جامعة أكلي محند اولحاج – البويرة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم القانون الخاص

استبعاد تطبيق القانون الأجنبي
طبقا للمادة 24 من القانون المدني الجزائري

مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماستر في القانون الخاص
تخصص عقود ومسؤولية

إعداد الطالبة: تحت إشراف الأستاذ:

- **شلابي أمينة** - **فتال حمزة**

لجنة المناقشة:

الأستاذ: بلعزوز رابح.....**رئيسا**

الأستاذ: فتال حمزة.....**مشرفا ومقررا**

الأستاذ: حملاجي جمال.....**ممتحنا**

تاريخ المناقشة 2015/03/10

مقدمة

يعتبر القانون الدولي الخاص من أدق أقسام القانون وأهمها، لأنه ينظم العلاقات الخاصة بالأفراد على المستوى الدولي ككل، فالحياة الدولية لم تعد تقتصر على العلاقات القائمة بين الدول، بل أصبحت إلى جانب ذلك تتضمن فئة أخرى من العلاقات التي لا تقل أهميتها عن الفئة الأولى، وهي العلاقات الناشئة بين أفراد الدول المختلفة، ومن أجل ذلك كانت هناك ضرورة ملحة لبيان طبيعة العلاقة التي كانت تحكم ذلك المجتمع الدولي الجديد، والتي انتهت إلى ضرورة إخضاع العلاقة القانونية ذات الطابع الدولي لقواعد تتفق مع طبيعتها الدولية، حيث نجد أن مثل هذه العلاقات قد فرضت نفسها وأصبحت واقعا دوليا لا يمكن تجاهله في مجال القانون المعاصر، مما يستدعي تنظيمها بصفة موضوعية تتفق وخصوصيتها المتمثلة في احتوائها على العنصر الأجنبي.

لهذا فالقانون الدولي الخاص عبارة عن مجموعة من القواعد التي تتعلق بتنظيم علاقات الأفراد المالية أو الشخصية إذا اقترن بها العنصر الأجنبي، والتي تعالج مسألة الإختصاص القضائي الدولي وحالة الأجانب والجنسية والموطن، وتبين كيفية تنفيذ الأحكام والأوامر الأجنبية[1]، وبعبارة أخرى يعد مجموعة من القوانين التي تحكم العلاقات بين الأشخاص طبيعيين كانوا أو اعتباريين، والتي تدخل في نطاق القانون الخاص بحيث تحتوي على عناصر تربط بأكثر من دولة.

على ذلك نجد أن القانون الدولي الخاص لا يعد قانونا خاصا لأن من بين المواضيع التي يتناولها نجد الجنسية التي تتكفل الدولة بوصفها سلطة عامة بتنظيمها، وكذلك موضوع مركز الأجانب وتنازع الاختصاص القضائي فكلها مواضيع القانون العام، كما أن القانون الدولي الخاص ليس قانونا دوليا ذلك لأن مصدره مجموعة من القواعد التي يضعها المشرع الوطني، أي أن مصدره القانون الداخلي، كما أنه ليس بقانون عام إذ أن تنازع القوانين والذي يعد من أحد المواضيع التي يعالجها القانون الدولي الخاص وبالتالي نستنتج أن القانون الدولي الخاص ليست بقانون داخلي ولا بقانون دولي وإنما له طبيعة خاصة به وحده.

---

[1] نسرين شيريفي وسعيد بوعلي، القانون الدولي الخاص الجزائري، دار بلقيس للنشر والتوزيع، الطبعة الثالثة عشر، الجزائر، 2013، ص04.

وعليه فقد اختلف الفقه في تحديد المواضيع التي تندرج ضمنه، فمنهم من يرى بأن القانون الدولي الخاص يشمل موضوعا واحدا فقط وهو الموضوع المتعلق بتنازع القوانين في حين أن هناك من يوسع من دائرته ليشمل الجنسية، مركز الأجانب وتنازع الاختصاص القضائي بحيث ينتج عن تعلق القوانين هذا تزاحم وتنازع فيما بينها، أين يظهر في بادئ الأمر أن كل قانون من قوانين تلك الدول هو الذي يطبق دون غيره على تلك العلاقة، سواء كان ذلك من حيث إنشائها أو من حيث انتهائها[1].

ونظرا لما يتميز به القانون الدولي الخاص من طابع خاص بسبب تنظيمه لعلاقات قانونية تتجاوز بطبيعتها حدود الدولة الإقليمية، فيمتد ليشمل قانون دولة أخرى في مجال المنازعات التي تتميز بحركة الأشخاص والأموال وتنقلهم من دولة لأخرى، فيحتفظ كل من القانونين بصلته بتلك العلاقة، وهو ما يفضي إلى تداخل الاختصاصات ونفوذ هذه القوانين بحيث يترتب عن ذلك ما يصطلح عليه في فقه القانون الدولي الخاص وتنازع القوانين والذي يعد من أهم مواضيعه، لأنه يقوم على تزاحم قانونين أو أكثر لدولتين أو أكثر بشأن حكم علاقة قانونية ذات عنصر أجنبي[2]، أين يشترط لهذا التنازع الدولي للقوانين وجود علاقة قانونية ذات عنصر أجنبي من حيث أشخاصها(الأطراف)، أو موضوعها(المحل)، أو سببها(الواقعة القانونية المنشئة لها).

وعليه فإن اتصاف العلاقة القانونية بالصفة الدولية الخاصة لاتصال عناصرها بأكثر من قانون، يؤدي إلى ظهور تنازع فيما بينها، ومن ثم فمن الضروري البحث عن وسيلة أو طريقة لحل التنازع المثار، وهذا من أجل الوصول إلى التناسق في تطبيق تلك القوانين على نحو عادل، بحيث يطلق على طريقة حل مشكل تنازع القوانين بما يسمى "منهج التنازع"، والذي بدوره يعتمد على قواعد للإسناد التي لا يتم الفصل في المنازعات ذات العنصر الأجنبي إلا عن طريق إعمالها، فهي التي تحدد القانون الأنسب لحكم هذه العلاقات، حيث تظهر غايتها في إرشاد القاضي المعروض عليه النزاع إلى القانون الواجب التطبيق على المسألة القانونية، والذي نظمها المشرع الجزائري في المواد من 09 إلى 24 من القانون المدني.

---

[1] نسيرن شريف وسعيد بوعلي، المرجع السابق، ص 07.

[2] زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري علما وعملا، مطبعة الفسيلة، الطبعة الأولى، الجزائر ، 2010، ص10.

لكن نجد أن قواعد الإسناد تختلف من دولة لأخرى، لأنها قواعد وطنية من حيث مصدرها، وبالتالي فهي لا تعطي الحل النهائي للنزاع أي أنها لا تعين مباشرة القاعدة القانونية الواجبة التطبيق وإنما تعين لنا قانون الدولة الذي يطبق على النزاع المطروح على القاضي فقاعدة الإسناد المتعلقة بالميراث مثلا ليست من ضمن فئة الأحوال الشخصية في كل دولة لهذا فقاعدة الإسناد تبين فقط القانون الذي سيتكفل بحلها.

وعليه يستوجب عند تطبيق قاعدة الإسناد الحسم في مسائل أولية يتوقف عليها تحديد القانون الواجب التطبيق، بحيث لا يستطيع القاضي أن يقوم بإسناد المسألة إلا بمعرفة الفئة المسندة التي تنتمي إليها هذه المسألة، ويتم ذلك عن طريق ما يسمى بعملية التكييف، بمعنى إعطاء الصبغة القانونية لمسائل محل النزاع وإدخالها في مجال طائفة من طوائف الإسناد، لهذا فقد لجأت مختلف التشريعات إلى توزيع العلاقات ذات العنصر الأجنبي على مجموعة من الفئات تسمى بفئات الإسناد، فإذا ما عرض على القاضي نزاع يخص علاقة ذات عنصر أجنبي يتعين عليه أن يكيف المسألة التي يطرحها هذا النزاع، ويحدد طبيعتها ليتمكن من إدخالها ضمن الفئة التي يناسبها تمهيدا لإسنادها إلى قانون معين.

فالقاضي عند قيامه بعملية التكييف يعتمد على قواعد قانون معين، هذا ما يجعل تحديد هذا القانون له تأثيره على تحديد القانون المختص، وبالتالي إيجاد الحل الموضوعي للنزاع، لكن ليس هناك أساس موحد بين الدول لوصف طبيعة علاقة قانونية معينة وهذا راجع لاختلاف المفاهيم القانونية بين الدول، ونظرا لاتصال النزاع بأكثر من قانون يتنازع حكمه على المسألة المطروحة، فإنه من المتصور أن يدعي كل قانون أحقيته في تكييف المسألة المثارة، لذلك تعددت الاتجاهات المختلفة في تحديد القانون الذي يكون مرجعا في التكييف، لكن القانون المقارن اعتمد الاتجاه القائل بإعمال قانون القاضي تطبيقا لنظرية الفقيه "بارتان" والتي قد اعتمدها المشرع الجزائري في نص المادة 09 من القانون المدني والتي تنص على أنه: "يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب التطبيق"[1].

[1] زروتي الطيب، المرجع السابق، ص ص 87، 88.

وبعد عملية تكييف موضوع النزاع يتم إسناد حله إلى قانون معين والذي يكون إما قانون القاضي أو قانون أجنبي معين، فإذا كان قانون القاضي هو القانون الذي أشارت قاعدة الإسناد بتطبيقه فلا إشكال في ذلك، أما إذا كان القانون المشار إليه هو القانون الأجنبي فهنا يظهر إشكال حول طبيعة هذا القانون وكيفية تطبيقه.

لقد أثار الفقه مسألة طبيعة القانون الأجنبي فيما إذا كان يطبق باعتباره قانونا أم باعتباره واقعة، لذلك ظهرت عدة نظريات فقهية تقترح أساسا لتطبيق القانون الأجنبي، لكن الرأي الغالب أخذ بالطبيعة المزدوجة للقانون الأجنبي إذ اعتبره قانونا في مجال الأحوال الشخصية لخضوع القاضي الوطني في تطبيقه إلى رقابة المحكمة العليا، أما فيما عداه فهو مجرد واقعة لا يخضع القاضي في تطبيقه لهذه الرقابة.

كما نجد أن القاضي ملزم بتطبيق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه دون الحاجة إلى أن يتمسك به الخصوم، لأن قواعد الإسناد في قانون القاضي ملزمة وهو ما يستشف من خلال عبارات الإلزام المستعملة مثل "يسري"، "يطبق"، وبالتالي لا يجوز للخصوم الاتفاق على استبعاد القانون الأجنبي الذي حددته وإنما يمكنهم الاتفاق على مخالفة القواعد المكملة الواردة في القانون الأجنبي، بالإضافة أيضا إلى ذلك فالقاضي ملزم بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي فيقوم بذلك من تلقاء نفسه وبكل الوسائل، فهو التزام تمليه عليه قاعدة الإسناد الوطنية مع إمكانية الاستعانة بالخصوم إذا تعذر عليه الأمر.

وهكذا إذا ما تم إثبات مضمون القانون الأجنبي، فإن القاضي ينتقل إلى مرحلة تطبيق قواعده، لكن أمر تطبيق أحكام القانون الأجنبي الموضوعية ليس أمرا لازما في جميع الحالات، بل هناك من الحالات ما إن تحققت إحداها حتى يمتنع القاضي عن تطبيق القانون الأجنبي وإن أشارت إليه قواعد الإسناد في تشريعه الوطني والتي يطلق عليها اسم موانع تطبيق القانون الأجنبي والتي نجد من بينها الأهلية التي تخضع مباشرة للقانون الجزائري وهذا استثناء وارد في نص المادة 10/ 02 من القانون المدني الجزائري، كما قد يحدث كذلك عندما يستحيل على القاضي معرفة مضمون القانون الأجنبي فيطبق في هذه الحالة قانون القاضي إضافة إلى حالة أخرى من حالات القانون الأجنبي.

تلك بعض الحالات التي يمكن فيها استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق، لكن الذي يهمنا في هذا المجال اقتصار موضوعنا على الحالتين الواردتين ضمن المادة 24 من القانون المدني الجزائري والمتعلقتين بحالة مخالفة النظام العام والتي تعني أن أحكام القانون الأجنبي تتعارض تعارضا جوهريا مع الأسس السائدة في دولة القانون، وحالة الغش نحو القانون والتي تعني أن القانون الواجب التطبيق قد تم التوصل إليه بناء على تحايل الخصوم على قاعدة الإسناد الوطنية، بحيث تنص هذه المادة على أنه: "لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي المختص إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر، أو ثبت له الإختصاص بواسطة الغش نحو القانون.

فيطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام والآداب العامة"، وبناءا على ما سبق قوله يتم طرح الإشكال المتعلق بهذا الموضوع على النحو الآتي:

على أي أساس يمنع القاضي الجزائري الذي ثبت له الاختصاص بموجب قاعدة الإسناد الوطنية استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق؟

وللإجابة على هذا الإشكال اتبعنا المنهج الأنسب لمثل هذا الموضوع والمتمثل في المنهج الوصفي مع الاستعانة في بعض الأحيان بالمنهج المقارن، كما ارتأينا إلى تقسيم هذا الموضوع إلى فصلين: تناولنا في الفصل الأول حالة الدفع بالنظام العام والذي بدوره تم تقسيمه إلى مبحثين: المبحث الأول خصصناه لدراسة ماهية الدفع بالنظام العام، أما المبحث الثاني فخصص لدراسة الآثار المترتبة عن إعمال هذا الدفع، أما بالنسبة للفصل الثاني فقد تناولنا فيه الحالة الثانية والمتعلقة بالدفع بالغش نحو القانون وقد تم تقسيمه كذلك إلى مبحثين: المبحث الأول تطرقنا فيه لماهية الدفع بالغش نحو القانون، أما المبحث الثاني فتناولنا فيه الآثار المترتبة عن إعمال الدفع بالغش نحو القانون ونطاق تطبيقه.

الفصل الأول: الدفع بالنظام العام

تعد قاعدة الإسناد الأداة الأساسية التي تحدد القانون الواجب التطبيق على النزاع المطروح أمام القاضي، لذا فالقاضي ملزم بتطبيق القانون الذي أشارت إليه تلك القاعدة ولكي يتم هذا الأمر لا بد من توفر شرط هام وهو أن لا يتعارض القانون الواجب التطبيق مع الركائز التي يقوم عليها النظام القانوني في دولة القاضي، وهذا ما يطلق عليه النظام العام.

إن النظام العام فكرة مرنة قابلة للتغير والتطور باختلاف الزمان والمكان، فما قد يعد من النظام العام في دولة ما قد لا يعد كذلك في دولة أخرى، كما وأن هذه الفكرة كانت معروفة منذ نشأة تنازع القوانين، بيد أنها استعملت في بادئ الأمر كأداة لتثبيت الاختصاص للقانون الوطني، وتظهر فرص الاحتجاج بالنظام العام بشكل كبير بين الدول المتباعدة حضاريا ويخف ظهوره بين الدول المتقاربة حضاريا، ويعود سبب ذلك إلى اختلاف الموروث الثقافي والقانوني بين الدول.

لكن رغم ذلك فإن مفهومها ظل غامضا وغير دقيق ولا يمكن ضبطه، ومع ذلك فقد اتفقت أغلب التشريعات على ترتيب آثار فكرة النظام العام في استبعاد القانون الأجنبي المختص وتطبيق القانون الوطني محله.

لهذا وعلى ضوء ما تقدم قمنا بتقسيم هذا الفصل إلى مبحثين: نتطرق من خلال المبحث الأول إلى ماهية الدفع بالنظام العام أين سندرس مفهوم فكرة النظام العام مع تحديد أهم الشروط التي تقوم عليها هذه الفكرة، أما بالنسبة للمبحث الثاني فسنتناول فيه الآثار المترتبة عن إعمال الدفع بالنظام العام.

المبحث الأول: ماهية الدفع بالنظام العام

إن استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق والمشار إليه بواسطة ضابط الإسناد الوطني لمخالفته للنظام العام في دولة القاضي، يستوجب النظر في نشأة هذه الفكرة وكيفية تطورها وكذا تحديد مفهومها (المطلب الأول)، كما يجب التمييز بين هذه الفكرة وبعض المفاهيم المشابهة لها (المطلب الثاني)، وحتى يكون الدفع بالنظام العام صحيحا ومرتبا لكافة آثاره لابد أن يقوم على توافر مجموعة من الشروط التي يجب الأخذ بها (المطلب الثالث).

المطلب الأول: مفهوم الدفع بالنظام العام

لقد جاءت فكرة النظام العام في مختلف التشريعات، فتم النص عليها في جميع النظم القانونية لمختلف الدول، وهذا حماية لنظامها القانوني، ولكي يتم الأخذ بهذه الفكرة لابد من التطرق أولا إلى نشأة فكرة النظام العام وتطورها التاريخي وهذا من خلال الفرع الأول، ثم لابد من التطرق إلى تحديد معناها في الفرع الثاني، أما الفرع الثالث فسنتطرق فيه إلى تبيان أهم الخصائص التي تتميز بها هذه الفكرة.

الفرع الأول : تطور فكرة الدفع بالنظام العام

يرجع أصل فكرة النظام العام إلى القرن الثالث عشر، حين تمت الإشارة إلى نظرية الأحوال الإيطالية، أين فرق الفقيه "بارتول bartole " بين نوعين من الأحوال، الأحوال المفيدة أو الملائمة (statutum favorobilem) وهي القوانين التي تمتد إلى خارج الإقليم، أي أنها تصاحب الشخص أينما ذهب حتى ولو غادر الإقليم، والأحوال المستهجنة أو البغيضة (statutum adisium) وهي القواعد التي لا تتعدى آثارها حدود إقليم الدولة التي أصدرتها[1] فكانت هذه هي بداية ظهور وتبلور فكرة النظام العام.

[1] جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، منشأة المعارف، الطبعة الأولى، مصر، 2005، ص186.

لكن على الرغم من قدم فكرة النظام العام على النحو المذكور أعلاه، فإن أوّل استعمال لهذا المصطلح (النظام العام) كان على يد الفقيه الهولندي " هوبر Huber " في القرن السابع عشر، إلا أن فقهاء نظرية الأحوال الإيطالية طبقوها عندما أرادوا أن يؤكدوا على التطبيق الإقليمي، وهذا بأخذهم لفكرة الأحوال البغيضة[1]، ولقد استخدم الفقيه "مانشيني mancini" في القرن التاسع عشر، فكرة النظام العام لتثبيت الاختصاص للقانون الإقليمي وهو أول من سمى هذه الفكرة باسم النظام العام[2].

غير أنَ الفقه الحديث انتقد فكرة الفقيه مانشيني على وجود خلط بين فكرة الإقليمية وفكرة النظام العام، واستعمالهما كفكرتين مترادفتين، ذلك أن المفهوم الحقيقي للإقليمية يمكن في إخضاع كل ما يقع في إقليم الدولة لقانون تلك الدولة، سواء قامت محاكم الدولة نفسها بتطبيق قانونها، أم قامت بذلك محاكم دولة أجنبية، وبالتالي فإقليمية القانون لا تمنع امتداده خارج الإقليم وتطبيقه مثلا من قبل محكمة أجنبية، ويخالف ذلك مفهوم النظام العام لدى هذا الفقه باعتباره وسيلة يستخدمها القاضي لتحول دون تطبيق القانون الأجنبي المشار إليه بموجب قاعدة الإسناد، وهذا إذا ما تعارض هذا الأخير مع الأسس الجوهرية للمجتمع الوطني[3].

لكن أول من تبلورت فكرة النظام العام بشكلها النهائي على يديه، وبالمفهوم الحديث هو الفقيه الألماني "سافيني savigny "، وذلك من خلال عرضه لفكرته "الاشتراك القانوني" والتي مفادها أن القوانين السائدة في الدول المسيحية الوارثة للقانون الروماني تشترك فيما بينها في الأصول العامة التي ترجع إلى وحدة الأصل التاريخي لهذه القوانين[4]، فهو قد رأى أن القاضي الوطني لا يطبق قانونا أجنبيا إلا إذا كان يوجد بين هذا الأخير وبين نظامه القانوني الوطني

---

[1] عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، لبنان، 2004، ص188.

[2] أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، تنازع القوانين، دار هومة للنشر والتوزيع، الطبعة الثالثة عشر، الجزائر، 2013، ص169.

[3] جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص187.

[4] هشام علي صادق، تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، بدون طبعة، مصر، 2005.

اشتراك قانوني، وهذا الاشتراك القانوني يجب أن يكون متحقق، أي أن القاضي يمتنع عن تطبيق القانون الأجنبي إذا تبين له انقطاع الوحدة القانونية بين قانونه وبين القانون المختص بحكم النزاع[1].

فقد أفاد الفقه الحديث - وعلى الأخص الأستاذ بارتان - من فكرة الاشتراك القانوني التي نادى بها الفقيه " سافيني " في بناء نظرية النظام العام، لكن هذه الفكرة لم تعد تتماشى مع مناطها، والمتمثل في وحدة المصدر والتي هي وليدة التطور التاريخي، بل أصبح يقصد بها في الوقت الحاضر مجرد التقارب بين الأصول العامة في التشريع بما لا يجعل تطبيق القانون الأجنبي متنافرا تنافرا تاما مع الأحكام الموضوعية في قانون القاضي، وعلى هذا النحو انتهى تطور فكرة النظام العام إلى اعتبار الدفع بالنظام العام دفعا استثنائيا عاما، بحيث يهدف إلى استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص اختصاصا عاديا طبقا لقاعدة الإسناد في كل حالة يتخلف فيها الاشتراك القانوني بين ذلك القانون وقانون القاضي[2].

الفرع الثاني : صعوبة ضبط فكرة الدفع بالنظام العام

تعد فكرة النظام العام من بين المسائل المهمة والمعقدة في مجال القانون، والتي يتركز النقاش حولها في الأبحاث المتعددة لعلماء القانون الداخلي والدولي، بحيث يصعب الاتفاق على تبني ضابط مستقر للنظام العام، كما قد خلت مختلف التشريعات في أكثر الدول من تعريف جامع لفكرة النظام العام، لأنها فكرة يشوبها الغموض والتعقيد من جهة، ومن جهة أخرى لا يزال مفهومها مرنا ومتطورا باختلاف المكان و الزمان، الأمر الذي حال دون التمكن من الوصول

[1] نادية فضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، دار هومة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الجزائر، 2004 ص116.

[2] محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، مؤسسة الثقافة الجامعية، الطبعة الأولى، مصر، 2006، ص512.

إلى إعطاء تعريف جامع مانع ودقيق لها، وهذا كله على الرغم من وجود الكثير من التعاريف المعطاة لها والتي نجد من بينها:[1]

- التعريف الذي جاء فيه بأن الدفع بالنظام العام هو عبارة عن « مجموع المبادئ الأساسية العليا للنظام القانوني النافذ في الدولة، والتي يقوم عليها نظام المجتمع سياسيا واقتصاديا ودينيا وقانونيا وأخلاقيا، ويكون للدستور الدور الحاسم في تكوين النظام العام»[2].

- وقد عرفه كذلك الدكتور زروتي الطيب بأنه: « دفع يهدف إلى استبعاد تطبيق القانون الموضوعي الأجنبي الواجب التطبيق بموجب قاعدة الإسناد الوطنية، إذا كان حكمه يخالف الأسس والمبادئ الجوهرية التي يتأسس عليها النظام القانوني في مجتمع دولة القاضي»[3].

- أما الدفع الذي نادى به غالبية الفقهاء، فهو أن الدفع بالنظام العام ما هو إلا « تلك الوسيلة التي يستبعد بها القانون الأجنبي الواجب التطبيق على العلاقة القانونية، وإحلال قانون القاضي محله بسبب اختلافه مع هذا الأخير اختلافا جوهريا، بحيث يتنافى مع المصالح الحيوية في الدولة[4].

---

[1] وعرف كذلك بأنه عبارة عن « مجموعة القوانين التي تهم حقوق المجتمع أو المصلحة العامة»، كما أنه عبارة عن« الكيان السياسي والاقتصادي والاجتماعي للدولة بما يقوم عليها هذا الكيان من معتقدات تتعلق بالأمن والحرية والديمقراطية ومعتقدات اجتماعية تتعلق بالمساواة أمام القانون أو احترام أفكار دينية أساسية معينة أو عقائد مذهبية اقتصادية كالاشتراكية أو الرأسمالية ... »، نقلا عن سامي بديع منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، دار العلوم العربية، الطبعة الأولى، لبنان، 1994، ص760؛ وانظر أيضا أحمد الفضلي، الموجز في القانون الدولي الخاص، دار قنديل للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان، 2004، ص151.

[2] عرموش ممدوح عبد الكريم، القانون الدولي الخاص، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن، 2004، ص196.

[3] زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، تنازع القوانين، مطبعة الفسيلة، الطبعة الثانية، الجزائر 2013، ص271.

[4] نادية فضيل، المرجع السابق، ص112.

وعليه تكون فكرة النظام العام بمثابة "صمام أمن يلازم الوسيلة الرئيسية لفض تنازع القوانين»[1]، بحيث يهدف هذا الدفع إلى حماية الأسس والمبادئ الجوهرية في المجتمع حيث يستطيع القاضي بفضله الامتناع عن تطبيق القانون الأجنبي، كلما كان مخالفا لنظامه القانوني الوطني، وبالتالي فالنظام العام له وظيفتين: الأولى أنه عبارة عن وسيلة دفاع في مواجهة القانون الأجنبي الغير مقبولة عالميا مثل القوانين التي تبيح الرق، أما الثانية فيعد وسيلة دفاع عن الأسس السياسية والاجتماعية والاقتصادية في دولة القاضي[2].

ولهذا نجد أن معظم مشرعو الدول قد حرصوا على النص على أعمال فكرة الدفع بالنظام العام كأداة لاستبعاد القانون المخالف له، مثلما فعل المشرع الجزائري الذي نص في الفقرة الأولى من المادة 24 من القانون المدني والتي جاء فيها: "لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام والآداب العامة في الجزائر ..."، بحيث نجد أن المشرع الجزائري قد أخذ بفكرة النظام العام من خلال هذا النص، لكنه لم يعط لها تعريفا محددا، وإنما ترك مهمة تحديدها للقاضي المطروح أمامه النزاع.

وبهذا يتجلى لنا أن فكرة النظام العام ليست قابلة لأي تعريف أو تحديد ثابت، لذا يستوجب تبيان أهم الخصائص المميزة لهذه الفكرة.

---

[1] عبد الكريم أحمد سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، مصر، 2008، ص588.

[2] علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثانية، الجزائر2003، ص 149.

الفرع الثالث: خصائص الدفع بالنظام العام

من خلال مختلف التعاريف المعطاة لفكرة الدفع بالنظام العام، ورغم عدم وجود تعريف جامع مانع لها، إلا أنه لا بد من تحديد مختلف الخصائص التي تبينها وتوضحها والتي نجد من بينها:

أولا: صعوبة تحديد نطاق الدفع بالنظام العام

إن الحالات التي يتم فيها اللجوء إلى إعمال الدفع بالنظام العام لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي، لا يمكن حصرها ولا تحديدها، وهذا نظرا لتعلق النظام العام بجميع المجالات الموجودة داخل الدولة، خاصة وأنه يتدخل بشكل كبير في مجال الأحوال الشخصية[1].

وبالرجوع إلى نص المادة 24 من القانون المدني الجزائري، نجد أن المشرع قد استعمل عبارة "النصوص السابقة"، والتي يقصد بها نصوص المواد من 09 إلى 23، والتي حاول المشرع الجزائري تحديد أغلب المجالات التي يتدخل فيها النظام العام تقريبا(التكييف الأحوال الشخصية، الأحوال العينية ...)، وكذلك بالرجوع إلى القضاء نجد أن أغلب القضايا التي طرحت أمامه والتي تم فيها الدفع بالنظام العام في إطار القانون الدولي الخاص تتعلق بالأحوال الشخصية (الزواج، الطلاق، الميراث، النسب ...) [2].

وما يؤكد عدم إمكانية تحديد الحالات التي يتدخل فيها النظام العام، الفشل الذي كان في الحل الذي جاء في نص المادة 02 من اتفاقية لاهاي لسنة 1902 لتنظيم تنازع القوانين في

---

[1] عليوش قربوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، تنازع القوانين، دار هومه للنشر والتوزيع، الطبعة الثالثة، الجزائر، 2011، ص176-177.

[2] نسرين شريفي وسعيد بوعلي، القانون الدولي الخاص الجزائري، دار بلقيس للنشر والتوزيع، الطبعة الثالثة عشر، الجزائر، 2013، ص105.

مادة الزواج، والتي كانت قد حددت مقدما الحالات التي يمكن اللجوء فيها إلى إعمال فكرة النظام العام فكان سببا في نقضها[1].

كذلك ما يؤكد على عدم إمكانية حصر حالات تدخل النظام العام، فشل كل محاولات الفقهاء في تحديدها، ويرجع هذا الأمر إلى عاملين: الأول هو عدم ثبات فكرة النظام العام في ذاتها، فالنظام العام هو انعكاس للرأي العام للأفكار السائدة في مجتمع دولة القاضي في زمن معين، وهذه الأفكار قابلة للتطور والتغير باستمرار، كما وأن النظام العام ليس مشتركا في جميع الدول وهذا ما يجعل محاولة وضع الفكرة في قالب واضح صعبة جدا، أما العامل الثاني فيرجع إلى أن إعمال فكرة النظام العام على نزاع معين يتوقف على العلاقة الموجودة بين القانون الأجنبي والنظام القانوني الوطني بصدد ذلك النزاع[2].

إن هذه الصعوبات الناتجة عن عدم إمكانية حصر وتحديد حالات تدخل النظام العام أدت إلى انقسام الفقه بشأن وضع معيار واضح ومحدد له، والذي يمكن بواسطته تحديد ما إذا كان القانون الأجنبي الواجب التطبيق يتعارض مع النظام العام في دولة القاضي أم لا، حيث ذهب جانب من الفقه إلى أنه يجب استبعاد القانون الأجنبي إذا كان يشتمل على قواعد قانونية غير معروفة في قانون القاضي، وذهب فريق آخر إلى القول أن استبعاد القانون الأجنبي يكون على فكرة النظام العام إذا كان ينطوي على مساس بمبادئ العدالة الدولية، أو بالمبادئ العامة المتعارف عليها، أو بمبادئ القانون الطبيعي[3].

وفي الأخير يذهب جانب من الفقه الحديث إلى وجود اتجاه واضح في أحكام القضاء يهدف إلى الوصول إلى نظام عام دولي بالمعنى الحقيقي، أي لا يمثل مصالح دولة معينة ولا يحمي أسسا يقوم عليها مجتمع معين، وإنما يهدف إلى حماية المصالح العليا للمجتمع الدولي

---

[1] أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص170.

[2] جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص188.

[3] جمال محمود الكردي، المرجع نفسه، ص191.

ويستجيب للأهداف السامية التي تسعى إليها الجماعة الدولية، ومثال ذلك ما قضت به المحاكم الفرنسية عند اعتبارها لعقد بيع الأسلحة المبرم بقصد إحداث انقلاب في دولة أجنبية معينة عقد باطل، لأنه يتنافى مع المبادئ الدولية التي تقضي باحترام سيادة الدولة الأجنبية كذلك باعتبار أن عمليات التهريب الموجهة ضد دولة أجنبية معينة تتعارض مع النظام القانوني للمجتمع الدولي، و بالتالي تعد مخالفة للنظام العام الدولي[1].

وبذلك يمكن القول أن تطبيقات النظام العام تتعدد بتعدد المنازعات الناشئة بين الأفراد بحيث لا يمكن أن نعرف مسبقا ما إذا كان تطبيق القانون الأجنبي على العلاقة القانونية في دولة القاضي يمس بالنظام العام أم لا، لهذا لا يمكننا حصر حالات تدخل النظام العام لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي، وهذا لأن فكرة النظام العام فكرة مرنة ومتطورة تختلف باختلاف المكان و الزمان، وبالتالي ترك أمر تحديد مجالات إعمال الدفع بالنظام العام بيد القاضي المرفوع أمامه النزاع والذي يتمتع بسلطة تقديرية واسعة في ذلك.

ثانيا: نسبية الدفع بالنظام العام

إن النظام العام عامل متغير وغير ثابت، ذلك لأن المجتمع يتطور مع مرور الزمن وحسب ظروف كل مجتمع، بحيث تختلف هذه الأخيرة من منطقة إلى أخرى، حتى و لو في داخل الدولة الواحدة، فإن مضمون النظام العام يتغير بسبب هذا الاختلاف (اختلاف العادات والتقاليد في كل دولة) [2]، فما يعد من النظام العام في وقت معين ومكان محدد لا يعد كذلك في مكان و وقت آخرين، فشرط الوفاء بالذهب أو على أساس قيمته في العقود الدولية لا يخالف النظام العام في فرنسا، بينما هو باطل في جميع المعاملات الوطنية والدولية في القانون

[1] جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص192.

[2] محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، عمان 2011 ص251.

المصري[1]، كذلك نص المادة 442 الفقرة 03 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي كانت تمنع الأشخاص الاعتبارية اللجوء إلى التحكيم من سنة 1966 إلى غاية 1993، حيث نصت المادة الأولى من المرسوم التشريعي 93-09 في الفقرة الثالثة على أنه: "... ولا يجوز للأشخاص المعنويين التابعين للقانون العام أن يطلبوا التحكيم ماعدا في علاقاتهم التجارية الدولية"، كذلك مسألة التبني حيث تنص المادة 46 من قانون الأسرة الجزائري على منعه شرعا وقانونا على عكس القانون التونسي الذي يبيحه[2].

وعليه فإن فكرة النظام العام وفقا لخاصية النسبية قد تضيق و تتسع، و هذا راجع لكونها فكرة مرنة وغير ثابتة سواء كان ذلك من حيث الزمان أو المكان و هذه هي نسبية النظام العام.

ثالثا: آنية النظام العام

رأينا أن نسبية النظام العام ينجر عنها اختلافه من حيث الزمان، فما هو متعلق به في زمن معين قد لا يكون كذلك في زمن آخر، أي من حيث الوقت الذي يعبر فيه القاضي بمدى تعارض القانون الأجنبي الواجب التطبيق مع النظام العام السائد في دولته، فقد يكون هذا القانون مخالفا للنظام العام وقت نشوء العلاقة القانونية وعند رفع الدعوى أو عند الفصل فيها، بحيث أصبح هذا القانون من النظام العام، وعليه أصبح أمام القاضي حالتين أي وقتين، فبأي الوقتين يأخذ به هذا الأخير؟

استقر الفقه على الأخذ بمبدأ حالية النظام العام، أي أن العبرة بلحظة الفصل في الدعوى وليس وقت نشوء العلاقة القانونية[3].

---

[1] أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص596.

[2] عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص177.

[3] أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص598.

فإذا كان القانون الأجنبي يتعارض مع اعتبارات النظام العام وقت تكون الحق أو المركز القانوني الناشئ عن العلاقة المعروضة و حتى إلى ما قبل المنازعة فيها، ثم زال ذلك التعارض على إثر تحول أو تعديل القانون الأجنبي الواجب التطبيق، وكذا قبل الفصل في النزاع، فلا يستبعد ذلك القانون، والعكس صحيح.

كما نجد أن القضاء الفرنسي قد أخذ بهذا الحل، فقد قضت محكمة استئناف باريس في قرارها الصادر بتاريخ 02 جانفي 1936، بأن التبني الذي تم في روسيا بدون التقيد بحدود السن المطلوبة من طرف النظام العام الفرنسي السائد آنذاك يرتب آثارا في فرنسا بعد تعديل هذه السن، وتغير مفهوم النظام العام تبعا له، وأنه من تاريخ هذا التعديل ننظر ما إذا كان التبني يمكن أن يرتب آثارا في فرنسا، بحيث عبرت عن هذا الحل بعبارة شهيرة "تعريف النظام العام الوطني يتوقف إلى حد كبير على الرأي السائد في كل وقت في فرنسا"[1].

المطلب الثاني: تمييز الدفع بالنظام العام عن بعض النظم المشابهة له

رأينا أن الدفع بالنظام العام ما هو إلا وسيلة يتم اللجوء إليها لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي الواجب التطبيق والمشار إليه من خلال قاعدة الإسناد الوطنية، وهذا لمخالفته للمبادئ والأسس التي يقوم عليها مجتمع دولة القاضي، لذلك قد تتشابه فكرة النظام العام مع غيرها من النظم المماثلة لها، لهذا لا بد من التطرق إلى تمييز فكرة الدفع بالنظام العام عن ما يشابهها من النظم الأخرى، والتي نجد من بينها قواعد الإسناد، القوانين ذات التطبيق المباشر والدفع بالنظام العام الدولي وهذا ما سنفصل فيه من خلال تقسيم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع على التوالي.

[1] أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص172.

الفرع الأول: الدفع بالنظام العام وقواعد الإسناد

إن إعمال الدفع بالنظام العام يفترض تطبيق قاعدة الإسناد الوطنية أولا، بحيث أن هذه القاعدة هي التي يستعين بها القاضي لكي يستطيع التوصل إلى القانون الواجب التطبيق على النزاع المطروح أمامه، أي أن قاعدة الإسناد هي التي ترشد القاضي لهذا القانون، وبالتالي يتم تحديد ما إذا كان هذا الأخير مخالفا للنظام العام في دولة القاضي أم لا[1]، كما وأن دور النظام العام وهدفه الأساسي في مجال القانون الدولي الخاص هو استبعاد تطبيق القانون الأجنبي الواجب التطبيق المخالف له، لكن ظهر خلاف بين الفقهاء حول ما إذا كان النظام العام هو نظام محل التنازع، أم هو قيد على إعمال نتائج قاعدة الإسناد.

لذا فقد عمد البعض منهم إلى اعتباره قاعدة إسناد وطنية إقليمية مرنة، بحيث قد تكون هذه القاعدة قاعدة احتياطية تسعى لإيجاد أساس استثنائي لتقييد مجال تطبيق القانون الأجنبي الممتد، وإما أن تستعمل قاعدة الإسناد لجعل الاختصاص ينعقد أصلا للقانون الإقليمي، مما يعني تطبيق قانون القاضي، وهذا كله من أجل حماية المجتمع مثل قوانين الأمن، قوانين نظام الأموال.....(هذا ما نادى به الفقيهان "سافيني" و "بيبيه") [2].

وفي فرنسا كان يوجد اتجاه آخر يتزعمه الفقيه "لويس لوكا" الذي كان يعتبر أن قاعدة الإسناد مستوحاة من النظام العام، وعليه إذا كانت قواعد التنازع تمنح الاختصاص لقانون القاضي، فإن دور النظام العام في هذه الحالة يكون دورا عاديا، أما إذا تحول الاختصاص الغير العادي لقانون القاضي إلى اختصاص عادي بعد استبعاد القانون الأجنبي المختص أصلا، فهنا يكون دور النظام العام دورا غير عادي[3].

---

[1] أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص600.

[2] زروتي الطيب، المرجع السابق، ص271-272.

[3] زروتي الطيب، المرجع نفسه، ص 272.

وبالتالي نستخلص أن فكرة النظام العام تختلف اختلافا واضحا عن قاعدة الإسناد وذلك لوجود عدة أسباب منها:

- وجود خلط كبير بين قاعدة الإسناد الوطنية ووظيفة الدفع بالنظام لأنه توجد أسس أخرى أكثر انضباطا ودقة لتوزيع الاختصاص التشريعي بصفة موضوعية، فمثلا في مجال المنازعات المتعلقة بالعقار فالاختصاص القضائي المتعلق بها يرجع إلى قانون موقع هذا العقار، أما الاختصاص التشريعي فإنه يرجع كذلك لقانون موقع العقار، و عليه فالقانون المطبق في كلتا الحالتين هو قانون الموقع و بالتالي قانون القاضي، مما يعني عدم تأسيس النظام العام على مبدأ إقليمية القوانين[1].

- وجود اختلاف بين قاعدة الإسناد و فكرة النظام العام، و ذلك من حيث وقت الأخذ بهما فقاعدة الإسناد الواجبة التطبيق هي القاعدة التي تطبق عند نشوء الحق أو المركز القانوني بينما يتحدد الدفع بالنظام العام بوقت رفع النزاع أمام القضاء، أي وقت النظر في الدعوى بل من المحتمل أن يتغير محتوى النظام العام بين وقت رفع الدعوى ووقت النطق بالحكم، لذلك على القاضي في هذه الحالة أن يحكم حسب هذا التغير المفاجئ[2].

وعليه فالقاضي يلجأ لحل النزاع المطروح أمامه إلى تطبيق قاعدة الإسناد في قانونه وهذا في حالة وجود علاقة قانونية ذات عنصر أجنبي، بحيث يجب أن تتوفر في وقائع هذه العلاقة ومستمداتها الصفة الدولية، و إلا طبق القاضي في هذه الحالة قواعد قانونه الداخلي مباشرة[3].

و بالرجوع إلى نص المادة 24 من القانون المدني الجزائري، نجد أن القاضي ملزم بتطبيق قاعدة الإسناد الوطنية على العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي، مما يعني أن هذه الأخيرة

---

[1] زروتي الطيب، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، دار هومة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الجزائر 2013، ص297.

[2] علي علي سليمان، المرجع السابق، ص153.

[3] زروتي الطيب، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ص297-298.

هي التي تبين القانون الواجب التطبيق، و بعدها يتم تحديد ما إذا كان القانون الأجنبي المشار إليه بواسطة قاعدة الإسناد مخالفا للنظام العام أم لا، وهذا يدل على أن الدفع بالنظام العام يعد قيدا على تطبيق القانون الأجنبي، أين يتم تحريكه بناء على تطبيق قواعد الإسناد.

الفرع الثاني: الدفع بالنظام العام و القوانين ذات التطبيق المباشر

تعد القوانين ذات التطبيق المباشر تلك القواعد التي تتعلق بالكيان الاجتماعي والاقتصادي للدولة، و سواء تعلق الأمر بالقانون العام أو بالقانون الخاص[1]، أي أنها عبارة عن قواعد تشريعية آمرة تطبق على جميع الأشخاص سواء كانوا وطنيين أم أجانب، و هذا ناجم عن تدخل الدولة في جميع المجالات الموجودة فيها (القطاعات الناشطة داخل الدولة **مثل**: القطاع الاقتصادي و القطاع التجاري) و توجيهها للحياة الاقتصادية، معتمدة في ذلك على القواعد أو القوانين ذات التطبيق المباشر أو قوانين البوليس و الأمن.

وبالتالي تعد هذه الأخيرة من ضمن القواعد التي تطبق مباشرة على النزاع، لأنها تنتمي للقانون الداخلي للقاضي، وهذا ما يجعل لهذه القواعد طبيعة خاصة تقتضي تطبيقها مباشرة على كل من يقيم فوق إقليم دولة القاضي، ويتم الإشارة إليها عن طريق تطبيق قواعد الإسناد عكس الدفع بالنظام العام الذي لا يتم إعماله إلا إذا تم اللجوء إلى تطبيق قاعدة الإسناد وتعيينها للقانون الواجب التطبيق[2].

و مثال ذلك القرار الصادر عن المحكمة العليا في قضية العقد المبرم بين شركة سوناطراك والشخص الأجنبي، والقانون المتعلق بعلاقات العمل الفردية الصادر في27-02-1982، والذي قضى بأنه "من المقرر قانونا أن تخضع للنصوص التشريعية الجاري بهذا

[1] نادية فضيل، المرجع السابق، ص118.

[2] حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، المبادئ العامة في تنازع القوانين، الكتاب الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، لبنان، 2003، ص263.

العمل، كل علاقة عمل تقع بالجزائر تربط بين عامل أجنبي و مؤسسة مستخدمة جزائرية، و لاسيما ما يتعلق منها بشروط التشغيل.

و يعد باطلا و بدون أثر كل بند وارد في عقد العمل يخالف الحقوق التي خولها التشريع والتنظيم الساري بها العمل..."[1]، و عليه من خلال هذا القرار نلاحظ أن المحكمة العليا قد قضت بأن أحكام القانون المتعلق بعلاقات العمل الفردية تطبق مباشرة حتى و لو اشتملت العلاقة القانونية على العنصر الأجنبي، لأنها قواعد ذات تطبيق مباشر.

من هنا يمكن أن نستنتج بأن الدفع بالنظام العام يختلف عن القوانين ذات التطبيق المباشر، وذلك من خلال عدة نقاط منها:

- القوانين ذات التطبيق المباشر تتصف بالكفاية الذاتية، كما وأنها تطبق على العلاقات التي تحوي العنصر الأجنبي (دولية) والعلاقات الداخلية على حد سواء، بينما الدفع بالنظام العام يشكل دفع قانوني في مواجهة القوانين التي تحوي العنصر الأجنبي، والتي تكون مخالفة للنظام العام في دولة القاضي.

- القوانين ذات التطبيق المباشر تتدخل بصفة مستقلة كلما تبين للقاضي أن المركز القانوني للفرد يتصف بقدر من الأهمية الوطنية، في حين تدخل النظام العام يفترض الاعتداد بمنهج التنازع (أي إهمال قاعدة الإسناد الوطنية)، ثم إعطاء وتثبيت الاختصاص للقانون الأجنبي وبعدها استبعاد هذا الأخير بمخالفته للنظام العام.

- إن قوانين الأمن والبوليس تقتضي التطبيق المباشر للقانون الوطني، ولا يرد عليها مبدأ التحقيق الذي نجده في الدفع بالنظام العام [2].

-

[1] عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص166.

[2] زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، ص274.

الفرع الثالث: الدفع بالنظام العام والنظام العام الدولي

إن النظام العام يحمل مدلولا واحدا، سواء كان ذلك على المستوى الداخلي أو على المستوى الدولي، لكنه يرمي إلى الوطنية فقط، بحيث لا يوجد نظام عام دولي ونظام عام داخلي، لأن النظام العام يستمد من معايير وأسس وطنية واحدة تعكس وجود القيم والمبادئ التي ينشأ عليها أفراد المجتمع، كما وأن الهدف من وراء الدفع بالنظام العام هو صيانة المصالح الجوهرية والأساسية في ذلك المجتمع[1].

لكن يظهر الاختلاف بين الدفع بالنظام العام الداخلي والنظام العام الدولي من حيث وظيفتهما، فالنظام العام الداخلي يستخدم للحيلولة دون مخالفة القواعد الآمرة، أي أن النظام العام الداخلي وجد لمنع الأفراد من التجرؤ على مخالفته، بينما تستخدم فكرة النظام العام الدولي لمنع تطبيق القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قواعد الإسناد الوطنية، كما يترتب على الأخذ بفكرة النظام العام الداخلي بطلان التصرف الذي يتعارض معه، وفي ذلك ردع للأفراد الذين خالفوا النظام العام الوطني، في حين أن الأخذ بالنظام العام الدولي يؤدي إلى تغيير القانون الذي يحكم التصرف، كما وأن النظام العام الداخلي يقوم على أساس وجود علاقة قانونية وطنية بجميع عناصرها، في حين أن الدفع بالنظام العام الدولي فيكون بخصوص علاقة قانونية تحوي العنصر الأجنبي[2].

المطلب الثالث: شروط الدفع بالنظام العام

إن الدفع بالنظام العام هو دفع موجه لاستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق على النزاع، لأنه جاء مخالفا في دولة القاضي، ولكي يستطيع هذا الأخير استبعاده باسم النظام

[1] عرموش ممدوح عبد الكريم، المرجع السابق، ص198.

[2] حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان، 2005، ص188.

العام، لابد من توفر مجموعة من الشروط التي يقوم عليها وهذا ما سنتناوله من خلال الفروع التالية:

الفرع الأول: أن يكون القانون الأجنبي مختصا بموجب قاعدة الإسناد

يعتبر الدفع بالنظام العام أداة مهمة في يد القاضي تخوله استبعاد القانون الأجنبي المخالف للمبادئ والأسس التي يقوم عليها قانونه، ولكن في حالة ما إذا كان القانون الأجنبي الواجب التطبيق والذي أشارت إليه قاعدة الإسناد غير مختص، فلا مجال للتمسك بالدفع بالنظام العام، كذلك لا يمكن إعمال هذا الأخير إذا كان القانون الأجنبي المشار إليه هو قانون القاضي في حد ذاته[1]، ولا يثار كذلك إذا كان الاستبعاد مبنيا على سبب آخر غير مخالفته للنظام العام، مثل القانون الذي يسند إليه الحكم عن طريق الإحالة[2].

وعليه يفترض لإعمال الدفع بالنظام العام أولوية تطبيق قاعدة الإسناد الوطنية، وتحديد القانون الأجنبي بموجبها، مما يعني أن النظام العام مستقل تماما عن قاعدة الإسناد ولا يعطلها، لأنها تؤدي مهمتها ودورها في تحديد القانون الأجنبي الواجب التطبيق على النزاع وبالتالي لا يتدخل النظام العام في هذا الأمر وإنما يظهر دوره في استبعاد القانون الأجنبي بعد تحديده من قبل تطبيق قاعدة الإسناد على مخالفته للنظام العام في دولة القاضي[3].

كما يجب أن يكون نطاق تحريك الدفع بالنظام العام قاصرا على الحالات الضرورية لتدخله فقط، وهذا في حالة ما إذا استنفذت كل الوسائل القانونية لاستبعاد القانون الأجنبي المختص حسب قواعد التنازع في قانون القاضي، وإلا استبعد لعدم الاختصاص، مثلا في حالة اختيار قانون أجنبي طبقا للمادة 18 من القانون المدني الجزائري، وتبين أن ذلك القانون لا

---

[1] محمد مبروك اللافي، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، منشورات الجامعة المفتوحة، بدون طبعة مصر، 1994، ص81; زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، ص278.

[2] علي علي سليمان، المرجع السابق، ص152.

[3] أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص600.

تربطه أي صلة بالمتعاقدين أو العقد أو أن الاختصاص قد رجع إليه بسبب مناورة احتيالية، فلا داعي لإعمال الدفع بالنظام العام، وإنما يستبعد ذلك القانون بحيث يتولى القاضي استخلاص القانون الواجب التطبيق على العقد[1].

الفرع الثاني: يجب توفر مقتضى من مقتضيات النظام العام

يقضي هذا الشرط أنه يجب أن يكون القانون الأجنبي مختلفا في حكمه الموضوعي مع نظيره في القانون الداخلي (القانون الوطني)، سواء كان اختلافا كليا أو جزئيا، كما وأن صفتي الآنية والحالية اللتان يتصف بهما النظام العام تجعلانه يختلف في المكان ويتغير في الزمان، فتعدد الزوجات مثلا مخالف للنظام العام في الدول المسيحية، بينما هو مباح في الدول الإسلامية....وهذا الاختلاف والتباين يرجع إلى تنوع مقتضيات النظام العام من مجتمع لآخر[2].

كما يعبر عن هذا الشرط بعدم التكافؤ القانوني، فقد كانت هناك الكثير من المحاولات جاءت لتحديد مقتضيات النظام العام، وذلك عن طريق تقسيم القوانين إلى قوانين متعلقة بالنظام العام، وقوانين غير متعلقة بالنظام العام، وهذا كله خوفا من تحيز القاضي لآرائه الشخصية مستغلا بذلك سلطته التقديرية، إلا أن هذه المحاولات كلها كان مصيرها الفشل لعدم ثبات مقتضيات النظام العام[3].

من المستقر عليه فقها أنه يعتبر من مقتضيات النظام العام كل ما يتعلق بالأسس الجوهرية التي يقوم عليها كيان المجتمع في وقت معين، ويختلف مفهوم النظام العام حتى في النظام القانوني الواحد من زمان لآخر، فتدخل النظام العام في هذه الحالة يهدف إلى حماية

---

[1] زروتي الطيب، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ص299.

[2] زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، ص279.

[3] عمر بلمامي، الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص، مذكرة ماجستير في العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر 1986، ص137.

الشعور العام للدولة، وتكمن صعوبته في تحديد الحالات التي يتحقق فيها تعارض القانون الأجنبي الواجب التطبيق معه، وبالتالي تبقى دائما سلطة تقديره للقاضي الوطني[1].

ولكن الفقه بعدها اقترح عدة معايير تساعد القاضي في تحديد بعض مقتضيات النظام العام والتي نجد من بينها:

- وجوب عدم المماس بمبادئ العدالة وقواعد القانون الطبيعي.

- وجوب عدم التعارض مع السياسة التشريعية للدولة أو مصالح الدولة العليا، كما يعد معيار عدم الاشتراك القانوني بين القانون الأجنبي والقانون الوطني من أهم المعايير التي قيل بها وهذا يتحقق لعدم الملائمة، أي أن حكم القانون الأجنبي يتنافر مع حكم القانون الوطني على اعتبارات الملائمة المستمدة من شعور الجماعة أو من سياسة التشريع، كما قد يتحقق عدم الاشتراك القانوني أيضا لاستحالة تطبيق القانون الأجنبي من الناحية الفنية، لأن القانون الأجنبي المختص يتضمن نظاما قانونيا مجهولا في قانون القاضي[2].

الفرع الثالث: أن تكون مخالفة النظام العام حالية

معنى هذا الشرط أن تكون مخالفة النظام العام في الوقت الذي ترفع فيه الدعوى، ولو كان نشوء الحق قد تم دون أن يكون مخالفا للنظام العام، أي أن العبرة بما هو مقرر في قانون القاضي وقت صدور الحكم، لا وقت نشوء العلاقة موضوع النزاع[3].

وهكذا تختلف فكرة النظام العام عن فكرة الإسناد الوطنية التي ترشد إلى القانون الأجنبي الواجب التطبيق، فالحكم يستند إلى القانون الأجنبي المختص وقت وقوع الحادث أو عند نشوء الحق، أما فكرة النظام العام فينظر إليها وقت رفع الدعوى، ولذلك فقد تتغير قاعدة الإسناد بعد

---

[1] ضويفي عادل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة الرابعة عشر، 2005-2006، ص29.

[2] محمد مبروك اللافي، المرجع السابق، ص81-82.

[3] عمر بلمامي، المرجع السابق، ص141.

وقوع الحادث أو قبل رفع الدعوى، لكن فكرة النظام العام لا ينظر إليها إلا عند رفع الدعوى، لذلك يجب على القاضي أن ينظر إلى فكرة النظام العام عند فصله في النزاع المطروح أمامه[1].

فمثلا قبل سنة 1912 كان القانون الفرنسي يمنع رفع دعوى إثبات نسب ولد غير شرعي، لأنها تعتبر مخالفة للنظام العام، وبعدها صدر قانون يسمح بمثل تلك الدعاوى وعلى إثرها تقدم الكثير من هذه الفئة (الأبناء الغير شرعيين)إلى القضاء مطالبين بإثبات نسبهم وعلى الرغم أنهم من مواليد 1912، وقبل عام 1923 كان القانون الفرنسي يشترط لصحة التبني أن يبلغ الزوجان سنا معينة، ولما صدر قانون آخر في نفس السنة يبيح التبني لكن فقط بالنسبة لمن لم يتوافر فيهما الشرط المذكور، فطعن في صحة هذا القانون أمام القضاء، على أساس أنه مخالف للنظام العام في وقت التبني، لكن القضاء الفرنسي رفض تلك الدعوى تأسيسا على أن التبني أصبح غير مخالف للنظام العام وقت رفع الدعوى[2].

وعليه فالعبرة من تقدير مدى تعلق الأمر بالنظام العام من عدمه، هي بوقت النظر في الدعوى، وليس بالوقت الذي نشأ فيه الحق أو المركز القانوني محل النزاع، فيستبعد القاضي الوطني القانون الأجنبي لمخالفته للنظام العام إذا كان مخالفا في وقت النظر في الدعوى وهذا إذا تبين له أن تطبيقه يؤدي إلى إلحاق الضرر بالمصالح الحيوية لمجتمعه[3]، لذا ترك تقدير للقاضي الوطني وسلطته الواسعة في فحص كل حالة على حدى، ولا يعني ذلك أن تقديره هذا يكون مبنيا على رأيه الخاص أو معتقداته الشخصية، بل يجب عليه أن يستخلص ذلك من المبادئ الجوهرية والقيم الاجتماعية السائدة في مجتمعه[4]، بمعنى آخر أنه يجب أن يكون

---

[1] علي علي سليمان، المرجع السابق، ص141.

[2] حكم محكمة استئناف باريس الصادر في 02 يناير عام 1936، دالوز، 1936، رقم 495، أشار إليه زروتي الطيب القانون الدولي الخاص الجزائري، ص280.

[3] مسعود بورغدة نريمان، حل تنازع القوانين لصالح قانون القاضي، مذكرة ماجستير في الحقوق فرع العقود والمسؤولية جامعة الجزائر، 2010-2011، ص145.

[4] جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص193.

تقديره موضوعيا يستوحى من شعور الجماعة[1]، وبالتالي فالقاضي مقيد بإعمال مجموعة من المعايير العامة والموضوعية والتي نجد من بينها:

- أن يكون استبعاده للقانون الأجنبي مبنيا على تعارضه مع النظام العام في دولته حصرا بهدف حمايته لنظامه القانوني الوطني.

- يتوجب على القاضي الأخذ بمقتضيات النظام العام القائمة أثناء النظر في الدعوى، وهذا ما يسمى بمبدأ الأثر الحال للنظام العام[2].

- يجب على القاضي أن يبحث في كل حالة عن مضمون القانون الأجنبي، وأن يتحقق من مدى معارضته للنظام العام فيما يتعلق بالمسألة المطروحة أمامه[3].

وفي الأخير فإنه يترتب على شرط حالية النظام العام نتيجتين هما:

- أن الحق الذي نشأ طبقا للقانون الأجنبي وجاء مخالفا للنظام العام في قانون القاضي عند نشوئه، ثم بعدها تغير قانون القاضي وأصبح ذلك الحق غير مخالف للنظام العام عند النظر في النزاع، فلا يعتد القاضي بالمخالفة السابقة للنظام العام عند نشوء الحق.

- أن الروابط القانونية القائمة في ظل تغير مفهوم النظام العام تخضع للقانون الجديد، فلو تم افتراض أن هناك قانونا جديدا صدر في دولة القاضي يبيح الطلاق مثلا، بينما كان القانون السابق يمنعه، فيسري حكم القانون الجديد على كل الروابط القانونية القائمة عند تطبيقه ولو كانت قد نشأت قبل صدوره[4].

---

[1] نادية فضيل، المرجع السابق، ص120.

[2] محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص252.

[3] حسين عبد السلام جابر، الموجز في القانون الدولي الخاص، مصر، 1985، ص126.

[4] زروتي الطيب، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ص ص302-303.

المبحث الثاني: آثار الدفع بالنظام العام

يتدخل النظام العام في مواجهة القانون الأجنبي الواجب تطبيقه في المرحلة القضائية كواحد من الدفوع التي يمكن إثارتها خلال تلك الدعوى، وهذا بقصد استبعاد تطبيق أحكامه بحيث لا بد من أن يكون هذا الدفع قد استوفى جميع شروطه التي يقوم عليها خاصة الشرط الذي يقضي بأن يكون القانون الأجنبي الواجب التطبيق المخالف للنظام العام في دولة القاضي.

وعليه فإنه يترتب على إعمال هذا الدفع مجموعة من الآثار، تتمثل في أنه يتدخل بصفة رئيسية لاستبعاد القانون الأجنبي المختص لحكم العلاقة القانونية كليا أو جزئيا، مع إبقاء الاختصاص لهذا القانون في المسائل الأخرى، أو أنه يحل محل القانون المخالف لنظامه العام، وهذا ما سنتطرق إليه من خلال المطلب الأول تحت عنوان الآثار العادية للدفع بالنظام العام.

كما أن هذا الدفع يمكن أن يتدخل بمناسبة تطبيق حق تم اكتسابه في الخارج وهذا ما يسمى بالأثر المخفف للنظام العام، بحيث يتعلق الأمر هنا بمعرفة شدة تدخل النظام العام كما يثير أيضا الدفع بالنظام العام موضوع حق تم اكتسابه في الخارج بصورة مخالفة لنظام عام أجنبي وهذا ما يطلق عليه بالأثر الانعكاسي وهذا ما ندرسه من خلال المطلب الثاني بعنوان الآثار الاستثنائية للدفع بالنظام العام.

المطلب الأول: الآثار العادية للدفع بالنظام العام

إن الدفع بالنظام العام دفع موجه إلى القانون الأجنبي المختص، وهذا بقصد منع تطبيق الأحكام الموضوعية للقانون الأجنبي، الذي يختلف ومفاهيم النظام العام للبلد المراد تطبيقه فيه، بحيث يترتب في هذه الحالة أثران هما: أثر سلبي يتمثل في وجوب استبعاد القانون الأجنبي (الفرع الأول) وأثر إيجابي يتمثل في ثبوت الاختصاص لقانون القاضي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الأثر السلبي للنظام العام

إن القاضي الوطني يسعى دائما إلى حماية الأسس والمبادئ التي يقوم عليها مجتمعه لهذا يعتمد على فكرة النظام العام كدفع لاستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق على النزاع، وهذا لمخالفته له ، وعليه فالاستبعاد الذي يقوم به القاضي قد يكون استبعادا كليا -أولا- كما قد يكون استبعادا جزئيا -ثانيا- وهذا ما سيتم التفصيل فيه على النحو الآتي:

أولا: الاستبعاد الكلي

إن الاستبعاد الكلي يكون في حالة ما إذا كانت نصوص القانون الأجنبي في العلاقة موضوع النزاع لا تقبل التجزئة، أي أنه قد يحدث أن يكون نص القانون الأجنبي مرتبطا ارتباطا وثيقا بمجموع النصوص الأخرى، بحيث يتعذر على القاضي الاكتفاء باستبعاد الجزء المخالف للنظام العام، وبالتالي يلجأ القاضي إلى استبعاد القانون الأجنبي استبعادا كليا، أي أنه يتخلى عن هذا القانون بكافة أحكامه وقوانينه[1]، كما لو كان القانون الأجنبي الواجب التطبيق يبيح الزواج بين رجل مسيحي وامرأة مسلمة، في حين يعد ذلك مخالفا للنظام العام في دولة القاضي المطروح أمامه النزاع، فالقاضي في هذه الحالة يقوم باستبعاد القانون الأجنبي كليا، سواء كان ذلك من حيث عقد الزواج وشروط إبرامه، أو من حيث الآثار المترتبة عن هذا الزواج.

وعليه يرى جانب من الفقه أنه يجب أن يكون الاستبعاد كليا لأحكام القانون الأجنبي وذلك عند تعارض أي حكم من أحكامه مع النظام العام في قانون القاضي، هذا لأن الاستبعاد الجزئي له (استبعاد الجزء المخالف فقط)، وتطبيق الجزء الآخر الغير مخالف للنظام العام سوف يؤدي حسب رأي هذا الفريق، إلى تطبيق القانون الأجنبي بشكل يخالف إرادة المشرع الذي وضعه[2]، كما يؤدي كذلك إلى مخالفة قاعدة الإسناد الوطنية التي تهدف إلى تطبيق

[1] عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، أحكام التنازع الدولي للقوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، لبنان، 2012، ص143.

[2] يوسف سعيد البستاني، القانون الدولي الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، لبنان، 2004، ص204.

القانون الأجنبي بشكل كامل ولا يقصد به تطبيق بعض أحكامه دون البعض الآخر[1]، وهذا بسبب عدم إمكانية المساس بوحدة القانون الأجنبي، وانتقد هذا الرأي على أساس أنه يؤدي إلى إهدار قاعدة الإسناد الوطنية، وبالتالي كان القصد من إعمال الدفع بالنظام العام هو منع النتيجة المنافية للنظام العام فقط[2].

والمثال على ذلك أنه إذا كان قانون الجنسية المشترك لأجنبيين يقيمان في فرنسا يمنع زواجهما لاختلافهما في الدين، فهذا المنع لا يحول دون إبرام عقد الزواج وفقا للقانون الفرنسي نظرا لتعارض أحكام القانون الأجنبي (قانون الجنسية المشتركة) مع النظام العام الفرنسي، وبعدها طرح النزاع أمام القضاء الفرنسي الذي يتعلق بآثار هذا الزواج، وبالتالي فعلى القاضي في هذه الحالة أن يستبعد تطبيق القانون الأجنبي الذي يحكم آثار الزواج (قانون الجنسية) استبعادا كليا لأنه من غير المعقول أن يطبق القاضي هذا القانون على آثار الزواج يعد باطلا وفقا لأحكامه، وذلك حتى لو لم يتعارض القانون الأجنبي –بالنسبة لآثار الزواج- مع مقتضيات النظام العام الفرنسي[3].

ثانيا: الاستبعاد الجزئي

يؤكد الفقه الغالب أن الأثر السلبي للنظام العام لا يؤدي إلى استبعاد أحكام القانون الأجنبي الواجب التطبيق بصورة كاملة، وإنما ينحصر فقط في الجزء المخالف والمتعارض مع مقتضيات النظام العام في دولة القاضي، فمثلا لو تعلق النزاع المطروح أمام القضاء الجزائري بعقد يتضمن شرط الدفع بالذهب، فإنه يتعين استبعاد هذا الشرط وحده لمخالفته للنظام العام،

[1] محمد مبروك اللافي، المرجع السابق، ص83.

[2] يوسف سعيد البستاني، المرجع السابق، ص204.

[3] حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص ص272-273.

وتبقى الشروط الأخرى خاضعة للقانون الأجنبي ما دامت لا تتعارض مع النظام العام في الجزائر[1].

وعليه فإن القاضي الوطني يقتصر على تطبيق أحكام القانون الأجنبي التي لا تتعارض مع نظامه العام الداخلي، وذلك من أجل تحقيق الهدف الذي يسعى القاضي إلى تحقيقه من وراء إعمال هذا الدفع، والذي يتمثل في الاحتفاظ للقانون الأجنبي ولقاعدة الإسناد التي قررت تطبيقه بأكبر قسط من الفعالية[2]، كذلك لاتفاقه مع غاية وطبيعة الدفع بالنظام العام وهي درء الخطر الذي يهدد الأسس والمبادئ العليا في المجتمع الوطني، وذلك عن طريق استعمال وسيلة استثنائية ليست في ذاتها معادية للقانون الأجنبي، فإذا تحققت الغاية عن طريق تلك الوسيلة وبمجرد استبعاد القاعدة المخالفة للنظام العام، يكون القاضي قد اكتفى باستبعاد الجزء المخالف فقط[3].

وقد حكم القضاء الجزائري بهذا المعنى حين نقض المجلس الأعلى جزئيا قرار صادر عن مجلس قضاء تيزي وزو في 19 أبريل 1982، كان قد وافق على حكم الدرجة الأولى الذي قضى بمنح الصيغة التنفيذية لحكم قضائي فرنسي، واجب التنفيذ في الجزائر بحيث حكم بالتعويضات على المدعى عليها وبدون تمييز بين التعويض المستحق من أصل الحق المطالب به طبقا لاتفاق الطرفين، مع إضافة مبلغ الفائدة المتفق عليه والمقدر ب12 % والتي كان القانون الفرنسي المختص يجيزها، أما في القانون الجزائري كانت ممنوعة عملا بنص المادة 453 من القانون المدني، والتي تمنع حصول الفوائد بين الأشخاص الطبيعيين لذلك عمد المجلس الأعلى إلى نقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يخص مبلغ الفائدة وحده، تأسيسا

---

[1] نادية فضيل، المرجع السابق، ص123.

[2] جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص204.

[3] أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص607.

على أن الحكم الأخير المراد تنفيذه في الجزائر بهذا الشكل مخالف للنظام العام، وفيما عدا ذلك وافق المجلس على القرار المطعون فيه[1].

كما أن لهذا الرأي تطبيقات عديدة في القضاء الفرنسي، فقد قضت محكمة النقض الفرنسية باستبعادها الجزء المخالف للنظام العام، وذلك عندما أشارت قاعدة التنازع الفرنسية إلى القانون الألماني الواجب التطبيق، وأبقت على الأجزاء الغير مخالفة للنظام العام في قرار "fayeulle" الصادر بتاريخ 08 نوفمبر 1943، حيث استبعدت طرق إثبات النسب الطبيعي في القانون الألماني المختص، وأبقت على آثار النسب لكونها غير مخالفة للنظام العام الفرنسي، كذلك القرار الصادر عن نفس المحكمة بتاريخ 07 نوفمبر 1964، الذي جاء فيه:" إن ما تنص عليه أحكام الشريعة الإسلامية في الميراث لا يمس النظام العام في فرنسا إلا في منعها التوارث بين المسلم وغير المسلم، ومن ثم تعيين استبعاد أحكام الشريعة الإسلامية في هذه النقطة وحسب، ومن دون أن يحل القانون الفرنسي محل القانون الأجنبي الإسلامي في بيان مراتب الورثة وأنصبتهم"، ولقد أيد هذا الاستبعاد لوجود عدة اعتبارات منها:

- يجب استخدام الأثر الاستبعادي للنظام العام بأثر شديد، وبصورة استثنائية، فلا ينبغي اللجوء إليه إلا بالقدر الذي يمس القواعد الأساسية في قانون القاضي.

- الدفع بالنظام العام لا يهدف إلى إصدار حكم تقييمي على القانون الأجنبي بذاته، بل يهدف إلى عدم حدوث النتيجة المخالفة للنظام العام الناشئة عن تطبيق بعض أحكامه.

- تحقيق قاعدة التنازع لوظيفتها من خلال الاستبعاد الجزئي والإبقاء على الاختصاص لصالح القانون الأجنبي في أجزائه الأخرى[2].

---

[1] زروتي الطيب، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ص305.

[2] عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى لبنان، 2008، ص216.

وعليه يجب استثناء الحالة التي يترتب عليها استبعاد الجزء المخالف للنظام العام من القانون الأجنبي أن يفقد القانون سبب وجوده أصلا، فإذا تبين أن بقية أجزاء القانون الأجنبي غير المخالفة مرتبطة بالجزء المخالف للنظام العام ارتباطا وثيقا (مثل ارتباط السبب بالنتيجة)، أو أن الجزء المخالف يمثل السبب الرئيسي لوجود ذلك القانون الأجنبي، بحيث يكون من العسير استبعاده، واستبقاء باقي القواعد، فيجب حينئذ استبعاد القانون الأجنبي برمته.

الفرع الثاني: الأثر الإيجابي للنظام العام

يتمثل هذا الأثر في حلول قواعد قاضي النزاع محل القواعد المستبعدة من القانون الأجنبي، وهذا الأثر يصطلح عليه بالأثر الحيلولي، أي أنه يوجد قانون يحل محل قانون آخر من أجل سد الفراغ الذي يخلفه الأثر السلبي (لاستبعادي) [1]، وهذا الإحلال قد يتم في الشكل الصريح، كما قد يتم في الشكل الضمني، بحيث يكون إحلال قانون القاضي صريحا في الحالات التي يطبق فيها القانون، بحيث يرتب إنشاء علاقة قانونية لم يكن يسمح بها القانون الأجنبي المستبعد، ومثال ذلك أن يمنع القانون الأجنبي الزواج بسبب اختلاف الجنسي حين أن قانون القاضي يبيح ذلك، إذ يتم في هذه الحالة استبعاد القانون الأجنبي وتطبيق قانون القاضي، بينما يكون إحلال قانون القاضي في الشكل الضمني عندما يسمح القانون الأجنبي بإنشاء علاقة قانونية لم يكن يسمح القانون الوطني بإنشائها، (مثلا: زواج اثنين من جنس واحد)، في هذه الحالة يستبعد القانون الأجنبي ويحل مكانه القانون الوطني الذي يمنع مثل هذه العلاقات التي تخالف النظام العام الوطني[2].

اتجه رأي في ألمانيا وسويسرا إلى أنه إذا استبعدت إحدى قواعد القانون الأجنبي باسم النظام العام، فإن الأثر الإيجابي يقتضي البحث في القانون الأجنبي ذاته عن قاعدة قانونية بديلة تحل محل القاعدة المستبعدة، بدلا من تطبيق قانون القاضي، وهذا الحل موقوف على

[1] عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، المرجع السابق، ص144.

[2] جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص206.

أمرين: أولهما أن يوجد في القانون الأجنبي نص بديل، وإلا طبق قانون القاضي، وثانيهما أن يكون النص البديل غير مخالف للنظام العام.[1]

ويستشهد أنصار هذا الرأي على حكم صادر عن المحكمة العليا الألمانية، بشأن تقادم دين خاضع للقانون السويسري، بحيث أنه عندما رجع القاضي الألماني لذلك القانون، وجد أن الدين لا يسقط بالتقادم، وبالتالي اعتبر هذه المسألة مخالفة للنظام العام في ألمانيا، فتم إخضاع الدين لأطول مدة تقادم مقررة في القانون السويسري، وهكذا أبقى على الاختصاص لنفس القانون[2]

واستند أنصار هذا الرأي على حجج لتدعيم رأيهم والتي نجد من بينها:

- ضرورة احترام قاعدة التنازع التي اختارت القانون الواجب التطبيق وبالتالي يجب تطبيق هذا الأخير، أو البحث عن حل في إطار هذا القانون وعدم الخروج عن أحكامه.

- كذلك في حالة تطبيق قانون القاضي فإنه يؤدي إلى إخلال بتوقعات الأفراد، الذي قد لا توجد بينه (قانون القاضي) وبين المسالة المعروضة أية صلة، وقد لا تتلاءم أحكامه معها.

- وكذا إذا تم تطبيق قانون القاضي فإنه يجعل الحل النهائي يختلف باختلاف المحكمة المرفوعة أمامها الدعوى[3].

وعلى الرغم من كل هذا فقد انتقد هذا الاجتهاد من طرف غالبية الفقه، لأنه يشوه العلاقة القانونية ويطبق عليها حكما في القانون المختص غير الحكم المقرر لها أصلا[4].

وعليه فقد استقر القضاء الفرنسي مؤيدا من قبل أغلب الفقهاء (وهو الرأي الراجح) على إحلال قانون القاضي محل القانون الأجنبي المستبعد لمخالفته للنظام العام، وهذا لأن غاية

---

[1] عبده جميل غصوب، المرجع السابق، ص218.

[2] زروتي الطيب، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ص306.

[3] أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص610.

[4] نادية فضيل، المرجع السابق، 126.

الدفع بالنظام العام هي حماية تناسق النظام القانوني الوطني، بحيث أن قانون القاضي هو القانون الأقدر على تقدير أبعاد تلك الحماية، كذلك يرجع إلى أن أصل تطبيق القوانين هو الإقليمية، وهذا يعني أن تطبيق قانون القاضي هو الأصل، أما الاستثناء هو تطبيق القانون الأجنبي هذا من الناحية المنطقية، أما من الناحية القانونية فنجد أن العديد من التشريعات اتجهت إلى النص صراحة على تطبيق قانون القاضي بدلا من القانون الأجنبي المستبعد منها القانون النمساوي في المادة 06 الصادر في عام 1979، كذلك القانون التركي لعام 1982 (م5)، والقانون الكويتي لعام 1961 (م73)....وهو كذلك حل مستقر عليه في النظام القانوني المصري رغم عدم وجود النص التشريعي الصريح[1].

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد أكد على تطبيق قانون القاضي وإحلاله محل القانون الأجنبي المستبعد لمخالفة النظام العام الجزائري، وذلك حين قام بتعديل نص المادة 24 من القانون المدني بقانون 20 جوان 2005، وهذا بإضافة فقرة تقضي بتطبيق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المستبعد لمخالفته للنظام العام، وحسم هذه المسألة المختلف فيها في كل من الفقه والقضاء، ولكن يجب ألا يفهم من هذا الحكم أن القانون الجزائري يحل تلقائيا في حكم العلاقة القانونية برمتها، بل يطبق فقط في الجانب المخالف للنظام العام، باستثناء ما إذا كان الحكم في القانون الأجنبي مرتبطا بنصوص أخرى واجبة التطبيق أيضا، وبالتالي لا بد من الاستبعاد الكلي وتطبيق قانون القاضي وهذا لتعذر الاستبعاد الجزئي[2]، كأن يعرض على القاضي الجزائري نزاع يتعلق بزواج مسلمة أجنبية بغير مسلم، فهنا يستبعد القاضي القانون الأجنبي الذي يسمح بهذا الزواج لمخالفته للنظام العام في الجزائر، وبالتالي يقضي ببطلان هذا الزواج طبقا لقانون القاضي، لأنه يوجد استبعاد كامل للقانون الأجنبي، وإحلال كامل وضمني للقانون الوطني أي تطبيق القانون الجزائري.

---

[1] أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص612.

[2] زروتي الطيب، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ص ص307-308.

المطلب الثاني: الآثار الاستثنائية للدفع بالنظام العام

قد تختلف الآثار المترتبة عن الدفع بالنظام العام فيما يخص إنشاء الحقوق عن تلك الآثار المترتبة عن الدفع بالنظام العام بالنسبة للحقوق المكتسبة في الخارج والتي تثار أمام القاضي الوطني الجزائري، وذلك إذا تعلق الأمر بالاعتراف بحقوق مكتسبة قد نشأت صحيحة في دولة أجنبية واستنفذت كافة مراحل تكوينها في هذه الدولة، ولكن هذه الحقوق المكتسبة تتعارض مع النظام العام في دولة القاضي الوطني المعروض عليه النزاع، أو أنه تتعلق بالاحتجاج بحقوق قد نشأت في دولة أجنبية وفقا لنظامها العام وخلافا لما يقضي به القانون الأجنبي المختص أصلا أمام القاضي الوطني.

وعليه فالحالة الأولى يترتب عليها ما يعرف بالأثر المخفف للنظام العام، وهذا ما سيتم التطرق إليه من خلال الفرع الأول، أما الحالة الثانية فهي تتعلق بالأثر الانعكاسي للنظام العام، وهذا ما سنتناوله في الفرع الثاني.

الفرع الأول: الأثر المخفف للدفع بالنظام العام

إن الصفة المتغايرة للنظام العام والتي تجعله يتعارض ضمن حدود إقليم قاضي الدعوى، فيما يخص إنشاء الحقوق طبقا لقانون أجنبي، كما تسمح له أيضا في ذات الإقليم بمعارضة آثار حق نشأ في الخارج طبقا لقانون أجنبي، إلا أنه من المتفق عليه أن صرامة تدخل النظام العام ليست ذاتها في كلتا الحالتين، فهو إذا يشكل عقبة في وجه إنشاء حق على الإقليم الوطني، تطبيقا لقانون أجنبي تعتبر نتيجة غير صحيحة وغير مقبولة، بينما يسمح في المقابل بتطبيق حقوق نشأت في الخارج تطبيقا لذات القانون، ولكن بشرط أن لا تكون هذه الحقوق مخالفة للنظام العام في دولة القاضي[1].

[1] عنايات عبد الحميد ثابت، إطراح فكرة الدفع بالنظام العام في نطاق القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، مصر 1996، ص ص254-255.

ولقد ظهرت فكرة الأثر المخفف في القضاء الفرنسي منذ القرن التاسع عشر (ق19) عندما كانت تعرض القضايا المتعلقة بالتطليق الذي كان محظورا قبل عام 1884، بحيث لم يكن بالاستطاعة طلب التطليق في ذلك الوقت لمخالفته للنظام العام، وحتى ولو كان بين أطراف أجانب يبيح قانون جنسيتهم ذلك، بعدها اتجهت المحاكم الفرنسية إلى المبدأ الذي يقضي بأن التطليق الذي تم بالخارج يحترم في فرنسا، والمطلق الأجنبي باستطاعته إبرام عقد زواج جديد في فرنسا، وبعدها تعددت تطبيقات الأثر المخفف في مجالات أخرى، مثل نظام تعدد الزوجات[1].

ولكن الأخذ بفكرة الأثر المخفف لم يقتصر عليها القضاء الفرنسي فقط، بل امتدت لتشمل القضاء في العديد من الدول، فمنهم من سمح للمراكز القانونية التي تم إنشاؤها في الخارج، كإنهاء الرابطة الزوجية بالتطليق مثلا، بإنتاج آثارها القانونية داخل إقليم دولة القاضي رغم أنها تخالف النظام العام لو كانت قد نشأت داخل إقليم القاضي[2].

وإذا كان الأثر المخفف للنظام العام يحد كثيرا من صرامة الدفع بالنظام العام ويسمح للقانون الأجنبي بالامتداد إلى بلد القاضي، وكذا إقراره للحقوق المكتسبة في ظله آخذا بعين الاعتبار استقرار المراكز القانونية والمعاملات الدولية، إلا أن النظام العام قد يستعيد دوره مجددا في الحالات الخطيرة، ويتصدى بصرامة للحقوق المكتسبة في الخارج، خصوصا وأنه لا يوجد معيار ثابت ودقيق للتمييز بين حالات الأثر المخفف والحالات الأخرى، مما يمنح للقضاء سلطة تقديرية واسعة في تقدير مقتضيات النظام العام بما يتماشى مع مقتضيات المصلحة العامة للمجتمع في كل زمان ومكان[3].

---

[1] أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص614.

[2] جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص216.

[3] زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، ص285.

وعليه استقر الفقه والقضاء أنه عند إعمال فكرة الدفع بالنظام العام لا بد من التفرقة بين فرضين: الأول يتعلق بإنشاء الحقوق والمراكز القانونية داخل دولة القاضي، ووفقا لقانون أجنبي معين بحيث تتعارض أحكامه الواجبة التطبيق أو بعضها مع النظام العام الوطني و الثاني تكون فيه الحقوق و المراكز القانونية قد نشأت بالفعل في الخارج، ووفقا لقانون أجنبي مخالف لمقتضيات النظام العام الوطني، و لكن يراد الاحتجاج بها أو من أجل ترتيب أثار معينة في دولة القاضي[1].

فبالنسبة للفرض الأول، فإن الدفع بالنظام العام يرتب أثره الكامل (الأثر السلبي و الأثر الإيجابي)، بحيث يتم استبعاد القانون الأجنبي الذي يتعارض مع النظام العام الوطني و يحل محله قانون القاضي، الذي ينظر في النزاع[2]، وبعدها يصحح تكوين الحق أو المركز القانوني طبقا لقانون القاضي، فإذا كان القانون الأجنبي يمنع أمرا ما على خلاف النظام العام في بلد القاضي، فهنا يتعين على هذا الأخير استبعاد القانون الأجنبي و إحلال قانونه محله[3].

و مثال ذلك حالة ما إذا طرح أمام القاضي المصري نزاع بشأن مدى صحته طلاق تم بين زوجين أحدهما مسلم و الآخر غير مسلم، و بعدها اتضح للقاضي أن قاعدة الإسناد الوطنية تشير إلى تطبيق قانون أجنبي تتعارض أحكامه مع النظام العام المصري، كما لو كان القانون الأجنبي يمنع الزوج المسلم من طلب الطلاق، فهنا يتعين على القاضي المصري استبعاد القانون الأجنبي و تطبيق القانون المصري الذي يعطي الحق للزوج المسلم لطلب الطلاق، و بالتالي صحة الطلاق الواقع في الحالة المذكورة[4].

---

[1] أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص612.

[2] صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص355.

[3] جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص211.

[4] جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص211.

أما بالنسبة للفرض الثاني، والذي يتعلق بالمراكز القانونية التي نشأت في الخارج فعلا والتي يراد الاحتجاج بها في دولة القاضي، فالنظام العام لا يرتب كامل أثره في هذه الحالة ويجب على القاضي أن يعرف بترتيب آثار المراكز القانونية التي نشأت بالخارج أو بعضا منها فقط[1]، فالعلاقة التي لا يسمح قانون القاضي بإنشائها داخل الإقليم قد نشأت في الخارج والمراد هنا فقط الاعتراف ببعض آثارها داخل إقليم دولة القاضي، ومثال ذلك حالة الزواج بأكثر من زوجة واحدة داخل إقليم لا يسمح بتعدد الزوجات كما هو الحال في فرنسا، لأنه يخالف النظام العام الفرنسي، غير أن قيام الأجنبي بإبرام هذا الزواج في الخارج (في دولة يبيح قانونها تعدد الزوجات)، فإن آثاره تمتد إلى فرنسا-مثلا- مطالبة الزوجة الثانية بالنفقة الزوجية، فالقاضي الفرنسي لا يمكنه أن يقضي ببطلان عقد الزواج الثاني رغم مخالفته للنظام العام في فرنسا[2].

كما عمد القضاء الجزائري إلى عدم الاعتراف بأثر حقوق مكتسبة في الخارج حسب قانون أجنبي إعمالا للدفع بالنظام العام، ومن ذلك ما قضى به المجلس الأعلى في قراره بتاريخ 23 جوان 1984، من نقض قرار صادر عن مجلس تيزي وزو في 19 أبريل 1982، بصفة جزئية كان قد وافق على حكم الدرجة الأولى الذي منحت بمقتضاه الصيغة التنفيذية لحكم فرنسي منح تعويضات للمدعي عليها من غير تمييز بين التعويض المستحق عن أصل الحق المطالب به طبقا لاتفاق الطرفين، ومبلغ الفائدة المتفق عليها التي تقدر باثني عشر بالمائة، وحكمها الجائز في القانون الأجنبي المختص والممنوع في القانون الجزائري والذي نص على ذلك صراحة في نص المادة 543 من القانون المدني، والتي تمنع التقاضي بواسطة الفوائد الربوية بين الأشخاص الطبيعية، لذلك عمد المجلس الأعلى إلى نقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يخص الحق المدعى اكتسابه طبقا للحكم الأجنبي المتضمن مبلغ الفائدة وحده، تأسيس على أن

[1] محمود مبروك اللافي، المرجع السابق، ص85.

[2] جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص212.

الحكم الأجنبي المراد تنفيذه في الجزائر بهذا الشكل مخالف للنظام العام الجزائري في هذه المسألة[1].

وفي الأخير فإن فكرة الأثر المخفف ما هي إلا تلطيف لمفعول النظام العام، ولا يعني ذلك الاستبعاد الكلي لهذا الأخير وفي جميع الأحوال، وبالنسبة لأي حق اكتسب في الخارج[2]، فإنه يكون بنفس الدرجة التي يتم بها إعمال الدفع إزاء المراكز القانونية التي يراد إنشاءها داخل دولة القاضي، وهذا راجع إلى أن الحقوق المكتسبة في الخارج لا تربطها أي صلة بالنظام العام داخل الدولة، وإن كانت تمسه فقط من حيث الآثار المترتبة عن هذه الحقوق المكتسبة، فإذا كانت هذه الأخيرة غير متعارضة مع النظام العام الوطني، فلا يتم إعمال الدفع بالنظام العام فيما يخصها، أما إذا كانت مخالفة له فيتم الدفع بالنظام العام بشأنها[3] (أي عدم سريان الآثار المترتبة عنها في دولة القاضي).

الفرع الثاني: الأثر الانعكاسي للدفع بالنظام العام

قد تطرح على القاضي مسألة تتعلق بحقوق قد اكتسبت على أساس نظام عام في دولة أخرى، ونحن نعلم أن القاضي الوطني يسعى دائما لتطبيق نظامه القانوني، وأن فكرة النظام العام هي فكرة وطنية تستمد مضمونها من النظام القانوني لكل دولة، ولا يلتزم القاضي إلا بالسهر على حماية ذلك النظام دون النظم الأجنبية الأخرى[4]، وبالتالي هل يستطيع القاضي أن يعتبر من النظام العام في دولته ما يعتبر من النظام العام في دولة أخرى؟[5] وهذا ما يعرف في القانون الدولي الخاص بالأثر الانعكاسي للنظام العام.

---

[1] الملف رقم 32463، منشور في المجلة القضائية، 1989، العدد رقم 01، ص149، أشار إليه زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، ص286.

[2] حسن الهداوي، المرجع السابق، ص193.

[3] جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص213.

[4] أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص617.

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

والذي جاء معناه أنه إذا كان لا يوجد نزاع على أن الحق الناشئ على العلاقة القانونية يحتج به في بلد القاضي، فإنه لا يمكن أن يحتج به كذلك في البلد الأجنبي الذي استبعد تطبيق قانونه، أما إذا كان الاحتجاج بالحق أو المركز القانوني في بلد ثالث، فإنه متوقف على مدى توافق مقتضيات النظام العام في تلك الدولة الثالثة مع مقتضيات النظام العام في دولة القاضي، أو في البلد الذي استبعد تطبيقه (تطبيق قانونه)، وهذا ما يسمى بالاشتراك القانوني في نفس مقتضيات النظام العام[1].

وهذا الاشتراك بين الدولتين معا يمكن من الاحتجاج في الدولة الثالثة بالحق الذي نشأ في دولة القاضي، مما يدل على أن النظام العام الأجنبي لم يكن سوى أداة للتعبير عن مضمون النظام العام الوطني ذاته، أما في حالة ما إذا كانت الدولة الثالثة لا تشترك مع دولة القاضي من حيث مقتضيات النظام العام، بل تشترك مع الدولة المخالف نظامها العام للنظام العام الوطني، فإنه لا يمكن الاحتجاج بالحق في تلك الدولة (الدولة الثالثة) في هذه الحالة[2].

هناك مثال على ذلك مستمد من القضاء الفرنسي من قضية تتلخص وقائعها في أن شخصين يحملان الجنسية البولونية، ومختلفان في الدين، تزوجا في بلجيكا وتم عقد زواجهما في الشكل المدني وفقا للقانون البلجيكي، على الرغم من أن أحكام القانون البولوني كانت تمنع الزواج في الشكل المدني، وإنما كانت تسمح به في الشكل الديني في ذلك الوقت وبعدها تم الطعن في زواجهما أمام المحكمة البلجيكية فقامت هذه الأخيرة باستبعاد القانون البولوني لمخالفته للنظام العام في بلجيكا، وقضت بأن الزواج الذي تم هو زواج صحيح ومرتب لكافة آثاره، ثم تم عرض نفس النزاع أمام محكمة السين بباريس في 1992/02/25، فحكمت بسلامة

[1] على علي سليمان، المرجع نفسه، ص157.

[2] صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص358.

ما قرره القضاء البلجيكي على اعتبار أن النظام العام في بلجيكا يشبه النظام العام في فرنسا[1].

والأمر كذلك بالنسبة إلى زواج عقد في فرنسا بين شخصين من رعايا إفريقيا الجنوبية ينتميان إلى عرقين مختلفين، خلافا لقانونهما الوطني الذي يحرم الزواج ما بين مختلفي العرق، فإذا ما استقر هذان الزوجان في الجزائر، وطرحت قضية ما في صحة زواجهما فإننا نطبق نص المادة 11 من القانون المدني التي تخضع شروط صحة الزواج لقانون الزوجين الوطني، ولكن مثل هذا الزواج يتعارض مع القوانين الجنوبية الإفريقية، وبالتالي إن كان هناك اختلاف بين النظام العام القاضي الدعوى والنظام العام الأجنبي، فإنه يجب رفض كل أثر للنظام العام الأجنبي وهذا يؤدي إلى عدم الاعتراف بحكم أجنبي يلغي زواجا قد تم تطبيقا لقانون جنوبي إفريقي، أما إذا كان كل من النظام العام الوطني والنظام العام الأجنبي متماثلان، فإن الزواج الذي تم سيكون معترف به في كل من النظامين لأن الحل الذي جاء حسب النظام العام الأجنبي يتفق مع الحل الذي يتخذه النظام العام في الجزائر[2].

ولقد انقسم الفقه والقضاء بصدد هذه المسألة، فالبعض منهم يذهب إلى القول بأن فكرة النظام العام فكرة وطنية إقليمية، أي أن قانون دولة القاضي لا يمتد إلى خارج إقليمها، وعليه فقانون الدولة الأجنبية الذي يطبق إعمالا لفكرة النظام العام لا يمتد أثره إلى دولة أخرى حتى ولو كان القانونان (قانون الدولة الأجنبية وقانون القاضي) متطابقان من حيث نظامهما العام أي لا يمكن التمسك في بلد القاضي بآثار الحق الذي اكتسب في دولة أجنبية، حيث أنه في المثال السابق لا يمكن للزوجين البولونيين التمسك بآثار زواجهما في فرنسا رغم اتخاذ مفهوم النظام العام في كل من فرنسا و بلجيكا[3].

---

[1] أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص618.

[2] عنايات عبد الحميد ثابت، المرجع السابق، ص255.

[3] أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص184.

أما البعض الآخر (وهو الراجح)، يرى بأنه إذا نشأ الحق وفقا للقانون الأجنبي بعد استبعاد القانون الواجب التطبيق لمخالفته للنظام العام، فإنه يمكن الاعتراف بذلك الحق أو المركز القانوني أمام قضاء دولة ثالثة، يكون نظامها متطابق ومتشابه للنظام العام في الدولة التي نشأ الحق فيها، وهذا راجع لعدة اعتبارات منها:

- إن تبني فكرة الأثر الانعكاسي تؤدي إلى تبسيط حلول تنازع القوانين، أي أنها تؤدي إلى تخفيف العبء عن كاهل القاضي الوطني، بحيث يكفيه العلم بتطابق مقتضيات النظام العام في الدولة التي نشأ فيها الحق، خلافا للقانون المختص أصلا حتى يصل إلى الاعتراف بذلك الحق.

- إن فترة الأثر الانعكاسي تعمل على توحيد وتناسق الحلول القضائية، أي أن إنكار أثر النظام العام الأجنبي يؤدي إلى إنكار وجود الحق، بينما يمكن الاعتراف بذلك الوجود إذا كانت مسألة إنشاء الحقوق وتكوينها قد ثارت لأول مرة أمام القاضي الوطني[1].

[1] أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص619.

الفصل الثاني: الدفع بالغش نحو القانون

سبق القول أن تطبيق قاعدة الإسناد يستلزم وجود ضابط معين يهدف إلى تحديد القانون الأجنبي الواجب التطبيق على المسألة المطروحة، كما وأن هذه القاعدة تعد من بين القواعد الملزمة التي لها وظيفة تتصل بسياسة التشريع في كل دولة، وهي اختيار أنسب القوانين لتنظيم العلاقة القانونية التي تحتوي العنصر الأجنبي، وبالتالي يجب على القاضي تطبيق هذا القانون، لكن مع ذلك قد يوجد من بين تلك الضوابط ضوابط قابلة للتغير وفقا لإرادة الأطراف، وعلى هذا قد يعمد الأفراد إلى تغيير ضابط الإسناد من أجل التهرب من الأحكام الواجبة التطبيق في القانون المختص، وهذا لكي تتحقق المصلحة التي كانوا يرغبون في تحقيقها، والتي تعد نتيجة مشروعة مبنية على وسائل غير مشروعة، وبالتالي يشكل الدفع بالغش نحو القانون الحاجز الذي يستعمل لردع تلك المناورات الهادفة للتحايل على القانون.

وعليه سنقسم هذا الفصل إلى مبحثين: نتناول في المبحث الأول مفهوم الدفع بالغش نحو القانون، أما المبحث الثاني فسنتطرق فيه للآثار المترتبة عن إعمال هذا الدفع ومجال تطبيقه.

المبحث الأول: ماهية الدفع بالغش نحو القانون

إذا كان النظام العام يمنع تطبيق القانون الأجنبي الواجب التطبيق لمخالفته له، فإن الدفع بالغش نحو القانون يسمح بتطبيق القانون الأجنبي المختص أصلا، و يمنع تطبيق القانون الذي تم الغش نحوه، ولأجل بيان هذا المانع من موانع تطبيق القانون الأجنبي لا بد من التطرق إلى تعريف هذا الدفع (المطلب الأول) وكذا تمييزه عن المانع الأول وهو الدفع بالنظام العام (المطلب الثاني)، كما يجب أيضا توافر عدة شروط لكي يتم إعماله (المطلب الثالث)، وهذا ما سيتم التفصيل فيه على النحو الآتي:

المطلب الأول: مفهوم الدفع بالغش نحو القانون

لا يقتصر الغش نحو القانون على مجال القانون الدولي الخاص فقط، بل يمتد كذلك ليشمل المستوى الداخلي، فيحصل عندما يعمل أطراف العلاقة إلى تبديل القانون الواجب التطبيق، لهذا لابد من التطرق إلى تحديد تعريف الدفع بالغش نحو القانون وهذا من خلال الفرع الأول، أما الفرع الثاني فندرس فيه الأساس القانوني الذي يقوم عليه هذا الدفع.

الفرع الأول: تعريف الدفع بالغش نحو القانون

قبل إعطاء تعريف للدفع بالغش نحو القانون، لا بد من التطرق أولا إلى التطور التاريخي الذي أدى إلى تبلور و ظهور هذه النظرية في مختلف التشريعات، ثم يتوجب علينا تقديم تعريف لها لكي يفهم معناها -ثانيا -و هذا ما سنبينه من خلال ما يلي:

أولا: نشأة نظرية الغش نحو القانون

ظهرت فكرة الغش نحو القانون في ظل نظرية الأحوال الفرنسية، و قد أخذ بها من قبل فقهاء المدرسة الهولندية منذ القرن السابع عشر، إذ استثنوا من تطبيق القاعدة التي تقضي بإخضاع أهلية الموصي للايصاء القانون محل إبرام عقد الوطنية، إذا كان الموصي قد انتقل

إلى محل الإبرام بقصد التهرب من أحكام قانونه الوطني الذي لا يعتبره أهلا للإيصاء، أي أن هذا الشخص قد لجأ إلى التحايل على قانونه الوطني لأنه لا يمنحه الفائدة و المصلحة من إخضاع هذه العلاقة إلى هذا القانون الواجب التطبيق عليها[1].

وفي أواخر القرن التاسع عشر تبلورت نظرية الغش نحو القانون أمام القضاء الفرنسي على إثر قضية شهيرة عرفت بقضية الأميرة "دي بوفرمون" (la princesse de bauffrement) أين تتلخص وقائعها في أن سيدة بلجيكية تدعى "كارمن" تزوجت من الأمير الفرنسي "دي بوفرمون" فأصبحت بموجب هذا الزواج فرنسية الجنسية، وبعد مرور فترة على هذا الزواج وقع شقاق بينها وبين زوجها، فرغبت الزوجة في الانفصال عن زوجها، لكنها لم تستطع وذلك لأن القانون الفرنسي قانون جنسية الزوجين كان يحظر الطلاق في ذلك الوقت[2].

ولكي تصل إلى ما عزمت عليه تجنست بجنسية إحدى الدويلات الألمانية وهي دوقية ساكس التنبورغ " saxe altenbourg" والتي كان قانونها يسمح بالطلاق، وبعدها تحصلت على الطلاق من زوجها الفرنسي في سنة 1875 وفقا لقانون جنسيتها الجديدة، ثم أقدمت على الزواج من أمير روماني يدعى "بيبسكو bibesco" وأقامت معه في فرنسا[3]، وعندما علم الزوج الأول (الفرنسي) بذلك رفع دعوى أمام القضاء الفرنسي مطالبا فيها ببطلان الزواج الثاني مدعيا أن الزواج الأول لا يزال قائما لم ينحل.

فقضت محكمة النقض الفرنسية في 18 مارس 1878 بعدم الاعتراف بالطلاق، مستندة في ذلك على أن التجنس الذي تم كانت غايته التحايل والغش نحو القانون الفرنسي الذي كان يمنع الطلاق في ذلك الوقت[4]، حيث جاء في حكمها أن هذه الزوجة التي طلبت الجنسية الجديدة وحصلت عليها لم يكن غرضها مباشرة الحقوق، وأداء الواجبات الناجمة عنها، و إنما

---

[1] سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق، ص183.

[2] عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، لبنان، 2004، ص489.

[3] عبده جميل غصوب، المرجع السابق، ص178.

[4] أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص543; عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص490.

كان غرضها الوحيد هو التخلص من موانع القانون الفرنسي، وعقد زواج جديد و تصرفها في جنسيتها الجديدة بمجرد حصولها عليها، يشكل غشا نحو القانون الفرنسي[1]...

و منذ ذلك التاريخ، استقر القضاء الفرنسي على الأخذ بفكرة الغش نحو القانون كسبب لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي حيث أدت هذه القضية إلى اهتمام الكثير من الفقهاء بفكرة الغش نحو القانون، فمنهم من كان مؤيدا لها بناءا على أن فكرة الغش نحو القانون تقوم على القصد الذي يتعلق بالنية، لهذا تعد مسألة وجدانية يصعب على القاضي أن يستدل على وجودها (مسألة داخلية) إضافة إلى أن ذلك يسمح بوجود سلطة تقديرية للقاضي في الاستدلال على وجود قصد الغش، كذلك أن المشرع في جميع دول العالم يسمح للأفراد بتغيير ضوابط الإسناد، و هذا يعني أن تغيير الضوابط أمر مشروع، وبهذا فالأفراد لا يسألون عن أفعال قد أباحها المشرع[2].

ومنهم من كان معارضا عليها مستندا في ذلك على أن الغش يقوم على القصد والنية وهي مسألة وإن كانت صعبة فهي ليست مستحيلة على القاضي لأنه في المسائل الجزائية يتحرى عن القصد الجنائي، وبالتالي لا يمنع ذلك من التحري على قصد الغش في مسائل القانون الدولي الخاص، كما أن إباحة المشرع للأفراد حق تغيير ضوابط الإسناد مقيد بشرط أن تكون موجهة لغرض مشروع، والحال أن الغش نحو القانون فيه استعمال وسيلة مشروعة لتحقيق نتيجة غير مشروعة[3].

وعلى الرغم مما تقدم فيما يخص الحجج المقدمة من الطرفين، فقد نالت حجج المؤيدين القبول، حيث نجد أنه لا زالت أحكام القضاء الفرنسي الحديث تأخذ بذلك الدفع ولم تهجره، وأيضا فقد نصت معظم التشريعات المختلفة على هذا الدفع والتي نجد من بينها القانون الدولي

[1] محمد مبروك اللافي، المرجع السابق، ص87; جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص223.

[2] عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، المرجع السابق، ص147.

[3] عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، المرجع نفسه، ص148.

الخاص الإسباني لعام 1974، و كدا مجموعة القانون الدولي الخاص المجرى لعام 1979، كذلك النص اليوغسلافي السابق لعام 1983، أما بالنسبة للقانون المصري فقد خلت نصوصه القانونية من الإشارة إلى التحايل على القانون مع العلم أن القضاء المصري يأخذ بفكرة الدفع بالغش نحو القانون[1].

أما فيما يخص المشرع الجزائري فقد تبنى هذه الفكرة في تعديل 2005 في نص المادة 24 من القانون المدني، و نظمها كسبب لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص وفقا لقواعد الإسناد في قانون القاضي المعروض عليه النزاع، أي القانون الجزائري.

ثانيا: معنى الغش نحو القانون

اختلف الفقهاء في إعطاء تعريف لفكرة الغش نحو القانون، فمنهم من يعرفه بأنه (عبارة عن اتخاذ أعمال إرادية حقيقية، عمدا أو بغير عمد، لا يعاد مركز يتفق والقانون، ولكن يخالف عرضه) وعرفه آخرون بأنه (ينحصر في وسائل يتخذها شخص معين ليتهرب من حكم القواعد القانونية الآمرة أو المكملة، التي يخضع لها بواسطة استخدام قواعد قانونية أخرى يتوقف تطبيقها على إرادته، مع الانحراف بها عن معناها الحقيقي[2].

وقد عرف الدكتور محمد مبروك اللافي في الغش نحو القانون بأنه: "دفع ثان يتمسك به في مواجهة الأشخاص لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي الذي يرغبون في إخضاع تصرفاتهم إليه، أي أنه يوجد غش نحو القانون عند قيام أطراف العلاقة بتغيير أحد الضوابط التي يتحدد بموجبها القانون الواجب التطبيق عمدا، و يقصد التهرب من أحكام القانون الواجب التطبيق

[1] أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص546

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

أصلا"[1]، وكذا جاء بأنه: "مناقضة الشارع باتخاذ تدابير إرادية مشروعة ولو عن غير عمد للوصول إلى نتائج غير مشروعة"[2].

وقد عرفه كذلك الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة بأنه: "التعديل الإرادي النظامي للعنصر الواقعي في ضابط الإسناد المتغير، ومن ثم تحويل الإسناد إلى قانون معين، وذلك بنية التهرب من القانون الواجب التطبيق أصلان سواء كان قانون القاضي أم قانون أجنبي"[3]، في حين عرفته الدكتورة نادية فضيل بأنه التلاعب بأحكام قواعد التنازع بقصد الوصول إلى أغراض شخصية[4].

أما في مجال تنازع القوانين، فيقصد بالغش نحو القانون تغييرا إرادي من قبل أطراف العلاقة القانونية لضابط من ضوابط الإسناد القابلة للتغيير على نحو ينقل الاختصاص في تلك العلاقة من قانون دولة إلى قانون دولة أخرى، وذلك للخروج من أحكام القانون الأول والاستفادة من التسهيل في أحكام القانون الثاني، كما لو أراد شخص الطلاق وكان قانون جنسيته يسمح له بذلك، فيكون بذلك قد قام بتغيير ضابط الجنسية بإرادته بقصد نقل الاختصاص في الطلاق من قانون يمنعه إلى قانون يبيحه[5].

وعليه فالغش نحو القانون هو إجراء يقوم به أحد أطراف العلاقة القانونية وبإرادته الشخصية، وهذا من أجل التهرب من أحكام القانون الواجب التطبيق أصلا على النزاع، إلى قانون أخر ليس مختص والذي تم التوصل إليه عن طريق تغيير ضابط الإسناد، وهذا كله بغية تحقيق نتيجة كان يرغبه فيها الأطراف، فقد يكون مثلا قانون جنسية أحد الزوجين يتطلب شكلا

---

[1] محمد مبروك اللافي، المرجع السابق، ص87.

[2] زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، ص289.

[3] أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص542.

[4] نادية فضيل، الغش نحو القانون، دار هومه للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، الجزائر، 2006، ص56.

[5] عبد الكريم عبد الرضا الأسدي، المرجع السابق، ص146.

معينا لعقد الزواج، فيعمد هذا الشخص إلى تغيير جنسيته أو الانتقال إلى بلد أخر لإبرام عقد زواجه، وهذا لكي يتهرب من أحكام القانون الأول الذي لم يكن في صالحه وهذا يعتبر غش.

الفرع الثاني: أساس الغش نحو القانون

لقد ظهرت عدة آراء فقهية حول الأساس القانوني الذي تقوم عليه نظرية الغش نحو القانون، وعلى الرغم من إجماعهم على الأخذ بالقاعدة الرومانية التي تقضي بأن: "الغش نحو القانون يفسد كل شيء fraus omnia corrumpit"[1]، وعلى هذا انقسموا إلى عدة آراء، فمنهم من يؤسسها على النظرية الصورية، ومنهم من يرى بأنها تطبيق من تطبيقات النظام العام، وآخرون يذهبون إلى القول بأن أساسها يرجع إلى نظرية التعسف في استعمال الحق، وهذا ما ستتم دراسته على النحو الآتي:

أولا: فكرة الغش نحو القانون و النظرية الصورية

ذهب جانب من الفقه إلى أن أساس نظرية الغش نحو القانون ما هو إلا تطبيق من تطبيقات النظرية الصورية في القانون المدني، وهذا لأنهما يشتركان في الغاية المرجوة منهما، والتي تتمثل في تحقيق نتيجة غير مشروعة، كما نجد أن النظريتين تتشابهان من ناحية أنهما تتمان عن طريق القيام بعمل إرادي صادر عن المتعاقدين، ولكن هناك اختلاف واضح بينهما(بين النظرية الصورية وبين نظرية الغش)، وهذا لكون نظرية الغش يقوم فيها الغاش بتصرف ظاهره حقيقي والغرض منه غير مشروع[2] ، أي أن الإرادة الظاهرة فيه إرادة حقيقية لا تستر إرادة أخرى[3]، في حين أن النظرية الصورية عبارة عن عقد ظاهر غير حقيقي، وعقد أخر مستتر حقيقي يخفي حقيقة العلاقة القانونية، بحيث لا تعتبر الصورية هنا وسيلة للتهرب

[1] نادية فضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، ص137.

[2] أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص196.

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

من أحكام القانون، بل تعد وسيلة لإخفاء المخالفة القانونية التي قام بها الأطراف[1]، كأن يرغب الطرفان في إبرام عقد بيع مثلا، فيعقدان عقدا آخرا لا علاقة له به، أو يعطيان له إسم عقد هبة في حين أن القصد منه هو التحايل على القانون وبالتالي تحقيق غاية غير مشروعة والإفلات من حكم القانون الواجب التطبيق أصلا.

كما يوجد هناك فرق آخر بينهما يتمثل في الجزاء المترتب عن كل واحدة منهما، فجزاء الغش نحو القانون ينحصر في عدم الاحتجاج بالنتيجة المشوبة بعيب الغش نحو القانون، في حين أن الجزاء في نظرية الصورية هو أن التصرف الصوري يعتبر عديم الوجود بين المتعاقدين، ولا ينتج أي أثر كما أن القاضي إذا أراد أن يبطل الصورية عليه أن يفرق بين الحقيقة والظاهر، عكس الغش نحو القانون الذي تلعب فيه فكرة النية دورا هاما إذ هنا لا تختلف الحقيقة عن الظاهر[2].

ثانيا: فكرة الغش نحو القانون و السبب الغير مشروع

ظهر رأي أخر يرجع أساس نظرية الغش نحو القانون إلى فكرة السبب الغير المشروع والذي قد نص عليه المشرع الفرنسي في المادة 1131 من القانون المدني التي تقضي بما يلي: "الالتزام لا ينتج أي أثر إذا لم يكن مبنيا على سبب غير صحيح أو على سبب غير مشروع" أما المادة 1133 من نفس القانون فقد بينت متى يكون السبب غير مشروع كما يلي: "إن السبب يكون غير مشروع إذا حرمه القانون أو إذا كان مخالفا للآداب و للنظام العام[3] بحيث يعرف السبب بأنه الباعث الدافع على التعاقد"[4]، وانتقد هذا الرأي على أن تأسيس نظرية الغش على فكرة السبب الغير مشروع، يؤدي إلى عدم اشتمالها على جميع حالات الغش، وأن ما

[1] نادية فضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، ص137.

[2] نادية فضيل، الغش نحو القانون، ص91.

[3] نادية فضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، ص138.

[4] علي علي سليمان، المرجع السابق، ص161.

يترتب على السبب غير المشروع هو البطلان المطلق، بينما يكون الجزاء المترتب على الغش نحو القانون هو عدم الاحتجاج بالتصرف المشوب بعيب الغش وليس البطلان[1].

ثالثا: فكرة الغش نحو القانون والنظام العام

يجد جانب أخر من الفقه أن الغش نحو القانون يمثل مظهرا من مظاهر الدفع بالنظام العام، وهذا راجع لوجود تشابه بينهما من خلال النتيجة التي يؤدي إليها كل منهما وهي استبعاد القانون المختص بموجب قاعدة الإسناد، لكن انتقد هذا الرأي على أساس أن فكرة النظام العام تختلف اختلافا كبيرا عن فكرة الغش نحو القانون، لأن استبعاد القانون الأجنبي باسم النظام العام يقوم على تعارض مضمونه مع الأسس الجوهرية في دولة القاضي، أما استبعاد القانون الأجنبي بناءا على الدفع بالغش نحو القانون فيرجع إلى عنصر النية في استعمال قاعدة الإسناد بطريقة احتيالية[2].

رابعا: فكرة الغش نحو القانون ونظرية التعسف في استعمال الحق

يذهب جانب من الفقه إلى أن أساس نظرية الغش نحو القانون يرجع إلى نظرية التعسف في استعمال الحق، وذلك لأن القانون أعطى لكل منهما رخصة قانونية، فيساء استعمالها، أي يتم تحويل الحق عن غايته المشروعة والصحيحة[3]، لكن توجد عدة فوارق بين نظرية التعسف في استعمال الحق ونظرية الغش نحو القانون و التي نجد من بينها:

-إن الغش يكون موجها إلى القانون في حد ذاته، أي أن التحايل قد تم من أجل التهرب من أحكام القانون الواجب التطبيق على المسالة المطروحة، أما التعسف في استعمال الحق فهو

---

[1] نادية فضيل، الغش نحو القانون، ص91.

[2] هشام علي صادق، المرجع السابق، ص220.

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

موجه ضد الغير والذي يمس الشخص في ذاته، وبالتالي فالغش هنا يمس مصلحة عامة، أما التعسف فهو يمس مصلحة خاصة[1].

- وقد يقع التعسف لمجرد إهمال الحق والاستخفاف في استعماله، والذي يؤدي إلى إلحاق الضرر بمصلحة فردية، بينما الغش لا يقوم إلا إذا توافرت فيه نية الغش وهو يلحق ضررا بمصلحة عامة[2].

وهكذا فإنه لا يمكن اعتبار أن أساس نظرية الغش نحو القانون يرجع إلى أية نظرية كما رأينا، مما يعني أن هذه النظرية مستقلة وقائمة على مبدأ عام وهو: أن الغش نحو القانون يفسد كل شيء، وأنه لا يجوز لأي أحد أن يتجنب تطبيق القوانين سواء كانت قوانين وطنية أو أجنبية.

المطلب الثاني: تمييز الغش نحو القانون عن الدفع بالنظام العام

يرى بعض الفقهاء[3] أن فكرة الغش نحو القانون ما هي إلا تطبيقا من تطبيقات الدفع بالنظام العام، هذا الرأي غير صائب وصحيح، لذا لا بد لنا من التطرق إلى التمييز بين هاذين الدفعين (الدفع بالنظام العام والدفع بالغش نحو القانون)، بحيث يتم ذلك من خلال تحديد الأوجه التي يتشابهان فيها، وهذا ما سندرسه في الفرع الأول، وكذا تحديد الأوجه التي يختلفان فيها، وهذا ما سنتطرق إليه من خلال الفرع الثاني.

---

[1] زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، ص299.

[2] نادية فضيل، الغش نحو القانون، ص98.

[3] من بينهم الفقيه بارتن bartin ، الذي يقول: " أن الغش هو بمثابة المظهر الشخصي لفكرة النظام العام، والذي يظهر في خلق وضعية اجتماعية غير مألوفة عند تطبيق قانون أجنبي"، أشارت إليه نادية فضيل، الغش نحو القانون، ص106.

الفرع الأول: أوجه التشابه

يعد كل من الدفع بالغش نحو القانون والدفع بالنظام العام دفعان يشتركان في العديد من النواحي، وهذا لأنهما يعدان وسيلتان فنيتان استثنائيتان لإقصاء القانون الأجنبي الواجب التطبيق على النزاع، أي أنهما وسيلتين عاديتين من أجل تحقيق هذا الهدف، والقاضي في هذه الحالة لا يلجأ إليهما في بادئ الأمر، بل يحتفظ بهما كعلاج أخير لمواجهة أحكام القانون الأجنبي المخالفة للمبادئ والأسس الموجودة في دولة القاضي، أو لمواجهة أحكام القانون الأجنبي أو القانون الوطني المراد التهرب من أحكامه[1].

كما أن للقاضي (المطروح أمامه النزاع) السلطة التقديرية الواسعة في تحديد وضبط شروط كل من الدفعين، وذلك نظرا لعدم وجود معيار دقيق يتحكم في فكرة التعارض الموجودة مع مقتضيات النظام العام، أو للتثبت من نية الغش نحو القانون لدى الأطراف[2].

كذلك نجد أن الدفعين يتشاركان في الهدف والغاية التي يرميان إليها، والتي تكمن في حماية الأسس والقيم التي يقوم عليها مجتمع دولة القاضي، كذا استبعاد القانون الواجب التطبيق والمخالف للقواعد والأحكام الموجودة في دولته[3].

غير أنه وعلى الرغم من وجود تلك الأوجه (أوجه التشابه) بين الدفعين، إلا أن هناك بعض الفقهاء ذهبوا إلى القول بأن التحايل على القانون ليس إلا حالة خاصة من حالات تطبيق الدفع بالنظام العام، بحيث أنه يمكن الاستغناء عنه اكتفاء بهذا الأخير[4]، وهذا كله نظرا لوجود عدة فوارق جوهرية بين الدفعين، والتي تجعل نظرية الغش نحو القانون نظرية مستقلة عن نظرية النظام العام، وهذا ما أخذ به غالبية الفقه.

---

[1] جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص236.

[2] أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص ص546-547.

[3] صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص380.

[4] صلاح الدين جمال الدين، المرجع نفسه، ص371.

الفرع الثاني: أوجه الإختلاف.

لكي يتم التمييز بين الدفع بالغش نحو القانون والدفع بالنظام العام بشكل مضبوط ودقيق، لا يكفي إبراز أوجه التشابه الموجودة بينهما، بل لابد من إظهار الأوجه التي يختلفان فيها، والتي تظهر من خلال عدة جوانب نذكر منها:

أولا: من حيث وظيفة الدفعين

إن الدفع بالنظام العام هو دفع موجه إلى أحكام القانون الواجب التطبيق، والذي تتعارض أحكامه مع الأسس و المبادئ التي يقوم عليها النظام العام في دولة القاضي، أي أن هذا الدفع يهدف بالدرجة الأولى إلى حماية القانون الوطني، بينما الدفع بالغش نحو القانون هو دفع موجه إلى الوسيلة التي لجأ إليها الأفراد لإخضاع علاقتهم القانونية لحكم قانون ليس هو القانون المختص أصلا بحل النزاع المطروح، وبالتالي هو يحمي القانون الواجب التطبيق الذي يكفل تطبيقه[1].

فلو افترض مثلا أن قانون القاضي يمنع الطلاق، وبعدها تجنس أحد الزوجين بجنسية أجنبية وكان قانون هذه الأخيرة يسمح بإجراء الطلاق، فإنه لا يمكن القول بأنه إذا كان التجنس بقصد الحصول على الطلاق يعتبر متعارضا مع النظام العام، في حين أنه إذا كان التجنس جديا وحصل الزوج بعدما تم ذلك الطلاق مباشرة لم يكن الطلاق مخالفا للنظام العام، وإنما تم عن طريق الغش نحو القانون– لأنه إذا كان مخالفا للنظام العام يجب أن يكون كذلك في كلتا الحالتين على السواء بصرف النظر عن عنصر النية[2].

[1] أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص547.

[2] محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص ص417-418.

ثانيا: من حيث طريقة التمسك بالدفعين

يجوز لأطراف العلاقة القانونية محل النزاع التمسك بالدفع بالغش نحو القانون في حالة التهرب من أحكام القانون الواجب التطبيق إلى قانون آخر غير مختص، وسواء كان هذا الأخير قانون القاضي أو قانون أجنبي آخر، وعليه فمجال التمسك بالدفع بالغش أوسع نطاقا من مجال التمسك بالدفع بالنظام العام، والذي لا يجوز التمسك به إلا في مواجهة القانون الأجنبي المخالف للمبادئ والقيم الجوهرية في دولة القاضي[1].

ثالثا: من حيث مجال إعمال الدفعين

يستقر مجال الدفع بالنظام العام في مرحلة إنشاء المراكز القانونية في دولة القاضي، أما فيما يخص المراكز التي تنشأ في الخارج فإن أثر النظام العام يكون مخففا، فيتم إعماله في مرحلة الاحتجاج بالمركز القانوني الذي نشأ بالخارج[2]، أما مجال إعمال الدفع بالغش نحو القانون يكون في مرحلة الاحتجاج بالمركز القانوني- لا مرحلة إنشائه- فيرتب بطلان كل ما تم بناءا على الغش، ومثال ذلك الزوجة التي تتجنس بجنسية أجنبية بغرض التهرب من قانون جنسيتها وجنسية زوجها للحصول على الطلاق وفق قانون جنسيتها الجديدة، ثم تعود لتتوطن في إقليم الدولة الأولى، وتتمسك بمركزها القانوني الجديد –كمطلقة- الذي نشأ بالخارج، فإذا كان الطلاق في حد ذاته ليس مخالفا للنظام العام في الدولة الأولى، فإن نية الغش نحو القانون التي صاحبت التجنس بجنسية الدولة الثانية، وإن لم يترتب عليه بطلان التجنس فأنه يترتب عليه بطلان المركز القانوني الذي ترتب على هذا الغش[3].

---

[1] صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص371.

[2] جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص238.

[3] صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص337.

رابعا: من حيث الأثر المترتب عن الدفعين

يظهر الاختلاف بين الدفعين من حيث الأثر الذي يترتب على كل واحد منهما، فالأثر المترتب عن الدفع بالنظام العام هو استبعاد القانون الواجب التطبيق، وتطبيق قانون القاضي محله، أما الأثر المترتب عن الدفع بالغش نحو القانون فهو استبعاد القانون الذي أراد الأطراف تطبيقه غشا، وتطبيق القانون الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد قبل وقوع الغش[1].

المطلب الثالث: شروط الدفع بالغش نحو القانون

رأينا أن الدفع بالغش نحو القانون ما هو إلا دفع يتم في حالة ما إذا أراد الأفراد تغيير ضابط الإسناد الذي يحدد القانون الواجب التطبيق، وهذا تهربا من تطبيق هذا الأخير وإحلال قانون آخر أكثر ملائمة للعلاقة الناشئة بين الأفراد محله، ولكي يتم إعمال هذا الدفع كسبب لاستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق، لابد من توافر مجموعة من الشروط التي يقوم عليها، فنجد منها ما هو متفق عليه (الفرع الأول) ومنها ما هو غير متفق عليه (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الشروط المتفق عليها

لقد أجمع الفقه على أنه مهما يكن الأساس الذي تقوم عليه فكرة الغش نحو القانون فإن قيامها يتطلب توافر شرطين أساسيين، وذلك من أجل التمسك بهذا الدفع، شرط مادي يتمثل في إجراء تغيير إرادي في ضابط الإسناد، والثاني معنوي يتمثل في توافر نية الغش أو التحايل على القانون.

[1] أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص548.

أولا: التغيير الإرادي في ضابط الإسناد

يجب لإعمال الدفع بالغش نحو القانون وجود تغيير في ضابط الإسناد، والذي يتحدد عن طريقه القانون المختص، بحيث تتدخل في هذه الحالة إرادة الأفراد التي تلعب دورا هاما في تحويل الإختصاص من قانون إلى قانون آخر، ولا يحدث هذا التغيير إلا إذا كان ضابط الإسناد من الضوابط التي تتدخل إرادة الأفراد في تغييرها[1]، كما نجد أن القانون قد أجاز للأفراد تغيير الضابط المتعلق بجنسيتهم أو موطنهم أو محل إقامتهم، وبالتالي يمكن لهذا الفرد تغيير جنسيته مثلا ليخضع لقانون غير القانون الذي كان خاضعا له من قبل، و هذه الحالة تعد مخالفة غير مباشرة للقانون[2].

كما قد يحدث هذا التغيير في مجال الأحوال الشخصية التي تعتمد على الجنسية أو الموطن كضابط لاختيار القانون الواجب التطبيق، وهو ما حدث في قضية الأميرة "دي بوفرمون"، كذلك قد يحدث في المسائل المتعلقة بالأموال والشركات، كأن ينقل حائز المنقول أو مركز الإدارة الرئيسي للشركة من دولة إلى دولة أخرى للتهرب من القيود التي يفرضها قانون دولة الموقع أو مركز الإدارة الرئيسي[3].

يرى بعض الفقهاء أن هذا الشرط قد يتحقق كذلك بتغيير الديانة بالنسبة للدول التي تسند الأحوال الشخصية إلى الدين، إذ قد يحدث أن يغير شخص دينه بقصد التهرب من الأحكام الصارمة فيه إلى الأحكام اليسيرة في الدين الجديد، ومن ذلك حكم محكمة الشارع السورية التي رفضت في 1925/06/12 لمسيحي أسلم وفق تنفيذ حكم كان قد صدر ضده يجبره على

---

[1] جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص ص224-225.

[2] أحمد الفضلي، المرجع السابق، ص160-161.

[3] أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص ص556-557.

تسديد نفقة زوجته، بحيث بنت حكمها على أن تغيير الدين كان الهدف منه التخلص من دفع النفقة[1].

ولتحقق هذا الشرط لا بد من أن تكون الوسيلة المستعملة مشروعة، وأن يكون التغيير إراديا وفعليا، كما لا بد من أن يكون هذا التغيير منتجا، وهذا ما ستتم دراسته على النحو الآتي:

1- يجب أن تكون الوسيلة المستعملة مشروعة:

أول شرط من بين الشروط الضرورية لتحقق التغيير الإرادي في ضابط الإسناد هو أن تكون الوسيلة التي لجأ إليها الغاش مشروعة وصحيحة، لأنه لو كانت الوسيلة غير مشروعة قانونا، كأن يتم تغيير الجنسية على وثائق ومستندات مزورة، فهنا لا يعتد بالجنسية التي اكتسبت عن طريق التزوير، وبالتالي لا حاجة إلى إعمال الدفع بالغش نحو القانون[2]، وإنما يكفي لتفادي النتيجة التي يهدف إليها الشخص أن يثبت أن الوسيلة المستخدمة غير مشروعة.

2- يجب أن يكون التغيير إراديا:

إضافة إلى الشرط الأول، لا بد من أن يكون التغيير إراديا، أي أن يكون للإرادة دور في إحداث التغيير، كما لو اكتسب الفرد جنسية جديدة عن طريق التجنس على رغبته في الحصول على تلك الجنسية، أما إذا حصل التغيير بدون إرادة الفرد، كما لو حدث نتيجة –هذا التغيير- لتبدل السيادة مثلا، فلا يعد هذا التغيير إراديا، ولا يتم إعمال الدفع بالغش نحو القانون في هذه الحالة[3].

---

[1] نادية فضيل، الغش نحو القانون، ص75-76.

[2] محمد مبروك اللافي، المرجع السابق، ص89.

[3] سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق، ص187.

3- يجب أن يكون التغيير فعليا:

لا بد من أن يكون التغيير فعليا لا صوريا وسليما من الناحية القانونية، فلو كان صوريا لما كانت هناك حاجة إلى إعمال الدفع بالغش نحو القانون، لأنه يكفي فقط في هذه الحالة التمسك بالأحكام الصورية، فالشخص الذي قام بتغيير جنسيته أو موطنه يكون قد استوفى جميع الشروط المقررة واكتسب تلك الجنسية أو الموطن فعلا، فلو ادعى شخص أنه اكتسب جنسية دولة ما وطالب بتطبيق أحكام قانون الجنسية الجديدة، وبعدها تبين أن الاكتساب للجنسية لم يكن مكتملا، فهنا لا حاجة إلى إعمال الدفع بالغش نحو القانون لأن تغيير ضابط الإسناد لم يتم من الناحية القانونية، ولا من الناحية الواقعية[1].

4- أن يكون التغيير منتجا:

أخيرا يشترط أن يكون التغيير منتجا، أي أن يكون هناك تحويل في الاختصاص التشريعي، فلو قام الشخص بتغيير جنسيته لا بد من أن تكون قاعدة التنازع في قانون القاضي مازالت تعتبر الجنسية ضابطا، وعليه إذا تغيرت قاعدة الإسناد وأصبح الضابط هو الموطن بدل الجنسية، فلا يتحقق الشرط، ولا يمكن إعمال الدفع بالغش نحو القانون بل يتم إعمال مشكلة التنازع الزمني لقواعد الإسناد[2].

ثانيا: توافر نية التحايل على القانون

إن النية أو الباعث عامل نفسي داخلي يهدف إلى تحقيق أمر معين يكون الشخص عازما عليه، فإذا ما تحقق هذا الهدف فإن القصد منه قد خرج إلى المجال الاجتماعي الخارجي،

[1] أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 558.

[2] أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع نفسه، ص 558.

وبالتالي تكون نية التحايل على القانون هي انبعاث النفس إلى الإفلات من القواعد القانونية بوسائل قانونية[1].

لهذا يستلزم لقيام الدفع بالغش نحو القانون توافر هذا الشرط، والذي يهدف إلى التهرب من أحكام القانون الواجب التطبيق، وإرجاع الاختصاص لقانون آخر، بحيث لو انتفت هذه النية لكان الإجراء الذي قام به الغاش صحيحا ولا يشوبه أي عيب[2].

ويستدل القاضي على تحقق العنصر المعنوي من خلال ظروف وملابسات النزاع، حيث يتأكد من أن التغيير الذي تم يهدف إلى تحقيق نتيجة معينة من دون أن يقبل الأطراف النتائج الأخرى، كعدم قبولهم بالواجبات التي يفرضها تمتعهم بالجنسية الجديدة[3]، وللقاضي كامل السلطة التقديرية في تقدير وجود نية الغش من عدمها، وهذا ما قد يثير صعوبة من حيث إثباته، حيث يستلزم في هذه الحالة خضوع القاضي في النوايا والبواعث النفسية، والتي تعد من الأمور التي لا يسهل التحقق منها، ولا يتم تحديدها بشكل ثابت ودقيق، وهذا ما قد نادى به بعض الفقهاء.

لكن غالبيتهم يتجه إلى وجوب التجاء القاضي إلى المعيار الموضوعي الذي بفضله يستخلص نية الغش، وذلك من خلال وقائع كل قضية لوحدها مستعينا في ذلك بمجموعة من القرائن والدلائل المساعدة له، والتي نجد من بينها:

- حالة التزامن بين ضابط الإسناد وبين طلب تطبيق القانون الذي يشير إليه هذا الضابط، كما لو قام شخص بالتجنس بجنسية جديدة، وبعدها مباشرة حصل على الطلاق الذي لم يكن قانون جنسيته الأولى يسمح به، فهنا كان للفارق الزمني دورا رئيسيا في الكشف عن نية الغش نحو القانون.

---

[1] أحمد الفضلي، المرجع السابق، ص163.

[2] نادية فضيل، الغش نحو القانون، ص79.

[3] صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص364.

- التسهيلات التي ينطوي عليها القانون الجديد لصالح الشخص الذي قام بتغيير ضابط الإسناد[1]، فمثلا هناك بعض التشريعات كتشريع ولاية نيفادا NEVADA بالولايات المتحدة الأمريكية، وكالتشريع المكسيكي الذي يسمح بالتطليق لأي سبب من الأسباب حتى لو كان قانون جنسية الأفراد أو قانون موطنهم لا يسمح بذلك، ثم يلجأ هؤلاء الأفراد إلى تلك القوانين خصيصا للحصول على التطليق، فهنا تظهر نية الغش دون الحاجة إلى البحث عن النوايا.

في الأخير نشير إلى أنه في مجال العلاقات التي تحوي العنصر الأجنبي (دولية)، يجب أن يكون جميع أطراف تلك العلاقة قد استعملوا سوء نيتهم في تغيير ضابط الإسناد الذي يشير إلى القانون الواجب التطبيق عليهم، وهذا حتى يتسنى الدفع بالغش نحو القانون وذلك قياسا على العقد الذي يكون سببه غير مشروع، فلكي يتم إبطال هذا العقد يجب أن يكون السبب الذي دفع جميع أطرافه إلى إبرامه غير مشروع، وبالتالي لا يجوز قصر السبب الغير مشروع على طرف واحد في العقد[2].

الفرع الثاني: الشروط الغير متفق عليها

إضافة إلى الشرطين الذين تم ذكرهما سابقا، هناك بعض الفقهاء من اشترط شروطا أخرى إضافة إلى الأولى، والتي يجب توافرها كلها لكي يتم إعمال الدفع بالغش نحو القانون وتكمن هذه الشروط في شرطين هما: أن يتم الغش نحو قانون القاضي أولا- وأن تكون الأحكام المراد التهرب منها آمرة- ثانيا.

أولا: أن يتم الغش نحو قانون القاضي

يقصد بهذا الشرط أن يكون القانون الذي رغب الأشخاص في التهرب من أحكامه هو قانون القاضي، أي أنه يشترط أن يكون القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية هو

[1] نسرين شريفي وسعيد بوعلي، المرجع السابق، ص ص 112-113.

[2] نادية فضيل، الغش نحو القانون، ص82.

القانون الوطني للقاضي المطروح أمامه النزاع، وليس قانونا أجنبيا لأنه إذا كان القانون المتهرب منه هو القانون الأجنبي فلا يوجد مجال في هذه الحالة لقيام الدفع بالغش نحو القانون في مواجهة القاضي، وذلك لأن مهمة هذا الأخير هي حماية قانونه الوطني عن طريق منع الأفراد من مخالفته، ولا يدخل في نطاق هذه المهمة الموكلة للقاضي حماية القانون الأجنبي[1].

هذا ما أخذ به القضاء الفرنسي في 5 فبراير عام 1959، على إثر ادعاء بالغش من طرف امرأة إيطالية تجنس زوجها بالجنسية الفرنسية، والتي من خلالها طلب التطليق وفقا لقانون تلك الجنسية، فقضت محكمة النقض الفرنسية بأنه ليس للمحاكم الفرنسية التدخل في أمر التجنس، لأن هذا الأمر يعد من بين الأعمال الإدارية للدولة ولا يجوز التدخل فيه[2] ، وقد تم تأييده من قبل غالبية الفقهاء وإن كانت ترى ضرورة رفض القضاء لكل التصرفات الضارة بالتقاليد والآداب العامة التي تشترك فيها المجتمعات، لأن أساس الغش نحو القانون هو محاربة الغش بكل أنواعه وأشكاله، وإذا كان القاضي غير ملزم بحماية القوانين الأجنبية ضد هذا التحايل، فإنه مع ذلك ينبغي على القاضي توقيع الجزاء المناسب على جميع التصرفات المخالفة للأخلاق والمبادئ[3].

مع ذلك تعرض هذا الاتجاه للنقد من طرف الفقه الحديث الذي يرى أنه من الضروري إعمال نظرية الغش نحو القانون، سواء كان المقصود به هو التهرب من أحكام القانون الوطني أو أحكام القانون الأجنبي[4] ،وبعدها أصبح القضاء الفرنسي يقبل التمسك بالغش نحو القانون الأجنبي، وذلك من خلال إبطاله لكل العقود المبرمة وفقا للقانون الفرنسي نتيجة للغش نحو القانون الأجنبي، وذلك في 7 مارس 1961 ، وكذا في قرار "مانزر munzer" الذي أخضع

---

[1] أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص192.

[2] نادية فضيل، الغش نحو القانون، ص86.

[3] نادية فضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، ص136.

[4] هشام علي صادق، المرجع السابق، ص217.

الأمر بتنفيذ الأحكام الأجنبية إلى شرط أن تكون خالية من أي غش نحو القانون، وهذه العبارة تشمل كل من قانون القاضي والقانون الأجنبي على حد سواء[1].

كما نجد أن المشرع الجزائري قد تبنى هذا الرأي أيضا عندما نص في المادة 24 من القانون المدني على استبعاد تطبيق القانون الأجنبي، إذا ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون، وبعدها نص في الفقرة الثانية أن القانون الجزائري هو القانون الذي يطبق محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام، وبالمقابل نجده قد سكت عن القانون الذي يطبق في حالة ثبوت الغش نحو القانون، مما يعني أن المشرع الجزائري قد ساوى بين القانونين – القانون الوطني والقانون الأجنبي– وعليه فقد يكون القانون الجزائري الواجب تطبيقه إذا كان هو القانون الذي تهرب الأشخاص من تطبيق أحكامه، كما قد يكون القانون الأجنبي هو القانون الواجب التطبيق إذا كان هو الآخر ضحية للغش نحو القانون.

ثانيا: أن تكون الأحكام المراد التهرب منها أحكام آمرة

يرى جانب من الفقه التقليدي أنه يجب أن يقتصر أمر إعمال نظرية الغش نحو القانون على الحالات التي يكون فيها التهرب من الأحكام الآمرة، أي أن الغش قد تم فقط في القوانين التي توصف بأنها أحكام آمرة، أما فيما يتعلق بالقواعد المكملة فلا مجال لإعمال الدفع بالغش نحو القانون فيها، وهذا راجع لأن الأفراد لهم كامل الحرية في الاتفاق أو الخروج عن أحكامها وإخضاع علاقتهم القانونية لغير الأحكام التي وضعت لها، أي أنه في هذه الحالة تتدخل الإرادة في تغيير تلك القواعد المكملة، لهذا لا يمكن للغش أن يكون ضمن هذه الأحكام[2].

لكن الفقه الحديث والغالب يرى بأنه مادامت العبرة بالغرض الذي يهدف إليه الأفراد من خلال تصرفاتهم – النتيجة المراد تحقيقها من وراء الغش – فمن المتصور أن يخرج الأفراد عن

[1] نادية فضيل، الغش نحو القانون، ص87.

[2] حسن الهداوي، المرجع السابق، ص204.

الهدف والغاية التي رسمها المشرع من وراء القاعدة القانونية سواء كانت آمرة أو مكملة، ففي مجال العقود الدولية مثلا الأفراد لهم واسع الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق على علاقاتهم، بحيث لا يحق لهم الانحراف بهذه الرخصة التي خولها لهم المشرع وهي تسيير المعاملات، ويتحقق ذلك عند قيام الأفراد بتحويل عقد وطني بجميع عناصر إلى عقد دولي مع إدخال العنصر الأجنبي فيه، وهذا لكي يتم إخضاعه لقانون غير القانون الوطني المختص أصلا بحكم النزاع[1].

وعليه فالدفع بالغش نحو القانون يتحقق في الحالات التي يريد الأفراد التهرب من قوانينها وأحكامها المكملة، وذلك لأن القواعد المكملة تحمل نفس صفة الإلزام التي تحملها القواعد الآمرة، بحيث تكون واجبة التطبيق ما لم يتحقق شرطها اللازم، والمتمثل في أن لا يتفق الأطراف على مخالفتها[2]، هذا ما يؤدي بنا إلى استنتاج بأن الدفع بالغش نحو القانون يكون في كل من القواعد الآمرة والقواعد المكملة.

[1] جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص555.

[2] زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، ص297.

المبحث الثاني : آثار الدفع بالغش نحو القانون ومجال تطبيقه

إن الغش كما رأينا يفسد كل شيء، فالسؤال الذي يثار في هذه الحالة أنه إذا عمد الأفراد إلى تغيير ضابط الإسناد (الجنسية، الموطن، الموقع ...)على نحو فيه التحايل، أي بغية تحويل الإختصاص من القانون الواجب التطبيق أصلا (القانون المختص الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد الوطنية) إلى قانون آخر غير مختص (أي القانون الذي تم الغش نحوه)، فما هو الأثر المترتب عن إعمال هذا الدفع وفي أي مجال يمكن أن يتدخل الغش نحو القانون ؟ وللإجابة على هذا التساؤل ارتأينا إلى تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، نتناول من خلال المطلب الأول الآثار المترتبة عن إعمال هذا الدفع (الدفع بالغش نحو القانون)، أما المطلب الثاني فنتطرق فيه إلى مجال إعمال هذا الدفع .

المطلب الأول : آثار الدفع بالغش نحو القانون

يثير الدفع بالغش نحو القانون إذا ما توفرت شروط قيامه والتمسك به أثران، أثر سلبي يتمثل في استبعاد القانون الذي تم التحايل لصالحه، أي القانون الذي أراد الأفراد التهرب إليه لتطبيقه على العلاقة الموجودة بينهم، وأثر إيجابي يتمثل في تطبيق القانون الذي تم التحايل عليه، وهذا ما سندرسه من خلال الفرعين الآتيين:

الفرع الأول : الأثر السلبي للدفع بالغش نحو القانون

إن الأثر السلبي للدفع بالغش نحو القانون يرتب نتيجتين مهمتين الأولى تتمثل في استبعاد القانون الذي تم الغش نحوه لاجتناب تطبيقه – أولا - أما الثانية فتتمثل في عدم إمكانية الأطراف في الاحتجاج بالتصرف الذي شابه عيب الغش – ثانيا - .

أولا : استبعاد القانون الذي تم التحايل لصالحه

يهدف الأفراد من خلال الغش نحو القانون إلى تغيير ضابط الإسناد الذي يؤدي بدوره إلى تغيير الاختصاص من القانون الواجب التطبيق أصلا إلى قانون آخر غير مختص، وبالتالي فالجزاء المترتب إزاء هذه المخالفة لقانون القاضي هو استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المتوصل إليه، والذي حاول الأفراد اللجوء إليه لتطبيقه على النزاع وذلك بواسطة الغش[1]، بحيث يتمثل هذا الاستبعاد في عدم الإسناد أو عدم نفاذ كل أثر لاختصاصه بهدف حماية المصالح المشروعة للغير ممن قد تضار مصالحهم بينما هو ليسوا بأطراف في العلاقة، وبالتالي حماية سلطان القانون الذي أراد الأطراف اللجوء إليه عن طريق الغش[2].

معنى كل ذلك أن التحايل الذي قام به الأفراد قد تم باستخدام وسيلة مشروعة قانونا – كالحق في تغيير الجنسية أو الموطن – وهذا من أجل الوصول إلى نتيجة غير مشروعة تستشف من خلال سوء نية الأطراف، ومثال ذلك أنه إذا أراد زوجان التجنس بجنسية دولة أجنبية للتوصل إلى الحكم بالطلاق بينهما، وبعدها حصلا على الطلاق ثم تزوج أحدهما مرة أخرى ، فإنه يجوز للزوج الأول التمسك بالدفع بالغش نحو القانون حتى لا ينفذ الطلاق والزواج الثاني في مواجهته[3].

يرى جانب من الفقه أن أثر الدفع بالغش نحو القانون يجب أن يقتصر على النتيجة التي أراد الأطراف تحقيقها، دون الوسيلة التي لجؤوا إليها للوصول إلى تلك النتيجة الغير المشروعة، فإذا قام شخص بالتجنس بجنسية جديدة وفقا لشروط اكتسابها، فهذا التجنس سليم من الناحية

[1] صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص 365.

[2] أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص563.

[3] صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص366.

القانونية، أما النتيجة التي أراد الأفراد تحقيقها ما هي إلى تصرف لا يسمح به القانون كالطلاق مثلا[1].

يستند هذا الرأي على أن الغش قائم على فكرة خلقية وأدبية، وأنه يفسد كل شيء لأن النتيجة والقصد غير المشروع يفسد العمل المشروع، كما وأن القاضي الوطني غير مختص بإبطال الإجراء الذي تم عن طريق تغيير ضابط الإسناد كالتجنس والتوطن، لأن ذلك الأمر يعد من أعمال السيادة للدولة الأجنبية، وهي صاحبة الاختصاص في منح أو منع الجنسية أو الموطن، وعدم الاختصاص هذا تم تأكيده في القضاء الفرنسي في قضية الأميرة "دي بوفرمون"، كذلك نجد أن هذا الأمر يعد بمثابة جزاء لمرتكب الغش ، فهذا الأخير قد قام بتغيير ضابط الإسناد من أجل الوصول إلى نتيجة معينة، دون أن تتجه نيته إلى قبول النتائج الأخرى ، ففي حالة تجنس شخص من أجل الحصول على الطلاق، فقد يكون قانون جنسيته الجديدة أكثر صرامة على المسائل الأخرى كأهليته أدائه أو أحقيته في الإرث مثلا، وبالتالي يعد هذا الجزاء ردعا له ومعاملته بنقيض قصده[2].

في حين يرى جانب آخر من الفقه – الاتجاه الحديث في الفقه – أن الاستبعاد للقانون الذي أراد الأفراد التهرب من تطبيق أحكامه، لا يتحقق إلا إذا شمل كل من الوسيلة والنتيجة معا، أي عدم الاقتصار على عدم نفاذ التصرف الذي قام به الغاش على الطلاق، وإنما يمتد إلى أبطال الإجراء الذي تم به تغيير ضابط الإسناد كتغيير الجنسية، وإن كان هذا الأخير قد استوفى الشروط اللازمة لصحته، إلا أن الباعث على القيام به لم يكن مشروعا، وعليه يتعين عدم اعتداد القاضي به[3].

---

[1] جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص234.

[2] أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص ص 566-567.

[3] جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص235.

هذا ما أخذ به القضاء الفرنسي في قضية الأميرة " دي بوفرمون " حيث قام القاضي بإبطال الطلاق ورفض الزواج الثاني، كذلك قام بإبطال إجراء تغيير الجنسية، فبقيت الأميرة "دي بوفرمون" محتفظة بجنسيتها الأولى وهي الجنسية الفرنسية، ولكن الأمر يختلف إذا ما كان الغش قد تحقق بإجراء الأفراد لعمل مادي معين، كتغيير موقع المنقول بحيث في هذه الحالة لا يمكن أن تتم معاقبة الغاش بإبطال هذا التصرف، بل يكفي فقط عدم قبول الاحتجاج بهذا التصرف وقصر الجزاء على منع النتيجة فقط[1].

وعليه يستند أنصار هذا الرأي على أمرين: أولهما أن الغش يفسد كل شيء حتى وإن كانت الوسيلة المستعملة أو المستخدمة مشروعة، أي أن النية السيئة جاءت مصاحبة للوسيلة المستعملة المشروعة والسليمة في نفس الوقت، كما وأن الغاش قد قام في بادئ الأمر باستعمال طريقة صحيحة ومشروعة وقانونية – تغيير ضابط الإسناد – لكن نيته كانت نية سيئة هدفها تحقيق نتيجة غير مشروعة، وثانيهما تفادي الازدواجية في معاملة الشخص، أي أنه إذا اقتصرنا على عدم الاعتداد بالنتيجة مع استمرار الأخذ بالوسيلة لوصلنا إلى معاملة الشخص معاملتين: الأولى ستكون وفقا لقانون معين بسبب النزاع المعروض، والثانية وفقا لقانون آخر فيما يخص باقي المسائل الأخرى، وهذا ما يؤدي إلى ظهور الازدواجية في التعامل، وبالتالي تكون الأحكام الناتجة متناقضة وكذا تكون المراكز القانونية مختلفة من حالة إلى أخرى، بينما إذا تم الاعتداد بالوسيلة والنتيجة معا فإن الحل يكون واحدا في جميع القضايا لخضوع الشخص لقانون واحد كقانون الجنسية أو قانون الموطن[2].

في الأخير نجد أن شمولية الجزاء للوسيلة والنتيجة لا يكون إلا بالنسبة للتصرفات القانونية، وهذا راجع لعدم إمكانية الفصل بين الوسيلة المستعملة والنتيجة المحققة أما فيما يخص الأعمال المادية مثل نقل منقول من مكان لآخر، تهربا من القانون الواجب التطبيق

[1] أحمد الفضلي، المرجع السابق، ص167.

[2] صلاح الدين حمال الدين، المرجع السابق، ص369.

أصلا فلا يمتد أثر الغش إلا للغاية الغير مشروعة، أما الوسيلة فلا يمتد إليها هذا الأثر، لأنه لا يمكن تجاهل الواقعة المادية الجديدة، فالمنقول بتغيير ضابط الإسناد قد خرج من حكم القانون الأول إلى حكم قانون آخر وعليه لا تمتد الآثار الأخرى بعد نقله، فلو أن هذا المنقول قد تلف بعد نقله ، فلا يجوز أن تخضع المسؤولية عن تلفه للقانون الذي ارتكب الغش نحوه لأنه قد انتقلت من دائرة خضوعه لأحكامه إلى دائرة أحكام قانون الدولة التي انتقل إليها[1].

ثانيا : عدم جواز الاحتجاج بالتصرف المشوب بعيب الغش

لقد ظهر اختلاف بين الفقهاء في ترتيب الجزاء على الغش نحو القانون ، فالبعض منهم يرون بأنه لا يجب ترتيب أي أثر للتصرف الذي شابه عيب الغش باعتباره تصرفا باطلا كله، فإذا كان التجنس قد تم غشا للوصول إلى الطلاق، فإن التجنس يكون باطلا، وبالتالي يبطل الطلاق، في حين يرى جانب آخر من الفقهاء أنه يجب أن يقتصر الجزاء على عدم الاحتجاج بالأثر الذي أراد الأفراد الوصول إليه عن طريق ارتكاب الغش، وفي هذا الصدد اقتصرت محكمة النقض الفرنسية في حكمها في قضية الأميرة " دي بوفرمون " على اعتبار الطلاق الذي كانت تسعى إليه هذه الأميرة عديم الأثر، ولم تبطل تجنسها بالجنسية الألمانية[2]، ومعنى هذا كله أنه لا يجوز للفرد الذي أراد التهرب من أحكام القانون الواجب التطبيق عن طريق الغش نحو القانون الاحتجاج بهذا التصرف لأنه غير مشروع من الناحية القانونية لوجود نية التحايل فيه ، وبالتالي يطبق القانون الذي قصد الأفراد التهرب من تطبيق أحكامه.

الفرع الثاني: الأثر الإيجابي للدفع بالغش نحو القانون

يشمل الأثر الايجابي للدفع بالغش نحو القانون نقطتين أساسيتين هما: تطبيق القانون الذي قصد الأطراف التهرب من أحكامه والتخلي عن النتيجة المحققة بفضله – أولا – وكذا

[1] أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص199.

[2] علي علي سليمان، المرجع السابق، ص165.

حرمان الغاش من النتيجة التي رغب في الحصول عليها من وراء ذلك –ثانيا- وهذا ما ستتم دراسته كالآتي:

أولا : تطبيق القانون الذي تم الغش نحوه

إن التغيير الذي أحدثه الفرد في ضابط الإسناد، والذي كانت الغاية منه هو التهرب من أحكام القانون الواجب التطبيق المشار إليه من خلال إعمال قاعدة الإسناد، يستوجب استبعاد القانون الذي تم الغش نحوه، أي القانون الذي أراد الأفراد تطبيقه، مما يستلزم إيجاد حل سريع له وملئه، أي إيجاد سند قانوني لهذا الفراغ، بحيث يكون هذا عن طريق إعادة الاختصاص إلى القانون الذي تم التحايل عليه، أي تطبيق القانون الذي قصد الأفراد التهرب من أحكامه، وفي ذلك تجنب للاعتداء على قاعدة التنازع الوطنية[1]، وكذا تجنب لكل إهدار للاعتبارات التي تنهض عليها، ومرد هذا الاعتداء لا يكون إلا بإعادة سلطانها وتطبيقها على النحو الذي كان يجب أن تطبق عليه لو لم يحدث التلاعب بضابط الإسناد، أي يتم إعادة الاختصاص للقانون الذي كانت تشير إليه قاعدة الإسناد منذ البداية وإحلاله محل القانون الذي افتعل اختصاصه بالغش[2].

كما ونجد أن من الأوصاف التي تتميز بها قاعدة التنازع صفة الازدواجية (ثنائية)، أي أنها تؤدي إلى اتجاهين، بمعنى أن القانون الواجب التطبيق على النزاع والذي تشير إليه قاعدة الإسناد قد يكون قانون القاضي المرفوع أمامه هذا النزاع، أو قد يكون قانون أجنبي آخر، وهذا هو الأثر الايجابي لقاعدة التنازع[3].

[1] صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص369.

[2] أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص567.

[3] صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص370.

ثانيا : حرمان مرتكب الغش من النتيجة الغير مشروعة

إن الشخص الذي قصد التهرب من أحكام القانون الواجب التطبيق عن طريق تغيير ضابط الإسناد، إنما كان يهدف إلى تحقيق النتيجة التي كان يرغب في حصولها، وبالتالي فالجزاء الذي يستحقه هذا الغاش هو حرمانه من تلك النتيجة الغير مشروعة، لأن العبرة في التصرف بمقصده وهدفه ولا يجب المبالغة في توقيع الجزاء، وبالتالي يكفي أن يرد الغاش عن قصده، أما باقي الآثار فلا ينصب الحرمان عليها، لأنها تمت بطريقة مشروعة وسليمة[1].

المطلب الثاني : مجال إعمال الدفع بالغش نحو القانون

نجد الكثير من التحايلات تقع في مختلف المجالات، لكن المجال الرئيسي لتطبيق فكرة الغش نحو القانون هو مجال الأحوال الشخصية، أي أن الغش نحو القانون يكثر في مسائل المنتمية لفئة الأحوال الشخصية، لكن هذا لا يمنع من حدوثها في المجالات الأخرى، كمجال الحقوق العينة، أين يتحايل الأفراد على القانون المتعلق بالأموال المنقولة وهذا بتغيير مكان وجود المنقول، كما نجد أن الغش قد يحدث في مجال التصرفات القانونية، إذ يستطيع الأفراد فيما يخص العقود إدخال العنصر الأجنبي، بحيث يتحول هذا العقد من عقد وطني إلى عقد دولي يحتوي على العنصر الأجنبي، لذلك سوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين: الأول يتعلق بتطبيق الدفع بالغش نحو القانون في مسائل الأحوال الشخصية، والثاني يتعلق بتطبيق الدفع بالغش نحو القانون في مجال التصرفات القانونية.

الفرع الأول : مجال تطبيق الدفع بالغش في مسائل الأحوال الشخصية

يعد الزواج من بين أهم المواضيع في مجال الأحوال الشخصية إلى جانب الطلاق، وهذا راجع للاختلاف الموجود في أغلب التشريعات، حيث يبدأ هذا الاختلاف من فكرة الزواج نفسها ويمتد إلى الطريقة التي ينعقد بها، وكذا عن ما يترتب عن هذا العقد من آثار، فمثلا يعد الزواج

[1] زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، ص301.

في بعض الدول من بين الأمور الدينية، في حين يعتبر في دول أخرى من النظام الخاضع للقانون المدني... ، وعليه سوف نتطرق في هذا الفرع إلى مجال تطبيق الغش نحو القانون على الزواج – أولا – ثم مجال تطبيقه على الطلاق – ثانيا – وهذا لأهمية الفئتين في مجال الأحوال الشخصية

أولا : تطبيق الدفع بالغش نحو القانون على الزواج

تخضع بعض الدول حكم الأحوال الشخصية والتي نجد من بينها أهلية إبرام عقد الزواج إلى قانون الموطن، في حين تخضعه دول أخرى إلى قانون جنسية الزوجين، ومن بين الدول التي أخضعت أهلية إبرام عقد الزواج لقانون الجنسية نجد القانون الفرنسي والقانون الجزائري.

ففي فرنسا قبل عام 1884[1]، كان الطلاق غير مباح أي كان القانون الفرنسي لا يسمح للزوجين بالطلاق وفقا لأحكامه، لذا كان يلجأ الأفراد إلى التحاليل بواسطة تغيير الجنسية أو الموطن، وهذا لكي يتمكنوا من الحصول على الطلاق وإعادة الزواج في بلد آخر، أما في الوقت الحاضر فقد أباح القانون الفرنسي الطلاق وأصبحت أغلب الموانع متعلقة بالقصر فقط، بحيث ينص القانون المدني الفرنسي في المادة 170 منه على ما يلي: " إن الزواج المبرم في الخارج بين فرنسيين أو بين فرنسيين وأجانب يكون صحيحا متى تم شهره طبقا للشكل المقرر في البلد الذي أبرم فيه، وبشرط أن يعلن في فرنسا طبقا لما تقضي به المادة 63[2]. وعليه نلاحظ أنه لكي يتم إبرام عقد الزواج وفقا للقانون الفرنسي لا بد من الإعلان عنه في فرنسا، وإلا كان الزواج باطلا حتى ولو استوفى جميع الشروط الموضوعية[3].

---

[1] نادية فضيل، الغش نحو القانون، ص115.

[2] ACTE 63 : *Avant la célébration du mariage, l'officier de l'état civil fera une publication par voie d'affiche*
apposée à la porte de la maison commune. Cette publication énoncera les prénoms, noms, professions, domiciles et résidences des futurs époux, ainsi que le lieu où le mariage devra être célébré.

[3] نادية فضيل، الغش نحو القانون، ص116.

وهذا الإعلان يهدف إلى منع قيام الزواج الغير صحيح أو الغير شرعي، والذي يتم بواسطة الغش نحو القانون، وكذا يهدف إلى إعلام كل ذي مصلحة وأخطاره بهذا الزواج حتى يتسنى لهذا الأخير أن يعترض على هذا الزواج ويوفقه، وعلى هذا منع الزواج العرفي أو السري الذي تعرضت له محكمة السين في 23 نوفمبر 1910 في إحدى القضايا المعروضة عليها[1].

وعليه فالإعلان عن الزواج له أهمية كبيرة في القانون الفرنسي، بحيث تؤدي مخالفته إلى بطلان الزواج الذي تم عن طريق الغش، إلا أن تطبيق الجزاء على الغش في مجال الزواج تعترضه بعض الصعوبات التي من بينها أن المشرع الفرنسي ضيق كثيرا من حالات البطلان في الزواج، والتي تقدر بسنة واحدة من يوم العلم بالزواج، والجدير بالذكر أن القانون الفرنسي يخضع زواج الأجانب في جانبه الشكلي إلى قانون المحل الذي أبرم فيه، بحيث لا يلتزم ضابط الحالة المدنية باحترام الشكل الذي يتطلبه القانون الأجنبي، أما من الناحية الموضوعية فتعتبر الموانع المتعلقة بالموضوع والتي ينص عليها القانون الأجنبي بمثابة الدافع إلى التحايل على القوانين الوطنية[2].

أما فيما يخص القانون الجزائري فهو الآخر أخضع حكم الأحوال الشخصية للقانون الوطني، وهذا من خلال نص المادتين 11 و 13 من القانون المدني، بحيث يتضح من خلال هاتين المادتين أن الشروط الموضوعية الخاصة بعقد الزواج يجب أن تكون وفقا للقانون الجزائري، وسواء كان كل من الزوجين يحملان الجنسية الجزائرية، ماعدا ما يتعلق بالأهلية أين تظل خاضعة للقانون الوطني لكل من الزوجين هذا من جهة، ومن جهة أخرى ما يتعلق بالأهلية أين تظل خاضعة للقانون الوطني لكل من الزوجين هذا من جهة، ومن جهة أخرى أخضع شكل إبرام عقد الزواج إلى قانون محل إبرامه، فمثلا لو كان البلد الأجنبي الذي تم فيه عقد الزواج إلى قانون محل إبرامه، فمثلا لو كان البلد الأجنبي الذي تم فيه عقد الزواج الذي

[1] نادية فضيل، الغش نحو القانون، ص118.

[2] المرجع نفسه، ص121.

يعتبر الناحية الدينية، فإن القانون الجزائري يعتبر الزواج الذي تم بهذا الشكل زواجا باطلا، لأنه يتنافى مع القيم الدينية التي يقوم عليها المجتمع الجزائري، وعليه فالزواج الذي تم في الخارج بين جزائريين أو جزائري و أجنبية في الشكل الديني غير الإسلامي يعتبر زواجا باطلا[1].

ثانيا : تطبيق الدفع بالغش نحو القانون على الطلاق

يعد الطلاق من بين أكثر المجالات التي يرتكب بخصوصها الغش نحو القانون في مسائل الأحوال الشخصية، لأنه يخضع للقانون الشخصي لكل من الزوجين، أي أن الأفراد يعمدون إلى تغيير جنسيتهم ليتمكنوا من الحصول على الطلاق، فقد كانت المحاكم الفرنسية لا تعترف بتنفيذ الأحكام التي تقضي بالطلاق، والتي تمت عن المحاكم الفرنسية لا تعترف بتنفيذ الأحكام التي تقضي بالطلاق، والتي تمت عن طريق الغش حتى ولو تم تغيير الجنسية على ذلك، لأن القانون الفرنسي في تلك الفترة لم يسمح بالطلاق، وبعدها أصبح الطلاق ممكنا وفقا لهذا القانون شيئا فشيئا، وبهذا أصبح الفرنسيون لا يحتاجون إلى الانتقال خارج بلدهم للحصول على الطلاق[2].

فمثلا لو كان الزوجان فرنسيين يقيمان بالخارج، وحصلا على الطلاق مع بقائهم هناك أي في الدولة التي حصلا فيها على الطلاق وبمجرد وقوعه يعودان إلى فرنسا، فهنا يفترض سوء النية في هاذين الزوجين، وبالتالي لجأ هاذين الأخيرين إلى ارتكاب الغش نحو القانون، لكن في هذه الحالة ما إذا كان هاذين الزوجين يحملان جنسيتين مختلفين ولهما موطن مشترك بفرنسا، وقرر أن يكون طلاقهما خارج فرنسا، فهنا يعتبر غش حاصل ضد القانون الفرنسي.

أما بالنسبة للتشريع الجزائري ، فنجده قد أخذ بفكرة الطلاق سواء كان بطلب من أحد الزوجين أو بطلب الزوجين معا، وبالتالي فلا يمكن تصور وقوع الغش أو التحايل من طرف

[1] عبد لرسول كريم أبو صبيع، أثر الغش نحو القانون على ظرف الإسناد، العدد19 ، مصر، 2010، ص ص6-7.

[2] المرجع نفسه، ص ص7-8.

الجزائري لأنه باستطاعة كل منهما طلب الطلاق وفقا للقانون الجزائري، وليس هناك داع إلى تغيير جنسيتهما من أجل توقيع الطلاق.

الفرع الثاني: مجال تطبيق الغش نحو القانون في نطاق التصرفات

لا يقتصر مجال تطبيق الدفع بالغش نحو القانون على مسائل الأحوال الشخصية، بل يمتد ذلك إلى جميع المسائل المتعلقة بتنازع القوانين، والتي نجد من بينها الحقوق العينية، وكذا المتعلقة بالتصرفات القانونية والتي يستطيع الأفراد من خلالها إدخال العنصر الأجنبي طرفا في العلاقة القانونية خاصة في مجال العقود في هذه الحالة من عقود ذات طابعي وطني إلى عقود ذات طابع دولي، وقد طرحت نظريتان في مجال تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، وقد طرحت نظريتان في مجال تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية[1].

فبالنسبة للنظرية الشخصية التي يرى أصحابها أنه يجب ترك الخيار للأفراد في اختيار القانون الذي يحكم العقد الدولي سواء كان الاختيار صريحا أو ضمنيا، ولقد تعرضت هذه النظرية للنقد لأنها تساعد الأفراد على ارتكاب الجريمة، والمتمثلة في الغش نحو القانون بكل سهولة[2].

في حين يرى أصحاب النظرية الموضوعية أنه يوجد قانون معد مسبقا لحكم كل عقد، والذي بفضله يمكن للأطراف اختيار القواعد القانونية التي تحكم العقود التي يريدون إبرامها، وعليه فهذه النظرية تحد من حرية الأطراف في الاختيار وهذا نقد موجة لها كما أنها تنكر تماما وجود نظام خاص تخضع له كل العقود الدولية[3].

---

[1] نادية فضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، ص140.

[2] نادية فضيل، الغش نحو القانون، ص150.

[3] نادية فضيل، المرجع نفسه، ص152.

وفي الأخير يتضح لنا أنه لا يمكن الأخذ بالنظريتين، ذلك لأن النظرية الشخصية تعطي حرية مطلقة للأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق، وهذا ما يؤدي إلى تعسفهم في استعمال قواعد التنازع من جهة، ومن جهة أخرى لا يمكن الأخذ بالنظرية الموضوعية التي تقيد الأفراد في الاختيار، ونحن نعلم أن الأفراد في المجال الدولي يتمتعون بحرية أكبر مما يتمتعون بها في المجال الداخلي.

خاتمة

خلصنا من هذا الموضوع إلى أن حالتي استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص والتي نص عليهما المشرع الجزائري من خلال نص المادة 24 من القانون المدني والمتمثلتين في الدفع بالنظام العام والدفع بالغش نحو القانون من بين حالات استبعاد القانون الأجنبي المختص، فبالنسبة للدفع بالنظام العام الذي يعد دفع استثنائي موجه لمنع تطبيق القانون الأجنبي الذي جاء مضمونه مخالفا للمبادئ والأسس التي يقوم عليها مجتمع القاضي، لذا تعد فكرة النظام العام من بين المسائل المهمة والمعقدة في مجال القانون، نظرا لاختلافها من دولة لأخرى وعدم ثبوتها لا من حيث المكان ولا من حيث الزمان، لهذا لا نجد أي تعريف جامع مانع معطى لهذه الفكرة، وبالتالي ترك أمر تحديد مدى تعارض فكرة النظام العام مع القانون الأجنبي لسلطة القاضي التقديرية.

ولكن رغم ذلك رأينا أن لهذه الفكرة خصائص تميزها عن غيرها، والمتمثلة في صعوبة تحديد نطاق الدفع بالنظام العام، حيث نجد أن تطبيقاته تتعدد بتعدد المنازعات الناشئة بين الأفراد، كما يعد عاملا متغيرا وغير ثابت، ذلك بسبب التطورات التي يشهدها العالم في الوقت الحاضر، وبالتالي ففكرة النظام العام وفقا لخاصية النسبية قد يتسع وقد يضيق بسبب مرونة هذه الفكرة، كذلك يتم الأخذ بهذه الأخيرة في الوقت الذي يرفع فيه النزاع أمام القاضي (حالية الدفع بالنظام العام).

كما قمنا بالتمييز بين النظام العام وبعض المفاهيم المشابهة له والتي ذكرنا منها قواعد الإسناد التي تحدد القانون الأجنبي على عكس الدفع بالنظام العام الذي يؤدي إلى إستبعاد هذا القانون، وأيضا القوانين ذات التطبيق المباشر التي تتميز بالكفاية الذاتية لأنها تطبق على العلاقات ككل (العلاقات التي تحوي العنصر الأجنبي والعلاقات الداخلية)، أما الدفع بالنظام

العام فيطبق فقط على العلاقات ذات العنصر الأجنبي، كذلك تمت التفرقة بين النظام العام والنظام العام الدولي رغم أن مدلولهما مدلول واحد إلا أن وظيفتهما تختلف، فالنظام العام الداخلي يهدف إلى منع الأفراد من التجرؤ على مخالفته، أما النظام العام الدولي فيهدف إلى استبعاد تطبيق القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد الوطنية.

بعدها تم التطرق إلى الشروط الواجب توافرها لكي يتم إعمال الدفع بالنظام العام وهي ثلاثة شروط تتمثل في أن يكون القانون الأجنبي مختصا بموجب قاعدة الإسناد وأن يتوفر مقتضى من مقتضيات النظام العام، كما لابد من أن تكون المخالفة حالية أي في الوقت الذي تم رفع الدعوى فيه، وبمجرد ما إن تتوفر جميع هذه الشروط فإنه تترتب على ذلك مجموعة من الآثار بحيث ذكرنا أن هناك آثار عادية تتمثل في استبعاد القانون الأجنبي استبعادا كليا أو استبعادا جزئيا، وهذا ما يعرف بالأثر السلبي للدفع بالنظام العام، وأثر إيجابي يتمثل في حلول قواعد قانون القاضي محل القواعد المستبعدة في القانون الأجنبي، أما بالنسبة للآثار الغير عادية أو الاستثنائية فتتمثل في الأثر المخفف الذي ينصب على إنشاء حقوق طبقا لقانون أجنبي، وأثر انعكاسي يتعلق بحقوق قد اكتسبت على أساس نظام عام في دولة أخرى .

أما بالنسبة للحالة الثانية من حالات استبعاد القانون الأجنبي والتي تتمثل في حالة الغش نحو القانون التي تعد بمثابة إجراء يقوم به الأفراد من أجل التهرب من أحكام القانون الواجب التطبيق على علاقتهم القانونية والذي يكون قد آل إليه الاختصاص عن طريق إعمال قاعدة الإسناد الوطني، لهذا تعد نظرية الغش نحو القانون نظرية مستقلة بذاتها ولا يرجع أساسها إلى أية نظرية أخرى، وهذا راجع لقيامها على مبدأ عام وهو " أن الغش يفسد كل شيء".

كما قد بيننا أن الغش نحو القانون يختلف عن النظام العام من عدة جوانب سواء كان ذلك من حيث وظيفتهما أو طريقة التمسك بهما أو من حيث الآثار المترتبة عنهما، كما أنه ولكي

يتم إعمال الدفع بالغش نحو القانون توافر مجموعة من الشروط سواء كانت شروط متفق عليها متمثلة في التغيير الإرادي في ضابط الإسناد مع توافر نية التحايل على القانون، أم شروط غير متفق عليها متمثلة في أن يتم الغش نحو قانون القاضي وأن تكون الأحكام المراد التهرب منها أحكام آمرة، وبمجرد ما إن تتوفر جميع الشروط فإنه يترتب أثران: أثر سلبي يتمثل في استبعاد القانون الذي تم التوصل إليه من خلال تغيير ضابط الإسناد وتحويل الاختصاص من القانون الواجب التطبيق إلى قانون آخر غير مختص، وبالتالي يتم استبعاد القانون الذي تم الغش نحوه، وأثر إيجابي يتمثل في تطبيق القانون الذي تم الغش نحوه وإحلاله محل القانون الذي أراد الأفراد تطبيقه، أي حرمان مرتكب الغش من النتيجة التي كان يرغب في حدوثها.

وعليه نستنتج أن حالتي الدفع بالنظام العام والغش نحو القانون من أهم حالات استبعاد تطبيق القانون الأجنبي، لذا لابد للقاضي المعروض عليه النزاع أن يراعيهما في تطبيقه لهذا القانون، كما وأننا نجد أن المشرع الجزائري قد نص أنه في حالة ما إذا تم استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق باسم النظام العام قد ذكر القانون الذي يطبق مكانه وهو القانون الجزائري، بينما لم ينص على ذلك في حالة استبعاد لقانون الأجنبي الذي تم الغش نحوه، لذا يجب أن يتم تحديد القانون الذي سوف يطبقه القاضي في حالة الغش نحو القانون كما تم النص عليه في الحالة الأولى.

قائمة المراجع

I- الكتب:

1- الطيب زروتي، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، دار هومه للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الجزائر، 2013.

2- أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، تنازع القوانين، دار هومه للنشر والتوزيع، الطبعة الثالثة عشر، الجزائر، 2013.

3- جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، منشأة المعارف، بدون طبعة، مصر، 2005.

4- حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان، 2005.

5- حسين عبد السلام جابر، الموجز في القانون الدولي الخاص، مصر، 1985.

6- حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، المبادئ العامة في تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بدون طبعة، لبنان، 2003.

7- زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، تنازع القوانين، مطبعة الفسيلة، الطبعة الثانية، الجزائر، 2013.-

8- سامي بديع منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، دار العلوم العربية، الطبعة الأولى، لبنان، 1994.

9- عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، أحكام التنازع الدولي للقوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، لبنان، 2012.

10- عبد الكريم أحمد سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، مصر، 2008.

11- عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، لبنان، 2008.

12- عرموش ممدوح عبد الكريم، القانون الدولي الخاص، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن، 2004.

13- عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، لبنان، 2004.

14- علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثانية، الجزائر، 2003.

15- عليوش قربوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، تنازع القوانين، دار هومه للنشر والتوزيع، الطبعة الثالثة، الجزائر، 2011.

16- عنايات عبد الحميد ثابت، إطراح فكرة الدفع بالنظام العام في نطاق القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، مصر، 1996.

17- محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، مؤسسة الثقافة الجامعية، الطبعة الأولى، مصر، 2006.

18- محمد مبروك اللافي، تنازع القوانين وتنازع الإختصاص القضائي الدولي، منشورات الجامعة المفتوحة، بدون طبعة، مصر، 1994.

19- محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، عمان، 2011.

20- نادية فضيل، الغش نحو القانون، دار هومه للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، الجزائر، 2006.

21- نادية فضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، دار هومه للنشر والتوزيع، بدون طبعة، الجزائر، 2004.

22- نسرين شريفي وسعيد بوعلي، القانون الدولي الخاص الجزائري، دار بلقيس للنشر والتوزيع، الطبعة الثالثة عشر، الجزائر، 2013.

23- هشام علي صادق، تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، بدون طبعة، مصر، 2005.

24- يوسف سعيد البستاني، القانون الدولي الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، لبنان، 2004.

II - المذكرات

1- ضويفي عادل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة الرابعة عشر، 2005-2006.

2- عمر بلمامي، الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص، مذكرة ماجستير في العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر، 1986.

3- مسعود بورغدة نريمان، حل تنازع القوانين لصالح قانون القاضي، مذكرة ماجستير في الحقوق فرع العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر، 2010-2011.

المقالات:

1- عبد لرسول كريم أبو صبيع، أثر الغش نحو القانون على ظرف الإسناد، العدد19 ، مصر، 2010.

النصوص القانونية:

1- القانون المدني الجزائري الصادر بموجب أمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل26 سبتمبر سنة 1975 المعدل والمتمم. جريدة رسمية العدد 44 الصادر في 19 جمادى الأولى عام 1426 هـ الموافق 26 يونيو سنة 2005 م.

2- قانون 09/08 مؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

3- القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 يتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

4- le code civil français.

الفـهـــــــــرس

الفصل الأول: الدفع بالنظام العام.....6

المبحث الأول: ماهية الدفع بالنظام العام.....7

المطلب الأول: مفهوم الدفع بالنظام العام.....7

الفرع الأول: نشأة الدفع بالنظام العام.....7

الفرع الثاني: تعريف الدفع بالنظام العام.....9

الفرع الثالث: خصائص الدفع بالنظام العام.....11

أولا: صعوبة تحديد نطاق الدفع بالنظام العام.....12

ثانيا: نسبية الدفع بالنظام العام.....14

ثالثا: آنية الدفع بالنظام العام.....15

المطلب الثاني: تمييز الدفع بالنظام العام عن النظم المشابهة له.....16

الفرع الأول: الدفع بالنظام العام وقواعد الإسناد.....16

الفرع الثاني: الدفع بالنظام العام والقوانين ذات التطبيق المباشر.....19

الفرع الثالث: الدفع بالنظام العام والنظام العام الدولي.....20

المطلب الثالث: شروط الدفع بالنظام العام.....21

الفرع الأول: أن يكون القانون الأجنبي مختصا بموجب قاعدة الإسناد.....21

الفرع الثاني: يجب أن يكون هناك مقتضى من مقتضيات النظام العام.....23

الفرع الثالث: أن تكون مخالفة النظام العام حالية.....24

المبحث الثاني: آثار الدفع بالنظام العام.....27

المطلب الأول: الآثار العادية للدفع بالنظام العام..... 28

الفرع الأول: الأثر السلبي..... 28
أولا: الاستبعاد الكلي للدفع بالنظام العام.....28
ثانيا: الاستبعاد الجزئي للدفع بالنظام العام.....30
الفرع الثاني: الأثر الإيجابي.....32
المطلب الثاني: الآثار الاستثنائية للدفع بالنظام العام..... 35
الفرع الأول: الأثر المخفف.....36
الفرع الثاني: الأثر الإنعكاسي.....40
الفصل الثاني: الدفع بالغش نحو القانون.....44
المبحث الأول: ماهية الدفع بالغش نحو القانون.....45
المطلب الأول: مفهوم الدفع بالغش نحو القانون.....45
الفرع الأول: تعريف الدفع بالغش نحو القانون.....45
أولا: نشأة الدفع بالغش نحو القانون.....45
ثانيا: معنى الدفع بالغش نحو القانون.....48
الفرع الثاني: أساس الدفع بالغش نحو القانون.....50
أولا: فكرة الغش والنظرية الصورية..... 50
ثانيا: فكر الغش والسبب غير المشروع.....51
ثالثا: فكرة الغش والتعسف باستعمال الحق.....52
المطلب الثاني: تمييز الدفع بالغش نحو القانون عن الدفع بالنظام العام..... 53
الفرع الأول: أوجه الشبه..... 54
الفرع الثاني: أوجه الاختلاف.....55

أولا: من حيث وظيفة الدفعين.....55
ثانيا: من حيث طريقة التمسك بالدفعين.....56
ثالثا: من حيث مجال إعمال الدفعين.....56
رابعا: من حيث الأثر المترتب عن الدفعين.....57
المطلب الثالث:شروط الدفع بالغش نحو القانون.....57
الفرع الأول: الشروط المتفق عليها..... 57
أولا: التغيير الإرادي في ضابط الإسناد.....58
ثانيا: توافر نية التحايل على القانون.....60
الفرع الثاني: الشروط الغير متفق عليها.....62
أولا: أن يتم الغش نحو قانون القاضي.....62
ثانيا: أن تكون الأحكام المراد التهرب منها أحكام آمرة 64
المبحث الثاني: آثار الدفع بالغش نحو القانون ومجال تطبيقه 65
المطلب الأول: آثار الدفع بالغش نحو القانون 66
الفرع الأول: الأثر السلبي 66
أولا: استبعاد القانون الذي تم التوصل إليه 66
ثانيا: عدم الاحتجاج بالتصرف المشوب بعيب الغش.....69
الفرع الثاني: الأثر الإيجابي.....70
أولا: تطبيق القانون الذي تم الغش نحوه 70
ثانيا: حرمان مرتكب الغش من النتيجة الغير مشروعة 71
المطلب الثاني: مجال تطبيق الدفع بالغش نحو القانون 71

الفرع الأول: تطبيق الدفع بالغش نحو القانون في مجال الأحوال الشخصية ...72
أولا: تطبيق الدفع بالغش نحو القانون على الزواج 72
ثانيا: تطبيق الدفع بالغش نحو القانون على الطلاق 74
الفرع الثاني: تطبيق الدفع بالغش نحو القانون في مجال التصرفات..... 75
خاتمة 77
قائمة المراجع 80
الفهرس 88