذي نسى همومه ليحمل همومي

والدي العزيز المبروك

إلى التي أعطتني معنى لحياتي وكشفت لي أسرار ذاتي

إلى التي منحتني بالحب قلبا فيه أحلى الذكريات

أمي الغالية الحبيبة نورة العطراوي

إلى أخي سفيان و محمد وأخواتي سناء
سميرة فاطيمة الزهراء ريمة
إلى عائلتي الكبيرة جميعا
إلى كل من
رافقنا في مشوارنا الدراسي
إلى كل من مد لنا يد العون في إنجاز هذا العمل
من قريب أو بعيد

# لبنى

## الاهداء

### بسم الله الرحمن الرحيم

سأبدأ بشكر المولى عز وجل الذي يرزقني العقل وحسن التوكل عليه سبحانه وتعالى وعلى نعمه الكثيرة التي رزقني إياه.

إلى من كان دعائها سر نجاحي وحنانها بلسم جراحي إلى **أمي** الحبيبة

إلى من بها وعليها أعتمد أحبك أمي وأطال الله في عمرك

وإلى **أبي** الغالي "

وإلى **إخوتي وأخواتي**

وإلى من علموني حروفا من ذهب وكلمات.

# نعيمة

# مقدمة

**مقدمة:**

إن فكرة النظام العام من أهم الأفكار في علم القانون، ففي القانون الداخلي توجد قواعد آمره لا يجوز للأطراف الخروج عليها أو الاتفاق على مخالفتها، فالنظام العام يعد قيدا على مبدأ سلطان الارادة، كما يهدف النظام العام إلى حماية المبادئ والأسس العامة اقتصادية واجتماعية وسياسية للمجتمع في دولة القاضي، إلا أن النظام العام للأحوال الشخصية في مجال القانون الدولي الخاص يهدف إلى ذات الأهداف ولكن بطريقة مختلفة، فالنظام العام في القانون الداخلي يهتم بالقاعدة القانونية الوطنية، أما في القانون الدولي الخاص فيتحقق من خلال الدفع والاعتراض على تطبيق الأحكام الموضوعية في القانون الأجنبي الواجب التطبيق من خلال قواعد الإسناد الوطنية، وذلك عند وجود تعارض بين هذه الأحكام والأسس الجوهرية في دولة القاضي، فالنظام العام للأحوال الشخصية هو المراقب على القواعد القانونية في القانون الأجنبي الواجب التطبيق بينما يمثل النظام العام في القانون الداخلي الحماية للقواعد القانونية ضمن نطاق إعمالها داخلياً في بلد القاضي.

هذه العلاقات العابرة للحدود الوطنية تتطلب بالضرورة وجود قانون ينظمها فمن غير الممكن إخضاعها كلها للقانون الوطني رغم أن القاعدة الأصلية في تشريعات معظم الدول هي أن القاضي الوطني هو من ينعقد له الاختصاص ليفصل في النزاعات لكن في حالة وجود عنصر أجنبي قد تسمح قواعد الإسناد في دولة القاضي الوطني بتطبيق القانون الأجنبي.

غير أن السماح بتطبيق القانون الأجنبي على مستوى الصعيد الوطني لا يكون بشكل مطلق بل يسمح به في حالات معينة ويستبعد في حالات أخرى وهذا بسبب مخالفة هذا القانون الأجنبي المختص الضوابط وأساس يقوم عليها مجتمع دولة القاضي الوطني أو لوجود نية التحايل و الغش عند اختيار القانون الواجب التطبيق.

كما قد يتضح لدى قاضي النزاع المشتمل على عنصر أجنبي، أن اختصاص قانون أجنبي معين للفصل في النزاع المطروح عليه نشأ عن طريق تحايل أطراف العلاقة القانونية، وتلاعبهم بقاعدة الإسناد الجزائرية نتيجة قيامهم بإحداث تغيير في ضوابط الإسناد، بنية

الإفلات من أحكام القانون المختص أصلا بحكم هذه العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي. وبناءً عليه يتعين على القاضي الجزائري أيضا أن يستبعد تطبيق القانون الأجنبي المختص بسبب اللجوء للغش من قبل أحد أطراف النزاع وكذا حالات النظام العام للأحوال الشخصية، ليُخضع بعدها العلاقة القانونية محل النزاع للقانون الواجب تطبيقه عليها أصلا لو لم يقع ذلك الغش.

وعليه يمكن طرح الاشكالية التالية"

**ماهي حالات استبعاد تطبيق الاجنبي للنظام العام للأحول الشخصية؟ وما النتائج المترتبة عليه؟**

وعلي ضوء هذه الاشكالية صغنا التساؤلات التالية:

- ما هو النظام العام للأحوال الشخصية؟
- ما حالات تطبيق الاجنبي لنظام الدفع العام ؟
- كيف تعامل القاضي الوطني مع حالات استبعاد التطبيق الاجنبي للنظام العام للاحوال الشخصية؟
- الطبيعة القانونية لفكرة الغش نحو القانون وعلاقتها بالنظام العام.

**أهمية الموضوع :**

تتمحور أهمية الموضوع في أن تشريعات الدول المختلفة وحالات استبعاد القانون الأجنبي فيها ليست واحدة فما هو نظام عام في دولة ليس كذلك في دولة أخرى و ما هو غش نحو القانون في تشريع معين ليس كذلك في غيره، والتعرف على هذه الحالات في مختلف المجتمعات وفي التشريع الجزائري يسهل علينا معرفة العلم بها في مختلف القوانين.

- من خلال اتساع دائرة العلاقات التجارية والاقتصادية الدولية إضافة إلى التطور الذي عرفته وسائل الإعلام والاتصال أدى بالضرورة إلى قيام علاقات مختلفة بين دول العالم وهذا ما أتاح لأفراد دولة ما فرصة التعاقد مع أفراد دول أخرى بغض النظر عن نوعية هذه العقود أو طبيعة هذه العلاقات وهذا لا يمنع من إمكانية تشوه نزاعات بين الأطراف المتعاقدة وعلى أساس أن هذه العلاقات تشمل على عنصر أجنبي فهذا يعني أنها نزاعات دولية خاصة يتم

الفصل فيها الرجوع إلى قواعد الإسناد التي يتضمنها القانون الدولي الخاص للدولة فهي تحدد القانون الواجب التطبيق على النزاع وقد يكون المختص.

**أسباب اختيار الموضوع :**

إن خوضنا في هذا الموضوع نابع عن عدة أسباب ذاتية، وجملة من الاسباب الموضوعية، يمكن حصرها في النقاط التالية:

**الاسباب الذاتية:**

– نابع من أسباب شخصية تتمثل في الميل الشخصي للموضوع بحد ذاته خاصة انه يعتبر من أهم مواضيع ومحور القانون الدولي الخاص وأسباب عملية مفادها أن معظم التشريعات تطرقت بشكل عام إلى حالات عدم تطبيق القانون الأجنبي خاص في حالات الأحوال الشخصية دون أن تضبطها في نصوص قانونية ودون أن تفصل فيها بالاعتماد على الفقه .

– الرغبة الشخصية في تناول مادة القانون الدولي الخاص التي مازالت حسب رأينا تحتاج إلى مزيد من الدراسة والبحث، خصوصا وأن الدراسات المتعلقة بها مازالت مقتضبة جدا في الجزائر .

**الاسباب الموضوعية:**

تتمثل في الضرورة حتمية فرضها التطور التكنولوجي المذهل الذي عرفه العالم الحديث حيث أن اتساع العلاقات بين الدول يقتضي بالضرورة قيام علاقات بين أفراد الدول وهذا يخلق نزاعات يستوجب على القاضي حلها وإلا كان أمام جريمة إنكار العدالة وعليه يستوجب الأمر إحاطة القاضي بكافة المعلومات التي تمكنه من حل مثل هذا النزاع.

– فترجع إلى خصوصية وأهمية الموضوع وكون أن أغلبية المسائل التي يعالجها غير منظمة تشريعيا في كثير من الدول ومنها الجزائر، إذ في الغالب ما يكتفي المشرع بسن مواد قانونية تتضمن القواعد العامة ويترك باقي المهمة للقاضي.

**منهج الدراسة:**

ولدراسة هذا الموضوع تم الاعتماد على المنهج التحليلي على أساس أننا بصدد تحليل مواد قانونية الإبراز موقف المشرع الجزائري إضافة إلى المنهج الوصفي الذي يتضح من خلال عملية جمع المعلومات الضرورية للإحاطة علما بحقيقة هذا الموضوع.

**أهداف الموضوع:**

– محاولة اثراء المكتبة القانونية الجامعية بمثل هاته المواضيع حتى تكون مصدر يستعان به في المستقبل.

– عدم وجود دراسات معمقة لموضوع الدفع النظام العام واستبعاد تطبيق الاجنبي.

–أغلب الدراسات والأبحاث والكتابات الدراسية تتحدث عن الدفع بالنظام.

**الدراسات السابقة :**

– رسالة دكتوراه بعنوان دور القاضي في تطبيق القانون الأجنبي في القانون الجزائري والمقارن لحمزة قتال. جامعة الجزائر – الجزائر – 2010–2011.

– مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص تحت عنوان قواعد التنازع المتعلقة بالزواج ولحلاله لدرية أمين جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان 2007–2008

– مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص بعنوان الزواج المختلط في القانون الدولي الخاص لرحاوي أمينة جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان 2010–2011.

– مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق في إطار مدرسة الدكتوراه بعنوان القانون الأجنبي إثباتا وتفسيرا لعكوش سهام جامعة أمحمد بوقرة بومرداس. 2009–2010.

**خطة الدراسة:**

**الفصل الأول: حالات الدفع بالنظام العام**

**المبحث الاول: مفهوم الدفع بالنظام العام واستبعاد تطبيق القانون الاجنبي**

**المطلب الاول: مفهوم الدفع بالنظام العام.**

**الفرع الاول: تعريف الدفع بالنظام العام.**

**الفرع الثاني: شروط الدفع بالنظام العام.**

**المطلب الثاني: استبعاد تطبيق القانون الأجنبي لتعارضه مع النظام العام**

**الفرع الاول: مفهوم استبعاد تطبيق القانون الأجنبي لتعارضه مع النظام العام**

**الفرع الثاني: شروط التمسك بالدفع بالنظام العام**

**الفرع الثالث: آثار التمسك بالدفع بالنظام العام**

**المبحث الثاني: التطبيقات التشريعية والقضائية بالأحوال الشخصية**

**المطلب الاول: التطبيقات في مسائل الزواج وأثاره.**

**الفرع الأول: تكييف الزواج**

**الفرع الثاني: تكييف شروط الزواج**

**المطلب الثاني: القضايا الأخرى المتعلقة بالأحوال الشخصية**

**الفرع الاول: التبني**

**الفرع الثاني: الميراث**

**الفصل الثاني: التطبيقات التشريعية والقضائية للدفع بالنظام العام للقانون الاسرة الجزائري.**

**المبحث الاول: أثر الدفع بالنظام العام بالنسبة لعلاقة يراد أنشاؤها.**

**المطلب الاول: أثر الدفع بالنظام العام بالنسبة لعلاقة يراد انشاؤها في دولة القاضي.**

**الفرع الأول: الأثر السلبي للنظام العام**

**الفرع الثاني: الأثر الايجابي للنظام العام**

**الفرع الثالث: الأثر المخفف للنظام العام**

**المطلب الثاني: أثر الدفع بالنظام العام بالنسبة لحق اكتسب في الخارج وأريد التمسك بآثاره في دولة القاضي:**

**الفرع الأول: الأثر المخفف**

**الفرع الثاني: الأثر الانعكاسي**

**المبحث الثاني: ماهية الدفع بالتحايل والغش نحو القاضي .**

**المطلب الأول: الدفع بالغش نحو القانون لاستبعاد القانون الأجنبي**

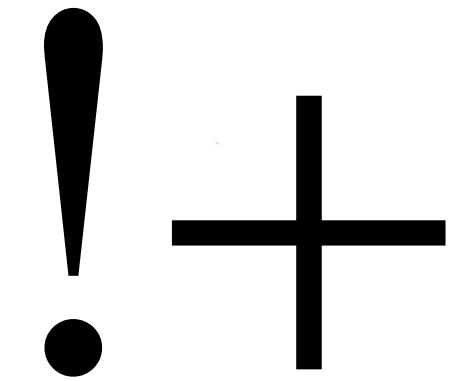
**الفرع الأول: تعريف الغش نحو القانون**

**الفرع الثاني: شروط أعمال الدفع بالغش نحو القانون**

**المطلب الثاني: أثار الغش نحو القانون**

**الفرع الأول: عدم النفاذ يشمل الوسيلة والنتيجة.**

**الفرع الثاني: عدم النفاذ يعتصر على النتيجة**



المبحث الاول: مفهوم الدفع بالنظام العام واستبعاد تطبيق القانون الاجنبي
المطلب الاول: مفهوم الدفع بالنظام العام
الفرع الاول: تعريف الدفع بالنظام العام
الفرع الثاني: شروط الدفع بالنظام العام
المطلب الثاني: استبعاد تطبيق القانون الأجنبي لتعارضه مع النظام العام
الفرع الاول: مفهوم استبعاد تطبيق القانون الأجنبي لتعارضه مع النظام العام
الفرع الثاني: شروط التمسك بالدفع بالنظام العام
الفرع الثالث: آثار التمسك بالدفع بالنظام العام
المبحث الثاني: التطبيقات التشريعية والقضائية بالأحوال الشخصية
المطلب الاول: التطبيقات في مسائل الزواج وأثاره
الفرع الأول: تكييف الزواج
الفرع الثاني: تكييف شروط الزواج
المطلب الثاني: القضايا الأخرى المتعلقة بالأحوال الشخصية
الفرع الاول: التبني
الفرع الثاني: الميراث

# الـفـصل الأول
# حـالات الـدفـع بـالـنظـام الـعـام

**تمهيد:**

تعتبر فكرة النظام العام من أهم الأفكار في علم القانون يوجد في القانون الداخلي قواعد ملزمة لا يجوز للأطراف الخروج عنها أو الموافقة على انتهاكها. النظام العام هو قيد على مبدأ سلطة الإرادة، يهدف النظام العام أيضًا إلى حماية المبادئ والأسس العامة "الاقتصادية والاجتماعية و السياسية والدينية" ومع ذلك ، فإن النظام العام في مجال القانون الدولي الخاص يهدف إلى نفس الأهداف، ولكن بطريقة مختلفة. يهتم النظام العام في القانون المحلي بالقاعدة القانونية الوطنية بينما في القانون الدولي الخاص يتم تحقيقه من خلال الدفع والاعتراض على تطبيق الأحكام الموضوعية في القانون الأجنبي الإلزامي، التطبيق من خلال قواعد الإسناد الوطني ، عندما يكون هناك تعارض بين هذه الأحكام والأسس الأساسية في بلد القاضي، النظام العام هو المراقب للقواعد القانونية في القانون الأجنبي المعمول به ، بينما يمثل النظام العام في القانون المحلي حماية القواعد القانونية في نطاق تطبيقها الداخلي في بلد القاضي.

سنعتمد في الفصل على مبحثين:

المبحث الأول: مفهوم الدفع بالنظام العام واستبعاد تطبيق القانون الاجنبي

المبحث الثاني: التطبيقات التشريعية والقضائية لدفع بالنظام العام

**المبحث الاول: مفهوم الدفع بالنظام العام واستبعاد تطبيق القانون الاجنبي**

إن فكرة النهوض بالنظام العام هي فكرة وطنية تتعلق بشكل أساسي بالكيان الذي يقوم عليه المجتمع على الأسس الاجتماعية والاقتصادية لدولة القاضي، وهي مصممة خصيصًا لحماية هذه الأسس الأساسية بهدف حماية السلطة التشريعية، سياسة حالة القاضي الذي يحال إليه النزاع ويترتب على ذلك أن ما يعتبر مخالفًا للنظام العام في بلد معين لا يمكن اعتباره كذلك في دولة أخرى على سبيل المثال ، لا يتعارض تعدد الزوجات مع النظام العام في الدول الإسلامية ، بينما يعتبر مخالفًا للنظام العام في الدول الأوروبية فكرة النظام العام هي أيضًا فكرة ذات طبيعة قضائية ، لأن القاضي هو المسؤول عن تقييم مد تعارض القانون الأجنبي ذي الصلة مع النظام العام في بلده ، حتى لو كانت هذه السلطة مقيدة وليس مطلقا.

هذا بالإضافة إلى أن فكرة النظام العام هي فكرة نسبية تتميز بالمرونة والتطور ،حيث أنها قد تختلف من دولة إلى أخرى ، وقد تتغير من وقت لآخر ضمن نفس النظام القانوني. وهكذا فإن فكرة النظام العام تتميز بنسبيتها من حيث الزمان والمكان.

وبناءً على ذلك سنعتمد في هذا الموضوع متطلبين

المطلب الاول : مفهوم الدفع في النظام العام

المطلب الثاني : طبيعة الدفع في النظام العام

**المطلب الاول: مفهوم الدفع بالنظام العام.**

**الفرع الاول: تعريف الدفع بالنظام العام.**

النظام العام مفهوم متطور ومتغيرو غير دقيق كونه متعلق بصميم المصالح العليا للمجتمع ،لهذا ترك أمر تحديد مفهومه إلى الفقه و القضاء وقلما يحدده المشرع بنص قانوني جامد وثبت.[1]

النظام العام يتعلق بالأسس الجوهرية لنظام الحكم ، الضمانات الدستورية المقررة للمواطنين ،مستوى الوجدان و الأخلاق و الضمير الحي المشاعر الروحية و الدينية و الإيمانية الحلال والحرام حرية و إبرام التصرفات وغيرها، فالنظام العالم يدخل في كل فروع القانون المختلفة : الدستوري، الادراي، العمل ، المدني ، التجاري الأحوال الشخصية ، فهو متدخل مع كل مبدأ من مبادئ القانون وكل شعور أو اعتقاد أو شعائر فيتسع و يضيق مفهوم النظام العام وفقا للمبادئ السياسية و الاقتصادية ومدى تدخل الدولة في الحياة الاقتصادية . [2]

يُعتبر النظام العام فكرة شائعة ومشهورة في علم القانون، وتطبيقاتها متنوعة بين مختلف فروع القانون سواء العام منه أم الخاص، والمشرع الجزائري كمعظم المشرعين المعاصرين لم يُعرف النظام العام ولم يحدد فكرته بل ترك ذلك للفقه والقضاء، إلا أن هذين الأخيرين قد وجدا صعوبة في ذلك، محاولين فقط تعريفه عن طريق وضع مفاهيم عامة لتقريبه من الأذهان، نتيجة نسبية فكرة النظام العام، سواء من حيث الزمان أو من حيث المكان، لاختلاف أنظمة الحياة والطبيعة الثقافية والمبادئ الاجتماعية السائدة بين مختلف المجتمعات الغربية منها أم العربية، وحتى في مجتمع واحد بين أزمنة مختلفة.[3]

---

[1] موسخ محمد، حالات استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص أمام القضاء الجزائري، مقالة، كلية الحقوق ، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، ص04.

[2] سامي بديع منصور، القانون الدولي الخاص( طرق حل النزاعات الدولية الخاصة، الحلول الوضعية لتنازع القوانين، الجنسية)، عكاشة عبد العال، القانون الدولي الخاص( الاجراءات المدنية والتجارية والدولية)، د.ط، الدار الجامعية، بيروت، ص140.

[3] موسخ محمد، حالات استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص أمام القضاء الجزائري، المرجع السابق، ص04.

كما أن تطبيق فكرة النظام العام تختلف بين فروع القانون العام والخاص، وبين القانون الداخلي ومجال تنازع القوانين، رغم الاتحاد في المفهوم العام لهذه الفكرة على حسب اتجاه غالبية الفقه، على حد قولهم بأن النظام العام هو الأساس السياسي والاجتماعي والاقتصادي والخلفي الذي يسود المجتمع في وقت من الأوقات، لا يتصور بقاء المجتمع سليماً دون استقرار هذا الأساس، وبحيث ينهار المجتمع بمخالفة المقومات التي تدخل ضمن هذا الأساس، لذا كانت القواعد القانونية المتعلقة بالنظام العام أمرة لا تجوز مخالفتها[1]

إلا أن الاتفاق حول المفهوم العام بين مجال القانون الداخلي ومجال تنازع القوانين لا يعني بالضرورة الاتفاق في الهدف بين تلك المجالات وعليه اختلفت فكرة النظام العام من حيث غرضها في مجال القانون الداخلي عنه في مجال القانون الدولي الخاص، وبالرغم من أن النظام العام في مجمله يهدف إلى حماية المصالح الجوهرية للمجتمع، سواء في مجال تنازع القوانين أو مجال القانون الداخلي، ومع ذلك ففكرة النظام العام في مجال هذا الأخير تستعمل كوسيلة لعدم الخروج عن أحكام القواعد الآمرة، أي استبعاد تطبيق اتفاقات الأشخاص المخالفة لتلك القواعد. بينما تستعمل هذه الفكرة.

نص المشرع الجزائري في المادة 24 فقرة 01 من القانون المدني على إستبعاد تطبيق القانون الأجنبي إذا كان مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر، غير أن المشرع الجزائري[2] شأنه شأن باقي التشريعات لم يأت بتعريف للنظام العام.

ويرجع سبب ذلك إلى كون النظام العام مفهوم نسبي متغير في الزمان والمكان لتعلقه بعدة عوامل، مثل النظام السياسي والإقتصادي في البلاد، مستوى الأخلاق والمشاعر

[1] محمد سعيد جعفور، " مدخل إلى العلوم القانونية – الوجيز في نظرية القانون " الطبعة 03، دار حرمة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 1999، ص117

[2] تنص المادة 24 فقرة 01 من الأمر رقم 75–58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 78 مؤرخ في 30–09–1975 معدل ومتمم على ما يلي: "لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر، أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون".

الروحية والدينية، المباح وغير المباح...الخ[1]، كل ذلك حتم ترك تحديد مفهومه للفقه والقضاء، وعدم التقيد بنص تشريعي جامد.

في مجال تنازع القوانين كوسيلة لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي المعين من قبل قاعدة الإسناد الجزائرية، وهذا أمام القاضي الجزائري، لأن في تطبيقه اعتداء على الأركان الأساسية أو المبادئ الجوهرية التي يقوم عليها نظام المجتمع.

مما سبق يتجلى أكثر الطابع الاستثنائي أو الخاص لحالة الدفع بالنظام العام، باعتبارها تهدف إلى استبعاد القانون الأجنبي وتطبيق القانون الوطني محله بشكل استثنائي، وفي هذا خروج الأصل العام أو القاعدة العامة القاضية بضرورة تطبيق القانون الذي عينته قاعدة الإسناد سواء كان وطنيا أم أجنبيا، إنطلاقا من الطبيعة المزدوجة لقواعد الإسناد الجزائرية.

أماً في مجال القانون الداخلي، فإن فكرة النظام العام تفقد هذا الطابع الاستثنائي، حيث تستعمل هنا للحد من مبدأ سلطان الإرادة دون اعتبار ذلك خروجاً على المبدأ العام، القاضي بأن الإرادة حرة في الحدود التي يسمح بها المشرع[2]. وعليه يرى مختلف الباحثين في هذا المجال أن النظام العام بهذا المفهوم وبهذا الهدف في مجال تنازع القوانين، يصبح بمثابة نقطة تفتيش جمركية لمضامين القوانين الأجنبية، ووسيلة أساسية لتقييمها قبل منح تأشيرة الدخول لها لدولة القاضي[3]. في حين يصفه بعض الفقهاء نتيجة لدوره المميز تجاه تطبيق القوانين الأجنبية المختصة بصمام الأمن (une soupape de sécurité)[4].

---

[1] ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1998، ص195.

[2] نادية فضيل ، تطبيق القانون الاجنبي أمام القضاء الوطني، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر سنة 2002، ص 121-122.

[3] زورتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنة بالقوانين العربية، ج 01 – تنازع القوانين – مطبعة الكامنة، الجزائر 2002، ص 247

[4] أعراب بلقاسم ، القانون الدولي الخاص الجزائري ، –تنازع القوانين– دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر ، 2002، ص167

يترتب على الطابع الاستثنائي المشار إليه سلفا لفكرة النظام العام في مجال تنازع القوانين عدم توافق لدور هذه الفكرة بين مجال القانون الداخلي ومجال القانون الدولي الخاص، حيث استقر الفقه والقضاء بهذا الشأن على قاعدة مفادها أن مخالفة القانون الأجنبي لأحكام القواعد الآمرة في قانون القاضي لا يستوجب بالضرورة استبعاد أحكام هذا القانون إعمالاً لقاعدة الدفع بالنظام العام. ومثال ذلك القاعدة القانونية المحددة لسن الرشد في القانون المدني الجزائري بتسعة عشر سنة[1]، فهي تعتبر من النظام العام في القانون الداخلي، لكن إذا كان القانون الأجنبي الواجب التطبيق على النزاع المعروض على القاضي الوطني، يحدد سن الرشد بأكثر من هذا السن أو بأقل فإن هذا الحكم الوارد في القانون الأجنبي المختص لا يتعارض مع النظام العام في الجزائر، وبالتالي فلا مانع من تطبيق هذه القاعدة القانونية الواردة في القانون الأجنبي، طالما أشارت قاعدة الإسناد.

وعرفه به أحمد مسلم، من أن" النظام العام في دولة ما هو إلا الكيان السياسي و الاجتماعي والاقتصادي لهذه الدولة، بما يقوم عليه هذا الكيان من معتقدات تتعلق بالأمن والحرية و الديمقراطية، ومعتقدات اجتماعية تتعلق بالمساواة أمام القانون أو احترام أفكار دينية أساسية معينة، أو عقائد مذهبية اقتصادية كالاشتراكية أو الرأسمالية، أو نحوها من المذاهب والأفكار الاقتصادية؛ كالعدالة الاجتماعية وتكافؤ الفرص وغير ذلك "[2] .

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

[1] راجع نص المادة 40 من الأمر رقم 75-58 المنضمين القانون ن المدني المعدل والمتمم، المشار إليه سابقا.

[2] الهداوي، حسن: القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ط 6، دار الثقافة، الأردن، 1997، ص184

[3] الداودي غالب و الهداوي، حسن، القانون الدولي الخاص، د.ط، ج1، دار النهضة العربية، مصر، 2000، ص145.

**الفرع الثاني: شروط الدفع بالنظام العام.**

**1- إشارة قواعد الإسناد الوطنية لاختصاص القانون الأجنبي المخالف للنظام العام:**

يترتب على هذا الشرط أنه لا حاجة لإعمال الدفع بالنظام العام في حالة عدم اختصاص القانون الأجنبي بموجب قواعد الإسناد في دولة القاضي، وعليه يستغنى القاضي الوطني عن إعمال الدفع بالنظام العام، ويلجأ قانوناً إلى الوسائل الأخرى لاستبعاده، كأن يثبت الاختصاص لقانون القاضي باعتباره قانونا إقليميا على أساس أنه يمثل قانون محل وجود المال، أو بوصفه من قوانين البوليس والأمن. أو كأن يرفض القانون الأجنبي الاختصاص ويحيل الفصل في النزاع المشتمل على عنصر أجنبي إلى قانون القاضي، وهذا الأخير يقبل الإحالة كما هو الحال في القانون المدني الجزائري، بموجب النص الجديد من خلال المادة 23 مكرر 1، فنجد بأن المشرع قرر صراحة قبول الإحالة، بشرط أن تحيل قواعد الإسناد الأجنبية الاختصاص بحكم النزاع للقانون الجزائري[1].

كما قد يُستبعد القانون الأجنبي بمقتضى قواعد الإسناد لسبب آخر، دون حاجة لتدخل النظام العام على أساس عدم اختصاصه أصلا، فيُطبق القاضي الوطني بدله قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة كحل أول، وفي حالة عدم توفر هذا الحل يلجأ القاضي إلى تطبيق قانون محل إبرام العقد، وهذا في حالة إذا كان محل النزاع التزامات تعاقدية، وكان القانون الأجنبي المختار من طرف المتعاقدين لا تربطه أية صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد، فاختيار المتعاقدين هنا كان غير نزيه، لأن إجازة القانون لهم هذا

[1] جاء في نص المادة 23 مكرر1 كالتالي: " إذا تقرر أن قانونا أجنبيا من الواجب التطبيق فلا تطبيق منه إلا أحكامه الداخلية، دون تلك الخاصة بتنازع القوانين من حيث المكان.

الاختيار كان متوقفا على توفر تلك الصلة، و ما أكدت عليه المادة 18 من القانون المدني الجزائري[1]

**2- توافر مقتضى من مقتضيات النظام العام لإعمال الدفع بالنظام العام واستبعاد القانون الأجنبي المختص:**

وذلك بأن يكون القانون الأجنبي في مضمونه يتعارض تعارضاً كلياً أو بالأحرى يكون القانون الاجنبي في مضمونه يتعارض تعارضا كليا أو جزئياً ، مع مضمون القانون الوطني، أو بالأحرى يكون مضمون القانون الأجنبي لا يتفق تماماً مع إحدى مقتضيات النظام العام في دولة القاضي، وللإشارة فإن هذه المقتضيات تختلف من مجتمع لآخر ومن زمن لآخر حتى داخل المجتمع نفسه فتعدد الزوجات في قواعد الأحوال الشخصية يعتبر مخالفاً للنظام العام في الدول غير الإسلامية، لكنه جائز بالنسبة للبلدان الإسلامية. والشيوعية في المجتمع الصيني تُعد من النظام العام، بينما في المجتمع الأمريكي تعتبر مخالفة للنظام العام، فالسبب في هذا الاختلاف راجع إلى تنوع مقتضيات النظام العام من دولة لأخرى[2]. كما تتغير أيضا مقتضيات النظام العام حسب الزمن في المجتمع الواحد مثلا نجد الطلاق كان مخالفا للنظام العام في الدول الغربية ومنها: فرنسا، إيطاليا، وغيرهم في زمن مضى، ثم أصبح جائزاً حديثا في تشريعات هذه الدول، إذا توفرت أسباب أو مبررات لذلك.

ونتيجة لصعوبة تحديد مقتضيات النظام العام عبر الأزمنة المتعاقبة، منح المشرع للقاضي سلطة تقديرية واسعة لتحديد ما هو مخالف له أو العكس. وفي هذا السياق شدد فقهاء القانون على ضرورة عدم إحلال القاضي لآرائه ومعتقداته وقناعاته الشخصية محل

---

[1] جاء في نص المادة 18، من خلال المادة 11 من القانون رقم: 05-10 المؤرخ في 10 يونيو 2005، المعدل والمتمم للقانون المدني، المشار إليه سابقا، حيث عدلت المادة 18 فأصبحت كالتالي:

"يري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد.

وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة. وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون محل إبرام العقد، غير أنه يسري على العقود المتعلقة بالعمار قانون موقعه".

[2] زروتي الطيب، المرجع السابق، ص 251

آراء ومذهب الجماعة الوطنية، وعليه لا ينبغي للقاضي المعروض عليه النزاع المشتمل على عنصر أجنبي، والمراد استبعاد القانون الأجنبي المختص من حكم هذا النزاع، أن يعتبر مصلحة ما مصلحة خاصة بالجماعة أو مصلحة خاصة بالأفراد حسب رأيه الشخصي، بل يتعين عليه أن ينظر إلى الاتجاه الغالب في المجتمع والنظام القانوني الذي يحكمه، حتى ولو اختلف مع رأيه الشخصي.

وقد استقر الفقه والقضاء لدى مختلف الدول حديثاً، على أن تطبيق فكرة النظام أو الآداب العامة رغم مرونتها فهي تعتبر عملا قانونيا وليست مسألة ،واقع وهذا سواء تعلق الأمر بالعلاقات الداخلية أو على مستوى تنازع القوانين، حيث يخضع قاضي الموضوع في تقديرها لرقابة المحكمة العليا، باعتبارها السلطة الرسمية المخول لها قانونا مراقبة حسن تطبيق القانون[1].

ويشترط الفقه والقضاء على القاضي المختص ضرورة تقدير توفر النظام العام من عدمه وقت الفصل في الدعوى، وليس وقت نشوء الحق أو المركز القانوني محل النزاع.[2]

وفي هذا السياق أكد القضاء الفرنسي على الأخذ بهذا الحكم، عندما قضت محكمة استئناف باريس في قرارها الصادر بتاريخ 02/01/1936 ، بأن التبني الذي تم في روسيا بدون بحدود السن المطلوبة في الأبوين (بلوغها سن اليأس من الإنجاب) من طرف النظام العام السائد آنذاك، يرتب آثاراً في فرنسا حتى بعد تعديل هذا السن وتغيير مفهوم النظام العام تبعاً له، ثم تضيف بأنه من تاريخ هذا التعديل تنظر ما إذا كان التبلي يمكن أن يرتب آثاراً في فرنسا[3]، وغيرها من الأحكام القضائية في فرنسا المماثلة لهذا الحل.

---

[1] محمد السعيد جعفور، المرجع السابق، ص123.

[2] هشام علي صادق ، دروس في القانون الدولي الخاص،ط1، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت ، لبنان، د.ن، ص145

[3] أعراب بلقاسم ، المرجع السابق، ص172.

**المطلب الثاني: استبعاد تطبيق القانون الأجنبي لتعارضه مع النظام العام**

قبل التطرق الى استبعاد القانون الأجنبي المخالف للنظام العام نبين بعض الحالات التي يستبعد فيها وفق ما تم دراسته سابقا، خاصة فيما يتعلق بعدم تطبيق القانون الأجنبي للمصلحة الوطنية أو لمصلحة الفصل في النزاع، ويمكن تلخيص بعض المسائل التي تمت دراستها في المواضيع السابقة الخاصة بتنازع القوانين، وهذه الحالات إما أن تكون وفق نصوص خاصة أو واردة على أساس المصلحة سواء الوطنية منها أو تلك المتعلقة بالنزاع في حد ذاتها، فيستبعد تطبيق القانون الأجنبي[1]:

– بالنسبة لتصرف الأجنبي ناقص الأهلية المتعلق بالمال لسبب في إخفاء المادة 2/10 من ق. م.

–يستبعد كذلك تطبيق القانون الأجنبي بواسطة التكييف مثل استبعاد تطبيق القانون الهولندي في وصية الهولندي ويستبعد أيضا عن طريق الإحالة من الدرجة الأولى. – استبعاد تطبيق القانون الأجنبي إذا كان غير معروف لدى القاضي (حق الزوج المحتاج أو البائس).

– بالنسبة للاستثناء الوارد في المادة 13 ق. م. ج لا يطبق القانون الأجنبي إذا كان أحد الزوجين جزائريا في الزواج أو الطلاق.

– بالنسبة للشخص الذي له أكثر من جنسية ومن بينها الجنسية الجزائرية فيطبق عليها القانون الجزائري دون الأجنبي المادة 22 ق. م من قانون 05/10.

– كذلك يطبق قانون القاضي الجزائري في الحالة التي يتعذر فيها إثبات القانون الأجنبي الواجب التطبيق مثل: عدم اختيار المتعاقدين لقانون يحكم عقدهما واستحالة تركيزه في مكان معين حسب نص المادة 23 مكرر قانون 05/10.

– يستبعد تطبيق القانون الأجنبي إذا كان الفعل غير مشروع طبقا للقانون الأجنبي ومشروعا في الجزائر طبقا للمادة 20/2 ق. م. ج.

[1] عمارة عمارة ، محاضرات في تنازع الاحوال القوانين في الاحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة المسيلة،2020–2021 ص91.

– لا يطبق القانون الأجنبي أيضا في حالات الاستعجال المنصوص عليها في المادة الأهلية والغائبين 15/2 وذلك فيما يخص التدابير المستعجلة الخاصة بالقصر وعديمي الموجدين في الجزائر وقت اتخاذ هذه التدابير.

**الفرع الاول: مفهوم استبعاد تطبيق القانون الأجنبي لتعارضه مع النظام العام**

إذا أشارت قاعدة الإسناد إلى تطبيق القانون الأجنبي وكان هذا الأخر يتعارض مع النظام العام يمكن استبعاده، لكن قبل التطرق لأهم الأحكام الخاصة بالنظام العام ما المقصود بالنظام العام ؟[1]

النظام العام هو مجموعة من الأسس السياسية والاقتصادية والاجتماعية والمعتقدات الدينية والحضارية التي تسود في مجتمع معين في وقت معين، ويتضح من هذا المفهوم للنظام العام أنه مسألة نسبية يختلف مفهومه من مجتمع لأخر لذا يترك مسألة تقدير فكرة النظام العام لقضاء كل دولة، وقد عرفت محكمة النقض الفرنسية النظام العام الوطني بأنه يتوقف إلى حد كبير على الرأي السائد في كل عصر، وفكرة النظام العام قديمة ظهرت في فقه الأحوال الإيطالي القديم وسميت بالأحوال المستهجنة وهي الفكرة التي جاء بها " بارتول"[2].

**الفرع الثاني: شروط التمسك بالدفع بالنظام العام**

يشترط للدفع بالنظام العام الشروط التالية[3]:

1– أن يتم تعيين القانون الأجنبي من طرف قاعدة الإسناد الوطنية، وبالتالي لا يمكن إثارة الدفع بالنظام العام إذ أستبعد تطبيق القانون الأجنبي لسبب آخر غير النظام العام " مثل أن يكون قانون القاضي إقليميا أو يكون القانون المختار من طرف المتعاقدين دون أن تكون له أي صلة بهما أو بالعقد أو عن طريق الإحالة.

---

[1] علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، 2003، ص152–153.

[2] صلاح الدين جمال الدين القانون الدولي الخاص الجنسية وتنازع القوانين دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي الاسكندرية، 2008، ص 315

[3] عبد الرزاق دربال، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010،ص136.

2- أن يتعارض القانون الأجنبي مع مقتضى من مقتضيات النظام العام السالفة الذكر والمحددة من طرف القاضي.

3- أن تكون المخالفة للنظام العام حالية عند رفع الدعوى، أي ينظر إليها وقت رفع الدعوى حتى ولو كان الحق قد تم دون أن يكون مخالفا للنظام العام ثم بعد ذلك تم التمسك بالدفع به فينظر إلى وقت رفع الدعوى، وهذا عكس قاعدة الإسناد إذ الحكم يسند إلى القانون الأجنبي الواجب التطبيق عند وقوع الحادث أو نشوء الحق حتى ولو تغيرت قاعدة الإسناد مثل: الطلاق في فرنسا قبل 1884 والتبني قبل سنة 1929 وإثبات النسب قبل 1912.

**الفرع الثالث: آثار التمسك بالدفع بالنظام العام**

يترتب على التمسك بالدفع بالنظام العام استبعاد تطبيق القانون الأجنبي الواجب التطبيق ويعوضه في ذلك قانون القاضي[1].

ويمكن أن يكون تدخل القاضي وفصله في مسألة النظام العام بطريقة سلبية أو إيجابية.

1- إذ يتم بطريقة سلبية في الحالة التي يقتصر فيها دور القاضي على استبعاد القانون الأجنبي لأنه يتلاءم مع قوانينه الداخلية ويرفض الطلب بتطبيق هذا القانون ويقف القاضي موقفا سلبيا يتقدم فرنسي بطلب الطلاق في اسبانيا فيستبعد القانون الإسباني ولا يتدخل ويطبق القانون الفرنسي ) .

2- يقف القاضي موقفا إيجابيا أي في حالة استبعاد تطبيق القانون الأجنبي لمخالفته للنظام العام يقدم القاضي حلا لحكم القضية وليكن قانونه مثال: أن يتقدم يونانيين مقيمان في فرنسا بطلب عقد قرانهما في الشكل الديني طبقا لقانون جنسيتهما، فيستبعد تطبيق هذا القانون لمخالفته النظام العام في فرنسا ويعقد زواجهما طبقا للشكل المدني وفقا للقانون الفرنسي وقد طرحت بهذا الصدد قضية على القضاء الفرنسي تتمثل في أن أمريكي يدعى Nilson Moris قد تزوج من فرنسية تدعى jeanne aubert التي احتفظت بجنسيتها عند الزواج وكانت ممثلة، غير أن زوجها اشترط أن لا تعود لمهنة التمثيل ولكنها عادت فرفع الأمر

[1] علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص153.

للقضاء فاستبعد القاضي الفرنسي تطبيق القانون الأمريكي رغم أن قاعدة الإسناد الفرنسية تشير إلى تطبيق القانون الأمريكي الذي يجيز للزوجة التمثيل دون إذن زوجها وقالت المحكمة في حكمها الصادر في 08 أفريل 1930 " أنه إذا كان قانونا أجنبيا يمنح الزوجة أهلية غير محدودة تسمح لها بممارسة مهنة التمثيل رغم معارضة زوجها، فإن هذا القانون يكون مخالفا للنظام العام في فرنسا من هذه الناحية ويمكن استبعاده وهكذا كسب الزوج الدعوى[1].

**المبحث الثاني: التطبيقات التشريعية والقضائية بالأحوال الشخصية**

المقرر تشريعا والمتفق عليه فقها وقضاء أن التكييف في العلاقات الخاصة المشتملة على عنصر أجنبي يخضع لقانون القاضي وفقا لنص المادة 9 من القانون المدني الجزائري، التي جاء فيها: " يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه".

بالنسبة لمسائل الأحوال الشخصية وبسبب ارتباطها بالشريعة الإسلامية فهي منظمة بموجب قواعد أمرة. وفي العلاقات المشتملة على عنصر أجنبي مادام أن القانون الجزائري أي قانون الأسرة هو المرجع في تكييفها فإنها تخضع في ذلك للشريعة الإسلامية، وتطبق على الجزائريين وفقا لضابط الجنسية وعلى الأجانب المقيمين في الجزائر وفقا لضابط الموطن بحسب ما تنص عليه المادة 221 من قانون الأسرة" يطبق هذا القانون على كل المواطنين الجزائريين وعلى غيرهم من المقيمين بالجزائر مع مراعاة الأحكام الواردة في القانون المدني". بالإضافة إلى أنه يطبق على الأجانب المسلمين. وبالتالي تعتبر الشريعة الإسلامية هي المرجع في تحديد طبيعة المسألة أو العلاقة الأسرية أو الزواج ذو العنصر الأجنبي[2].

---

[1] علي علي سليمان ، المرجع السابق، ص154-155.

[2] هشام صادق علي، حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص الكتاب الثاني، تنازع القوانين، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1999، ص 86.

تم الاعتماد على مطلبين المطلب الاول: تطبيقات مسائل الزواج والمطلب الثاني قضايا أخرى متعلقة بالأحوال الشخصية.

**المطلب الاول: التطبيقات في مسائل الزواج وأثاره.**

تعد تطبيقات حالات الزواج من أهم تطبيقات الدفع بالنظام العام وذلك من خلال تعقيدها، حيث يشرع القاضي في تطبيق قواعد لقانون العام التابعة لسلطته

**الفرع الأول: تكييف الزواج**

يتخذ مصطلح تكييف الزواج في الشريعة الإسلامية معنى الوصف الشرعي للزواج أو الحكم التكليفي وهو كون الزواج مباحا أو مندوبا أو واجبا أو فرضا أو مكروها أو حراما وهو يختلف باختلاف حال الشخص المكلف به من حيث قدرته على القيام بواجباته ومن حيث خشيته من الوقوع في الفاحشة[1]، أما في القانون الوضعي فقد اختلفت التشريعات في تحديد الطبيعة القانونية للزواج وفقا لتدخل عنصر الدين فيه، فهناك اتجاه أول يرى أن الزواج نظام قانوني كالقانون الفرنسي[2]، الذي يعتبره نظاما مدنيا ينظمه القانون، فالدولة تتولى تنظيمه بموجب نصوص قانونية وتتولى الفصل في المنازعات الناشئة عنه أي دون أن يخضع السلطة دينية، وهذا تبعا لفصل الدين عن الدولة وعدم الخضوع السيطرة الكنيسة[3]، كما هو سائد في القانون الفرنسي ويترتب على ذلك آثار منها إقرار مبدأ وحدة الزوجة، حيث يمنع على الرجل عقد زواج ثان قبل حل الزواج الأول. وهذا بغض النظر عما إذا كان القانون الشخصي للزوج الأجنبي يبيح تعدد الزوجات وبغض النظر عن موقف الشريعة الإسلامية التي تطبق على المسلمين ومبدأ الرسمية لأن الزواج لا يتم إلا إذا تم توثيقه أمام

الموظف المختص، والاتجاه الثاني يرى أن الزواج عقد رضائي يقوم على توافق إرادتي طرفيه وتوفر شروطه دون طقوس ولا شكليات ولا تدخل سلطة دينية والرسمية ليست

---

[1] الإمام محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، 2012، ص 23.

[2] صلاح الدين جمال الدين: تنازع القوانين في مشكلات إبرام الزواج، مطبعة التركي، طنطا، مصر، 2007. ص ص 15، 16

[3] زروتي الطيب، المرجع السابق، ص 159.

ركنا ولا شرطا فيه ". أما الاتجاه الثالث يعتبر الزواج عقد رضائي في تكوينه وإنشاءه ونظام قانوني في آثاره. وهذا وفقا لمذاهب الشريعة الإسلامية عقد الزواج عقد رضائي والقانون يتدخل لتنظيم أثاره وهذا حفاظا على الحياة الزوجية".

وفي القانون الجزائري يعتبر الزواج عقدا رضائيا بين رجل وامرأة وفقا للمادة 4 . من قانون الأسرة[1]" الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب" قابل للتعدد وفقا لنص المادة 8 من قانون الأسرة" يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط ونية العدل" ركنه الأساسي يتمثل في رضا الزوجين (المادة 9 من قانون الأسرة) وشروطه هي: أهلية الزواج (19 سنة) الصداق، الولي الشاهدان وانعدام الموانع الشرعية (المادة 9 مكرر من قانون الأسرة) يتم إثباته بعقد رسمي محرر من طرف الموثق أو موظف الحالة المدنية ( المادة 18 من قانون الأسرة) كما يثبت بحكم قضائي في حالة عدم تسجيله عند انعقاده عرفيا (المادة 22)، قانون الأسرة وهو قابل للانحلال حيث تنص المادة 48 من قانون الأسرة: " ... يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو يطلب من الزوجة ....."

هناك دول تعتبر الزواج رابطة أبدية غير قابلة للانحلال بالطلاق أو الانفصال الجسماني وفي المقابل هناك من الدول من تسمح بانحلاله باتفاق الطرفين أو بالإرادة المنفردة لأحدهما وبعض الدول تجعل منه رابطة مؤقتة قوامها المعاشرة مثل بعض قوانين الولايات المتحدة وبعض مذاهب الشريعة الإسلامية التي تقر زواج المتعة، وهناك دول تعتبره رابطة دينية تضفي على انعقاده طقوسا وشعائر دينية معينة كما هو الحال في اليونان وبلغاريا، وهناك دول تسمح بتعدد الزوجات كما هو الشأن في الدول الإسلامية ودول تسمح

[1] د.كمال سمية، علاقة قواعد الاسناد في مسائل الزواج بالنظام العام، مخبر حقوق الإنسان والحريات، مجلة الصدى للدراسات السياسية والقانونية، كلية الحقوق، والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2021، ص124.

بتعدد الأزواج مثلما هو مقرر في عادات بعض القبائل الإفريقية والهند بينما تعاقب قوانين الدول المسيحية جزائيا على ذلك".[1]

بالنسبة للعلاقات التي تنتمي لنظم قانونية أجنبية وهي غير معروفة في الشريعة الإسلامية كالانفصال الجسماني فإن المشرع الجزائري في المادة 12 من القانون المدني وسع من فئات الإسناد وأدرج ضمن الفئة القانونية الخاصة بالطلاق نظام الانفصال الجسماني غير المعروف في الشريعة الإسلامية وفي قانون الأسرة ليطبق عليه قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى.[2]

يؤكد الفقه أن إخضاع التكييف لقانون القاضي لا يحول دون إمكانية الاستئناس بالقانون الأجنبي من جهة والالتجاء إلى القانون المقارن من جهة أخرى، خروجا من الإطار الضيق النظرية " **بارتان**" فالنظم التي تعترف للزوج بحقه في الطلاق بإرادته المنفردة كما هو مقرر في الشريعة الإسلامية تعد نظما غريبة عن القانون الفرنسي ومن العسير على القاضي أن يرجع إلى قانونه لتكييف النزاع المتعلق بطلاق المسلم من أجل تحديد القانون الواجب التطبيق. لأن القانون الفرنسي يجهل طبيعة المركز القانوني للزوج الذي يخوله هذا الحق، ومع ذلك فإن الرجوع إلى القانون المقارن يمكن القاضي من إدراك طبيعة هذا المركز وإدخاله ضمن فئة الإسناد المتعلقة بالطلاق وفق القانون الفرنسي.[3]

**الفرع الثاني: تكييف شروط الزواج**

تكييف شروط الزواج واعتبارها شروطا شكلية أو موضوعية يخضع لقانون القاضي أي لقانون الأسرة الجزائري المستمد من الشريعة الإسلامية[4]، فالنظم القانونية التي تعتبر الشريعة الإسلامية نظاما غالبا فيها تتضمن أحكاما إقليمية تسري على كل المقيمين في الدولة الإسلامية ولا تقبل تطبيق قانون آخر كما أن مبادئها العامة لا تتفق مع النظم

[1] زروتي الطيب، المرجع السابق، ص 159.

[2] د.كمال سمية ، المرجع السابق، ص125 .

[3] هشام صادق علي، حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 72، 73، 74.

[4] وفقا للمادة 222 من قانون الأسرة " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

اللاتينية وهذا يجعل من الصعب أن تكون الشريعة الإسلامية كافية لتكييف الشروط المتعلقة بزواج الأجانب، وفي الدول المتعددة الطوائف تطبيق الشرائع غير الإسلامية على غير المسلمين من المواطنين والأجانب هي قاعدة لا تلزم القاضي بتطبيق هذه الشرائع، والتكييف وفق هذه الشرائع يجعل ما هو شرط شكلي شرطا موضوعيا، وعلى القاضي ألا يبقى حبيس الضيقة لمدلول الشروط الموضوعية بل عليه أن يوسع هذا المدلول ليستوعب ما تتضمنه القوانين الأجنبية من شروط وألا يقتصر على معنى الشروط الموضوعية للزواج والتي تقرها الشريعة الإسلامية بوصفها القانون العام للأحوال الشخصية[1].

الشريعة الإسلامية هي الشريعة العامة في مسائل الأحوال الشخصية على القاضي الرجوع إليها لتكييف الشروط الشكلية أو الموضوعية في علاقات المسلمين أو غير المسلمين لأن تطبيق الشرائع الطائفية قد يؤدي إلى نتائج تخالف الشريعة الإسلامية.

من تحديد طبيعة شروط الزواج وما إذا كانت موضوعية أو شكلية حتى يتم تحديد القانون الواجب التطبيق عليها خاصة وأن لكل طائفة أو فكرة قاعدة إسناد خاصة بها. فالشروط الموضوعية هي لازمة لقيام الرابطة الزوجية وتخلفها يؤدي إلى انتفاء الزواج وهي تتعلق بأركان الزواج من تراضي ومحل وسبب وتخضع للقانون الذي يحكم الزواج، أما الشروط الشكلية فهي لازمة لإبرام الزواج تتصل بمظهره الخارجي وهي تخضع للقانون المحلي، إن تكييف طبيعة الشرط وما إذا كان موضوعيا أو شكليا يخضع لقانون القاضي وهو الشريعة الإسلامية باعتبارها مصدرا جوهريا لقانون الأسرة الجزائري.[2]

**1- شروط الزواج في الشريعة الإسلامية:**

يميز فقهاء الشريعة الإسلامية بين أركان العقد وشروطه فركن الزواج ينحصر في الإيجاب والقبول، وتنقسم شروط الزواج إلى ثلاثة أقسام شروط صحة وشروط نفاذ وشروط الزوم. شروط الصحة هي التي لا يعتبر العقد بغيرها موجودا وشروط النفاذ هي الشروط

[1] صلاح الدين جمال الدين: المرجع السابق، ص 12.

[2] المادة222 من قانون الاسرة . المرجع السابق.

التي لا تنفذ أحكام العقد على كل عاقديه بغير وجودها ويستمر العقد موقوفا إذا لم تتوافر وشروط اللزوم هي الشروط التي لا يلزم العقد كلا طرفيه إلا بوجودها وبغيرها يكون لأحد العاقدين أن يفسخ العقد[1]، وتتمثل الشروط الشرعية تتمثل في شروط الانعقاد تتعلق يتحقق الإرادتين وتطابقهما، وشروط الصحة تتعلق بصلاحية المرأة لأن تكون محلا للعقد غير محرمة مؤقتا أو أبديا وكفاءة الزوج والشاهدين، وشروط النفاذ الأهلية والولاية وشروط اللزوم، بالإضافة إلى شروط وضعية فقد يشترط المشرع الوضعي شروطا تتمثل في توثيق الزواج أمام موثق[2] أو موظف معين.

وتعتبر من الشروط الموضوعية المتفق عليها بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية: رضا الزوجين رضا الوالدين أو ما يعرف بشرط الولي، اختلاف الجنس البلوغ، عدم محرمية الزواج[3]، ففي الشريعة الإسلامية يعتبر من شروط نفاذ العقد أن يكون العاقد ذا ولاية لإنشاء العقد نافذا أو يكون نائبا في إنشائه بإنابة الشرع وهو الولي على النفس وتعني القدرة على إنشاء عقد الزواج نافذا من غير حاجة إلى إجازة أحد. ويقسم الفقهاء الولاية في الزواج إلى قسمين ولاية إجبار وولاية اختيار وأساسها أن الزواج مؤسسة تستوعب الزوجين وأهلهما ولهذا تكون للولي على النفس وتثبت ولاية الاختيار على البالغة العاقلة[4] ،لأن الفقهاء يرون أنه ليس لها أن تنفرد بإنشاء عقد زواجها بل يشاركها وليها في اختيار الزوج وينفرد هو بتولي صيغة الزواج بعد اتفاقه معها وليس له أن يجبرها بل لابد أن تتلاقى إرادتها مع إرادة الولي[5].

ويعد من الشروط الموضوعية لتكوين الزواج الأهلية للزواج ( المادة 9 مكرر من قانون الأسرة الجزائري) التراضي ( المادة 9 قانون الأسرة) موافقة الولي، الكفاءة، صلاحية الزوجة وتعتبر هذه شروطا إيجابية لقيام الزواج، وموانع الزواج (المادة 23 وما يليها من

[1] الامام أبو زهرة، المرجع السابق، ص52.

[2] جمال الدين صلاح الدين، المرجع السابق، ص 26، 27، 28.

[3] المرجع نفسه، ص29

[4] د.كمال سمية ، المرجع السابق، ص131.

[5] الإمام محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 107.

قانون الأسرة) والتي يمكن اعتبارها شروطا سلبية كوجود قرابة موجبة للتحريم ( المادة 24 من قانون الأسرة) سواء كانت قرابة الدم (المادة 25 من قانون الأسرة) أو قرابة الرضاع (المادة 27 من قانون الأسرة) أو قرابة مصاهرة (المادة 26 من قانون الأسرة) أو ارتباط الزوجة بزواج قائم لم ينحل أو وجودها في فترة عدة (المادة 30 من قانون الأسرة) أو اختلاف الدين( المادة 31 من قانون الأسرة).

وتخضع الشروط الموضوعية الإيجابية لقانوني جنسية كل من الزوجين الذي يطبق تطبيقا موزعا لأنها تعتبر شروطا فردية للزواج أما موانع الزواج فتخضع للتطبيق الجامع لأنها تتعلق برابطة الزواج".[1]

تنص المادة 11 من القانون المدني على أنه : " يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج القانون الوطني لكل من الزوجين" وتنص المادة 97 من قانون الحالة المدنية[2] على :" أن الزواج الذي يعقد في بلد أجنبي بين جزائريين أو بين جزائري وأجنبية يعتبر صحيحا إذا تم حسب الأوضاع المألوفة في ذلك البلد شريطة ألا يخالف الجزائري الشروط الأساسية التي يتطلبها القانون الوطني لإمكان عقد الزواج".

يمكن القول أن المادة 11 قانون مدني جزائري التي تشير إلى تطبيق قانون جنسية كل من الزوجين تطبيقا موزعا والمادة 97 قانون الحالة المدنية التي تشترط ألا يخالف الجزائري الشروط الموضوعية التي يتطلبها القانون الجزائري تشير ضمنيا إلى تطبيق قانون جنسية الزوجين في حالة الاختلاف في الجنسية وإلى التطبيق الجامع على موانع الزواج وهذا بسبب ارتباطها بالنظام العام.[3]

ففي الشريعة الإسلامية لا يجوز لغير المسلم أن يتزوج مسلمة[4].

---

[1] زروتي الطيب، المرجع السابق، ص 161، 162

[2] أمر رقم 20/70 المؤرخ في 19 فبراير 1970 المتعلق بالحالة المدنية.

[3] د.كمال سمية ، المرجع السابق، ص132 .

[4] الآية 221 من سورة البقرة، وما فعله النبي صلى الله عليه وسلم في شأن أم كلثوم بنت عقبة التي أسلمت في مكة وبايعت الرسول عليه الصلاة والسلام وهاجرت إلى المدينة وجاء أهلها إلى رسول الله يسألونه أن يرجعها فلم يرجعها إلهم لما نزل قوله تعالى (الآية 10 من سورة الممتحنة) كما أجمع الفقهاء المسلمون على حرمة زواج المسلمة من غير المسلم.

فإذا كان قانون الزوج الجزائري غير المسلم يقرر هذه القاعدة فإنها تطبق على الزوجة الأجنبية المسلمة، فالمادة 31 ق أج لا تسري فقط على الجزائريات وإنما تطبق كذلك على الجزائريين وعلى الأجنبيات المسلمات وبالتالي لا يمكن الجزائري غير مسلم أن يتزوج أجنبية مسلمة، طبعا إذا تم الزواج في الجزائر.

إذن تعتبر المادة 11 ق م ج التي تشير إلى تطبيق قانون جنسية كل من الزوجين على الشروط الموضوعية للزواج من النظام العام وكذلك المادة 13 ق م ج التي تشير إلى انفراد تطبيق القانون الجزائري لوحده متى كان أحد الزوجين يحمل الجنسية الجزائرية.

**2- الاختلاف في تكييف شرط الإشهاد في عقد الزواج:**

انقسم الفقه حول أثر شرط الإشهاد على تكييف عقد الزواج إلى اتجاهين، الأول يرى أن عقد الزواج في الشريعة الإسلامية عقد شكلي لأن شهادة الشهود شرط لصحة العقد( الأحناف والحنابلة ادريس الحنبلي والشافعية) أو لتمامه ونفاذه ( المالكية) والاتجاه الثاني يرى أن عقد الزواج في الشريعة الإسلامية عقد رضائي ( ابن حنبل: لا يشترط الاشهاد على عقد الزواج وشرط الإعلان لتمييزه عن العلاقة غير المشروعة)[1] . فالزواج عقد شكلي ، رأي الفقه الإسلامي لأنه لا يرتب أحكامه ولا تمنح له الحماية بمجرد تراضي الطرفين عليه بل لابد من الشهر والإعلان وفق مذهب الجمهور[2]

إذا تم تكييف شرط الشهود على أنه شرط شكلي فإنه يخضع لقانون الدولة محل الإبرام ووفقا لما سبق يمكن القول أنه شرط شكلي فإن القانون الواجب التطبيق وفقا للمادة 19 من القانون المدني التي تعتبر القاعدة العامة بسبب عدم وجود قاعدة إسناد خاصة بشكل الزواج هو قانون الدولة التي يبرم فيها الزواج. ويعتبر من الشكل طرق إظهار الزواج وإعلانه للغير وإثباته بالرغم من أن هناك من يعتبر شرط الشهود شرط موضوعي وفقا للمادة

[1] جمال الدين صلاح الدين: المرجع السابق، ص 35، 36، 37.

[2] الإمام محمد أبو زهرة: المرجع السابق، ص 57.

09 مكرر من قانون الأسرة"[1]، التي تنص على أنه " يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: أهلية الزواج، الصداق، الولي، شاهدان، انعدام الموانع الشرعية للزواج".

لكن وفقا للمادة 33 الفقرة الثانية: "إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل" ويثبت الزواج في حالة عدم تسجيله أمام موظف الحالة المدنية بحكم قضائي كما يجب تسجيل حكم تثبيت الزواج بسعي من النيابة العامة في سجلات الحالة المدنية بالإضافة إلى الشهادة كشرط شكلي يعتبر شرط شكلي ترديد صيغة معينة أثناء إتمام الزواج وشرط الإعلان عن الزواج وإبرامه أمام موظف مؤهل وتحرير وثيقة رسمية وتسجيله وشرط موافقة سلطة إدارية أو عسكرية معينة.[2]

**المطلب الثاني: القضايا الأخرى المتعلقة بالأحوال الشخصية**

**الفرع الاول: التبني**

يعتبر التبني من أهم وأشهر القضايا الخاصة التي يثار بخصوصها التنازع على المستوى الدولي. وسنتولى ههنا بحث مفهومه ابتداء، ثم التطرق إلى دراسة قاعدته الإسنادية ثانيا، لننتهي إلى رصد مكانته من آلية الدفع بالنظام العام في الجزائر.

**اولا: مفهوم التبني**

يعرف التبني في الاصطلاح القانوني على أنه عقد قانوني تنشأ بمقتضاه رابطة مصطنعة بين شخصين ليس بينهما قرابة دم[3]، فهو الحاق قانوني لنسب صوري، وإثبات للحمة وهمية تترتب عنها أحكام البنوة الشرعية، من إباحة خلطة وحرمة مصاهرة واستحقاق ميراث والتبني نظام قانوني روماني قديم يقوم على هدم سلطة رئيس عائلة عن شخص،

[1] زروتي الطيب: القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص 160.

[2] د.كمال سمية ، المرجع السابق، ص134.

[3] قرار المحكمة العليا رقم: 457038 الصادر بتاريخ10-09-2008، مجلة المحكمة العليا، ع02، 2008، ص113.

ومنحها لشخص آخر على ولد الأول. أعيد إحياؤه وتشريعه مع سن القانون المدني الفرنسي سنة 1840.[1]

وله في التقنين المدني الفرنسي صورتان:

**1- التبني الكامل "Adoption Plénière"** : وهو الذي تتأسس به قانونا الأبوة الشرعية للمتبني على المتبنى ليصبح كولده من صلبه، وتنقطع بالتالي كل أصرة دموية تربطه بعائلته الأولى.[2]

**2- التبني البسيط "Adoption Simple"** : وهو مظهر مخفف للتبني الكامل؛ بحيث يحتفظ المتبنى برابطته البيولوجية بالأسرة الأصلية. ويمنح بموجبه لقب المتبني الذي يضاف للقبه الأول، ويمارس بموجبه المتبني النيابة الشرعية على نفس ومال المتبنى ما دام قاصرا غير مرشد.[3]

**ثانيا : القانون الواجب التطبيق على التبني**

أسند المشرع الجزائري حكم مسائل التبني في التنازع الدولي إلى ضابط الجنسية، غير أنه ميز بين القانون الواجب التطبيق على صحة التبني، وبين الحكم الذي ينظم آثاره؛ ففيما يخص شرائط صحة عقد التبني فإنه يحكمها قانون جنسية كل من المتبني والمتبنى زمن إجرائه. وهذا ما يتطلب إعمال التطبيق الموزع بينهما فيطبق على كل منهما قانون جنسيته.

أما التنازع بشأن آثاره فإنه يخضع لقانون جنسية المتبني، باعتباره من جهة الطرف المتحمل لأعباء والتزامات هذا العقد من إنفاق وتربية ورعاية وحفظ، وهو من جهة أخرى

---

[1] أُجيز نظام التّبني في التشريع الفرنسي بتدخل شخصي من نابليون بونابرت، الذي أراد أن يكون له عقب يحمل اسمه ويرث عرشه. يراجع: P. Courbe et A. –. Droit Civil, La Famille, 8 éd, Dalloz, France, 2011, p 673. Gouttenoire: Droit De La Famille, 6 éd, Dalloz, France, 2013, p 441.

[2] L. Marie: L'Europe Tourmenté Par La Révolution En France, Pélicier, France, 1815, V 1, p 169.

[3] المادة 365 من القانون المدني الفرنسي.

المستفيد الأول من امتيازاته القانونية، كونه الحائز لمشتملات السلطة الولائية على نفس ومال المتبنى القاصر، الذي يحمل لقبه واسمه.

والمشرع الجزائري في تنظيمه للتنازع الدولي بخصوص التبني يساوي بينه وبين الكفالة من حيث قواعد الإسناد التي تحكمها، وفي ذلك تنص المادة 13 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري على أنه: "يسري على صحة الكفالة قانون جنسية كل من الكفيل والمكفول وقت إجرائها، ويسري على آثارها قانون جنسية الكفيل . وتطبق نفس الأحكام على التبني". والجدير بالتنبيه هنا أن هذا النص القانوني قد أغفل ضبط الإسناد في آثار التبني به بمحدد أو معيار زمني يمنع من التنازع المتحرك.

**ثالثا: الدفع بالنظام العام في التنازع الدولي بشأن التبني**

التبني من وجهة نظر الشريعة الإسلامية أثر من آثار الجاهلية التي أهدرها الشرع، لمجاناته للحقيقة ومخالفته للواقع؛ من حيث اصطناع علاقة نسبية لا أصل لها بين شخصين، وترتيب جميع آثارها القانونية والشرعية مما يتسبب في اختلاط الأنساب، وانتهاك الحرمات، وضياع الحقوق.[1]

وهذا ما يجعل من التبني مثار تحسس كبير لدى الشعور العام للمجتمعات المسلمة، بسبب مصادمته لقواطع النصوص ومبادئ التشريع الأسري فيها. ولذلك أكد المشرع الجزائري على تحريمه في المادة 46 من قانون الأسرة والتي تنص على أنه" يمنع التبني شرعا وقانونا". وكرس الاجتهاد القضائي هذا المبدأ الأمر بقرارات عدة [2]أهمها القرار رقم 103232 والذي قضى بأنه: "من المقرر قانونا أن التبني ممنوع شرعا وقانونا، وينسب الولد لأبيه متى كان الزواج وأمكن الاتصال ولم يتبعه بالطرق الشرعية، وحيث أن النزاع المقام من طرف الطاعنين هو إبطال التبني الذي أقامه المرحوم (ط.م) للمدعو (ط.ن) المولود في

[1] حسين، سيد عبد الله: المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية والتشريع الإسلامي، ط 0، دار السلام، مصر، 6110 ، ص 311 و 310

[2] قضى المجلس الأعلى في قرار له بإبطال أي عقد يتضمن مجرد معنى التخلي عن الأبناء لحساب أشخاص آخرين لا تربطهم بهم قرابة نسبية أو مصاهرة لمخالفته للنظام العام ، فكيف بعقد تبن تسقط معه الصلات البيولوجية والشرعية؟ ينظر قرار المجلس الأعلى رقم: 44571 ، الصادر بتاريخ: 1987/01/23، المجلة القضائية،ع1992،40، ص49.

مارس1968 متبنين دعواهم بشهادة الشهود حسب المحضر المؤرخ في1984/12/24. وحيث أن قضاة الموضوع ناقشوا الدعوى وكأنها دعوى نفي نسب عندما طبقوا قاعدة الولد للفراش مع أنه لا يوجد أي فراش في " صورة التبني، وعليه فالوجه مؤسس ، الأمر الذي يتعين معه نقض القرار"[1] كما قضت المحكمة العليا في قرار آخر لها تحت رقم 122761- بإبطال أثر التبني في الميراث وإهداره؛ إذ جاء في حيثياته: " ومتى تبين في قضية الحال أن المطعون ضده لم يكن ابنا شرعيا للمتبني، فإن للمدعية الحق في إخراجه من الميراث، لأن التبني ممنوع شرعا وقانونا. وعليه فإن قضاة الموضوع لما أيدوا الحكم المستأنف القاضي برفض الدعوى إبطال التبني، على أساس أن المتبني لم ينكر نسب الولد المتبنى قد أخطأوا في تطبيق القانون، ذلك أن دعوى إبطال التبني ليست كدعوى نفي النسب. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه.[2]

وقد كان المشرع الجزائري – قبل التعديل بموجب القانون 05-10 يُعمل الأثر الكامل للدفع بالنظام العام في مسائل التبني، سواء ما تعلق منها بنزاع أجنبي صرف أو كان أحد أطرافه جزائريا. بيد أن الإضافة الجديدة التي حملها التعديل ممثلة في المادة 13 مكرر 1 قد غيرت من هذا التوجه، وأضعفت صرامة وحزم هذا الدفع على النحو التالي :

– إذ أضحى بوسع الأجانب – بحسب نحوى المادة أن يبحثوا أمام القضاء الجزائري أمر إنشاء التبني، وتقدير صحته مادام قانونهم الوطني يجيز ذلك. كما لهم الاحتجاج أمام القاضي الجزائري بكل الحقوق والآثار المكتسبة عن التبني المبرم، وفق الشروط القانونية للدولة التي أنشئ بها .

قصر التعديل وجه إثارة الدفع بالنظام العام على الحالة التي يكون أحد أطراف عقد التبني فيها جزائريا، وسيان في ذلك كون الطرف متبنئ أو متين طالما تعلق الأمر بإنشاء نظام يمس بجوهرية نص المادة 46 من قانون الأسرة الجزائري، التي تحرم التبني شرعا

[1] قرار المحكمة العليا رقم: 103232، الصادر بتاريخ:1995/05/02، المجلة القضائية،عدد02، 1995، ص90.

[2] –لوعيل، محمد لمين :الأحكام الإجرائية والموضوعية لشؤون الأسرة وفق التعديلات الجديدة والاجتهاد القضائي، د.ط، دار هومه، الجزائر،2010 ، ص65.

وقانونا. وهذا المنحى الغريب المنتهج من المشرع الجزائري في إعمال الدفع بالنظام العام في مسألة حساسة كالتبني أفرغ هذه الآلية الحمائية من محتواها وجردها من كل قيمة. إذ أنه إن كان المقصد الأساس من تفعيل نظرية النظام العام هو حماية الشعور العام في المجتمع من أي تجريح قد يحصل بالمبادئ والمفاهيم الأساسية التي يقوم عليها فكر المجتمع ومعتقده وعاداته، فأي قيمة لهذا الشعور مع السماح داخل الإقليم الوطني بإنشاء وإبرام عقد تين ممنوع في شرع المجتمع، ومحرم في قانونه، ومجرم في تقاليده وعاداته.[1]

**الفرع الثاني: الميراث**

تتميز المسائل المتعلقة بالإرث والوصية المتضمنة عنصرا أجنبيا بأن تتجاوز عناصر العلاقة إقليم الوطن لترتبط بدول أخرى، ويتخطى الأمر بالتالي النظام القانوني الوطني ويثار التنازع في عدة أنظمة قانونية، فيستدعي الأمر ضرورة حل هذا التنازع، وأول ما يذهب إليه القاضي في هذه الحالة إدراج العلاقة محل تنازع في إحدى الفئات القانونية".[2]

**أولا: الجنسية كضابط إسناد فيما يخص الإرث.**

يعتبر الإرث إحدى حالات الأحوال الشخصية نزولا للكثير من المقتضيات، فهو يتصل أساسه بحياة الشخص ووفاته، وهو النتيجة الطبيعية لتلك الوفاة، كما أن الأسباب المؤدية للميراث، هي عناصر مأخوذة عن حالة الشخص.

لهذا يخضع الميراث النظام القانوني الذي يخضع له الشخص نفسه، سواء كان قانون الجنسية أو قانون الموطن.

---

[1] اعتذار البعض للمشرع وتبرير نهجه بالتطور الحاصل في العلاقات الدولية الخاصة وتشعبات روافدها وكثرة النزاعات بشان أوضاع قانونية لابد وان يحيط بها القضاء الجزائري خبرا، اعتذار وتبرير موجه العقل السليم وينبذه العرف القويم؛ إذ أن أغلب النظم القانونية الغربية اليوم –كما هو الحال في فرنسا– تتجه نحو الصرامة أكثر في إعمال الدفع بالنظام العام، وجعله أصلا من القاعدة لا استثناءها، مع التضييق أكثر على دائرة تفعيل الأثر المخفف، الذي مثّل الملاذ الوحيد لنفاذ وتطبيق بعض القضايا التي يتحسس منها عادة الفكر الغربي، كالتعدد والطلاق بإرادة منفردة والولاية الأبوية وسلطة التزويج و...، وهو ما جعل دائرة هذا الخيار تنحسر في أضيق نطقها بسبب الشرائط والضوابط الصارمة التي يستجد فرضها وتحيينها في المحاكم الغربية لدى فصلها في الحقوق المكتسبة عن تلك العلاقات القانونية.

[2] شبورو نورية، الميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة في إطار القانون الدولي الخاص، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، قسم الحقوق كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2010–2011 ص10

أدخل القانون الجزائري والقوانين العربية الميراث في نطاق الأحوال الشخصية وأخضعه كله سواء كان وقع على عقار أو منقول القانون جنسية المتوفي، بينما تدخله بعض التشريعات في الأحوال العينية وتخضعه لقانون موطن المتوفي، وتفرق بعض التشريعات بين المنقول والعقار، فتخضع الميراث في العقار لقانون موطن المورث، وهو الذي أخذت به فرنسا وإنجلترا وبلجيكا والولايات المتحدة الأمريكية، أما إيطاليا واليونان وألمانيا فقد أخضعته كله لقانون جنسية المورث سواء وقع على عقار أو منقول.[1]

وترجع هذه التفرقة إلى الفكرة القديمة التي سادت أيام العصر الإقطاعي وترجع أن العقار وحده هو الذي يمثل الثروة، أما الأموال المنقولة فهي ضئيلة القيمة، وذلك لأنها تتبع الشخص حيث يوجد وقد إنتقد بعض الفقه هذه التفرقة لكونها تؤدي من ناحية العلمية إلى ترتيب أوضاع شاده. [2]

يعتبر الميراث متصلا بنظام الأسرة، إذ أنه ينظم انتقال مال المتوفي إلى الورثة من أقربائه، كما أن قانون الأسرة هو الذي يتولى بيان أحكامه، فقد أخضعه المشرع لقانون جنسية المتوفي.

جاءت المادة 16 من القانون المدني الجزائري على أنه يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت قانون الهالك أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته. [3]

ويعتبر الميراث في الجزائر متصلا بنظام الأسرة، إذ أنه ينظم انتقال مال المتوفي إلى ورثته من أقربائه، كما أن قانون الأسرة هو الذي يتولى بيان أحكامه. فقد أخضعه المشرع

---

[1] علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، الطلبة الفصلين السابع والثامن، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائري، 2000، ص 79.

[2] أعراب بلقاسم المرجع السابق، ص268-269.

[3] الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395هـ الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، المعدل والمتمم بالقانون رقم 07- 05 المؤرخ في 13 مايو سنة 2007، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية المتضمن القانون المدني.

لقانون جنسية المتوفي .[1]

ونلاحظ بأن المشرع الجزائري لم يأخذ بالتفرقة بين الميراث في العقار والميراث في المنقول الذي أخذ به القضاء الفرنسي والتي رأينا بأنها منتقدة لكونها تؤدي إلى ترتيب أوضاع شاده، فيكون بذلك أخذ بالاتجاه المدافع عن إخضاع الميراث في مجمله لقانون واحد.[2]

**ثانيا: نطاق تطبيق قانون جنسية المورث.**

**أ- المسائل التي يحكمها قانون الجنسية**

يشير المشرع الجزائري في نص المادة 127 من قانون الأسرة، أن الإرث يستحق بموت الموث حقيقة، أو نتيجة حكم قضائي، أي أن المشرع يأخذ بالموت الحكمي كسبب من أسباب استحقاق الإرث، وإجازة فتح التركة.[3]

كما تنص المادة 115 من نفس القانون على أنه لا يورث المفقود ولا تقسم أمواله إلا بعد صدور حكم بموته، وفي حالة رجوعه أو ظهوره حيا يسترجع ما بقي عينا من أمواله أو قيمة ما بيع منها" والمدة التي ببلوغها يصدر الحكم بموت المفقود مختلف فيها بإختلاف الدول، ويحددها المشرع الجزائري بمضي أربعة سنوات و 10 أيام بعد التحري .[4]

ووقت استحقاق الإرث؛ هل يستحق يموت المورث حقيقة أم أنه يمكن أن يستحق أيضا باعتباره مينا بحكم القانون.[5]

فمن المعروف أن القوانين تختلف بشأن تعيين الورثة، فبالرغم من أنها كلها تجعل القرابة هي التي تسمح بذلك، ومن حيث الإعتراف بذلك الحق لفئات معينة وعدم الاعتراف

---

[1] موشعال فاطيمة، دور الجنسية في حل مشاكل تنازع القوانين، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص قسم الحقوق كلية الحقوق والعلوم السياسية تلمسان 2011-2012، ص 75.

[2] المرجع نفسه، ص ص267-269

[3] المرجع نفسه، ص77

[4] المادة 115 من قانون الأسرة الجزائري

[5] أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 270.

بها لفئات أخرى، كحالات التوارث بين الزوجين، وتوارث بين الابن الشرعي وأبيه وأقارب أبيه.[1]

فمثلا الدول الإسلامية بما فيها الجزائر، لا تعترف بالميراث للابن الغير الشرعي إلا من جهة أمه وأقاربها، في حين تعترف له الدول الأوروبية بذلك، حتى بالنسبة لأبيه واقارب أبيه، وكذلك توارث في حالة التبني، فهو ممنوع في الدول الإسلامية، ما عدا النظام التونسي والتركي، في حين هو جائز في الدول الأوروبية.[2]

اما شروط استحقاق الإرث؛ وهي تدور جميعا حول تحقق من موت المورث وحياة الوارث، ومن ذلك على سبيل المثال: حكم الموت الإعتباري الذي يخص المفقود ومتى يعتبر في حكم الميت وبالنسبة الوارث حكم الحمل المستكن وهل يعتبر ،وارثا، وهل يكفي أن يولد الجنين حيا أو قابلا للحياة أم يلزم استمرار حياته فترة معينة وهل يجوز توريث المفقود وإلى متى يعتبر حيا ومثال ذلك أيضا حالة وفاة المورث والوارث وعدم التأكد من معرفة أيهما توفي قبل الآخرة وما حكم هذه الحالة.[3]

كما يحكم قانون الجنسية كذلك مسألة حكم موت مجموعة من الأشخاص في حادث واحد، وهل لهم الحق في ميراث بعضهم البعض أم لا، وإذا كان لهم ذلك فما هي شروطه، وماهي المعايير التي تعتمد على تعيين من حدثت وفاته قبل الآخرين والقرائن في ذلك، وبالنسبة لهذه المسألة الأخيرة، فوفقا للرأي الراجح، لا يحكمها قانون الجنسية، إلا إذا كان المتوفون جماعة من جنسية واحدة، أما إذا كانوا من جنسيات مختلفة، وأمام تعذر تطبيق قانون جنسياتهم جميعا، وعدم مشروعية إختيار قانون جنسية واحدة، وتفضيله على القوانين الاخرى.[4]

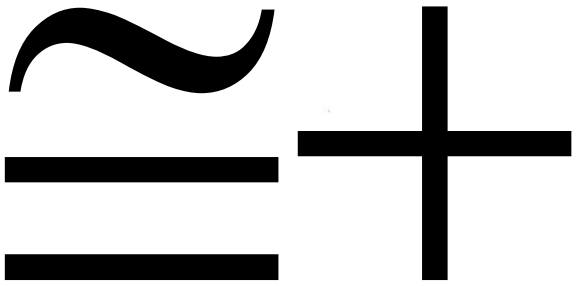
---

[1] أعراب بلقاسم، المرجع السابق ، ص78.

[2] المرجع نفسه، ص78.

[3] هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 321.

[4] موشعال فاطيمة ،المرجع السابق، ص78.



المبحث الأول: أثر الدفع بالنظام العام بالنسبة لعلاقة يراد أنشاؤها في دولة القاضي
المطلب الأول: أثر الدفع بالنظام العام بالنسبة لعلاقة يراد أنشاؤها في دولة القاضي
الفرع الأول: الأثر السلبي للنظام العام
الفرع الثاني: الأثر الايجابي للنظام العام
الفرع الثالث : الأثر المخفف للنظام العام
المطلب الثاني: أثر الدفع بالنظام العام بالنسبة لحق اكتسب في الخارج و أريد التمسك بآثاره في دولة القاضي
الفرع الأول: الأثر المخفف
الفرع الثاني: الأثر الانعكاسي
المبحث الثاني: ماهية الدفع بالتحايل و الغش نحو القانون
المطلب الأول: الدفع بالغش نحو القانون لاستبعاد القانون الأجنبي
الفرع الأول: تعريف الغش نحو القانون
الفرع الثاني: شروط أعمال الدفع بالغش نحو القانون
المطلب الثاني: أثر الغش نحو القانون
الفرع الأول: عدم النفاذ يشمل الوسيلة و النتيجة
الفرع الثاني: عدم النفاذ يقتصر علي النتيجة

**تمهيد:**

يعتبر تحريك الدفع بالنظام العام عنصرا لثبوت أي تنازع و وسيلة استثنائية لاستبعاد القانون الأجنبي المختص و قد أثر أعمال الدفع بالنظام العام ضد القانون الأجنبي المختص مسائل معقدة أدت إلى تباين المسالك الفقهية عمليا فيفترض أن يؤدي تعيين القانون الأجنبي الذي يحدد قاعدة الإسناد الوطنية إلى حل النزاع إلى انه على الرغم من ذلك فإنه قد يبرز ما يمنع تطبيق قاعدة القانون الأجنبي المعين فتكون ملزما باستبعاده ليحل محله قانون آخر.

عندما فالمشرع يسمح بموجب قواعد الإسناد في القانون الوطني بتطبيق القانون الأجنبي لا يشترط مطلقا أن يكون القاضي على دراية بمضمون القانون الأجنبي مسبقا أو حتى أن يكون ضامنا الوصول إلى معرفة أحكامه، و هذا ما يبرز لنا الاختلاف بين دور القاضي عند تطبيقه القانون الوطني و دوره عن تطبيقه القانون الأجنبي فالقاضي عندما يطبق القانون الوطني لا يعذر بجهل القانون ، في حين عندما يطبق قانون غير قانون دولته يكون أمام صعوبات واقعية تسمح بتطبيق قاعدة العذر بجهل القانون. ذلك أن القانون الوطني قد لا يتمكن من الكشف و التعرف على مضمون القانون الأجنبي مما يدفعه للبحث عن قانون آخر.

إن التهرب من أحكام قانون معين وسعيا لتطبيق قانون آخر، فإن القانون هنا يتدخل إعمالا للقاعدة القانونية القديمة " الغش يفسد كل "أمر و يحرم بالتالي الغاش من الاستفادة من غشه باستبعاد القانون الأجنبي الذي ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون. حيث سنوضح ذلك في المبحثين التاليين:

**المبحث الاول: أثر الدفع بالنظام العام بالنسبة لعلاقة يراد أنشاؤها.**

**المبحث الثاني: ماهية الدفع بالتحايل والغش نحو القاضي .**

**المبحث الاول: أثر الدفع بالنظام العام بالنسبة لعلاقة يراد أنشاؤها.**

وقد يحدث أن القاضي بعد تعيين القانون الأجنبي المختص الواجب تطبيقه يصطدم بأن المبادئ الأساسية السائدة في دولته تتناقض و تتعارض و أحكام هذا القانون مما يتوجب عليه وجوب استبعاد تطبيقه.

هذا الاستبعاد للقانون الأجنبي بسبب الدفع بالنظام العام يثير عدة تساؤلات مفادها : هل يؤدي أعمال النظام العام إلى الاستبعاد الكلي للقانون الأجنبي أو الجزئي فقط فيما يخص الحكم المخالف له ،و هل أثر الدفع بالنظام العام واحد فيما يخص إنشاء الحقوق في دولة القاضي ، و بالنسبة للحقوق المكتسبة والناشئة في الخارج .

وعلى هذا الأساس سوف نتطرق إلى محاولة الإجابة على هذه التساؤلات من خلال مطالبين المواليين:

**المطلب الاول: أثر الدفع بالنظام العام بالنسبة لعلاقة يراد انشاؤها في دولة القاضي.**

إذا ظهر للقاضي أن القانون الأجنبي الواجب التطبيق بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية يصطدم ومقتضيات النظام العام في دولته وعمت إدارة هذا الدفع وتحققت كافة شروطه، فإنه يستبعد هذا القانون في أي مرحلة كانت عليها الدعوى حماية لنظامه القانوني[1] الداخلي وهذا ما جرى العمل على سميته بالأثر السلبي للنظام العام، ولا شك في أن هذا الاستبعاد سيوجد فراغا تشريعيا مما يوجب على القاضي البحث عن قانون آخر ليحل محل القانون المستبعد وهو ما يطلق عليه بالأثر الإيجابي للنظام العام، ومن المتفق عليه وجوب التحقق من شدة وصرامة الدفع بالنظام العام إذا ما تعلق الأمر بحق اكتب بالخارج وهم المسك به في دولة القاضي.

وعليه، قمنا بتقسيم هذا المطلب إلى مبحثين على النحو التالي:

الفرع الأول (الأثر السلبي للنظام العام).

الفرع الثاني (الأثر الإيجابي للنظام العام).

[1] زروتي الطيب، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري ، المرجع السابق ص203.

**الفرع الأول: الأثر السلبي للنظام العام**

يعرب على إعمال الدفع بالنظام العام أثر سلبي وهو استبعاد تطبيق أحكام القانون الأجنبي المتعارضة أحكامه مع النظام العام في دولة القاضي المطار أمامه النزاع، فالهدف الأساسي لأعمال الدفع بالنظام العام هو عدم السماح[1] القواعد القانون الأجنبي بالاندماج في النظام القانوني الوطني، نظراً للجدل القائم بينها وبين أساس هذا النظام، ويثور التساؤل: هل يتم استبعاد القانون الأجنبي بجميع أحكامه وبشكل كلي أو يقصر الاستبعاد على الجزء المتعارض مع النظام العام الوطني في هذا القانون؟).

**أولا: الاستبعاد الكلي للقانون الأجنبي المخالف للنظام العام**

ذهب جانب من الفقه إلى ضرورة استبعاد القانون الأجنبي المخالف للنظام العام بشكل كلي وإلى تطبيق قانون القاضي بدلاً منه[2]، وقد استند هذا الجاني إلى قاعدة قد قررتها قاعدة الإسناد في بلد القاضي بحجة منع التعارض مع النظام العام وبتطبيق القواعد الأخرى في القانون المستبعد قد يؤدي إلى مسح وتشويه القانون الأجنبي الذي يجب أن يتم التعامل معه كوحدة واحدة، مما قد يؤدي إلى تطبيق هذا القانون في غير الأحوال التي يجب تطبيقه فيها، فضلاً عن أن هذا التطبيق قد يحالف العالية المرجوة من وجود قواعد الإسناد في بلد القاضي التي تهدف إلى تطبيق القانون الأجنبي برمته وكوحدة واحدة وليس اجتزاء أحكامه والأحد ببعضها دون الآخر.

وقد برر أصحاب هذا الاتجاه رأيهم بالحجج التالية: . إنه يجب النظر في القانون الأجنبي المخص كوحدة واحدة وكل لا يتجزأ، وعليه فإن استبعاد الجزء المخالف وتطبيق أجزاء أخرى منه يؤدي إلى شويه القانون وتقطيع أوصاله مما يؤدي إلى طبيقه تطبيقا مخالفا لإرادة المشرع الذي وضعه.[3]

---

[1] زورتي الطيب، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري ، المرجع السابق ص203.

[2] NiBoyet J.P.)Traite de droit international prive tomes III IV etv,Paris 1994,P.522.

[3] د. سلطان عبدالله محمود، الدفع بالنظام العام وأثره ،مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 12، العدد 43 ،2010، ص 94.

إن الأحد بفكرة الاستبعاد الجزئي للقانون الأجنبي ينطوي على مخالفة لقاعدة الإسناد الوطنية التي تهدف إلى تطبيق أكثر القوانين اتصالاً بالعلاقة وأكثرها قدره على تحقيق العدالة، وهو ما لا يتحقق إلا تطبيق القانون الأجنبي كاملاً، إذ يكون الأمر على النقيض في حالة الاستبعاد الجزئي.[1]

ومؤدى ذلك كله أن إعمال فكرة الاستبعاد الجزئي أمر يناقض مع اراده كل من المشرع الوطني واضع قاعدة الشارع وكذلك الأمر بالنسبة للمشرع الأجنبي في الدولة المختص قانونها بالانطباق، وأن قاعدة التنازع لا تتحقق إلا من خلال الاستبعاد الكلي وحده.[2]

**ثانيا: الاستبعاد الجزئي للقانون الأجنبي المخالف للنظام العام**

أكد جانب من الفقه إلى أن الأثر السلبي لإعمال فكرة النظام العام ليس من شأنها استبعاد أحكام القانون الأجنبي المحص بموجب قاعدة الإسناد الوطنية بشكل كلي، وإنما ينحصر الاستبعاد على الجزء المخالف لهذه الفكرة في دولة القاضي دون باقية الأجزاء الأخرى من هذا القانون لعدم توافر العلة والمعرى من استبعادها، وتكون بذلك قد احتفظت للقانون الأجنبي ولقاعدة الإسناد بأكبر قدر من الفعالية[3]، كما يسمح هذا الحل إلى تفادي عيوب قواعد الشارع دون أن يتم تعطيلها بشكل كامل.[4] أصحاب هذا الاتجاه رأيهم بمجموعة من الحجج لعل من أهمها:

---

[1] عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، ط1 ، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، بيروت 2008، ص 214.

[2] د. عكاشة عبد العال، تنازع القوانين دراسة مقارنة ، ط1، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، 2007، ص598

[3] إعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، تنازع القوانين ،ط10، دار هومة، الجزائر، 2008، ص 177.

[4] محمد وليد المصري، محاولة لرسم معالم النظام العام الدولي العربي بمفهوم القانون الدولي الخاص، مجلة الحقوق، جامعة الكويت ،العدد الرابع لس،2003، ص166.

يجب استخدام الأثر الاستبعادي للنظام العام بحذر شديد وبصورة استثنائية فلا يبتغ اللجوء إليه إلا بالقدر الذي يمس بالقواعد الأساسية للقانون القاضي، على أن يبقى ما دون ذلك محكوماً بالقانون الأجنبي المختص أصلاً[1] .

لا يرمي النفع بالنظام العام إلى إصدار حكم يقيم من خلاله القانون الأجنبي في ذاته وإنما يهدف إلى الحيلولة دون حدوث النتيجة المخالفة للنظام العام الناشئة عن تلبيق بعض أحكامه، فإن أمكن تلاقي هذه النتيجة باستبعاد الجزء المخالف من هذه الأحكام فلن يكون هناك مبرر لعدم تطبيق أحكام القانون الأجنبي الأخرى غير المتعارضة مع النظام العام.[2]

الاستبعاد الجزئي للقانون الأجنبي هو وحده الذي يحقق المقصود من قاعدة الشارع والوظيفة التي وجدت لتحقيقها بالتصور الذي وضعه المشرع الوطني، كما يحفظ للقانون الأجنبي مكانته باعتباره صاحب الاختصاص الأصيل، أما من يقول باستبعاد القانون الأجنبي برمته فهو يهدد الهدف والغاية من قاعدة الإسناد ويعصف بروحها، كما أنه يعشي على القانون الأجنبي صاحب الاختصاص الأصيل[3].

إن استبعاد أحكام القانون الأجنبي كلياً وتطبيق قانون القاضي بدلاً منه يعارض وحكمة المشرع كون القانون الأجنبي هو الواجب التطبيق بالأصل وهو الأكثر ملائمة لحل النزاع[4]، وإن الأثر السلبي يمثل في استبعاد الجزء المخالف للنظام العام في القانون الأجنبي دون بقية الأجزاء الأخرى وعلى القاضي تطبيق أحكام القانون الأجنبي التي لا تتعارض ومفهوم فكره النظام العام في دولته[5].

---

[1] ختام عبد الحسن، موانع تطبيق القانون الأجنبي، مجلة الكلية الإسلامية الجامعية، النجف الأشرف، العراق مجلة علمية اقتصادية محكمة العدد6،2009، ص287.

[2] ختام عبد الحسن، موانع تطبيق القانون الأجنبي، المرجع السابق ،ص 287.

[3] د. جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة ، مصر، 2005، ص204.

[4] د. هشام علي صادق، المطول في القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، ط1، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2008، ص 266.

[5] د. هشام علي صادق ،المرجع السابق، ص266.

إلا أنه في بعض الحالات يصعب تطبيق القانون الأجنبي المختص أو استبعاد جزئية منه للاختلاف الجوهري بأساس النظام العام، ولعدم إمكانية فصل هذه الجزئية لارتباطها الوثيق بأحكام القانون الأجنبي مما يقتضي اللجوء إلى استبعاده كليا.[1]

**الفرع الثاني: الأثر الايجابي للنظام العام**

الأثر الايجابي هو إحلال قانون محل القانون الأجنبي المستبعد والمعطل بإعمال فكرة الدفع بالنظام العام ويصبح مختص بدلا منه، مثال ذلك أن يتقدم يونانيان يقيمان في فرنسا بطلب عقد زواجهما في الشكل الديني وفقا لقانون جنسيتهما ( اليوناني) فيستبعد لمخالفته لنظام العام الفرنسي ويعقد زواجهما طبقا للشكل المدني وفقا لأحكام القانون الفرنسي إلا انه هناك اختلاف فيما يخص القانون الذي يعطى له الاختصاص .

إن القضاء الألماني يميل إلى استبعاد القاعدة التي تتعارض وتتنافي مع فكرة النظام العام وتطبيق قاعدة قانونية من نفس القانون الأجنبي المستبعد بحجة أن الاختصاص في الأصل للقانون الأجنبي المشار إليه بقاعدة الإسناد، وبالتالي فان منع نفاذه لتعارضه مع مفهوم النظام العام في الذي يراد تطبيقه على إقليمه ليس مبرر للابتعاد كليا عن حيز تطبيقه مادام أنه مختص أما في حالة عدم وجود قاعدة قانونية مشابهة لتلك المستبعدة، يقوم القاضي بتعديل القواعد المستبعدة وجعلها مسايرة وملائمة للنظام العام في بلد القاضي المعروض أمامه النزاع. يتضح مما سبق ذكره أن هناك توسيع في سلطات القاضي لتصبح تنافس سلطات المشرع .

لقد استقر القضاء الفرنسي والمصري على إحلال قانون القاضي محل القانون الأجنبي المستبعد لمخالفته للنظام العام، ونعطي مثال تطبيقي لهذا الحل، فإذا اعتبرنا أن قانون جنسية المورث الأجنبي يعتبر اختلاف اللون مانع من موانع الميراث فهذا الحكم لا يمكن تطبيقه في الجزائر لتعارضه مع النظام العام ويطبق بدلا منه الأحكام الموضوعية للقانون الجزائري التي تخص موانع الميراث وهي تجيز التوارث بين مختلفي اللون، أما فيما

[1] د. سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، المضمون الواسع المتعدد الموضوعات، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009، ص 213.

يخص نصيبه من الميراث فيحدد حسب قانون جنسيته لا بمقتضي القانون في هذا الصدد، تشير إلى الحكم الشهير الصادر عن محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 08 أبريل 1930 المتعلق بقضية شهيرة سرد وقائعها على النحو الأتي[1]:

أن شخص من جنسية أمريكية يدعى نيلسون موريس Nilsson Monis تزوج بامرأة تدعى جين أوبارت Jeanne Aubert تحمل الجنسية الفرنسية واحتفظت بجنسيتها الفرنسية عند الزواج، حيث اشترط عليها زوجها أثناء انعقاد الزواج ترك التمثيل في المسرح بعد الزواج، إلا أنها أخلت بالتزامها بعد ذلك وقامت بالتعاقد مع صاحب .

مسرح في باريس، وتم الدعاية والترويج لعودتها لخشب المسرح، حينئذ قام زوجها برفع دعوى ضد صاحب المسرح أمام محكمة السين الفرنسية يطالبه بعدما التعاقد مع زوجته ويطالب بالتعويض فدفع صاحب المسرح بصفته مدعى عليه هذه الدعوى استنادا لقاعدة الإسناد الفرنسية التي تعطي الاختصاص لقانون جنسية الزوج فيما يخص أهلية الزوجة وهو القانون الأمريكي وهذا الأخير يجيز للزوجة التمثيل دون إذن زوجها، فرفضت المحكمة دفع المدعى عليه واستبعدت تطبيق القانون الأجنبي (القانون الأمريكي) لمخالفة النظام العام في فرنسا وطبقت القانون الفرنسي كما يبين الحكم المشار إلى مراجعه أنفا.[2]

وفي قضية شهيرة أخرى تسمى قضية الزوجين باتينو Patino والتي تتلخص وقائعها أن الزوجين تقدما بدعوى الطلاق أمام القاضي الفرنسي، مع العلم ان قانون جنسيتهما (الجنسية البوليفية) الصادر بتاريخ 15 أفريل 1932سمح بهذا الطلاق بشرط أن يجيزه القانون الذي خضع شهر الزواج لأحكامه هذا من جهة وألغى ضمنيا نظام الانفصال الجثماني للزوجين من جهة أخرى. إن شهر هذا الزواج طبقا لأحكام القانون الاسباني الذي يعترف بهذا الطلاق وضع القضاء الفرنسي أمام معضلة حقيقة تتمثل في زيادة الاضطراب

[1] نص الحكم (... انه إذا كان كانون أجنبي يمنح الزوجة أهلية غير محدودة تسمح لها بممارسة مهنة التمثيل رغم معارضة زوجها وبالتيل من سلطته الزوجية فان هذا القانون يكون مخالف للنظام العام في فرنسا من هذه الناحية ويتعين استبعاده)

[2] علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ديوان المطبوعات الجزائرية، بن عكنون، الجزائر، ط5 ، ص154.

والشقاق بين الزوجين إذا ما تم رفض الطلاق طبقا لأحكام القانون الاسباني ورفض الانفصال الجثماني بين الزوجين وفقا للقانون البوليفي، وبما أن هذا يعد إخلال بالنظام العام في فرنسا تم استبعاد تطبيق أحكام القانون البوليفي وتم إحلال قانون القاضي مكانه للحكم بالانفصال الجثماني ورتب على ذلك تصفية علاقتهما المالية.[1]

مما سبق ذكره، نستخلص أن النظام العام يعطل أحكام القانون الأجنبي المختص التي تتعارض مع مفهومه ويستبدلها بقواعد موضوعية لقانون القاضي.

ونظم المشرع مسالة حلول القانون الجزائري بمقتضى تعديل المادة 24 بموجب القانون 05/10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، حيث أضاف فقرة نص من خلالها على يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام والآداب العامة وقد أغفل قبل هذا التعديل الاشارة لقانون بديل محل القانون الأجنبي المستبعد، وكان يكتفي فقط بالأثر السلبي للدفع بالنظام العام، وهو بهذا التدارك قد جمع بين الأثرين السلبي استبعاد القانون الأجنبي) والإيجابي للدفع بالنظام العام (حلول القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المستبعد).

وحسنا ما فعل المشرع حيث وضع من خلال تحديد القانون الجزائري كبديل حدا لكل جدال. إذ لا تزال هذه المسالة محل اختلاف ونقاش حول القانون البديل الذي ينعقد له الاختصاص بدل القانون الأجنبي المستبعد ويبقى قانون القاضي هو الحل الراجح الذي اجمعت عليه غالبية التشريعات، فحين ذهب البعض إلى البحث عن البديل في القانون الأجنبي ذاته أو في القانون الأكثر حماية للطرف الضعيف وذهب اتجاه اخر إلى تطبيق القانون الأقرب إلى العلاقة بعد القانون المستبعد[2].

ويستند هذا الرأي على حكم المحكمة العليا بخصوص تقادم دين محل النزاع، لمخالفة النظام العام في ألمانيا و أخضعت الدين إلى أطول مدة للتقادم ينص عليها

[1] علي سليمان علي ، المرجع السابق، ص155.

[2] محمد وليد المصري، المرجع السابق،ص268.

القانون السويسري.[1]

و يستند هذا الرأي على ما يلي:

أ- على ضرورة احترام قاعدة التنازع، التي طالما قررت اختيار قانون معين، يجب تطبيقه أو البحث عن حل في إطاره.

ب- أن الدفع على أساس النظام العام هو دفع استثنائي، لذا يجب أن يبقى الأصل هو العمل بالقانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد و استبعاد هذا الأخير يترك فراغا قانونيا ينبغي تكميله للاستعانة بأحكامه ذاتها التي عينته قواعد الإسناد.[2]

ج- أن إحلال قانون القاضي محل القانون الأجنبي المستبعد، يجعلنا أمام رهان المحكمة مما يجعل هذا الموضوع تحكمه الصدفة. وهو مخالف لتوقعات الأفراد و يجردهم من الأمان و طمأنينة.

د – إن الرجوع إلى القانون الأجنبي ذاته لتكملة الفراغ القانوني يحفظ للقانون مكانته، يتفق مع روحه و جوهره و هذا من شأنه في نهاية المطاف أن يحفظ لقواعد الإسناد وظيفتها التي تؤدي دورها الذي وضعت من أجله.

لقد اعتنقت أغلب التشريعات لوضعية الدفع بالنظام العام فنص على ذلك القانون الفرنسي والبلجيكي والقانون الألماني وكذا أخذ به القضاء الإنجليزي كما نص على هذا المبدأ القانون الجزائري وكل القوانين العربية وجاء ذلك في نص المادة 24 من القانون المدني بقولها: " لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام والآداب العامة في الجزائر ... "[3].

والملاحظ أن المشرع الجزائري لم يترك المسألة التي أشارت إليها قاعدة الإسناد الجزائرية وأرشدت إلى تطبيق القانون الأجنبي وتبين للقاضي الجزائري مخالفة القانون الأجنبي للنظام العام لم يتركها بدون حل بل كان تدخله إيجابيا، أي بعد رفض القانون

[1] هشام على صادق، المرجع السابق، ص205.

[2] عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص536.

[3] المادة 24 المعدلة بالقانون بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005

الأجنبي المخالف للنظام العام أعطتنا الحل وهو تطبيق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام والآداب العامة، وهذا ما نصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة 24 المعدلة بالقانون 05/10 بقولها" يطبق القانون الجزائري محل القانون لأجنبي المخالف للنظام العام والآداب العامة ".

وبالتالي تكون المادة 24 أمرة وليست ناهية فحسب.

**الفرع الثالث: الأثر المخفف للنظام العام**

يميز الفقه و القضاء بين دور النظام العام عند إنشاء الحق في بلد ما ودوره عند التمسك بحق اكتسب في الخارج [1]: ففي الحالة تنشأ فيها الحقوق في ظل قانون دولية أجنبية مخالف للنظام العام ، وتنتج أثارها في دولة القاضي، حيث يعترف ببعضها و هذا يكون للنظام العام أثرا مخففا[2].

أي أن المقصود بنظرية الأثر المخفف للنظام العام عدم إعمال الدفع بالنظام العام إزاء المراكز القانونية التي نشأت في الخارج بنفس الدرجة التي يتم بها إعمالها إزاء المراكز القانونية التي يراد إنشاءها في بلد القاضي، ويرجع الفصل في ظهور هذه النظرية الي القضاء الفرنسي وذلك بمناسبة أحكام الطلاق الصادرة في الخارج* في الفترة التي كان القانون الفرنسي خلالها يمنع الطلاق و يعتبره مخالفا للنظام العام الفرنسي وتستند نظرية الأثر المخفف على المبررات الآتية:

إن تطبيق هذه النظرية يستجيب لمتطلبات الحياة الدولية الخاصة، إذ أن ضمان استمرار المعاملات الدولية يتطلب احترام حقوق الأفراد المكتسبة في الخارج.

---

[1] حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، الطبعة الثانية ،دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1998.ص192.

[2] كمال كحيل، الاثر المخفف للنظام العام في القانون الدولي الخاص ، حوليات جامعة بشار العدد 05، 2009، ص 85.

* أشهر قرار يستد ل به هو قرار BVCKLEY D الصادر في 1860 الذي يسمح الانجليزية طلقت بصفة قانونية في انجلترا بالزواج ثانية في فرنسا.

إن درجة تأثير الرأي العام تكون اقل حساسية عندما يتعلق الأمر بمركز قانوني نشأ صحيحا في الخارج، حيث يكون اقل مساسا بالنظام العام.

كما إن الأخذ بهذه النظرية يسمح باحترام الحقوق المكتسبة في الخارج مما يحافظ على استمرار و دوام حالة الأشخاص، خاصة إذا ما تعلق الأمر بمسائل الأحوال الشخصية.[1]

في هذا الصدد نجمد المشرع التونسي الذي نص صراحة على الأثر المخفف للنظام العام في المادة 37 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي : " لا يتم الاعتراف بالبلاد التونسية بأثار وضعيات نشأت بالخارج وفقا القانون الذي عينه قاعدة التنازع التونسية مما لم تكن هذه الآثار متعارضة مع النظام العام التونسي.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري، فمن خلال استعداد نص المادة 24 ق.م.ج . ف 2 مستنتج أنها جاءت بعبارة النظام العام المطلقة، دون أن تلحقها بأي وصف مطلق أو مخفف، ولكن ذلك لا يمنع القاضي من الأخذ بالأثر المخفف للنظام العام احتراما للحق المكتسب الذي نشأ في الخارج، حتى ولو نشأ هذا الحق مخالفا للنظام العام الجزائري.[2]

**المطلب الثاني: أثر الدفع بالنظام العام بالنسبة لحق اكتسب في الخارج وأريد التمسك بآثاره في دولة القاضي:**

حالة اكتساب حق في الخارج ورغب أصحاب هذا الحق التمسك بآثاره في دولة القاضي، ولم تتعارض تلك الآثار مع النظام العام في دولة القاضي بالرغم من تعارض نشوء ذلك الحق أو المركز القانوني مع ذلك النظام العام.

[1] زاير فاطمة الزهراء، النظام العام في النزعات الدولية الخاصة المتعلقة بالأحوال الشخصية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، قسم الحقوق، كلية الحقوق و العلوم السياسة، جامعة تلمسان، 2011 ص63.

[2] عليوش كمال قربوع، القانون الدولي الخاص الجزائري (الجزء الأول)، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، 2007 ، ص184

فإنه يجوز التمسك بنفاذ ذلك في دولة القاضي ولا يصح إعمال قاعدة الدفع بالنظام العام على أساس أن نشوء الحق كان معارضا لهذا النظام، بل العبرة بمدى مخالفة هذه الآثار للنظام العام على أساس أن الحق قد نشأ واكتسب في الخارج.

**الفرع الأول: الأثر المخفف**

لقد ساهم الاجتهاد القضائي في إعطاء تصور للأثر المخفف للنظام العام، و ظهرت هذه الفكرة في القضاء الفرنسي، كما اعترفت بها بعض التشريعات مثل المشرع التونسي. لقد ذهب القضاء الفرنسي منذ أواخر القرن الثامن عشر إلى إقامة التفرقة بين وضعين.

**الوضع الأول:** الذي يتم فيه نشوء حق أو مركز قانوني مخالف للنظام العام الخارج، نشأ صحيحا وفقا لقانون دولة تقره، ثم يراد في مرحلة لاحقة الاعتراف بأثار هذا الحق و الاحتجاج به في دولة القاضي، فهنا يتصدى لها النظام العام لعدم إنشائها أصلا لأن ظروف نشأتها تتعارض مع مقتضيات النظام العام.[1]

**الوضع الثاني:** الذي يراد به نشوء حق أو مركز قانوني في دولة القاضي و تصادم القانون الأجنبي للنظام العام في بلد القاضي في مرحلة إنشاء الحق ، المركز و إن الإجراءات أو الظروف الواجب توفرها لإنشاء الحق هي التي تتعارض من النظام العام فإن تمت هذه الإجراءات و تحققت هذه الظروف في الخارج و نشأ الحق و يراد التمسك به بعد ذلك في دولة القاضي، فإن النظام العام لا محل الدفع به ، فإن المحاكم الفرنسية لم تتردد الآن في الاعتراف بآثار الطلاق الواقع الخارج و لو كان قدتم بناء على أسباب لا يقرها القانون الفرنسي. بينما لا تقر هذه المحاكم إيقاع الطلاق في فرنسا لأسباب مماثلة لتعارض ذلك مع اعتبارات النظام العام [2]. "

و لقد أكدت محكمة النقد الفرنسية، بصراحة لضرورة الأخذ بالتفرقة السابقة حينما أعلنت أن أثر النظام كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق يختلف

[1] عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص542.

[2] حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص310

في حالة المنازعات المتعلقة بحق نشأ في فرنسا عنه، الغرض الذي اكتسب الحق فعلا في الخارج وفقا للقواعد التي تسير عليها القواعد الفرنسية.[1] "

و يلاحظ أن إنشاء الحق قد يكون مخالفا للنظام العام في دولة ما ووقع ذلك يمكن أن يتمسك فيها بآثار هذا الحق بشرط أن لا تتعارض مع مقتضيات النظام

العام في هذه الدولة و هذا ما يسمى بالأثر المخفف و مثال ذلك إن يتمسك مسلم بآثار زواجه بأكثر من واحدة في بلد كفرنسا.[2]

فهكذا اعترف القضاء والفقه بالأثر المخفف للنظام العام في مجال الحقوق المكتسبة . فالحق الذي نشأ و أكتسب في الخارج كطلاق مثلا.

كما يلاحظ أيضا أن القضاء الفرنسي يرفض الاعتراف بآثار الزواج المتعدد الميرم في الخارج متى كانت صلة تربط موضوع المنازعة في القانون الفرنسي حتى في مسألة الطلاق بالإرادة المنفردة استقرت أحكام القضاء الفرنسي على أن النظام العام الفرنسي يمنع الاعتراف به إن أوقع في فرنسا، غير أنه إن وقع في الخارج صحيحا يمكن الاعتراف بأثره استنادا إلى فكرة الأثر المخفف.[3]

فعلى ضوء تحليل الفقه لأحكام القضاء لفكرة الأثر المخفف، لا تعني استبعاد الدفع بالنظام العام تماما بالنسبة لمفاعيل أو أثار الحقوق التي نشأت صحيحة أو تم اكتسابها في الخارج وفقا للقانون المختص بمقتضى قواعد التنازع الفرنسية، فإذا كان النظام العام الفرنسي يمنع الاحتفال بالزواج المتعدد في فرنسا، إلا أنه لا يحول بالاعتراف ببعض أثاره فيها متى تم صحيحا.[4]

و حسب الدكتور "عكاشة محمد عبد العال"، أن شيوع هذه الفكرة في الفقه و القضاء مقيد عمليا من وجهتين أولهما أنها تسير بالسهولة و الوضوح و تتميز بين

---

[1] حفيظة السيد حداد، المرجع السابق ، ص310.

[2] علي سليمان علي ، المرجع السابق، ص311.

[3] عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص628-629.

[4] المرجع نفسه، ص629

ما ينشأ من الحقوق في الخارج، أو ما ينشأ في دولة القاضي أمر ميسور ضبطه و تحديده، و ثانيهما أن الحالات التي يعترض النظام العام على الحق، أو المركز القانوني الذي تم إنشاؤه في الخارج و يراد الاحتجاج به في دولة القاضي، ربما تكون قليلة أو محصورة النطاق لدى اقترنت بالحالات التي يتم فيها الاعتراف بهذا الحق فيما أريد إنشاؤه في دولة القاضي، و أن الأخذ بفكرة الأثر المخفف ذات طبيعة دينية ففي مصر، و الإمارات العربية، وسورية تقوم فكرة النظام العام على أساس الإسلام.[1]

و لهذا في الأخير أن الأثر المخفف لفكرة النظام العام في مجال الحقوق المكتسبة في الخارج لا يعني إهدار كل أثر لهذه الفكرة إذ قد يتعارض نفاد الحق الذي اكتسب في دولة أجنبية مع اعتبارات النظام العام في فرنسا حتى على وقعها المخفف في مجال الحقوق المكتسبة في الخارج لا يعني بنانا إنكار كل أثر للنظام العام بوصفه صمام الأمان اللازم لحماية الأسس الجوهرية في المجتمع.[2]

**الفرع الثاني: الأثر الانعكاسي**

لقد أسلفنا بأن فكرة النظام العام هي فكرة وطنية تستمد مضمونها من النظام القانوني لكل دولة و القاضي ما عليه إلا السهر والحماية الكاملة لهذا النظام و على أسسه الجوهرية التي يقوم عليها و هذا ما يمكن اعتباره على أنه ذو طابع إقليمي، لكن السؤال الذي يمكن طرحه، هل يجوز للقاضي أن يعتبر من النظام العام في دولته ما يعتبر من النظام العام في دولة أخرى و خاصة إذا ما كان يتفقان فيما بينها. قد يحدث أن يطرح على القاضي الجزائري مسألة تتعلق بحقوق اكتسبت على أساس نظام عام في دولة أخرى.[3]

فمثال ذلك أن النظام العنصري في جنوب إفريقيا يمنع الزواج بين البيض و السود فلو تم الزواج في فرنسا بين البيض و السود مع أن قانون جنوب إفريقيا يمنع ذلك الزوجان في

[1] عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق ، ص634.

[2] هشام علي صادق، المرجع السابق، ص210.

[3] عليوش قربوع كمال ، المرجع السابق، ص185.

الجزائر وطرحت مسألة صحة و بطلان هذا الزواج فما هو موقف القضاء الجزائري[1]، إن المادة 11 من القانون المدني الجزائري تخضع شروط الزواج إلى قانون الزوجين هل الزواج يخالف قوانين جنوب إفريقيا التي تقول بالتمييز؟

هنا فرق الفقه بين حالتين:

– إذا كان النظام العام الأجنبي و النظام العام لقاضي الدعوى يتبنيان لنفس الحلول فان قاضي الدعوى يتبنى النظام العام الأجنبي.

و إذا كان النظامان لا يتبنيان نفس الحلول فإن القاضي يرفض أي أثر للنظام العام[2]، كما و لقد انقسم الفقه و القضاء بصدد هذه المسألة التي اعتبرها البعض أنها فكرة النظام العام فكرة وطنية ، و لا علاقة لها بتغيير من النظام العام في بلد ما يعتبر النظام العام في بلد آخر و من لا علاقة لما يعتبر من النظام العام في بلد ما، يعتبر نظام عام في بلد آخر و من بينهم الفقيه "بيه" الذي ابتدع الاصطلاح الأثر الانعكاسي للنظام العام يرى أنه إذا تشابه النظام العام في دولة مع النظام العام في دولة أخرى فلا بأس بالأخذ بهذا الأثر.[3]

و لقد عرضت على القضاء الفرنسي قضية تتلخص أن فرنسية مطلقة تزوجت في فرنسا من اسباني، في حين أن القانون الاسباني هو القانون الواجب التطبيق، طبقا لقاعدة التنازع الفرنسية، التي تحرم زواج الاسبانيين بالمرأة المطلقة، و لقد عرض هذا النزاع بباريس بصحته طبقا للقانون الفرنسي، واستبعدت تطبيق القانون الاسباني.

باعتبار أن ما يعتبر في اسبانيا لا يتفق مع النظام العام في فرنسا في حين أن مثل هذا النزاع عرض على محكمة مونبيلييه فقضت ببطلان الزواج مستندة إلا أن الفرنسية التي أصبحت اسبانية بالزواج تخضع من حيث موانع الزواج للقانون الاسباني و هو يقضي بعدم صحة زواجها لأنها مطلقة، و أما حسب الدكتور "علي علي سليمان"، أنه إذا كان النظام

[1] عليوش قربوع كمال ، المرجع السابق ، ص185

[2] المرجع نفسه، ص186.

[3] على سليمان علي، المرجع السابق، ص157.

العام يقوم على أسس واحدة في الدولتين كما هو الحال في فرنسا، بلجيكا فلا بأس من الأخذ في كلا البلدين لما يعتبر من النظام العام في كليهما ، إذ لو و أن أمر زواج هذين البولونيين عرض أول الأمر على القضاء الفرنسي يقضي بصحته و استبعد تطبيق القانون البولونيين لمخالفته للنظام العام في فرنسا.[1]

أما لو اختلف النظام العام في البلدين اختلافا جوهريا، كما هو الحال بين دولة تعتبر الزواج رابطة مدنية و دولة أخرى يعتبر رابطة دينية، فلا يتسنى حينئذ أن يكون لفكرة النظام العام تأثير واحد في الدولتين، و الدليل على ذلك أنه لما عارض أمر زواج هذين البولونيين على القضاء البولوني قضى ببطلان الزواج معتبرا أن فكرة النظام العام في بلجيكا تختلف اختلافا جوهريا عن فكرة النظام العام في بولونيا.[2]

إلا أنه يجب مراعاة الدور الايجابي، الذي تعمل به قاعدة التنازع في تأييد مبدأ المساواة بين القانون الوطني، و القانون الأجنبي ، و قاعدة التنازع فإنه يمكن القول بان هذه القاعدة، بما ترمي إليه من تحقيق الأمان القانوني و العدالة في تنظيم العلاقات الخاصة الدولية، في الأساس المنطقي لتطبيق القانون الوطني.[3]

باعتبار أن ما يعتبر في اسبانيا لا يتفق مع النظام العام في فرنسا في حين أن مثل هذا النزاع عرض على محكمة مونبيلييه الفرنسية فقضت ببطلان الزواج مستندة إلا أن الفرنسية التي أصبحت اسبانية بالزواج تخضع من حيث موانع الزواج للقانون الاسباني و هو يقضي بعدم صحة زواجها لأنها مطلقة، و أما حسب الدكتور "علي علي سليمان"، أنه إذا كان النظام العام يقوم على أسس واحدة في الدولتين كما . هو الحال في فرنسا، بلجيكا فلا بأس من الأخذ في كلا البلدين لما يعتبر من النظام العام في كليهما ، إذ لو أن أمر

[1] علي سليمان علي ،المرجع السابق ، ص159.

[2] المرجع نفسه، ص161.

[3] المرجع نفسه، ص 157.

زواج هذين البولونيين عرض أول الأمر على القضاء الفرنسي يقضي بصحته و استبعد تطبيق القانون البولونيين لمخالفته للنظام العام في فرنسا.[1]

أما لو اختلف النظام العام في البلدين اختلافا جوهريا، كما هو الحال بين دولة تعتبر الزواج رابطة مدنية و دولة أخرى يعتبر رابطة دينية، فلا يتسنى حينئذ أن يكون لفكرة النظام العام تأثير واحد في الدولتين، و الدليل على ذلك أنه لما عارض أمر زواج هذين البولونيين على القضاء البولوني قضى ببطلان الزواج معتبرا أن فكرة النظام العام في بلجيكا تختلف اختلافا جوهريا عن فكرة النظام العام في بولونيا.

إلا أنه يجب مراعاة الدور الايجابي، الذي تعمل به قاعدة التنازع في تأييد مبدأ المساواة بين القانون الوطني، و القانون الأجنبي ، و قاعدة التنازع فإنه يمكن القول بان هذه القاعدة، بما ترمي إليه من تحقيق الأمان القانوني و العدالة في تنظيم العلاقات الخاصة الدولية، في الأساس المنطقي لتطبيق القانون الوطني.[2]

فالنظام العام هنا لا يتم إعماله بنفس الدرجة في الحالتين رغم أن إعماله يتعلق بنفس المركز القانوني المراد إنشاؤه، ويعبر الفقه على هذا الأثر المخفف للنظام العام Teffet atténué de l'ordre public، لأن النظام العام لا يقبل بنشوء الحق في دولة القاضي ولكن يجيز قبول الاحتجاج به أو نفاذه في دولة القاضي مادام نشوؤه تم في الخارج [3]، ومثالها قيام المحاكم الفرنسية بالاعتراف بآثار الطلاق يستبعدها الذي تم في الخارج بناء على أسباب لا يُقرها القانون الفرنسي لتعارضها مع النظام العام هناك[4].

ونشير إلى أنه عندما تكون تلك الآثار متعارضة مع النظام العام في الجزائر، فإن القاضي هنا يستبعدها هي الأخرى باسم النظام العام، وبناء على السلطة التقديرية الممنوحة له، من ذلك ما قضت به المحكمة العليا، في قرار بتاريخ: 23/06/1984 من أجل نقض

[1] علي سليمان علي ،المرجع السابق ، ص158

[2] أحمد عبد الكريم سلامة ، المرجع السابق، ص277.

[3] أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 181

[4] نادية فضيل ، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني ، المرجع السابق، ص 128

قرار صادر من مجلس تيزي وزو في: 19/04/1982 بصفة جزئية، كان قد وافق على حكم الدرجة الأولى الذي منحت بمقتضاه الصيغة التنفيذية لحكم فرنسي منح تعويضات للمدعى عليها من غير تمييز بين التعويض المستحق عن أصل الحق المطالب به طبقا لاتفاق الطرفين، ومبلغ الفائدة المتفق عليها بنسبة معينة، رغم جوازها في القانون الأجنبي المختص، لكنها مخالفة للنظام العام في الجزائر بنص المادة 453 ق مدني.

لهذا عمدت المحكمة العليا إلى نقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يتعلق بالحق المدعى اكتسابه طبعا للحكم الأجنبي المتضمن مبلغ الفائدة وحده، على أساس أن تنفيذ الحكم الأجنبي بهذا الشكل في الجزائر يخالف النظام العام فيها فيما يتعلق بهذا المسألة[1].

**المبحث الثاني: ماهية الدفع بالتحايل والغش نحو القاضي .**

من الموانع التي تحول دون تطبيق القانون الأجنبي مانع حصول الاختصاص للقانون الأجنبي بواسطة تحايل الأطراف ذوي المصلحة في تطبيق هذا القانون التي في الغالب يكون غير مختص أصلا بحكم علاقته أمام القضاء وتوضيح هذا المانع يقتضي.

سنحاول توضيح هذا في المبحث من خلال المطلبين التاليين:

**المطلب الأول: الدفع بالغش نحو القانون لاستبعاد القانون الأجنبي**

يعد ميدان تنازع القوانين الخاص المجال الخصب للغش نحو القانون، نظرا لتنوع الأنظمة القانونية للدول المعنية بالنزاع ولأنه يعود للأفراد استخدام قواعد التنازع للتحايل على القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية فيعمدون لاصطناع وضع غير حقيقي بقصد تطبيق قانون آخر غير مختص يتماشى مع مصالحهم.[2]

يفصل القاضي في المنازعات ذات العنصر الأجنبي عن طريق قواعد الإسناد، وتتضمن هذه الأخيرة الفكرة المسندة وضابط الإسناد والقانون المسند إليه، ويتوصل القاضي إلى القانون الواجب تطبيقه عن طريق ضابط الإسناد الذي يعتبر أداة وصل بين الفكرة المسندة والقانون المسند إليه. إذ يهدف لربط المسالة المطروحة بالقانون الأكثر صلة

[1] زروتي الطيب، المرجع السابق، ص 258

[2] محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص274.

وملائمة للفصل في هذ المسالة وفقا لأسس موضوعية تتعلق بطبيعة المعاملات الدولية الخاصة.[1]

وعليه سنتطرق لذلك من خلال الفرعين المواليين:

**الفرع الأول: تعريف الغش نحو القانون**

الغش نحو القانون هي نظرية ذو نشأة قضائية تعود للقضاء الفرنسي الذي نفدها أول مرة في 18/03/1878 وأخذ بها كسبب لاستبعاد القانون الأجنبي الذي ثبت اختصاصه عن طريق التحايل على أثر قضية Bauffrement La princesse.[2]

– تم من خلال هذه القضية تغيير ضابط الإسناد وهو الجنسية الفرنسية بجنسية أخرى بقصد التحايل والتهرب من القانون الفرنسي المختص بحكم المسالة والذي كان يمنع الطلاق أنداك. وقد تعرض المشرع الجزائري لفكرة الدفع بالغش نحو القانون كسبب لاستبعاد القانون الأجنبي الذي ثبت له الاختصاص من خلال القانون 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 المعدل والمتمم للقانون المدني، فورد في نص المادة 24 ما يلي: "لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام والآداب العامة في الجزائر أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون. "إلا أنه لم يرد في القانون الجزائري ولا القضاء تعريف لمفهوم الغش نحو القانون.

---

[1] أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص186

[2] تتلخص وقائع القضية في أن سيدة بلجيكية تزوجت من الأمير الفرنسي De Bauffrement واكتسبت تبعا لذلك الجنسية الفرنسية. وقع خلاف بين زوجين فأرادت السيدة الطلاق، لكنها لم تتمكن من ذلك لأن القانون الفرنسي أنداك كان يحظر الطلاق، ولكي تتمكن مدن الطلاق سافرت إلى المانيا وتجنست بجنسية إحدى الامارات الالمانية التي يبيح قانونها الطلاق، وبالفعل حصلت على الطلاق وفقا لقانون جنسيتها الجديد ثم تزوجت من الامير "بيبسكو" ورحلا معا إلى فرنسا. تقدم الزوج الأول بدعوى امام القضاء الفرنسي، طالبا ابطال الزواج الثاني، مستندا بان الاميرة لم تغير جنسيتها إ لا بقصد التحايل على أحكام القانون الفرنس ي الذي يمنع الطلاق. جاء في قرا ر محكمة التمييز الفرنسية ما يلي:

"La demanderesse avait sollicité et obtenu cette nationalité nouvelle ,non pas pour exercer les droits et accomplir les devoir qui en découlent en établissant son donicile dans l'etat de sax-altenbourg , mais dant le seul but d'échapper aux prohibitions de la lois française en contractant un second mariage.. »voir ,Daniel defoloville, un mot sur le procès de "la princesse de bauffremont aujourd'hui princesse bibesco" ,libraire Éditeur,1878,p4.et voir : http://www.cours-de-droit.net/la-fraude-a-la-loi-en-droit-international.

وعرف الفقه الغش نحو القانون بأنه التغيير الإرادي والمتعمد لضابط الإسناد الذي يتم بهدف التهرب من القانون الواجب التطبيق[1] وإحلال قانون آخر غير المختص يخدم مصلحة الطرف الذي صدر منه هذا الغش.

كما يمكن تعريفه أنه التحايل الذي يقع من أحد الأطراف في علاقة مشوبة بعنصر أجنبي بتغيير ضابط الإسناد بقصد التهرب من تطبيق أحكام قاعدة الإسناد الوطنية.[2]

**الفرع الثاني: شروط أعمال الدفع بالغش نحو القانون**

لإعمال الدفع بالغش نحو القانون ينبغي توافرين شرطين متفق عليهما فقها وقضاء، وشروط أخرى محل نقاش وجدل[3]

**الشرط الأول: التغيير الإرادي لضابط الإسناد:**

اشترط القضاء الفرنسي لإمكان الدفع بالغش نحو القانون أن يتوافر العنصر المادي في الغش، وهو أن يحصل تغيير إرادي في ضابط الإسناد[4] ، فيتحقق الغش نحو القانون إذا كان للإرادة دور في تغيير ضابط الإسناد، وبالتالي لا مجال للحديث عن الغش نحو القانون في الحالات التي لا يكون للإرادة دور[5]

ويمكن للأفراد التحايل والتغيير العمدي في ضوابط الإسناد التي تتوقف على إرادة الأشخاص كالتغيير العمدي لضابط الجنسية أو موقع المنقول، أما بالنسبة لضوابط الإسناد التي لا تتوقف على إرادة الأفراد كضابط موقع العقار أو موقع الفعل الضار فأنه لا يمكن تصور التغيير فيه.[6]

---

[1] عبده جمال غصوب، المرجع السابق، ص178.

[2] حسام أبو حامدة، الغش نحدو القانون الدولي الخاص كسبب لاستبعاد القانون الأجنبي، بحث مقدم لنقابة المحامين النظاميين من اجل الانتقال لسجل، تاريخ الدخول 12 / 09 / 2018 ، توقيت الدخول ، المحامين الأساتذة، منشور عبر الموقعhttps://www.mohamah.net . 17.02

[3] أعراب بلقاسم ، المرجع السابق، ص188.

[4] حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص315.

[5] عبد جميل غصوب، المرجع السابق، ص181

[6] أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص190.

وتفسح الضوابط التي تتوقف على إرادة الأفراد المجال للغش نحو القانون 20، كضابط الجنسية.

فقد يقوم أحد أطراف العلاقة القانونية بتغييره بدافع تغيير القانون الواجب التطبيق، مثلا تنص المادة 12 في الفقرة الثانية أنه: "يسري على انحلال الزواج والانفصال الجسماني القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى". استنادا لنص المادة فأنه يمكن للزوج تغيير الجنسية التي يحملها ليكتسب جنسية أخرى وقت رفع دعوى الطلاق ويباشر إجراءات الدعوى وفقا لقانون جديد قد يخدم مصالحة. ضد مصلحة الزوجة التي قد تخضع لقانون لم تكن على دراية به وقت إبرام الزواج.

**الشرط الثاني: توافر نية الغش:**

يعتبر هذا الشرط العنصر المعنوي للغش نحو القانون، فلا يكف أن يقوم الشخص بتغيير ضابط الإسناد، إنما ينبغي أن يكون هذا التصرف مقترنا بنية التنصل والتهرب من أحكام القانون المختص بحكم العلاقة، بمعنى أن التغيير الذي قام به الشخص قصد به أساسا الإفلات من أحكام قانون معين.[1]

وللقاضي سلطة التقصي من نية الغش، ورغم صعوبة إثبات هذا العنصر إلا أنه يمكنه استنباط ذلك من خلال وقائع الدعوى وملابساتها ، "بشروعها بإجراءات الطلاق فور تجنسها بالجنسية الألمانية الأمر الذي دل أن Bauffirement" فقد انكشفت نية الأميرة لاكتسابها هذه الجنسية لم يكن هدفا وإنما أداة للحصول على الطلاق طبقا لقانون جنسيتها الجديد والإفلات من قانون جنسيتها الفرنسية الذي كان يحظر الطلاق آنذاك، فبالرغم أنها اكتسبت الجنسية بصورة مشروعة وصحيحة إلا أنه تم الدفع بمواجهتها بالغش نحو القانون بسبب نيتها في التهرب من أحكام القانون الفرنسي.[2]

[1] حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص313.

[2] si le législateur accepte sur le térritoire de son pays des lois étrangères cela ne veut pas dire qu'il à donner un blonc seing a l'ensemble des les législation de l'univers , voir ,Batiffol et Lagarde ,droit international privé , tome 1.1981,tome2.1983 ,7ed.paris

**- الشروط الغير متفق عليها:**

**1- أن يكون القانون المتهرب منه هو قانون القاضي:**

تعمدت ذكر هذا الشرط رغم أنه شرط لم يجمع عليه الفقهاء، للبحث من موقف المشرع الجزائري تجاه هذه المسألة، فهل يمتنع القاضي الجزائري من تطبيق القانون الأجنبي إذا كان القانون المتهرب منه هو القانون الجزائري؟ أم أنه أخذ بنظرية الدفع بالغش نحو القانون سواء كان القانون المتهرب من أحكامه وطنيا أم أجنبيا؟

كان القضاء الفرنسي في البداية يقضي باستبعاد القانون الأجنبي إذا كان الغش نحو القانون الفرنسي وأيده الفقه في ذلك[1] ، إلا أن القضاء الفرنسي الحديث ذهب إلى تطبيق نظرية الغش حتى بالنسبة للغش نحو القانون الأجنبي، استنادا لفكرة لاعدالة في التمييز بين القانون أجنبي والقانون الوطني"، فالغش يعتبر كذلك بغض النظر من إذا ما كان نحو القانون الأجنبي أو الوطني، خاصة وأن الهدف من أعمال هذه النظرية في محاربة الغش كما أن الغش نحو القانون الأجنبي هو في نفس الحين تحايل على قاعدة الإسناد في قانون القاضي التي أعطت لهذا الأخير الاختصاص".[2]

ويمكن استنباط موقف المشرع الجزائري من خلال استقراء نص المادة 24 من القانون المدني إذ لم يشترط المشرع لإعمال الدفع بالغش نحو القانون أن يكون القانون المتهرب منه هو القانون الجزائري.

فقد نص على استبعاد تطبيق القانون الأجنبي إذا ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون دون أن يقيد هذا الدفع بالغش نحو القانون الجزائري، ولعل هذا ما يبرر سكوت المشرع من تحديد القانون البديل الذي يطبق في حال ثبوت اختصاص القانون الأجنبي من طريق الغش. ومن جهة أخرى يثور تساؤل من حكم الحالة التي يثبت فيها الاختصاص للقانون الجزائري من طريق الغش؟

---

[1] عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص216

[2] أعراب بلقاسم ،المرجع السابق، ص194.

يلاحظ أن المشرع من خلال نص المادة 24 من القانون المدني نص على استبعاد القانون الأجنبي إذا ما ثبت له الاختصاص من طريق الغش وسكت من استبعاد القانون الجزائري إذا ما ثبت إليه الاختصاص من طريق الغش في القانون.

ويجدر الإشارة أنه يتوافر قصد الغش والتحايل للتهرب من القانون المختص بحكم العلاقة في كلتا الحالتين، خاصة وأن الهدف الذي تصبو إليه قواعد الإسناد هو اسناد النزاع لأكثر القوانين ملائمة للفصل فيه، ولا يمكن لهذه الغاية أن تتحقق إلا إذا تم استبعاد أي قانون ثبت اختصاصه من طريق الغش بغض النظر إذا ما كان أجنبيا أو جزائريا. فالغش يبقى بوصفه هذا في كل الحالات وينبغي مطاردته حبذا لو أن المشرع الجزائري حذا حذو القضاء الفرنسي الحديث بالنص على الدفع بالغش نحو القانون تجاه أي قانون يثبت اختصاصه من طريق الاحتيال سواء كان وطنيا أو أجنبيا عملا بقاعدة الغش يفسد كل أمر.

**2- أن تكون الإحكام المتهرب منها قواعد أمرة:**

يرى البعض أنه يشترط للدفع بالغش نحو القانون أن تكون أحكام القانون المتهرب منه أمرة. أما إذا كانت مكملة فلا مجال للحديث من الغش نحو القانون لأنه يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها. وبالتالي لا يتصور التهرب منها[1].

**المطلب الثاني: أثار الغش نحو القانون**

يسعى مرتكب الغش لتحقيق نتيجة تتمثل في استبعاد قانون معين وتطبيق قانون أجنبي أكثر ملائمة لمصالحه، ووصوله لهذه النتيجة يتم عن طريق وسيلة تتمثل في تغيير ضابط الإسناد، وقد اختلف حول آثار الغش نحو القانون، فمنهم من يرى أن أثر الغش يشمل الوسيلة والنتيجة معا، ومنهم من اتجه إلى أن أثر الغش يقتصر على عدم نفاد النتيجة، وعليه سنوضح ذلك في الفرعيين المواليين:

[1] يشترط في الوسيلة أن تكون مشروعة بمعنى أن يكون التغيير في ضابط الإسناد مشروعا، فإذا كانت الوسيلة المستخدمة في التغيير غير مشروعة وغير قانونية، لا يجوز الاعتداد بها، كما لو تم تغيير الجنسية عن طريق الغش في أحكام الجنسية فأسنده لا يجوز الاعتداد في هذه الحالة بالجنسية المكتسبة عن طريق الغش، عبده جميل غصوب، المرجع السابق،ص 935 .

**الفرع الأول: عدم النفاذ يشمل الوسيلة والنتيجة.**

يرى جانب من الفقه ان أثر الدفع بالغش يمتد ليشمل النتيجة و الوسيلة معا، أي يستبعد القانون الذي ثبت له الاختصاص بواسطة الغش عن طريق تغيير الجنسية مثلا و يطبق القانون المختص مكانه و تلغى الجنسية الجديدة التي اكتسبها الشخص هذا ذلك أنه من غير المعقول تجزئة العمل القانوني الواحد من حيث الاعتراف ببعض الآثار ، وهي غير المهمة في نظر الغالب، ولا يعترف بالبعض الآخر الذي انصرفت إليه نيته ، لهذا السبب ينبغي تقييم الجزاء ومحو كل أثر لارتكاب الغش، غير ان هذا الرأي محل انتقادات عديدة أهمها ان الوسيلة التي تم بها نزع الاختصاص عن القانون المختص أصلا و إثباته لقانون آخر تم اكتسابها بطريقة صحيحة و مشروعة وان الشخص يفترض أن كافة الشروط قد توافرت فيه، و المعقول في هذه الحالة أن الجزاء يكون عدم الاعتداد بالتجنس في القضية التي طرح فيها النزاع فقط.[1]

**الفرع الثاني: عدم النفاذ يعتصر على النتيجة:**

يرى جانب آخر من الفقه و هو الراجح بأن أثر الغش يقتصر فقط على عدم نفاذ النتيجة غير المشروعة التي قصد إليها الشخص عندما قام بتغيير ضابط الإسناد دون وسيلة لكونها تمت بطريقة مشروعة، ولان العبرة في التصرف بقصده و غايته ولا داعي للمبالغة في الجزاء ، ومن ثم يكفي أن يرد الغاش عن قصده ، اما الآثار الأخرى الناتجة عن استعمال وسيلة مشروعة فلا تهم في النظر الغاش مادام لم يقصدها، ومن باب أولى ينبغي على القضاء ألا يفرضها عليه ، ولأدل على ذلك هو إكتفاء محكمة النقض الفرنسية في قضية " دي بوفرمون" فيما يخص عدم الاعتداد بتطليقها تجاه القانون الفرنسي دون ان تقضي ببطلان تجنسها بالجنسية الألمانية.[2]

كما أنه مادام الدفع بالغش نحو القانون لاستبعاد القانون الأجنبي يعتبر وسيلة علاج

[1] مجلة العلوم القانونية و الاقتصادية ، العدد الأول ، سنة 2020 ، ص 52.

[2] د.حمزة قتال : القانون الدولي الخاص ، تنازع القوانين ، دار هومة ،الجزائر، 2018، ص381

احتياطية لحماية قاعدة الإسناد فيجب استعمالها في الحدود التي تحقق هذه الغاية، وعليه فعدم نفاذ النتيجة يكفي لحماية قاعدة الإسناد بود اعتبار القانون الذي تم التحايل عليه هو محل اختيار قاعدة الإسناد لولا هذا التحايل فلا حاجة إذن للتبع بقية الآثار بإبطالها

وتجدر الاشارة أخيرا بأن أثر الغش لا ينحصر في استبعاد القانون الأجنبي الذي انعقدا اختصاصه عن طريق العش حينما قام بتغيير ضابط الاسناد، بل اثر حلولي و استبدالي أي ان يحل القانون المختص أصلا ، سواء كان القانون الوطني ام قانونا أجنبيا، مكان القانون الاجنبي المختص بطريقة الغش، وهذا ما قررته المادة 24 من القانون المدني كما بينا ذلك سابقا.

لكن هناك حالات يكون فيها القاضي غير ملزم بتطبيق قواعد القانون الأجنبي، وعليه استبعادها لما تكون متعارضة مع النظام العام، وان الاختصاص هذا القانون قد انعقد بواسطة الغش.[1]

[1] حمزة قتال، المرجع السابق، ص381.

# خـــاتـــمـــة

**خاتمة:**

وفي ختام هذه الدراسة يتبَيِّن لنا الدور المهم والفعّال الذي تلعبه موانع تطبيق القانون الأجنبي، سواء الدفع بالنظام العام لحالات أحوال الشخصية أو نظرية الغش نحو القانون في حماية الأسس الجوهرية والمبادئ الأساسية والمثل العليا لدولة القاضي، فالنظام العام يعتبر صمام الأمان الذي ، تلك الأمس ويمنع تسرب وانفلات القوانين الأجنبية التي تتعارض جذريا مع ذلك، كما يلعب الغش نحو القانون دورا فعالا أيضا من خلال وقوفه بالمرصاد ضد المتحايلين ومنعهم من التلاعب بقواعد التنازع الوطنية بتغيير ضوابط الإسناد بغية التهرب من أحكام القانون المختص أصلا لحكم النزاع.

وتكمن آلية إعمال الدفع بالنظام للأحوال الشخصية في كون أن القاضي المعروض عليه النزاع عندما يُعمل قواعد الإسناد في قانونه وتشير باختصاص قانون أجنبي، فإنَّه لا يطبق هذا القانون بصورة آلية، بل يتعين عليه فحصه أولا، فإذا ما وجد أن أحكامه تتعارض مع الجوهرية والأركان الأساسية وتلك الأسس العامة التي يقوم عليها نظام مجتمع دولته فيكون المبادئ القانون الأجنبي عندئذ في وضعية قانونية تتناقض تماما مع تلك المبادئ الأساسية المقدسة في القانون الوطني، وبالتالي يكون قد توافرت الشروط اللازمة لاستبعاد هذا القانون باسم النظام العام والآداب العامة.

ويترتب على إعمال موانع تطبيق القانون الأجنبي سواء بالنسبة للدفع بالنظام العام للاحوال الشخصية أو نظرية الغش نحو القانون أثران مهمان في كليهما، الأول سلبي يتمثل في استبعاد القانون الأجنبي المخالف للنظام العام في دولة القاضي بالنسبة لحالة الدفع بالنظام العام، واستبعاد القانون الذي أسند له الاختصاص غشا بالنسبة لحالة الدفع بالتحايل على القانون، وفي كلتا الحالتين حدث اختلاف فقهي قابله غياب حسم تشريعي فيما يخص مدى هذا الاستبعاد أيكون كلي أم جزئي بالنسبة للقانون الذي يصطدم مع مقتضيات النظام العام بالنسبة للدفع الأول، وما إذا كان يتم استبعاد النتيجة غير المشروعة فقط دون الوسيلة المستعملة أم يستبعدان معا بالنسبة للدفع الثاني، غير أن الراجح هو الاستبعاد الجزئي في

الدفع بالنظام العام، ماعدا حالة ارتباط أجزائه ارتباطا تتعذر من خلاله التجزئة فلا مفر عندئذ من الاستبعاد الكلي، وأما الراجح في الدفع الثاني فهو أن الجزاء يطال النتيجة غير المشروعة دون الوسيلة المستعملة، ويقابل هذا الأثر السلبي أثر ثاني إيجابي ملازم له يتمثل في إحلال قانون بديل يحل محل القانون المستبعد لتطبيقه على العلاقة القانونية محل النزاع، وإذا كان هناك شبه إجماع في تحديد هوية هذا القانون بالنسبة لحالة الغش بإحلال القانون المختص.

**النتائج :**

ومن خلال هذه الدراسة توصلنا إلى جملة من النتائج نذكر من أهمها :

– أن استبعاد تطبيق القانون الأجنبي لأجل الدفع بالنظام العام للأحوال الشخصية والغش والتحايل نحو القانون لابد أن يكون وفقا لشروط محددة مما يحد و يقيد السلطة المطلقة للقاضي الوطني .

– أن الدفع بالنظام العام والغش نحو القانون يحافظ على الأسس و القيم السائدة في المجتمعات المختلفة و خصوصياتها لكن لابد أن يكون الدفع بهما دون مغالات و مبالغة كبيرة من قبل القاضي الوطني المختص وهذا ضمانا لمبدأ استقرار المعاملات و المراكز القانونية للأفراد .

– يمكن تعريف النظام العام بأنه مجموعة المصالح الجوهرية الأساسية والمثل العليا للدولة والجماعة التي مرتضيها لنفسها ويتأسس عليها كيان المجمع كما يرسمه النظام القانوني سواء أكانت هذه المصالح دينية أم سياسية أم اقتصادية أم اجتماعية وبعرض الإخلال بها كيان المجمع إلى التصدع والانهيار، ويمثل النظام العام صمام الأمان الذي يحمي هذه الأسس في مجمع القاضي بمنع ضرب وانقلاب القوانين الأجنبية التي تتعارض جدرياً مع هذه المبادئ.

– يترتب على إعمال الدفع بالنظام العام أثراً سلبياً وهو وجوب استبعاد أحكام القانون الأجنبي المتعارضة مع أحكام القانون الداخلي أو الوطني للقاضي، وهذا لا يعني بقاء الدراع معلقاً بلا قانون يحكمه أو يتوقف القاضي عن السير في نظر الدراع، ويتوجب على القاضي أن يسد هذا الفراغ التشريعي بأن يبحث عن قانون آخر يصلح لحكم النزاع المعروض عليه وهذا ما يعرف بالأثر الإيجابي . يعرب على استبعاد القانون الأجنبي ثبوت الاحصاص القانون القاضي لسد الفراع التشريعي الناجم عن هذا الاستبعاد وهو الأثر الإيجابي الاعتراف بالحقوق المكتسبة في الخارج وهو طيف المفعول النظام العام ولا يعني استبعاد كلي لفكره الدفع بالنظام العام في جميع الأحوال بالنسبة لأي حق الكتب بالخارج وهم طرح النزاع المتعلق به أمام القاضي الوطني.

**التوصيات و الاقتراحات :**

– ونحن نرى أنه على القاضي الوطني عند دفعه و رفضه تطبيق القانون الأجنبي أن يتصدى للفصل في نزاع من خلال تطبيق قانونه أو تطبيق قانون أخر لا يكون مخالفا للنظام العام و لا يكون فيه نية للغش نحو القانون و في حالة ما لم يجد غايته في هذا القانون عليه البحث في قواعد العدالة و الإنصاف أو قواعد القانون الطبيعي ، وهذا حتى لا يقع القاضي الوطني في فرغا تشريعي ويتم الفصل في النزاع بالبحث عن حلول أخرى في حالة استحالة تطبيق القانون الأجنبي وحتى يتم المحافظة على استقرار المعاملات بين الأفراد والدول .

– كما نقترح على المشرع الجزائري إضافة حل في حال استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق والمخالف للنظام العام كأن يقرر اختصاص القضاء الجزائري في حل النزاع.

– ضرورة وجود نص في التشريع يخضع فيه الدفع بالنظام العام لرقابة محكمة التمييز في دولة القاضي شأنه في ذلك شأن القانون الوطني، لأن خبرة محكمة التمييز في فهم وتغير القانون الأجنبي وفهمها لقصد المشرع الأجنبي أعمق من فهم القاضي المنفرد.

– بيان الآلية المتبعة والأسس المستند إليها في حال استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق والمخالف للنظام العام وهل يجب على القاضي الوطني إعمال قانونه الداخلي للنظر بهذا النزاع.

# قائمة المصادر والمراجع

# قـائـمـة الـمـصـادر و الـمـراجـع

**1.القرآن الكريم:**

**2.المصادر والمراجع:**

**- الكتب:**


1. لوعيل، محمد لمين: الأحكام الإجرائية والموضوعية لشؤون الأسرة وفق التعديلات الجديدة والاجتهاد القضائي، د.ط، دار هومه، الجزائر، 2010.
2. أعراب بلقاسم ، القانون الدولي الخاص الجزائري ، –تنازع القوانين– دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر ، 2002.
3. إعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، تنازع القوانين ،ط10، دار هومة، الجزائر، 2008.
4. الإمام محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، 2012،
5. حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، الطبعة الثانية ،دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1998.
6. حسين، سيد عبد الله: المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية والتشريع الإسلامي، ، دار السلام، مصر.
7. ختام عبد الحسن، موانع تطبيق القانون الأجنبي، مجلة الكلية الإسلامية الجامعية، النجف الأشرف، العراق مجلة علمية اقتصادية محكمة العدد2009،6.
8. د. جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة ، مصر، 2005.
9. د. سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، المضمون الواسع المتعدد الموضوعات، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009.
10. د. سلطان عبدالله محمود، الدفع بالنظام العام وأثره ،مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 12، العدد 43 ،2010.

11. د. عكاشة عبد العال، تنازع القوانين دراسة مقارنة ، ط1، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، 2007.

12. د. هشام علي صادق، المطول في القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، ط1، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2008،.

13. د.حمزة قتال : القانون الدولي الخاص ، تنازع القوانين ، دار هومة ،الجزائر، 2018.

14. الداودي غالب و الهداوي، حسن، القانون الدولي الخاص، د.ط، ج1، دار النهضة العربية، مصر، 2000.

15. زورتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنة بالقوانين العربية، ج 01 – تنازع القوانين – مطبعة الكامنة، الجزائر 2002.

16. سامي بديع منصور، القانون الدولي الخاص( طرق حل النزاعات الدولية الخاصة، الحلول الوضعية لتنازع القوانين، الجنسية)، عكاشة عبد العال، القانون الدولي الخاص( الاجراءات المدنية والتجارية والدولية)، د.ط، الدار الجامعية، بيروت،

17. صلاح الدين جمال الدين القانون الدولي الخاص الجنسية وتنازع القوانين دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي الاسكندرية، 2008.

18. صلاح الدين جمال الدين: تنازع القوانين في مشكلات إبرام الزواج، مطبعة التركي، طنطا، مصر، 2007.

19. عبد الرزاق دربال، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010،ص136.

20. عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، ط1 ، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، بيروت 2008، ص 214.

21. علي سليمان علي ، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ديوان المطبوعات الجزائرية، بن عكنون، الجزائر، ط5.

22. علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ا الفصلين السابع والثامن، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائري، 2000.

23. علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، 2003.

24. عليوش كمال قربوع، القانون الدولي الخاص الجزائري (الجزء الأول)، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، 2007 .

25. محمد سعيد جعفور، " مدخل إلى العلوم القانونية – الوجيز في نظرية القانون " الطبعة 03، دار حرمة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 1999

26. محمد وليد المصري، محاولة لرسم معالم النظام العام الدولي العربي بمفهوم القانون الدولي الخاص، مجلة الحقوق، جامعة الكويت ،العدد الرابع ،2003.

27. ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1998.

28. نادية فضيل ، تطبيق القانون الاجنبي أمام القضاء الوطني، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر سنة 2002، .

29. الهداوي، حسن: القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ط 6، دار الثقافة، الأردن، 1997.

30. هشام صادق علي، حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص الكتاب الثاني، تنازع القوانين، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1999.

31. هشام علي صادق ، دروس في القانون الدولي الخاص،ط1، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت ، لبنان، د.ن.

**3.المجلات:**

32. د.كمال سمية، علاقة قواعد الاسناد في مسائل الزواج بالنظام العام، مخبر حقوق الإنسان والحريات، مجلة الصدى للدراسات السياسية والقانونية، كلية الحقوق، والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2021.

33. مجلة العلوم القانونية و الاقتصادية ، العدد الأول ، سنة 2020 .

**4.المقالات:**

34. موسخ محمد، حالات استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص أمام القضاء الجزائري، مقالة، كلية الحقوق ، جامعة قاصدي مرباح ورقلة.

**5.الرسائل الجامعية:**

35. زاير فاطمة الزهراء، النظام العام في النزعات الدولية الخاصة المتعلقة بالأحوال الشخصية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، قسم الحقوق، كلية الحقوق و العلوم السياسة، جامعة تلمسان، 2011 .

36. شبورو نورية، الميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة في إطار القانون الدولي الخاص، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، قسم الحقوق كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2010-2011 .

37. موشعال فاطيمة، دور الجنسية في حل مشاكل تنازع القوانين، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص قسم الحقوق كلية الحقوق والعلوم السياسية تلمسان 2011-2012

**6.المواد القانونية:**

38. المادة 18، من خلال المادة 11 من القانون رقم: 05-10 المؤرخ في 10 يونيو 2005، المعدل والمتمم للقانون المدني.

39. المادة 23 مكرر1 كالتالي: " إذا تقرر أن قانونا أجنبيا من الواجب التطبيق فلا تطبيق منه إلا أحكامه الداخلية، دون تلك الخاصة بتنازع القوانين من حيث المكان.

40. المادة 24 فقرة 01 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 78 مؤرخ في 30-09-1975 معدل ومتمم على ما يلي: "لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر، أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون".

41. المادة 365 من القانون المدني الفرنسي.

42. المادة 40 من الأمر رقم 75-58 المنضمين القانون ن المدني المعدل والمتمم.

**7.محاضرات:**

43. عمارة عمارة ، محاضرات في تنازع الاحوال القوانين في الاحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة المسيلة،2020-2021.

44. كمال كحيل، الاثر المخفف للنظام العام في القانون الدولي الخاص ، حوليات جامعة بشار العدد 05، 2009.

**الاوامر والقرارت:**

45. أمر رقم 20/70 المؤرخ في 19 فبراير 1970 المتعلق بالحالة المدنية.

46. قرار المحكمة العليا رقم: 457038 الصادر بتاريخ10-09-2008، مجلة المحكمة العليا، ع02، 2008.

47. قرار المحكمة العليا رقم: 103232، الصادر بتاريخ:1995/05/02، المجلة القضائية،عدد02، 1995

48. الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395هـ الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، المعدل والمتمم بالقانون رقم 07- 05 المؤرخ في 13 مايو سنة 2007، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية المتضمن القانون المدني.

**8.المواقع الالكترونية:**

49. https://www.mohamah.net17.02

**9.المراجع الاجنبية:**

50. Droit Civil, La Famille, 8 éd, Dalloz, FranceCourbe et Gouttenoire: Droit De La Famille, 6 éd, Dalloz, France, 2013

51. L. Marie: L'Europe Tourmenté Par La Révolution En France, Pélicier, France, 1815, V 1 .

52. NiBoyet J.P.)Traite de droit international prive tomes III IV etv,Paris 1994.

# فهرس

# الموضوعات

# فـهـرس الـمـوضـوعـات


| فهرس المحتويات | الصفحة |
|---|---|
| شكر وعرفان | / |
| الاهداء | / |
| مقدمة | أ- و |
| الفصل الاول :حالات الدفع بالنظام العام | |
| تمهيد | 14 |
| المبحث الاول: مفهوم الدفع بالنظام العام واستبعاد تطبيق القانون الاجنبي | 15 |
| المطلب الاول: مفهوم الدفع بالنظام العام | 16 |
| الفرع الاول: تعريف الدفع بالنظام العام | 16 |
| الفرع الثاني: شروط الدفع بالنظام العام | 20 |
| المطلب الثاني: استبعاد تطبيق القانون الأجنبي لتعارضه مع النظام العام | 23 |
| الفرع الاول: مفهوم استبعاد تطبيق القانون الأجنبي لتعارضه مع النظام العام | 24 |
| الفرع الثاني: شروط التمسك بالدفع بالنظام العام | 24 |
| الفرع الثالث: آثار التمسك بالدفع بالنظام العام | 25 |
| المبحث الثاني: التطبيقات التشريعية والقضائية بالأحوال الشخصية | 26 |
| المطلب الاول: التطبيقات في مسائل الزواج وأثاره | 27 |
| الفرع الأول: تكييف الزواج | 27 |
| الفرع الثاني: تكييف شروط الزواج | 29 |
| المطلب الثاني: القضايا الأخرى المتعلقة بالأحوال الشخصية | 34 |
| الفرع الاول: التبني | 34 |
| الفرع الثاني: الميراث | 38 |
| الفصل الثاني: التطبيقات التشريعية والقضائية للدفع بالنظام العام في قانون الاسرة الجزائري | |

# فـهـرس الـمـوضـوعـات


| | |
|---|---|
| تمهيد | 38 |
| المبحث الاول: أثر الدفع بالنظام العام بالنسبة لعلاقة يراد أنشاؤها | 44 |
| المطلب الاول: أثر الدفع بالنظام العام بالنسبة لعلاقة يراد انشاؤها في دولة القاضي | 44 |
| الفرع الأول: الأثر السلبي للنظام العام | 45 |
| الفرع الثاني: الأثر الايجابي للنظام العام | 48 |
| الفرع الثالث: الأثر المخفف للنظام العام | 52 |
| المطلب الثاني: أثر الدفع بالنظام العام بالنسبة لحق اكتسب في الخارج وأريد التمسك بآثاره في دولة القاضي | 53 |
| الفرع الأول: الأثر المخفف | 54 |
| الفرع الثاني: الأثر الانعكاسي | 56 |
| المبحث الثاني: ماهية الدفع بالتحايل والغش نحو القاضي | 60 |
| المطلب الأول: الدفع بالغش نحو القانون لاستبعاد القانون الأجنبي | 60 |
| الفرع الأول: تعريف الغش نحو القانون | 61 |
| الفرع الثاني: شروط أعمال الدفع بالغش نحو القانون | 62 |
| المطلب الثاني: أثار الغش نحو القانون | 65 |
| الفرع الأول: عدم النفاذ يشمل الوسيلة والنتيجة. | 66 |
| الفرع الثاني: عدم النفاذ يعتصر على النتيجة | 66 |
| خاتمة | 69 |
| المراجع والمصادر | 74 |
| فهرس الموضوعات | 81 |

**ملخص:**

خلصت هذه الدراسة الى شرح حالات الدفع بالنظام في التشريع الجزائري، وكيف تعامل المشرع مع حالات الدفع بالنظام من خلال الآثار المترتبة عليه، وشروط التمسك به وأهم تطبيقاته.

كما تعتبر مسألة تطبيق القانون الاجنبي امام القاضي الوطني من المسائل المهمة دوليا وذلك لتشابك العلاقات بين الافراد مما يثير في غالب الاحيان عدة نزاعات لذلك اوجد المشرع الية لتنظيم تلك العلاقات وتتمثل في قواعد الاسناد، التي ترشد القاضي الى القانون الانسب لحكم النزاع ، من اجل حماية حقوق الاجانب.

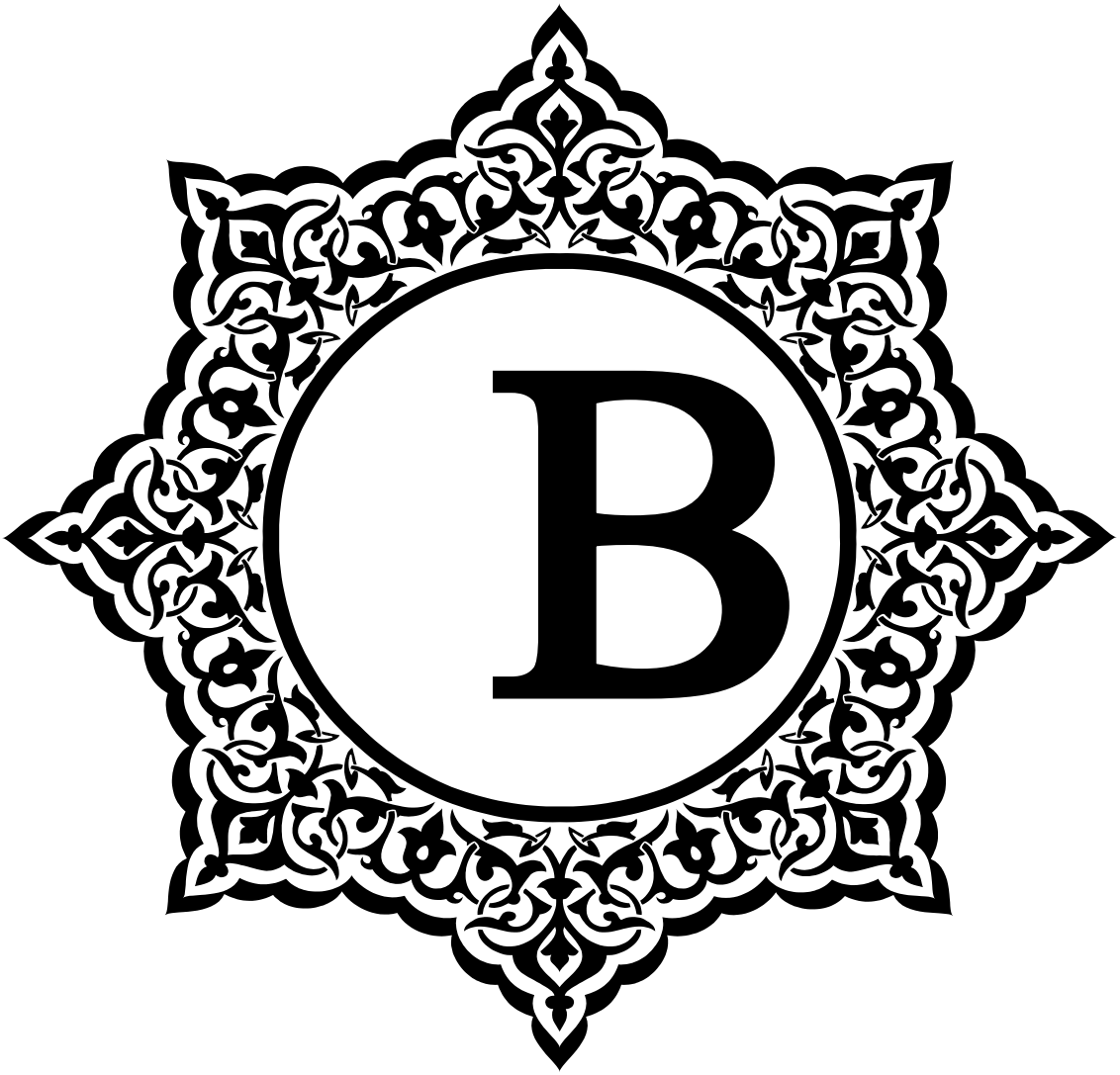
**الكلمات المفتاحية:** الدفع بالنظام، الاستبعاد الاجنبي، القاضي الوطني، الغش.

**Abstract:**

This study concluded by explaining the cases of payment of the system in the Algerian legislation, and how the legislator dealt with cases of payment of the system through its implications, the conditions for adhering to it and its most important applications.

The issue of applying foreign law before the national judge is also considered one of the important issues internationally, due to the intertwining of relations between individuals, which often raises several disputes. Therefore, the legislator created a mechanism to regulate these relations, which is represented in the rules of attribution, which guide the judge to the most appropriate law to rule the dispute, in order to protect the rights of foreigners..

**Keywords**: system payment, foreign exclusion, national judge, fraud


B