

جامعة سطيف - 02 -
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق

تخصص قانون أعمال

بعنوان

موانع تطبيق القانون الأجنبي
في ضوء المادة 24 من القانون المدني الجزائري
(دراسة مقارنة)

المشرف:

أ/د بلمامي عمر

إعداد الطالب:

بوخروبة حمزة

أعضاء لجنة المناقشة

| | | | |
|--------------|---------------|--------------|-------------------------|
| رئيسا | جامعة جيجل | أستاذ | 01-أ.د. سمار نصر الدين |
| مشرفا ومقررا | جامعة سطيف 02 | أستاذ | 02-أ.د. بلمامي عمر |
| ممتحنا | جامعة سطيف 02 | أستاذ محاضرا | 03-د. بن زيوش مبروك |
| ممتحنا | جامعة سطيف 02 | أستاذ محاضرا | 04-د. بوضياف عبد الرزاق |

السنة الجامعية: 2014/2013

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كلمة شكر

أتوجه بجزيل الشكر والامتنان إلى الأستاذ المشرف الدكتور:
عمر بلهامي الذي قبل الإشراف على هذا العمل رغم انشغالاته
الكثيرة، وتعمده بالتصويب والمتابعة طيلة إنجازه، وإلى كل من
ساعدني في إنجاز هذا العمل المتواضع، وأخص بالذكر
الأستاذين الكريمين، محمد الطاهر بلعيساوي، عميد الكلية،
وعبد العزيز بوخرص.

حمزة.

إهداء

أهدي هذا العمل المتواضع:

إلى الوالدين الكريمين وإخوتي،

إلى زوجتي وولدي،

إلى كل العائلة،

إلى روح أصدقائي إبراهيم رحمه الله،

إلى كل أساتذتي، وزملائي وأصدقائي،

إلى كل من كانوا سببا في نجاحي،

إلى كل من ساعدني في إنجاز هذا العمل من

قريب أو من بعيد.

حمزة.

مقدمة

لقد فرضت العلاقات الخاصة الدولية نفسها، وأضحت واقعا دوليا لا يمكن تجاهله في القانون المعاصر، ممّا استوجب تنظيمها بصفة موضوعية تتفق وخصوصيتها، فلم يعد مبدأ إقليمية القوانين معمولا به بشكل مطلق كما كان عليه الأمر في الأنظمة القانونية القديمة، حيث أبدت مختلف التشريعات الوطنية درجة من المرونة في التعامل مع القانون الأجنبي بالسماح للقضاء بتطبيقه متى ما تمّ إسناد الاختصاص له بمقتضى قواعد اصطلح على تسميتها بقواعد الإسناد (قواعد تنازع القوانين)¹.

غير أنّ الأمر ليس على إطلاقه كما يتصوّر البعض، فالقانون الأجنبي المختص بحكم العلاقة الخاصة الدولية بمقتضى قاعدة الإسناد في قانون القاضي لا يجد دائما مجالا للتطبيق، حيث قد يصادف حالات تؤدي إلى استبعاده، فإذا ما فرغ القاضي من أعمال قاعدة التنازع الوطنية، وأمكّنه الوقوف على مضمون القانون الأجنبي المختص، فليس معنى ذلك أنّه سيطبق هذا القانون بصفة آلية وعلى نحو لازم، وإنّما ينبغي أن يقوم بفحصه أولا، فقد يظهر عندئذ أنّ هذا القانون يتعارض مفهومه مع المبادئ الأساسية والأسس الجوهرية التي يقوم عليها كيان مجتمعه، ومن ثمّ يتعين عليه في هذه الحالة استبعاده باسم النظام العام أو الآداب العامة في دولته، كما قد يتضح له من خلال ظروف الدعوى وملاساتها أنّ الخصوم تعمدوا التلاعب بضابط الإسناد حتى يتسنى لهم الإفلات من أحكام القانون الواجب التطبيق أصلا على العلاقة القانونية، ومن ثمّ وجب على القضاء سد الطريق أمام تحايل الخصوم على هذا النحو بإعمال نظرية الغش نحو القانون، وذلك بامتناع القاضي عن إعمال حكم القانون الذي سعى الخصوم لتطبيق أحكامه عن طريق التحايل وتطبيق القانون الذي كان مختصا أصلا بحكم النزاع.

¹ قاعدة الإسناد أو قاعدة التنازع هي عبارة عن قاعدة قانونية يضعها المشرع الوطني بهدف إرشاد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على المسألة القانونية المشتملة على عنصر أجنبي. أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، تنازع القوانين، الطبعة العاشرة دار هومة، الجزائر، 2008، ص 168.

وذلك ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 24 فقرة 01 من القانون المدني المعدل والمتمم بموجب القانون 05-10 المؤرخ في: 20/06/2005 بقولها: " لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر، أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون".

لكن مع ذلك، وحتى وإن كان الدفع بالنظام العام والغش نحو القانون أبرز موانع تطبيق القانون الأجنبي، فالى جانب اعتبارهما محل اتفاق بين غالبية فقهاء القانون الدولي الخاص، فقد تضمنتهما العديد من التشريعات، واستقر عليهما القضاء في أغلب دول العالم فإنّ من الفقه من يرى مجالا أرحب لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص، حيث يشير الأستاذ "علي علي سليمان"¹ إلى إمكانية استبعاد القانون الأجنبي بسبب التكيف وكذا بسبب المصلحة الوطنية، والإحالة من الدرجة الأولى، وعند استحالة تحديد مكان وقوع الفعل الضار، وفي الحالات المستعجلة... الخ، إلا أنّ هذه الحالات تباينت بشأنها آراء الفقهاء بين مؤيد ومعارض، فقد قيل أنّها مجرد حالات استثنائية وخاصة محدّدة سلفا ينعقد الاختصاص فيها للقانون الوطني وحده وبشكل حصري، لا يقبل مزاحمة أي قانون آخر مهما كانت صلته بالعلاقة القانونية موضوع النزاع²، وذهب البعض إلى اعتبارها شروطا خاصة بتحققها يثار الدفع بالنظام العام³، ومهما يكن من أمر فإنّ هذه الحالات ليس مما تقتضيه دراستنا، وإنّما كان إيرادنا لها للتأكيد على أنّ موضوع بحثنا ينحصر في نطاق ما ذهبت إليه المادة 24 من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم السالفة الذكر، والتي اقتصرنا على حالتها الدفع بالنظام العام والغش نحو القانون، وهو ما سنعكف عليه في دراستنا هذه.

أهمية الموضوع: تكتسي دراسة هذا الموضوع أهمية بالغة في نطاق القانون الدولي الخاص ويتجلى ذلك من خلال النقاط التالية:

¹ علي علي سليمان، مذكرات ف القانون الدولي الخاص الجزائري، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2008 ص 145-146.

² زروتي الطيب، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص 287.

³ عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2008، ص 211.

- يستمد هذا الموضوع أهميته القصوى من كون أن أعمال موانع تطبيق القانون الأجنبي المختص للفصل في النزاع بموجب قاعدة الإسناد الوطنية من شأنه حماية المصلحة الوطنية والنظام العام الوطني، وذلك على اعتبار أن النظام العام صمّم أمان يمنع تسلّل وتطبيق أي قانون أجنبي يتعارض والمبادئ الأساسية التي يقوم عليها المجتمع الجزائري، كما أنّها تقف بالمرصاد لكل محاولة غش من الأطراف للتلاعب في ضوابط الإسناد بغية التهرب من أحكام القانون الواجب التطبيق في الأصل.

- كذلك أنّ الحالات التي يستبعد فيها تطبيق القانون الأجنبي المختص، إنّما يكون عملا ذا طابع استثنائي، حيث يستبعد القانون المختص أصلا ويحل محله قانون آخر بصفة استثنائية، وفي ذلك جانب كبير من الأهمية في مجال تنازع القوانين، يتجلى من خلال تغيير قواعد الإسناد وما يترتب عليه من تغيير في القانون المختص لحكم النزاع المطروح.

- كما أنّ أعمال موانع تطبيق القانون الأجنبي ينبغي أن يكون مقرونا بالحكمة والاعتدال، بحيث لا يتم اللجوء إليها إلا في الحالات التي تستدعي تدخلها حقيقة من أجل حماية المبادئ الأساسية في مجتمع دولة القاضي.

أسباب اختيار الموضوع: إنّ خوضنا في هذا الموضوع نابع عن عدة أسباب ذاتية، وجملة من العوامل الموضوعية، يمكن حصرها في النقاط التالية:

- فأما **الأسباب الذاتية:** فترجع إلى الرغبة الشخصية في تناول مادة القانون الدولي الخاص التي مازالت حسب رأينا تحتاج إلى مزيد من الدراسة والبحث، خصوصا وأنّ الدراسات المتعلقة بها مازالت مقتضبة جدا في الجزائر.

- وأما **الأسباب الموضوعية:** فترجع إلى خصوصية وأهمية الموضوع وكون أنّ أغلبية المسائل التي يعالجها غير منظمة تشريعا في كثير من الدول ومنها الجزائر، إذ في الغالب ما يكتفي المشرّع بسن مواد قانونية تتضمن القواعد العامة ويترك باقي المهمة للقاضي

الوطني، ومن ثم نرغب في معرفة أكثر وتحليل أعمق لأهم حالات استبعاد تطبيق القانون الأجنبي، وشروط إعمالها ومدى تأثيرها على اطراد العلاقات الخاصة الدولية.

- ارتباط موضوع القانون الدولي الخاص بصميم قانون الأعمال .

- محاولة معرفة كيفية تنظيم المشرع الجزائري لهذه المسألة خاصة مع تعديل القانون المدني سنة 2005 والذي طال العديد من المواد التي تنظم قواعد تنازع القوانين وبخاصة المادة 24 التي تنظم الموانع موضوع الدراسة.

- تقصي ومعرفة مكن الخلل في تنظيم المشرع الجزائري لحالات الاستبعاد، وكذا محاولة إيجاد أنسب الحلول.

الدراسات السابقة: في محاولتنا لإيجاد مراجع ودراسات تتناول هذا الموضوع ، تمّ الاطلاع على عينة من الرسائل والمذكرات الجامعية والمقالات والبحوث العلمية كدراسات سابقة والمغزى المتوخى من توظيف هذه الدراسات تجميع أعمال البحث في أطر متكاملة، وأبعاد مفصلة ومعالم منسجمة، غير أنّ كل هذه الدراسات والبحوث السابقة التي اطلعنا عليها سلّطت الضوء في مجملها فقط على جزء من الموضوع محل الدراسة.

ومن بين هذه الدراسات ثلاثة مذكرات ماجستير، الأولى تحت عنوان: الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص (دراسة مقارنة)، والثانية بعنوان: النظام العام كأداة لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي على ضوء تعديل 2005 للقانون المدني، والثالثة بعنوان: الغش نحو القانون.

إذن في خضمّ المعطيات سالفة الذكر يمكن القول، بالنظر إلى شح الدراسات في هذا الموضوع وخاصة في الجزائر من جهة، وكذا تعديل المادة 24 من القانون المدني الجزائري التي نصت على موانع تطبيق القانون الأجنبي من جهة أخرى، نجد من المادة العلمية ما يشجع على الخوض في غمار وتفريعات هذا الموضوع.

أهداف البحث: إنّ من أهم أهداف دراسة هذا الموضوع ما يلي:

- معالجة بعض الصعوبات التي يواجهها القاضي الوطني أثناء تطبيقه ومراقبته للقانون

الأجنبي المختص والتي من شأنها التأثير على المقومات الأساسية والأسس الجوهرية التي يقوم عليها مجتمعه.

- كشف النقاب على أهم حالات استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية، ومدى تأثير ذلك على العلاقات الخاصة الدولية.

- إبراز مدى فعالية تعديل نص المادة 24 من القانون المدني الجزائري في الوصول إلى المبتغى من وراء ذلك، من خلال القيام بدراسة تحليلية لهذه المادة.

إشكالية البحث: يثير موضوع البحث إشكالية رئيسية تتمثل فيما يلي:

كيف يتم ضبط فكري النظام العام والغش نحو القانون كوسيلتين لاستبعاد القانون الأجنبي؟ وهل أن أعمالهما يتطلب شروط معينة وينتج آثار مختلفة؟.

وبالنظر إلى تعقيدات موضوع البحث، والمتمثلة خاصة في صعوبة ضبط فكرة النظام العام من جهة، وإثبات نية الغش من جهة أخرى، فإنه يثير إشكالات قانونية أخرى تتمثل بالخصوص في: صعوبة الموازنة بين المحافظة على النظام العام لدولة القاضي من جهة، وضمان أطراد المعاملات والتعاون الدولي في شتى المجالات من جهة أخرى.

كما تطرح فكرة النظام العام إشكالية أخرى تثور في الفرض الذي لا يجد فيه القاضي المطروح عليه النزاع نصا ملائما في قانونه يحل محل النص الأجنبي المستبعد، وعند استبعاد هذا القانون سواء باسم النظام العام أو الغش نحو القانون فما هو مدى ذلك الاستبعاد؟، بالإضافة إلى إشكالية الطبيعة القانونية لفكرة الغش نحو القانون وعلاقتها بالنظام العام.

- **المنهج المتبع:** اعتمدنا في دراستنا هذه على المناهج التالية: المنهج الوصفي، التحليلي والمقارن.

- فالمنهج الوصفي يظهر من خلال محاولة التعرّف أكثر على جوانب المشكلة بالاعتماد على الدراسات السابقة التي تطرقت للموضوع بطريقة أو بأخرى.
- وأمّا المنهج التحليلي فيظهر من خلال تحليل المواد القانونية التي سنعتمد عليها في هذه الدراسة.
- وأمّا المنهج المقارن فيظهر من خلال التطرق إلى مختلف ما جاءت به القوانين والاجتهادات القضائية المقارنة في هذا الموضوع.

وللإجابة على كل تلك الإشكالات ارتأينا تقسيم الموضوع إلى فصلين، تطرقنا في الفصل الأول إلى الدفع بالنظام العام، يندرج ضمنه ثلاث مباحث، تناولنا في المبحث الأول ماهية النظام العام، وفي الثاني طبيعة وشروط إعماله وفي الثالث آثار إعماله، في حين تمّ تخصيص الفصل الثاني للدفع بالغش نحو القانون والذي يندرج ضمنه هو الآخر ثلاث مباحث، تطرقنا في المبحث الأول إلى ماهية الغش نحو القانون، وتناولنا في الثاني نطاق الدفع به ومجال إعماله، وتم تخصيص الثالث إلى إعماله.

الفصل الأول

الدفع بالنظام العام

تعد فكرة النظام العام من الأفكار الأساسية والمعقدة في علم القانون عموماً، ففي القانون الداخلي بفروعه المختلفة تعتبر قيماً على سلطان إرادة الأطراف في الخروج عن القواعد القانونية الآمرة أو الاتفاق على مخالفتها، وهي في ذلك تهدف إلى حماية المبادئ والأسس العامة الاقتصادية والاجتماعية والسياسية التي يقوم عليها كيان المجتمع، أمّا في إطار القانون الدولي الخاص فيرمى النظام العام لإدراك ذات الهدف ولكن بطريقة مختلفة، حيث يستخدم كدفع يعترض به على تطبيق الأحكام الموضوعية في القانون الأجنبي الواجب التطبيق بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية، وذلك عندما تتعارض هذه الأحكام مع الأسس الجوهرية في دولة القاضي، ومن ثمّ فالنظام العام هنا هو رقيب على القاعدة القانونية في القانون الأجنبي الواجب التطبيق، بينما في القانون الداخلي يحمي القاعدة القانونية الوطنية، ولهذا سوف تنصب دراستنا في هذا الفصل على الدفع بالنظام العام في إطار العلاقات الخاصة الدولية دون العلاقات في إطار القانون الداخلي¹.

حيث تنص المادة 1/24 من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20/06/2005 على " لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر... " ².

ويعد هذا النص تعبيراً عن مبدأ تبنّته جل التشريعات الوطنية في العالم، كما يدفع به القضاء في مختلف الدول، فتعيين القانون الأجنبي لحكم العلاقة القانونية من طرف قاعدة الإسناد الوطنية ليس معناه بالضرورة تطبيق القواعد الموضوعية لهذا القانون، إذ من غير

¹ سلطان عبد الله محمود، الدفع بالنظام العام وأثره، مجلة الرافدين للحقوق، مجلة فصلية علمية محكمة تعني بنشر البحوث العلمية القانونية، جامعة الموصل، العراق، المجلد 12، العدد 43، 2010، ص 58.

² الأمر 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 معدل ومتمم بالقانون 10-05 المؤرخ في 20 جوان 2005 يتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، عدد 44، 2005.

المقبول أن يطبق القاضي قانونا أجنبيا يتعارض مفهومه مع مقتضيات النظام العام في دولته، أي مع المثل العليا والمبادئ الأساسية والجوهرية السائدة في دولة القاضي، وبهذا تكون فكرة النظام العام بمثابة "صمّام الأمان" الذي يحمي تلك الأسس والمبادئ التي يقوم عليها المجتمع¹.

ومن ثمّ تلعب هذه الفكرة على هذا النحو دورا هاما في مجال تنازع القوانين، كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي المختص بموجب قاعدة الإسناد في دولة القاضي، هذا الدور الاستبعادي لم يكن معروفا في القديم، فقد كان النظام العام يستخدم أساسا كأداة لتثبيت الاختصاص للقانون الإقليمي، بل أنّ دور النظام العام يختلف في مجال التنازع الدولي للقوانين عنه في نطاق القانون الداخلي، كما أنّ الأمر لا يخلو من صعوبات جمّة تعترض القاضي عند فحصه للقانون الأجنبي الواجب التطبيق، لعلّ أهم تلك الصعوبات انعدام وجود مفهوم موحد متفق عليه للنظام العام².

ولفهم الإطار العام الذي يعمل فيه النظام العام، نبحت أولا في ماهية هذه الفكرة (المبحث الأول)، ثم في نطاق وشروط إعمالها (المبحث الثاني)، وأخيرا نتطرق إلى آثار إعمالها (المبحث الثالث).

¹ هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، الاختصاص القضائي الدولي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2007 ص 186 .

² حفيظة السيّد الحدّاد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، المبادئ العامة في تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2009، ص 289.

المبحث الأول

ماهية النظام العام

من المؤكد أنّ فكرة النظام العام لها جذورها التاريخية ولم تظهر فجأة، ومن المؤكد أيضا أنّ هذه الفكرة غامضة وفضفاضة يصعب إن لم يتعذر تحديد مضمونها، لذا سوف نتطرق إلى التطور التاريخي لفكرة النظام العام (المطلب الأول)، ثم نحاول إعطاء تعريف لها ومن ثم استنباط أهم خصائصها (المطلب الثاني)، وبعدها نحاول تمييز النظام العام عن بعض المفاهيم المشابهة له (المطلب الثالث).

المطلب الأول

التطور التاريخي لفكرة النظام العام في إطار القانون الدولي الخاص

لم يكن دور النظام العام كوسيلة لاستبعاد القانون الأجنبي المختص بموجب قاعدة الإسناد في دولة القاضي معروفا في القديم، بل كان دوره يستخدم أساسا كأداة لتثبيت الاختصاص للقانون الإقليمي (الفرع الأول)، ولم يبرز دوره وفقا لمفهومه الحديث إلا في القرن التاسع عشر على يد الفقيه الألماني فريدريك سافيني "Savigny"¹ (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الدور التقليدي للنظام العام

(كأداة لتثبيت الاختصاص للقانون الإقليمي)

يذكر الباحثون في مجال القانون الدولي الخاص، أنّ النواة الأولى لظهور مصطلح النظام العام يعود إلى المدرسة الإيطالية القديمة (أولا)، كما أنّ الفقيه مانشيني ومدرسة شخصية القوانين (المدرسة الإيطالية الحديثة) (ثانيا) كانا لهما الفضل في إبراز النظام العام كوسيلة لتثبيت الاختصاص للقانون الإقليمي.

¹ هشام صادق، تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2007، ص 187.

أولاً: في المدرسة الإيطالية القديمة (فقه الأحوال): يجمع معظم الفقه على أنّ جذور فكرة النظام العام ترجع إلى مدرسة الأحوال الإيطالية القديمة التي تكونت في أواخر القرن الثالث عشر وأوائل القرن الرابع عشر، والتي كان يتزعمها آنذاك الفقيه بارتول "bartole"¹، الذي ميّز بين نوعين من الأحوال (قوانين)، أطلق على النوع الأول "الأحوال المستحسنة" أو الملائمة للشخص تصاحبه أينما ذهب، فتطبق عليه حتى خارج نطاقها الإقليمي، وأما النوع الثاني فأطلق عليه "الأحوال البغيضة" أو المستهجنة وهي أحوال تضر بالشخص أكثر مما تنفعه لا تتعدى آثارها حدود إقليم البلد الذي أصدرها، مثل ذلك حرمان المرأة من الميراث² ورغم عدم ورود مصطلح النظام العام صراحة إلا أنّه استخدم ضمناً من خلال الأحوال المستهجنة التي لم يكن تطبيقها يمتد خارج الإقليم الذي أصدرها³.

غير أنّ هذه الفكرة لم تلق تطورها المنشود، ويعود ذلك إلى كون أنّ التنازع آنذاك لم يكن دولياً، وإنّما كان تنازعا بين أحوال مدن مختلفة، هذه الأحوال قريبة من بعضها لكونها مستمدة من القانون الروماني والمسيحية⁴.

ثانياً: في المدرسة الإيطالية الحديثة (فقه Mancini): استخدم الفقيه مانشيني بدوره فكرة النظام العام كأداة لتثبيت الاختصاص للقانون الإقليمي، ويعتبر أول من استعمل اصطلاح النظام العام، فبعد أن وضع الفقيه الإيطالي في القرن التاسع عشر نظريته الشهيرة " مبدأ شخصية القوانين"، على أساس أنّ القانون يوضع ليحكم تصرفات الأشخاص قبل أن يوضع ليطبق في حدود إقليم دولة ما، وبالتالي فالأصل أن يخضع الشخص لقانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته سواء كان داخل إقليمها أو خارجه، لكنه في المقابل أورد على نظريته هذه عدة استثناءات من بينها: تطبيق قانون الإرادة على العقود، وكذا تطبيق القانون المحلي

¹ Mohand ISSAD, Droit international privé, Les règles de conflits, Office des publications universitaire, Alger 1980, pp 45-46.

² هشام صادق، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص ص 187-188.

- Yvon LOUSSOUARN, Pierre BOUREL, Pascal De VAREILLES-SOMMIÈRES, Droit international privé, 8^{ème} édition Dalloz, Paris, 2004, p 333.

³ أمين رضا رشيد دواس، تنازع القوانين في فلسطين، دراسة مقارنة، دار الشروق للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2001، ص 230.

⁴ أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 168.

على شكل التصرفات، وأمّا الاستثناء الثالث والذي يعنينا في دراستنا هذه فهو خاص بقواعد القانون العام والقوانين الخاصة بالأمن المدني وبالملكية العقارية، حيث قرّر مانشيني أنّ هذه القوانين يجب أن تطبق تطبيقاً إقليمياً لتعلقها بالنظام العام، أي أنّها تطبق على كل تصرفات الأشخاص في إقليم معين سواء كانوا وطنيين أو أجانب، في حين أنّ تصرفات الأشخاص التي تتم في الخارج لا تطالبهم قوانين النظام العام بالتطبيق ولو تمت من طرف وطنيين بمعنى آخر أنّ فكرة النظام العام استخدمت كفكرة مسندة تتضمن المسائل التي يطبق عليها القانون الإقليمي، خروجاً عن الأصل العام في تطبيق القانون الشخصي¹.

غير أنّ مانشيني تعرّض إلى انتقادات كثيرة، أبرزها عندما قال أنّ الأصل شخصية القوانين، وهو ما سيؤدي إلى أوضاع عسيرة خاصة بعد أن كثرت الهجرة بسبب الحروب وكذا كثرة الاستثناءات لدرجة أصبح فيها الاستثناء أكثر من القاعدة، كما عيب عليه وقوعه في خلط بين مفهومين مختلفين، عندما جعل فكرة النظام العام مرادفة لإقليمية القانون².

ويبدو أنّ فكرة النظام العام لدى مانشيني قد استخدمت كفكرة مسندة تشمل المسائل التي يطبق عليها القانون الإقليمي خروجاً على الأصل العام في تطبيق القوانين الشخصية³.

ثالثاً: في المدرسة الفرنسية الحديثة (فقه بيبه): من أشهر الفقهاء الفرنسيين الذين ساهموا في تطوير تنازع القوانين نجد الفقيه بيبه الذي أخذ بمذهب مانشيني في إعطاء أهمية كبرى لقانون الجنسية، وذهب في نظريته التي عارض فيها نظرية الأحوال إلى تقسيم القوانين إلى قسمين: قوانين إقليمية التطبيق، وقوانين ممتدة التطبيق، واعتبر أنّ القوانين الإقليمية التطبيق هي التي يكون غرضها حماية المصلحة العامة، أو ما يسمى بقوانين النظام العام، ومن ثمّ يكون بيبه هو أيضاً قد استخدم فكرة النظام العام كأساس لبناء قاعدة الإسناد، وجعلها السبب

¹ حفيفة السيّد الحدّاد، المرجع السابق، ص 291.

- Mohand ISSAD, op.cit, pp 54-56.

² علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2008 ص 35.

³ خوالدية فؤاد، الدور الاحتياطي لتطبيق القانون الجزائري، الملتقى الوطني حول تنظيم العلاقات الدولية الخاصة في الجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، ورقلة يومي 21 و 22 أبريل 2010، ص 151.

في تطبيق القانون إقليمي، لكن ما يلاحظ عند بيبه أنّ الإقليمية عنده ليست استثناء كما هو الحال عند مانشيني، بل أنّ قوانين النظام العام تعتبر قاعدة إلى جانب القوانين الممتدة التي يكون تطبيقها شخصياً¹.

وأكثر الانتقادات التي وجهت لفقّه بيبه هي نفسها التي وجهت لمانشيني حيث وقع أيضاً في خلط بين مفهومين مختلفين، عندما جعل فكرة النظام العام مرادفة لإقليمية القانون كما عيب عليه استخدام فكرة النظام العام باعتبارها فكرة مسندة تشمل المسائل التي يطبق عليها القانون الإقليمي، وبعبارة أخرى استخدمت فكرة النظام العام كبديل للفكرة المسندة في التنظيم الحالي للتنازع، وذلك لتبرير تطبيق بعض القوانين تطبيقاً إقليمياً².

يتضح مما تقدم أنّ فكرة النظام العام لا تصلح أساساً لبناء قاعدة الإسناد، وهو ما دفع الفقّه الحديث إلى العدول عن هذا المفهوم التقليدي للنظام العام، والتمسك بدوره كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي المخالف.

الفرع الثاني

الدور الحديث للنظام العام

(كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق)

المدرسة الألمانية الحديثة (فقّه سافيني): يعتبر الفقيه الألماني سافيني " Savigny " أول من وضع أسس النظام العام في القانون الدولي الخاص بمفهومه الحالي في القرن التاسع عشر ضمن فكرته الشهيرة الاشتراك القانوني، وتتلخص هذه الفكرة في أنّ القوانين السائدة في الدول الغربية المسيحية الوارثة للقانون الروماني تشترك فيما بينها في الأصول العامة التي ترجع إلى وحدة الأصل التاريخي لهذه القوانين، ومن ثمّ تعمل قواعد الإسناد في النطاق الذي يسمح به هذا الاشتراك القانوني بين تلك الدول، فإذا ما انقطع ذلك الاشتراك أمكن

¹ أمين رضا رشيد دواس، المرجع السابق، ص 230-231.

² عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2007، ص 531.

للقاضي استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المعين لمخالفته مقتضيات النظام العام في دولته¹.

وهو ما تبناه الفقه الحديث، غير أنّ النظرة إلى فكرة الاشتراك القانوني لم تعد كما كان ينادي به الفقيه سافيني، حيث أصبح يقصد بها في الوقت الحاضر مجرد التقارب بين الأصول العامة في التشريع بما لا يجعل تطبيق القانون الأجنبي متنافرا تنافرا بيّنا مع الأحكام الموضوعية في قانون القاضي².

وما يميز الفقيه "سافيني" أنّه عندما تعرّض للحلول المقترحة لفض مشكلة تنازع القوانين استخدم منها مختلفا عن المنهج الذي سلكه الفقه التقليدي، فكما سبقت الإشارة إليه أنّ الفقه التقليدي لم يكن يتبنّى التنظيم الحالي لتنازع القوانين، أين تنقسم فيه العلاقات الخاصة الدولية إلى فئات مسندة، يتم إسناد كل فئة منها إلى القانون الأكثر ملائمة لها، فقد كان الفقه التقليدي يقسم القوانين من حيث موضوعها أو من حيث مدى تطبيقها، فهناك قوانين تلحق بالأشخاص ولو كانوا خارج الإقليم، وهناك قوانين أخرى تطبق تطبيقا إقليميا لتعلقها بالنظام العام، ولذلك قيل أنّ فكرة النظام العام استخدمت كبديل للفكرة المسندة لتبرير تطبيق بعض القوانين تطبيقا إقليميا، وأمّا سافيني فقد كان السباق في هجر هذا الاتجاه وقاد الفقه الحديث للاعتداد بتحليل الرابطة القانونية بقصد إسنادها إلى أكثر القوانين ملائمة³.

وغني عن البيان أنّ هذا هو المفهوم السائد حاليا للنظام العام فقها وقضاء، كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق المخالف لمقتضيات النظام العام في دولة القاضي بل وتبنّت مختلف تشريعات العالم هذا المفهوم من خلال التنصيص عليه في قوانينها⁴، كما يعتبر حل مستقر عند كافة التشريعات التي لا تنص عليه صراحة فيطبقه القضاء في إجماع

¹ سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، المضمون الواسع المتعدد الموضوعات، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، لبنان، 2009، ص 736.

² محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، الجنسية، الموطن، مركز الأجانب، مادة التنازع، الطبعة الأولى، مؤسسة الثقافة الجامعية الإسكندرية، مصر، 2006، ص 511.

³ هشام صادق، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص ص 189-190.

⁴ من ذلك ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 24 من القانون المدني المعدل والمتمم، والمادة 28 من القانون المدني المصري، والمادة 29 من القانون المدني السوري والمادة 17 من القانون المدني السويسري لسنة 1987 والمادة 22 من القانون المدني البرتغالي لسنة 1966. نقلا عن: عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 553.

وتواتر في القانون الإنجليزي والأمريكي وغيرهما¹.

هذا وإذا كان الفقيه الألماني سافيني هو أول من أشار إلى الدور الحديث لفكرة للنظام العام كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي على النحو السالف، إلا أنه في مقابل ذلك أفسح مكانا للدور التقليدي لهذه الفكرة كأداة لتثبيت الاختصاص للقانون الإقليمي في بعض الفروض².

ورغم ذلك فقد أعاد جانب من الفقه الحديث الآن الدعوة إلى الاعتداد بالدور التقليدي لفكرة النظام العام، كأداة لتثبيت الاختصاص للقانون الإقليمي في حدود معينة، وذلك تحت ستار فكرة أخرى هي فكرة القوانين ذات التطبيق الفوري أو المباشر³.

المطلب الثاني

تعريف النظام العام وخصائصه

من المسلّمات التي تکرّست في القانون الدولي الخاص حديثا، وجوب استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص إذا كان في تطبيقه تصادم مع مقتضيات النظام العام في دولة القاضي، غير أنّ الأمر لا يخلو من صعوبات جمّة تعترض القاضي عند فحصه للقانون الأجنبي المختص، لعلّ أهم تلك الصعوبات انعدام وجود مفهوم موحد متفق عليه لفكرة النظام العام يعتمد عليها، حيث بذلت محاولات كثيرة فردية وجماعية في سبيل الوصول إلى تبني تعريف مشترك لهذه الفكرة، إلا أنّ كل تلك الجهود المبذولة في هذا الصدد لم تصل للهدف المنشود، فجاءت التعاريف غامضة ومبهمة لم تحدّد بشكل دقيق المقصود بالنظام العام، ويرجع ذلك لسعة نطاق الأخير من جهة، وكذا لكون فكرة النظام العام فكرة نسبية متغيرة ومتطورة تختلف من مكان إلى مكان ومن زمان لآخر من جهة أخرى، ممّا يحول دون تحديدها وتعيينها بشكل ثابت ودقيق⁴.

¹ عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 553.

² حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 293.

³ هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، بدون سنة نشر، ص 141.

⁴ حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون، الطبعة السادسة، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2011، ص 184.

من أجل ذلك سنتعرض إلى تعريف النظام العام في إطار القانون الدولي الخاص (الفرع الأول)، ثم نحاول من خلال ذلك استنباط أهم خصائصه (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تعريف النظام العام في إطار القانون الدولي الخاص

أجمع الفقهاء في القانون الدولي الخاص على أنه من الصعب جدا وضع تحديد لفكرة النظام العام للأسباب السالفة الذكر، لذلك يجب أن يترك الأمر للقاضي لدراسة كل حالة على حده، وتقدير ما إذا كان القانون الأجنبي مخالف لمقتضيات النظام العام في دولته من عدمه بالنسبة للمسألة المعروضة عليه، وأكثر ما يمكن للفقهاء أن يقدمه في هذا الشأن هو أن يرسم للقاضي الموجهات العامة التي يمكنه الاستعانة بها لرسم الحدود بين ما هو متعارض وما هو غير متعارض مع النظام العام¹.

ورغم كل ما سبق فقد وجدت عدة تعاريف أو بالأحرى محاولات لتعريف النظام العام، سواء من طرف فقهاء القانون الدولي الخاص (أولا)، أو على المستوى التشريعي (ثانيا)، أو من طرف القضائي (ثالثا).

أولا: تعريف النظام العام فقهيًا: هناك تعريفات لفكرة النظام العام بعدد الفقهاء الذين بحثوا هذه المادة، إلا أنهم فشلوا في إعطاء تعريف جامع مانع له، ومن أهم تلك التعريفات المقدمة ما يلي:

عرّفه بعض الكتاب الإنجليز، بأنه المبدأ الذي يوجب استبعاد تطبيق القانون الأجنبي في الأحوال التي يخالف فيها تطبيقه سياسة القانون الإنجليزي، أو قواعد الآداب العامة المرعية في إنجلترا، أو يتعارض مع ضرورة المحافظة على النظم السياسية فيها².

وعرّفه جانب من الفقه المصري بقولهم، النظام العام دفع يتم بمقتضاه استبعاد تطبيق

¹ عبده جميل غصّوب، دروس في القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان 2008، ص 201؛ حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 297.

² حسن الهداوي، المرجع السابق، ص 184.

القاعدة القانونية في القانون الأجنبي بحكم العلاقة وفقا لقاعدة الإسناد الوطنية، إذا كان حكم هذه القاعدة يتعارض مع المبادئ والأسس السياسية والاقتصادية والاجتماعية والدينية التي يقوم عليها النظام القانوني في مجتمع دولة القاضي¹.

كما عرّفه البعض بأنه سلاح للدفاع ضد أي قانون أجنبي يكون تطبيقه لازما في الأصل، إذا ظهر تعارض فحواه للمفاهيم الوطنية².

وعرّفه البعض الآخر بأنه مجموعة المصالح الجوهرية الأساسية والمثل العليا للدولة وللجماعة التي ترتضيها لنفسها، والتي يتأسس عليها كيان المجتمع كما يرسمه نظامها القانوني، سواء كانت هذه المصالح الأساسية والمثل العليا سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية أو خلقية أو دينية³.

وعرّفه الأستاذ "أحمد مسلم بأنه": "النظام العام في دولة ما هو إلا الكيان السياسي والاجتماعي والاقتصادي لهذه الدولة، بما يقوم عليه هذا الكيان من معتقدات سياسية تتعلق بالأمن والحرية والديمقراطية، ومعتقدات اجتماعية تتعلق بالمساواة أمام القانون أو احترام أفكار دينية أساسية معينة، أو عقائد مذهبية اقتصادية، كالاشتراكية أو الرأسمالية أو نحوهما من المذاهب أو الأفكار الاقتصادية كالعدالة الاجتماعية وتكافؤ الفرص وغير ذلك، بل إنّ الآداب العامة تعتبر في مستلزماتها الأساسية من عناصر النظام العام في الدولة"⁴.

في حين عرّفه الأستاذ "عز الدين عبد الله" بقوله " أنّ الدفع بالنظام العام هو وسيلة قانونية يستبعد بها في النزاع المطروح أمام القاضي، الاختصاص العادي المعقود للقانون الأجنبي، متى تعارضت أحكامه مع المبادئ الأساسية التي يقوم عليها نظام المجتمع في بلد القاضي"⁵.

¹ أحمد محمد الهوارى، الوجيز في القانون الدولي الخاص الإماراتي، الطبعة الأولى، إثراء للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2008، ص 381.
² حسن الهداوي، المرجع السابق، ص 184.
³ سلطان عبد الله محمود، الدفع بالنظام العام وأثره، المرجع السابق، ص 107.
⁴ أحمد مسلم، موجز القانون الدولي الخاص المقارن (في مصر ولبنان)، الجنسية والموطن، مركز الأجنبي، تنازع القوانين، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، بدون سنة نشر، ص 203.
⁵ عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، الطبعة السادسة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1969، ص 524.

ويعرفه الأستاذ "الطيب زروتي" " بأنه مجموع الأسس الجوهرية التي يقوم عليها نظام مجتمع معين سياسيا واجتماعيا واقتصاديا وقانونيا ودينيا"¹.

ويظهر من خلال هذه التعاريف أنّها وإن اختلفت في التفاصيل، إلا أنّها تكاد تجمع على فكرة جوهرية ينصب عليها النظام العام في كل دولة، وهي فكرة المصلحة العامة أو المصلحة الوطنية، سواء كانت هذه المصلحة سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية، أو دينية².

ثانيا: تعريف النظام العام تشريعيا: بسبب مرونة وعدم ثبات فكرة النظام العام، فإنّ معظم المشرعين عبر العالم نأو بأنفسهم عن تعريف النظام العام تعريفا قانونيا، واكتفوا فقط بالتنصيص في قوانين دولهم على استبعاد القانون الأجنبي المختص في حالة مخالفته لمقتضيات النظام العام لمجتمعاتهم، على غرار المشرع الجزائري الذي عزف هو الآخر عن تعريفه، واكتفى بالنص على اعتبار مخالفته سببا لاستبعاد القانون الأجنبي، وذلك في المادة 24 فقرة 01 من القانون المدني المعدل والمتمم السالفة الذكر وهو نفس المسلك الذي سلكه المشرعون في أغلب دول العالم³.

وإن كان البعض من المشرعين قاموا بتعديد بعض المسائل التي تعتبر من صميم النظام العام، كما فعل المشرعون الأردني والعراقي والإماراتي مثلا، فنصت الفقرة 03 من المادة 163 قانون مدني أردني رقم 43 لسنة 1976 على "ويعتبر من النظام العام بوجه خاص الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية كالأهلية والميراث والأحكام المتعلقة بالانتقال والإجراءات اللازمة للتصرف في الوقف وفي العقار وفي مال المحجور ومال الوقف ومال الدولة وقوانين التسعير الجبري وسائر القوانين التي تصدر لحاجة المستهلكين في الظروف

¹ زروتي الطيب، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص 293.
² بلمامي عمر، أثر الاتفاقيات الدولية في أعمال فكرة النظام العام، دراسة في ضوء القانون الولي الخاص، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، الجزء 33، رقم 01، 1955، ص 190.
³ أنظر على سبيل المثال: المادة 06 من القانون الدولي الخاص النمساوي لسنة 1979، والمادة 22 من القانون المدني البرتغالي لسنة 1966 والمادة 12 فقرة 03 من القانون المدني الإسباني لسنة 1974، والمادة 05 من مجموعة القانون الدولي الخاص التركي لعام 1982، والمادة 30 من القانون المدني السوري، والمادة 28 من القانون المدني المصري، و المادة 27 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، والمادة 28 من القانون المدني الليبي.

الاستثنائية¹، وكذا ما نص عنه المشرع الإماراتي في المادة 03 من قانون المعاملات المدنية الاتحادي رقم 05 لسنة 1985، حيث عدّ مجموعة من المسائل التي تعتبر من النظام العام، من بينها: الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية كالزواج والميراث والنسب والأحكام المتعلقة بنظم الحكم وحرية التجارة، وتداول الثروات، وقواعد الملكية الفردية وغيرها²، ورغم ذلك يوجد بعض المشرعين الذين بادروا إلى تعريف النظام العام، على غرار المشرع الألماني في المادة 30 ق م، حيث قالت أن قواعد النظام العام هي تلك التي تتصل بالأسس الاجتماعية والسياسية والاقتصادية للبلد، وبمفاهيمها الأساسية في وقت معين ويكون من طبيعة القانون الأجنبي المراد تطبيقه في ألمانيا انتهاك لمبادئها الأساسية³.

جدير بالذكر أنّ عدم إعطاء تعريف محدد وثابت للنظام العام على مستوى التشريع ليس بالأمر السيئ، حيث أنّ ذلك يعطي حرية للقاضي في تقدير المسائل المعروضة عليه وهو ما يتوافق مع مرونة فكرة النظام العام وتطورها وعدم ثباتها⁴.

ثالثاً: تعريف النظام العام قضائياً: كما سبقت الإشارة إليه فإنّ أغلبية المشرعين أعطوا سلطة تقديرية واسعة للقاضي الوطني في فحص كل حالة على حده، ومن ثمّ تقدير ما يعتبر وما لا يعتبر من النظام العام، من دون حاجة لتعريفه أو تحديد المسائل المتصلة به، وذلك باعتبار أنّ القاضي هو الأقدر على تحديد ما إن كانت مسألة ما مخالفة للنظام العام أم لا وقت نظره في النزاع، غير أنّ هذه السلطة التقديرية على نحو ما ذكر لا تعني أبداً ترك الأمر لتقديره الشخصي ولمعتقداته الخاصة، وإتّما يتعين عليه أن يستلهم المبادئ الجوهرية السائدة في دولته⁵.

¹ غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2011، ص 240.

² تنص المادة 03 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم 05 لسنة 1985 على "يعتبر من النظام العام الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية كالزواج والميراث والنسب والأحكام المتعلقة بنظم الحكم وحرية التجارة وتداول الثروات وقواعد الملكية الفردية وغيرها من القواعد والأسس التي يقوم عليها المجتمع وذلك بما لا يخالف الأحكام القطعية والمبادئ الأساسية للشريعة الإسلامية".

³ نادية فضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2001، ص 112-113.

⁴ محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2009، ص 254.

⁵ هشام صادق، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 194.

وفي هذا الصدد نجد عدة محاولات لتعريف النظام العام من طرف القضاء من بينها:

- عرّفت المحكمة العليا الإسبانية النظام العام في حكم لها بتاريخ 15/04/1966، جاء في حيثياته: " بما أنّ تطبيق القانون الأجنبي أو آثار الأحكام الأجنبية قد تصطدم في غالب الأحيان ببعض المبادئ التي يعتبرها القانون الوطني غير قابلة للمساس بها فوق إقليم دولتها، لأنّ النظم القانونية لمختلف الدول ليست مؤسسة بكاملها على نفس القواعد والمبادئ، وأتّه من الضروري كذلك ضمان الدفاع عن هذه المبادئ التي يتعين عدم المساس بها، والتي تكوّن ما يسمى بالنظام العام الوطني الذي يضم المبادئ القانونية العامة والخاصة، السياسية والاقتصادية والمعنوية، وحتى الدينية التي تعتبر إجبارية بصفة مطلقة بقصد المحافظة على النظام الاجتماعي داخل شعب في فترة معينة"¹.

- كما تعرضت محكمة استئناف باريس في حكم صادر لها بتاريخ 22/03/1944 إلى تعريف النظام العام بقولها: " إنّ تعريف النظام العام الوطني يرتبط بالمفهوم الواسع للرأي العام الفرنسي في عصر معين"².

- كذلك قالت محكمة النقض المصرية عن النظام العام بأنّه: " النظام الذي يحتوي القواعد التي ترمي إلى تحقيق المصلحة العامة للبلاد، سواء من الناحية السياسية أو الاجتماعية أو الاقتصادية، والتي تتعلق بالوضع الطبيعي المادي والمعنوي لمجتمع منظم، وتعلو فيه على مصالح الأفراد"³.

وما يمكن ملاحظته في الأخير من خلال كل هذه التعاريف أو بالأحرى محاولات التعريف لفكرة النظام العام، سواء منها القضائية أو الفقهية، أنّه ليس في المقدر وضع تعريف جامع مانع لما يعد من النظام العام، ومن ثمّ وجب ترك الأمر لقاضي النزاع يقدره بالنظر لكل حالة على حده، وكل محاولة لتحديد مفهومه مآلها الفشل، ويرجع السبب في

¹ نقلا عن: بلمامي عمر، الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة، بحث لنيل دبلوم الماجستير في العقود والمسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، جامعة الجزائر، 1986، ص ص، 125-126.

² المرجع نفسه، ص 127.

³ محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص ص 253-254.

ذلك إلى كون فكرة النظام العام فكرة وطنية بحتة ترتبط بكل دولة على حده، وكذا كونها فكرة متغيرة ومتطورة تختلف باختلاف المكان والزمان، مما يحول دون تحديدها وتعيينها بشكل ثابت ودقيق، ولذلك تمّ تحديد مفهومه بوضع موجّهات عامة من شأنها مساعدة القاضي في الكشف عن الملامح الرئيسية لهذه الفكرة التي تهدف إلى حماية الأسس التي يقوم عليها كيان المجتمع، بالمحافظة على القواعد الجوهرية التي تحكمه، هذا الأخير (أي القاضي الوطني) هو الذي يرجع له في النهاية الحسم في المسألة، فهو الشخص الوحيد المؤهل لإدراك المصالح العليا لبلده والتي لا يجوز المساس بها¹.

الفرع الثاني

خصائص النظام العام في القانون الدولي الخاص

من خلال التعاريف السابقة لفكرة النظام العام في إطار القانون الدولي الخاص، يمكن استخلاص مجموعة من الصفات والخصائص التي تتميز بها هذه الفكرة، لعل أبرزها الآتي:

أولاً: النظام العام فكرة وطنية: النظام العام فكرة وطنية يستمد مضمونه من النظام القانوني لدولة القاضي، فكل دولة مفهومها الخاص له تضع قواعده وتهيمن عليه بقوانينها الداخلية، ويعد ذلك من أهم أسباب غموض فكرة النظام العام لاختلاف مضمونه من بلد لبلد، ومن شعب لآخر².

والصفة الوطنية للنظام العام تظهر من خلال الطبيعة الوطنية للقانون الدولي الخاص ومن جهة ثانية من الدور الحمائي الذي يلعبه، فالقانون الدولي الخاص قانون يعالج علاقات فردية ذات طابع دولي، تطرح منازعاته على محاكم داخلية تطبّق الحل الذي وضعه النظام القانوني للدولة التي تنتمي إليها، ففي كل دولة نظام قانوني متكامل يضم قواعد للحل في مسائل التنازع، والقاضي الداخلي يقوم بتطبيق تلك القواعد على العلاقات الخاصة الدولية

¹ عبده جميل غصوب، المرجع السابق، ص 202؛ عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 560.
² صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص، الجنسية وتنازع القوانين، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية مصر، الطبعة الأولى، 2008، ص 334.

كما يقوم بتطبيق قواعد القانون الداخلي على العلاقات الداخلية المجردة ومن ثمّ فإنّه لا يوجد قضاء مستقل متخصص للفصل في النزاعات التي تحوي عنصر أجنبي، كما أنّ لكل دولة قانونها الدولي الخاص، فليس هناك من مفهوم لنظام عام فوق الدول، وإنّما هناك مفهوم خاص للنظام العام لكل دولة على حده، ورغم أنّه قد تتفق بعض التشريعات على اعتبار مسألة معينة من النظام العام، وهو ما يسمى بالنظام العام الدولي بالمعنى الحقيقي، ولكن هذا النظام العام لا يؤخذ بعين الاعتبار كما هو عليه في التطبيق العملي، حيث أنّه على القاضي -إن هو أراد الأخذ به- أن يبدأ بالبحث عن طابعه الوطني ليتأكد ممّا إذا كان مخالفا أم لا للقواعد الأساسية في قانونه، وعليه لا يؤخذ هذا النظام العام الدولي الحقيقي بالاعتبار إلاّ بالقدر الذي يمس فيه القواعد الأساسية في دولة القاضي أو بعبارة أخرى أنّ النظام العام الدولي أصلا يطرح فنيا لاستبعاد القانون الأجنبي حماية لمجتمع قاضي النزاع ومن ثمّ فإنّ معيار إعماله هو أثره على قانون القاضي وليس طبيعته الدولية الحقيقية¹.

ثانيا: النظام العام فكرة نسبية ومتغيرة: يلاحظ أنّ فكرة النظام العام فكرة نسبية معيارية تختلف باختلاف المكان والزمان، فما يعتبر متعلقا بالنظام العام في دولة قد لا يعد كذلك في دولة أخرى، وما يعتبر من النظام العام في وقت أو عصر معين قد لا يعتبر كذلك في وقت آخر حتى داخل الدولة الواحدة²، ومن ثمّ قد يكون الحق عند نشوئه مخالفا للنظام العام، لكن يصبح غير مخالف له عند المنازعة فيه أمام القضاء، وبالتالي يصبح لدينا نظام عام قديم وآخر جديد، فبأيّهما يأخذ القاضي عند فصله في دعوى موضوعها هذا الحق؟³.

يجمع الفقه في فرنسا أنّ هذه النسبية التي تميّز النظام العام تجعل القاضي يقدر مقتضيات النظام العام وقت الفصل في النزاع وليس وقت نشوء الحالة القانونية⁴، وهو نفس الحل الذي أخذ به القضاء الفرنسي، فقد عبّرت محكمة النقض عن هذا الحل بعبارة شهيرة

¹ سامي بديع منصور، أسامة العجوز، القانون الدولي الخاص، الطبعة الثالثة، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009، ص ص 174-175.

² أحمد مسلم، المرجع السابق، ص 203.

³ خوالدية فؤاد، الدور الاحتياطي لتطبيق القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 153.

⁴ Pierre MAYER, Vincent HEUZE, op.cit, p 148.

" تعريف النظام العام الوطني يتوقف إلى حد كبير على الرأي السائد في كل وقت في فرنسا " وقد أخذت بهذا الحل كل من المحكمة العليا النمساوية في قرار صادر عنها بتاريخ 1963/07/0، وكذا محكمة النقض الإيطالية في حكمها الصادر بتاريخ 1955/10/21¹.

وبالتالي فإنّ تحديد دائرة النظام العام لا يكون إلا في أمة معينة وفي جيل معين وفي الوقت الذي يصدر فيه القضاء حكمه في النزاع، وهو ما يسمى بعصرانية النظام العام أو حالية وأنية النظام العام².

ثالثا: النظام العام ذو طابع قضائي: باعتبار النظام العام فكرة مرنة ومتطورة يصعب تحديدها وضبطها، كما أنّه فكرة معيارية ومعياره المصلحة العامة العليا وهو معيار موضوعي، من أجل ذلك تمّ منح سلطة تقديرية واسعة للقاضي الوطني في فحص كل حالة على حده وتقدير ما يعتبر من النظام العام، من دون حاجة لتعريفه أو تحديد المسائل المتصلة به، وذلك باعتبار القاضي الأقدر على تحديد ما إن كانت مسألة ما مخالفة للنظام العام أم لا وقت نظره في النزاع، غير أنّ هذه السلطة التقديرية على نحو ما ذكر لا تعني أبدا ترك الأمر للتقدير الشخصي للقاضي ولمعتقداته الخاصة، وإنّما يتعيّن عليه أن يستلهم المبادئ الجوهرية السائدة في دولته، فيجب أن يكون تقديره موضوعيا بحيث يستوحي من خلاله شعور الجماعة وبيتعد كل البعد عن ميولاته الشخصية، وفي ذلك تقول المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري في مجموعة الأعمال التحضيرية "ويخلق بالقاضي أن يتحرر من إحلال آرائه الخاصة في العدل الاجتماعي محل ذلك التيار الجامع للنظام العام أو الآداب فالواجب يقتضي أن يطبق مذهباً تدين به الجماعة بأسرها لا مذهباً فردياً خاصاً"³.

وتجدر الإشارة إلى أنّ تقدير القاضي يخضع دائماً لرقابة المحكمة العليا، حيث أنّ الدفع بالنظام العام ما هو إلاّ استثناء يعطلّ أعمال قاعدة الإسناد، وبالتالي هو مسألة قانون

¹ أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص ص 171-173.

² عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 533.

³ المرجع والموضع نفسه.

تخضع بالضرورة لرقابة المحكمة العليا التي لها دور كبير في توحيد الحلول القضائية في شأن المسائل التي تتعلق بالنظام العام، وما يزيد من أهمية تلك الرقابة في هذا المجال أنه ورغم الدور الكبير الذي يلعبه النظام العام في حماية الأسس الجوهرية والمبادئ الأساسية التي يقوم عليها كيان مجتمع دولة القاضي، إلا أن مرونة هذه الفكرة وصعوبة ضبطها يقتضي أن يكون استخدامها واللجوء إليها مقرونا دائما بالحكمة والاعتدال، فلا يتم إعمالها إلا في الأحوال التي تقتضيها المصلحة العليا للمجتمع، ولهذا وصف الدفع بالنظام العام بأنه سلاح ذو حدين يجب الاعتدال في استخدامه، وإلا قضى على الهدف الذي وضعت من أجله قواعد التنازع، ومن ثمّ التأثير بشكل سلبي على إطراد العلاقات الخاصة الدولية¹.

هذا ويعتبر القاضي مشرّع في هذه الدائرة المرنة المسماة بالنظام العام، فهو بصدد فكرة وظيفية غير ثابتة، لكن الأمر ليس على إطلاقه، فرغم خلو أغلب القوانين والتشريعات الوطنية من تعريف للنظام العام أو حتى من تحديد قائمة مضبوطة تضم الحالات التي يتم فيها إعماله، إلا أنه توجد موجّهات عامة يعتمد عليها القاضي في تقديره ومهما تباينت تلك الموجّهات فإنها تلتقي في فكرة أساسية هي ضرورة استبعاد أحكام القانون الأجنبي الذي يتعارض مع الأسس الجوهرية السياسية والاجتماعية والاقتصادية في الدولة².

وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أنّ إثارة الدفع بالنظام العام يكون من طرف قاضي الدعوى، كما يكون من طرف الموثق باعتباره ضابط عمومي خولته الدولة جزءا من صلاحياتها بإضفاء الصبغة الرسمية على مختلف العقود التي يحررها، وبالتالي يتوجب عليه الامتناع عن تحرير أو إضفاء الصبغة الرسمية على أي عقد دولي من شأنه المساس بمقتضيات النظام العام في دولته³.

¹ هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 145-146.

² مريني فاطمة الزهرة، النظام العام كأداة لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي على ضوء تعديل 2005 للقانون المدني (دراسة مقارنة)، مذكّرة لنيل درجة الماجستير في إطار مدرسة الدكتوراه، عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة أمحمد بوقرة بومرداس، 2010/2009، ص 50.

³ مريني فاطمة الزهرة، المرجع السابق، ص 50-51.

وعليه فإنّ النظام العام فكرة وظيفية معيارية ومعياريها المصلحة العامة ذات صبغة مرنة وطابع وطني، نسبية في الزمان والمكان، يتعذر تحديدها بدقة، تخضع لتقدير القاضي المحكوم برقابة المحكمة العليا في ذلك.

المطلب الثالث

تمييز النظام العام في إطار القانون الدولي الخاص عن بعض المفاهيم القريبة منه

هناك العديد من المفاهيم التي قد تقترب كثيرا أو قليلا، بل و ربما يحدث خلط إلى حد ما بينها وبين مفهوم النظام العام في القانون الدولي الخاص، فقد يختلط دور النظام العام في القانون الداخلي عنه في القانون الدولي الخاص (الفرع الأول)، كما قد يحدث خلط بين مفهوم النظام العام في القانون الدولي الخاص والقواعد ذات التطبيق المباشر (الفرع الثاني) أو مع الآداب العامة (الفرع الثالث)، أو بينه وبين قواعد الإسناد (الفرع الرابع).

الفرع الأول

التمييز بين دور النظام العام في القانون الدولي الخاص عنه في القانون الداخلي

في البداية تجدر الإشارة إلى أنّ فكرة النظام العام تهدف إلى حماية المبادئ الجوهرية والمقومات الأساسية التي يقوم عليها كيان أي مجتمع، سواء على مستوى العلاقات الداخلية أو تلك التي تحوي عنصر أجنبي، ففي الأولى عن طريق الحد من سلطان الإرادة لضمان عدم خروج الأفراد على أحكام القواعد القانونية الآمرة، ومن ثمّ يكون باطلا كل اتفاق بين الفرقاء يكون مخالفا للقواعد المتعلقة بالنظام العام، وفي الثانية عن طريق استبعاد القانون الأجنبي المختص المخالف¹، إلا أنّ هذه الحقيقة لا تعني في نظر الفقه تطابق فكرة النظام العام في كلا المجالين، فهما وإن اتحدا في الهدف فإنّهما يختلفان في دور كل منهما، لذلك حاول جانب من الفقه أن يتخذ من اختلاف دور وظيفة النظام العام في القانون الدولي

¹ محمد المبروك اللافي، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، دراسة مقارنة في المبادئ العامة والطور الوضعية المقررة في التشريع الليبي، منشورات الجامعة المفتوحة، 1994، ص 80.

الخاص عنه في القانون الداخلي مطية لتقسيم النظام العام إلى قسمين: نظام عام دولي أو مطلق، ونظام عام داخلي أو نسبي، وقال أنّ النظام العام الداخلي يثار عادة، عندما يخالف الأفراد بعض القواعد الداخلية الآمرة، في حين أنّ النظام العام الدولي يثار عندما يتعلق الأمر بتطبيق القانون الأجنبي الذي يخالف محتواه النظام العام في دولة القاضي¹.

غير أنّ غالبية الفقه الحديث انتقد هذا التقسيم، وقال أنّ تسمية النظام العام الدولي قد توقع في اللبس وتفيد بوجود نظام عام مشترك وعالمي بين مختلف الدول، وهذا ليس صحيحا في جميع الفروض، كل ما هنالك هو أنّ النظام العام واحد يتباين دوره بحسب المجال الذي يعمل فيه، فدوره في القانون الداخلي يختلف عنه في القانون الدولي الخاص، ومن ثمّ فإنّه ليس من الدقة في شيء الحديث عن "نظام عام دولي"، وذلك رغم وجود بعض الحالات المشتركة أو المتماثلة بين كثير من الدول يمكن أن يتدخل فيها النظام العام للدفاع عن بعض القيم والمثل المشتركة التي تشكّل القيم المثالية للمجتمع الإنساني، كمبادئ حقوق وحرّيات الإنسان، وبخاصة المبادئ التي تتكر التمييز على أساس اللون أو الجنس بين الأفراد، وكذا كفالة حقوق الدفاع والمحاكمة العادلة وغيرها من المبادئ المعروفة، ولكن رغم عدم إنكار وجود مثل هذه المبادئ المشتركة فإنّ ذلك لا يعني أكثر من أنّ لها صفة العالمية وأنها لذلك تعد من النظام العام الداخلي في كل دولة من الدول².

ويعبر عن ذلك الفقيه (نيبوايه) بدقة بقوله أنّ هذه التفرقة هي تفرقة خادعة وخاطئة فهي خادعة لأنّ اصطلاح "نظام عام دولي" قد يفهم أنّ المقصود منه وجود نظام عام مشترك فيما بين الدول، مع أنّ النظام العام في القانون الدولي الخاص ذو صبغة وطنية رغم أنه قد تكون هناك مسائل معينة تعتبر من النظام العام في أكثر من دولة، لكن ذلك لا يكون إلّا في نطاق ضيق، ومن ثمّ لا تنفي الصفة الوطنية للنظام العام، وهي أيضا تفرقة خاطئة

¹ سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق، ص 740.

² عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 572؛ إبراهيم احمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، بدون دار نشر، 1997، ص 378-379؛ ممدوح عبد الكريم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2005 ص 198.

لأنّ ما يطلقون عليه تسمية نظام عام دولي هو في حقيقة الأمر نظام عام داخلي، حيث أنّ النظام العام الدولي والنظام العام الداخلي هما النظام العام للدولة، أو النظام العام الوطني ومثله النظام العام الفرنسي، والنظام العام الجزائري، لكن في مقابل ذلك فإنّ مقتضيات ذلك النظام العام ليست واحدة في العلاقات الداخلية وفي العلاقات الخاصة الدولية¹.

وفي هذا الشأن عبّرت المحكمة العليا الألمانية عن هذا الأمر بقولها " أنّ القانون الأجنبي الذي تعيّنه قاعدة الإسناد يستبعد تطبيقه إذا كان الفرق بين الأفكار السياسية والاجتماعية التي أوجبت القانون الأجنبي وبين تلك التي تسود في القانون الألماني كبيرا لدرجة أنّ تطبيق القانون الأجنبي يمس قاعدة الحياة السياسية والاقتصادية الألمانية " وتأسيسا على ذلك يعتبر البعض النظام العام في مجال تتنازع القوانين جزءا من النظام العام الداخلي، لأنّه مادامت قواعد الأول تمنع تطبيق القانون الأجنبي، فهي تعتبر في الوقت نفسه من قواعد القانون الداخلي ولكن العكس يعتبر غير صحيح².

وفي الأخير يقترح نيبواييه استعمال تعبيرين بديلين، هما النظام العام بمعناه في القانون الدولي الخاص، والنظام العام بمعناه في القانون الداخلي، ومن ثمّ يستعمل تعبير استعمال استثناء النظام العام في القانون الدولي الخاص الذي يتمّ إعماله فقط عندما يصطدم القانون الأجنبي المختص بالمبادئ أو الأسس الجوهرية التي يقوم عليها كيان المجتمع في دولة القاضي، وأمّا النظام العام بمعناه في القانون الداخلي فيستعمل في إبطال الاتفاقات الخاصة التي تخالف القواعد الآمرة أو الناهية في دولة القاضي³.

من كل ذلك يتبين لنا أنّ فكرة الازدواج بين النظام العام الداخلي والدولي ما هي إلّا تفرقة لفضية ليس إلّا، فهي تفرقة في التسمية دون المضمون، وفي هذا يقول الأستاذ إبراهيم أحمد إبراهيم: "والحقيقة أنّ النظام العام وطني دائما سواء كان في القانون الداخلي أو في

¹ عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 522.

² سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق، ص ص 744-745.

³ بلمامي عمر، بلمامي عمر، الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص مرجع سابق، ص ص 89-90.

القانون الدولي الخاص، فهو يعكس الأفكار الوطنية السائدة في دولة ما، كما أنه يتحدد وفقا لمعيار مستمد من المجتمع الداخلي، فالنظام العام في نطاق القانون الدولي الخاص لا يصدر من سلطة أعلى من الدولة، كما أنه يختلف من دولة إلى أخرى، لذا فليس هناك محل للقول بوجود نظام عام دولي، ومن الأفضل القول بأنّ للنظام العام دورا مغايرا ومجالا مختلفا في مجال تنازع القوانين"¹.

لكن ورغم كل تلك الانتقادات التي وجهت لأنصار ذلك التقسيم والتمييز، إلا أنّه ونتيجة لتأثيرات العولمة على جل المجالات، وبخاصة في المجالين التجاري والاقتصادي فقد كان لكل ذلك الأثر البالغ على المنظومات التشريعية الوطنية، حيث يلاحظ أنّ هناك محاولات جادة جارية أنيا للتمييز بين النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي رغم كل الانتقادات السابق عرضها، وفي هذا الشأن يقول أستاذنا "بلمامي عمر" أنّ العد التنازلي قد بدأ في تهميش وتجاهل ما يعد من النظام العام الداخلي، والحرص على الأخذ بعين الاعتبار ما يخالف النظام العام الدولي، ولو كان ذلك على حساب النظام العام الداخلي للدول وبمعنى أدق أنّ العبرة بما يعد من النظام العام الدولي، وفق المفهوم الجديد للنظام العام، وللأسف فقد بدأت بعض التشريعات العربية، ومنها الجزائر تتحى هذا النحو من خلال تضمين قوانينها ما يدل على ذلك، فالمشرع الجزائري ومن خلال القانون 08-10 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد نجده قد تخلى عن الشق الثاني للنظام العام، وهو الجزء الهام والمتعلق بالآداب العامة، كما اقتصر على ذكر عبارة النظام العام الدولي في بعض المواد، حيث نصت المادة 1/1051 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد² " يتم الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي في الجزائر إذا ثبت من تمسك بوجودها، وكان هذا الاعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي"، كما نصت المادة 6/1055 من نفس القانون "إذا كان حكم التحكيم مخالفا للنظام العام الدولي"، والمشرع الجزائري إذ فعل ذلك من حيث لا يدري إلى أين

¹ إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 379.

² قانون رقم 09-08 مؤرخ في 2008/02/25، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، عدد 21، 2008.

سيلقي به اعتناق المفهوم الدولي للنظام العام وحذفه لعبارة الآداب العامة في المادتين المذكورتين أعلاه، ويضيف أستاذنا بالقول أنّ "حاله في ذلك يوصف، كمن يقفز في المجهول أوفي الظلام، لا يدرى ماذا سيصادفه من قوانين يجد نفسه مضطرا إلى قبولها بحجة أنها لا تتعارض مع النظام العام الدولي، ولو كانت على حساب النظام العام الداخلي وحينها لا يستطيع القاضي استبعادها لأنّها لا تتعارض مع مفهوم النظام العام الدولي، وهنا يقع ما لا يحمد عقباه"¹.

ورغم أنّ فكرة النظام العام تهدف إلى صيانة المصالح الجوهرية للمجتمع، وهو هدف تسعى إلى تحقيقه سواء في مجال القانون الدولي الخاص أو في مجال القانون الداخلي، إلاّ أنّ هذه الحقيقة لا تعني في نظر الفقه تطابق مقتضيات النظام العام في المجالين، فرغم أنّهما متشابهان ويشتركان في²:

- أنّ هدفهما واحد ومشترك وهو حماية المصالح أو الأسس الجوهرية التي يقوم عليها مجتمع دولة القاضي.
 - أنّ التمسك بكل منهما يكون داخل الدولة.
 - أنّ إعمالهما يكون بنفس الشكل أمام المحكمة المرفوع أمامها النزاع، بطريق الدفع بالنظام العام، ويثار عادة من طرف المدعى عليه، كما يمكن إثارته من طرف القاضي من تلقاء نفسه، وفي أي مرحلة كانت عليها الدعوى، وليس في إمكان أطراف العلاقة الاتفاق على التنازل عن التمسك به.
- ورغم هذا التشابه إلاّ أنّ ذلك لا يعني تطابق فكرة النظام العام في كليهما، حيث توجد العديد من نقاط الاختلاف بينهما، لعلّ أهمها ما يلي:

- يثار إعمال النظام العام في القانون الداخلي عندما تكون العلاقة وطنية بجميع عناصرها بينما يتم الدفع بالنظام العام في نطاق القانون الدولي الخاص بشأن علاقة قانونية مشتملة

¹ بلمامي عمر، تنفيذ الأحكام الأجنبية وإشكالية الدفع بالنظام العام في الجزائر، دراسة مقارنة، الملتقى الدولي حول تنفيذ الأحكام والسندات الأجنبية وقرارات التحكيم الدولي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة يومي 24 و25 أفريل 2013.

² حسن الهداوي، المرجع السابق، ص 188.

على عنصر أجنبي¹.

- تستخدم فكرة النظام العام في مجال القانون الداخلي لضمان عدم الخروج الإرادي عن أحكام القواعد القانونية الآمرة أو الناهية، باعتبار أنّها تهدف إلى إبطال اتفاقات الفرقاء التي يكون موضوعها أو سببها مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة²، وفي ذلك نصّت المادة 93 من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم على " إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته أو مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة كان باطلا بطلانا مطلقا"، كما نصت المادة 97 من نفس القانون على الآتي " إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب العامة كان العقد باطلا"³، وهو الأمر الذي أشار إليه قرار للمجلس الأعلى الجزائري بتاريخ 12/04/1987 حيث جاء فيه " إنّ عقد الإيجار لمنزل مستعمل للدعارة يكون مخالفا للنظام العام والآداب العامة، وبالتالي وجب تطبيق المادتين 96 و97 من القانون المدني والمادة 346 من القانون الجنائي، وفقا للمادتين 102 و103 من القانون المدني يكون العقد باطلا بطلانا مطلقا"، زيادة على ذلك فإنّ النظام العام في مجال القانون الداخلي قد يتيح للقاضي من تلقاء نفسه تطبيق قاعدة قانونية واجبة التطبيق لم يثرها الخصوم، كما يتيح لنيابة العامة أن تكون طرفا أصليا في بعض الدعاوى، كما أنّه يسمح بتبرير تطبيق قانون جديد على ما سوف يترتب من آثار لعقود أبرمت قبل صدوره⁴.

في حين أنّ فكرة النظام العام تستخدم في مجال القانون الدولي الخاص من أجل وظيفة وحيدة وهي استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص الذي يصطدم مع مقتضيات النظام العام في دولة القاضي جزئيا أو كليا وذلك ما أشارت إليه المادة 24 من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم والمشار إليها سابقا، ومن هنا يظهر الطابع الاستثنائي لفكرة النظام العام في مجال القانون الدولي الخاص، فهي أداة لاستبعاد القانون الأجنبي المختص

¹ خوالدية فؤاد، الدور الاحتياطي لتطبيق القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 156.

² محمد وليد هاشم المصري، محاولة لرسم معالم النظام العام الدولي العربي بمفهوم القانون الدولي الخاص، مجلة الحقوق، مجلة علمية محكمة ربع سنوية تعنى بنشر الدراسات القانونية والشرعية، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، العدد الرابع، السنة 27، ديسمبر 2003، ص 153.

³ موحّد إسعاد، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، قواعد التنازع، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 1989، ص 245.

⁴ عليوش قربوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، تنازع القوانين، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، 2007، ص 163.

وتطبيق القانون الوطني بصفة استثنائية، خروجاً عن الأصل العام الذي يقضي بوجوب تطبيق القانون المشار إليه من قبل قاعدة الإسناد¹.

- كذلك من حيث آثار إعمال الدفع بالنظام العام، حيث يترتب على إعماله في القانون الداخلي بطلان التصرف المخالف، كما هو مقرّر في المادة 97 من القانون المدني الجزائري المشار إليها سابقاً، دون أن يكون هناك حلول لقانون محل قانون آخر، في حين أنّ إعماله في إطار القانون الدولي الخاص لا يؤدي إلى بطلان التصرف وإنما يترتب عليه تغيير القانون الذي يحكمه، فيحل قانون القاضي محل القانون الأجنبي المختص، وهو ما أشارت إليه الفقرة الثانية من المادة 24 من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم بقولها " يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام أو الآداب العامة"².

- كذلك فإنّه ونظراً للطابع الاستثنائي لفكرة النظام العام في مجال القانون الدولي الخاص من جهة، وكذا لخصوصية تنازع القوانين واتصالها بعلاقات الأفراد وحركة التجارة عبر الحدود من جهة أخرى، فإنّه يترتب على ذلك انكماش مقتضيات النظام العام في مجال القانون الدولي الخاص عنها في مجال القانون الداخلي، خاصة وأنّ إعمال فكرة النظام العام في مجال تنازع القوانين يؤدي إلى قطع المجرى الطبيعي للمعاملات الدولية ولعلاقات الأفراد في المجال الدولي، وذلك بتعطيلها لقاعدة الإسناد التي تكفلت بتنظيم هكذا معاملات ولهذا يتفق الفقه على أنّ كل ما يعتبر من النظام العام في مجال تنازع القوانين يعد حتماً من النظام العام الداخلي، والعكس غير صحيح³، فمخالفة القانون الأجنبي لأحكام القواعد الآمرة في قانون القاضي لا يستلزم بالضرورة استبعاد أحكام هذا القانون باسم النظام العام، ومثال ذلك أن يجري جزائري بلغ 19 سنة تصرف يتعلق بأهليته وهو في هولندا أو المكسيك، فإنّ تصرفه هذا يعتبر صحيحاً طبقاً لقانون جنسيته الذي يعتبره كامل الأهلية ببلوغه 19 سنة

¹ علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 151.

² عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 574.

³ صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص، الجنسية وتنازع القوانين، مرجع سابق، ص 319.

كاملة، مع خلو إرادته من عوارض الأهلية، رغم أنّ القانون الهولندي لا يعتبر رشيدا إلاّ ببلوغه 23 سنة، والقانون المكسيكي ببلوغه 25 سنة¹.

الفرع الثاني

التمييز بين النظام العام في القانون الدولي الخاص والقواعد ذات التطبيق المباشر

رغم الفروق الواضحة بين النظام العام في نطاق القانون الدولي الخاص والقواعد ذات التطبيق المباشر، إلاّ أنّه كثيرا ما خلط الفقه، بل والقضاء أحيانا بينهما²، لأجل ذلك اتجه الفقهاء حديثا إلى التمييز بينهما لإزالة هذا الخلط واللّبس، ونشير في هذا الصدد إلى أنّه من خلال هذه المقارنة، لا نهدف لدراسة تحليلية مستفيضة للقواعد ذات التطبيق المباشر، بل نقتصر على إبراز أهم نقاط التشابه والخلاف مع النظام العام بالقدر الذي يزيل هذا الخلط.

وقبل التطرق لهذه المقارنة يجدر بنا بداية توضيح المقصود بالقواعد ذات التطبيق المباشر (أو الفوري أو الضروري)، حيث جاءت هذه الفكرة من خلال وضعية بعض القواعد القانونية التي يرى المشرع في كل دولة أنّها تمس الأمن الاجتماعي والكيان الاقتصادي لدولته، ومن ثمّ لا يمكن استبعادها وتطبيق قواعد أجنبية بأي حال من الأحوال، سواء تضمّنت العلاقة عنصرا أجنبيا أو كانت وطنية بحتة، فتطبق تلك القواعد تطبيقا إقليميا على كل الوطنيين والأجانب المقيمين على إقليم دولة القاضي، وبالتالي تفلت هذه القواعد سواء من مجال قانون الإرادة أو من مجال تنازع القوانين³، وذلك على أساس أنّها تتعلق بمصالح أساسية اقتصادية واجتماعية تتميز بقدر من الأهمية، ويطلق عليها أيضا بقوانين البوليس والأمن، وتشمل عادة الأحكام التنظيمية الخاصة بعقود العمل والضمان العام ونظم التأمين وقوانين الصرف وجوانب من عقود الإيجار والنقل، وغيرها من المسائل التي تمس تنظيم الدولة وكيانها الاجتماعي والاقتصادي حتى ولو لم تكن من موضوعات القانون العام⁴.

¹ علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 151.

² زروتي الطيب، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص 296.

³ بلمامي عمر، الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 97.

⁴ زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنة بالقوانين العربية، الجزء الأول، تنازع القوانين، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 2000 ص 245.

وفيما يلي عرض لبعض تعريفات القواعد ذات التطبيق المباشر أو الضروري:

- فقد تمّ تعريفها على أنّها " القوانين التي تطبق مباشرة على العلاقة موضوع النزاع بدون واسطة قاعدة التنازع التقليدية"¹.

- وتعرّف أيضا بأنّها القواعد التي يتعين مراعاتها من أجل حماية التنظيم السياسي والاجتماعي والاقتصادي للدولة².

- وتعرف أيضا على أنّها " يقصد بالقوانين ذات التطبيق الفوري مجموعة القواعد الموضوعية القائمة داخل النظام القانوني الوطني وباللغة الأهمية في الدولة إلى حد كبير يحول دون دخولها أية منافسة مع القوانين الأجنبية، ويتعين تاليا تطبيقها بصورة مباشرة وفورية بمعزل عن أعمال قواعد التنازع المعمول بها في الدولة"³.

من خلال هذه التعاريف يتبين أنّ القواعد ذات التطبيق المباشر تتميز بمجموعة من الصفات والخصائص، من أبرزها أنّها تتولى بذاتها تحديد مجال تطبيقها، كما لها طبيعة خاصة تمكّنها من حكم المسائل المتنازع فيها بصورة موضوعية، كما أنّها قواعد مستثناة من منهج التنازع فلا يوجد احتمال أن تتنازع مع غيرها من القوانين الأخرى⁴.

هذا ويرجع ظهور هذه القوانين إلى سببين رئيسيين، يتمثل الأول في زيادة تدخل الدولة في العديد من المجالات لاسيما الاقتصادية منها، أين عكفت على تنظيم الكثير من المسائل الاقتصادية، مثل عمليات الائتمان والرقابة على النقد وعمليات الصرف كما تدخلت لحماية الطرف الضعيف في عقد العمل، في هذه المسائل لا يمكن أن يزاحم أي قانون أجنبي قانون القاضي، ويتمثل السبب الثاني في قصور منهج التنازع في مواجهة بعض الحالات، ومن ثمّ قصور آلية الدفع بالنظام العام المعمول بها في إطار هذه المنهجية⁵.

¹ MOHAND ISSAD, op.cit, P 103.

² مجدوب كوثر، الدفع بالنظام العام في تنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، تخصص قانون السوق كلية الحقوق جامعة جيجل 2007/2008، ص 48.

³ عبده جميل غصوب، المرجع السابق، ص 232.

⁴ المرجع والموضع نفسه.

- Yvon LOUSSOUARN, Pierre BOUREL, Pascal De VAREILLES-SOMMIÈRES, op.cit, p 397.

⁵ مجدوب كوثر، المرجع نفسه، ص ص 48-49.

وبناء على ذلك يرى جانب من الفقه الحديث أنّ هذه القوانين ما هي إلاّ تجسيد لفكرة النظام العام حسب دوره التقليدي، دون الاعتداد بتحليل العلاقة المطروحة أمام القضاء وردّها إلى إحدى الأفكار المسندة تمهيدا لتطبيق القانون المختص¹.

وأما الاتجاه الثاني من الفقه فيرى بضرورة التمييز بين النظام العام في إطار القانون الدولي الخاص والقوانين ذات التطبيق المباشر، فرغم العلاقة الوطيدة بينهما في الوظيفة التي يؤديانها في مجال تنازع القوانين، باعتبار أنّ كليهما يؤدي إلى استبعاد القانون الأجنبي، إلاّ أنّ هذا التطابق في النتيجة لا يعني مساواتهما بالكامل، حيث توجد بينهما فروق واضحة، تتجلى من خلال النقاط التالية:

- تتميز القوانين ذات التطبيق المباشر بالكفاية الذاتية، فتكون تلقائية التطبيق وذلك من دون المرور بقاعدة إسناد لتعيينها كقاعدة واجبة التطبيق، فتسري على العلاقات الداخلية والدولية دون تمييز، وهذا بمقتضى نصوص قانونية وطنية، في حين أنّ النظام العام يشكّل سداً للذرائع والنواقص التي قد يغفل عنها المشرّع بالتنصيص عليها ليتدخل النظام العام و يقف كحاجز أو سدّ منيع يمنع تسرّب القوانين الأجنبية إلى إقليم دولة القاضي إذا كان في تطبيقها مساس بالمبادئ الأساسية السائدة فيها، وهذا دون حاجة لنصوص تشريعية آمرة².

ومن ثمّ فإنّ القواعد ذات التطبيق المباشر لا تخضع للمناقشة أو المشورة المسبقة كما هو الشأن في الدفع بالنظام العام، كما أنّ تطبيقها يكون تطبيقاً عادياً، بينما في الدفع بالنظام العام يكون على سبيل الاستثناء³.

- تتدخل القوانين ذات التطبيق المباشر وتلك العائدة للنظام العام في مراحل مختلفة من التحليل التنازعي، حيث تتدخل الأولى في المرحلة التمهيدية الأولية حين يلاحظ القاضي أنّ المصالح الوطنية على جانب كبير من الأهمية لدرجة تتطلب فيها تطبيق القانون الوطني على الرغم من عدم اختصاصه بموجب قاعدة الإسناد، وأما النظام العام فإنّه لا يتدخل إلا

¹ نادية فضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني، مرجع سابق، ص 117.

² عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص 165.

³ بلمامي عمر، الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 100.

في نهاية التحليل التنازعي، وذلك بعد أن يفحص القاضي القانون الأجنبي المختص، ويتبين له مدى تصادمه مع المبادئ الأساسية والجوهرية التي يقوم عليها مجتمعه، ومن ثم يقرر إعماله من أجل استبعاده وتطبيق قانونه الوطني محله¹.

- هناك من الفقهاء من اعتبر القوانين ذات التطبيق المباشر منهجاً مستقلاً عن منهج التنازع يتدخل بصفة مستقلة عن قواعد الإسناد، وذلك كلما اتضح لدى القاضي الوطني الطابع الحيوي والاستراتيجي لبعض المراكز القانونية، فيطبق القانون الوطني عليها حتى ولو كان غير مختص بموجب قاعدة التنازع في دولته، في حين يفترض تدخل النظام العام الاعتراف بمنهج التنازع أولاً، وثبوت الاختصاص التشريعي للقانون الأجنبي ثانياً، ومن ثم تعطيل تطبيقه أخيراً باسم النظام العام².

- تعتبر القوانين ذات التطبيق المباشر قواعد مطلقة تقتضي التطبيق المباشر والفوري لقانون القاضي، ولا يرد على ذلك أي استثناءات أو تخفيفات، بينما يجوز التخفيف من آثار الدفع بالنظام العام عن طريق ما يعرف بالأثر المخفف للنظام العام³.

الفرع الثالث

التمييز بين النظام العام في القانون الدولي الخاص والآداب العامة

كثيراً ما نجد عبارة "الآداب العامة" مقترنة بعبارة النظام العام، فنجد أنّ المشرع الجزائري على غرار مشرعي الكثير من الدول الأخرى لم يكتف في المادة 24 من القانون المدني المعدل والمتمم السالفة الذكر بالنص على مخالفة أحكام القانون الأجنبي للنظام العام، بل نصّ أيضاً على استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المخالف "للآداب العامة"، فجاء في الفقرة الأولى منها: " لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر..."، وهو نفس المنحى الذي نحتة العديد من التشريعات الأخرى على غرار المادة 28 من القانون المدني المصري التي تنص " لا

¹ موحند إسعاد، المرجع سابق، ص 244-245.

² زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنة بالقوانين العربية، مرجع سابق، ص 246.

³ المرجع والموضع نفسه.

يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عيّنته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو الآداب في مصر"، وكذا المادة 06 من القانون المدني الفرنسي، والمادة 30 من القانون المدني السوري، والمادة 27 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي وغيرها من التشريعات الأخرى¹.

وقد انتقد جانب من الفقهاء، ومنهم الأستاذ "عز الدين عبد الله" إضافة عبارة "الآداب العامة" في هذه النصوص، وقال أنّ النظام العام يشمل الآداب، باعتبار أنّ الآداب هي جانب من جوانب نظام المجتمع الأعلى، وبعبارة أخرى تكون جانبا من جوانب النظام العام وبذلك يغني ذكره بالنص عن ذكرها به، ومن ثمّ فإنّه لا داعي لذكر عبارة الآداب العامة والاكتفاء فقط بذكر عبارة النظام العام².

لكن في مقابل ذلك هناك جانب آخر من الفقه ومنهم الأستاذ "علي علي سليمان" يحبذ إضافة عبارة الآداب، والإبقاء عليها بجانب النظام العام، لأنها قد تتناول معاني لا تتصل به³، فإذا كان النظام العام يحمي الأسس الجوهرية التي يقوم عليها كيان مجتمع معين في وقت معين، فإنّ الآداب تعنى بالجانب الأخلاقي البحت للمجتمع وتحافظ على النواميس الخلقية له فتحميه من الانحرافات والوقوع في الأفعال المشينة التي من شأنها تشويه سمعة المجتمع الأخلاقية، وعلى هذا فعبارة الآداب العامة لا تعني أنّها مرادفة للنظام العام ككل، وإنّما مكملّة له، أو جزء منه " الشق الثاني له"⁴.

وفكرة الآداب العامة كفكرة النظام العام نسبية ومرنة تختلف باختلاف المكان والزمان وتتأثر بالعوامل الأخلاقية والاجتماعية والدينية، مما يجعل من المتعذر وضع تعريف دقيق لها وتحديد وحصر ما يعتبر من الآداب العامة وما لا يعتبر منها⁵، لكن رغم ذلك فقد

¹ بلمامي عمر، الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 111.

² عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 526.

³ علي علي سليمان، المرجع السابق، ص ص 156-157.

⁴ بلمامي عمر، المرجع نفسه، ص 113.

⁵ غالب علي الداودي، حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، الجنسية، الموطن، مركز الأجانب وأحكامه في القانون العراقي، بدون دار نشر وبدون تاريخ طبعة، ص 149.

وجدت العديد من المحولات الفقهية لتعريف الآداب العامة، من بينها ما يلي:

- عرّفها العلامة " عبد الرزاق السنهوري" بقوله " الآداب في أمة معينة وفي جيل معين، هي مجموعة من القواعد وجد الناس أنفسهم ملزمين باتباعها طبقا لناموس أدبي يسود علاقاتهم الاجتماعية، وهذا الناموس الأدبي هو وليد المعتقدات الموروثة والعادات المتأصلة وما جرى به العرف وتواضع عليه الناس"¹.

- وعرّفت أيضا بأنّها " أي الآداب العامة " مجموعة القواعد الخلقية الأساسية والضرورية لقيام وبقاء المجتمع سليما من الانحلال، وهي ذات ارتباط وثيق بالتقاليد والمعتقدات الدينية الأخلاق، فلا يعقل أن تسمح للأطراف بمخالفتها كونها تؤدي إلى الانهيار الأخلاقي في لمجتمع، لذلك أصبحت هذه القواعد جزء من النظام العام"².

- وتمّ تعريفها أيضا على أنّها ذلك القدر من المبادئ التي تتبع من التقاليد والمعتقدات الدينية والأخلاق في المجتمع، والتي يتكوّن منها الحد الأدنى للقيم والأخلاقيات التي يعد الخروج عليها انحراف وتحلّلا يدينه المجتمع، أي أنّ الآداب العامة هي التعبير الخلفي عن فكرة النظام العام"³.

والآداب من خلال هذه التعاريف فكرة نسبية متطورة تختلف من مجتمع لآخر بل وتختلف داخل المجتمع الواحد باختلاف الأزمان، وتتفاوت بتفاوت الجماعات، كون العبرة في مضمونها بما تعتبره كل جماعة في زمن معين من الأصول الأساسية للأخلاق فيها وهي تخضع في ذلك لما يحيط بها من ظروف خاصة متعلقة بالعادات والتقاليد والدين، فقد كانت هناك العديد من الأفعال والتصرفات تعتبر مخالفة للآداب العامة، وأصبحت اليوم غير مخالفة لها، وتصرفات أخرى على العكس من ذلك، كانت لا تعد من قبيل الأمور التي

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009، ص 436.

² عبد الوافي عز الدين، القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، مذكرة لنيل درجة الماجستير، فرع القانون الخاص، تخصص قانون السوق، كلية الحقوق، جامعة جيجل، السنة الجامعية (2008/2007)، ص 68.

³ شيخ نسيم، النظام العام والآداب العامة، مجلة الفقه والقانون، مجلة شهرية إلكترونية تعنى بنشر البحوث العلمية القانونية، بدون عدد، نشر بتاريخ 15 يونيو 2012، ص 09، www.majalah-droit.ici.st، تاريخ الدخول إلى الموقع: 2013/04/20.

تخالف الآداب لكنها اليوم محل سخط وتذمر في المجتمعات، من ذلك: يعتبر إنشاء نوادي للعرافة، وإثبات النسب غير الشرعي مخالف للآداب العامة في الدول الإسلامية، بينما يعتبر ذلك من الأمور العادية التي يستسيغها الرأي العام في الدول الغربية، كذلك كان فيما مضى التأمين على الحياة يعتبر من الأمور المخالفة للآداب العامة، بينما أضحى الآن من الأمور العادية التي تباشر بشكل يومي، وعلى العكس من ذلك كان الرق وواد البنات من الأمور العادية في حياة الناس في الجاهلية قبل مجيء الإسلام، بينما أضحى بعد ذلك من الأفعال المشينة المنبوذة¹.

من كل ذلك نخلص إلى القول أنّ فكرة الآداب هي جزء من النظام العام ومكمّلة له أو هي الشق الثاني له، ولو أنّ فكرة النظام العام تشملها لأنّ الأسس الأخلاقية تدخل ضمن الأسس الاجتماعية التي تتضمنها فكرة النظام العام، فالآداب تعنى بالجانب الأخلاقي للمجتمع في زمن معين، حيث للمجتمع جوانب كثيرة ومتنوعة، سياسية واقتصادية واجتماعية ودينية، والآداب تشكل أحد هذه الجوانب، هذا وتجدر الإشارة أخيرا إلى أنّ الفكرتين اللتين تسودان النظام العام والآداب فتبعثان فيهما الخصوبة والمرونة والقابلية للتطور هما:

01: فكرة المعيار، حيث أنّ معيار النظام العام هو المصلحة العامة للمجتمع، بينما معيار الآداب هو الناموس الأدبي له، وهما معياران موضوعيان يخضعان لرقابة المحكمة العليا أو محكمة النقض.

02: فكرة النسبية، فلا يمكن تحديد دائرة النظام العام والآداب إلاّ في أمة معينة، وفي جيل معين².

الفرع الثالث

التمييز بين النظام العام في إطار القانون الدولي الخاص وقواعد الإسناد

قبل التطرق إلى المقارنة بين النظام العام في إطار القانون الدولي الخاص وقواعد

¹ شيخ نسيمة، النظام العام والآداب العامة، المرجع السابق، ص 11.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 437.

الإسناد يجدر بنا بداية التعرّيج على المقصود بقواعد الإسناد، وذلك عن طريق عرض لمجموعة من التعريفات الفقهية لها:

- يمكن تعريف قاعدة الإسناد على أنّها القاعدة التي ترشد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على المراكز القانونية ذات العنصر الأجنبي¹.

- ويعرّفها الأستاذ "أعراب بلقاسم" بأنّها: "قاعدة الإسناد هي عبارة عن قاعدة قانونية يضعها المشرع الوطني، وهدفها إرشاد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على المسألة القانونية المشتملة على عنصر أجنبي"².

ولعلّ أهم تعريف يمكن إيجاده يبرز العناصر المهمة في هذه القواعد هو كالتالي "قواعد الإسناد هي القواعد القانونية الوطنية المصدر التي بواسطتها يسترشد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق من بين القوانين المترجمة ويختار أكثرها ملائمة لحكم العلاقة الخاصة الدولية المشوبة بعنصر أجنبي بما يحقق مصالحه الاقتصادية والسياسية والاجتماعية"³.

ومن ثمّ فقواعد الإسناد هي قواعد من صنع المشرع الوطني تسعى إلى وضع أكثر الحلول ملائمة لحكم العلاقات الخاصة الدولية، من أهم خصائصها⁴:

- أنّها قواعد وطنية المصدر، فلكل دولة قواعد إسناد خاصة بها يتضمنها قانونها سواء القانون الدولي الخاص أو القانون المدني أو التجاري أو غيرها، وتختلف من دولة لأخرى استناداً إلى اختلاف المصالح السياسية والاقتصادية والأخلاقية والدينية... الخ.

- أنّها قواعد غير مباشرة فهي لا تنطبق مباشرة على موضوع النزاع، وإنّما ترشد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق.

- أنّها قواعد مزدوجة، فقد تشير بتطبيق القانون الوطني كما قد تشير بتطبيق قانون أجنبي.

¹ كريم مزعل شبي الساعدي، مفهوم قاعدة الإسناد وخصائصها، دراسة مقارنة في تنازع القوانين، مجلة جامعة كربلاء، مجلة فصلية علمية محكمة لأغراض الترقّيات العلمية في مختلف الاختصاصات، جامعة كربلاء، العراق، المجلد الثالث، العدد الثالث عشر، كانون الأول، 2005، ص ص 02-01.

² أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 67.

³ كريم مزعل شبي الساعدي، مفهوم قاعدة الإسناد وخصائصها، المرجع نفسه، ص 02.

⁴ المرجع نفسه، ص ص 19-22.

- أنها قواعد حيادية باعتبارها غير مباشرة تتسم بطابع شكلي، فيقتصر دورها إلى تحديد القانون الأكثر ملائمة لحكم العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي.

وأما عناصرها فتتمثل في: الفكرة المسندة، وضابط الإسناد، والقانون المسند إليه.

من خلال تعريف قاعدة الإسناد يبرز لنا تساؤل حول الكيفية التي يختلط فيها هذا المفهوم مع مفهوم النظام العام في إطار القانون الدولي الخاص، والإجابة عن هذا التساؤل تظهر من خلال استعراض لبعض آراء الفقه في هذا المجال:

فيذهب جانب من الفقه إلى وصف النظام العام في إطار القانون الدولي الخاص بأنه قاعدة إسناد إقليمية مرنة، إما ذات دور احتياطي الغرض منها إيجاد أساس استثنائي لتقييد مجال تطبيق القانون الأجنبي الممتد، أو لجعل الاختصاص ينعقد أصلاً للقانون الإقليمي الذي هو قانون القاضي، وذلك في شكل قاعدة إسناد رئيسية فحواها تطبيق القانون الإقليمي باعتباره آمراً، وذلك بغرض حماية الجماعة أو قوانين النظام العام، ومن ذلك قوانين نظام الأموال ونظام المسؤولية الجزائية¹.

هذا وكان يوجد في فرنسا جانب آخر من الفقه يتزعمه الفقيه "لويس لوكا" يعتبر أنّ قواعد الإسناد تقيض من النظام العام ومستوحاة منه، ومن ثمّ يكون له إمّا دوراً عادياً في حالة ما إذا كانت تلك القواعد تمنح الاختصاص لقانون القاضي، وإمّا دور غير عادي أو إقليمي بموجبه يتحول الاختصاص غير العادي لقانون القاضي إلى اختصاص عادي بعد استبعاد القانون الأجنبي المختص أصلاً نتيجة لإعمال الدفع بالنظام العام².

من خلال تحليل هذه الاتجاهات الفقهية التي ترى أنّ النظام العام يلعب نفس دور قاعدة الإسناد، ومن خلال الانتقادات الموجهة إليها، يتبين بوضوح الفرق الواضح والبيّن بينهما، ويتجلى ذلك من خلال عرض أبرز تلك الانتقادات والتي نوجزها في الآتي:

¹ زورتي الطيب، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص 295.

- Mohand ISSAD, op.cit, pp 194-195 ; Yvon LOUSSOUARN, Pierre BOUREL, Pascal De VAREILLES-SOMMIÈRES op.cit, p 336.

² زورتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، مرجع سابق، ص ص 243-244.

- هناك خلط واضح بين نطاق تطبيق قواعد الإسناد ووظيفة النظام العام في إطار القانون الدولي الخاص، وذلك بسبب سوء فهم الفقه التقليدي لمحتوى المادتين 03 فقرة 01 و 06 من القانون المدني الفرنسي، لذلك عزف الفقه المعاصر في فرنسا عن صياغة قواعد إسناد على هدى أفكار النظام العام في مجال تنازع القوانين، ذلك أنه توجد أسس أخرى أكثر دقة وانضباط لتوزيع الاختصاص التشريعي بصفة موضوعية، مثال ذلك ما يتعلق بالمنازعات العقارية فإنه يعود الاختصاص فيها لقانون الموقع، والذي هو نفسه قانون القاضي والقانون الإقليمي ومن ثمّ فلا حاجة لتطبيق القانون الإقليمي تأسيساً على فكرة النظام العام¹.

- كذلك من بين الفروق الجوهرية بين دور النظام العام وقواعد الإسناد هو توقيت الاعتداد بكل منهما، فقاعدة الإسناد الواجبة التطبيق هي القاعدة السارية المفعول وقت نشوء المركز القانوني، بينما يتحدد محتوى النظام العام بوقت المنازعة أمام القضاء².

- تأسيس النظام العام على مبدأ إقليمية القوانين غير صحيح دائماً، فيجوز استبعاد القانون الأجنبي المختص استناداً لمخالفته للنظام العام في دولة القاضي ولو أنه غير مخالف له في القانون المحلي³.

وفي الإمكان الاستنتاج بسهولة أنّ النظام العام ليس قاعدة إسناد، ويظهر ذلك سواء من خلال صياغة أو مكان تواجد نص المادة 24 من القانون المدني الجزائري، حيث جعله المشرع الجزائري من خلال هذه المادة قيماً على تطبيق القانون الأجنبي، يتم تحريكه وإثارته في صورة دفع لاستبعاد هذا القانون الأجنبي في مرحلة أعمال قواعد الإسناد⁴.

ومن ثمّ فإنّه رغم نقاط التقاطع العديدة والتشابه، وأحياناً الخلط بين مفهوم النظام العام في إطار القانون الدولي الخاص، وبين عديد المصطلحات والمفاهيم الأخرى، إلا أنّ الفرق واضح وجلي بينهم وذلك نظراً لاختلاف دور كل مصطلح ومفهومه من جهة، وكذا لخصوصية النظام العام من جهة أخرى.

¹ زورتي الطيب، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع نفسه، ص 297.

² المرجع والموضع نفسه.

³ زورتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنة بالقوانين العربية، المرجع نفسه، ص 244.

⁴ المرجع نفسه، ص 245.

المبحث الثاني

طبيعة وشروط إعمال الدفع بالنظام العام

باعتبار الدفع بالنظام العام وسيلة لاستبعاد القانون الأجنبي المخالف، فإنّه ثار خلاف حاد بين الفقهاء حول طبيعة هذا الدفع (المطلب الأول)، ولفهم هذه الطبيعة أكثر يجب علينا التطرق إلى شروط إعماله (المطلب الثاني).

المطلب الأول

طبيعة فكرة النظام العام في مجال العلاقات الدولية الخاصة

باعتبار أنّ النظام العام من موانع تطبيق القانون الأجنبي المختص بموجب قاعدة الإسناد الوطنية والمخالف للمقومات والأسس الجوهرية التي يقوم عليها كيان مجتمع دولة القاضي، فإنّه يثار تساؤل غاية في الأهمية، مقتضاه: هل أنّ الدفع بالنظام العام تطبيق لمبدأ أصلي لقواعد القانون الدولي الخاص، أم أنّه مجرد استثناء؟¹.

وتكمن أهمية الإجابة عن هذا التساؤل من ناحية تحديد نطاق النظام العام وتفسيره فالقول بأنّه تطبيق لمبدأ أصلي يتيح الفرصة للتوسع في هذا التحديد والتفسير، ومن ثمّ يصبح الأصل هو عدم تطبيق القانون الأجنبي المختص بموجب قاعدة التنازع في دولة القاضي بحجة مخالفته للنظام العام في دولة القاضي، وأمّا القول بأنّه مجرد استثناء فإنّه يترتب عليه نتائج عكسية لما سبق عرضه، حيث يكون التفسير الضيق للنظام العام، وعدم التوسع في نطاقه ومدى آثاره.²

اختلف الفقهاء في تحديد طبيعة النظام العام في مجال القانون الدولي الخاص اختلافًا بينًا وذلك كل بحسب اتجاهاته، وبرز في شأن ذلك اتجاهين، اتجاه أول تبناه الفقه التقليدي يعتبر فكرة النظام العام تطبيق لمبدأ أصلي ولقاعدة عامة (الفرع الأول)، واتجاه

¹ صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 328.

² صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، الطبعة الثالثة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2007، ص 112.

آخر يرى بأن فكرة النظام العام ما هي إلا استثناء عن القاعدة العامة، ويتبنى ذلك الفقه المعاصر (الفرع الثاني).

الفرع الأول

النظام العام تطبيق لمبدأ أصلي

تعود جذور الاختلاف حول طبيعة فكرة النظام العام إلى عهد مدرسة الأحوال الإيطالية، أين كان الفقه التقليدي آنذاك يستخدم هذه الفكرة كمبدأ أصلي وكقاعدة عامة من قواعد القانون الدولي الخاص، فنجد مثلا الفقيه "بييه" قد استخدم النظام العام كأساس لبناء قاعدة الإسناد، وجعلها السبب في تطبيق القانون تطبيقا إقليميا لكن ما يلاحظ عند بييه أن الإقليمية عنده ليست استثناء، بل أنّ قوانين النظام العام تعتبر قاعدة إلى جانب القوانين الممتدة التي يكون تطبيقها شخصيا¹.

وعلى ذلك فقواعد النظام العام قواعد أصلية وأساسية لا ينظر إليها كقواعد استثنائية تمنع تطبيق القانون الأجنبي، بل ينظر إليها كعنصر أساسي من عناصر الوضع الطبيعي للأشياء، فمثلا قانون الجنسية هو الذي يحكم علاقات الأشخاص فإنّ هناك قواعد في قانون القاضي يجب أن تنطبق على جميع العلاقات بغير تمييز بين الوطنيين والأجانب، ومعنى ذلك أنّ قانون الجنسية يتلاشى في هذا النوع من العلاقات لكي يترك المجال لقانون القاضي استنادا إلى ضرورة احترام سيادة الدول واستقلالها².

ولقد وجهت مجموعة من الانتقادات لهذا الاتجاه، من بينها: أنّ استخدام فكرة النظام العام كبديل للفكرة المسندة في التنظيم الحالي للتنازع من أجل تبرير تطبيق بعض القوانين إقليميا هو تصور يخلط بين فكرتين مختلفتين، تمّ استعمالهما كمترادفين، فكرة النظام العام وفكرة الإقليمية³، مع أنّ هناك فرق واضح بينهما حيث أنّه وإن كانت قواعد النظام العام ذات صبغة وطنية إقليمية تسري على الجميع وطنيين وأجانب، إلا أنّ هناك حالات لا تكفي فيها

¹ أمين رضا رشيد دواس، المرجع السابق، ص 230-231.

² صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، مرجع سابق، ص 112.

³ عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 531.

القوانين الإقليمية وحدها لاستبعاد القانون الأجنبي كأن يتضمن القانون الأجنبي نظاما قانونيا مجهولا لدى قانون القاضي، وعليه وجب الاستعانة بفكرة النظام العام لاستبعاده¹، ومن جهة أخرى وجه الفقه المعاصر انتقادا لاذعا لهذا الاتجاه، حيث يرى أنّ ذلك يعد نظرة تعصبية للنظام العام من شأنها إحداث آثار بالغة بالتعاون القائم بين الدول واطّراد العلاقات الخاصة الدولية، بالإضافة إلى إنكارها لوظيفة قاعدة الإسناد².

الفرع الثاني

النظام العام استثناء عن المبدأ الأصلي

ذهب الفقيه الألماني سافيني وأيده في ذلك غالبية الفقه إلى أنّ وجود الدولة في المجتمع الدولي يفرض على القاضي الوطني التزاما بأن يفصل في النزاع المرتبط بأكثر من نظام قانوني وفقا للقانون الأكثر ملاءمة للتطبيق، إلاّ أنّه في مقابل ذلك يسلم بأنّ هناك استثناءات ترد على هذا الالتزام، لعلّ أبرزها عندما يتعارض تطبيق القانون الأجنبي مع الأسس الجوهرية والمقومات الأساسية التي يقوم عليها كيان المجتمع الوطني، فيتعين على القاضي استبعاده ليتعطل بذلك وعلى وجه الاستثناء التطبيق المعتاد لقاعدة الإسناد، بهدف تجنب النتائج غير المقبولة من جرّاء تطبيق القانون الأجنبي الذي حدّدت اختصاصه³.

ومن ثمّ يظهر بوضوح تغيّر نظرة الفقه لطبيعة النظام العام، وذلك بعدما تنبّه الفقهاء المعاصرون لخطورة الوضع، حيث أصبح ينظر إليه على أنّ له دور استثنائي لا يتم اللجوء إليه إلاّ عند الضرورة التي تتطلبها المحافظة على الأسس الجوهرية والأخلاقية والاجتماعية والاقتصادية التي يقوم عليها كيان مجتمع دولة القاضي، فقاعدة التنازع التي تمنح على سبيل المثال الاختصاص في مسائل الزواج إلى قانون الجنسية، وتبيّن أنّ هذا القانون المختص يمنع الزواج بين ذوي البشرة السمراء والبيضاء، وأراد الزوجان التمسك به من أجل

¹ صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص، الجنسية وتنازع القوانين، مرجع سابق، ص 330.

² بلمامي عمر، الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق ص 151.

³ صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، مرجع سابق، ص ص 114-115.

إبطال هذا الزواج فإنّه في هذه الحالة سيتم إثارة الدفع بالنظام العام، الذي يلعب دور صمّام الأمان لدفع الخطر الذي يهدد كيان الدولة الاجتماعي والحضاري والأخلاقي وذلك بسبب تطبيق هذا النص الذي يتضمنه القانون الأجنبي المختص بموجب قاعدة الإسناد الوطنية، لكن لا يعتبر استبعاد تطبيق القانون الأجنبي في هذا الصدد إلاّ على سبيل الاستثناء فقط، وبمقدار التعارض والتصادم مع النظام العام في دولة القاضي والذي يرفض العمل بالحكم القائم على التمييز العنصرية على أساس اللون، وفيما عدا ذلك تبقى قاعدة الإسناد ذاتها والاختصاص في مسائل الزواج لقانون الجنسية¹.

من كل ما سبق يتضح أنّ النظام العام في حقيقته وطبيعته لا يزيد عن كونه مجرد صمّام أمان وشرط تحفظي يقف ضد القانون الأجنبي المختص الذي يصطدم بالمفاهيم القانونية والأخلاقية الأساسية في دولة القاضي، ومن ثمّ فإنّه يبرز فقط عند الضرورة وبمقدار التعارض والاصطدام مع تلك المفاهيم، وأمّا اذا انحرف عن هذه الوظيفة أو بالغ القضاء في تقديره والأخذ به فإنّه سوف ينقلب عن الهدف الذي أنشأ لأجله، من أجل ذلك كله فإنّ الفقه المعاصر ينادي بوجوب اتباع الحكمة والمنطق الذي يمليه العقل وضرورة التعاون الدولي، فالتمسك بالدفع بالنظام العام يجب أن يكون لأسباب جوهرية قوامها المنطق والمصلحة والحاجة، وهو ما يحتاج في إعماله لقضاة أكفاء يستعملون ذكائهم ويكونون واعين بحاجات القانون الدولي الخاص، وأهدافه وضرورة قيام العلاقات الدولية الخاصة، وذلك من أجل التعاون وتحقيق الانسجام بين مختلف الدول وتبادل الحلول القانونية².
ولفهم هذه الطبيعة الاستثنائية لفكرة الدفع بالنظام العام بشكل أوضح لا بد من تحديد شروط تطبيقها، وهو ما سوف نتناوله في المطلب الثاني.

¹ بلمامي عمر، الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 152.

² المرجع نفسه، ص ص 152-154.

المطلب الثاني

شروط إعمال الدفع بالنظام العام

باعتبار النظام العام دفع استثنائي واحتياطي، ينبغي أن يكون نطاق إثارته قاصرا على الحالات الضرورية لتدخله فقط، وذلك بعد استنفاد كل الوسائل القانونية الأخرى المتاحة لاستبعاد القانون الأجنبي، ومن ثمّ وجب توافر مجموعة من الشروط لأجل إعماله، نبرزها في الآتي:

الفرع الأول

وجود قانون أجنبي واجب التطبيق وفقا لقاعدة الإسناد الوطنية

يتم إعمال الدفع بالنظام العام كعلاج لاستبعاد القانون الأجنبي المختص بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية إذا كان في تطبيقه تصادم مع الأسس الجوهرية والمقومات الأساسية التي يقوم عليها كيان مجتمع القاضي، فاذا كان القانون الأجنبي غير مختص فلا مجال للتمسك بالنظام العام، فلا يتصور إثارة الدفع بالنظام العام إذا كان القانون الواجب التطبيق هو القانون الوطني حتى في حال وجود تنازع قوانين داخلي، بحسبان أنّ كافة هذه القوانين صادرة من مشرع دولة واحدة، كما أنّ الهدف من الدفع بالنظام العام هو تطبيق قانون القاضي وليس استبعاده، وتستثنى من ذلك حالة الدولة الفدرالية التي تشكل فيها كل ولاية أو إقليم وحدة تشريعية مستقلة، وعليه يتصور وجود اختلاف في الأسس التي يقوم عليها النظام القانوني في كل وحدة مما يبرّر إعمال فكرة النظام العام بمفهومها في القانون الدولي الخاص¹، كما لا يتصور إثارة هذا الدفع إذا كان في الإمكان استبعاد تطبيق القانون الأجنبي لسبب آخر، من ذلك أن يكون قانون القاضي سياسيا أو إقليميا، أو يكون قانون الموقع أو قانون المحل أو قانون الإرادة، أو القانون الذي أسند إليه الحكم بطريق الإحالة، أو يكون القانون الأجنبي غير واجب التطبيق كما لو كان هو القانون الذي اختارته إرادة المتعاقدين

¹ محمد المبروك اللافي، المرجع السابق، ص 81.

من دون أن تكون له أي صلة سواء بهما أو بالعقد¹، وسوف نتناول بعض هذه الحالات ولو بإيجاز فيما يلي:

أولاً- القوانين السياسية: توضع القوانين السياسية في الدولة لتحقيق أهداف معينة يستفيد منها مواطني هذا البلد دون غيرهم، ومن ثمّ فإنّه لا يمكن بأي حال من الأحوال أن يزاحم هذه القوانين أي قانون أجنبي مهما كان نوعه والسلطة التي أصدرته، حيث تعتبر القوانين السياسية بأنّها قوانين إقليمية التطبيق، كما أنّ تطبيقها يكون عاديا وليس على سبيل الاستثناء، وعلى هذا الأساس فإنّه لا يمكن إعمال الدفع بالنظام العام في هذا المجال على اعتبار أنّ القوانين الأجنبية في هذه الحالة مستبعدة تلقائيا بسبب الاختصاص الحصري للقوانين السياسية في دولة القاضي².

ثانيا- قانون الموقع: كذلك يكون الاختصاص حصريا لقانون القاضي باعتباره قانون موقع المال، وهي قاعدة تقليدية تجمع عليها مختلف التشريعات يرجع عهدها إلى المدرسة الإيطالية القديمة، فقانون موقع المال هو الواجب التطبيق على الأحوال العينة، وهو ما نصت عليه المادة 17 فقرة 02 من القانون المدني الجزائري³، ويرى غالبية الفقه أنّ الحكمة من تطبيق قانون الموقع على العقار كونه يعتبر أنسب قانون يطبق عليه لأنّه مستقر في هذا الموقع، كما نادى سافيني بهذا الرأي⁴، وتخضع الحقوق العينية الواردة على العقار أصلية كانت أو تبعية لقانون الموقع، كما يخضع لهذا القانون بعض أسباب كسب الملكية العقارية كالحيازة والشفعة، أما الحقوق العينية التبعية فبالإضافة لقانون موقع العقار فإنّها تخضع لقانون مصدر الحق المضمون بالحق العيني التبعي، وأمّا الحقوق الشخصية الواردة على عقار كالإيجار مثلا فإنّه يخضع للقانون الذي يحكم الالتزامات التعاقدية، وأمّا بالنسبة للمنقول المادي فإنّه بحسب المادة 17 ق م ج فإنّه يسري عليها قانون مكان تواجدها وقت

¹ علي علي سليمان، المرجع السابق، ص ص 152-153.

² بلمامي عمر، الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق ص 132.

³ تنص المادة 17 فقرة 02 من القانون المدني الجزائري على " يسري على الحيازة والملكية والحقوق العينية الأخرى قانون موقع العقار، ويسري على المنقول المادي قانون الجهة التي يوجد فيها وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى، أو فقدها"

⁴ علي علي سليمان، المرجع نفسه، ص ص 93-94.

تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحق العيني، هذا وبعد تعديل 2005 للقانون المدني الجزائري أصبح للمنقول المعنوي ضابط إسناد خاص بمقتضى المادة 17 مكرر¹ وتخضع لقانون محل وجودها، لكن نظرا لكون تلك الأموال معنوية يتعذر تركيزها ماديا فقد تم اعتماد معيار التركيز الحكمي بحسب العنصر الغالب في كل مال حسب طبيعته²، ومهما تكن الاعتبارات فالقانون الأجنبي غير مختص، وإذا انعدم اختصاص القانون الأجنبي فإنه لا يمكن إعمال الدفع بالنظام العام.

ثالثا- قانون المحل: تخضع الالتزامات غير التعاقدية لقانون المحل، والمقصود بالالتزامات غير التعاقدية الالتزامات الناشئة عن الفعل الضار، والالتزامات الناشئة عن الفعل النافع ومبرر تطبيق قانون المحل على الفعل الضار هو مبدأ الشرعية، فقانون المحل هو المختص بتحديد مشروعية أو عدم مشروعية الفعل الذي يقع تحت سلطانه، والمشرع الجزائري من خلال نص المادة 20 من القانون المدني المعدل والمتمم أسند الاختصاص لقانون محل وقوع الفعل المنشئ للالتزام، لكنه وضع حكما خاصا فيما يخص الالتزامات الناشئة عن الفعل الضار فعلق تطبيق قانون المحل على اتفائه في الحكم مع عدم مشروعية الفعل في القانون الجزائري، وفي الحالة العكسية فإنه يتم تطبيق القانون الجزائري (قانون القاضي)³.

رابعا- قانون الإرادة: تبنت الصياغة الجديدة لنص المادة 18 ق م ج بعد تعديل 2005⁴ مبدأ قانون الإرادة بوصفه مبدأ عالمي، لكن مع تقييده بضرورة أن يكون للقانون المختار

¹ تنص المادة 17 مكرر : يسري على الأموال المعنوية قانون محل وجودها وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى أو فقدها.

يعد محل وجود الملكية الأدبية و الفنية مكان النشر الأول للمصنف أو إنجاز.

ويعد محل وجود براءة الاختراع البلد الذي منحها.

ويعد محل وجود الرسم والنموذج الصناعيين البلد الذي سجل أو دعا فيه.

ويعد محل وجود العلامة التجارية منشأة الاستغلال.

ويعد محل وجود الاسم التجاري بلد المقر الرئيسي للمحل التجاري".

² زروتي الطيب، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص ص 267-269.

³ علي علي سليمان، المرجع السابق، ص ص 94، مع الإشارة إلى نص المادة 20 من القانون المدني الجزائري التي تنص على " يسري على الالتزامات غير التعاقدية قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام.

غير أنه فيما يتعلق بالالتزامات الناشئة عن الفعل الضار، لا تسري أحكام الفقرة السابقة على الوقائع التي تحدث في الخارج وتكون مشروعة في الجزائر وإن كانت تعد غير مشروعة في البلد الذي وقعت فيه".

⁴ تنص المادة 18 من القانون المدني الجزائري على " يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد.

وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة، وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون محل إبرام العقد...".

صلة حقيقية بالعقد سواء من حيث إبرامه وتنفيذه، أو بالمتعاقدين من حيث جنسيتها أو موطنهما، كما تمّ وضع ضوابط احتياطية تتمثل في قانون الموطن المشترك ثم قانون الجنسية المشتركة، وإلاّ فقانون محل الإبرام¹، ويمكن أن يكون القانون المختار هو قانون القاضي، عندها لا ضرورة لاستخدام الدفع بالنظام العام.

خامسا: قانون الإجراءات: باعتبار أنّ قوانين الإجراءات تتعلق بتنظيم مرفق عام في كل دولة وهو مرفق القضاء، فقد جرى خضوعها إلى قانون القاضي، ومن ثمّ فإنّه لا يمكن مزاحمتها من أي قانون أجنبي، وهو ما يؤكد عدم الحاجة لاستخدام النظام العام².

هذا وتجدر الإشارة إلى أنّه يجب التوسع في مفهوم القانون الأجنبي، فلا يقتصر على النصوص التشريعية المجردة والمعاهدات الدولية، وإنما يمتد مفهومه ليشمل أيضا القواعد العرفية والقرارات والأحكام القضائية الأجنبية، كما يشمل الأعمال الحكومية (Actes des gouvernements)³، فإذا كان في الإمكان استبعاد القانون الأجنبي المختص بالنظر إلى أنّ مضمونه يتنافر بصورة واضحة مع الأسس الجوهرية التي يقوم عليها مجتمع دولة القاضي، فإنّه يمكن تبعا لذلك إثارة الدفع بالنظام العام لرفض الاعتراف في دولة القاضي بالآثار المترتبة على الأعمال والقرارات التي تصدر عن دولة أجنبية⁴.

وتوجد الكثير من الحالات التي تمّ فيها إعمال الدفع بالنظام العام إزاء تنفيذ أحكام أجنبية، من بينها ما ذهب إليه القضاء الجزائري في قرار صادر عن المجلس الأعلى⁵

¹ زروتي الطيب، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص 271.

² بلمامي عمر، الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق ص 136.

³ Henri BATIFFOL, Paul LAGARDE, Droit international privé, Septième édition, Tom 1, Librairie générale de droit jurisprudence, Paris, 1981, pp 412-413.

⁴ عبده جميل غصوب، المرجع السابق، ص 210.

⁵ قرار صادر بتاريخ 1989/01/02 عن المجلس الأعلى، ملف رقم 52207، قضية (ف م) ضد (ص ع)، المجلة القضائية، العدد 04، 1990، صص 74-76، جاء في حيثيات القرار ما يلي: " من المقرر قضاء في مسألة الحضانة أنه وفي حالة وجود أحد الأبوين في دولة أجنبية غير مسلمة، وتخاصما على الأولاد بالجزائر فإن من يوجد بها يكون أحق بهم ولو كانت الأم غير مسلمة، ومن المقرر قانونا أن الأحكام والقرارات الصادرة من الجهات القضائية الأجنبية التي تصطدم وتخالف النظام العام الجزائري لا يجوز تنفيذها، ومن ثمّ فإنّ النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون غير مبرر يستوجب رفضه، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن الطاعنة طالبت إعطاء الصيغة التنفيذية للحكم والقرار الأجنبيين اللذان أسندا حضانة البنّتين إلى أمهما، فإنّ قضاة الاستئناف بتأييدهم للحكم المستأنف لديهم القاضي يرفض طلب الطاعنة الرامي إلى وضع الصيغة التنفيذية للحكم والقرار الأجنبيين لكون بقاء البنّتين بفرنسا يغير من اعتقادهما ويبعدهما عن دينهما وعادات قومهما، فضلا عن أنّ الأب له الحق للرقابة وبعدهما عنه يحرمه من هذا الحق، فإنّهم بقضائهم طبقوا صحيح القانون، ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن". منقول عن عليوش قريوع كمال، المرجع السابق، ص 170.

بتاريخ 1989/01/02 في قضية تتعلق بحضانة الأولاد حين أيدّ قرار المجلس القاضي برفض إعطاء الصيغة التنفيذية لحكم وقرار أجنبيين مخالفين للنظام العام في الجزائر.

ومن ثمّ فإنّه لا حاجة لإثارة الدفع بالنظام العام ضد قانون أجنبي إذا كان في الإمكان استبعاده لسبب آخر كأن يكون قانون القاضي هو قانون الموقع، أو قانون الإرادة، أو قانون المحل، أو قانون الإجراءات... الخ.

الفرع الثاني

توافر مقتضى من مقتضيات النظام العام

يشترط أيضا لإعمال هذا الدفع توافر مقتضى من مقتضيات النظام العام يستدعي الامتناع عن تطبيق أحكام القانون الأجنبي المختص، فالمشرع الوطني حينما أشار في قاعدة الإسناد إلى تطبيق قانون أجنبي لم يقصد أن يطبق هذا القانون على اطلاقه، وإنّما اشترط في ذلك عدم اصطدامه مع مقتضيات النظام العام في دولته، وقد قدّر بعض الفقهاء أنّه يمكن حصر هذه المقتضيات مقدما وتقسيم القوانين إلى متعلقة بالنظام العام وغير متعلقة به، إلا أنّ ذلك لم يكتب له النجاح وفشلت في سبيل تحقيق تلك الغاية كل الجهود المبذولة وذلك لعدم ثبات تلك المقتضيات واختلافها باختلاف المكان والزمان، فقد يكون الزواج نظام مدني في دولة ونظام ديني في أخرى، كما قد يكون نظاما دينيا في دولة ما في وقت ما ثم يصير نظاما مدنيا في وقت آخر داخل نفس الدولة¹.

ونظرا لكون هذه المقتضيات صعبة التحديد والحصر فقد اتجه الفقه السائد إلى ترك أمر تحديد هذه الحالات لتقدير القاضي، مع تقييد سلطته بهذا الشأن بمعيار موضوعي مجرد يلتزم به في إعمال الدفع بالنظام العام، لكن مع اختلاف في تحديد هذا المعيار²:
- فقبل باستبعاد القانون الأجنبي بناء على فكرة النظام العام إذا كان ينطوي على مساس بالقانون الطبيعي أو بمبادئ العدالة، أو بالمبادئ العامة المتعارف عليها في جماعة الأمم

¹ عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص ص 532-533.

² سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق، ص 738.

المتحضرة، لكن ما يعاب على هذا الضابط أو المعيار أنّ فكرة القانون الطبيعي ليست أقلّ غموضاً من فكرة النظام العام، كما ينقصه التحديد في ذاته، حيث أنّه يبنّي على أفكار مرنة تحتاج هي في ذاتها إلى التحديد¹.

- ويذهب فريق آخر من الفقه إلى وجوب استبعاد القانون الأجنبي إذا كان يحتوي على نظم قانونية غير معروفة في قانون القاضي، ولكن يؤخذ على هذا المعيار توسعته غير المقبولة للحالات التي يستبعد فيها القانون الأجنبي المختص، كما يؤخذ عليه تطرفه حيث أنّ مجرد تطبيق قانون غير معروف في دولة القاضي قد لا ينتج عنه بالضرورة المساس بالأسس الجوهرية في هذه الدولة².

- هذا وقد أضاف البعض معياراً آخرًا مضمونه أنّ القانون الأجنبي يعتبر مخالفاً للنظام العام إذا كان يتعارض مع السياسة التشريعية في دولة القاضي حتى ولو كان في ذاته لا ينطوي على أية مخالفة لمبادئ العدالة أو المبادئ المتعارف عليها في الأمم المتحضرة، ومن ثمّ متى تعارض تطبيق القانون الأجنبي مع أحد الأهداف الهامة التي يهدف لتحقيقها تشريع دولة القاضي تعيّن عليه استبعاده³.

- وهناك جانب آخر من الفقه يرى بوجوب استبعاد القانون الأجنبي إذا كان يتعارض مع المصالح الحيوية أو المصلحة العامة للدولة، كالقوانين التي تخل بالسياسة النقدية مثلاً⁴. وبالإجمال فإنّ مختلف هذه المعايير والضوابط تتقارب حول فكرة أساسية وهي وجوب استبعاد القانون الأجنبي إذا كان يصطدم مع المبادئ والأفكار الأساسية السياسية أو الاقتصادية أو الاجتماعية أو الخلقية أو الفكرية التي يقوم عليها كيان مجتمع معين في وقت

¹ مسعود بور غدة نريمان، حل تنازع القوانين لصالح قانون القاضي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 2011/2010، ص 146.

- Pierre MAYER, Vincent HEUZE, Droit international privé, 8^e édition, Montchrestien, Paris, 2004, p 146.

² بدر الدين عبد المنعم شوقي، الوسيط في القانون الدولي الخاص المصري، تنازع القوانين، الاختصاص القضائي الدولي، بدون دار نشر، وبدون تاريخ الطبعة، ص ص 252-253؛ أحمد محمد الهواري، المرجع السابق، ص ص 380-381؛ مسعود بور غدة نريمان، حل تنازع القوانين لصالح قانون القاضي، المرجع السابق، ص ص 146-147.

³ بدر الدين عبد المنعم شوقي، المرجع والموضع نفسه.

⁴ سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق، ص 738.

معين، هذه الأسس والمبادئ تختلف باختلاف المكان والزمان¹.

وهو ما ذهبت إليه محكمة النقض المصرية في هذا الشأن في حكم صادر عنها بتاريخ 19/01/1977 فحواه " من المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه لا يجوز استبعاد أحكام القانون الأجنبي الواجبة التطبيق وفقا للمادة 28 من القانون المدني إلا أن تكون هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو الآداب في مصر بأن تمس كيان الدولة أو تتعلق بمصلحة عامة وأساسية للجماعة"².

كما قضت نفس المحكمة في حكم آخر صادر عنها بتاريخ 07/11/1967 فحواه " مؤدى نص المادة 28 من القانون المدني على ما جرى به قضاء محكمة النقض هو نهي القاضي عن تطبيق القانون الأجنبي كلما كانت أحكامه متعارضة مع الأسس الاجتماعية أو السياسية أو الاقتصادية أو الخلقية في الدولة مما يتعلق بالمصالح الجوهرية للمجتمع"³.

وتجدر الإشارة إلى أنه إذا كان القاضي يتمتع بسلطة واسعة في تقدير مدى تعارض أحكام القانون الأجنبي مع مقتضيات النظام العام في دولته لدرجة أنه أصبح مشرعا في هذه الدائرة المرنة - كما يقول الفقيه عبد الرزاق السنهوري⁴ - مسترشدا في ذلك بمعيار موضوعي - كما سبقت الإشارة إليه - فإنه يجب أن لا يتوسع في تفسير وإعمال فكرة النظام العام، وذلك لما يترتب عن ذلك من نتائج خطيرة، فالغلو في اللجوء للدفع بالنظام العام من شأنه الإضرار بالتعايش المشترك بين النظم القانونية التي تهدف لتحقيقه قواعد التنازع في مختلف التشريعات، كما يخلّ بتوقعات الأفراد المشروعة في مجال التجارة الدولية، باعتبار أنه يحول دون تطبيق القانون الذي يحفظ هذه التوقعات⁵، لذلك لا يتم إعماله إلا في الحالات الضرورية التي يكون فيها التعارض والتنافر صارخ بين القانون الأجنبي ومقتضيات النظام العام في دولة القاضي، حيث تصل درجة هذا التنافر إلى حد المساس بالمصالح الجوهرية

¹ سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق، ص 739.

² نقلا عن: إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 383.

³ المرجع نفسه، ص 384.

⁴ عبد الرزاق احمد السنهوري، المرجع السابق، ص 437.

⁵ أحمد محمد الهواري، المرجع السابق، ص 385.

والمبادئ الأساسية الوطنية، من أجل ذلك تخضع هذه السلطة التقديرية لرقابة محكمة القانون (المحكمة العليا في الجزائر)، وذلك لكون الأمر يتعلق بمسألة قانونية.

غير أنه طالما يطرح سؤال من الفقه فحواه: هل يجب أن تكون ثمة رابطة بين المنازعة المطروحة ودولة القاضي؟

الفرع الثالث

وجود رابطة بين النزاع المطروح ودولة القاضي

يذهب جانب من الفقه مدعوم بالقضاء في كل من ألمانيا وسويسرا إلى ضرورة توافر شرط آخر لكي يتسنى إعمال الدفع بالنظام العام، يتمثل في وجوب قيام صلة كافية بين المنازعة المطروحة ودولة القاضي، فمن غير المستساغ أن يتمسك القاضي بفكرة النظام العام لاستبعاد القانون الأجنبي المختص في حالة انعدام تلك الرابطة أو الصلة¹، فكيف له التدرع بهذه الفكرة في دولته ليعطلّ عمل قاعدة الإسناد بشأن مسألة لا تعنيه بسبب غياب تلك الرابطة مع قانونه، إضافة إلى أنّ القانون الأجنبي ما تمّ تعيينه إلا لوجود صلة قوية بينه وبين النزاع، وفوق كل ذلك فإنّ مثل هذا الحكم لن يكون له أيّة فعالية في الخارج².

غير أنّ أنصار هذا الاتجاه عجزوا عن تقديم مقصدهم بالضبط من توافر تلك الرابطة أو الصلة بين النزاع المطروح ودولة القاضي، فهي رابطة الجنسية، أم رابطة الموطن، أم رابطة موقع المال، وإزاء تلك الحيرة التي وقع فيها هؤلاء ذهب البعض منهم إلى القول أنّه في حالة انعدام أي رابطة من تلك الروابط السالفة الذكر، فإنّ مجرد طرح النزاع على الجهات القضائية في هذه الدولة يكفي لقيام تلك الرابطة³.

في مقابل ذلك فإنّ أغلب الفقه خارج ألمانيا وسويسرا، يعتقدون أنّه لا محل لاشتراط هذه الصلة، حيث يكفي لإعمال الدفع بالنظام العام أن يكون القضاء الوطني مختصا

¹ Paul Lagarde, recherches sur l'ordre public en droit international privé, Thèse pour le doctorat, Université de Paris, Faculté de droit. 1959, pp 56-59.

² أحمد محمد الهواري، المرجع السابق، ص 387.

³ جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2005، ص ص 200-201.

فمجرد اختصاص هذا القضاء كاف لوحده للقول بارتباط النزاع بإقليم دولة القاضي، وهو ما يبرّر إثارة هذا الدفع لاستبعاد القانون الأجنبي المخالف، وذلك ما ذهب إليه المشرع التونسي صراحة، عندما نص الفصل 36 فقرة 03 من مجلة القانون الدولي الخاص على: "ولا يخضع الدفع بالنظام العام لمدى قوة ارتباط النزاع بالنظام القانوني التونسي"، في حين التزمت أغلب التشريعات العربية الصمت إزاء هذه المسألة، حيث لا تشترط أيًا منها صراحة لإعمال النظام العام توافر رابطة بين النزاع ودولة القاضي، وهو ما يظهر جليا المواد التالية: المادة 24 فقرة 01 ق م ج، والمادة 28 من القانون المدني المصري السابق الإشارة إليهما وكذا المادة 29 من القانون المدني الأردني¹، والمادة 27 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي²، ومن ثمّ يكفي في نظر التشريعات العربية أن يكون القضاء الوطني مختصا من أجل إثارة الدفع بالنظام العام لاستبعاد القانون الأجنبي المخالف لمقتضياته، حيث تعتبر أنّ مجرد طرح النزاع أمام جهاتها القضائية كاف وحده للقول بارتباطه بإقليم دولة القاضي³.

هذا ويعود ظهور هذا الشرط إلى الفقه الألماني، حيث يمثل عامل الربط عنده ضابط احتياطي يوجب على القاضي تطبيق القواعد المادية في قانونه، وطالما أنّ النظام العام في القانون الدولي الخاص ما هو إلاّ استثناء على قواعد الإسناد، فعلاقة الربط مع إقليم القاضي ما هو إلاّ عنصر كاشف للمساس بالنظام العام، واشتراط وجود هذه الرابطة أو الصلة ساهم في ظهور مفهوم جديد للنظام العام وهو " النظام العام القريب من قانون القاضي"، وبالتالي يستشف من هذا المفهوم نتيجة أساسية فحواها وجود حالات بعيدة عن إقليم دولة القاضي يحكمها القانون الأجنبي الذي يرفض تطبيقه في حالات مماثلة قريبة من إقليم القاضي⁴.

أمّا في فرنسا فلم يضع القضاء مبدأ عام يشترط من خلاله وجود تلك الرابطة من أجل استبعاد القانون الأجنبي باسم النظام العام، غير أنّ تحليل بعض قرارات محكمة النقض

¹ تنص المادة 29 من القانون المدني الأردني على: " لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام تخالف النظام العام أو الآداب في المملكة الهاشمية".

² تنص المادة 27 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي على: " لا يجوز تطبيق أحكام قانون عينته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام تخالف الشريعة الإسلامية أو النظام العام أو الآداب في دولة الإمارات العربية المتحدة".

³ عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 580؛ عبده جميل غصوب، المرجع السابق، ص 211.

⁴ مريني فاطمة الزهرة، المرجع السابق، ص ص 101-102.

وخاصة في مسائل الأحوال الشخصية المتعلقة بالزواج والطلاق والتبني، نجدتها تعلق أعمال ذلك الدفع على وجود تلك الصلة أو الرابطة بين النزاع المطروح والدولة الفرنسية ويظهر ذلك من خلال مجموعة من الأحكام والقرارات القضائية نتناول بعضها:

- ففي دعوى طلاق رفعتها سيدة فرنسية مقيمة بفرنسا على زوجها الإسباني المقيم بإسبانيا قرّرت محكمة النقض الفرنسية أنّ القانون الإسباني المختص والذي كان يحظر الطلاق آنذاك مخالف للنظام العام الفرنسي الذي كان يجيز للفرنسي المقيم بفرنسا طلب الطلاق¹.

- كذلك في مسألة تعدد الزوجات، يعطي القضاء الفرنسي للزوجة الأولى الحق في طلب الطلاق إذا ارتبط زوجها بزوجة أخرى، وعلق ذلك على وجود صلة بين الزوجة الأولى وفرنسا (الجنسية أو الإقامة)، أو إذا كان الزوج نفسه وزوجته مقيمين في فرنسا، في مقابل ذلك فإنه يرفض هذا الحق (بالرغم من تكريسه في قانون الجنسية المشتركة للزوجين) إذا لم يكن لا للزوجة أو للزوج أي صلة أو رابطة بفرنسا².

- وفي مسائل تعدد الزوجات أيضا قضت محكمة النقض الفرنسية في قضية Baaziz³ بأنّ الزواج المتعدد المبرم في الخارج من طرف أجنبي متزوج في نفس الوقت بفرنسية، لا يرتب أي آثار بحق الزوجة الفرنسية باسم النظام العام الفرنسي، في حين أنّ القضاء الفرنسي يعترف بآثار مثل هذا الزواج في فرنسا إن لم تكن الزوجة فرنسية.

كذلك استعمل القضاء الفرنسي المفهوم الحديث للنظام العام والمتمثل في النظام العام القريب من قانون القاضي كما سبقت الإشارة إليه في مسائل إثبات النسب، يظهر ذلك من خلال قضية تتلخص وقائعها في أنّ سيدة من جنسية جزائرية وضعت مولودة بتاريخ

¹ عبده جميل غصوب، المرجع السابق، ص 212.

² محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص 263.

³ هذا ما توجهت إليه محكمة النقض الفرنسية الغرفة المدنية في قرار صادر عنها بتاريخ: 1988/07/06 بشأن قضية يتمثل ملخصها في أنّ Baaziz فرنسي من أصل جزائري يخضع لنظام الأحوال الشخصية للمسلمين (المخصص بموجب المادة 82 من دستور 1949) كان متزوجا بفرنسية، وبعد استقلال الجزائر غير جنسيته الفرنسية إلى الجنسية الجزائرية، بعدها تزوج امرأة ثانية في الجزائر وعاد للعيش في فرنسا أين توفي بسبب حادث عمل، فرفعت زوجته الأولى الفرنسية دعوى تطالب فيها بإبطال الزواج الثاني، غير أنّه تمّ رفض هذا الطلب، ثم رفعت دعوى ثانية لحلّ مشكل اقتسام المعاش، فقضت محكمة الاستئناف بـ"ليون" باقتسامه بين الزوجتين، طعنت في هذا القرار أمام محكمة النقض الفرنسية التي ذهبت إلى أنّ الزواج الثاني المبرم في الخارج يتعارض ومقتضيات النظام العام في فرنسا، ومن ثمّ لا ينتج آثاره في مواجهة الزوجة الأولى الفرنسية. نقلا عن: مريني فاطمة الزهرة، المرجع السابق، التهميش الأول، ص 105.

2001/05/03 بالجزائر، وبعد مرور سنة من ميلادها رفعت دعوى أمام القضاء الفرنسي من أجل إثبات نسب البنت إلى الأب الطبيعي، فقامت محكمة الإستئناف بـ "قرساي" باستبعاد القانون الجزائري المختص بموجب نص المادة 311 من القانون المدني الفرنسي على اعتبار أنه قانون جنسية الأم وقت ميلاد الطفلة، وذلك لكونه يخالف النظام العام الفرنسي على أساس أنه لا يساوي بين الولد الشرعي والولد غير الشرعي، لكن محكمة النقض رأت غير ذلك عندما قالت أنّ القانون الجزائري المختص غير مخالف للنظام العام في فرنسا، وذلك لعدم وجود رابطة بين المسألة المطروحة والدولة الفرنسية باعتبار وجود الأم والابنة في الجزائر¹.

من خلال هذه الأحكام والقرارات الصادرة عن الجهات القضائية الفرنسية، يتبين أنّ القضاء الفرنسي يشترط في كثير من أحكامه وجود رابطة بين النزاع المطروح عليه ودولته (أو ما يسمى فكرة النظام العام القريب من دولة القاضي) من أجل إثارة الدفع بالنظام العام، وخاصة في مجال الأحوال الشخصية، معتمدا في ذلك تارة على الموطن، وتارة على الجنسية كمعايير لتحديد الصلة بين النزاع المطروح ودولة القاضي.

الفرع الرابع

أن تكون المخالفة للنظام العام حالية

يتعين على القاضي استبعاد القانون الأجنبي المختص إذا كان يصطدم مع مقتضيات النظام العام في بلده، غير أنّ سؤالا مهما يطرح نفسه في هذا الصدد يتمثل: في أي لحظة يجب أن يتقرر ما إذا كان هذا التصادم موجود أم لا؟.

استقر الرأي على أنّ القاضي يقدر توافر مقتضيات النظام العام من عدمه بلحظة الفصل في الدعوى وليس وقت نشوء الحق أو المركز القانوني محل النزاع، وبعبارة أخرى العبرة بما هو مقرّر في قانون القاضي وقت صدور الحكم لا وقت نشوء العلاقة موضوع

¹ مريني فاطمة الزهرة، المرجع السابق، ص 103.

النزاع¹، وتجدر الإشارة إلى أنّ مسألة حالية النظام العام تعتبر في غاية الأهمية، وقد لفتت انتباه الفقه والقضاء إليه كثيرا باعتبار أنّها تضع حدا فاصلا بين المفهوم السابق لفكرة النظام العام والمفهوم الجديد لها، خاصة في ظل التطور والتغير المستمر لهذه الفكرة².

هذا ويجب التنبيه إلى أنّ هذا الشرط يعتبر أثرا لخاصية آنية النظام العام ونسبته من حيث الزمان فالعبرة في تحديد ما يعد من النظام العام وما يعد مخالفا له بوقت نظر القاضي للنزاع وليس قبل ذلك³، وهو ما ذهب إليه القضاء الفرنسي في مجموعة من القضايا، من ذلك قضية تبني سنة 1936⁴، وكذا قضايا إثبات نسب، عندما أجاز منذ 1912 للأولاد غير الشرعيين رفع دعاوى بغية إثبات نسبهم حتى ولو كانوا مولودين قبل ذلك التاريخ، وهو نفس الوضع الذي عرفته أنظمة الزواج والأحوال الشخصية بصفة عامة، فقد أباح القضاء الإيطالي رفع دعاوى الطلاق ابتداء من سنة 1974 حتى ولو حصلت قبل ذلك التاريخ، مع العلم أنّ القانون الإيطالي كان يمنع إيقاع الطلاق⁵.

ويترتب على شرط حالية النظام العام عدة آثار لعل أبرزها: أنّه إذا كان المركز القانوني الذي نشأ طبقا لقانون أجنبي مختص مخالفا لمقتضيات النظام العام في قانون القاضي عند نشوئه، ثم بعد ذلك تغيّر قانون القاضي وأصبح ذلك المركز القانوني لا يتصادم ومقتضيات النظام العام عند النظر في النزاع فلا يعتد القاضي بالمخالفة السابقة للنظام العام، كذلك فإنّه يترتب على هذا الشرط أنّ الروابط القانونية القائمة في ظل تغير مفهوم النظام العام تخضع للقانون الجديد⁶.

كل ذلك يجسّد ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ 22 مارس 1944 حين قالت " أنّ تعريف النظام العام الوطني يتوقف إلى حد كبير على الرأي

¹ Pierre MAYER, Vincent HEUZE, op.cit, p 148.

² بلمامي عمر، الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ص 141-142.

³ زروتي الطيب، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص 302.

⁴ تتلخص وقائع هذه القضية في أنّ فرنسيين تبنيوا طفلا، وهما خارج فرنسا وحدث ذلك قبل سنة 1923، وكان القانون الفرنسي آنذاك يشترط لصحة التبني أن يكون الزوجان المتبنين قد بلغا من السن ما يجعلهما يائسين من الإنجاب، ولما صدر في سنة 1923 قانونا يبيح التبني حتى لمن لم يبلغوا هذه السن، فطعن أمام محكمة باريس في صحته على أساس أنه مخالف للنظام العام في وقت التبني لأنّ المتبنين كانا شابين، إلا أنّ المحكمة قضت برفض الطعن على اعتبار أنّ مثل هذا التبني قد أصبح غير مخالف للنظام العام وقت رفع الدعوى. علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 153.

⁵ زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنة بالقوانين العربية، مرجع سابق، ص 252.

⁶ زروتي الطيب، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع نفسه، ص ص 302-303.

السائد في كل عصر"¹.

ومن ثمّ يتضح جليا أنّ مسألة آنية أو حالية النظام العام أصبحت شرطا أساسيا يجب توافره لكي يتسنى استبعاد القانون الأجنبي المختص إعمالا للدفع بالنظام العام، وعليه يجب على القاضي عند إعماله لهذا الدفع أن يضع في حسبانته هذه المسألة، والعبرة في ذلك بوقت عرض النزاع على القاضي وليس قبل ذلك، وهذا تماشيا مع الطبيعة المتغيرة والمتطورة للنظام العام.

وتجدر الإشارة إلى أنّ هناك العديد من التشريعات² وضعت شروطا خاصة بتحققها يمكن إثارة فكرة النظام العام، حيث أنّه وبهدف الخروج من دائرة الغموض التي تتصف بها هذه الفكرة، وكذا بغية التحديد المسبق للحالات التي يتم فيها إعمال هذه الفكرة ولحماية العلاقات والروابط التي يكون أحد أطرافها وطنيا أو مقيما أو له مركز أعماله في دولة القاضي، من أجل كل ذلك قرّرت هذه التشريعات تطبيق قانون القاضي بشكل حصري رافضة أي مزاحمة له من قبل القانون الأجنبي، وهو ما اصطلح على تسميته بالشروط الخاصة بالنظام العام³.

هذا وتتسم هذه القوانين بخصيصة: تتمثل الأولى في تبيان حدود التسامح التي يبديها قانون القاضي في مواجهة القانون الأجنبي، في حين تتجلى الثانية في تحديد الرابطة التي يتعين توافرها بين النزاع وقانون القاضي من أجل تبرير تدخله لاستبعاد القانون الأجنبي ومثل هذه الشروط غالبا ما نجدها في القوانين الخاصة بمسائل الأحوال الشخصية بصفة عامة، وذلك لتعلقها في أغلب التشريعات باعتبارها دينية أو اجتماعية⁴.

وفي هذا الصدد يطرح الفقه التساؤل التالي: هل يشترط أن يكون أحد أطراف العلاقة محل المنازعة وطنيا من أجل استبعاد القانون الأجنبي المختص إعمالا للدفع بالنظام العام؟.

¹ نقلا عن: علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 154.

² من بينها المادة 13 من القانون المدني الجزائري، والمادة 14 من القانون المدني المصري، والمادة 15 من القانون المدني السوري، والمادة 15 من القانون المدني الأردني، والمادة 20 من القانون المدني العراقي، والمادة 14 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، والمادة 14 من القانون المدني الليبي.

³ عبده جميل غصوب، المرجع السابق، ص 211.

⁴ المرجع والموضع نفسه.

بالتأمل إلى مختلف التشريعات المقارنة نلاحظ وجود اتجاهين:

الاتجاه الأول: يضم بعض التشريعات التي لا تشترط مثل ذلك الشرط من أجل إعمال الدفع بالنظام العام، ف نجد مثلا المشرع التونسي ينفي اشتراط الصفة الوطنية لأحد اطراف المنازعة من أجل إعمال هذا الدفع، وهو ما نص عليه الفصل 36 فقرة 02 من مجلة القانون الدولي الخاص بقوله "...ويثير القاضي الدفع بالنظام العام، مهما كانت جنسية الأطراف"¹، ومن ثمّ فالقاضي التونسي يمكنه إعمال هذا الدفع مهما كانت جنسية الأطراف.

الاتجاه الثاني: ويشمل مجموعة التشريعات التي تجعل من الصفة الوطنية لأحد أطراف العلاقة مبررا كافيا لتطبيق قانون القاضي واستبعاد القانون الأجنبي، وهو ما تبنته أغلب التشريعات العربية خاصة في رابطة الزواج سواء من ناحية النشأة أو الآثار أو الانقضاء².

تنص المادة 13 من القانون المدني الجزائري على أنه " يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 12 و 13 إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج، إلاّ فيما يخص أهلية الزواج"، مع الإشارة إلى أنّ المادتين 12 و 13 تتصان على شروط الزواج وآثاره وانحلاله، ومن ثمّ فإنّ المشرع الجزائري علّق تطبيق القانون الجزائري في هذا الصدد بكون أحد أطراف العلاقة جزائريا وقت انعقاد الزواج، واستثنى من ذلك أهلية الزواج التي تخضع لقانون الجنسية كقاعدة عامة، كما تنص المادة 14 من القانون المدني المصري على " في الأحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين إذا كان أحد الزوجين مصرياّ وقت انعقاد الزواج يسري القانون المصري وحده، فيما عدا شرط الأهلية للزواج"³، وتنص المادة 14 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي على " في الأحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين إذا كان أحد الزوجين وطنيا وقت انعقاد الزواج يسري قانون دولة الإمارات وحده فيما عدا شروط الأهلية للزواج"⁴، كما تنص المادة 15 من

¹ http://www.e-justice.tn/fileadmin/fichiers_site_arabe/codes_juridiques/code_droit_intern_privé.pdf

- تاريخ الدخول إلى الموقع: 2013/05/28.

² عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص ص 581-582.

³ منقول عن الموقع: <http://dvd4arab.maktoob.com/f143/233796.html>، تاريخ الدخول إلى الموقع: 2013/05/30.

⁴ منقول عن الموقع: <http://www.startimes.com/f.aspx?t=26738512>، تاريخ الدخول إلى الموقع: 2013/05/30.

القانون المدني الأردني على "في الأحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين إذا كان أحد الزوجين أردنيا وقت انعقاد الزواج، يسري القانون الأردني وحده فيما عدا شرط الأهلية للزواج"¹، وتتص المادة 15 من القانون المدني السوري على "في الأحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين إذا كان أحد الزوجين سورياً وقت انعقاد الزواج، يسري القانون السوري وحده فيما عدا شرط الأهلية للزواج"²، مع الإشارة أن صياغة " في المادتين السابقتين" في كل المواد السابقة تنص على شروط الزواج وانعقاده وانقضائه وآثاره.

يتبين من خلال تحليل هذه النصوص القانونية التي تتضمنها مختلف التشريعات العربية، أنّ أعمال الدفع بالنظام العام في هذا الصدد رهين بكون أحد أطراف العلاقة محل النزاع يحمل الصفة الوطنية، كما يتبين من خلال تحليل المادة 13 ق م ج، أنّ الاختصاص الحضري للقانون الجزائري بحكم العلاقة القانونية التي يكون أحد أطرافها جزائرياً وقت انعقاد الزواج، إنّما هو امتياز مقرّر لصالح الجزائريين، وهو نفس الامتياز المكرّس من طرف تشريعات غالبية الدول العربية والإسلامية لفائدة مواطنيها، وقيل في تبرير ذلك أنّ هذا الامتياز من شأنه تصحيح زواج المسلم التابع لإحدى الدول الإسلامية مع أجنبية غير مسلمة تابعة لدولة لا تقرّ بزواجها مع أجنبي يختلف معها في الديانة، غير أنّ هذا التبرير أعتبر عند البعض غير مقنع، على اعتبار إمكانية الوصول إلى نفس النتيجة من دون الحاجة للأخذ بهذا الامتياز، فيحكم بصحة زواج جزائري مسلم بأجنبية غير مسلمة يمنع قانونها الوطني مثل هذا الزواج، وذلك باللجوء إلى أعمال الدفع بالنظام العام، والتي بموجبها يتم استبعاد القانون الأجنبي المختص وفقاً لقواعد التنازع العادية³.

هذا وتجدر الإشارة إلى أنّه وجد جدل حول الطبيعة القانونية لهذه القاعدة التي تضمنتها جل التشريعات العربية، أي قاعدة إسناد مفردة الجانب؟، أم هي قاعدة من القواعد ذات التطبيق الضروري أو المباشر؟.

¹ منقول عن الموقع: http://www.cdfj.org/look/PDFs/melad_laws/Law11.pdf، تاريخ الدخول إلى الموقع: 2013/05/30.

² منقول عن الموقع: <http://www.reefnet.gov.sy/reef/content/Law/datalaw/law11.htm>، تاريخ الدخول إلى الموقع: 2013/05/30.

³ مريني فاطمة الزهرة، المرجع السابق، ص 111.

يرى جانب من الفقه أنّ هذه القاعدة هي قاعدة إسناد مفردة الجانب، وليست قاعدة من القواعد ذات التطبيق المباشر، وذلك لكون أنّ القواعد ضرورية التطبيق تطبق تطبيقا إقليميا بغض النظر عن عامل الوطنية، حيث تطبق على كل من يوجد على الإقليم سواء كانوا وطنيين أم أجانب، ومن ثمّ يظهر أنّ الطبيعة القانونية لهذه القاعدة أنّها قاعدة إسناد مفردة الجانب قصد منها المشرع استئثار القانون الوطني بحكم العلاقة التي يكون أحد أطرافها وطنيا، والمشرع العربي إذ انحاز إلى هذه الصياغة الإفرادية الجانب فإّنه قصد من وراء ذلك تحقيق نفس الغاية التي يحققها الدفع بالنظام العام، بل وتزيد عليه من زاوية التحديد والوضوح والتي هي أوصاف تتجرد منها فكرة النظام العام¹.

من خلال كل ما سبق يمكننا أن نخلص إلى أنّه من أجل إعمال الدفع بالنظام العام لاستبعاد القانون الأجنبي المختص المخالف للنظام العام في دولة القاضي، يجب توافر مجموعة من الشروط، تتمثل في ضرورة وجود قانون أجنبي واجب التطبيق وفقا لقاعدة الإسناد الوطنية وتوافر مقتضى من مقتضيات النظام العام، وكذا وجود رابطة بين النزاع المطروح ودولة القاضي وأن تكون المخالفة للنظام العام حالية، وهي الشروط العامة المتفق عليها من قبل أغلب التشريعات والتطبيقات القضائية، بالإضافة إلى شروط خاصة يجب توافرها عند بعض التشريعات.

¹ عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 582.

المبحث الثالث

الآثار المترتبة على الدفع بالنظام العام

إذا ظهر للقاضي أنّ القانون الأجنبي الواجب التطبيق بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية يصطدم مع مقتضيات النظام العام في دولته، فإنّه يستبعد تطبيقه حماية لنظامه القانوني، وهو ما جرى العمل على تسميته بالأثر السلبي للنظام العام (المطلب الأول)، لكن المشكلة أنّ فراغا تشريعا لا شك سيحدث على إثر هذا الاستبعاد، وبالتالي يتعين البحث عن قانون بديل يحل محل القانون المستبعد، وهو ما يطلق عليه بالأثر الإيجابي للنظام العام (المطلب الثاني)¹، ومن المتفق عليه فقها وقضاء أن يتم التخفيف من صرامة وشدة الدفع بالنظام العام إذا تعلق الأمر بحق اكتسب في الخارج وأريد التمسك به في دولة القاضي وهو ما يسمى بالأثر المخفف أو الملطف للنظام العام (المطلب الثالث)، هذا وناقش الفقه أيضا إمكانية الاعتراف أمام القاضي الوطني بحق نشأ في دولة أجنبية كنتيجة لإعمال فكرة النظام العام فيها، وهو ما يعرف بالأثر الانعكاسي للنظام العام² (المطلب الرابع).

المطلب الأول

الأثر السلبي للنظام العام

وصلنا إلى أنّ النظام العام هو "المزلاج" الذي يغلق الباب على الحدود في وجه كل قانون أجنبي تتعارض أحكامه مع الأسس الجوهرية والمقومات الأساسية لمجتمع القاضي وبالتالي فإنّه من البديهي أن يستتبع الدفع به استبعاد القانون الأجنبي المختص بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية والمخالف لتلك الأسس والمقتضيات، وذلك ما يطلق عليه كما سبقت الإشارة إليه بالأثر السلبي للنظام العام، هذا ولكون أنّ الدفع بالنظام العام ما هو إلاّ استثناء من مبدأ تطبيق القانون الأجنبي المختص، فيجب عدم التوسع في إعماله وحصره في أضيق

¹ Paul Lagarde, recherches sur l'ordre public en droit international privé, op.cit, p 220.

² أمين رجا رشيد دواس، المرجع السابق، ص 240.

الحدود، ولذلك يثار التساؤل حول نطاق هذا الاستبعاد، وعمّا إذا كان يشمل القانون الأجنبي برمته أم فقط الجزء المخالف للنظام العام¹، هذه المسألة شكّلت خلاف في الفقه والقضاء المقارن، بين قائل بالاستبعاد الكلي للقانون الأجنبي المخالف للنظام العام (الفرع الأول) وبين مؤيد لقصر الاستبعاد على الجزء المخالف وحده (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الاستبعاد الكلي للقانون الأجنبي المخالف للنظام العام

يذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى أنّه يتعين استبعاد أحكام القانون الأجنبي المختص المخالف لمقتضيات النظام العام في دولة للقاضي استبعادا كاملا وكليا، حتى ولو كان هذا القانون يتعارض فقط في جزء معين مع النظام الوطني، ويبرّر أصحاب هذا الاتجاه رأيهم بالحجج التالية:

- أنّه يجب النظر للقانون الأجنبي المختص كوحدة واحدة وكل لا يتجزأ، وعليه فإنّ استبعاد الجزء المخالف منه وتطبيق أجزائه الأخرى غير المخالفة هو أمر ينطوي على تشويه لهذا القانون وتقطيع لأوصاله وبالتالي مسخه وتطبيقه بشكل يخالف إرادة المشرع الذي وضعه².

- يضيف هؤلاء بأنّ الأخذ بفكرة الاستبعاد الجزئي للقانون الأجنبي ينطوي على مخالفة لقاعدة الإسناد الوطنية التي تهدف إلى تطبيق أكثر القوانين اتصالا بالعلاقة وأكثرها قدرة على تحقيق العدالة، وهو ما لا يتحقق إلاّ بتطبيق القانون الأجنبي المختص كاملا، حيث يكون الأمر على النقيض من ذلك في حالة الاستبعاد الجزئي³.

ومؤدى ذلك كله أنّ أعمال فكرة الاستبعاد الجزئي أمر يتناقض مع إرادة كل من المشرع الوطني وواضع قاعدة التنازع، وكذا المشرع الأجنبي في الدولة المختص قانونها بالانطباق، ومن ثمّ فإنّ قاعدة التنازع لا تتحقق بالنسبة للقانونين إلاّ من خلال الاستبعاد الكلي وحده⁴.

¹ سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق، ص 752.

² سلطان عبد الله محمود، الدفع بالنظام العام وأثره، المرجع السابق، ص 94.

³ عبده جميل غصّوب، المرجع السابق، ص 214.

⁴ عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص ص 598-599.

الفرع الثاني

الاستبعاد الجزئي للقانون الأجنبي المخالف للنظام العام

يؤكد الفقه الغالب في مختلف دول العالم أنّ الأثر السلبي لإعمال فكرة النظام العام ليس من شأنه استبعاد أحكام القانون الأجنبي المختص بموجب قاعدة الإسناد الوطنية بصورة كلية، وإنّما ينحصر هذا الأثر في استبعاد فقط الجزء المخالف لهذه الفكرة في دولة القاضي دون بقية الأجزاء الأخرى، ومن ثمّ نكون بذلك قد احتفظنا للقانون الأجنبي ولقاعدة الإسناد التي أشارت إلى تطبيقه بأكبر قدر من الفعالية¹، كما يسمح هذا الحل بتفادي عيوب قواعد التنازع دون أن يعطلها بشكل كامل².

ويبرّر أصحاب هذا الاتجاه رأيهم بمجموعة من الحجج أهمّها ما يلي:

- يجب استخدام الأثر الاستبعادي للنظام العام بحذر شديد وبصورة استثنائية، فلا ينبغي اللجوء إليه إلا بالقدر الذي يمس بالقواعد الأساسية في قانون القاضي، على أن يبقى ما دون ذلك محكوماً بالقانون الأجنبي المختص أصلاً³.

- لا يرمي الدفع بالنظام العام إلى إصدار حكم يقيّم من خلاله القانون الأجنبي المختص في ذاته، وإنّما يهدف إلى الحيلولة دون حدوث النتيجة المخالفة للنظام العام الناشئة عن تطبيق بعض أحكامه، فإنّ أمكن تلافي هذه النتيجة باستبعاد الجزء المخالف من هذه الأحكام، فلن يكون هناك مبرر لعدم تطبيق أحكام القانون الأجنبي الأخرى غير المتعارضة مع النظام العام⁴.

- الإستبعاد الجزئي للقانون الأجنبي هو وحده الذي من خلاله تحقّق قاعدة التنازع وظيفتها كما تصورها المشرع الوطني، كما يحفظ للقانون الأجنبي مكانته باعتباره صاحب الاختصاص الأصيل، أمّا من يقول الرأي المعارض باستبعاد القانون الأجنبي برمته فهو

¹ أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 177.

² محمد وليد هاشم المصري، محاولة لرسم معالم النظام العام الدولي العربي بمفهوم القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 166.

³ ختام عبد الحسن، موانع تطبيق القانون الأجنبي، مجلة الكلية الإسلامية الجامعة، النجف الأشرف، العراق، مجلة علمية فصلية محكمة، العدد 06

2009، ص 287.

⁴ المرجع والموضع نفسه.

يهدر الهدف والغاية من قاعدة الإسناد، ويعصف بروحها، كما أنه يعتدي على القانون الأجنبي صاحب الاختصاص الأصيل¹.

هذا الحل هو الذي تبناه القضاء، فأخذت به محكمة النقص الفرنسية في الكثير من أحكامها، حيث استبعدت فقط الجزء المخالف للنظام العام الفرنسي وأبقت على الأجزاء الأخرى غير المخالفة له، من ذلك حكمها الصادر بتاريخ 1943/11/08 في قضية "Fayeulle" فقد استبعدت طرق إثبات النسب الطبيعي المقررة في القانون الألماني المختص لكنها لم تستبعد تطبيق هذا القانون فيما يخص آثار النسب، لكون الآثار في نظره غير مخالفة للنظام العام الفرنسي²، ومن تلك الأحكام أيضا حكمها الصادر بتاريخ 1964/11/17 الذي اعتبر أحكام الشريعة الإسلامية المنظمة للميراث غير مخالفة للنظام العام الفرنسي، إلا فيما يتعلق بحرمانها لغير المسلم من الميراث، وعليه فإنه لا يستبعد من أحكام الشريعة الإسلامية في هذه المسألة إلا الجزء المتعلق بحرمان غير المسلم من حقه في الميراث، لأنه مخالف للنظام العام، أما ما يتعلق بعده من تحديد الورثة ومراتبهم وأنصبتهم فيتم وفقا لأحكامها³.

كما قضت محكمة التمييز الفرنسية بأنه إذا كان " القانون الأجنبي متعارضا مع النظام العام الفرنسي في مسائل النسب الطبيعي، فإن استبعاد حكمه يقتصر على هذه المسألة وحدها دون أن يتعداها إلى آثار النسب"⁴.

فكرة الاستبعاد الجزئي للقانون الأجنبي آمن بها أيضا القضاء الجزائري، ويتجلى ذلك في العديد من قراراته، من ذلك ما قضى به المجلس الأعلى في قراره الصادر بتاريخ 1984/06/23 الذي نقض قرار صادر عن مجلس قضاء تيزي وزو في 1982/04/19 بصفة جزئية كان قد أيد حكم الدرجة الأولى، الذي منحت بمقتضاه الصيغة التنفيذية لحكم

¹ جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص 204؛ عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص ص 602-603؛ عبده جميل غصوب، المرجع السابق، ص 216.

² أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص ص 177-178.

³ محمد وليد هاشم المصري، محاولة لرسم معالم النظام العام الدولي العربي بمفهوم القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 167.

⁴ عكاشة محمد عبد العال، المرجع نفسه، ص 600.

فرنسي منح تعويضات للمدعى عليها، من غير تمييز بين التعويض المستحق عن أصل الحق المطالب به طبقا لاتفاق الطرفين، ومبلغ الفائدة المتفق عليها والتي تقدر بـ 12% حيث أنّ ذلك متعارض مع نص المادة 454 من التقنين المدني التي تمنع تقاضي فوائد ربوية بين الأشخاص الطبيعية، لذلك عمد المجلس الأعلى إلى نقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يتعلق بالحق المدعى اكتسابه طبقا للحكم الفرنسي، والمتضمن مبلغ الفائدة وحده وذلك تأسيسا على أنّ الحكم الأجنبي المراد تنفيذه في الجزائر بهذا الشكل مخالف للنظام العام الجزائري في هذه المسألة، وبالتالي استبعد فقط الجانب المخالف للنظام العام في الجزائر والمتمثل في الفوائد الربوية، وفيما عدا ذلك وافق المجلس على القرار المطعون فيه¹. هذا الاتجاه هو الراجح أيضا في القانون المقارن²، في حين أنّ المشرع الجزائري ومن خلال نص المادة 24 من القانون المدني المعدلة نجده قد التزم الصمت، فلم يوضح ما إذا كان هذا الاستبعاد كليا أو جزئيا، لكن يرى البعض أنّ هذا الحكم (الاستبعاد الجزئي) ينطبق كذلك على نص هذه المادة، لأنّ الحكمة التي أَرادها المشرع منها هي استبعاد النصوص التي تتعارض مع النظام العام أو الآداب، وليس استبعاد القانون الأجنبي في حد ذاته، إلاّ إذا كان هذا القانون يتعارض في مجموعه مع النظام العام، أو كان الجزء المتبقي منه ليست له أهمية مقارنة بالجزء المستبعد³.

هذا وتجدر الإشارة إلى أنّه قد يحدث وأن يكون ثمة ارتباط وثيق بين أجزاء القانون الأجنبي يستعصي من خلالها الفصل بينها، بحيث يصبح من المتعذر على القاضي الاكتفاء باستبعاد النص أو الجزء المخالف للنظام العام في دولته دون بقية الأجزاء، عندئذ يتعين الاستبعاد الكلي للقانون الأجنبي، وفي ذلك يؤكد الفقه أنّه إذا تبين أنّ بقية أجزاء القانون

¹ زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، مرجع سابق، ص 257-258، مع الإشارة إلى نص المادة 454 من القانون المدني الجزائري " الفرض بين الأفراد يكون دائما بدون أجر ويقع باطلا كل نص يخالف ذلك " .

² من ذلك ما نصّ عليه المشرع التونسي في مجلة القانون الدولي الخاص لسنة 1998، حيث ينص في الفصل 36 فقرة 04 على أنه " ولا يستبعد من القانون الأجنبي عند العمل بالنظام العام سوى أحكامه المخالفة للنظام العام في مفهوم القانون الدولي الخاص التونسي"، كما نص عليه القانون النمساوي في المادة 2/06 من مجموعة القانون الدولي الخاص، والقانون المدني البرتغالي في المادة 2/22. نقلا عن: صلاح الدين جمال الدين القانون الدولي الخاص، الجنسية وتنازع القوانين، مرجع سابق، ص 352.

³ بلمامي عمر، الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 189.

الأجنبي المختص مرتبطة بالجزء المخالف للنظام العام ارتباط السبب بالنتيجة لدرجة يظهر فيه أنّ هذا الجزء المخالف بمثابة السبب الرئيسي لوجود القانون الأجنبي، فإنّ استبعاد هذا الجزء يترتب عليه حتما استبعاد بقية الأجزاء الأخرى المرتبطة به، وأكثر ما تظهر فيه فكرة الاستبعاد الكلي للقانون الأجنبي تكون في الحالات التي يترتب فيه على أعمال الدفع بالنظام العام إباحة أمر يحظره القانون الأجنبي¹، ومثال ذلك أن يكون قانون جنسية الزوجين يمنع الزواج بين مختلفي اللون، فإنّ هذا المنع لا يحول بدهاة دون إمكان إبرام هذا الزواج وفقا للقانون الجزائري نظرا لتصادم أحكام القانون الأجنبي (قانون جنسيتها المشتركة) مع النظام العام في الجزائر، فلو افترضنا أنّ نزاعا طرح بعد ذلك على القاضي الجزائري يتعلق بآثار هذا الزواج الذي تم وفقا للقانون الجزائري، فعليه أن يستبعد تطبيق القانون الأجنبي المختص بحكم هذه الآثار استبعادا كلياً، لأنّه من غير المعقول أن يطبق القاضي هذا القانون على آثار زواج يعتبر باطلا وفقا لأحكامه، وذلك حتى في الفرض الذي لا يتعارض فيه القانون الأجنبي بالنسبة لآثار الزواج مع مقتضيات النظام العام في القانون الجزائري².

ويشبه البعض الحالة التي يتم فيها استبعاد القانون الأجنبي استبعاد كلياً في حالة ارتباط أجزاءه ارتباطاً تتعذر من خلاله التجزئة، بحالة العقد الذي يتضمن شرطاً غير مشروع يكون بمثابة الدافع إلى التعاقد بما يرتبه ذلك من جعل العقد في مجمله باطلاً³.

المطلب الثاني

الأثر الإيجابي للنظام العام

لا يقتصر دور القاضي عند استبعاد القانون الأجنبي المختص الذي تعارضت أحكامه مع النظام العام في دولته، إذ يتوجب عليه التصدي لسد الفراغ التشريعي الناجم عن هذا الاستبعاد من أجل الفصل في النزاع، وذلك بإحلال قانون بديل عنه لكي لا يكون منكراً

¹ عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 603-604.

- Paul Lagarde, recherches sur l'ordre public en droit international privé, op.cit, p 217.

² أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 178.

³ سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق، ص 755.

للعادلة، وبعد إحلال قانون آخر كبديل عن أحكام القانون الأجنبي المستبعد هو الأثر الإيجابي للنظام العام، حيث يعتبر ذلك النتيجة الطبيعية لنظرة الفقه إلى النظام العام على أنه دفع من الدفع الموضوعية، وهو السائد عند غالبية التشريعات، غير أنّ الأمر مختلف في البلاد الأنجلوسكسونية التي تعتبر الدفع بالنظام العام على أنه دفعا إجرائيا يستتبع في حالة استبعاد القانون الأجنبي المخالف أن تحكم المحكمة بعدم اختصاصها، ومن ثم لا تنثور مسألة البحث عن بديل للقانون المستبعد¹.

والواقع أنّ ثمة تلازما بين استبعاد القانون الأجنبي (الأثر السلبي للنظام العام) والبحث عن قانون بديل يحل محله (الأثر الإيجابي)، فللدفع بالنظام العام وجهان ينطبع على أحدهما الأثر السلبي وعلى الآخر يظهر الأثر الإيجابي، ولهذا يقرّر جانب من الفقه عدم وجهة الرأي الذي يرى أنّ استبعاد القانون الأجنبي المخالف قد يكون كاف دونما حاجة لإحلال قانون بديل عنه، ويدلّلون عن ذلك بالحالة التي يجيز فيها القانون الأجنبي نشوء علاقة لا يسمح بها قانون القاضي، فيتوقف هنا أثر النظام العام عند حد استبعاد القانون الأجنبي الذي يجيز فيها نشوء تلك العلاقة دونما حاجة لإحلال قانون بديل محلّه².

والواقع أنّ هذا الرأي انتقد بشدّة من جانب كبير من الفقه، حيث اعتبره غير جدير بالتأييد، فبين الأثرين السلبي والإيجابي ارتباط وتلازم، والمتأمل للمسألة جيدا يظهر له أنّ استبعاد القانون الأجنبي يحدث معه في جميع الفروض فراغ قانوني يجب سدّه بالبحث عن قانون بديل يحكم النزاع، كل ما في الأمر أنّ الأثر الإيجابي المتمثل في حلول قانون بديل قد يتم بشكل ضمني، كما قد يحدث بشكل صريح³، وللتوضيح أكثر نسوق الأمثلة التالية:

فقد يتدخل قانون القاضي بصفة ضمنية عندما يسمح القانون الأجنبي بقيام علاقة يحضرها القانون الوطني، كالزواج بين مسلمة وغير مسلم، حيث أنّ القانون الفرنسي يجيز

¹ حفيظة السيّد الحدّاد، المرجع السابق، ص 305.

² عبده جميل غصّوب، المرجع السابق، ص 217.

³ عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص ص 606-607.

هذا الزواج، بينما يعتبر ذلك مخالفا للنظام العام الجزائري، والنظرة السطحية تجعلنا نعتقد أنّ أثر النظام العام يكون في هذه الحالة سلبيا فقط يقتصر على استبعاد القانون الفرنسي، كون الهدف تحقق بعدم السماح بهذا الزواج، لكن الواقع أنّ القاضي عندما يستبعد القانون الأجنبي (الفرنسي في هذه الحالة) ولا يسمح بنشوء العلاقة يكون قد طبق قانونه الوطني كبديل (القانون الجزائري في هذه الحالة) الذي لا يسمح بمثل هذا الزواج، ولو أنّ الأمر تم بطريقة ضمنية¹، كما قد يتدخل قانون القاضي بصورة صريحة، يحدث ذلك عندما يترتب على تطبيق قانون القاضي (القانون البديل) نشوء علاقة يرفضها القانون الأجنبي المختص المستبعد، فإذا كان القانون الأجنبي يمنع الزواج بسبب اختلاف اللون يتعين استبعاده وتطبيق قانون القاضي محله².

من كل ذلك يظهر التلازم بين استبعاد القانون الأجنبي وإحلال قانون بديل عنه، ففي جميع الأحوال يترتب الدفع بالنظام العام أثرين مترابطين أحدهما سلبي والآخر إيجابي على نحو ما تقدم بيانه، بيد أنّ المشكلة الرئيسية التي تواجه القاضي عند تقريره استبعاد القانون الأجنبي المختص، تتمثل في تحديد القانون البديل الذي يملأ الفراغ التشريعي الناتج من جزاء هذا الاستبعاد، حيث يوجد في المسألة خلاف كبير في الفقه والقضاء، وانقسموا إلى عدة اتجاهات لعلّ أهمّها ما يلي:

أولاً: البحث عن البديل في القانون الأجنبي ذاته " مذهب سافيني": يتمثل مضمون هذا الحل الذي تبناه جانبا من الفقه والقضاء في ألمانيا، في أنّه عند استبعاد القانون الأجنبي المخالف يتعين البحث عن حل ضمن نطاق هذا القانون المستبعد بالذات، على اعتبار أنّ الاختصاص من حيث المبدأ يعود لهذا القانون الأجنبي دون غيره والمشار إليه من طرف قاعدة الإسناد في دولة القاضي، يتم ذلك عن طريق البحث ضمن القانون الأجنبي ذاته عن نص بديل ملائم يطبق على المسألة التي كان يحكمها النص المخالف للنظام العام، غير أنّ

¹ أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 179-180؛ سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق، ص 759.

² عبده جميل غصوب، المرجع السابق، ص 217.

هذا الحل مرهون بتوافر شرطين، أولهما وجود نص بديل صالح للتطبيق على موضوع النزاع، وثانيهما أن يكون هذا النص البديل غير مخالف للنظام العام الوطني هو الآخر¹.

يجد هذا الاتجاه سنده في قرار صادر عن محكمة الرايخ "Reichegericht" - وهي المحكمة العليا في ألمانيا - بتاريخ 19/12/1921، حيث استبعدت فيه النص السويسري المختص الذي يمنع تقادم الدين محل النزاع لمخالفته النظام العام في ألمانيا، وأخضعت الدين لأطول مدة للتقادم ينص عليها القانون السويسري نفسه، لأنه في نظرها البديل الملائم لحكم العلاقة².

غير أنّ هذا الحل الذي اعتمده محكمة الرايخ الألمانية قد أثار انتقادات شديدة من طرف الفقه، حيث يعتبر الأستاذان Batiffol و Lagarde أنّ هذا الحل الذي تبناه الفقه والقضاء في ألمانيا هو حل شاذ، كونه يتنافى مع المبدأ القاضي بتطبيق القانون الأجنبي كما هو، فتطبيق القاضي الوطني للقانون الأجنبي في غير الحالات التي يرى المشرع الأجنبي إخضاعها لحكمه ينطوي على تحوير لهذا القانون وتغيير لطبيعته³.

ثانيا: البحث عن أكثر القوانين حماية للطرف الضعيف: ذهب اتجاه قديم في الفقه إلى أنّه عند استبعاد القانون الأجنبي المختص المخالف للنظام العام في دولة القاضي، يتعين البحث عن أصلح القوانين بالنسبة للطرف الضعيف في العلاقة، بحيث يحمي توقعات الأطراف ويحقق مصالح هذا الطرف الضعيف في النزاع، غير أنّه ورغم أهمية هذا الرأي، فقد تعرض هو الآخر لنقد شديد نظرا لتعذر إعماله في أرض الواقع، حيث لا يمكن معرفة أكثر القوانين حماية للطرف الضعيف إلا بمعرفة القواعد القانونية التي تحكم العلاقة، وهو ما لا يمكن معرفته إلا بعد تحديد القانون الواجب التطبيق⁴.

¹ جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص ص 206-207.

- Paul Lagarde, recherches sur l'ordre public en droit international privé, op.cit, p 204.

² موحد إسعاد، المرجع السابق، ص 249؛ سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق، ص 759.

³ أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص ص 180-181.

⁴ Paul Lagarde, Ibid, p 206.

ثالثا: تطبيق القانون الأقرب للعلاقة: يرى اتجاه آخر من الفقه أنّه يجب أن يطبق على النزاع القانون الأقرب في أحكامه إلى القانون المستبعد، وذلك بموجب قاعدة إسناد احتياطية في قانون القاضي، مثال ذلك تطبيق قانون محل الإقامة في مسائل الأحوال الشخصية عندما يكون قانون الجنسية مخالفا في أحكامه للنظام العام في دولة القاضي، ويتم تطبيق القانون الذي يرتبط بالنزاع بأكثر الروابط صلة، هذا القانون البديل قد يكون قانون أجنبي آخر، كما قد يكون قانون القاضي، حيث يطبق منه القاعدة الأقرب في مضمونها للقانون المستبعد¹، غير أنّ هذا الاتجاه أيضا تعرض لعدة انتقادات من بينها الآتي:

- اللجوء إلى الضوابط الاحتياطية في حالة استبعاد القانون الأجنبي المختص لتشير إلى قانون آخر له صفة البديل الملائم هو أمر غير مجد في الحالة التي يرغب فيها الأطراف إنشاء علاقة غير مشروعة في دولة القاضي مخالفة للنظام العام، هنا تطبيق قانون القاضي هو وحده من يحمي نظامه العام وذلك بمنع نشوء تلك العلاقة، وكل قانون آخر بديل يعجز عن تحقيق هذه الحماية يكون مخالفا للنظام العام في دولة القاضي، وإذا تصوّرنا جدلا أنّ هذا القانون البديل سوف يجعلها علاقة غير مشروعة مثل قانون القاضي ذاته فلماذا لا يتم تطبيق قانون القاضي بداية؟².

- القول بأنّ القانون البديل الأقرب للعلاقة قد يكون قانون القاضي نفسه هو قول يستند إلى تحليل غير سليم، والصحيح أنّ البديل هو قانون القاضي بمعناه الواسع، ومن ثمّ فإنّه على القاضي عند استبعاد القانون الأجنبي أن يفتش في نصوص قانونه عن الحل الملائم للنزاع لكن تظهر المشكلة في هذا الصدد عندما يعجز القاضي الوطني عن إحلال قانونه محل القانون المستبعد، إمّا لعدم وجود قاعدة قانونية، أو لعدم ملائمة القاعدة الموجودة³.

- تظهر في هذا الفرض مشكلة أخرى تتمثل في حالة إشارة قاعدة الإسناد إلى تطبيق أكثر

¹ عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 612، 613.

² المرجع نفسه، ص 614.

³ عبده جميل غصوب، المرجع السابق، ص 221-222.

من قانون واحد يصعب أو يستحيل المزج والتوفيق بينها، مثال ذلك ما انتهت إليه محكمة النقض الفرنسية في قضية الزوجين "Patino"، في هذه المنازعة تبين أنّ تطبيق القانونين الأجنبيين (الإسباني والبوليفي) المختصين بمقتضى قاعدة الإسناد الفرنسية، سوف يؤدي إلى مخالفة النظام العام في فرنسا، وذلك من خلال عدم إمكان إنهاء الرابطة الزوجية لا بالطلاق ولا بالانفصال الجسماني، مع العلم أنّ القانون الفرنسي آنذاك يقر كمبدأ بإمكانية إنهاء الرابطة الزوجية، هذه النتيجة المخالفة للنظام العام تتحقق فيما لو طبق القانونين المختصين تطبيقاً جامعاً، رغم أنّ تطبيق كلا القانونين الإسباني والبوليفي منفرداً لا يخالف النظام العام الفرنسي¹، فالقانون الإسباني يجيز إنهاء الرابطة الزوجية عن طريق الطلاق دون الانفصال الجسماني، والقانون البوليفي يسمح بإنهائها بالانفصال الجسماني دون الطلاق، في مثل هذه الحالة تبدو مقبولة فكرة تطبيق القاعدة الأقرب للعلاقة في قانون القاضي إلى القانون المستبعد، لذلك باركت محكمة التمييز ما ذهب إليه قضاة الموضوع عندما طبّقوا من القانون الفرنسي أقرب القواعد للقانونين الأجنبيين معاً عندما أعملوا القواعد الخاصة بالانفصال الجسماني، وكذا القواعد المنظمة للنظام المالي للزوجين، فهذا الإحلال جنّب نتيجة المخالفة للنظام العام الفرنسي، واحترم بقدر الإمكان مقتضيات القانونين الأجنبيين المختصين².

رابعاً: تطبيق القانون الطبيعي: يرى جانب آخر من الفقه، أنّه عند استبعاد القانون الأجنبي المختص لمخالفته للنظام العام، وكانت نصوص قانون القاضي غير ملائمة لطبيعة العلاقة محل البحث، أو سكتت هذه النصوص تماماً عن إعطاء حل للمسألة، فلا مناص عندئذ من التصدي للنزاع في ضوء القواعد المستقرة في القانون الطبيعي، وهي فرضية تبدو جد محتملة في القانون الجزائري، حيث تنص المادة الأولى من ق م ج على: "يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفضها أو في فحواها.

¹ Pierre MAYER, Vincent HEUZE, op.cit, p 147.

² عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص ص 615-616.

- Yvon LOUSSOUARN, Pièrre BOUREL, Pascal De VAREILLES-SOMMIÈRES, op.cit, pp 354-355.

وإذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف.

فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة"، غير أنّ هذا لا يعني استعمال المصادر الأربعة الواردة في هذه المادة وفقا لترتيب تعدادها، وإنما حسب الأشخاص أو المواد محل البحث¹.

وقد واجه القضاء في المغرب هذا الفرض بالنسبة للمنازعات المتعلقة بحالة الأشخاص الأجانب، ونظرا لصعوبة تطبيق النصوص الوطنية في هذا المجال على الأجانب المقيمين هناك، فاستقر القضاء المغربي في هذا الشأن على أنّه في حالة تعارض القانون الأجنبي المختص مع النظام العام، تعين على القاضي أن يستبعده ويحكم في الدعوى مهتديا بمبادئ القانون الطبيعي، ورغم أنّ فكرة القانون الطبيعي فكرة مبهمة وغامضة، إلا أنّ القضاء المغربي حاول سد الفراغ التشريعي بعدما تعذر عليه سده بقانونه الوطني².

خامسا: تطبيق قانون القاضي (الرأي الراجح): مهما يكن من شأن الاتجاهات السالف عرضها، فلا شك أنّ إحلال قانون القاضي محل القانون الأجنبي المستبعد باسم النظام العام يعتبر أفضل الحلول جميعا للأسباب التالية: فيعد أكثر هذه الحلول ملائمة للاعتبارات العملية، كون القاضي يعرف قانون دولته فيتجنب بذلك كافة الصعوبات التي قد تعترضه عند تطبيق القانون الأجنبي، كذلك يحقق إحلال قانون القاضي أكبر حماية ومحافظة على المبادئ الجوهرية لقانون القاضي، كما أنّه الحل الذي يتماشى وطبيعة فكرة النظام العام باعتبارها فكرة وطنية، بالإضافة إلى أنّه صاحب اختصاص احتياطي عام³.

غير أنّ هذا الرأي الذي يكاد ينعقد له الإجماع فقها وقضاء يستلزم توافر شرطين أساسيين من أجل الأخذ به وهما: وجود قانون أجنبي مختص بموجب قاعدة الإسناد في دولة

¹ Mohand ISSAD, op.cit, pp 201-202.

² حفيظة السيّد الحدّاد، المرجع السابق، ص 308.

³ هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ص 154، 155.

القاضي، وكذا توافر نص ملائم لطبيعة المسألة المعروضة في قانون القاضي¹.

هذا هو الحل الذي تبناه القضاء المقارن، بل وقننته صراحة العديد من التشريعات على غرار المادة 06 فقرة 02 من القانون الدولي الخاص النمساوي لسنة 1979، وكذا المادة 07 فقرة 03 من القانون الدولي الخاص المجري، والتركي لسنة 1982 (المادة 05) والتونسي الجديد لسنة 1998، ويجمع عليه الفقه الفرنسي والمصري².

سادسا: موقف المشرع الجزائري: حسم المشرع الجزائري هذه المسألة المختلف فيها، وتبنى الرأي الراجح فقها وقضاء من خلال تعديل المادة 24 من القانون المدني بموجب القانون 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005، فأضاف فقرة ثانية تتبنى صراحة الأثر الإيجابي للنظام العام بإحلال القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المستبعد، حيث تنص هذه الفقرة (الفقرة 02 من المادة 24 من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم) على: "يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام أو الآداب العامة"، ويرى الأستاذ "الطيب زورتي" " أنه حسنا فعل المشرع الجزائري حين حسم هذه المسألة المختلف فيها فقها وقضاء ولكن يجب أن لا يفهم من هذا الحكم أنّ القانون الجزائري يحل تلقائيا في العلاقة القانونية برمتها، وإنما فيما يخالف النظام العام فقط، باستثناء ما إذا كان هذا الحكم القانوني في القانون الأجنبي المستبعد ذا صلة بنصوص أخرى واجبة التطبيق أيضا، حيث لا مناص من الاستبعاد الكلي وتطبيق قانون القاضي على العلاقة القانونية لتعذر الاستبعاد الجزئي"³.

أما القضاء الجزائري فنجد أنه قد أخذ بهذا الحل حتى قبل تعديل 2005، ففي عديد الحالات استبعد القانون الأجنبي المخالف لمقتضيات النظام العام في الجزائر واستخلفه بالقانون الجزائري، من ذلك قرار المحكمة العليا بتاريخ 1990/10/17 في قضية وصية الجزائري السالف ذكرها، حيث استبعد القانون الفرنسي المختص والمخالف للنظام العام

¹ عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 622.

² المرجع نفسه، ص 621.

³ زورتي الطيب، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص ص 307، 308.

واستخلفه بالقانون الجزائري، كما توجه نفس التوجه في قضية أخرى تتعلق بالفوائد (سبق التطرق إليها)، حيث قام بعدم إضفاء الصيغة التنفيذية على الجانب المتعلق بالفوائد، لأن ذلك يتعارض مع النظام العام في الجزائر، وبذلك يكون القاضي الجزائري قد أحل القانون الجزائري محل القانون الأجنبي¹.

مخالفة لذلك يترتب على أعمال فكرة الدفع بالنظام العام أثاراً مهمان مباشران ومتلازمان، أثر سلبي يتمثل في استبعاد القانون الأجنبي المختص المخالف للنظام العام في دولة القاضي، وأثر إيجابي هو نتيجة حتمية للأول لسد الفراغ التشريعي الذي يخلفه هذا الاستبعاد، بإحلال قانون بديل (قانون القاضي حسب الرأي الراجح وكذا القانون الجزائري) يحل محل القانون الأجنبي المستبعد، مع الإشارة إلى أنه في حالة ما إذا كانت نصوص قانون القاضي غير ملائمة لطبيعة العلاقة محل البحث، أو سكنت هذه النصوص تماماً عن إعطاء حل للمسألة، فلا مناص عندئذ من التصدي للنزاع في ضوء القواعد المستقرة في قواعد العدالة والقانون الطبيعي.

المطلب الثالث

الآثار المخففة أو الملطفة للنظام العام

إن حدة أعمال الدفع بالنظام العام في مجال تنازع القوانين تختلف فيما لو كان الأمر يتعلق بإنشاء مركز قانوني في دولة القاضي، عنه لو تعلق الأمر بمجرد الاحتجاج بترتيب آثار قانونية نشأت عن حقوق أو مراكز قانونية في الخارج، فإذا كان يتم إعماله في الحالة الأولى (إنشاء الحقوق) بصرامة وشدة، فإنه من المتفق عليه فقها وقضاء أن هذه الصرامة والشدة تتراجع قليلاً في الحالة الثانية (أمام الحق المكتسب، وأمام العلاقات المستقرة)، وهو ما يسمى بالآثار المخففة أو الملطفة للنظام العام، هذه الفكرة من صنع القضاء الفرنسي وعنه تلقفها الفقه وراح يروج لها، ويحاول إيجاد مبررات وحجج للاعتراف بآثار حق أو مركز

¹ مريني فاطمة الزهرة، المرجع السابق، ص 127.

قانوني نشأ في الخارج، بل الأمر تعدى الفقه، فتبنتها عديد التشريعات الحديثة ومن بينها التشريع التونسي¹، وهو ما يفرض علينا البحث في مضمون هذه الفكرة (الفرع الأول)، لكن في المقابل فإنّ تبني هذه الفكرة لا يعني بالضرورة وفي كل الأحوال استبعاد إعمال فكرة الدفع بالنظام العام بصفة مطلقة وبالنسبة لأي حق أو مركز قانوني فقط لأنّه اكتسب في الخارج، فقد تكون تلك الآثار في ذاتها متعارضة مع الأسس الجوهرية لدولة القاضي، ممّا يتوجب من خلاله إعمال الدفع بالنظام العام بكل صرامة وشدة حفاظا على تلك المقومات والأسس الجوهرية²، ومن ثمّ فإنّه من المسلّم أنّ هناك حالات يتعطل بموجبها إعمال فكرة الأثر المخفف للنظام العام (الفرع الثاني).

الفرع الأول

مضمون فكرة الأثر المخفف للنظام العام

استقر الفقه والقضاء في مختلف دول العالم على أنّه عند إعمال الدفع بالنظام العام في مجال تنازع القوانين، يجب التمييز بين فرضين: الأول عندما يراد إنشاء حق أو مركز قانوني داخل دولة القاضي، طبقا لقانون أجنبي مختص تتعارض أحكامه كلها أو بعضها مع النظام العام الوطني، والثاني عندما يراد فقط مجرد الاحتجاج والتمسك بآثار حق أو مركز قانوني في دولة القاضي، نشأ صحيحا في الخارج وفقا لقانون أجنبي مختص متعارض في أحكامه مع النظام العام في دولة القاضي³.

ففي الفرض الأول يبحث القاضي فيما إذا كان إنشاء الحق يصطدم مع مقتضيات النظام العام في دولته أم لا، أمّا في الفرض الثاني فإنّ الذي يبحثه القاضي هو هل نفاذ هذا الحق أي التمسك بآثاره يتعارض مع النظام العام في دولته أم لا، والأمر في الحالتين ليس على السواء، فقد يكون إنشاء الحق في دولة القاضي مخالفا لمقتضيات النظام العام فيها

¹ ينص الفصل 37 من المجلة التونسية للقانون الدولي الخاص لسنة 1998 على " يتم الاعتراف في البلاد التونسية بآثار وضعيات نشأت بصفة شرعية بالخارج وفق القانون الذي عينته قاعدة التنازع التونسية، مالم تكن هذه الآثار ذاتها متعارضة مع النظام العام الدولي التونسي ".
² عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص ص 624 - 626.

³ Henri BATIFFOL, Paul LAGARDE, op.cit, pp 424-425.

ومع ذلك فإنه لو نشأ هذا الحق ذاته في الخارج وأريد التمسك بآثاره كلها أو بعضها في بلد القاضي لأمكن الاعتراف بها والاحتجاج بآثارها، باعتبارها غير متعارضة مع تلك المقتضيات، وتفسير ذلك أنه عندما يكون التعارض بين القانون الأجنبي والنظام العام في بلد القاضي عند إنشاء مركز قانوني سببه أنّ الإجراءات أو الظروف الواجب توافرها لإنشاء الحق هي التي تتعارض ومقتضيات النظام العام، فإذا ما تمت تلك الإجراءات وتوافرت تلك الظروف في الخارج ونشأ الحق هناك صحيحا، وأريد التمسك به في دولة القاضي لما كان ذلك مخالفا للنظام العام، ولا ما وجد مقتضى يحرك الدفع به¹.

أولا- أسانيد و مبررات تبني فكرة الأثر المخفف للنظام العام: يستند المدافعون عن فكرة الأثر المخفف للنظام العام إلى جملة من الأسانيد والمبررات، من بينها ما يلي:

- يبرر الفقه تبني فكرة التخفيف من صرامة الدفع بالنظام العام، على أساس أنّ الشعور العام في دولة القاضي لا يتأثر إزاء مركز قانوني تم إنشاؤه في الخارج، بنفس القدر والدرجة الذي يتأثر به إذا ما أريد إنشاء نفس المركز داخل دولة القاضي، حيث يكون في الحالة الأولى أقل حساسية، هذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في عدة قرارات لها، من ذلك الحكم الذي صدر عنها في القضية الشهيرة "ريفير" التي سنتناولها لاحقا².

- كذلك فإنّ الأخذ بفكرة الأثر المخفف للنظام العام يرجع سببه إلى الطابع الإقليمي للنظام العام، فوظيفة هذا الأخير هي حماية الأسس الجوهرية التي يقوم عليها كيان المجتمع، فإذا كانت الواقعة التي تتطوي على خطر أو اضطراب من هذا النوع هي واقعة إنشاء الحق وحدثت هذه الأخيرة في الخارج، فإنّ ذلك الخطر سيزول بطبيعة الحال، وعليه فلا يمانع النظام العام الوطني من نفاذ هذا الحق المكتسب بعدئذ داخل دولة القاضي³.

- إنّ الأخذ بهذه الفكرة يستند إلى أساس متين في مجال الأحوال الشخصية على وجه

¹ عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 540.

² عبده جميل غصوب، المرجع السابق، ص 224.

³ جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص 217.

الخصوص، حيث تسمح الفكرة باستقرار ودوام حالة الشخص، واحترام المراكز القانونية التي تكونت بالفعل، والتي لا يمكن إهمالها أو إهدارها بأي حال من الأحوال¹.

- كذلك إنّ الأخذ بهذه الفكرة هو أمر تقتضيه طبيعة المعاملات الدولية، فأعمال صرامة الدفع بالنظام العام بشأن مراكز قانونية تتم في الخارج، من شأنه الحد من قيام علاقات قانونية تمتد عبر حدود الدول بشكل قد يهدّد العلاقات الخاصة الدولية ويصيب التجارة الدولية بأضرار بليغة².

ثانيا- أهم تطبيقات فكرة الأثر المخفف للنظام العام: بفضل فكرة الأثر المخفف للنظام العام، تمكن القضاء في كل من فرنسا وإنجلترا وألمانيا، وغيرهم في الكثير من الأحكام من أن تبرّر لنفسها الاعتراف ببعض النظم المعروفة في الشريعة الإسلامية، مثل تعدد الزوجات، والطلاق بالإرادة المنفردة، على الرغم من عدم جواز نشوء تلك النظم داخل إقليم هذه الدول، حيث أنه ورغم أن النظام العام الفرنسي يمنع الاحتفال بزواج متعدد في فرنسا إلاّ أنّه لا يحول دون الاعتراف ببعض آثاره فيها متى ما تم صحيحا في الخارج، وفقا للقانون المختص بمقتضى قاعدة الإسناد الفرنسية، فقد تم الاعتراف للزوجة الثانية بالحق في طلب النفقة الزوجية وحققها في الإرث، وحققها في التعويض الذي طالبت به على إثر وفاة زوجها³.

والتجربة القضائية غنيّة في هذا المجال، حيث يمكننا إعطاء عديد الأمثلة: من ذلك الحكم الذي صدر عن محكمة النقض الفرنسية، بتاريخ 17/04/1953 في القضية الشهيرة ريفيير "Rivière"، وهو الحكم الذي تردّدت صيغته في كثير من الأحكام الأخرى المتكرّر صدورها عن ذات المحكمة، حيث نص هذا الحكم على " أنّ ردة الفعل في مواجهة نص في القانون الأجنبي مخالف للنظام العام الفرنسي ليس واحدا بحسب ما إذا كان الأمر يتعلق بمنع نشوء حق في فرنسا، أو بتركه يترتب آثارا لحق اكتسب في الخارج بدون غش

¹ جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص 217، 218.

² صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 357.

³ عبده جميل غصوب، المرجع السابق، ص 225.

وكان موافقا للقانون الواجب التطبيق بمقتضى القانون الدولي الخاص الفرنسي¹، وتطبيقا لذلك في مجال اعتراف القضاء الفرنسي بأحكام التطلاق الصادرة في الخارج، فقد صدرت عدة أحكام وقرارات، من بينها ما يلي:

- حيث صدر عن محمة السين بباريس حكم مؤرخ في **1956/10/22** يقضي بتنفيذ حكم أجنبي يتضمن تطليق بناء على تراض الزوجين، وفقا لما يقضي به قانون جنسية الزوج رغم أنّ التطلاق على هذا النحو غير جائز في فرنسا².

- كما رفضت محكمة النقض الفرنسية في قضية أخرى، الطعن الذي قدمته الزوجة ضد قرار اعترف بآثار حكم أجنبي صادر عن محكمة برج بوعريريج بالجزائر في **1994/05/16** الذي قضى بفك الرابطة الزوجية بين الزوجين الجزائريين، واستندت الزوجة في طعنها إلى أنّ قاضي الاستئناف لم يتأكد من تطبيق المادة **05** من البروتوكول رقم **07** الصادر في **1984/11/22** المتعلق بالاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، وأجابت محكمة النقض أنّ محكمة الاستئناف أعلنت أنّ التصور الفرنسي للنظام العام الدولي لا يعارض الاعتراف في فرنسا بطلاق أجنبي بالإرادة المنفردة للزوج، مادام أنّ اختيار المحكمة لم يكن بناء على غش، وأنّ حكم الطلاق بالإرادة المنفردة قد راعى مصالح الزوجة وحقوق دفاعها ومنحها حقوقها المالية من تعويض بسبب الطلاق التعسفي، والنفقة الغذائية ونفقة الإهمال³.

وهو نفس النهج الذي اتبعه القضاء الإنجليزي، حيث اعترف بآثار الزواج المتعدد المعقود خارج إنجلترا، فاعترف بأولاد الزواج الثاني، وسلّم بحق هؤلاء الأولاد في الإرث من والديهم وبحق الزوجات من الإرث من أزواجهن⁴.

هذا وإذا كان الأثر المخفف للنظام العام يحد كثيرا من صرامة الدفع بالنظام العام

¹ عبده جميل غصّوب، المرجع السابق، ص 224.

² جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص ص 214 - 215.

³ مريني فاطمة الزهرة، المرجع السابق، ص 131.

⁴ محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص 271.

ويسمح للقانون الأجنبي بالامتداد إلى بلد القاضي، وذلك بإقرار الحقوق المكتسبة في ظلّه أخذاً بعين الاعتبار استقرار المراكز القانونية والمعاملات الدولية، إلا أنّ النظام العام قد يستعيد دوره وصرامته مجدداً في الحالات الخطرة، ويتصدى بصرامة للحقوق المكتسبة في الخارج، وهو ما يطرح مسألة معيار أو مجال الآثار المخففة للنظام العام¹.

الفرع الثاني

مجالات الآثار المخففة للنظام العام

من المشاكل التي تثيرها فكرة الأثر المخفف للنظام العام، أنّها ليست ذات طابع أو خصيصة عامة يتعين على القاضي اتباعها والتقيّد بها كلّما عرضت عليه قضايا من هذا النوع، كما أنّها لا تتم بصورة آلية، حيث يتمتع القاضي بسلطة واسعة في الاعتراف بآثار حق اكتسب في الخارج، أو عدم الاعتراف به باسم النظام العام السائد في دولته، باعتبار أنّ إعمال فكرة الآثار المخففة للنظام العام لا تعني أبداً إهدار كل أثر لصرامة الدفع بالنظام العام بصفة مطلقة، فالاعتراف بتلك الآثار ما هو إلاّ مجرد تلطيف لمفعول النظام العام وتخفيف من شدّته وصرامته، وعليه يتعيّن على القاضي القيام بعملية موازنة بين الآثار الناتجة عن تلك الحقوق المكتسبة في الخارج ومدى تأثر الرأي العام وتقبله لها، فإنّ هو لاحظ عدم تأثر الرأي العام في دولته بها فإنّه يعترف بها، أمّا في الحالة العكسية عندما يرى أنّ تلك الآثار في حد ذاتها تتطوي على اعتداء صارخ على الأسس الجوهرية والمقومات الأساسية لمجتمعه، فإنّه يستعيد إعمال الدفع بالنظام العام بكل صرامة وبالتالي لا يعترف بتلك الآثار²، ولا يكون جزاء الاصطدام مع النظام العام في هذه الحالات بطلان العلاقة إنّما عدم سريان آثارها في بلد القاضي³.

وما يثبت ذلك هو أنّ هناك عديد الحالات التي رفض فيها القضاء الاعتراف بآثار

¹ زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنة بالقوانين العربية، مرجع سابق، ص 257.

² بلمامي عمر، الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 101-102؛ حسن الهداوي، المرجع السابق، ص 193.

³ عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 541.

حقوق أو مراكز قانونية تمّ اكتسابها في الخارج، فنجد أنّ القضاء الفرنسي قد درج على عدم الاعتراف بالحقوق المكتسبة في الخارج إذا كانت لا تتفق ومقتضيات النظام العام الفرنسي حيث رفض الاعتراف بحق ملكية منقول أكتسب في الخارج وفقا لقانون يجيز نزع الملكية دون تعويض، أو ما يعرف بقضية التأميمات التي تحصل في الخارج ضد شركات أجنبية بدون تحديد التعويضات مسبقا، مثال ذلك ما قضت به محكمة النقض الفرنسية بشأن القضية الشهيرة المعروفة بقضية الأسطول الروسي "La ropit"¹.

كذلك القضاء الفرنسي رفض إعمال فكرة الأثر المخفف للنظام العام في حالات أخرى، حيث جاء في أحد قراراته "بأنّه وإن كان الاتفاق بشأن الحضانة المصاحب لانفصال والدي الطفل قد تمّ صحيحا وفقا لقانون جنسيتها المشتركة وهي الجنسية المكسيكية، إلا أنّ أثره فيما يتعلق بعدم إمكان نقل حضانة الطفل إلى غيرهما يخالف مبدأ من مبادئ النظام العام الدولي في فرنسا، وهو تحقيق مصلحة الطفل التي تقتضي نقل الحضانة إلى غير والدي المحضون"²، كذلك القضاء الفرنسي نحى نفس المنحى في مجموعة معتبرة من القضايا الأخرى، خاصة ما تعلق منها بقضايا الأحوال الشخصية، فنجده يرفض الاعتراف ببعض آثار الزواج المتعدد المبرم في الخارج، حيث رفض إجبار الزوج لزوجته على مساكنته في بيت الزوجية، كما حكم بأنه ليس من حق الزوجة الثانية المطالبة في فرنسا بأية معونة اجتماعية مرتبطة بالزواج، مالم تكن الزوجة الأولى قد رحلت بصفة نهائية إلى الخارج وبدون عودة، كما يرفض القضاء الفرنسي أيضا الاعتراف بآثار الزواج الثاني إذا كانت الزوجة الأولى فرنسية، أو مقيمة في فرنسا³، كما رفض إعمال الأثر المخفف في بعض مسائل الطلاق بالإرادة المنفردة، مستندا في ذلك تارة إلى فكرة التحايل على الأثر المخفف

¹ ملخص هذه القضية يتمثل في أنّ روسيا السوفيتية قامت بتأميم الأساطيل التجارية، التجأ إحداهما إلى ميناء مرسيليا، وعندما طالبت روسيا بتسليمها إليها باعتبار أنّ لها عليه حق مكتسب طبقا لقانون نزع الملكية الروسي (قانون الموقع) السابق فرفض القضاء الفرنسي ذلك بحكم صادر عن محكمة النقض بتاريخ 1923/03/04، جاء في حيثياته أنّ نزع الملكية بدون تعويض مخالف لمقتضيات النظام العام في فرنسا، ومن ثمّ لا يمكن الاعتراف بآثار حق اكتسب في الخارج يتعارض مع هذه المقتضيات. عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص ص 542-543؛ زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، مرجع سابق، ص 257.

² مريني فاطمة الزهرة، المرجع السابق، ص 135.

³ محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص ص 270-271.

ذاته، كأن يسافر الزوج المغربي المقيم في فرنسا إلى المغرب عمدا لأجل إيقاع الطلاق وأخرى في حالة ما إذا كان ثمة صلة بين القاضي الفرنسي والنزاع المطروح أمامه¹.

كما عمد القضاء الجزائري إلى عدم الاعتراف بأثر الحقوق والمراكز القانونية التي اكتسبت في الخارج إذا كانت مخالفة للنظام العام الجزائري، من ذلك ما قضى به المجلس الأعلى في قرار صادر بتاريخ 1984/06/23 (قرار مشار إليه سابقا) الذي نقض قرار صادر عن مجلس قضاء تيزي وزو في 1982/04/19 بصفة جزئية كان قد أيد حكم الدرجة الأولى، الذي منحت بمقتضاه الصيغة التنفيذية لحكم فرنسي منح تعويضات للمدعى عليها، من غير تمييز بين التعويض المستحق عن أصل الحق المطالب به طبقا لاتفاق الطرفين، ومبلغ الفائدة المتفق عليها والتي تقدر بـ 12%، حيث أنّ ذلك متعارض مع نص المادة 454 من التقنين المدني التي تمنع تقاضي فوائد ربوية بين الأشخاص الطبيعية، لذلك عمد المجلس الأعلى إلى نقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يتعلق بالحق المدعى اكتسابه طبقا للحكم الفرنسي، والمتضمن مبلغ الفائدة وحده، وذلك تأسيسا على أنّ الحكم الأجنبي المراد تنفيذه في الجزائر بهذا الشكل مخالف للنظام العام الجزائري في هذه المسألة².

كذلك نقضت المحكمة العليا بتاريخ 1990/10/17 قرار صادر عن مجلس قضاء بجاية بتاريخ 1978/02/04 كان قد أجاز وصية نشأت صحيحة وفقا للقانون الفرنسي³.

وكخلاصة عمّا تقدّم حول فكرة الأثر المخفف أو الملطف للنظام العام، يتضح أنّه

¹ عبده جميل غصّوب، المرجع السابق، ص 227.

² نقلا عن زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنة بالقوانين العربية، مرجع سابق، ص ص 257، 258.

³ تتلخص وقائع القضية في أنّ زوجا مسلما من أصل جزائري توفي في سنة 1956 كان قد أوصى لزوجته المسلمة ومن أصل جزائري هي الأخرى، بكامل تركته بواسطة وصية رسمية سنة 1952، وكان قد أعلن في وصيته اختيار تطبيق القانون الفرنسي عليها، بدل القانون الساري على الأهالي آنذاك وهو الشريعة الإسلامية، وبعد الاستقلال نازع الورثة في صحة هذه الوصية، وطالبوا بإبطالها على أساس أنها تخالف أحكام قانون الأسرة الجزائري المستمد من الشريعة الإسلامية لا سيما المادة 189 منه التي لا تجيز الوصية لوارث، وكان مجلس قضاء بجاية قد أجاز الوصية طبقا للقانون الفرنسي الساري المفعول عند وفاة المورث، تأسيسا على نص المادة 16 ق م ج التي تسند الاختصاص لقانون جنسية الموصي وقت الوفاة، وجاء في حيثيات قرار المحكمة العليا أنّ مجلس القضاء قد أخطأ في تطبيق القانون... وأنّ شرط تطبيق القانون الفرنسي ملغى لأنه مخالف لأحكام الشريعة الإسلامية، ومن ثم فإنّه ورغم صحة نشأة الحق طبقا للقانون الفرنسي المختص، فلم يتم الاعتراف به لمخالفته النظام العام الجزائري بعد الاستقلال في ظل قانون الأسرة المستمد من الشريعة الإسلامية مع الإشارة إلى نص المادة 189 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على " لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي"، وكذا المادة 16 فقرة 01 من القانون المدني الجزائري في ظل الأمر 59-75 الساري المفعول آنذاك على " يسري على الميراث والوصية، سائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت، قانون الهالك أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته". زروتي الطيب، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص 311.

ليس هناك معيار ثابت يحدّد وبمّيّز لنا على وجه الدقة المجالات أو الحالات التي يتعين فيها إعمال هذه الفكرة من الحالات التي يتعين فيها إعمال الدفع بالنظام العام بإطلاقاً ومن دون تخفيف من شدّته وصرامته، حيث يملك القاضي سلطة تقديرية واسعة في هذا الشأن تختلف حسب تقدير السلطة التي أثير أمامها التمسك بالحق المكتسب، وحسب مكانة هذا الحق وخطورة آثاره، كما تختلف باختلاف الزمان والمكان.

وفي الأخير يجدر بنا أن نشير إلى أنّ فكرة الأثر المخفف للنظام العام لم تأخذ بها البلدان الإسلامية التي تتبنى الشريعة الإسلامية كمصدر عام لها في مسائل الأحوال الشخصية، ومن بينها الجزائر، حيث أنّ تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية يبدو واجبا على القاضي دونما تمييز بين حق نشأ في دولته، أو تم اكتسابه في خارجها، فالإسلام ينكر إعمال فكرة الأثر المخفف للنظام العام، فلا يمكن لقاضي جزائري مثلا الاعتراف بآثار زواج نشأ صحيحا في الخارج بين شخصين من نفس الجنس، فقواعد الشريعة الإسلامية تمنعه من التمييز بين إنشاء الحق في دولته أم خارجها¹.

المطلب الرابع

الأثر الانعكاسي للنظام العام

(مدى أثر النظام العام الأجنبي في دولة القاضي)

قد ينشأ حق في دولة أجنبيه وفقا لمقتضيات النظام العام فيها وخلافا لما يقضي به القانون الأجنبي المختص، ويتطلب الأمر عندئذ معرفة ما إذا كان بوسع الحق الناشئ ضمن هذه الشروط إحداث أثر في إقليم دولة القاضي، أو بعبارة أخرى معرفة ما إذا كان يجوز للقاضي الوطني أن يعتبر من النظام العام في دولته ما يعتبر من النظام العام في دولة أجنبية، هذا ما يسمى في القانون الدولي الخاص بالأثر الانعكاسي للنظام العام، ممّا

¹ محمد وليد هاشم المصري، محاولة لرس معالم النظام العام الدولي العربي بمفهوم القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 174.

يطرح التساؤل التالي: ما المقصود بالأثر الانعكاسي للنظام العام؟ وما هو موقف الفقه إزاءه؟، وذلك ما سنحاول تناوله كما يلي:

الفرع الأول

مفهوم الأثر الانعكاسي للنظام العام

هناك عديد المحاولات من الفقه لإعطاء مفهوم محدد للأثر الانعكاسي للنظام العام من بينها ما يلي:

- يقصد بالأثر الانعكاسي للنظام العام في مجال تنازع القوانين تطابق النظام العام الأجنبي مع النظام العام الوطني لدولة القاضي¹.
 - كما تمّ تعريفه على أنه: يقصد بالأثر الانعكاسي للنظام العام امتداد أثر النظام العام من دولة أجنبية إلى دولة القاضي، طالما أنّ مفهوم النظام العام واحد في كلتا الدولتين².
- ولتوضيح الأمر أكثر نستعرض الأمثلة التالية:

هناك مثال تقليدي شهير يتعلق بقضية تتلخص وقائعها في أن بولونيان تزوجا في بلجيكا، وكانا من ديانتين مختلفتين، وهو أمر غير مهم في القانون البلجيكي، مع أنّ قانون جنسيتها " البولوني " كان يشترط الاتحاد في الدين، فتم الطعن في صحة زواجهما أمام القضاء البلجيكي لمخالفته قانون جنسيتها المشتركة المختص بموجب قاعدة الإسناد في القانون البلجيكي، إلاّ أنّ القضاء البلجيكي حكم بصحة هذا الزواج مطبقا قانونه بعدما استبعد القانون البولوني المختص لمخالفته مقتضيات النظام العام في دولته في هذه النقطة ثم عرض هذا النزاع على محكمة "السين" بباريس في 15/02/1922 فقضت هي الأخرى بصحة هذا الزواج على اعتبار أنّ النظام العام في بلجيكا يتطابق مع النظام العام في فرنسا في هذه المسألة³.

¹ Paul Lagarde, recherches sur l'ordre public en droit international privé, op.cit, p 223.

² أمين رجا رشيد دواس، المرجع السابق، ص 246.

³ Paul Lagarde, Ibid, p 224.

- أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص 183 ، علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 157 .

والأمر كذلك بالنسبة لزواج عقد في فرنسا بين شخصين من رعايا جنوب إفريقيا ينتميان إلى عرقين مختلفين خلافا لقانونهما الوطني الذي يمنع مثل هذا الزواج بين عرقين مختلفين، فإذا ما توطن هذان الزوجان في الجزائر وطعن في صحة هذا الزواج أمام القضاء الجزائري، فما هو الموقف المتخذ حينئذ؟

على ضوء المادة 11 من القانون المدني الجزائري فإنّ الشروط الموضوعية للزواج تخضع إلى القانون الوطني لكل من الزوجين¹، ووفقا لذلك فإنّ هذا الزواج يخالف القانون المختص (قانون جنوب إفريقيا)، فهل يجب على القضاء الجزائري أن يرفض الاعتراف بمثل هذا الزواج المعقود وفقا للنظام العام الفرنسي والمخالف لقاعدته التنازعية؟ أم أنّه سيقبل به باعتبار أنّ النظام العام في الجزائر ينفر من التمييز العنصري²؟

الفرع الثاني

موقف الفقه من الأثر الانعكاسي للنظام العام

انقسم الفقه والقضاء بشأن مسألة الأثر الانعكاسي للنظام العام إلى عدة اتجاهات:

- فيذهب جانب من الفقه إلى القول بأنّ فكرة النظام العام إنّما هي فكرة وطنية صرفة ومن ثمّ فإنّ قانون الدولة الأجنبية الذي يطبق إعمالا للدفع بالنظام العام فيها لا يتعدى أثره إلى إقليم دولة أخرى حتى ولو تطابق مفهوم النظام العام في كلتا الدولتين، وعليه فإنّه لا يمكن بأي حال من الأحوال التمسك في بلد القاضي بآثار الحق الذي اكتسب في دولة أجنبية وفقا لمقتضيات النظام العام فيها وخلافا لما يقضي به القانون المختص بمقتضى قاعدة الإسناد في دولة القاضي، وعليه ووفقا لهذا الاتجاه فإنّه لا يمكن للبولونيين في المثال السابق التمسك بآثار زواجهما في فرنسا، وذلك رغم اتحاد مفهوم النظام العام في كل من فرنسا وبلجيكا حول هذه المسألة، ومن الفقهاء الذين اعتنقوا هذا الاتجاه الأستاذ "بارتان" الذي يرى أنّه عندما ينشأ الحق صحيحا بمقتضى النظام العام في دولة أجنبية، فإنّه لا مجال

¹ تنص المادة 11 من القانون المدني المعدل والمتمم بموجب القانون 10-05 على: " يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج القانون الوطني لكل من الزوجين " .

² موحد إسعاد، المرجع السابق، ص 255.

للاعتراف به في دولة القاضي، لأنّ للنظام العام طابع إقليمي وبالتالي لا يمكن أن تتعدى آثار الحق إقليم الدولة التي اكتسب فيها¹.

- ويذهب جانب آخر من الفقه ومنهم الفقيه " بيبه " الذي يعد أول من وضع اصطلاح الأثر الانعكاسي للنظام العام²، وكذا الأستاذ " نيبواييه " الذي اعترض على الاتجاه الأول المنكر للأثر الانعكاسي للنظام العام بصفة مطلقة، حيث يرى أنّ الحق قد يكون ممكن اكتسابه في دولة القاضي إذا كانت فكرة النظام العام فيها مطابقة لفكرته في الدولة التي اكتسب فيها هذا الحق، فلا معنى حينئذ لعدم الاعتراف بآثار الحق الذي نشأ في دولة أجنبية وفقا لمقتضيات النظام العام فيها، فمناطق الاعتراف بالحق إذن في دولة القاضي، هو اتحاد فكرة النظام العام في هذه الدولة وفي الدولة التي اكتسب فيها هذا الحق، ومن ثمّ إذا اتحدت فكرة النظام العام في الدولتين بشأن الحق المدعى به نفذ الحق في دولة القاضي بمقتضى ما سمّاه الأستاذ بيبه بالأثر الانعكاسي للنظام العام³.

وظهر هذا الانقسام الفقهي بصدد قضية عرضت على القضاء الفرنسي، يتمثل ملخص وقائعها في أنّ فرنسية مطلقة تزوجت في فرنسا من إسباني، في حين أنّ القانون الإسباني المختص طبقا لقاعدة التنازع الفرنسية، يمنع زواج الإِسبانيين بالمرأة المطلقة، فتم عرض النزاع على محكمة السين بباريس، فحكمت بتاريخ 1919/05/05 بصحة هذا الزواج طبقا للقانون الفرنسي، بعدما استبعدت القانون الإسباني المختص لتعارضه مع النظام العام الفرنسي في هذه المسألة، في وقت أنّه عرض مثل هذا النزاع على محكمة مونبلييه فقضت بتاريخ 1920/03/18 ببطان هذا الزواج مستتدة في ذلك على أنّ الفرنسية أصبحت إسبانية بالزواج، ومن ثمّ تخضع لموانع الزواج في القانون الإسباني الذي يقضي

¹ أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص ص 183، 184؛ محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص 521.

² Paul Lagarde, recherches sur l'ordre public en droit international privé, op.cit, p 223.

³ محمد كمال فهمي، المرجع والموضع نفسه.

بعدم صحة زواجها كونها مطلقة، إلا أنّ هذا الحكم تعرض إلى انتقادات لازعة من قبل الفقه على اعتبار أنّ القانون الفرنسي هو الواجب التطبيق على الفرنسية قبل الزواج، وهو يقضي بصحة زواجها¹.

ويذهب الفقه الحديث إلى التمييز بين حالتين:

- **الحالة الأولى:** وهي الحالة التي تتطابق أو تتشابه فيها مقتضيات النظام العام للدولة الأجنبية مع مقتضياته في دولة القاضي، فهنا يمكن الاحتجاج في دولة القاضي بآثار الحق المكتسب في الدولة الأجنبية وفقا لمقتضيات نظامها العام وخلافا لما يقضي به القانون المختص، وعليه فإنّه في المثالين السابقين، يمكن للزوجين البولونيين التمسك في فرنسا بآثار زواجهما الذي تمّ وفقا لمقتضيات النظام العام البلجيكي، والتي تتطابق مع مقتضيات النظام العام في فرنسا، كذلك سيتم الاعتراف بزواج الرعيتين اللتان تحملان جنسية جنوب أفريقيا في الجزائر، الذي تمّ هو الآخر وفقا لمقتضيات النظام العام في فرنسا والتي هي نفسها في الجزائر، وبعبارة أخرى فإنّ الأثر الانعكاسي للنظام العام سيكون مقبولا إذا كان الحل المتوصل إليه بمقتضى النظام العام الأجنبي، يتفق مع الحل الذي كان سيتم الوصول إليه بمقتضى النظام العام الوطني، وهو الرأي هو الذي تبناه الأستاذ علي علي سليمان².

- **أما الحالة الثانية:** فهي الحالة التي لا تتطابق فيها مقتضيات النظام العام الأجنبي مع مقتضياته النظام العام في دولة القاضي، فهنا لا يصح الاحتجاج بآثار الحق المكتسب في هذه الدولة الأجنبية أمام القاضي الوطني، ودليل ذلك أنّه لمّا عرضت قضية زواج البولونيين على القضاء البولوني قضى ببطلان زواجهما، مستندا في حكمه على التعارض الجوهرى لفكرة النظام العام في بلجيكا عنها في بولونيا³.

¹ علي علي سليمان، المرجع السابق، ص ص 157-158.

² موحد إسعاد، المرجع السابق، ص 255؛ علي علي سليمان، المرجع نفسه، ص 158.

³ أعراب بلقاسم، القانون، المرجع السابق، ص 184؛ علي علي سليمان، المرجع نفسه، ص 158؛ موحد إسعاد، المرجع السابق، ص 255؛ عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 544.

ويبرّر الفقه الحديث رأيه هذا في كون أنّ تطابق مقتضيات النظام العام في كل من دولة القاضي والدولة الأجنبية ينتج عنه وصول القاضي الوطني إلى نفس النتيجة لو كان النزاع قد طرح عليه ابتداء، ومن ثمّ فإنّه من غير المنطقي رفض الحل الذي قال به القاضي الأجنبي، لمجرد أنّ هذا الحل قد تمّ التوصل إليه وفقا لمقتضيات النظام العام في دولته، إذا كانت هذه المقتضيات هي نفسها في دولة القاضي¹.

ولم يتوقف هذا الانقسام في الفقه والقضاء عند هذا الحد، فهناك من تبنّى رأي آخر ومنهم الأستاذ "محمد كمال فهمي" الذي يرى أنّه على القاضي الوطني أن يفصل في شروط صحة اكتساب الحق وفقا للقانون المختص بموجب قاعدة الإسناد في قانونه، فإذا كانت أحكام هذا القانون تتصادم ومقتضيات النظام العام في دولته، وجب استبعاده وإحلال قانونه محله، وإذا كانت فكرة النظام العام في دولة القاضي مطابقة لفكرته في الدولة التي نشأ فيها هذا الحق، كان الحق مستوفيا لشروط صحته وتم الاعتراف له بآثاره تبعا لذلك، لكن في مقابل ذلك فإنّه من الجوهرى أن يراعى مبدأ إقليمية النظام العام، وأنّ نفاذ الحق في هكذا فرض إنّما يكون بناء على مقتضيات النظام العام في دولة القاضي، ومن ثمّ لا يثير هذا النفاذ أثرا انعكاسيا للنظام العام في الدولة التي اكتسب فيها الحق².

جدير بالذكر في نهاية هذا العرض بالنسبة لآثار الدفع بالنظام العام فيما يخص الحقوق المكتسبة في الخارج، أن نشير إلى أنّ المشرع الجزائري حتى بعد تعديله لنص المادة 24 من القانون المدني بموجب القانون 05-10 لم يوضح موقفه إزاء فكرتي الأثر المخفف والانعكاسي للنظام العام.

¹ أعراب بلقاسم، المرجع نفسه، ص 185.

² محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص ص 521، 522.

الفصل الثاني

الدفع بالغش نحو القانون (التحايل على القانون)

يحرص المشرع في كل الدول وهو يضع قواعد الإسناد لحل مشكلة التنازع بين مختلف النظم القانونية على مراعاة اعتبارين، يتمثل الأول في حماية المصلحة العامة الوطنية، وأما الثاني فيتمثل في حاجة المعاملات الدولية واعتبارات العدالة، غير أنّ المصالح الخاصة لأطراف العلاقة قد تدفعهم إلى العمل على محاولة تجنب أحكام القانون المختص بموجب قاعدة الإسناد، وذلك بالتغيير في عنصر أو أكثر من عناصر العلاقة القانونية ليتغير ضابط الإسناد¹ على نحو يتغير معه القانون الواجب التطبيق، أو بتغيير الطائفة القانونية² برمتها، كما قد يكون اتجاه الاختصاص القضائي، وذلك ما يطلق عليه الفقه بـ: "الغش نحو القانون"، أو "التحايل على القانون" " La fraude à la loi"، وهو المانع الثاني من موانع تطبيق القانون الأجنبي المختص بموجب قاعدة الإسناد في دولة القاضي، ولأجل دراسة هذا المانع لا بد من التعرض لماهية الغش نحو القانون (المبحث الأول)، ثم نطاقه ومجال إعماله (المبحث الثاني) وأخيرا إلى إعماله (المبحث الثالث).

¹ ضابط الإسناد هو عبارة عن أداة ربطها المشرع بين الفئة المسندة والقانون المسند إليه. أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 68.
² الطائفة القانونية أو كما تسمى " الفئة المسندة" هي عبارة عن مجموعة من المسائل القانونية المتشابهة أو المتقاربة التي وضع لها المشرع ضابطا خاصا بها ليسندها به إلى قانون معين. أعراب بلقاسم، المرجع والموضع نفسه.

المبحث الأول

ماهية الغش نحو القانون

من المؤكد أنّ فكرة الغش نحو القانون لها جذورها التاريخية ولم تظهر فجأة، ومن المؤكد أيضا أنّ هذه الفكرة لقيت نقاشا حادًا بين الفقهاء خاصة في مجال أساسها القانوني، وكذا إثبات قصد التحايل، لذا سوف نتطرق في هذا المبحث إلى التطور التاريخي لفكرة التحايل على القانون (**المطلب الأول**)، ثم نحاول إعطاء تعريف لها (**المطلب الثاني**) وبعدها نعرّج على الأشكال والمناورات المؤدية للتحايل (**المطلب الثالث**)، وأخيرا نتطرق إلى الطبيعة القانونية أو الأساس القانوني لهذه الفكرة (**المطلب الرابع**).

المطلب الأول

التطور التاريخي لفكرة الغش نحو القانون

لفكرة الغش نحو القانون في إطار القانون الدولي الخاص أصلها وجذورها التاريخية وليست وليدة الساعة (**الفرع الأول**)، بيد أنّ هذه الفكرة لم تتبلور في قالب نظرية مستقلة ومنظمة إلاّ في منتصف القرن التاسع عشر (**الفرع الثاني**)، بمناسبة قضية شهيرة تعرف بقضية الأميرة بوفرمون "Princesse de Bauffremont".

الفرع الأول

أصل فكرة الغش نحو القانون

تمتد جذور الغش نحو القانون إلى عهد بعيد، فقد عرف في القانون الروماني، ولكن لم يؤسّس له هذا الأخير نظرية عامة مستقلة بذاتها، كما لم يكن يميّز بينه وبين بعض المفاهيم المشابهة له على غرار اختراق القانون والصورية، بل وخط بين تلك المفاهيم في

كثير من الأحيان، إلا أنه في مقابل ذلك عرف العديد من الحالات المتفرقة للغش، وعالج كل حالة على حدى، من ذلك ما ذكره الفقيه "Tito live" من أنه كانت هناك مجموعة من الوسائل تستعمل لأجل تجنب تلك القوانين التي كانت آنذاك تحرم الربا في القرض بين الرومانيين، فتم استعمال أشخاص لاتينيين لا يخضعون للقانون الروماني وبالتالي لا يخضعون للحضر الموجود به للتحايل على القانون، فيقوم هؤلاء بإجراء قروض بفوائد ربوية باسمهم لكن لصالح الرومانيين، غير أنه سرعان ما تم محاربة هذا التحايل عن طريق سن قانون "Lex sempronia" الذي حرم القرض بربا بين الرومانيين واللاتينيين على حد سواء¹.

كذلك ومن أجل حماية مدينة روما من الهجرة الجماعية لللاتينيين، تم اتخاذ مجموعة إجراءات قاسية، من بينها أنه تم الاشتراط على اللاتينيين ترك أبنائهم في مدنهم وبلدانهم الأصلية من أجل التصريح لهم بالدخول إلى روما، إلا أنه ورغم ذلك فقد استطاع هؤلاء التحايل على القانون بواسطة تغيير مواطنهم وترك أبنائهم للرومانيين لاستعبادهم، وبهذا يتحصلون على الجنسية الرومانية طبقا لقانون "Statut cinitatis de manumissor"، أما الذين لا يملكون أبناء فكانوا يتحايلون بواسطة التبنى أو كان الرومان يتبنونهم، وبغية محاربة ذلك اشترط القضاء من أجل تحرير العبيد آنذاك أن يقوم السيد بأداء اليمين على أن هذا التحرير لا ينطوي على غش في تغيير المدينة².

من خلال هذه الأمثلة وأخرى يتضح أن القانون الروماني لم يؤسس نظرية عامة للغش نحو القانون، بل تعرض لكل حالة على حدى.

- كما عرف الغش نحو القانون أيضا في القرون الوسطى، حيث يرجع الفضل إلى الفقيه "بارتول" وأتباعه في تطوير نظرية الغش عندما ميّزوا بين الغش والصورية، واعتبروا أن العمل الصوري عمل غير حقيقي، فمثلا البيع الصوري لا يعتبر بيعا، وهو باطل بطلانا

¹ نادية فضيل، الغش نحو القانون، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، بوزريعة، الجزائر، 2005، ص ص 56-58.
² نادية فضيل، الغش نحو القانون، بحث مقدم للحصول على درجة الماجستير في العقود والمسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، جوان 1984، ص 81.

مطلقا، في حين أنّ التصرف المعيب بغش هو تصرف حقيقي يمكن أن يتعرض للإبطال وفي القرن الرابع عشر أبرز الفقيه "Cujas" عناصر الغش، فقال أنّه يحتوي على عنصرين يتمثل العنصر الأول في نية الغش، وأمّا الثاني فيتمثل في النتيجة غير المشروعة¹.

ولم تغب فكرة الغش نحو القانون عن القانون الكنسي هو الآخر، فقد تم ممارسة التحايل على القانون عن طريق تغيير الموطن، فكان الكثير من الأفراد يلجئون لتغيير مواطنهم تجنباً لإخضاع عقود زواجهم للشعائر الدينية، إلا أنّ الكنيسة المسيحية كانت تبطل تلك العقود كلما كشفت الغرض الذي قصده الأطراف، وبنيت حكمها في ذلك على أساس الغش².

- هذا وعرفت فكرة الغش أيضا في القانون الفرنسي القديم، عندما كانت فرنسا مقسمة إلى مقاطعات تطبق كل منها عرفا خاصا بها، وكان آنذاك العرف المطبق في مقاطعة نورماندي يقضي بأنّ النظام المالي المطبق على الزوجين هو نظام "الدوطة"، بينما السائد في مقاطعة باريس هو نظام "الاشتراك المالي"، ولذلك كان الزوجان المستقبليان ينتقلان إلى باريس ويتزوجان هناك من أجل إخضاع نظامهما المالي لما هو مطبق هناك "الاشتراك المالي"، ثم يعودان إلى موطنهما الأصلي نورماندي، كل ذلك أدى إلى اعتبار أنّ الذهاب إلى مقاطعة باريس كان الغرض منه الغش نحو قانون الموطن³.

- ولم تغفل المدرسة الهولندية فكرة الغش نحو القانون، فقد أورد فقهاء هذه المدرسة منذ القرن السابع عشر تحفظا على قواعد الإسناد خاصة بالتحايل على القانون، ومن تطبيقاته استثناء الفقيه "هوبر" تطبيق القانون المحلي على أهلية الموصي لإبرام الوصية وذلك إذا كان الموصي قد حلّ بمكان الإبرام قصد تجنب حكم قانونه الشخصي⁴.

¹ نادية فضيل، الغش نحو القانون، مرجع سابق، ص ص 63-64.

² نادية فضيل، الغش نحو القانون، بحث مقدم للحصول على درجة الماجستير في العقود والمسؤولية، مرجع سابق، ص ص 44-45.

³ علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 159.

⁴ عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص ص 548-549.

الفرع الثاني

تبلور نظرية الغش نحو القانون

كل ما تم ذكره سابقا يؤكد أنّ فكرة الغش نحو القانون في إطار القانون الدولي الخاص لها جذورها التاريخية وليست وليدة الساعة، بيد أنّ هذه الفكرة لم تتبلور في قالب نظرية مستقلة ومنظمة إلاّ في منتصف القرن التاسع عشر، أين تناولها الفقه بالبحث والتمحيص بمناسبة قضية شهيرة في فقه القانون الدولي الخاص عرضت على القضاء الفرنسي، وهي قضية الأميرة بوفرمون "Princesse de Bauffremont"¹ والتي تتلخص وقائعها فيما يلي:

أنّ الكونتيسة كرمان شيماي "Caramen chimay" البلجيكية الأصل اكتسبت الجنسية الفرنسية على إثر زواجها من ضابط فرنسي يدعى الأمير "دي بوفرمون"، وفي 1874 حدث بينهما انفصال جسماني على إثر خلافات نشبت بينهما، فأرادت الزوجة الحصول على الطلاق، لكن القانون الفرنسي المختص والذي هو قانون جنسية الزوجين كان يحظر الطلاق آنذاك (قبل سنة 1884)، فلجأت للسفر إلى إحدى المقاطعات الألمانية وهي دوقية ساكس التمبرج "Duché de saxe altermbourg" وتجنست بجنسيتها ممّا أتاح لها الحصول على التطلاق بتاريخ 1875/10/24 وفقا لقانونها الشخصي الجديد الذي يبيح ذلك، بعد ذلك سافرت إلى "برلين" وتزوجت بأمر من جنسية رومانية يدعى بيبيسكو "Bibesco" ورحلا معا للإقامة بباريس، رفع زوجها الأول دعوى قضائية أمام محكمة السين في فرنسا مطالبا إياها اعتبار التطلاق كأن لم يكن ومن ثمّ إبطال الزواج الثاني، فأجابته المحكمة إلى طلبه وأيدتها في ذلك محكمة استئناف باريس، ورفضت محكمة النقض الطعن المقدم إليها وقالت في حكمها الصادر سنة 1878 أنّ تجنس هذه السيدة بالجنسية الألمانية قد تمّ غشا نحو

¹ Mohand ISSAD, op.cit, p 207.

القانون الفرنسي، ولذا لا يحتج به ولا بما ترتب عليه من آثار في فرنسا¹، ومن ثمّ فقد انتهت في حكمها إلى استبعاد القانون الأجنبي الذي هو قانون الجنسية الجديدة للزوجة، واعتبار الزواج الأول مازال قائماً حسب القانون الفرنسي الذي هو القانون الواجب التطبيق، والذي تمّ التحايل عليه².

ومنذ ذلك التاريخ استقر القضاء الفرنسي على الأخذ بالغش نحو القانون كسبب لاستبعاد القانون الأجنبي، وقد أفسح لهذه النظرية مجالاً للتطبيق لم تحظ به في كثير من الدول، حيث تعاقبت مجموعة معتبرة من الأحكام القضائية تستند في مجملها إلى فكرة الغش نحو القانون، وذلك من أجل التصدي لتحايل الأفراد على قواعد الإسناد الفرنسية للهروب من أحكام القانون المختص أصلاً بحكم النزاع³.

هذا وقد لاقت هذه النظرية نقاشاً قانونياً حاداً بين الفقهاء، فانتصر لها بعضاً من الفقه وهاجمها البعض الآخر، وذلك تقريبا لنفس الأسباب والحجج التي يتمسك بها الأنصار ويرد عليهم المناوئون لها، وهذا على الوجه التالي:

فيسوق المهاجمون والمعارضون لهذه النظرية مجموعة من الحجج لتبرير رأيهم، لعل أبرزها:

- إنّ الغش نحو القانون لا يكون إلاّ باستعمال الفرد لرخصة خوّله إياها القانون، ومن ثمّ فليس هناك محل بعد ذلك لمحاسبته على استعمال هذه الرخصة، والقول بغير ذلك يعتبر مصادرة لحقوق الأفراد، ولا يوجد قانون يمنع تغيير الجنسية أو الموطن، بل يعتبر ذلك من حقوق الأفراد المكرّسة في مختلف القوانين، وليس جريمة معاقب عليها ولو كان ذلك بقصد نقل الاختصاص في النزاع من قانون لآخر، فمن يستعمل حقه لا يعد مخالفاً للقانون، والفرد المستفيد من مزايا قانون معين ليس للقاضي أن يسأله عن الوسيلة التي سلكها لتحقيق تلك

¹ نقلا عن: عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 489؛ علي سليمان، المرجع السابق، ص 160؛ نادية فضيل، الغش نحو القانون مرجع سابق، ص ص 68-69؛ زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، مرجع سابق، تهميش رقم 1 ص 262.

² محمد التغدويني، الوسيط في القانون الدولي الخاص، الطبعة الثالثة، مطبعة أنفو- برانت، فاس، المغرب، 2009، ص ص 400-401.

³ أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص ص 188-189.

الاستفادة، وذلك باعتباره صاحب حق في ذلك¹.

- يتحقق الغش نحو القانون عندما يتم التلاعب بضوابط الإسناد بغية نقل الاختصاص من قانون لآخر، وهو ما يستلزم لتحقيقه اتجاه نية الفاعل لذلك، وعليه لا يتحقق الغش نحو القانون إذا كان تغيير ضابط الإسناد تصرفا مقصودا بذاته، ولم يكن انتقال الاختصاص لقانون آخر إلا نتيجة حتمية لذلك، والقول بوجود غش أو تحايل على القانون يتطلب البحث في نية الفاعل للتأكد من وجوده، إلا أنّ هذا البحث عادة ما يواجه عقبات صعبة من أجل تحقيقه، وذلك كون أنّ النية مسألة داخلية وجدانية تعتمد على السرائر والخفايا، وعمل كهذا يتطلب جهد ووقت ودقة وهذا إن لم يكن مستحيلا فإنّه ليس باليسير²، فضلا عن ذلك فإنّ البحث عن قصد الغش ينطوي على خطر كبير، فهو من جهة سيفتح المجال واسعا أمام تحكم القاضي، ومن جهة أخرى إمكانية حدوث أخطاء لا يمكن تلافيتها، من أجل كل ذلك يعارض هذا الجانب من الفقه هذه النظرية ويرى بعدم الأخذ بها³.

- كذلك من بين الحجج التي ساقها المعارضون هي أنّه حتى وإن تمّ التوصل إلى نية الغش فإنّ تطبيق هذه النظرية بإعادة الاختصاص إلى القانون المختص أصلا والذي قصد أحد الطرفين التهرّب منه، من شأنه إلحاق الضرر بالطرف الآخر حسن النية، ففي قضية "دي بوفرمون" - السالف ذكرها- تمّ استبعاد قانون المقاطعة الألمانية " Duché de saxe altermbourg" وتطبيق القانون الفرنسي الذي أبطل الطلاق ومن ثمّ إلغاء الزواج الثاني، وهو ما أدّى بالإضرار بالزوج الروماني بيبيسكو⁴.

¹ محمد التغدويني، المرجع السابق، ص 401؛ غالب علي الداودي، المرجع السابق، ص 254.

² Henri BATIFFOL, Paul LAGARDE, Droit international privé, op.cit, p 429.

³ حسن الهداوي، المرجع السابق، ص 199؛ جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص ص 223-224.

⁴ أمين رجا رشيد دواس، المرجع السابق، ص 250.

وعلى الرغم من هذه الحجج فإنّ مؤيدي الأخذ بهذه النظرية ردّوا على كل ذلك

بالآتي:

- إنّ تغيير ضابط الإسناد، وإن كان تصرفا مشروعاً بحد ذاته، فإنّ الهدف من وراءه هو الوصول إلى تطبيق قانون آخر غير القانون المختص بموجب قاعدة الإسناد، ونظرية الغش نحو القانون لا يتم إعمالها لمجرد تغيير ضابط الإسناد، وإنّما لتوافر نية الغش في هذا التغيير¹.

- صحيح أنّ التحقق من النية والقصد في الغش صعب جدا لكن ذلك ليس بالمستحيل، فقط على القاضي أن يكون شديد الحذر في التقدير لأجل الكشف عن هذا القصد، ثم إنّ القاضي موكول له كل ما يتعلق بالإثبات والبيّنات وهذه من جملتها، ومن ثمّ لا يجب الأخذ بصعوبة معرفة نية الغش كذريعة لعدم الأخذ بفكرة التحايل على القانون، خاصة إذا علمنا أنّ الأخذ بالنية والبحث عنها قد سمح به في أمور كثيرة، من ذلك أنّ القانون سمح للقاضي بالبحث عن النية التي دفعت لارتكاب الجريمة (القصد الجنائي) في الأمور الجزائية، وكذا الأخذ بها في المسائل المدنية فنظرية السبب تقوم أساسا على نية المتعاقدين، وأمّا عن احتمال تحكم القاضي في تقدير توافر نية الغش واحتمال حدوث أخطاء فيمكن الحد منه وتجاوزه عن طريق رقابة المحكمة العليا².

- حقيقة فإنّ تطبيق نظرية الغش نحو القانون قد يؤدي إلى إلحاق الضرر بالطرف الآخر حسن النية، غير أنّ عدم إعمال فكرة الغش من شأنه الإضرار بالطرف المحمية مصلحته بموجب القانون الواجب التطبيق أصلا، كما أنّ هذا الأمر لا يخص الغش فقط وإنّما يشمل أيضا أمورا أخرى مثل عيوب الرضا والمشروعية، فضلا عن ذلك يجب على الطرف الذي

¹ أمين رجا رشيد دواس، المرجع السابق، ص 250.

² حسن الهداوي، المرجع السابق، ص 200.

يقدم على الارتباط بالتزامات على المستوى الدولي أن يكون على قدر من الحيطة والتفتح، ثم إن القانون لا يحمي المغفلين¹.

- إنَّ عدم الأخذ ببنية الغش نحو القانون يعتبر حسب قول " والترفيليمور " في مؤتمر جمعية القانون الدولي المنعقد في مدينو "غلاسكو" سنة 1901، يعتبر امتياز للأغنياء الذين يتوفرون على الإمكانيات اللازمة للانتقال من بلد إلى آخر للقيام بتصرفات قانونية تخضع لقوانين أقل شدة من تلك التي يخضع لها من لم يتمكن من الانتقال لتغيير ظروف الإسناد².

وبناء على كل ما تقدّم فقد رجحت كفة أنصار نظرية الغش نحو القانون، فأقرتها المؤتمرات الدولية³، وأخذ بها القضاء في دول كثيرة⁴، بل وأصبحت هذه النظرية من مبادئ القانون الدولي الخاص، وذلك إعمالاً للمبدأ العام القاضي بأنّ "الغش يفسد كل شيء"⁵، كما نصّت عليها تقنينات الكثير من الدول⁶، على غرار المشرع الجزائري بعد تعديله للمادة 24 من القانون المدني بموجب القانون 05-10 التي أصبحت تنص " لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي... أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون " وذلك محاولة منه مسيطرة الاتجاه الفقهي الحديث وما استقر عليه القضاء في هذا الشأن، هذا ونجد أنّ فكرة الغش تكاد لا تثير اهتمام رجال الفقه في البلاد الأنجلو أمريكية، ويندر أن يطبقها القضاء هناك⁷. وبناء على ما سبق بيانه عرّف الفقه الغش نحو القانون بعدّة تعاريف تقترب من

¹ ممدوح عبد الكريم، المرجع السابق، ص 209.

² حسن الهداوي، المرجع السابق، ص 201.

³ من ذلك: اتفاقية لاهاي المنعقدة في 1930، ومعاهدة جنيف المتعددة بتاريخ 1930/06/07، وكذا مؤتمر جمعية القانون الدولي المنعقد في مدينة غلاسكو سنة 1901.

⁴ من ذلك: ما قضت به محكمة سورية في قضية نفقة سنة 1925 حكمت فيها بأنّه لا يحق للشخص المسيحي رفض دفع النفقة لمطلقاته المسيحية بعد أن أسلم، واعتبرت أنّ اعتناقه الإسلام إنّما هو تحايل على القانون بقصد التخلص من دفع النفقة لمطلقاته، على اعتبار أنّ الشرع الإسلامي لا يقرّ النفقة للمطلقة. Henri BATIFFOL, Paul LAGARDE, Droit international privé, op.cit, p 429

وسار القضاء العراقي على نفس النهج عندما قررت محكمة التمييز العراقية في قرار لها صدر برقم (1951/7) هيئة عامة بتاريخ (1951/12/31) رد دعوى التمييز المتضمنة طلب الحكم للتمييز بطلب إبطال نفقة مطلقاته المسيحية بعد اعتناقه الدين الإسلامي، على أساس أنّ اعتناقه للإسلام لا يخلو من احتمال قصد التهرب من النفقة، منقول عن: غالب علي الداودي، المرجع السابق، ص 256-257.

⁵ Daniel Gutmann, Droit international privé, 5^{ème} édition, Dalloz, Paris, 2007, p 112.

⁶ من ذلك: المادة 4/12 من القانون الدولي الخاص الإسباني لسنة 1974، والمادة 08 من القانون الدولي الخاص المجري لسنة 1979، والمادة 05 من القانون الدولي الخاص اليوغسلافي لسنة 1982، والمادة 12 من القانون المدني البرتغالي لسنة 1966، والمادة 2/45 من القانون المدني السويسري لسنة 1987، والمادة 851 من قانون الأسرة السنغالي لسنة 1972. نقلا عن: عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 492.

⁷ عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 551.

بعضها البعض في المعنى العام له المقصود في تنازع القوانين، وهو ما سنتناوله في
المطلب الثاني.

المطلب الثاني

تعريف الغش نحو القانون

بداية تجدر الإشارة إلى أنّ الغش نحو القانون لا يقتصر على محيط القانون الدولي الخاص، بل له امتداد على مستوى القانون الداخلي، ويحصل عندما يعمد أطراف العلاقة إلى تبديل الوصف القانوني لها، فينقلوا أحكامها من نطاق قانون إلى نطاق قانون آخر من السيادة التشريعية للدولة الواحدة، كما لو كان قانون الدولة يمنع بيع مال معين فيعتمد الأطراف إلى تبديل العلاقة من وصف البيع إلى الإيجار الطويل، وأمّا الغش نحو القانون في إطار القانون الدولي الخاص فيبقى وصف العلاقة ذاته، ويحدث عندما يعمد الأطراف إلى تغيير بعض عناصر العلاقة القانونية القابلة للتغيير على نحو ينقل الاختصاص في العلاقة من محيط قانون دولة إلى محيط قانون دولة أخرى، للخروج من أحكام القانون الأول والاستفادة من التسهيل في أحكام القانون الثاني، والمثال التقليدي الذي دائماً ما يشار له هو تغيير ضابط الجنسية¹، فإذا ما أراد شخص الطلاق وكان قانون جنسيته يحضر ذلك فيلجأ الزوج لتغيير جنسيته عن طريق اكتساب جنسية دولة تسمح له بذلك، فيكون بذلك قد قام بتغيير ضابط الجنسية بإرادته بقصد نقل الاختصاص في الطلاق من قانون يحضره إلى قانون يبيحه، أي أنّه تخلص من قانون يتشدد بشأن الطلاق ودخل في نطاق قانون يخفف من إجراءاته، فهو بذلك لم يغيّر الجنسية لذات التغيير أي لتغيير بيئته الاجتماعية، وإنّما لتبديل الاختصاص في العلاقة².

¹ Henri BATIFFOL, Paul LAGARDE, Droit international privé, op.cit, p 428.

² حسن الهداوي، المرجع السابق، ص ص 195-196.

- Bernard AUDIT, droit international privé, 4^{ème} édition, Economica, Paris, 2006, p 195.

ويلجأ الأفراد إلى التحايل في محيط العلاقات الخاصة الدولية بغية إنشاء علاقة أو مركز قانوني لم يكن يسمح بإنشائه القانون الواجب التطبيق أصلاً، أو كان ذلك القانون يتطلب من أجل ذلك شروطاً أكثر شدة من تلك التي يتطلبها القانون الذي يشير إليه ضابط الإسناد الجديد الذي تمّ التوصل إليه عن طريق الغش أو التحايل على القانون¹.

هذا ونلاحظ أنّه رغم تصدّي القضاء في أغلب الدول للغش نحو القانون في شتى أشكاله إلاّ أنّه لم يقدّم لنا أي تعريف له، وهو نفس المسلك الذي سلكته مختلف التشريعات التي نصّت عليه بما فيها التشريع الجزائري من خلال نص المادة 24 من القانون المدني، فجاءت خاوية من أي محاولة لتعريفه، فاسحين المجال في شأن ذلك للفقهاء الذي قدّم لنا مجموعة متنوعة من التعاريف، نوجز بعضها فيما يلي:

يعرّف الأستاذ "Georges RIPERT" الغش نحو القانون بأنّه " عملية تتم وفق اتفاق صادر عن جماعة للتهرب من تطبيق قاعدة قانونية آمرة"².

ويعرّفه الدكتور "أحمد عبد الكريم سلامة" بأنّه: " التعديل الإرادي النظامي للعنصر الواقعي في ضابط الإسناد المتغير، ومن ثمّ تحويل الإسناد إلى قانون معين، وذلك بنية التهرب من القانون الواجب التطبيق أصلاً، سواء كان قانون القاضي أم قانون أجنبي"³.

ويعرّف الأستاذ "Henri DESBOIS" الغش نحو القانون بأنّه عبارة عن التدبير الإرادي لوسائل مشروعة في ذاتها للوصول بها إلى أغراض تخالف أوامر القانون ونواهيته⁴.

ويعرّف الأستاذ "حسن الهداوي" الغش نحو القانون في القانون الدولي الخاص بأنّه عبارة عن تدبير إرادي لوسائل تؤدي إلى الخلاص من قانون دولة، لتصبح العلاقة من اختصاص قانون دولة أخرى أكثر تحقيقاً للنتائج المتوخاة، ويعتمد ذوو المصلحة في ذلك

¹ أحمد محمد الهواري، المرجع السابق، ص 338.

² نقلاً عن: نادية فضيل، الغش نحو القانون، مرجع سابق، ص 53.

³ نقلاً عن: عبد الرسول كريم أبو صبيح، أثر الغش نحو القانون على ظرف الإسناد، مجلة مركز دراسات الكوفة، مجلة علمية فصلية محكمة تهتم بالبحوث العلمية والإنسانية، جامعة الكوفة، العراق، المجلد 01، العدد 19، 2010، ص 91.

⁴ نقلاً عن، نادية فضيل، المرجع والموضع نفسه.

على تغيير عناصر العلاقة القانونية لإنشاء ظروف تصبح معها العلاقة خاضعة لقانون آخر¹.

وأما الأستاذ "أعراب بلقاسم" فيعرفه بأنه قيام أطراف العلاقة بتغيير أحد الضوابط التي يتحدد بمقتضاه القانون الواجب التطبيق بشكل متعمد بقصد التهرب من أحكام القانون الواجب التطبيق أصلا على العلاقة².

هذا وقد عرّفه بعض الفقهاء الغش نحو القانون بـ " هو عبارة عن اتخاذ أعمال إرادية حقيقية، عمدا أو غير عمد، لإيجاد مركز يتفق وحرفية القانون ولكن يخالف غرضه"، وعرّفه آخر بأنه " ينحصر في وسائل يتخذها شخص ليهرب من حكم القواعد القانونية الآمرة أو الناهية التي يخضع لها، بواسطة استخدام قواعد قانونية أخرى يتوقف تطبيقها على إرادته مع الانحراف بها عن معناها الحقيقي"³.

هذا ويعرّفه جانب آخر من الفقه بأنه: "قيام الفرد بصدد علاقة قانونية منطوية على عنصر أجنبي بسلوك ما بهدف تطبيق قانون مصطنع هو غير القانون المختص أصلا بحكم النزاع، وقد يتمثل هذا السلوك بالتغيير في ظرف الإسناد، كتغيير الفرد لجنسيته أو موطنه بهدف تطبيق قانون الدولة التي اكتسب جنسيتها أخيرا أو نقل موطنه إليها، وقد يكون الغش باختيار قضاء دولة ما بقصد التهرب من قضاء الدولة التي تربطه بالعلاقة رابطة وثيقة وذلك وصولا لتطبيق قواعد الإسناد في تشريع الدولة الأولى"⁴.

يعرّفه الأستاذ "عكاشة محمد عبد العال" بأنه " الغش نحو القانون في ميدان تنازع القوانين هو كل تغيير إرادي في ضابط الإسناد أو في طائفة الإسناد ذاتها، تغيير مقصود

¹ حسن الهداوي، المرجع السابق، ص 196.

² أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 187.

³ علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 159.

⁴ نقلا عن: عبد الرسول كريم أبو صبيح، أثر الغش نحو القانون على ظرف الإسناد، المرجع السابق، ص 91.

يتم بطريقة قانونية للتهرب من أحكام القانون الواجب التطبيق أصلا على العلاقة، وإحلال قانون آخر بدلا عنه من شأنه أن يحقق الغاية التي كان التغيير بسببها¹.

من خلال كل هذه التعاريف يتضح لنا أنّ الغش نحو القانون هو عبارة عن تدبير إرادي لوسائل مشروعة في ذاتها تتفق وحرفية القانون، بقصد الوصول لأهداف غير مشروعة تخالف أوامر القانون ونواهيته.

كما أنّه من خلال التمعّن في مختلف هذه التعاريف، نلاحظ تعدّد الوسائل والأشكال والحالات التي تمكّن من التحايل على أحكام القانون، وهو ما يحتمّ علينا التطرّق لمختلف هذه الحالات والأشكال في المطلب الموالي.

المطلب الثالث

أشكال التحايل على القانون

(المناورات المكونة للتحايل)

كما سبقت الإشارة إليه، فإنّ التحايل والغش نحو القانون يكون في العلاقات الداخلية باستبعاد الوصف الداخلي الذي ينطبق على العلاقة بإعطائها وصفا آخر تهربا من أحكامه الإلزامية، بينما في العلاقات الخاصة الدولية تحتفظ العلاقة بوصفها القانوني، ولكن يتحقق التحايل بأشكال مختلفة، فقد يتحقق عن طريق تغيير ضابط الإسناد (الفرع الأول)، كما قد يتحقق بواسطة تغيير طائفة الإسناد برمتها (الفرع الثاني)، ويمكن أن يحدث بواسطة تغيير الاختصاص القضائي (الفرع الثالث).

¹ عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 491.

الفرع الأول

الغش بواسطة تغيير ضابط الإسناد في قاعدة التنازع

الغش بواسطة تغيير ضابط الإسناد هي الحالة الأكثر حدوثاً¹، فمن المسلم به أنّ قاعدة الإسناد تسترشد بضابط معين يشير إلى القانون الواجب التطبيق، بعض هذه الضوابط تستند إلى أسس تحتل بطبيعتها التبدل والتغير بإرادة الأطراف، وبالتالي فإنّه من المتصور أن يعتمد هؤلاء إلى التلاعب بضابط معين يوصلهم إلى تطبيق أحكام قانون يحقق لهم ما يريدون، وفي نفس الوقت تجنب تطبيق أحكام القانون المختص أصلاً والذي يقف حائلاً وتحقيق ما يرتجيه هؤلاء الأشخاص².

ولعلّ المثال الكلاسيكي في هذا الشأن هو مثال تغيير ضابط الجنسية³، والتي تستعمل بمثابة ظرف لربط الحالة الشخصية، وتغييرها يؤدي إلى تغيير قاعدة التنازع وبالتالي القانون الشخصي الواجب التطبيق، ممّا يتيح التهرب من محرمات وممنوعات القانون الشخصي الأصلي⁴، فإذا كان قانون جنسية الزوج لا يتيح له الطلاق فقد يعتمد هذا الأخير إلى تغيير جنسيته لكي يتوصل إلى تطبيق قانون آخر يسمح له بذلك، وهو ما حصل في قضية بوفرمون -المشار إليها سابقاً- عندما تجنّست الأميرة بوفرمون بجنسية إحدى المقاطعات الألمانية بهدف الحصول على الطلاق الذي يحرمه آنذاك القانون الفرنسي (قانون جنسيتها الأصلية)، وبالمثل قد يعتمد الشخص إلى تغيير موقع المنقول تهرباً من أحكام قانون الموقع الأول وسعياً وراء تطبيق قانون الموقع الثاني الجديد، كما قد يعتمد إلى تغيير الموطن عندما يستخدم كعنصر ربط للحالة الشخصية، هذا ويمكن تغيير الدين بهدف

¹ Mohand ISSAD, op.cit, p 207.

² سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق، ص 675.

³ Henri BATIFFOL, Paul LAGARDE, Droit international privé, op.cit, p 428.

⁴ موحد إسعاد، المرجع السابق، ص 258.

التهرّب من محرمات دينه الأصلي وبالتالي الاستفادة من تلك المحرمات في رحاب الدين الجديد¹.

ومن ثمّ فإنّ إمكانية الغش نحو القانون في هذا الشكل من أشكال التحايل لا يقع إلاّ في الأحوال التي يكون فيها ضابط الإسناد قابلاً بطبيعته للتغيير والتبدل وفق إرادة الأفراد، إلاّ أنّه إذا كان هذا التغيير ممكناً ومتيسراً في مثل ضوابط الجنسية والموطن وموقع المنقول ومحل إبرام التصرف، فإنّه غير ممكن في حالات أخرى كموقع العقار ومحل حصول الفعل الضار أو الفعل النافع².

الفرع الثاني

الغش بواسطة تغيير طائفة الإسناد

كشف القضاء الفرنسي حديثاً أنّ الغش نحو القانون قد يتم ليس فقط من خلال التلاعب بضابط الإسناد، وإنّما أيضاً من خلال التغيير في تكييف الرابطة القانونية والتي هي عنصر من عناصر قاعدة الإسناد (الفكرة المسندة)، ومن ثمّ فكما يمكن التغيير في ظرف الإسناد يمكن أيضاً التغيير في طائفة الإسناد، ويقدم لنا الاجتهاد القضائي الفرنسي مثالا على ذلك من خلال قضية عرضت عليه، وتتخلص وقائعها في أنّ المورث Caron والذي هو مواطناً أمريكياً مقيماً في الولايات المتحدة الأمريكية يملك عقاراً في فرنسا، وعندما شعر بدنو أجله، وبغية التهرّب من أحكام القانون الفرنسي الواجب التطبيق على الميراث في العقارات (التهرّب من فكرة النصيب أو الحصة المحجوزة التي يعرفها القانون الفرنسي لمصلحة الأبناء والذي لا يمكن للمورث التصرف فيها) فقام بتقديم هذا العقار كحصة عينية على سبيل التملك إلى شركة أمريكية لقاء تملكه أسهماً في هذه الشركة قاصداً من وراء ذلك إخضاع هذا الميراث لقانون موطنه (القانون الأمريكي الذي يجهل فكرة النصيب

¹ موحد إسهاد، المرجع السابق، ص 258-259.

² سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق، ص 676.

المحجوز)، وذلك من خلال تغيير الطائفة القانونية التي تنتمي إليها العلاقة من الطائفة المتعلقة بال عقارات إلى تلك الخاصة بالأموال المنقولة، وبعد وفاة المورث أثرت المسألة أمام القضاء الفرنسي، فحكمت محكمة إكس أن بروفانس بتاريخ 1983/03/09 - وأيدتها بعد ذلك محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1985/03/20 - باستبعاد تطبيق القانون الأمريكي الذي تمّ التوصل إليه بنية الغش نحو القانون، وطبقت القانون الفرنسي المختص أصلا بحكم العلاقة محتفظة للأبناء بالنصيب المحجوز لهم من العقار¹.

الفرع الثالث

الغش بواسطة تغيير الاختصاص القضائي

هذا وقد يتم الغش في نطاق الاختصاص القضائي الدولي عن طريق خلق ضابط اختصاص بصورة مفتعلة ينعقد بموجبه الاختصاص لقضاء دولة ليس مختص أصلا، فيتم استغلال الاختلاف في أنظمة الاختصاص القضائي، فيمكن لزوجين من الجنسية التشيلية مثلا أن يتجنبوا تطبيق قانونهم الشخصي بمجرد ذهابهما إلى المكسيك لطلب الطلاق هناك وذلك لكون أنّ القانون المكسيكي يطبق على الطلاق قانون القاضي الناظر في النزاع الذي يبيح الطلاق خلافا للقانون التشيلي، ومن ثمّ يظهر أنّ هذا النوع من الغش يفترض مسبقا قبول عدة دول باختصاص قضائها للبت في نفس المنازعة².

وفي هذا الشأن "رفضت محكمة موندلييه في فرنسا بتاريخ 1985/05/02 العملية التي بواسطتها تنازلت شركة سويسرية إلى شركة فرنسية عن الدين الذي تزعم بأنه يعود لها اتجاه شركتين أمريكيتين، والتي مارست اتجاههما إجراءات في الولايات المتحدة الأمريكية، على أساس أنّ تلك العملية تخفي تحايلا يؤدي إلى إنكار صلاحية المحكمة التي

¹ عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 490؛ محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص ص 275-276.

² محمد وليد المصري، المرجع نفسه، ص 274.

نصّت على اختصاصها المادة 14 من القانون المدني الفرنسي، وقد ثبت أنّه لم يكن هناك من هدف إلاّ الاستفادة من صلاحية القضاء الذي عيّنته المادة 14 المشار إليها، وذلك بسبب الجنسية الفرنسية للشركة التي أحيل لها الدين، وذلك باختلاق عنصر اتصال اصطناعي يهدف إلى حرمان القضاء الطبيعي الذي يقضي أن تعود صلاحية البحث في إيفاء الدين وكذلك الحقوق المتصلة به، وهو في هذه القضية القضاء الأمريكي¹.

وعادة ما يتم محاربة هذه الصورة من التحايل على القانون بصدد تنفيذ حكم في دولة غير الدولة التي صدر من قضائها، حيث تشترط مختلف التشريعات ضرورة توافر صلة حقيقية بين النزاع والمحكمة المختصة، فإذا غابت هذه الصلة أو كانت صلة مغشوشة فإنّه سيتم رفض تنفيذ هذا الحكم الأجنبي².

المطلب الرابع

الأساس القانوني لفكرة الغش نحو القانون

تكفل الفقهاء الفرنسيون الذين رحبوا بفكرة الغش نحو القانون بالبحث عن الطبيعة القانونية والأساس القانوني لهذه الفكرة، وقد تقصوا وهم في هذا السبيل ما إذا كانت فكرة الغش نحو القانون هي فكرة مستقلة قائمة بذاتها، أم أنها تنطوي في غيرها وتستقي منه أساسها القانوني، واختلفوا في ذلك اختلافا بيّنا، فأرجع بعض الفقه الغش نحو القانون إلى فكرة الصورية (الفرع الأول)، وهناك من أرجعه إلى نظرية التعسف في استعمال الحق (الفرع الثاني)، وأما البعض فأرجعه إلى نظرية السبب غير المشروع (الفرع الثالث)، في

¹ نقل عن: سامي بديع منصور، أسامة العجوز، مرجع سابق، ص ص 209-210.

² عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، تهميش رقم 2، ص 491.

حين أرجعه جانب آخر إلى فكرة النظام العام (الفرع الرابع)، بينما يرى نفر آخر من الفقه الحديث أنّ فكرة الغش نحو القانون عبارة عن نظرية مستقلة قائمة بذاتها (الفرع الخامس).

الفرع الأول

الغش نحو القانون من تطبيقات نظرية الصورية

يذهب جانب من الفقه إلى اعتبار أنّ الغش نحو القانون تطبيق من تطبيقات نظرية الصورية¹ الشائعة في القانون المدني، ويمكن أن تتقاطع الفكرتان في أنّهما من عمل المتعاقدين، وكذا من حيث الغرض الذي ترمي إليه كلا منهما وهو التحايل على أحكام القانون وتحقيق نتيجة غير مشروعة².

ورغم هذا التقارب والتشابه بين النظريتين، إلا أنّ الفرق بينهما واضح، ويتجلى ذلك في عدة نقاط نبرز أهمها في الآتي:

- تنحصر الصورية في نطاق التصرفات القانونية وحدها، بينما قد يحصل الغش بعمل مادي، كما أنّ الصورية تفترض وجود عقد ظاهري غير حقيقي يستر عقد باطني حقيقي بإرادة المتعاقدين الظاهرة غير مطابقة لإرادتهما المستترة الحقيقية، بينما في الغش نحو القانون الإرادة الظاهرة فيه إرادة حقيقية ولا تستر إرادة أخرى، فقط أنّ الغرض غير مشروع³.

- كذلك قيام الصورية ينفي وجود فكرة الغش، فلا يتم إعمال الدفع بالتحايل على القانون إلا إذا تعدّر اللجوء إلى وسيلة أخرى لتطبيق الجزاء على النتيجة غير المشروعة، وهذا ما يفسر الدور الاحتياطي لهذه الفكرة، أضف إلى ذلك أنّه من بين الفروق المهمة والجوهرية بين النظريتين هو الجزاء المقرّر لكلّ منهما، حيث ينحصر جزاء الغش في عدم الاحتجاج

¹ الصورية هي وجود عقدان صادران في وقت واحد، أحدهما ظاهر، والثاني خفي من شأنه تعديل أثر العقد الأول، أو إبطال أثره بالمرّة والصورية نوعان: مطلقة ترد على العقد كله فيكون العقد الظاهر كله صورياً ولا وجود له في الحقيقة، ونسبية وهي التي لا تتناول وجود التصرف ذاته، وفي هذه الصورية يوجد تصرف قانوني بين المتعاقدين يستخدم فيه التصرف الظاهر أو الصوري لإخفاء جانب فيه قد يكون طبيعته أو موضوعه أو أطرافه، نادبة فضيل، الغش نحو القانون، مرجع سابق، ص 88-89.

² زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنة بالقوانين العربية، مرجع سابق، ص 268.

³ علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 161.

بالنتيجة غير المشروعة، في حين أنّ جزاء الصورية يتمثل في إعدام وجود التصرف الصوري بين المتعاقدين وعدم إنتاجه لأيّ أثر، بينما التصرف الحقيقي الذي أراد الأطراف إخفائه يطبق عليه الجزاء المقرّر في القاعدة القانونية التي خالفها الأطراف¹.

الفرع الثاني

الغش نحو القانون صورة من صور السبب غير المشروع

يذهب جانب آخر من الفقه، ومن بينهم الأستاذ "هنري ديبيوا" إلى اعتبار نظرية الغش نحو القانون صورة من صور السبب غير المشروع الذي نصّ عليه المشرع الفرنسي في المادتين 1131 و1133 من القانون المدني، أو هو صورة من صور الباعث الدافع غير المشروع²، ويكون السبب غير مشروع حسب هاتين المادتين إذا حرّمه القانون أو كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة، ويعرّف السبب حسب النظرية الحديثة بأنّه الباعث الدافع على التعاقد، ويقول الأستاذ هنري ديبيوا " أنّ كل تصرف نتج عن غش وجب إبطاله كلما كان سببه مخالفا للقانون أو الآداب، إذ يعتبر هذا السبب بمثابة نية الغش التي تكون العنصر الهام في نظرية الغش نحو القانون"³.

ورغم هذا التقارب، وأنّ إسناد نظرية الغش إلى نص قانوني يعتبر أمرا سليما، إلا أنّ هذا الرأي هو الآخر لم يسلم من النقد على أساس أنّ تأسيس نظرية الغش على فكرة السبب غير المشروع يؤدي إلى عدم إمامها بجميع حالات الغش⁴.

- كذلك من بين الفروق بين الفكرتين هو أنّ فكرة السبب غير المشروع تقوم على وجود وسيلة مشروعة لتحقيق غاية غير مشروعة، في حين أنّ الأعمال المنطوية على تحايل أو

¹ نادية فضيل، الغش نحو القانون، مرجع سابق، ص 92.

² محمد التغدويني، المرجع السابق، ص 404.

³ نادية فضيل، الغش نحو القانون، بحث مقدم للحصول على درجة الماجستير في العقود والمسؤولية، مرجع سابق، ص 68.

⁴ نادية فضيل، الغش نحو القانون، المرجع نفسه، ص ص 93-94.

غش يكون السبب فيها عادة مشروع كالزواج أو الطلاق، لكن لا يفسد تلك الأعمال أو ينال منها إلا النية الكامنة ورائها وليس السبب¹.

- ثم إنَّ الجزاء المترتب على السبب غير المشروع هو البطلان المطلق، في حين يترتب على الغش نحو القانون عدم الاحتجاج بالتصرف المشوب بالغش وليس البطلان².

الفرع الثالث

الغش نحو القانون من صور التعسف في استعمال الحق

يذهب جانب كبير من الفقه الحديث، ومنهم الأستاذ "Jacques MAURY" إلى أنّ فكرة الغش نحو القانون لا تعدو أن تكون صورة من صور التعسف في استعمال الحق³ ومن ثمّ يرجع أساسه إلى نظرية المسؤولية التقصيرية، مادام أنّ التعسف في استعمال الحق هو أحد التطبيقات الرئيسية لنظرية المسؤولية التقصيرية⁴، فإن كان من الطبيعي أن يتمتع الفرد بالحق في تغيير جنسيته أو موطنه، أو نقل أمواله عبر الحدود بقصد تيسير علاقات الأفراد وتحقيق نموّها وازدهارها، فإنّه يتعيّن أن يكون هذا التغيير مشروع ولا يكون القصد من ورائه هو التهرب من أحكام القانون الواجب التطبيق، وإلاّ اعتبر هذا التصرف تعسفا في استعمال الشخص لحقه في تغيير جنسيته أو موطنه أو غيرها، وإذا ما تبين للقاضي وجود تعسف في التغيير على الوجه السالف وجب عليه أن يهدر كل أثر له، ويعيد الاختصاص للقانون الواجب التطبيق أصلا على العلاقة⁵.

¹ جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص 240.

² نادية فضيل، الغش نحو القانون، مرجع سابق، ص 95.

³ يعرف التعسف في استعمال الحق بأنّه استعمال الإنسان لحقه على وجه غير مشروع، نص عليه المشرع الجزائري في المادة 124 مكرر من القانون المدني الجزائري بقوله "يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لا سيما في الحالات الآتية:
- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير.

- إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناتج للغير.

- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة".

⁴ زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، مرجع سابق، ص 268.

⁵ حفيفة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 289.

غير أنه وإن اتفق المفهومان في أنّ كل منهما يشكل انحرافا في استعمال رخصة مقررّة قانونا، فإنّ ذلك لا يمكن أن يحجب الفروق الواضحة بينهما على نحو ما سنبينّه:

- الغش موجه ضدّ القانون، في حين أنّ التعسف في استعمال الحق موجه ضدّ الأفراد ومن ثمّ فإنّ التعسف يقع ضد مصلحة خاصة تتمثل في الإضرار بالغير، بينما يتعدى ذلك في الغش ليطال المصلحة العامة¹.

- إعمال المبادئ العامة في التعسف في استعمال الحق قد يؤدي بالقاضي إلى الحكم بالتعويض للطرف المضرور من جزاء التعسف على أساس المسؤولية التقصيرية، في حين أنّ نظرية الغش تهدف أساسا إلى استبعاد تطبيق أحكام القانون المختص بناء على ضابط الإسناد المفتعل وتطبيق القانون المختص بحكم النزاع أصلا².

- كذلك من بين الفروق بين المفهومين هو أنّه قد يقع التعسف لمجرد إهمال أو رعونة أو عدم احتياط ولو لم يقترن بسوء نية، في حين يشترط في مرتكب الغش توافر نية التحايل وتحقيق نتيجة غير مشروعة، وبالمثل لا يعد التحايل عل القانون انحرافا في استعمال السلطة المعروفة في القانون الإداري، والتي تقوم مقام نظرية التعسف في استعمال الحق في القانون المدني³.

الفرع الرابع

الغش نحو القانون من تطبيقات الدفع بالنظام العام

يعتبر كل من الدفع بالغش نحو القانون والدفع بالنظام العام وسيلتين فنيّتين لاستبعاد القانون الأجنبي واجب التطبيق، وكلاهما وسيلة استثنائية لذلك الاستبعاد فلا يلجأ القاضي إليهما ابتداء، بل يتم اللجوء إليهما كعلاج أخير لا مفر منه أو كعلاج احتياطي في مواجهة القانون الأجنبي، هذا علاوة على أنّ هدفهما واحد وهو حماية الأسس التي يقوم عليها

¹ علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 161.

² هشام صادق، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص ص 219-220.

³ زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، مرجع سابق، ص 268.

مجتمع دولة القاضي، فضلا عن أنّ للقاضي سلطة تقديرية واسعة في تقدير توافر شروطهما، فضلا عن المقولة " إذا كان تغيير ضابط الإسناد قد قصد به الإفلات من الأحكام الآمرة في قانون القاضي، فإنّ تطبيق القانون الأجنبي في هذه الحالة يشكل خرقا للنظام العام"، كل هذا التشابه والتقاطع أدّى ببعض الشراح وعلى رأسهم الفقيه بارتان إلى اعتبار أنّ الدفع بالتحايل على القانون يعد تطبيقا للدفع بالنظام العام¹.

غير أنّه ومهما يكن من شأن هذا التشابه بين الوسيلتين، فإنّ الرأي الراجح لدى غالبية الفقهاء هو عدم قبول هذا الاتجاه، نظرا لوجود فوارق جوهرية بين الدّعين تبصّر باستقلال أحدهما عن الآخر، ويظهر ذلك من خلال النقاط الآتية:

- اختلافهما من حيث الأساس الذي يقوم عليه كل منهما والميدان الذي يعمل فيه، فالدفع بالنظام العام يتخذ أساسه من فكرة الاشتراك القانوني، وهو يعتبر وسيلة قانونية لاستبعاد القانون الأجنبي المختص أصلا بموجب قاعدة التنازع في دولة القاضي، وذلك متى كان حكمه يصطدم مع المقومات الأساسية والأسس الجوهرية التي يقوم عليها كيان مجتمع دولة القاضي، في حين أنّ الدفع بالغش نحو القانون يتخذ أساسه من فكرة الباعث غير المشروع وهو يعد وسيلة لاستبعاد القانون الأجنبي الذي لم يكن مختص أصلا بحكم العلاقة، وإنّما انعقد له الاختصاص افتعالا واصطناعا للتهرب من الأحكام الآمرة في القانون المختص أصلا بحكمها، سواء أكان هذا القانون هو القانون الوطني أو قانونا أجنبيا، وبالتالي فهو أوسع نطاقا من الناحية العملية².

- كذلك يختلفان من حيث الوظيفة، فإذا كان استبعاد القانون الأجنبي إعمالا للدفع بالنظام العام يكون بالنظر إلى مضمون ذلك القانون ومن ثم فهو يرمي إلى حماية النظام القانوني

¹ محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص ص 529-530.

- Henri BATIFFOL, Paul LAGARDE. Droit international privé, op.cit,p 433.

² عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 561؛ صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص، الجنسية وتنازع القوانين، مرجع سابق، ص 371.

الوطني، فإنّ استبعاده إعمالا للدفع بالتحايل على القانون يكون بالنظر إلى عنصر شخصي، وهو عنصر النية في استعمال ضابط الإسناد، فلو افترضنا مثلا أنّ قانون القاضي لا يبيح الطلاق وقام أحد الزوجين بالتجنس بجنسية أجنبية يبيح قانونها ذلك، فإنّه لا يمكن القول بأنّه إذا كان القصد من وراء هذا التجنس هو الحصول على الطلاق فإنّ ذلك يعد مخالفا للنظام العام، في حين أنّه إذا كان التجنس جدّيا وحصل الزوج بعد ذلك على الطلاق لم يكن الطلاق مخالفا للنظام العام، وإنّما تمّ بالغش لأنّه إذا كان مخالفا للنظام العام يجب أن يكون كذلك في كلتا الحالتين على السواء بصرف النظر على عنصر النية¹.

- يختلفان أيضا من حيث وقت إبداء الدفع، فإذا كان الدفع بالنظام العام غالبا ما يبدى في مرحلة إنشاء الحق أو المركز القانوني في دولة القاضي لكي يرتب أثره كاملا، وأحيانا في مرحلة الاحتجاج بهذا الحق إذا نشأ في الخارج وأريد التمسك به في دولة القاضي فيرتب أثرا مخففا فحسب، فإنّ الغش نحو القانون غالبا ما يبدى في مرحلة الرغبة بالاحتجاج بالمركز القانوني، فيترتب بطلان كل ما تمّ بناء على الغش إعمالا لقاعدة "أنّ الغش يفسد كل شيء"².

- يختلفان أيضا في كون أنّ استعمال قاعدة الدفع بالنظام العام تنحصر فقط في استبعاد القانون الأجنبي لفائدة قانون القاضي، وهذا بصريح المادة 24 من القانون المدني الجزائري والتي جاء فيها: " لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي ... إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر.

يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام أو الآداب العامة"، أمّا التمسك بالدفع بالغش نحو القانون فيمكن أن يكون لصالح قانون القاضي كما يمكن أن يكون لصالح قانون أجنبي آخر³، حيث جاءت عبارة نص المادة 24 السابقة في فقرتها

¹ صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص 371.

- Henri BATIFFOL, Paul LAGARDE. Droit international privé, op.cit, p 433.

² جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص 238 ؛ صلاح الدين جمال الدين، المرجع نفسه، ص 372.

³ Mohand ISSAD, op.cit, p 207.

الأولى مطلقة دون تقييد في المقطع المتعلق بقاعدة الدفع بالغش نحو القانون، فكان النص كما يلي: " ...أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون"¹.

من كل ذلك يتبين بما لا يدع مجالا للشك بأنّ الغش نحو القانون ليس من تطبيقات الدفع بالنظام العام، بل هو دفع قائم بذاته يوجد جنباً إلى جنب مع النظام العام دون أن يختلط به.

الفرع الخامس

الغش نحو القانون نظرية مستقلة قائمة بذاتها

من خلال كل ما سلف بيانه، يذهب جانب من الفقه الحديث إلى الاعتراف بالكيان المستقل لنظرية الغش نحو القانون، فالدفع بالتحايل لا يقف عند حد الإطار الضيق لنظرية التعسف في استعمال الحق فهو يعمل في دائر أوسع، ولا ينحصر في نطاق العقود، كما لا يرتبط بفكرة النظام العام لأنه يطال القانون الوطني والأجنبي، وليس تطبيقاً من تطبيقات نظريتي الصورية والسبب غير المشروع للأسباب السالف بيانها، وإنما هو تطبيق لمبدأ عام وأصيل، أو قاعدة عالمية لا تقلّ ظاهرة الحدود السياسية من أهميتها، وهي " أنّ الغش يفسد كل شيء" وذلك تطبيقاً للقاعدة الرومانية " Fraus omnia corrumpit "، ومن يطلب القانون يجب أن يكون حسن النية، وأنّ الغش لا يعط لصاحبه وضعاً قانونياً يجب حمايته كما أنّه لا يتقادم لأنه يمثل عدم وحتى لا يشجع البعض على القيام به، ويذهب البعض إلى أبعد من ذلك عندما سلّموا بإمكانية الدفع بالغش نحو القانون سواء كان المقصود هو التهرب من الأحكام الآمرة في القانون المختص، أم كان المقصود هو مجرد الإفلات من القواعد المكتملة في هذا القانون، وفكرة التحايل على القانون في مجال تنازع القوانين على وجه

¹ دغيش أحمد، الغش نحو القانون في مجال العلاقات الدولية الخاصة، الملتقى الوطني حول تنظيم العلاقات الدولية الخاصة في الجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، ورقة يومي 21 و 22 افريل 2010، ص 171.

الخصوص فكرة لها ذاتيتها، وكما عبّر عليها الفقه " من حيث بدايتها أم مبتغاها أو نهاية مرماها"¹.

ومما يؤكد من استقلالية نظرية الغش نحو القانون على هذا النحو، تسليم القضاء الحديث بإمكانية إعمال هذا الدفع سواء كان القانون المختص المتهرب من أحكامه قانونا وطنيا أو أجنبيا، كما أنّ هذا الدفع أصبح من المبادئ المستقرة في التشريعات الحديثة لكثير من الدول على غرار التشريع المجري واليوغسلافي والإسباني²، وهو ما سايره المشرع الجزائري من خلال تعديل القانون المدني بموجب القانون 05-10، ونصّه على الغش نحو القانون كوسيلة لاستبعاد القانون الأجنبي في المادة 1/24 من هذا القانون، ومن ثمّ يمكن القول أنّ المشرع الجزائري حسم الأمر حول هذا الأساس، فاعتبرت المادة 24 أساسا قانونيا صريحا للقاضي الجزائري، وعليه فإنّ قاعدة إعمال الدفع بالتحايل على القانون أصبحت في التشريع الجزائري بعد هذا التعديل نظرية مستقلة قائمة بذاتها، ولم تعد تستند إلى أي من النظريات السابقة نظرا لميزاتها وخصوصياتها المتعلقة بها دون غيرها³.

¹ ممدوح عبد الكريم حافظ، المرجع السابق، ص 211؛ هشام صادق، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 221؛ سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق، ص 681.

² جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص 241.

³ دغيش أحمد، الغش نحو القانون في مجال العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 170.

المبحث الثاني

نطاق الدفع بالغش نحو القانون ومجال إعماله

سنتناول في هذا المبحث نطاق الدفع بالغش نحو القانون (المطلب الأول)، ثم بعد ذلك سنتطرق إلى أهم المجالات التي يمكن إعماله فيها (المطلب الثاني).

المطلب الأول

نطاق الدفع بالغش نحو القانون

يثير تحديد نطاق الدفع بالتحايل على القانون عدة تساؤلات أهمها: هل يقتصر إعمال الدفع بالغش نحو القانون على حالة التهرب من أحكام قانون القاضي فقط؟ أم يتعداه إلى حالة التهرب من أحكام القانون الأجنبي؟ (الفرع الأول) هذا من جهة، ومن جهة أخرى هل يقتصر هذا الدفع على حالة التلاعب بقاعدة قانونية أمرة؟ أم يتم إعماله حتى في حالة التلاعب بقاعدة مكملة؟ (الفرع الثاني).

الفرع الأول

نطاق الدفع بالغش من حيث القانون المتهرب من أحكامه

ظهر في الجواب على هذا التساؤل الأول اتجاهان رئيسيان، الأول يحصر نطاق التحايل على قانون دولة القاضي وحده (أولاً)، والثاني يقضي بإعمال الدفع بالتحايل على القانون بصفة مطلقة مهما كان القانون المتهرب منه، سواء كان هذا القانون هو قانون دولة القاضي أو أي قانون أجنبي آخر¹ (ثانياً).

¹ محمد التغدويني، المرجع السابق، ص 405.

أولاً: حصر نطاق أعمال التحايل على قانون القاضي: استقر الفقه وأيدّه في ذلك القضاء خلال فترة ليست باليسيرة على قصر أعمال الدفع بالغش نحو القانون فقط إذا كان القانون المتهرّب من أحكامه هو قانون القاضي، بمعنى أنّه يشترط من أجل أعمال هذا الدفع أن يكون القانون الواجب التطبيق على العلاقة هو القانون الوطني للقاضي المطروح أمامه النزاع، وفي حالة ما إذا كان قصد الأفراد هو التهرّب من تطبيق قانون أجنبي على علاقتهم فليس هناك محلّ للجوء لهذه الوسيلة¹، تبنّى هذا الاتجاه جانب من الفقه الفرنسي التقليدي²، وكذا جانب من القضاء في بداية الأمر³، خاصة منذ قضية "بوفرمونت" التي تبيّن من خلالها أنّ هذا التحايل كان من إحدى الوسائل التي تمّ اللجوء إليها عند التهرّب من أحكام قانون القاضي فقط، كما ذهب في هذا الاتجاه مجموعة من التشريعات الحديثة، من بينها القانون الدولي الخاص الإسباني لسنة 1974⁴، وكذا مجموعة القانون المدني لدولة الجابون لسنة 1972⁵، ومجموعة القانون الدولي الخاص المجري لسنة 1978⁶.

وقد استند هذا الاتجاه فيما ذهب إليه على مجموعة من الحجج من بينها:

- أنّ التهرّب من الأحكام القانونية في القانون الوطني هو الذي من شأنه المساس بالمصالح العامة في دولة القاضي⁷.

- ثمّ إنّ وظيفة القاضي في الدولة هي كفالة تطبيق القانون الوطني ومنع الأفراد من مخالفة

¹ Henri BATIFFOL, Paul LAGARDE. Droit international privé, op.cit, pp 429-430.

² من ذلك: Lerebours-pigeonnière و Lousouarne ، نقلا عن: جمال محمود الكردي، المرجع السابق، تهميش رقم 452، ص 230.
³ من ذلك: حكم صادر عن القضاء الفرنسي صادر في 1959/02/05 رفض التمسك بالدفع بالغش نحو القانون، منقول عن: نادية فضيل، تطبيق القانون الأجنبي أما القاضي الوطني، مرجع سابق، ص 136، وكذا قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ: 1922/01/06 عندما أقرت صحة طلاق السيدة "فراري" طبقاً للقانون الفرنسي مع أنّها استرجعت جنسيتها بهدف التحايل على القانون الإيطالي والحصول على حكم بالطلاق كذلك قرارها الصادر بتاريخ: 1929/02/05 في قضية "Mancini". نقلا عن: زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنة بالقوانين العربية، مرجع سابق، ص 266.

⁴ تقضي الفقرة 04 من المادة 12 من القانون الدولي الخاص الإسباني لسنة 1974 على "يعتبر تحايلا على القانون استعمال احدي قواعد التنازع بغية التخلص من تطبيق قانون إسباني أمر". نقلا عن، محمد التغدويني، المرجع السابق، هامش رقم 678 ص 406.

⁵ تنص المادة 31 مجموعة القانون المدني الجابوني على " لا يجوز التمسك بمرکز قانوني نشأ بتطبيق قانونا أجنبيا لم يكن مختصا إلا يطبق الغش نحو القانون الجابوني". نقلا عن: جمال محمود الكردي، المرجع السابق، تهميش رقم 03، ص ص 230-231.

⁶ تنص المادة 1/08 من مجموعة القانون الدولي الخاص المجري على " لا محل لتطبيق القانون الأجنبي الذي يستند اختصاصه إلى عنصر أجنبي خلقه الأطراف على نحو اصطناعي أو صوري تحايلا على الحكم التشريعي الذي يحكم عادة الحالة المعروضة ...". نقلا عن، محمد التغدويني المرجع نفسه، تهميش رقم 680، ص 406.

⁷ عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 555.

أو التهرب من أحكامه، وبالتالي لا يدخل في نطاق هذه الوظيفة منع الأفراد من التهرب من أحكام القوانين الأجنبية أو السهر على حراسة هذه القوانين ضد التلاعب بها¹.

- كذلك يتفق هذا الرأي مع فكرة القومية والنظرة الإقليمية لقواعد التنازع، ويفسر النظرة التقليدية للقانون الأجنبي على أنه مجرد واقعة وليس قانون، وبالتالي فهو مجرد من الصفة الأمرة².

ثانياً: إعمال الدفع بالتحايل بصفة مطلقة مهما كان القانون المتهرب من أحكامه:

يذهب الفقه الحديث³ مدفوعاً بالعديد من الأحكام القضائية⁴، ومؤيداً من بعض الاتفاقيات الدولية⁵، بل وتبنته العديد من التشريعات⁶ إلى إعمال النظرية بشكل مطلق طالما توفر الغش نحو القانون، سواء أكان القانون المتهرب منه قانون دولة القاضي أو قانون دولة أجنبية، فالغش يفسد كل شيء وأياً كانت الغاية منه فإنه تجب محاربتة، ولهذا الاتجاه جملة من الحجج لتبرير موقفه أهمها:

- هذه النظرية تستجيب لمبدأ عام، وهو وجوب مطاردة الغش ومحاربتة أياً كانت صورته وسواء قصد به التهرب من أحكام القانون الوطني الواجب التطبيق أو الإفلات من تطبيق القانون الأجنبي⁷.

- كذلك إنّ الدفع بالتحايل على القانون يستند إلى اعتبارات خلقية ولمبدأ حسن النية يستوي في شأنها ما إذا كان القانون المتهرب منه قانون وطني أو أجنبي، ثمّ أنّ فكرة التعاون فيما

¹ جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص 230.

² موحد إسماعيل، المرجع السابق، ص 261.

³ من ذلك: موحد إسماعيل، المرجع نفسه، ص 262، وكذا: هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 217، وكذا: حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 319.

⁴ أعمل القضاء الفرنسي الحديث الدفع بالغش نحو القانون في الحالات التي يكون التهرب من أحكام القانون الأجنبي لصالح قانون أجنبي آخر، كما أبطل العقود المبرمة وفقاً للقانون الفرنسي نتيجة للغش نحو القانون الأجنبي، وأخيراً وضعت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1964/01/07 في قضية «Munzer» من بين شروط إعطاء الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي شرط غياب كل غش نحو القانون، وهي عبارة تشمل الغش نحو قانون القاضي والقانون الأجنبي على حد سواء. أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 193.

⁵ من ذلك نص المادة 2/2 من اتفاقية لاهاي المبرمة في 1956/06/01 بشأن الاعتراف بالشخصية القانونية للشركات.

⁶ من ذلك ما نصت عليه مجلة القانون الدولي الخاص التونسية في الفقرة 01 من الفصل 30 عندما نصت على " يتكوّن التحايل على القانون بالتغيير المصطنع لأحد عناصر إسناد الوضعية القانونية الواقعية، بنية تجنّب تطبيق القانون التونسي أو الأجنبي الذي تعينه قاعدة التنازع المختصة".

⁷ محمد المبروك اللافي، المرجع السابق، ص 91.

بين الدول تفرض على كل دولة العمل على احترام القوانين الأخرى¹.

- إنَّ الإفلات من أحكام القانون سواء الوطني أو الأجنبي، في حقيقته هو عبارة عن تحايل على قانون القاضي متمثلاً في العصف بقاعدة الإسناد و تحييدها عن الوظيفة التي رسمها لها المشرع الوطني، وفي الحالتين هناك غش وهو معنى لا يختلف مفهومه سواء تمَّ في مواجهة القانون الوطني أو الأجنبي، ثمَّ إنَّ فإنَّ محاربة التحايل بهذا المعنى أمر تقتضيه وظيفة قاعدة التنازع بوصفها قاعدة مزدوجة الجانب لها طبيعة محايدة ترمي إلى إسناد العلاقة لأكثر القوانين ملائمة، وبالتالي فإنَّ الغش نحو القانون فيه عبث بقواعد التنازع واستخفاف بقانونيتها وانحراف بها عن الغاية التي وجدت من أجلها²، وفي سياق هذا المعنى يقول الأستاذ هشام صادق " وأكثر من ذلك فإنَّه لو تحريينا الأمر بدقة لوجدنا أنَّ التحايل على القانون الأجنبي لا يعدو في حقيقة الأمر أن يكون غشا نحو القانون الوطني نفسه، ذلك أنَّ مؤدى الغش هو الإفلات من أحكام القانون المختص وفقاً لقاعدة الإسناد الوطنية، وقد يكون هذا القانون هو قانون القاضي أو قانون أجنبي"³.

والواقع أنَّ هذا الرأي هو الذي اتجه إليه الاجتهاد القضائي الفرنسي الأكثر حداثة، كما اتجهت إليه العديد من البلدان الأخرى على غرار ألمانيا وإنجلترا والبرتغال، ويرى الأستاذ "موحند إسعاد" أنَّ هذا الحل هو الجدير بالتأييد، كون الحل المعاكس المرتكز على القومية القانونية لا ينفع أحداً باستثناء المتحايل⁴.

والظاهر أنَّ المشرع الجزائري سار في نفس هذا الاتجاه، فمن خلال صياغة المادة 24 من القانون المدني يتبيَّن أنه أجاز أعمال فكرة الغش نحو القانون بصورة عامة دون أن يشترط بأن يكون ذلك لصالح القانون الجزائري فقط، حيث يشمل مصطلح " نحو القانون"⁵

¹ عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 565.

² عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص ص 494-495.

³ هشام صادق، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 217.

⁴ موحند إسعاد، المرجع السابق، ص 262

⁵ تنص المادة 24 فقرة 01 على " لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي ...، أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون".

في لغة تفسير النصوص القانونية كل القوانين، بما فيها القوانين الأجنبية وذلك لأنّ (المطلق يُعمل على إطلاقه حتى يرد ما يقيدّه)، (والعام يُحمل على عمومته حتى يرد ما يخصّصه)¹.

الفرع الثاني

نطاق الدفع بالغش من حيث القاعدة المتهرّب منها

وأما التساؤل الثاني الذي سبق وطرحه أعلاه، والمتمثل في: هل يقتصر الدفع بالتحايل على حالة التلاعب بقاعدة قانونية أمرة؟ أم يتم إعماله حتى في حالة التلاعب بقاعدة مكملة؟، فقد تجاذب في الإجابة عليه هو الآخر اتجاهان: يرى الأول أنّ نطاق إعمال نظرية الغش تقتصر على حالة مخالفة القواعد الآمرة في القانون المتهرّب منه فقط (أولاً)، في حين يذهب الاتجاه الثاني إلى أنّ الأمر يتعدى ذلك إلى القواعد المكملة (ثانياً).

أولاً: قصر إعمال نظرية الغش نحو القانون على القواعد الآمرة

يتبنّى هذا الاتجاه الفقه التقليدي الذي يقصر إعمال الدفع بالغش نحو القانون على حالات التهرّب من قاعدة أمرة، وأما لو كانت القاعدة القانونية اختيارية فلا يتصور في نظرهم التهرّب منها، ويميل إلى هذا الاتجاه بعض التشريعات على غرار التشريع الإسباني، فقد ورد في نص المادة 4/12 من القانون الدولي الخاص الإسباني الوارد بالمجموعة المدنية لسنة 1974 النص على أنّه "يعتبر تحايلاً على القانون استعمال إحدى قواعد التنازع بغية التهرّب من قانون إسباني أمر"، ويستند هذا الاتجاه فيما ذهب إليه إلى أنّ المشرّع خوّل للأفراد صراحة مكنة الخروج على القواعد المكملة والاتفاق على مخالفتها، وهم ليسوا في حاجة للجوء إلى مناورات احتيالية من أجل تجنب إعمال هذه القواعد².

¹ دغيش أحمد، الغش نحو القانون في مجال العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 168.
² أمين رجا رشيد دواس، المرجع السابق، ص 257؛ جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص 232.

ثانياً: إعمال نظرية الغش نحو القانون مهما كانت طبيعة القاعدة المتهرب منها

يذهب الفقه الحديث إلى القول بأنّ نظرية الغش نحو القانون تجد تطبيقاً لها سواء كانت القواعد القانونية المتهرب منها أمرة أو مكتملة، وحبّتهم في ذلك أنّ العبرة هي بالعرض الذي يهدف إليه الأفراد من وراء تصرفهم، إذ من الممكن تصور خروج الأفراد عن الهدف الذي توخاه المشرع من وراء القاعدة القانونية دون تفرقة في ذلك بين ما إذا كانت هذه القاعدة أمرة أم اختيارية¹.

ففي مجال العقود الدولية مثلاً، وعلى الرغم من تمتع الأفراد بحرية واسعة في اختيار القانون الواجب التطبيق على علاقاتهم، فإنّه مع ذلك لا يحق لهم الخروج بالرخصة التي خولهم إياها المشرع عن هدفها المتمثل في تيسير المعاملات الدولية واطرادها، ويمكن أن يتحقق هذا الخروج مثلاً عند اختلاق عنصر أجنبي في عقد وطني بجميع عناصره من أجل تجنب أحكام القانون الوطني وإخضاعه لقانون آخر يكون أكثر تحقيقاً لطموحاتهم، كما لا يجوز للأفراد اختيار قانون لا تربطه أي صلة بالعقد من أجل الانطباق على عقدهم، ومن ثمّ التهرب من أحكام القانون الواجب التطبيق أصلاً بموجب قاعدة التنازع².

- كما قد يحدث الغش إذا تعذّر الاتفاق بين المتعاقدين، حيث أنّه في حالة غياب هذا الاتفاق تصبح القواعد المكتملة ملزمة، ولا يبقى أمام المتعاقد الذي يريد الإفلات منها سوى التحايل بتغيير ضابط الإسناد مادام ذلك ممكناً، كتغيير موقع المنقول من أجل التهرب من أحكام قانون الموقع الأول، فقد يعمد البائع مثلاً إلى نقل المبيع إلى دولة لا يرتب قانونها على عقد بيع المنقول في ذاته أي أثر عيني، بل يستلزم فقط التسليم من أجل انتقال الملكية إلى المشتري، فيهدف البائع من وراء ذلك إلى إنكار الحق العيني الذي يرتبه قانون الموقع

¹ نادية فضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني، مرجع سابق، ص 134.

² جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص 233.

الأول للمشتري على المبيع، وهو الحق الذي ما كان يمكن تعليقه على شرط التسليم بغير اتفاق المتعاقدين¹.

- كذلك قد لا يكون الاتفاق على مخالفة القاعدة المكملّة فعّالا إلاّ عند التعاقد، وقد لا ينتبه أحد المتعاقدين إلى حكم القاعدة المكملّة التي ليس في صالحه إلاّ في تاريخ لاحق، ومن ثمّ لا يكون له من طريقة لتجنب ذلك إلاّ بطريق التحايل، وبالتالي يجب محاربة الغش مهما كانت طبيعة القاعدة المتهرّب منها سواء كانت آمرة أو مكملّة، فهذا الحل هو من يحقق الحماية لقواعد التنّازع الوطنية ذاتها من خلال العمل على احترام تطبيق القانون المختص الذي تعينه تلك القواعد².

في الأخير بقي لنا أن نشير في هذا الصدد إلى أنّ الفقه الحديث يذهب لأبعد من كل ذلك، عندما لم يكتفي بإعمال نظرية الغش في حالة مخالفة القواعد الآمرة أو المكملّة فقط، بل تعدّى الأمر إلى إعمال النظرية حتى في حالة تجنب القوانين المستقبلية، كما أكّدت المحاكم عدم صحة التصرفات الهادفة إلى تجنب التزامات تعاقدية تكون نشأتها وشيكة الوقوع³.

المطلب الثاني

مجال إعمال الدفع بالغش نحو القانون

اختلف الفقه أيضا في مسألة مجال إعمال الدفع بالغش نحو القانون، فذهب جانب منه إلى قصر إعمال هذا المانع ضمن مجال مسائل الأحوال الشخصية وهي الزواج والطلاق، وذلك لكون أنّ أغلب هذه المسائل ضوابطها قابلة للتغيير، في حين ذهب جانب

¹ نادية فضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني، مرجع سابق، ص 134-135.

² عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 496.

³ نادية فضيل، المرجع نفسه، ص 135.

آخر من الفقه إلى إعمال هذا الدفع في جميع مسائل تنازع القوانين وفي كل المجالات سواء في مجال الأحوال الشخصية أو العقود أو الفعل الضار والنافع، غير أنّ الفيصل في هذا الأمر يكمن في أنه يمكن إعمال الغش كمانع في المسائل التي تكون ضوابط الإسناد فيها قابلة للتغيير والتبدل، مثل الجنسية والموطن وموضع المال المنقول، وأمّا اذا كانت الضوابط غير قابلة للتغيير مثل موقع العقار فلا تعمل فكرة الغش في هذا المجال¹.

وعليه سنتطرق إلى المجالات التي يمكن فيها إعمال الدفع بالغش نحو القانون (الفرع الأول)، ثم نتطرق إلى المجالات التي تخرج من إعمال هذا الدفع (الفرع الثاني).

الفرع الأول

المجالات التي يمكن فيها إعمال الدفع بالغش نحو القانون

الحقيقة أنّ ميدان تنازع القوانين يعتبر مجالاً وحقلاً خصبا لنظرية التحايل على القانون، حيث يكون في مقدور الأطراف استخدام قواعد الإسناد للتحايل على أحكام القانون الواجب التطبيق أصلا على العلاقة، فكثير من ضوابط الإسناد - بوصفها نقاط اتصال ترتكز عليها قواعد الإسناد ويتحدّد بالنظر إليها القانون المختص - يكون لإرادة الأفراد دخل في اختيارها أو تغييرها².

ولعلّ المجال الرئيسي لتطبيق فكرة الغش - كما سبقت الإشارة إليه - عادة هو مسائل الأحوال الشخصية، كما يمكن أن تتحقق هذه الفكرة في مجالات أخرى، كمجال الحقوق العينية، وكذا التصرفات القانونية، وذلك كما يلي:

أولا: الغش نحو القانون في مسائل الأحوال الشخصية: يعتبر المجال الرئيسي لإعمال فكرة الغش نحو القانون في الغالب هو مسائل الأحوال الشخصية، وذلك على اعتبار أنّ هذه

¹ Henri BATIFFOL, Paul LAGARDE. Droit international privé, op.cit, p 428.

² عبده جميل غصّوب، المرجع السابق، ص 181.

المسائل عموما تعتمد على ضابطين، ضابط الجنسية في بعض الدول على غرار الجزائر وفرنسا ومعظم الدول العربية، وضابط الموطن في البعض الآخر كما في الدول الأنجلو أمريكية، وهما من أكثر الضوابط التي يكون لإرادة الأفراد دخل في اختيارها أو تغييرها، فيستطيع الأفراد في مثل هذه الحالات تغيير جنسياتهم ومواطنهم، فيتغير تبعاً لذلك القانون الواجب التطبيق¹.

ومن مواضيع الأحوال الشخصية التي يبلغ فيها التنازع ذروته، هو موضوع الزواج، وذلك لكون أن جل التشريعات تختلف في شأنه اختلافاً بيناً، يبدأ ذلك الاختلاف في فكرة الزواج ذاتها، ويمتد إلى انعقاده وآثاره وانقضائه، حيث توجد من بين التشريعات من تعتبر الزواج نظاماً دينياً، في حين تعتبره أخرى نظاماً مدنياً، وهناك من يعتبره رابطة أبدية غير قابلة للانحلال، بينما يمكن حلّه في بعض التشريعات سواء بالإرادة المنفردة للزوج أو باتفاق الزوجين، وهناك من هذه الدول من يبيح التعدّد في هذه الرابطة، في حين يعتبر ذلك من أكثر الخطوط الحمراء وأخطرها بل يعتبر ذلك جرماً في دول أخرى، كما تختلف التشريعات في ضوابط الإسناد بالنسبة للزواج ففي حين تعتمد الجزائر على ضابط الجنسية، فإنّ دولاً أخرى تعتمد ضابط الموطن².

ويعتبر هذا الاختلاف الكبير بين التشريعات في مسائل الزواج، سبباً رئيساً لتحاييل الأفراد على القوانين، عن طريق تغيير جنسياتهم بغية التهرب من أحكام قانون جنسيتهم الأصلية الذي لا يتوافق وما يصبون إليه، وعلى ذلك فإذا غيرت امرأة جنسيتها للتهرب من قانونها الشخصي الذي يتضمن مانعاً من الموانع الشرعية للزواج، كأن تكون زوجة في دولة لا يبيح قانونها الطلاق فتتجنس بجنسية دولة أخرى لتزيل مانع وجودها في عصمة رجل آخر لتتزوج برجل جديد³.

¹ عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 497-498.

² نادية فضيل، الغش نحو القانون، مرجع سابق، ص 114.

³ صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين في مشكلات إبرام الزواج، مرجع سابق، ص 187.

كذلك يعتبر موضوع الطلاق من أكثر المجالات التي يكثر فيها التحايل على القانون في ميدان الأحوال الشخصية¹، خاصة إذا علمنا أنه كانت هناك عديد التشريعات من لا تجيز الطلاق، كالتشريع الفرنسي قبل سنة 1884، وكذلك هناك من التشريعات من لا يجيز الطلاق بالإرادة المنفردة وهناك من يضع شروط تعجيزية لذلك، وبغية تجنب كل ذلك يعمد الأفراد لتغيير ضابط الإسناد، سواء بتغيير الجنسية أو الموطن - في الدول التي تعتمد الموطن كضابط مي مسائل الأحوال الشخصية - بغية التملّص من أحكام قانون جنسيتهم الأصلية أو موطنهم الأصلي والاستفادة من تسهيلات قانون الجنسية الجديدة أو الموطن الجديد في هذا الموضوع²، وهو ما قامت به الأميرة بوفرمون عندما قامت بتغيير جنسيتها إلى جنسية مقاطعة (Duché de saxe altermbourg) الألمانية بقصد تجنب أحكام القانون الفرنسي الذي يحضر الطلاق، والحصول على ذلك بموجب قانون جنسيتها الجديدة.

وبالمثل يشكّل تغيير الموطن ظرف إسناد إرادي محض لتغيير القانون الشخصي في الدول التي تسند الأحوال الشخصية لقانون الموطن، وهناك شبه إجماع لدى المحاكم الإنجليزية على عدم الاعتراف في إنجلترا بأحكام الطلاق التي تصدر في الخارج، إذا كان الغرض من تغيير الموطن هو الحصول على الطلاق، ويسمون هذه الحالة بـ " طيور الطريق أو الهجرة "، ويلجأ الأفراد إلى التحايل على القانون الإنجليزي بسبب تشدد هذا الأخير في أسباب الطلاق وحصر حالاته³.

ثانياً: الغش نحو القانون في مسائل الحقوق العينية: يمكن أيضاً تحقيق فكرة الغش نحو القانون في مجال الحقوق العينية، حيث يمكن للأفراد أن يتحايلوا مثلاً على القانون فيما يتعلق بالأموال المنقولة، وذلك عن طريق التلاعب بضابط الإسناد بواسطة تغيير المكان الذي توجد فيه المنقولات، فكما هو معلوم هناك قاعدة عامة فحواها خضوع المال المنقول

¹ Bernard AUDIT, op.cit, p 195.

² عبده جميل غصّوب، المرجع السابق، ص 182.

³ زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، مرجع سابق، ص 263.

لقانون موقعه¹، وعليه يمكن للأفراد التهرب من أحكام قانون الموقع الأصلي، والخضوع لأحكام قانون موقع آخر يتلائم ومصالحهم، وذلك عن طريق نقل هذا المنقول من مكانه الأصلي إلى مكان آخر في دولة أخرى².

كما أنّ ما يعرف بعلم المجاملة فيما يخص مرفأ قيد السفن والمركز السوري للشركات، لخير دليل على التهرب من أحكام قانون محل القيد الفعلي للسفينة ومقر المركز الحقيقي للشركة، وغالبا ما ينشد أصحاب المصالح من هذا التحايل تسهيلات اقتصادية وإعفاءات ضريبية، لذلك فلا مفر من إعمال فكرة الغش نحو القانون من أجل محاربة هذه المناورات التحايلية وإبطال مفعولها³.

ثالثا: الغش نحو القانون في مسائل التصرفات القانونية: للأفراد وسائل عدّة تمكنهم من التحايل على أحكام قانونهم الشخصي المتعارضة مع مصالحهم، من ذلك أن يعمدوا إلى اصطناع عنصر أجنبي في علاقة وطنية بحتة بغية الإفلات من أحكام القانون الوطني، أو تغيير العنصر الأجنبي كي تصبح وطنية تهربا من أحكام القانون الأجنبي المختص⁴.

كما يمكن للأفراد التحايل بالنسبة لشكل التصرفات القانونية التي تخضع وفقا لنص المادة 19 فقرة 01 من القانون المدني الجزائري⁵ إلى قانون المكان الذي تمت فيه، حيث يشكّل ذلك أحيانا وسيلة للتهرب من الأحكام التي لا تتوافق مع يصبوا إليه الفرد في قانونه الشخصي، فيلجأ إلى بلد آخر يجري فيه هذا التصرف، لذلك نلاحظ عديد التشريعات ومن أجل ردع المتحايلين على قوانينها لا تعترف بنفاذ تلك التصرفات إذا كان قانونها هو المختص أصلا، مثال ذلك ما تقضي به بعض القوانين الغربية من عدم الاعتراف بالزواج

¹ نصّت على ذلك الفقرة 02 من المادة 17 من القانون المدني الجزائري بقولها: "... ويسري على المنقول المادي قانون الجهة التي يوجد فيها وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى، أو فقدها".

² Henri BATIFFOL, Paul LAGARDE. Droit international privé, op.cit, p 429.

³ موحد إسعاد، المرجع السابق، 259؛ زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، مرجع سابق، ص 264.

⁴ جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص 227.

⁵ تنص الفقرة 01 من المادة 19 من القانون المدني الجزائري على " تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه ".

الذي يجري في الخارج من غير توافر المراسيم الدينية المطلوبة حسب قانون الجنسية المختص¹.

رابعاً: الغش نحو القانون فيما يتعلق بالالتزامات التعاقدية: يرى جانب من الفقه أنه لا محل لإعمال نظرية الغش في مجال الالتزامات التعاقدية، وذلك على اعتبار أنّ القانون الدولي الخاص يعطي في هذا السياق دوراً أساسياً لقانون الإرادة، مراعيًا في ذلك طبيعة العلاقات الخاصة الدولية ودورها في تلبية مصالح التجارة العالمية، ليس هذا فقط بل إنّ جل التشريعات فسحت المجال في نطاق الالتزامات التعاقدية لاختيار قانون من بين مجموعة من القوانين ذات الصلة بالعقد أو بالمتعاقدين وذلك عند غياب الإرادة الصريحة والضمنية للمتعاقدين²، ومن هذا الرأي الأستاذ "الطيب زورتي" حيث يقول "ولو أنّ المادة 18 فقرة 1 من القانون المدني الجزائري تمنح للأطراف حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد ومن الصعب استنباط الغش بسهولة إلا أنّ المعوّل عليه فقها وقضاء أنّ حرية المتعاقدين مشروطة بوجود صلة حقيقية بين القانون المختار والعقد أو المتعاقدين، وإنّ تبني مضمون النظرية الموضوعية القاضية بتركيز العقد واستخلاص القانون المختص به حسب نقاط التركيز الموضوعية، مدعاة لاستبعاد الغش في هذا المجال وعدم الاعتداد بالاختيار المشوب بسوء النية، وليس بالاستناد إلى الغش وإنما بانتفاء الصلة الوثيقة وعدم توافر عناصر التركيز الموضوعية"³.

غير أنّ هناك جانب آخر من الفقه ومنهم "الأستاذ علي سليمان"⁴ يرى بإمكانية حدوث غش في مجال الالتزامات التعاقدية، فإن كان صحيحاً أنّ لأطراف العقد أن يختاروا

¹ زورتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنة بالقوانين العربية، مرجع سابق، ص 263.

² محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص 278.

³ زورتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنة بالقوانين العربية، مرجع سابق، ص 263، مع الإشارة إلى نص المادة 18 من القانون المدني الجزائري التي تنص على: "يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد. وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة.

وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون محل إبرام العقد.

غير أنه يسري على العقود المتعلقة بالعقار قانون موقعه."

⁴ علي سليمان، المرجع السابق، ص 161.

القانون الملائم لحكم علاقتهم، إلا أنّ هذا الاختيار مشروط بوجود صلة حقيقية بين العقد والقانون المختار، وفي الحقيقة لا يوجد إلا قانون وحيد يرتبط بصلة حقيقية مع المتعاقدين أو العقد، وإذا كان هذا القانون يتعارض ومصالح المتعاقدين فإنهم قد يلجؤون للتحايل على أحكامه بمحاولة اختيار قانون آخر لا يمت بصلة لا للمتعاقدين ولا للعقد¹.

الفرع الثاني

المجالات التي تخرج من نطاق إعمال الدفع بالغش نحو القانون

هناك عدة مجالات لا تتوقف ضوابط الإسناد فيها على إرادة الأشخاص، فهي محددة سلفا سواء لطبيعتها (أولا)، أو في الفروض والمجالات التي يحسم فيها المشرع مسبقا مشكلة التنازع المتحرك للتنازع (ثانيا)، وهذا ما سنوضحه فيما يلي:

أولا: الحالات التي لا يسمح ضابط الإسناد بطبيعته حصول التغيير: سبق وأن ذكرنا أنّ الدفع بالغش نحو القانون يكون ممكنا في الحالات التي تتدخل فيها الإرادة لاختيار ضابط الإسناد أو تغييره، وعلى ذلك فإنّه لا محل للأخذ بهذا الدفع في الفروض التي لا تتدخل فيها الإرادة في تحديد هذا الضابط الذي يتحدّد به القانون الواجب التطبيق، فعناصر التعيين في هذه الفروض ثابتة لا تتحرك بالإرادة، منها محل وقوع الفعل الضار، وموقع العقار إلا إذا حدث تحويل في طبيعته، كما لو تمّ تقديمه كحصة عينية على سبيل التملك في شركة أسهم والحصول مقابله على أسهم، وذلك بغية التهرب من أحكام قانون موقع العقار، كم حدث في إحدى القضايا التي عرضت على القضاء الفرنسي، عندما أقدم أمريكي يملك عقارا في فرنسا بتقديمه كحصة في شركة أمريكية لقاء تملكه أسهما فيها، قاصدا من وراء ذلك التهرب من أحكام القانون الفرنسي الواجب التطبيق على الميراث في العقارات (التهرب من فكرة النصيب أو الحصة المحجوزة التي يعرفها القانون الفرنسي لمصلحة الأبناء والتي لا يمكن للمورث

¹ عبده جميل غصّوب، المرجع السابق، ص 183.

التصرف فيها)، ومن ثمّ تحويل طبيعته من عقار يخضع لقانون موقعه إلى منقول (أسهم) يخضع لقانون محل الإقامة الأخير للمتوفي بدلا من موقع العقار عند إعمال قاعدة الإسناد الفرنسية، إلا أنّ محكمة التمييز الفرنسية قرّرت عدم الأخذ بما تمّ، واعتبرت هذا التغيير من قبيل الاحتيال على القانون، ومن ثمّ استبعدت القانون الأمريكي وطبقت القانون الفرنسي باعتباره قانون موقع العقار¹.

ثانيا: الفروض والمجالات التي يحسم فيها المشرع سلفا مشكلة التنازع المتحرك للقوانين:
كذلك لا مجال لإعمال نظرية الغش نحو القانون في الفروض التي يحسم فيها المشرع مشكلة التنازع المتحرك للقوانين، فإذا جاء النص القانوني مثلا، أنّ التطبيق يخضع لقانون الجنسية المشتركة للزوجين وقت انعقاد الزواج، وكان قانونهما يحظر الطلاق، فإنّ تجنّس الزوج بجنسية دولة أخرى يبيح قانونها الطلاق سيكون عديم الأثر على اعتبار أنّ النص القانوني يربط ذلك بضابط الجنسية وقت انعقاد العقد دون سواه، وهو ما لا يمكن التلاعب به باعتبار أنّ النص القانوني حسم المسألة مسبقا، ويعطي القانون اللبناني نموذجا لهذا الفرض، حيث يسند قانون 02 نيسان 1952 الخاص بالطوائف غير الإسلامية الاختصاص للقانون الذي حصل الزواج في ظلّه بدون أن يعطي أيّ أثر لتغيير الجنسية أو محل الإقامة على الزواج، لذلك ستكون المناورات التحايلية عديمة الأثر في هذه الحالة².

الفرع الثالث

أثر تغيير الديانة في إعمال الدفع بالغش نحو القانون

ثار تساؤل حول إمكانية إعمال نظرية الغش نحو القانون بتغيير الديانة، وما إذا كان تغيير الدين أو الطائفة الدينية من مجالات إعمال الدفع بالغش نحو القانون:

¹ سامي بديع منصور، عبده جميل غصّوب، نصري أنطوان دياب، القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، مجد المؤسسات الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2009، ص ص 932-933؛ عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 490.

² عبده جميل غصّوب، المرجع السابق، ص ص 182-183.

الحقيقة أنه في بعض الدول العربية والإسلامية التي تتعدد فيها الطوائف، مثل سوريا ولبنان ومصر تلعب الديانة دورا كبيرا في تحديد الشريعة الطائفية الواجبة التطبيق وخاصة في مجال الأحوال الشخصية كالزواج والطلاق، فالدين أو الطائفة في مسائل التنازع الشخصي الداخلي يلعب تقريبا نفس الدور الذي تلعبه الجنسية في نطاق التنازع الدولي للقوانين، ومن ثم فإنّ تغيير الطائفة بهدف الاستفادة من الشرائع السائدة في الطائفة الجديدة بصورة مزيفة وأنانية، لا يجب أن يكون بمنأى عن الدفع بالتحايل على القانون الطائفي¹ من ذلك ما قضت به محكمة سورية في قضية نفقة سنة 1925 قضت فيها بأنه لا يحق للشخص المسيحي رفض دفع النفقة لمطلقاته المسيحية بعد أن أسلم، واعتبرت أنّ اعتناقه الإسلام إنّما هو تحايل على القانون بقصد التخلص من دفع النفقة لمطلقاته، على اعتبار أنّ الشرع الإسلامي لا يقر النفقة للمطلقة، وسار القضاء العراقي على نفس النهج عندما قررت محكمة التمييز العراقية في قرار لها صدر برقم (1951/7) هيئة عامة بتاريخ 1951/12/31 رد دعوى التمييز المتضمنة طلب الحكم للمميز بطلب إبطال نفقة مطلقته المسيحية بعد اعتناقه الدين الإسلامي، على أساس أنّ اعتناقه للإسلام لا يخلو من احتمال قصد التهرب من النفقة².

وتجدر الإشارة أنّ القضاء المصري عالج المسألة بطريقة مختلفة، فعلى الرغم من أنّ المشرع المصري يعتقد الجنسية كضابط للإسناد في مسائل الأحوال الشخصية، إلا أنّ القضاء جعل الدين يقوم مقام الجنسية في الحالة التي يتم فيها التغيير إلى الإسلام، وقد استقرت محكمة النقض المصرية على أنّ الأجنبي الذي يعتنق الإسلام ينتج أثره كاملا ويتمتع بكل حقوق المسلم، وبغض النظر عن دوافعه في التحول للإسلام، ودون أن يمكن الاحتجاج عليه بفكرة التحايل على القانون حتى ولو كانت ظروف القضية تكشف بجلاء أنّ

¹ عبده جميل غصّوب، المرجع السابق، ص 185.

² نقلا عن: غالب علي الداودي، المرجع السابق، ص ص 256-257.

المعتنق للإسلام لم يقصد سوى الإضرار مثل بزوجته فيطلقها أو يعدد زوجاته بعدما كام ذلك محظورا عليه وفقا لقانون جنسيتها المشتركة، ويبرر القضاء المصري مسلكه هذا الرافض لإعمال نظرية الغش نحو القانون على أساس أنّ البحث عن الهدف من التحول سيكون تدخلا في عقائد الناس وبحثا وراء أمر مستحيل التثبت منه، خصوصا وأنّ في الفقه الإسلامي قاعدة شهيرة تقرّر أنّ للشرع الظاهر، والله يتولى السرائر، واستشهدت بقوله سبحانه وتعالى " ولا تقولوا لمن ألقى إليكم السلام لست مؤمنا "¹، وبالحديث الشريف عندما أنّب رسول الله صلى الله عليه وسلم شخصا تشكك في عقيدة آخر بقوله " هل شققت قلبه"، ومن الناحية القانونية شبهت المحكمة تغيير الدين بتغيير الجنسية، فمن حق دولة الجنسية الجديدة أن ترتب على دخول الشخص فيها تمتعه بكل حقوق الوطنيين، دون أن يحتج عليه بأحكام الجنسية القديمة، وبعبارة أخرى يمكن القول بأنّ تغيير الدين إلى الإسلام أيّا كانت بواعثه يعتبر " لجوءا قانونيا" إلى قانون القاضي فلا يستطيع هذا القاضي إلاّ الاعتماد به².

مخالصة لما سبق بيانه فإنّ الفيصل في تحديد مجال إعمال الدفع بالغش نحو القانون يكمن في المسائل التي تكون ضوابط الإسناد فيها قابلة للتغيير والتبدل، وكذا أن لا تكون من ضمن الفروض التي حسم فيها نص قانوني مسألة التنازع المتحرك للقوانين وأنّ أهم مجالات إعمال هذا الدفع هو مسائل الأحوال الشخصية، مع إمكانية إعماله في مجالات أخرى كالمسائل العينية، والتصرفات القانونية والالتزامات التعاقدية.

¹ الآية 94 من سورة النساء.

² أحمد مسلم، المرجع السابق، ص 202؛ عبده جميل غصوب، المرجع السابق، ص 185.

المبحث الثالث

إعمال الدفع بالغش نحو القانون

باعتبار أنّ الدفع بالغش نحو القانون يؤدي إلى تعطيل عمل قواعد الإسناد، فيجب التأكد من توافر جميع الشروط اللازمة لإعماله (المطلب الأول)، وفي حال إعمال هذا الدفع فالأكيد أنّه سيترتب على ذلك جملة من الآثار (المطلب الثاني).

المطلب الأول

شروط إعمال الدفع بالغش نحو القانون

المشعر الجزائري من خلال نص المادة 24 من القانون المدني - السالف ذكرها - لم يتعرض لهذه الشروط، غير أنّ بعضا منها قد تفهم من خلال ألفاظ النص والبعض الآخر يستنتج من خلال مضمونه، وهو الحاصل في جل النصوص القانونية التي تناولت موضوع الغش في مختلف التشريعات، من أجل ذلك تصدى الفقه والقضاء لذلك فاتفقا على مجموعة من الشروط (الفرع الأول)، واختلفا بشأن شروط أخرى (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الشروط المتفق عليها للدفع بالغش نحو القانون

انعقد إجماع الفقه على ضرورة توافر شرطين أساسيين من أجل التمسك بالغش نحو القانون، وهما: إجراء تغيير إرادي في ضابط الإسناد وهذا هو العنصر المادي للغش، وأن يكون ذلك التغيير بنية التحايل وهو العنصر المعنوي له¹.

¹ Daniel Gutmann, op.cit, p 113.

أولاً: إجراء تغيير إرادي في ضابط الإسناد (العنصر المادي): يلزم لإعمال الدفع بالتحايل على القانون أن يتوافر العنصر المادي للغش، وذلك عن طريق القيام بمناورات احتيالية ووسائل تتفق وطبيعة كل حالة للتغيير الإرادي في ضوابط الإسناد القابلة للتغيير، أي نقاط ارتكاز تتحقق معها الصلة ما بين العلاقة القانونية والقانون الواجب التطبيق عليها، مثل جنسية أطراف العلاقة أو موطنهم، وكذا موضوع العلاقة (كموقع المال)، ومحل تمام سبب العلاقة (كمحل إبرام التصرف)، والتغيير في ضابط الإسناد الذي يحقق الغش نحو القانون هو الذي يكون للإرادة دور في إحداثه¹.

ويعبر الفقه عن التغيير الإرادي لضابط الإسناد بالعنصر المادي للغش لأنه يقوم على إجراء ظاهر يقوم به الأفراد، سواء أكان هذا الإجراء مادياً كتغيير موقع المال أم قانونياً كتغيير الجنسية²، وأياً كان الأمر فقد اشترط الفقه لكي يتوافر هذا الشرط أن يتوافر له بدوره مجموعة من العناصر والشروط هي:

01- أن يكون التغيير إرادياً: لكي يتحقق الشرط السابق لا بد أن يكون التغيير في نقاط الارتكاز أو ضوابط الإسناد نابعا من إرادة الأطراف، فإذا ما كان هذا التغيير مفروضاً على الشخص بحكم القانون مثلاً، كما هو الحال في اكتساب الجنسية كأثر تبعية من الزواج بأجنبية، أو جاء نتيجة لتبديل السيادة على الإقليم، أو وقع بصفة عرضية أو عفوية، فإنّ تغيير القانون الواجب التطبيق كأثر لذلك لا يسوغ استبعاد هذا الأخير استناداً للدفع بالغش نحو القانون، وذلك لكون أنّ التغيير في العنصر الواقعي الذي يستخدم في إيجاد ضابط الإسناد حدثاً عرضياً دون أن يكون مقصوداً لذاته³.

02- أن يكون ضابط الإسناد قابلاً بطبيعته للتغيير: يوجد من ضوابط الإسناد أو عناصر التعيين في قواعد التنازع ما هو متحرك بالإرادة مثل الجنسية والموطن ومكان وجود المال

¹ ختام عبد الحسن، موانع تطبيق القانون الأجنبي، المرجع السابق، ص 289.

² أحمد محمد الهوارى، المرجع السابق، ص 340.

- Henri BATIFFOL, Paul LAGARDE. Droit international privé, op.cit, pp 428-429.

³ صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص، الجنسية وتنازع القوانين، مرجع سابق، ص 363.

المنقول ومحل إبرام العمل القانوني، ومنها ما هو ثابت لا يتحرك ولا يمكن تغييره بالإرادة، منها على سبيل المثال مكان وقوع الفعل الضار وموقع العقار، ولكي يتحقق هذا الشرط لا بد أن يكون ضابط الإسناد الذي يتحدّد بموجبه القانون الواجب التطبيق من ضمن الفئة الأولى، أي يجب أن يكون ضابط الإسناد قابل للتغيير بطبيعته¹، ويعد ميدان تنازع القوانين - كما سبق بيانه - حقلًا خصبا لنظرية التحايل على القانون الواجب التطبيق أصلا على العلاقة القانونية، حيث يوجد الكثير من ضوابط الإسناد - بوصفها نقاط اتصال تركز عليها قواعد الإسناد ويتحدد بالنظر إليها القانون المختص - يكون لإرادة الفرقاء دخل في اختيارها أو تغييرها، من هذه الضوابط ضابط الجنسية والموطن وموقع المال المنقول، في هذه الحالات بإمكان شخص تغيير هذه الضوابط فيترتب تبعا لذلك تغيير القانون الواجب التطبيق².

وفيما يلي مجموعة من الأمثلة التي توضح ذلك:

- من الضوابط التي تقبل التغيير ضابط الجنسية بالنسبة للأحوال الشخصية، فقد يكون الطلاق محظورا بمقتضى القانون المختص أصلا بحكم العلاقة وهو قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، أو يسمح بذلك بشروط جد عسيرة غير متحققة، ومن ثمّ فقد يعمد هذا الزوج - وبغية التهرب من أحكام قانونه الأصلي - إلى تغيير جنسيته واكتساب جنسية دولة تبيح قوانينها الطلاق بدون قيود بهدف التخلص من زوجته، ومن ثمّ يكون الزوج قد تحايل على أحكام قانونه الأصلي³، وقد سبق وأن رأينا في هذا الصدد كيف أنّ الأميرة بوفرمون غيرت جنسيتها لإحدى المقاطعات الألمانية بغية الحصول على الطلاق ومن ثمّ الزواج بالأمير الروماني ببيسكو.

¹ سامي بديع منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، دار العلوم العربية، بيروت، لبنان، 1994، ص 801.

² عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص ص 497-498.

³ محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص 523.

- كذلك ضابط الموطن بالنسبة للأحوال الشخصية في البلدان التي تجعل قانون الموطن هو القانون الشخصي، كما في الدول الأنجلو أمريكية، فيتغير بالتبعية القانون الشخصي الواجب التطبيق، وهو من الضوابط التي يسهل تغييرها بل هو أسهل من تغيير الجنسية¹.

- وضابط موقع المال بالنسبة للمنقولات هو أيضا من الضوابط التي يسهل تغييرها، فقد يعمد حائز المنقول عن سوء نية لنقله إلى دولة يشترط قانونها مدة قصيرة للتقادم المكسب، ثم بعد حصوله على ذلك يعيد المنقول إلى البلد الأصلي ويدفع بأنه اكتسبه بطريق التقادم المكسب في البلد الثاني على أساس ما تقرره قواعد القانون الدولي الخاص من أنه يسري بالنسبة إلى المنقول قانون الجهة التي يوجد فيها هذا المنقول وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية أو فقدانها، فيعتبر ذلك تحايلا عندما غير موقع المال بنية التهرب من أحكام القانون المختص أصلا والذي يشترط مدة أطول من أجل التقادم المكسب للمنقول².

بقي أن نشير أنه لا محل للأخذ بالدفع بالغش نحو القانون في الفروض التي لا تتدخل فيها الإرادة في تحديد ضابط الإسناد الذي يتحدد به القانون الواجب التطبيق، من ذلك موقع العقار وموقع الفعل الضار، كما أنه لا مجال لإعمال هذا الدفع في الحالات التي يحسم فيها المشرع مشكلة التنازع المتحرك للقوانين، فإذا قضى المشرع مثلا أن التطبيق يخضع لقانون جنسية الزوجين المشتركة وقت انعقاد الزواج وكان قانونهما يحظر الطلاق فإنه لا أثر لتغيير الزوج جنسيته إلى دولة يجيز قانونها الطلاق³.

03- أن يكون التغيير فعليا: لا يكفي أن يكون التغيير إراديا بل يجب أن يكون فعليا لا سوريا أو ظاهريا، وسليما من الناحية القانونية، وعلى ذلك إذا كان التغيير سوريا فإنه تنتفي الحاجة لإعمال الدفع بالتحايل على القانون، ويكفي في هذا الفرض التمسك بأحكام

¹ Henri BATIFFOL, Paul LAGARDE. Droit international privé, op.cit, p 428.

² عبده جميل غصوب، المرجع السابق، ص 182.

³ عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 498.

الصورية لإهدار أي أثر لهذا التغيير، وإعمالاً لذلك يذهب الفقه إلى أنّ الموطن بوصفه ضابطاً للإسناد لا يعتد به إلاّ إذا كان يتفق وحقيقة الواقع، فإذا أرادت شركة التهرب من بعض أحكام قانون القاضي بوصفه قانون مركز إدارتها الرئيسي الفعلي فأتخذت مركزاً سورياً للإدارة في دولة أخرى لتخضع لقانون تلك الدولة تخلصاً من أحكام قانون القاضي فإنّ الاختصاص لا يتغير في هذه الحالة وذلك لكون أنّ العبرة في تحديد النظام القانوني للشخص الاعتباري بمركز إدارتها الرئيس الفعلي، وبالتالي لا يكون أمام القاضي سوى تجاهل الوضع الظاهر والاعتداد بالوضع الحقيقي، ولذلك يقال أنّ الدفع بالغش نحو القانون دفع احتياطي لا يتم اللجوء إليه إلاّ كعلاج أخير في الحالة التي لا يكون في المتناول أي وسيلة أو طريقة لإبطال التصرف القانوني¹.

04- أن يكون التغيير مشروعاً في ذاته: يجب أن يكون التغيير الذي لحق بضابط الإسناد تغييراً مشروعاً، وبعبارة أخرى يلزم أن يتم هذا التغيير بطريقة سليمة، صحيحة ومشروعة، وقد لاحظنا أنّ تغيير الشخص لجنسيته أو لموطنه أو لموقع المال المنقول الذي يملكه لا يعدو أن يكون استعمالاً لرخصة أو لحق منحه إياه القانون، ولعلّ وجه الطرافة في هذا الشأن هو اشتراط أن تكون الوسيلة المستخدمة في التغيير مشروعة حتى تطبق نظرية الغش نحو القانون، وذلك لكون هذه النظرية تحارب القصد غير المشروع من التغيير وليس التغيير في حد ذاته، فلو كانت الوسيلة المستخدمة في التغيير غير مشروعة فليس ثمة حاجة لإعمال الدفع بالتحايل على القانون، على أساس أنّه يكفي لتلافي النتيجة التي يصبوا إليها الشخص أن يتم إثبات أنّ الوسيلة المستخدمة غير مشروعة في ذاتها، فالغش نحو القانون لا يمكن إثارته إلاّ في الحالات التي ينعدم فيها وجود جزاء آخر يمكن بواسطته تلافي النتيجة غير المشروعة التي يسعى الشخص لتحقيقها، ففي قضية السيدة "بوفرمون" مثلاً تمّ اكتساب الزوجة لجنسية المقاطعة الألمانية Duché de saxe altermbourg بطريقة

¹ محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص 524؛ أحمد محمد الهواري، المرجع السابق، ص 341.

مشروعة بعدما توافرت فيها كل الشروط التي يتطلبها القانون الألماني لمنح الجنسية، وعلى فرض أنّ الأميرة استعملت التزوير من أجل التجنس بجنسية تلك المقاطعة الألمانية فلا يكون في هذه الحالة وجه لإعمال الدفع بالغش نحو القانون، حيث يكفي القاضي الفرنسي أن يقرّر أنّ السيدة بوفرمون لم تتحصل على الجنسية الألمانية¹.

ثانياً: توافر نية الغش أو التحايل على القانون (العنصر المعنوي): لا يكفي توافر إجراء تغيير إرادي فعلي ومشروع لضابط الإسناد من أجل إعمال نظرية الغش نحو القانون، بل يتعيّن أن يهدف الشخص من وراء هذا التغيير إلى التملّص من أحكام القانون الواجب التطبيق أصلاً على العلاقة القانونية²، ويطلق الفقه على هذا الشرط بالعنصر المعنوي في الغش، ذلك أنّ هذا العنصر لا يقوم على إجراء مادي قابل للحس، وإنما يؤسّس على شيء معنوي هو النية، ومن ثمّ فإنّ فكرة الغش نحو القانون لا تتحقق في أرض الواقع إلّا إذا انصرف قصد الأفراد إلى محاولة تحقيق غاية لم يكن بالإمكان الوصول إليها بمقتضى القانون المختص أصلاً بحكم العلاقة، وبعبارة أخرى يشترط أن يكون التهرب من القانون المختص هو الهدف أو الباعث الدافع لإجراء التغيير في ضابط الإسناد وليس النتيجة بمعنى أنّ هذا الباعث الدافع لتغيير ضابط الإسناد أضحي هدفاً عوضاً أن يكون نتيجة³.

وبمفهوم المخالفة إذا لم يتوافر هذا الباعث الدافع للتهرب من أحكام القانون الواجب التطبيق أصلاً، وكان هذا التغيير مجرد نتيجة لتغيير عنصر من عناصر العلاقة لما كان هناك محل أصلاً لإعمال نظرية الغش نحو القانون⁴.

¹ سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق، ص ص 683-684؛ حفيظة السيّد الحدّاد، المرجع السابق، ص 316؛ عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص ص 502-503.

² Daniel Gutmann, op.cit, p 113.

³ هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 215، جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص ص 227-228.

⁴ عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 554.

ويعد توافر نية الغش العنصر الوحيد عمليا الذي يتشكل بموجبه الاحتيال على القانون، على اعتبار أنّ التغيير الإرادي لضابط الإسناد يتم بصورة مشروعة بموجب استعمال حق أو رخصة منحها القانون للأفراد ولا يكشف عن التحايل بمفرده¹.

وفي حقيقة الأمر فإنّ نظرية الغش نحو القانون في ميدان التنازع تقوم على هذا الشرط، خاصة إذا علمنا أنّ الشرط المادي المتمثل في تغيير ضابط الإسناد إنّما يتم بطريقة مشروعة، وبدون توافر نية التملّص من أحكام القانون المختص أصلا يكون الإجراء الذي صدر عن الأفراد صحيحا لا سبيل إلى إبطاله، ففي مسائل الزواج مثلا لا سبيل إلى إبطال تغيير الأفراد لجنسيتهم مادام أنّ ذلك تمّ بشكل قانوني سليم، إلا أنّ هذا التغيير يعتبر أداة للتحايل إذا ما ثبت أنّ القصد من وراء ذلك هو التهرب من أحكام قانون الجنسية الأولى وبالتالي الخضوع لأحكام قانون الجنسية الجديدة، ومن ثمّ يعتبر في هذه الحالة أنّ التهرب هو الباعث الرئيسي المؤدي لتغيير الجنسية، وأما إذا ما تبين أنّ التجنّس بجنسية الدولة الثانية لم يكن مقصودا لذاته، وإنّما ترتب كأثر عرضي لتغيير الجنسية فإنّه لا مجال لإعمال نظرية الغش².

هذا ولما كانت مسألة إثبات نية الغش بهدف تجنب أحكام القانون الواجب التطبيق أصلا لحكم العلاقة مسألة داخلية وجدانية تعتمد على السرائر والخفايا تتطلب من القاضي البحث في طبيّات وأغوار النفس البشرية والتغلغل في خفايا الضمير، وهي أمور تدخل في دائرة الأخلاق وليس في مجال القانون الذي ينبغي أن يكتفي بالحكم حسب الظواهر، وعمل كهذا يتطلب جهد ووقت ودقة وهذا إن لم كن مستحيلا فإنّه ليس باليسير، فضلا عن ذلك فإنّ البحث عن قصد الغش ينطوي على خطر كبير، فهو من جهة سيفتح المجال واسعا

¹ محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص 279.

² عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 506.

أمام تحكّم القاضي، ومن جهة أخرى إمكانية حدوث أخطاء لا يمكن تلافيها، من أجل ذلك يعارض جانب من الفقه هذه النظرية ويرى بعدم الأخذ بها¹.

غير أنّ الفقهاء المؤيدين لنظرية الغش ردّوا على هذه الاعتراضات بقولهم أنّ إقامة الدليل على سوء النية قد أصبح اليوم من الأمور السهلة والميسورة بالنسبة للقضاء² بعدما استفاد من التجارب في ميدان التعسف في استعمال الحق والغش في الدعوى البوليسية في القانون المدني، وإساءة استعمال السلطة في القانون الإداري، وكذا العمد وغير العمد في القانون الجنائي³، ثمّ أنّه يمكن استخلاص وجود قصد التحايل دونما حاجة للبحث في النوايا بالنظر إلى أنّ المظهر الخارجي للتصرف الذي يحمل في أحيان كثيرة معنى الغش والهروب من القانون المختص بشكل واضح، كما أنّ هناك من القرائن ما يؤكد توافر نية الغش، وذلك على النحو التالي:

- التلازم الزمني بين التغيير المادي لضابط الإسناد وبين القيام بالتصرف المراد إخضاعه للقانون الجديد، كما حصل في قضية السيدة بوفرمون كان من السهل اكتشاف الغش الذي اقترفته الزوجة، فقد تتابعت الأحداث بصورة تنطق بحقيقة هدفها، حيث وبمجرد حصولها على جنسية إحدى المقاطعات الألمانية حتى قامت برفع دعوى تطليق من زوجها الفرنسي، ثمّ تلتها بعد تحقق ذلك مباشرة بالزواج من الأمير الروماني بيبيسكو، وهي أمور تكشف بوضوح تام على أنّ الزوجة قامت بتغيير جنسيتها تهربا من أحكام قانون جنسيتها الأصلية (القانون الفرنسي) الذي لا يبيح آنذاك الطلاق⁴.

- كما يعد من أهم القرائن التي تبيّن بجلاء وجود نية التحايل على القانون، أن يكون القانون الذي سينطبق على العلاقة في حالة تغيير ضابط الإسناد من القوانين التي تعطي تسهيلات استثنائية للأفراد قصد اجتذابهم إليها لأغراض اقتصادية، فهناك بعض التشريعات مثل تشريع

¹ زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنة بالقوانين العربية، مرجع سابق، ص 265؛ حسن الهداوي، المرجع السابق، ص 199.

² Henri BATIFFOL, Paul LAGARDE. Droit international privé, op.cit, p 430.

³ علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 162.

⁴ أحمد محمد الهواري، المرجع السابق، ص 342.

ولاية "نيفادا" الأمريكية، والتشريع المكسيكي تسمح مثلا بالتطبيق لأي سبب من الأسباب حتى ولو كان القانون المختص لا يسمح بذلك، وبغض النظر عن كون طالب التطبيق مقيما بإقليم هذه الدولة أم لا، كما لو حضر إليها بغية الحصول على التطبيق، ويطلق على هذه التشريعات "بتشريعات المجاملة"، فلو قام الأفراد بتغيير موطنهم للتوصل إلى تطبيق مثل هذه القوانين، فإنّه يستفاد من ذلك توافر قصد الغش دون الحاجة للبحث في النوايا¹.

- كما يعد من القرائن الدالة على تحقق نية التحايل على القانون كذلك، كون القانون الذي يؤدي تغيير ضابط الإسناد إلى انطباقه على العلاقة، من بين القوانين الأكثر تحقيقا لمصلحة من قام بالتغيير، من ذلك مثلا أن يكون هذا القانون لا يضع قيودا على نقل الملكية².

وبكل الحالات فإنّ البحث عن البواعث وإن كان أمرا لا يخلو من الصعوبة والحرَج، إلاّ أنّه في النهاية ليس بالأمر الجديد على القضاء.

الفرع الأول

الشروط المختلف عليها للدفع بالغش نحو القانون

إضافة إلى الشرطين السابقين والذين هما محل اتفاق فقها وقضاء، فإنّ هناك البعض من الفقه من أضاف شروطا أخرى، غير أنّ هذه الشروط لم تلقى الإجماع بل مازالت محل خلاف وجدل كبيرين بين الفقهاء، ومن بين هذه الشروط: أن يكون الغش نحو القانون موجه للقواعد الآمرة في قانون القاضي (أولا)، وأن تتحقق النتيجة غير المشروعة (ثانيا)، وكذا أنّ لا يكون هناك دفع آخر غير الدفع بالغش نحو القانون، أي أن يكون للغش مجرد دور احتياطي (ثالثا)، وذلك كما يلي:

¹ سامي بديع منصور، أسامة العجوز، المرجع السابق، ص 215؛ عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، تهميش رقم 03 ص ص 508-509.

² جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص 230.

أولاً: أن يكون الغش موجه لقاعدة آمرة في قانون القاضي: في البداية يجدر بنا أن ننوّه إلى أنّه سبق لنا التطرق لهذا الأمر أعلاه من خلال دراستنا لنطاق الدفع بالغش نحو القانون، وانتهينا إلى أنّ هناك جانب من الفقه (التقليدي) مؤيداً ببعض أحكام القضاء الفرنسية والبلجيكية في البداية، قد اشترطاً من أجل إعمال نظرية الغش نحو القانون أن تكون القواعد المتهرّب منها من طرف الأفراد هي قواعد آمرة وتنتمي لقانون القاضي، وإلاّ فإنّه لا مجال لإعمال هذا الدفع على أساس أنّ التهرّب من القواعد القانونية الآمرة في القانون الوطني هو الذي من شأنه المساس بالمصاح العامة في دولة القاضي¹، وكذا فإنّ وظيفة القاضي في الدولة تقتصر على كفالة تطبيق القانون الوطني ومنع الأفراد من مخالفته أو التهرب من أحكامه دون غيره من القوانين، بالإضافة إلى الاستناد على مجموعة من الحجج الأخرى والتي سبق التطرق إليها.

غير أنّ الرأي الراجح فقهاً² في القانون المعاصر يقرّ بالاعتداد بالغش نحو القانون الأجنبي أيضاً، وحثّهم في ذلك أنّ التحايل على القانون الأجنبي إنّما هو تحايل على قاعدة الإسناد الوطنية، ثمّ أنّ الدفع بالتحايل على القانون يستند إلى اعتبارات خلقية ولمبدأ حسن النية يستوي في شأنها ما إذا كان القانون المتهرّب من أحكامه قانون وطني أو أجنبي، كما يتجه جانب من الفقه الحديث إلى أنّ نظرية الغش نحو القانون تجد تطبيقاً لها سواء كانت القواعد القانونية المتهرب منها آمرة أو مكملّة، وحثّهم في ذلك أنّ العبرة هي بالغرض الذي يهدف إليه الأفراد من وراء تصرفهم، إذ من الممكن تصور خروج الأفراد عن الهدف الذي توخاه المشرع من وراء القاعدة القانونية دون تفرقة في ذلك بين ما إذا كانت هذه القاعدة آمرة أم اختيارية³.

¹ عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 555.

² زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنة بالقوانين العربية، مرجع سابق، ص 266.

³ نادية فضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني، مرجع سابق، ص 134.

ثانياً: تحقق النتيجة غير المشروعة: يشترط جانب من الفقه، ومنهم الفقيه "تبوايه"¹ - بالإضافة إلى الشروط المتفق عليها والسالف ذكرها - أن تتحقق النتيجة غير المشروعة التي قصدتها الأفراد من وراء تغييرهم لضابط الإسناد، وبمعنى آخر يجب أن يتحقق الضرر كنتيجة لإجراء تغيير ضابط الإسناد¹، ويستند هذا الجانب من الفقه في اتجاههم هذا إلى أنه عادة ما يترتب على الغش نحو القانون الإضرار بمصالح مشروعة للغير، فتجنس الأميرة بوفرمون بالجنسية الألمانية بقصد الإفلات من أحكام قانون جنسيتها الأولى الذي يحضر الطلاق، قد ترتب عليه ما كانت تصبوا إليه، وهو حصولها على الطلاق ومن ثمّ الزواج بالأمير الروماني بيبيسكو، وهو ما يشكل وبدون أدنى شك أضراراً بمصالح زوجها الأول والذي لم يتردد نتيجة لذلك في المطالبة أمام القضاء الفرنسي ببطلان الزواج الثاني، ولعلّ هذه الحقيقة هي من دفعت هذا الاتجاه إلى تعليق توافر أركان الغش على شرط تحقق النتيجة غير المشروعة المنشودة من قبل الأفراد من جرّاء تلاعبهم بضابط الإسناد، وذلك بوصفه شرط منفصل عن نية التحايل على القانون، ومن ثمّ فعند هؤلاء أنّ نية التحايل لوحدها لا تكفي لإعمال الدفع بالتحايل على القانون، بل يجب أن تتحقق الغاية غير المشروعة من وراء كل ذلك².

غير أنّ الجانب الأكبر من الفقه³ يرى عدم اشتراط تحقق النتيجة غير المشروعة كشرط منفصل للغش نحو القانون، ويكفي - في تقدير هذا الجانب من الفقه - أن يتوافر لدى مرتكب الغش نية التحايل والمتمثلة في محاولة التهرب من أحكام القانون الواجب التطبيق أصلاً على العلاقة بغض النظر عن النتيجة المتوخاة، فالدفع بالغش فيه وقاية وفيه علاج، فإذا كانت الأميرة المذكورة قد لجأت إلى القضاء الفرنسي ابتداءً للمطالبة بالتطليق من زوجها الأول إعمالاً لقانون جنسيتها الجديدة الذي يبيح ذلك، لأمكن للزوج في هذا

¹ علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 163.

² حفيفة السيّد الحداد، المرجع السابق، ص 317.

³ من ذلك: سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق، ص 685؛ هشام صادق، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 215؛ عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 506.

الفرض بدوره التمسك بالدفع بالغش نحو القانون رغم أنّ النتيجة المتوخاة من الزوجة والمتمثلة في الحصول على الطلاق لم تتحقق بعد، وعليه متى كانت نية التحايل متحققة وأمكن الكشف عنها، كان ذلك كافيا للتمسك بهذا الدفع¹.

ثالثا: أن لا يكون هناك دفع آخر غير الدفع بالغش نحو القانون: يشترط بعض الفقهاء ومنهم "تبواييه" أنه لكي يتسنى إعمال الدفع بالغش نحو القانوني يجب أن لا يكون هناك دفع آخر يمكن إعماله غيره، لهذا يقال أنّ الدفع بالتحايل على القانون إنّما هو دفع احتياطي، ويوضح نبواييه ذلك بقوله أنّ المخالفة التي تترتب على الغش نحو القانون هي مخالفة غير مباشرة، ومن ثمّ فإنّه لو كانت المخالفة مباشرة لأحكام القانون فليس ثمة حاجة لإعمال هذا الدفع، وذلك باعتبار أنّ المخالفة المباشرة يترتب عليها الجزاء المناسب الذي تمليه القواعد العامة²، ويضرب لنا في هذا الشأن الأستاذ "زروتي الطيب" مثلا يميز فيه بين المخالفة المباشرة للقانون والمخالفة غير المباشرة له، وذلك على الوجه التالي: لو أنّ إسبانيا توطنّ في إنجلترا بهدف تطليق زوجته وبالفعل استصدر حكما بذلك وفقا لقانون الموطن والذي هو القانون الإنجليزي (على الرغم من أنّ قانون جنسيته الإسباني لا يجيز الطلاق "قبل سنة 1982")، غير أنّ هذا الطلاق سيكون عديم الأثر في إسبانيا ولا يمكن الاحتجاج به على أساس عدم تطبيق القانون الإسباني الذي يعتمد الجنسية كضابط إسناد في مسائل الطلاق، وفي هذه الحالة المخالفة المباشرة للقانون الإسباني، ومن ثمّ لا حاجة لإعمال الدفع بالغش نحو القانون وذلك لوجود دفع أصلي من شأنه استبعاد تطبيق القانون الإنجليزي، وهو تطبيق قواعد الإسناد الإسبانية المختصة، ولكن لو أنّ هذا الإسباني جاء للجزائر وتجنّس بجنسيتها بغرض الحصول على الطلاق وتحقق له ذلك، في هذه الحالة المخالفة للقانون الإسباني هي مخالفة غير مباشرة، وهي حصول الطلاق حسب ما تقضي

¹ عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص ص 506-507.

² علي علي سليمان، المرجع السابق، ص ص 163-164.

به قاعدة الإسناد الإسبانية (ضابط الجنسية)، غير أنّ هذا التجنّس مجرد وسيلة مشروعة مصطنعة لتحقيق غرض غير مشروع وهو الحصول على الطلاق، وفي هذه الحالة (حالة المخالفة غير المباشرة) لا مناص من إعمال الدفع بالغش نحو القانون من أجل إبطال الطلاق، وذلك لعدم وجود وسيلة أخرى يمكن استخدامها من أجل إبطال آثار هذه النتيجة¹.

وفي الأخير يرى نبوييه أنّه لمعرفة أنّ مخالفة القانون مباشرة أو غير مباشرة، يجب النظر للوسيلة المستخدمة للوصول إلى النتيجة، فإذا كانت الوسيلة مشروعة فإنّ المخالفة غير مباشرة وبالتالي لا مفر من إعمال الدفع بالغش نحو القانون، وأمّا إذا كانت الوسيلة المستخدمة غير مشروعة فالمخالفة للقانون هي مخالفة مباشرة، وبالتالي لا حاجة لإعمال الدفع بالغش نحو القانون لأنّ الجزاء الذي يترتب على عدم المشروعية هو البطلان طبقاً للقواعد العامة².

من خلال ما سبق بيانه، يتضح أنّ هناك شرطان يجب توافرها من أجل إعمال الدفع بالغش نحو القانون، وهما محل إجماع فقها وقضاء، يتمثلان في: إجراء تغيير في ضابط الإسناد (وهو العنصر المادي للغش)، وتوافر نية الغش أو التحايل على القانون (وهو العنصر المعنوي له)، بالإضافة إلى اشتراط جانب من الفقه لمجموعة أخرى من الشروط والتي هي محل خلاف بين الفقهاء، من بينها: أن يكون الغش موجه لقاعدة آمرة في قانون القاضي، وتحقق النتيجة غير المشروعة، وأن لا يكون هناك دفع آخر غير الدفع بالغش نحو القانون.

¹ زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، مرجع سابق، ص 167.

² علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 164.

المطلب الثاني

الآثار المترتبة على الغش نحو القانون

تتعدد الآراء حول الأثر المترتب على الدفع بالغش نحو القانون وحدود الجزاء الذي يتقرر بمقتضاه، والراجح أنّ لهذا الدفع أثران أحدهما سلبي يتمثل في استبعاد القانون الذي أسند له الاختصاص غشا، مع اختلاف بين الفقهاء حول حدود ذلك الاستبعاد (الفرع الأول)، والآخر إيجابي يتمثل في وجوب تطبيق القانون الذي كان مختصا بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الأثر السلبي

(استبعاد القانون الذي أسند له الاختصاص غشا)

إذا كان الهدف من قيام أطراف العلاقة أو أحدهم بالتلاعب في واحد أو أكثر من العناصر الواقعية التي تؤثر في تحديد ضابط الإسناد هو التوصل إلى استبعاد قانون لصالح قانون آخر، فإنّ الجزاء الواجب توقيعه إزاء هذه المخالفة هو إحباط أثر ذلك التلاعب نحو الاختصاص باستبعاد القانون الذي حاول الأطراف التوصل إلى تطبيقه غشا (أثر استبعادي سلبي)¹، وي طرح الفقه تساؤل مهم في هذا المقام هو: إلى أي مدى يسري هذا الأثر السلبي؟

اختلف الفقه في هذه المسألة اختلافا بيّنا، وانقسم الفقهاء في شأن ذلك إلى اتجاهين اتجاها يضيّق من نطاق هذا الاستبعاد ليقصر على عدم نفاذ النتيجة فقط (أولا)، واتجاه ثاني موسع لنطاق هذا الأثر السلبي الاستبعادي ليشمل عدم نفاذ الوسيلة والنتيجة معا (ثانيا) وذلك على النحو الآتي:

¹ إبراهيم احمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 398.

أولاً: الاتجاه الأول: عدم نفاذ النتيجة فقط (الرأي الراجح)

يرى أصحاب هذا الاتجاه (وهو الرأي الغالب فقها وقضاء في فرنسا)¹ ومنهم " نبوييه" أنّ أثر الدفع بالغش نحو القانون يجب أن يقتصر على عدم نفاذ² النتيجة غير المشروعة التي أراد الأفراد تحقيقها من جزاء تغيير ضابط الإسناد، دون الوسيلة المستعملة للوصول إلى تلك النتيجة، وذلك على اعتبار أنّ النتيجة وحدها من تعتبر غير مشروعة، في حين أنّ الوسيلة تمّت بطريقة صحيحة وسليمة تماما ولا تتطوي على أي مخالفة للقانون³.

وترتبا على ذلك إذا تجنّس شخص مثلا بجنسية أجنبية وفقا للشروط المطلوبة لاكتسابها بغية التملّص من الحكم المانع للتطبيق في قانون جنسيته الأصلية، وتحصل على مبتغاه بمقتضى قانون جنسية الدولة الجديدة، فإنّ أثر الغش - حسب هذا الاتجاه - هو عدم نفاذ الطلاق الحاصل وفقا للقانون الجديد، لكن دون أن يتطرق إلى الجنسية الجديدة ذاتها التي تبقى صحيحة منتجة لآثارها القانونية فيما يتصل بأي مسألة أخرى خلاف النزاع المذكور، وعلى ذلك فإنّ أي نزاع مستقبلي متعلق بأهلية هذا الشخص مثلا يقتضي تطبيق قانون جنسيته الجديدة مادام أنّه لم يقدّم بتغيير جنسيته تهرّبا مما يقضي به قانونها في شأن الأهلية بالنسبة لهذا النزاع بالذات⁴.

وكذا فإنّه في قضية "الأميرة بوفرمون" السالف دراستها، فإنّه يقتصر أثر أعمال الدفع بالتحايل على القانون في هذه الحالة على عدم نفاذ الطلاق وبالتالي الزواج الثاني، وهي

¹ عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 559.

² أثر الغش لا يمكن أن يكون البطلان، لأنه لا يمكن لأي دولة أن تقرر ما إذا كان تصرفا ما صحيحا أو غير صحيح في الدولة التي تم إجراؤه فيها، وغاية ما تملك هذه الدولة أن تعتبره غير نافذ في إقليمها، وعليه نستعمل في أثر الغش عدم النفاذ لا البطلان. أعراب بلقاسم، مرجع سابق ص 196-197، غير أنّ فكرة عدم النفاذ يمكن أن توقع في اللبس والخطأ، على اعتبار أنّ هذه الفكرة تعد وفقا لمعناها التقليدي في القانون الخاص، مجرد وسيلة فنية يقصد من ورائها حماية مصلحة خاصة مشروعة للغير، أمّا الدفع بالغش نحو القانون يرمي لحماية سلطان القانون مجردا من المصالح الخاصة، ولذا كان من الواجب استخدام الدفع بالتحايل على القانون في كل حالة يتم التلاعب فيها بقواعد الإسناد للتهرب من أحكام القانون المختص أصلا، ومن ثمّ يجوز الدفع بالغش نحو القانون حتى ولو كان المتمسك بهذا الدفع طرفا في الغش، فلو تواطأ زوجان على التجنس بجنسية دولة أجنبية بغية الحصول على الطلاق بينهما، وحصلا عليه فعلا، ثم تزوج احدهما مرة ثانية فانه يجوز للطرف الآخر أن يتمسك مع ذلك بالدفع بالغش حتى لا ينفذ الطلاق ومن ثمّ الزواج الثاني في مواجهته، ولا شك أنّ هذه النتيجة تخالف القواعد العامة في القانون الداخلي والتي تقضي بأنّه لا يجوز للشخص أن يستند إلى ما يصدر عنه من غش. محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص 528-529.

³ علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 165.

⁴ عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 513.

الغاية التي كانت تصبوا إليها الأميرة حينما قامت بتغيير جنسيتها للتملص من أحكام القانون الفرنسي الواجب التطبيق أصلا والذي كان يحضر الطلاق آنذاك، وعلى ذلك يبقى تجنّس الأميرة صحيحا منتجا لآثاره القانونية في خارج حدود القضية المطروحة¹.

وعلى ذلك فإنّ أثر إعمال نظرية الغش في نظر هذا الجانب من الفقه ينصب على استبعاد تطبيق القانون الذي ثبت له الاختصاص وفقا لضابط الإسناد المفتعل فيما يخص النتيجة فقط، وإعادة الاختصاص إلى القانون الذي أراد الأفراد التهرب من أحكامه، فأثر الغش إذن هو مجرد أثر حلوي استبدالي، بمعنى أنّ القانون المختص أصلا يحل محل القانون الذي حاول الأفراد تطبيقه بعد تلاعبهم بضابط الإسناد فيما يخص النتيجة غير المشروعة فقط².

ويستند هذا الاتجاه في تبرير ما ذهب إليه على مجموعة من الحجج، أهمها ما يلي:

- طبيعة الدفع بالغش: فالدفع بالغش نحو القانون في إطار القانون الدولي الخاص يختلف عنه في القانون الداخلي، فهو في الأول وسيلة احتياطية تستعمل كعلاج أخير لحماية قاعدة التنازع ويجب استعمالها في الحدود التي تحقق تلك الغاية³.

- عدم اختصاص القاضي الوطني للحكم بإبطال الإجراء الذي تمّ بموجبه تغيير ضابط الإسناد، فمثلا إذا قام أحد الأطراف بتغيير جنسيته أو موطنه، وأدّى ذلك لتحويل اختصاص قاعدة الإسناد الوطنية من قانون لآخر، فإنّ القاضي المعروض عليه النزاع ليس من حقه إبطال الإجراء الذي تمّ به تغيير ضابط الإسناد، لأنّ ذلك يعتبر من صميم أعمال السيادة للدولة التي أصبح يحمل جنسيتها هذا الطرف أو يوجد موطنه الحقيقي فوق أراضيها⁴.

¹ هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 223.

- Daniel Gutmann, op.cit, pp 114-115.

² حفيظة السيّد الحداد، المرجع السابق، ص 324-325.

³ صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص، الجنسية وتنازع القوانين، مرجع سابق، ص 367.

⁴ محمد التغدويني، المرجع السابق، ص 412.

والظاهر أنّ محكمة النقض الفرنسية من هذا الرأي، فقد اقتضت في حكمها في قضية "الأميرة بوفرمون" على اعتبار أنّ تطبيقها وزواجها الثاني عديمي الأثر في فرنسا، ولم تحكم ببطلان تجنّسها بجنسية المقاطعة الألمانية Duché de saxe altermbourg¹.

- كذلك من بين الحجج التي يستند إليها هذا الاتجاه في تبرير موقفه، هو أنّ الإبقاء على الوسيلة دون النتيجة قد يؤدي إلى ما عبّر عنه هذا الاتجاه " بفكرة الجزاء المضاعف"، حيث أنّ المتحايل إذا كان من المؤكد أنّه لن يستفيد من النتائج التي كان يصبوا إليها من جزاء مناوراته التحايلية على القانون الواجب التطبيق أصلا، فإنّ الإبقاء على التغيير الحاصل في ضابط الإسناد قد تترتب عنه نتائج أخرى أكثر صرامة وإضرارا به من القانون الذي تمّ التحايل عليه، وفي ذلك ردع له ومعاملة له بنقيض مقصوده².

- وبضيف مناصروا هذا الاتجاه أنّه لو تمّ استبعاد الوسيلة المشروعة في ذاتها والتي أدت إلى التغيير في ضابط الإسناد، فإنّ النتيجة عندئذ قد تكون لم تتحقق أصلا، وبالتالي فإنّ التحايل يكون منعدما والمنعدم لا يحتاج إلى استبعاد أثره، ومن ثمّ يرى هذا الجانب من الفقه أنّ القانون الجديد يجب استبعاده بناء على النتائج لا بناء على الوسيلة التي تمت بطرق مشروعة³.

نقد هذا الاتجاه:

انتقد هذا الاتجاه الذي يرى بعدم نفاذ النتيجة دون الوسيلة بشدّة واعتبر ما ذهب إليه مجاف للمنطق القانوني السليم، إذ يؤدي إلى خلق أوضاع قانونية تنتج آثارا متناقضة، فالمتحايل الذي تجنّس بجنسية جديدة يبقى خاضعا للقانون الذي تحايل عليه وتهزّب من أحكامه بالنسبة للنتائج التي أراد تحقيقها من خلال تلاعبه بضابط الإسناد، وفي

¹ علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 165.

- Henri BATIFFOL, Paul LAGARDE, Droit international privé, op.cit, pp 433-434.

² صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص، الجنسية وتنازع القوانين، مرجع سابق، ص ص 367-368.

³ محمد التغويني، المرجع السابق، ص 413.

نفس الوقت يخضع لقانون جنسيته الجديدة بالنسبة للآثار الأخرى، وهو ما يبيّن بجلاء أنّ هذا الحل لا يحقق استقرار المراكز القانونية¹.

كما أنّه يشكل جزءا مبالغا فيه، إذ ليس هناك من داع له، فالشخص الذي يكتسب جنسية جديدة إنّما فعل ذلك بغية التملّص من أحكام قانون جنسيته الأولى بشأن تصرف معيّن فقط، ومن ثمّ لم تعد له أية مصلحة للاستمرار في جنسيته الجديدة بسبب زوال الباعث وراء تجنّسه بها، وهو القيام بالتصرف الذي حكم عليه بعدم النفاذ².

ثانيا: الاتجاه الثاني: عدم نفاذ كل من الوسيلة والنتيجة (الاتجاه المرجوح)

يرى جانب آخر من الفقه ومنهم الأستاذ "بيجو نيير" أنّ أثر الغش لا يقتصر على عدم نفاذ النتيجة التي قصد الأفراد الوصول إليها من وراء تغيير ضابط الإسناد فحسب، بل يجب أن يطال أيضا الوسيلة التي لجأ إليها هؤلاء الأفراد للوصول إلى هاته النتيجة غير المشروعة، فتغيير ضابط الإسناد وإن كان استعمالا لحق مشروع، فالباعث الدافع للقيام به لم يكن كذلك، ومن ثمّ يتعين عدم اعتداد القاضي به³.

وتبعا لذلك ففي قضية "الأميرة بوفرمون" مثلا يجب أن لا يقتصر أثر الغش على عدم نفاذ الطلاق والزواج الثاني الذي أبرمته بمقتضى قانون جنسيته الجديدة، وإنّما يجب أن يطال أيضا الوسيلة التي استعملتها وهي تجنّسها بجنسية إحدى المقاطعات الألمانية Duché de saxe altermbourg ، فتبقى بذلك فرنسية ليس فقط بالنسبة لتتازع القوانين، وإنّما أيضا بالنسبة لجميع الحالات الأخرى⁴.

ويستند أنصار هذا الاتجاه فيما ذهبوا إليه على مجموعة من الحجج، أبرزها ما يلي:

- يبرّر هذا الاتجاه من الفقه موقفه هذا والقاضي بشمولية الجزاء للوسيلة والغاية معا بأنّ

¹ أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 198.

² جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص 234.

³ أمين رضا رشيد دواس، المرجع السابق، ص ص 259-260.

⁴ أعراب بلقاسم، المرجع نفسه، ص 197.

ذلك يؤدي إلى السهولة في تطبيقه، حيث أنّ عدم نفاذ النتيجة غير المشروعة باستبعاد تطبيق أحكام قانون الدولة التي أسند الاختصاص إليها بسبب ضابط إسناد مفتعل، وكذا عدم نفاذ الوسيلة، كل ذلك يجنب المشاكل القانونية التي تحدث من جرّاء تطبيق قانون على النتيجة غير المشروعة، وتطبيق قانون آخر على الوسيلة¹.

- كذلك من بين مبررات هذا الجانب من الفقه هو تقادي الازدواجية في معاملة الشخص، فالآثار العرضية والجزئية المترتبة على الغش غير مهمة بالنسبة إلى المتحايل، ممّا يتعيّن عدم نفاذها هي الأخرى، فمن غير المعقول تجزئة العمل القانوني الواحد فيعترف ببعض الآثار العرضية غير المهمة، دون الاعتراف بالبعض الآخر الذي انصرفت إليه نيته، من أجل ذلك يتعيّن تعميم الجزاء ومحو كل الآثار الناجمة عن ارتكاب الغش².

- ثم إنّ محكمة النقض الفرنسية في قضية "الأميرة بوفرمون" ذكرت بصريح العبارة أنّ هذه السيدة لازالت تتمتع بالجنسية الفرنسية، ولا يهم ما يقضي به قانون المقاطعة الألمانية من صحة تجنّسها أو عدم صحته³.

- كما يبرّر مناصروا هذا الاتجاه رأيهم بالقاعدة العامة "أن الغش يفسد كل شيء" المعروفة في القانون الداخلي، حيث أنّها تطبّق في هذا الأخير حتى وإن كانت الوسيلة المستخدمة مشروعة في ذاتها فالنية السيئة المصاحبة لها تفسدها، ذلك أنّ الغاية عندهم لا تبرّر الوسيلة ومن ثمّ لا يمكن الفصل بينهما⁴.

- من جانب آخر فإنّ شمولية جزاء الغش للوسيلة والغاية معا من شأنه أن يجنب الأفراد مضاعفة الجزاء الذي وإن حدث سيكون بدون وجه حق، فالأميرة بوفرمون أرادت فقط

¹ زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، مرجع سابق، ص 270.

² صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص، الجنسية وتنازع القوانين، مرجع سابق، ص 369.

³ Henri BATIFFOL, Paul LAGARDE, Droit international privé, op.cit, pp 433.

⁴ صلاح الدين جمال الدين، المرجع نفسه، ص ص 368-369.

التملّص من أحكام القانون الفرنسي التي تمنع الطلاق، فلماذا يمدّد لها الجزاء إلى آثار لم تبحث عنها أصلاً، والمنطق يقضي بقصر جزاء الغش على الأثر الذي ارتكب التحايل من أجله دون غيره¹.

والملاحظ أنّ هذا الحل لا يثير أيّة صعوبة إذا ما تمّ الغش عن طريق قيام المتحايل بإجراء أو تصرف قانوني معين كالتجنس بجنسية جديدة مثلاً، وهنا تندمج الغاية في الوسيلة ومن ثمّ لا يمكن الفصل بينهما، وعليه إذا ما تمّ إبطال الإجراء القانوني فإنّه ستبطل كل التصرفات المبنية عليه، وأمّا إذا تحقق التحايل بواسطة إجراء أو تصرف مادي، على شاكلة نقل منقول من بلد لآخر تهريباً من أحكام قانون دولة الموقع الأول، فإنّه يتعذر شمولية الجزاء للوسيلة والغاية معاً، وبالتالي يقتصر أثر الغش على الغاية غير المشروعة فقط وأما الوسيلة فلا يمكن أن يطالها هذا الجزاء، على أساس أنّه لا يمكن تجاهل الواقعة المادية الجديدة التي أدت إلى تغيير ضابط الإسناد بشكل كامل، فمثلاً لو أتلّف هذا المنقول في البلد الذي نقل إليه فلا يمكن أن تخضع المسؤولية عن تلفه للقانون الذي ارتكب نحوه الغش لأنّه انتقل من دائرة سلطانه، وبالتالي يجب أن تخضع هذه المسؤولية لقانون دولة الموقع الجديد اعترافاً بالواقع المادي الحاصل فعلاً والذي لا يمكن تجاهله إطلاقاً، والقول بخلاف ذلك يتضمن إنكار لحالة واقعية ثابتة فحواها وجود المنقول في إقليم الدولة التي نقل إليها².

وعليه فإنّ الرأي الراجح من خلال ما سبق بيانه، هو أنّ أثر الدفع بالغش نحو القانون يجب أن يقتصر على عدم نفاذ النتيجة غير المشروعة التي أراد الأفراد تحقيقها من جرّاء تغيير ضابط الإسناد، دون الوسيلة المستعملة للوصول إلى تلك النتيجة، وذلك على اعتبار أنّ النتيجة وحدها من تعتبر غير مشروعة، في حين أنّ الوسيلة تمّت بطريقة صحيحة وسليمة تماماً ولا تنطوي على أي مخالفة للقانون.

¹ أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 197.

² نادية فضيل، الغش نحو القانون، مرجع سابق، ص 165؛ علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 165؛ أعراب بلقاسم، المرجع نفسه، ص 199.

الفرع الثاني

الأثر الإيجابي

(تطبيق القانون المختص أصلا والذي قصد الأطراف التهرب من أحكامه)

عندما يتم استبعاد تطبيق القانون الذي ثبت له الاختصاص غشا، إعمالا للدفع بنظرية الغش نحو القانون، فإنه يترتب على ذلك نشوء فراغ قانوني يتعين سدّه بإسناد الاختصاص إلى قانون آخر يحكم العلاقة القانونية، ويجمع الفقه والقضاء على إعادة الاختصاص إلى القانون الواجب التطبيق أصلا والذي قصد الأفراد التهرب من أحكامه، وذلك على اعتبار أن التحايل على القانون هو اعتداء على قاعدة التنازع الوطنية وإهدار للاعتبارات التي تقوم عليها (حاجة المعاملات الدولية واعتبار العدالة)، ودرء هذا الاعتداء لا يكون إلا بإعادة سلطانها، وذلك بتطبيقها على النحو الذي كان يجب أن تطبق عليه لو لم يحدث تغيير أو تلاعب بضابط الإسناد، وهذا ما قام به القضاء الفرنسي في قضية "الأميرة بوفرمون" عندما استبعد القانون الألماني الذي ثبت له الاختصاص غشا بعد أن تجنست الأميرة بجنسية إحدى مقاطعاته، بغية التهرب من الأحكام التي تمنع الطلاق في قانون جنسيتها الأولى، وطبق بعد ذلك القانون الفرنسي الواجب التطبيق أصلا مما ترتب على ذلك إبطال الطلاق وكذا الزواج الثاني¹.

ولما كانت قاعدة التنازع توصف بأنها قاعدة مزدوجة الجانب، وذلك يعني أنها قد تشير إلى اختصاص قانون القاضي، كما قد تشير إلى اختصاص قانون أجنبي آخر ليحكم النزاع، وترتبيا على ذلك فإن الأثر الإيجابي لإعمال الدفع بالتحايل على القانون قد يؤدي إلى حلول قانون القاضي محل القانون المستبعد، كما قد يؤدي إلى حلول قانون أجنبي محلّه².

¹ محمد التغدويني، المرجع السابق، ص 413.

² صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص، الجنسية وتنازع القوانين، مرجع سابق، ص 370.

ويجمع الفقه على تأييد هذا الموقف، على اعتبار أنّ التحايل على القانون هو في حد ذاته يعتبر تعطّيلاً لتطبيق القانون الذي تشير إليه قاعدة التنازع التي تمّ التلاعب بضابط الإسناد فيها، ومن ثمّ وجب إعادة الاختصاص إلى القانون الذي أراد المتحايل التملّص من أحكامه، وذلك بغض النظر عن طبيعة هذا القانون ما إذا كان قانوناً وطنياً أم أجنبياً، وبالتالي لا يجب حصر الاختصاص المذكور لقانون القاضي وحده وذلك لكون أنّ مفعول هذا القانون المختص بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية مازال قائماً ولم يفقد سلطانه، وكذا لكون أنّ الاعتداء على اختصاص هذا القانون إنّما هو اعتداء على قاعدة التنازع الوطنية التي تشير إلى تطبيقه، ومن ذلك كله فإنّ القانون الذي يحل محل القانون المستبعد في حكم العلاقة القانونية هو القانون الواجب التطبيق بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية قبل التحايل عليها، سواء أكان هذا القانون هو قانون القاضي أو قانون أجنبي¹.

ويبدو أنّ هذا الرأي هو الذي تبناه المشرع الجزائري، عندما قضت المادة 24 من القانون المدني على استبعاد تطبيق القانون الأجنبي إذا كان مخالفاً للنظام العام، أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون، ثمّ نص في الفقرة الثانية على أنّ القانون الجزائري هو الذي يطبق محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام، وسكت بالمقابل على طبيعة القانون الذي يحل محل القانون المستبعد في حالة ثبوت التحايل، مما يعني أنّه قد يكون هذا القانون هو القانون الجزائري إذا كان هو القانون المختص بموجب قاعدة الإسناد المتحايل عليها، كما قد يكون قانوناً أجنبياً إذا كانت هذه الأخيرة تشير باختصاصه².

من خلال كل ما سبق بيانه، يتضح أنّه لإعمال الدفع بالغش نحو القانون أثاراً مهماً، أثر سلبي يتمثل في استبعاد القانون المصطنع الذي أسند له الاختصاص غشاً فيما يخص النتيجة غير المشروعة فقط دون الوسيلة المستعملة للوصول إلى تلك

¹ محمد التغدويني، المرجع السابق، ص 414.

² دغيش أحمد، الغش نحو القانون في مجال العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 171.

النتيجة، وذلك على اعتبار أنّ النتيجة وحدها من تعتبر غير مشروعة، في حين أنّ الوسيلة تمت بطريقة صحيحة وسليمة تماما ولا تنطوي على أي مخالفة للقانون، وأثر إيجابي ملازم للأثر السلبي من أجل سد الفراغ التشريعي الذي يتركه استبعاد القانون المصطنع فيما يخص النتيجة غير المشروعة، وإسناد الاختصاص للقانون الواجب التطبيق أصلا لو لم يتم لتغيير ضابط الإسناد.

خاتمة

من خلال ما تقدّم بيانه يتبيّن لنا الدور المهم والفعال الذي تلعبه موانع تطبيق القانون الأجنبي، سواء الدفع بالنظام العام أو نظرية الغش نحو القانون في حماية الأسس الجوهرية والمبادئ الأساسية والمثل العليا لدولة القاضي، فالنظام العام يعتبر صمّام الأمان الذي يحمي تلك الأسس ويمنع تسرب وانفلات القوانين الأجنبية التي تتعارض جذريا مع ذلك، كما يلعب الغش نحو القانون دورا فعّالا أيضا من خلال وقوفه بالمرصاد ضد المتحايلين ومنعهم من التلاعب بقواعد التنازع الوطنية بتغيير ضوابط الإسناد بغية التهرب من أحكام القانون المختص أصلا لحكم النزاع.

لكن تجدر الإشارة إلى أنّه رغم هذا الدور المهم والكبير لموانع تطبيق القانون الأجنبي على النحو السالف إلاّ أنّها لا تعدو أن تكون وسيلة استثنائية لتعطيل الأعمال الطبيعي لقواعد الإسناد الوطنية، حيث تبقى دائما الأولوية لتطبيق القانون الذي تشير باختصاصه قواعد التنازع.

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

كما قد يتضح لدى قاضي النزاع أنّ اختصاص قانون معين للفصل في النزاع المطروح عليه، نشأ عن طريق تحايل أطراف العلاقة القانونية وتلاعبهم بقاعدة التنازع

نتيجة قيامهم بتغيير في ضوابط الإسناد بغية الإفلات من أحكام القانون المختص أصلاً بحكم هذه العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي، فيقوم القاضي عندئذ باستبعاد هذا القانون وإعادة الاختصاص للقانون المختص أصلاً، وذلك إعمالاً لنظرية الغش نحو القانون.

ومن ثمّ فإنّ القاضي المعروض عليه النزاع لا يعمل هذين الدفيعين (الدفع بالنظام العام، والدفع بالغش نحو القانون) إلاّ إذا توافرت شروط ذلك.

غير أنّ إعمال هذين الدفيعين تعترضه صعوبات بالغة من الناحية التطبيقية، لعلّ أبرز تلك الصعوبات تعذر وضع مفهوم ثابت ودقيق لفكرة النظام العام، نظراً لكونه فكرة نسبية ومتطورة تتغير بتغير المكان والزمان من جهة، وكذا لكون أنّ فكرة الغش تعتمد على توافر نية التحايل والتي هي مسألة داخلية وجدانية يصعب إثباتها من جهة أخرى، وهذا ما أدّى إلى منح سلطة تقديرية واسعة للقاضي في كلا الدفيعين، ففي الدفع الأول ونظراً للخصائص السالف ذكرها لفكرة النظام العام يتمتع القاضي بسلطة تقديرية واسعة في فحص كل حالة على حده وتقدير ما يعتبر وما لا يعتبر من النظام العام، لدرجة أنّه قيل أنّ القاضي مشرّع في هذه الدائرة المرنة، وفي الغش نحو القانون كذلك منح للقاضي نفس السلطة في تقدير توافر نية التحايل من عدمه، وهو أمر غاية في الصعوبة لتعلقه بمسألة نفسية داخلية، وذلك ما من شأنه أن يؤدي إلى خطر الوقوع في الخطأ.

هذه السلطة التقديرية على النحو السالف الذكر جعلت جانب من الفقه يبدي تخوفه من أن يؤدي ذلك إلى تشكل سلطة تحكمية في يد القاضي قد يسيئ استعمالها، غير أنّه يمكن التخفيف من حدّة تلك المخاوف بالنسبة لحالة الدفع بالنظام العام خاصة إذا علمنا أنّ هذه السلطة التقديرية لا تعني أبداً ترك الأمر للتقدير الشخصي للقاضي ولمعتقداته الخاصة وإنّما يتعين عليه أن يستلهم المبادئ الجوهرية السائدة في دولته، بمعنى يجب أن يكون تقديره موضوعياً بحثاً يستوحى من خلاله شعور الجماعة، ويبتعد كل البعد عن ميولاته الشخصية في تقدير اعتبار مسألة من النظام العام من عدمه، أمّا بالنسبة لحالة الدفع بالتحايل على

القانون فعلى القاضي أن يكون شديد الحذر في تقديره لتوافر نية الغش، ثم أنّ القاضي موكول له كل ما يتعلق بالإثبات والبيّنات وهذه من جملتها.

هذا ويمكن تبديد تلك المخاوف إذا علمنا أنّ هذه السلطة التقديرية في كلا الدفيعين تخضع لرقابة المحكمة العليا، وهو ما من شأنه أن يعطي ضمانا حقيقية لعدم حيف القاضي في تقديره ولا لتحكيم أهوائه وميولاته الشخصية.

ويترتب على أعمال موانع تطبيق القانون الأجنبي سواء بالنسبة للدفع بالنظام العام أو نظرية الغش نحو القانون أثران مهمان في كليهما، الأول سلبي يتمثل في استبعاد القانون الأجنبي المخالف للنظام العام في دولة القاضي بالنسبة لحالة الدفع بالنظام العام، واستبعاد القانون الذي أسند له الاختصاص غشا بالنسبة لحالة الدفع بالتحايل على القانون، وفي كلتا الحالتين حدث اختلاف فقهي قابله غياب حسم تشريعي فيما يخص مدى هذا الاستبعاد أيكون كلي أم جزئي بالنسبة للقانون الذي يصطدم مع مقتضيات النظام العام بالنسبة للدفع الأول، وما إذا كان يتم استبعاد النتيجة غير المشروعة فقط دون الوسيلة المستعملة أم يستبعدان معا بالنسبة للدفع الثاني، غير أنّ الراجح هو الاستبعاد الجزئي في الدفع بالنظام العام، ماعدا حالة ارتباط أجزاءه ارتباطا تتعذر من خلاله التجزئة فلا مفر عندئذ من الاستبعاد الكلي، وأمّا الراجح في الدفع الثاني فهو أنّ الجزء يطال النتيجة غير المشروعة دون الوسيلة المستعملة، ويقابل هذا الأثر السلبي أثر ثاني إيجابي ملازم له يتمثل في إحلال قانون بديل يحل محل القانون المستبعد لتطبيقه على العلاقة القانونية محل النزاع، وإذا كان هناك شبه إجماع في تحديد هوية هذا القانون بالنسبة لحالة الغش بإحلال القانون المختص أصلا لو لم يحدث تلاعب بضابط الإسناد، فإنّه حدث اختلاف فقهي كبير حول هوية القانون الذي يحل محل القانون المستبعد باسم النظام العام، غير أنّ الراجح هو إحلال قانون القاضي محل القانون المستبعد باعتباره صاحب الولاية العامة وله دور احتياطي وكذا لسهولة تطبيقه من طرف القاضي الوطني، وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري في الفقرة 02

من المادة 24 من ق م، هذا ولا تنتهي تلك الصعوبات عند هذا الحد حيث قد يخلو قانون القاضي من نص بديل يحكم المسألة بعد استبعاد القانون المختص، أو قد تكون القاعدة الموجودة غير ملائمة، عندئذ على القاضي أن يجد الحل بالرجوع إلى القانون الطبيعي والمبادئ العامة للقانون سواء في قانونه أو في القوانين الأجنبية.

ومن خلال كل ذلك توصلنا إلى جملة من النتائج أهمها ما يلي:

01- القاعدة العامة تقضي بتطبيق القانون المختص والذي أشارت إليه قاعدة الإسناد، سواء كان قانون القاضي أم قانون أجنبي، ولكن هذه القاعدة ليست مطلقة بل يرد عليها استثناءات تعرف بموانع تطبيق القانون الأجنبي (الدفع بالنظام العام والغش نحو القانون).

وتلك الموانع إنما هي عملا ذا طابع استثنائي لتعطيل الأعمال الطبيعي لقواعد الإسناد الوطنية، ومن ثمّ وجب أن يكون استخدامها مقرونا بالحكمة والاعتدال، لا يتم اللجوء إليها إلا في الأحوال التي تستدعي ذلك فعلا في الفروض التي تقتضيها المصلحة العليا للمجتمع تدخله لحماية المبادئ الأساسية في المجتمع ضد القوانين التي يمكن أن تتال منها وذلك للحيلولة دون تعطيل قواعد الإسناد دون مبرر حقيقي.

02- نلاحظ بأنّ المشرع الجزائري من خلال تعديله للمادة 24 من القانون المدني بموجب القانون 05-10 المؤرخ في 20/06/2005 أين أضاف حالة الغش نحو القانون كمانع لتطبيق القانون الأجنبي يكون قد راعى في ذلك ما توصل إليه الفقه الحديث معتمدا في ذلك على مذاهب أغلبية الفقهاء وما استقر عليه القضاء هذا الشأن.

03- هناك صعوبة بالغة في إعمال الدفعين، بسبب تعذر وضع مفهوم ثابت ودقيق بالنسبة للنظام العام من جهة، وكذا بسبب صعوبة إثبات توافر نية التحايل التي يتوقف عليها إعمال نظرية الغش نحو القانون من جهة أخرى، ولذلك تمّ منح سلطة تقديرية واسعة للقاضي في كلتا الحالتين.

04- يعتبر كل من النظام العام ونظرية الغش نحو القانون سلاحا ذو حدين، فهما من جهة وسيلتان فعالتان لحماية النظام القانوني والمقومات الأساسية والأسس الجوهرية لمجتمع دولة القاضي وذلك باعتبار النظام العام صمّام أمان يحمي تلك الأسس، ويمنع تسرّب وانفلات القوانين الأجنبية التي تتعارض جذريا مع ذلك، ونفس الدور تقريبا تلعبه نظرية الغش نحو القانون سواء من خلال حماية القواعد الموضوعية في قانون القاضي إذا كان هو القانون المتحايل على أحكامه، أو من خلال حماية قواعد الإسناد فيه إذا كان القانون المتحايل على أحكامه هو قانون أجنبي باعتبار أنّ تلك القواعد هي من أشارت باختصاصه، ومن جهة أخرى من شأن المبالغة في اللجوء إليهما (خاصة الدفع بالنظام العام) الإضرار بالتعايش المشترك بين النظم القانونية التي تهدف لتحقيقه قواعد التنازع في مختلف التشريعات، كما يخلّ بتوقعات الأفراد المشروعة في مجال التجارة الدولية، باعتبار أنّه يحول دون تطبيق القانون الذي يحفظ هذه التوقعات، ومن ثمّ يعرضان إطراد المعاملات التجارية والاقتصادية وكذا التعاون الدولي إلى الخطر، لذلك يجب اتباع الاعتدال والحكمة والمنطق الذي يمليه العقل وضرورة التعاون الدولي في استخدامهما وإلّا قضي على الهدف الذي وضعت من أجله قواعد التنازع، وهو ما يحتاج إلى قضاة بارعين يستطيعون الموازنة بين الهدفين.

05- يعتبر الدفع بالغش نحو القانون نظرية قائمة بذاتها ودفع مستقل، وليس من تطبيقات النظام العام كما ذهب إليه البعض.

06- يعتبر المجال الرئيسي لإعمال كلا المانعين هو ميدان الأحوال الشخصية نظرا للاختلاف البين بين مختلف الأنظمة القانونية في تنظيمها من جهة، وكذا على اعتبار أنّ هذه المسائل عموما تعتمد على ضابطي الجنسية والموطن وهما من أكثر الضوابط التي يكون لإرادة الأفراد دخل في اختيارها أو تغييرها، غير أنّ ذلك لا يمنع من إعمالها في باقي المجالات، فمتى كان الاصطدام مع المقومات الأساسية لمجتمع القاضي تمّ إعمال

الدفع بالنظام العام، ومتى تم التلاعب بضابط الإسناد في الحالات التي يكون للإرادة دور في ذلك تم إعمال الدفع بالغش نحو القانون.

07- يترتب على إعمال الدفعين أثران مهمان ومتلازمان، أثر سلبي يتمثل في استبعاد القانون الأجنبي المخالف للنظام العام أو الذي ثبت له الاختصاص غشا، وأثر إيجابي يتمثل في إحلال قانون بديل لحسم النزاع، والذي في الغالب هو قانون القاضي بالنسبة لحالة مخالفة النظام العام، والقانون المختص أصلا لولا التحايل بالنسبة لحالة التحايل على القانون، مع اختلاف فقهي كبير حول مدى الأثر السلبي الاستبعادي في الدفعين.

08- قد يحدث أن يعجز القاضي عن إحلال قانونه الوطني محل القانون المستبعد، وذلك إما لعدم وجود قاعدة قانونية في الأصل وإما لعدم ملائمة القاعدة الموجودة، وثمة التزام عام يقع على عاتق القاضي بأن يفصل في المنازعة سواء كانت هذه المنازعة وطنية أو تحوي على عنصر أجنبي والا يكون منكرا للعدالة، عندئذ عليه أن يبحث عن الحل بالرجوع إلى القانون الطبيعي والمبادئ العامة للقانون سواء في قانونه أو في القوانين الأجنبية.

09- الاعتراف بالحقوق المكتسبة في الخارج هو مجرد تلطيف لمفعول النظام العام، ولا يعني استبعاد كلي لفكرة النظام العام في جميع الأحوال بالنسبة لحق اكتسب في الخارج، ثم إنّ الأخذ بهذه الفكرة (فكرة الأثر المخفف) هو أمر تقتضيه أطراد طبيعة المعاملات الدولية، حيث أن إعمال صرامة الدفع بالنظام العام بشأن مراكز قانونية تتم في الخارج، من شأنه الحد من قيام علاقات قانونية تمتد عبر حدود الدول بشكل قد يهدد العلاقات الخاصة الدولية ويصيب التجارة الدولية بأضرار بليغة، غير أنّ الأمر ليس على إطلاقه فلا يمكن الأخذ بهذه الفكرة في البلدان الإسلامية التي تتبنى الشريعة الإسلامية كمصدر أساسي لها في مسائل الأحوال الشخصية، ومن بينها الجزائر، حيث أنّ تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية واجبا على القاضي دونما تمييز بين حق نشأ في دولته، أو تم اكتسابه في خارجها، فالإسلام ينكر إعمال فكرة الأثر المخفف للنظام العام، فلا يمكن لقاضي جزائري مثلا الاعتراف بآثار

زواج نشأ صحيحا في الخارج بين شخصين من نفس الجنس، فقواعد الشريعة الإسلامية تمنعه من التمييز بين إنشاء الحق في دولته أم خارجها.

كما لا يمكن إعمال الدفع بالغش نحو القانون في حالة تغيير الديانة إلى الإسلام، وذلك حفاظا على النظام العام الإسلامي.

10- هناك بوادر نظام عام دولي تلوح في الأفق، فبالرغم من كل العوائق والانتقادات التي قيلت في هذا الشأن، إلا أنه ونتيجة لتأثيرات العولمة وبخاصة في المجالين التجاري والاقتصادي فقد كان لكل ذلك الأثر البالغ على المنظومات التشريعية الوطنية، فيلاحظ أنّ هناك محاولات جادة آتيا للتمييز بين النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي، حيث أنّ العد التنازلي قد بدأ في تهميش وتجاهل ما يعد من النظام العام الداخلي، وبالتالي الأخذ في الاعتبار بما يعد من النظام العام الدولي وفق المفهوم الجديد للنظام العام، ويوجد من الدلائل ما يؤكد ذلك فقد بدأت بعض التشريعات العربية على غرار الجزائر تتحى هذا النحو من خلال تضمين قوانينها ما يدل على ذلك، من ذلك ما جاء في نص المادتين **1/1051** و **6/1055** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، حيث أضحي لمفهوم النظام العام الدولي موقعا بديلا عن النظام العام الداخلي.

11- نوصي بضرورة احترام القاضي الوطني المعروض عليه النزاع المشتمل على عنصر أجنبي عند حالة إعمال الدفع بالنظام العام بأن يراعي في مفهوم النظام العام والآداب العامة حسب الاتجاه الغالب في المجتمع (مذهب الجماعة الوطنية)، وبخاصة في حالة عدم وجود نصوص قانونية صريحة تحدد ما هو مخالف للنظام العام والآداب العامة، وأن لا يحكم في ذلك قناعاته ومذهبه الشخصي.

12- هناك نقص واضح يعترى نص المادة **24** من القانون المدني الجزائري، حيث لم تتطرق إلى بعض الفروض التي يمكن أن تثار أمام القاضي المطروح أمامه النزاع، من ذلك

حالة عدم وجود نص بديل أو ملائم في قانون القاضي يحل محل القانون الأجنبي المستبعد باسم النظام العام، كما لم تفصل المادة في مدى هذا الاستبعاد سواء في حالة الدفع بالنظام العام أو الغش نحو القانون.

قائمة المراجع

أولاً-الكتب:

أ- باللغة العربية:

- 01- إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، بدون دار نشر 1997.
- 02- أحمد محمد الهواري، الوجيز في القانون الدولي الخاص الإماراتي، الطبعة الأولى إثراء للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2008.
- 03- أحمد مسلم، موجز القانون الدولي الخاص المقارن (في مصر ولبنان)، الجنسية والمواطن، مركز الأجنبي، تنازع القوانين، دار النهضة العربية للطباعة والنشر بيروت، لبنان، بدون سنة نشر.
- 04- أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، تنازع القوانين الطبعة العاشرة، دار هومة، الجزائر، 2008.
- 05- أمين رضا رشيد دواس، تنازع القوانين في فلسطين، دراسة مقارنة، دار الشروق للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2001.
- 06- بدر الدين عبد المنعم شوقي، الوسيط في القانون الدولي الخاص المصري، تنازع القوانين، الاختصاص القضائي الدولي، بدون دار نشر، وبدون تاريخ طبعة.
- 07- جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2005.
- 08- حفيظة السيّد الحدّاد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، المبادئ العامة في تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009.
- 09- حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الطبعة السادسة، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2011.
- 10- زروتي الطيب، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.
- 11- زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، الجزء الأول، تنازع القوانين، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 2000.

- 12- سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، المضمون الواسع المتعدد الموضوعات، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان 2009.
- 13- سامي بديع منصور، أسامة العجوز، القانون الدولي الخاص، الطبعة الثالثة منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009.
- 14- سامي بديع منصور، عبده جميل غصّوب، نصري أنطوان دياب، القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، مجد المؤسسات الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت لبنان، 2009.
- 15- سامي بديع منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، دار العلوم العربية، بيروت، لبنان، 1994.
- 16- صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص، الجنسية وتنازع القوانين، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، الطبعة، الأولى 2008.
- 17- صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون الطبعة الثالثة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2007.
- 18- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009.
- 19- عبده جميل غصّوب، دروس في القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2008.
- 20- عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، الطبعة السادسة، دار النهضة العربية القاهرة، 1969.
- 21- عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2007.
- 22- علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، الطبعة الخامسة

- ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2008.
- 23- عليوش قريوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، تنازع القوانين الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، 2007.
- 24- غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2011.
- 25- غالب علي الداودي، حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول الجنسية، الموطن، مركز الأجانب وأحكامه في القانون العراقي، بدون دار نشر وبدون تاريخ طبعة.
- 26- محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، الجنسية، الموطن، مركز الأجانب مادة التنازع، الطبعة الأولى، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، مصر 2006.
- 27- محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان، الأردن، 2009.
- 28- محمد المبروك اللافي، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع الليبي، منشورات الجامعة المفتوحة، 1994.
- 29- محمد التغدويني، الوسيط في القانون الدولي الخاص، الطبعة الثالثة، مطبعة أنفو- برانت، فاس، المغرب، 2009.
- 30- ممدوح عبد الكريم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2005.
- 31- موحند إسعاد، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، قواعد التنازع، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 1989.
- 32- نادية فضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2001.

33- نادية فضيل، الغش نحو القانون، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، بوزريعة الجزائر، 2005.

34- هشام صادق، عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، الاختصاص القضائي، ديوان المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2007.

35- هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، الدار الجامعية للطباعة والنشر بيروت، لبنان، بدون سنة نشر.

36- هشام صادق، تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر 2007.

ب- باللغة الفرنسية:

01- Bernard AUDIT, droit international privé, 4^{ème} édition, Economica, Paris 2006.

02- Daniel GUTMANN, Droit international privé, 5^{ème} édition, Dalloz, Paris 2007.

03- Mohand ISSAD, Droit international privé, Les règles de conflits, Office des publications universitaire, Alger, 1980.

04- Henri BATIFFOL, Paul LAGARDE, Droit international privé, Septième édition. Tom 1, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1981.

05- Pierre MAYER, Vincent HEUZE, Droit international privé, 8^{ème} édition Montchrestien, Paris, 2004.

06- Yvon LOUSSOUARN, Pierre BOUREL, Pascal De VAREILLES-SOMMIÈRES, Droit international privé, 8^{ème} édition, Dalloz, Paris, 2004.

ثانيا - الرسائل والمذكرات الجامعية:

أ- باللغة العربية:

01- بلمامي عمر، الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة، بحث لنيل دبلوم الماجستير في العقود والمسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، جامعة الجزائر، 1986.

02- عبد الوافي عز الدين، القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، مذكرة لنيل درجة الماجستير، فرع القانون الخاص، تخصص قانون السوق، كلية الحقوق، جامعة جيجل، السنة الجامعية (2008/2007).

03- مجدوب كوثر، الدفع بالنظام العام في تنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، تخصص قانون السوق، كلية الحقوق جامعة جيجل 2008/2007.

04- مريني فاطمة الزهرة، النظام العام كأداة لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي على ضوء تعديل 2005 للقانون المدني (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل درجة الماجستير في إطار مدرسة الدكتوراه، عقود ومسؤولية، كلية الحقوق جامعة أمحمد بوقرة بومرداس، 2010/2009.

05- مسعود بور غدة نريمان، حل تنازع القوانين لصالح قانون القاضي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 2011/2010.

06- نادية فضيل، الغش نحو القانون، بحث مقدم للحصول على درجة الماجستير في العقود والمسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، جوان 1984.
ب- باللغة الفرنسية:

- Paul LAGARDE, recherches sur l'ordre public en droit international privé
Thèse pour le doctorat, Université de Paris, Faculté de droit, 1959.

ثالثا - المقالات:

01- بلمامي عمر، أثر الاتفاقيات الدولية في أعمال فكرة النظام العام، دراسة في ضوء القانون الولي الخاص، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، الجزء 33، رقم 01، 1995.

02- بلمامي عمر، تنفيذ الأحكام الأجنبية وإشكالية الدفع بالنظام العام في الجزائر، دراسة مقارنة، الملتقى الدولي حول تنفيذ الأحكام والسندات الأجنبية وقرارات التحكيم الدولي كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة يومي 24 و25 أفريل 2013.

- 03- دغيش أحمد، الغش نحو القانون في مجال العلاقات الدولية الخاصة، مداخلة مقدمة في اطار ملتقى وطني يومي 21 و 22 أبريل 2010 بجامعة ورقلة بعنوان تنظيم العلاقات الدولية الخاصة في الجزائر واقع متطور.
- 04- ختام عبد الحسن، موانع تطبيق القانون الأجنبي، مجلة الكلية الإسلامية الجامعة العدد 06، 2009.
- 05- خوالدية فؤاد، الدور الاحتياطي لتطبيق القانون الجزائري، الملتقى الوطني حول تنظيم العلاقات الدولية الخاصة في الجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق جامعة قاصدي مرباح ورقلة، ورقلة يومي 21 و 22 أبريل 2010.
- 06- سلطان عبد الله محمود، الدفع بالنظام العام وأثره، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 12، العدد 43، 2010.
- 07- شيخ نسيم، النظام العام والآداب العامة، مجلة الفقه والقانون، مجلة شهرية الكترونية تعنى بنشر البحوث العلمية القانونية نشر بتاريخ، بدون عدد، 15 يونيو 1012.
- 08- عبد الرسول كريم أبو صيبغ، أثر الغش نحو القانون على ظرف الإسناد، مجلة مركز دراسات الكوفة، المجلد 01، العدد 19، 2010.
- 09- كريم مزعل شبي الساعدي، مفهوم قاعدة الإسناد وخصائصها، دراسة مقارنة في تنازع القوانين، مجلة جامعة كربلاء، المجلد الثالث، العدد الثالث عشر، كانون الأول 2005.
- 10- محمد وليد هاشم المصري، محاولة لرسم معالم النظام العام الدولي العربي بمفهوم القانون الدولي الخاص، مجلة الحقوق، مجلة علمية محكمة ربع سنوية تعنى بنشر الدراسات القانونية والشرعية، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، العدد الرابع السنة 27، ديسمبر 2003.

رابعا- النصوص القانونية:

- 01- الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني معدل ومتمم بالقانون 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ، عدد 44، 2005.

- 02- قانون رقم 84-11 الموافق لـ 09 جوان 1984 يتضمن قانون الأسرة معدل ومتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ، العدد 31، 2006.
- 04- قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25/02/2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية الإدارية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، عدد 21، 2008.
- 05- القانون عدد 97 لسنة 1998 مؤرخ في 27 نوفمبر 1998 يتعلق بإصدار مجلة القانون الدولي الخاص، منشورات المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية 2008.

خامسا - المواقع على الشبكة المعلوماتية:

http://www.ejustice.tn/fileadmin/fichiers_site_arabe/codes_juridiques/code_droit_intern_privé.pdf

(مجلة القانون الدولي الخاص التونسي رقم 97 لسنة 1998).

<http://dvd4arab.maktoob.com/f143/233796.html> -

(القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948).

<http://www.startimes.com/f.aspx?t=26738512> -

(قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم 05 لسنة 1985)

http://www.cdfj.org/look/PDFs/melad_laws/Law11.pdf -

(القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976)

<http://www.reefnet.gov.sy/reef/content/Law/datalaw/law11.htm> -

(القانون المدني السوري رقم 84 لعام 1949)

www.majalah-droit.ici.st

(مجلة الفقه والقانون)

الفهرس

الصفحة

| | |
|----|---|
| 01 | مقدمة: |
| 07 | الفصل الأول: الدفع بالنظام العام |
| 09 | المبحث الأول: ماهية النظام العام |
| 09 | المطلب الأول: التطور التاريخي لفكرة النظام العام في إطار القانون الدولي الخاص |
| 09 | الفرع الأول: الدور التقليدي للنظام العام (كأداة لتثبيت الاختصاص للقانون الإقليمي) |
| 10 | أولا: في المدرسة الإيطالية القديمة (فقه الأحوال) |
| 10 | ثانيا: في المدرسة الإيطالية الحديثة (فقه Mancini) |
| 11 | ثالثا: في المدرسة الفرنسية الحديثة (فقه بيهه) |
| | الفرع الثاني: الدور الحديث للنظام العام (كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق) |
| 12 | : المدرسة الألمانية الحديثة (فقه سافيني) |
| 14 | المطلب الثاني: تعريف النظام العام وخصائصه |
| 15 | الفرع الأول: تعريف النظام العام في إطار القانون الدولي الخاص |
| 15 | أولا: تعريف النظام العام فقها |
| 17 | ثانيا: تعريف النظام العام تشريعا |
| 18 | ثالثا: تعريف النظام العام قضائيا |
| 20 | الفرع الثاني: خصائص النظام العام في القانون الدولي الخاص |
| 20 | أولا: النظام العام فكرة وطنية |
| 21 | ثانيا: النظام العام فكرة نسبية ومتغيرة |
| 22 | ثالثا: النظام العام نظام قضائي |

| | |
|----|---|
| | المطلب الثالث: تمييز النظام العام في إطار القانون الدولي الخاص عن بعض |
| 24 | المفاهيم القريبة منه |
| 24 | الفرع الأول: التمييز بين دور النظام العام في القانون الدولي الخاص عنه في القانون الداخلي . |
| 31 | الفرع الثاني: التمييز بين النظام العام في القانون الدولي الخاص والقواعد ذات التطبيق المباشر.. |
| 34 | الفرع الثالث: التمييز بين النظام العام في القانون الدولي الخاص والآداب العامة |
| 38 | الفرع الثالث: التمييز بين النظام العام في إطار القانون الدولي الخاص وقواعد الإسناد |
| 42 | المبحث الثاني: طبيعة وشروط إعمال الدفع بالنظام العام |
| 42 | المطلب الأول: طبيعة فكرة النظام العام في مجال العلاقات الدولية الخاصة |
| 43 | الفرع الأول: النظام العام تطبيق لمبدأ أصلي |
| 44 | الفرع الثاني: النظام العام استثناء عن المبدأ الأصلي |
| 46 | المطلب الثاني: شروط إعمال الدفع بالنظام العام |
| 46 | الفرع الأول: وجود قانون أجنبي واجب التطبيق وفقا لقاعدة الإسناد الوطنية |
| 47 | أولا: القوانين السياسية |
| 47 | ثانيا: قانون الموقع |
| 48 | ثالثا: قانون المحل |
| 58 | رابعا: قانون الإرادة |
| 59 | خامسا: قانون الإجراءات |
| 50 | الفرع الثاني: توافر مقتضى من مقتضيات النظام العام |
| 53 | الفرع الثالث: وجود رابطة بين النزاع المطروح ودولة القاضي |
| 56 | الفرع الرابع: أن تكون المخالفة للنظام العام حالية |
| 62 | المبحث الثالث: الآثار المترتبة على الدفع بالنظام العام |
| 62 | المطلب الأول: الأثر السلبي للنظام العام |

- 63 الفرع الأول: الاستبعاد الكلي للقانون الأجنبي المخالف للنظام العام
- 64 الفرع الثاني: الاستبعاد الجزئي للقانون الأجنبي المخالف للنظام العام
- 67 المطلب الثاني: الأثر الإيجابي للنظام العام
- 69 أولا: البحث عن البديل في القانون الأجنبي ذاته " مذهب سافيني "
- 70 ثانيا: البحث عن أكثر القوانين حماية للطرف الضعيف
- 71 ثالثا: تطبيق القانون الأقرب للعلاقة
- 72 رابعا: تطبيق القانون الطبيعي
- 73 خامسا: تطبيق قانون القاضي (الرأي الراجح)
- 74 سادسا: موقف المشرع الجزائري
- 75 المطلب الثالث: الآثار المخففة أو الملطفة للنظام العام
- 76 الفرع الأول: مضمون فكرة الأثر المخفف للنظام العام
- 77 أولا- أسانيد و مبررات تبني فكرة الأثر المخفف للنظام العام
- 78 ثانيا- أهم تطبيقات فكرة الأثر المخفف للنظام العام
- 80 الفرع الثاني: مجالات الآثار المخففة للنظام العام
- المطلب الرابع: الأثر الانعكاسي للنظام العام (مدى أثر النظام العام الأجنبي في دولة
- 83 القاضي)
- 84 الفرع الأول: مفهوم الأثر الانعكاسي للنظام العام
- 85 الفرع الثاني: موقف الفقه من الأثر الانعكاسي للنظام العام
- 89 الفصل الثاني: الدفع بالغش نحو القانون (التحايل على القانون)
- 90 المبحث الأول: ماهية الغش نحو القانون
- 90 المطلب الأول: التطور التاريخي لفكرة الغش نحو القانون

| | |
|-----|--|
| 90 | الفرع الأول: أصل فكرة الغش نحو القانون |
| 93 | الفرع الثاني: تبلور نظرية الغش نحو القانون |
| 98 | المطلب الثاني: تعريف الغش نحو القانون |
| 101 | المطلب الثالث: أشكال التحايل على القانون (المناورات المكونة للتحايل) |
| 102 | الفرع الأول: الغش بواسطة تغيير ضابط الإسناد في قاعدة التنازع |
| 103 | الفرع الثاني: الغش بواسطة تغيير طائفة الإسناد |
| 104 | الفرع الثالث: الغش بواسطة تغيير الاختصاص القضائي |
| 105 | المطلب الرابع: الأساس القانوني لفكرة الغش نحو القانون |
| 106 | الفرع الأول: الغش نحو القانون من تطبيقات نظرية الصورية |
| 107 | الفرع الثاني: الغش نحو القانون صورة من صور السبب غير المشروع |
| 108 | الفرع الثالث: الغش نحو القانون من صور التعسف في استعمال الحق |
| 109 | الفرع الرابع: الغش نحو القانون من تطبيقات الدفع بالنظام العام |
| 112 | الفرع الخامس: الغش نحو القانون نظرية مستقلة قائمة بذاتها |
| 114 | المبحث الثاني: نطاق الدفع بالغش نحو القانون ومجال إعماله |
| 114 | المطلب الأول: نطاق الدفع بالغش نحو القانون |
| 114 | الفرع الأول: نطاق الدفع بالغش من حيث القانون المتهرب من أحكامه |
| 115 | أولاً: حصر نطاق إعمال التحايل على قانون القاضي |
| 116 | ثانياً: إعمال الدفع بالتحايل بصفة مطلقة مهما كان القانون المتهرب من أحكامه |
| 118 | الفرع الثاني: نطاق الدفع بالغش من حيث القاعدة المتهرب منها |
| 118 | أولاً: قصر إعمال نظرية الغش نحو القانون على القواعد الآمرة |
| 119 | ثانياً: إعمال نظرية الغش نحو القانون مهما كانت طبيعة القاعدة المتهرب منها |
| 120 | المطلب الثاني: مجال إعمال الدفع بالغش نحو القانون |

- 121 الفرع الأول: المجالات التي يمكن فيها إعمال الدفع بالغش نحو القانون
- 121 أولا: الغش نحو القانون في مسائل الأحوال الشخصية
- 123 ثانيا: الغش نحو القانون في مسائل الحقوق العينية
- 124 ثالثا: الغش نحو القانون في مسائل التصرفات القانونية
- 125 رابعا: الغش نحو القانون فيما يتعلق بالالتزامات التعاقدية
- 126 الفرع الثاني: المجالات التي تخرج من نطاق إعمال الدفع بالغش نحو القانون
- 126 أولا: الحالات التي لا يسمح ضابط الإسناد بطبيعته حصول التغيير
- 127 ثانيا: الفروض والمجالات التي يحسم فيها المشرع سلفا مشكلة التنازع المتحرك للقوانين...
- 127 الفرع الثالث: أثر تغيير الديانة في إعمال الدفع بالغش نحو لقانون
- 130 المبحث الثالث: إعمال الدفع بالغش نحو القانون
- 130 المطلب الأول: شروط إعمال الدفع بالغش نحو القانون
- 130 الفرع الأول: الشروط المتفق عليها للدفع بالغش نحو القانون
- 131 أولا: إجراء تغيير إرادي في ضابط الإسناد (العنصر المادي)
- 131 01- أن يكون التغيير إراديا
- 131 02- أن يكون ضابط الإسناد قابلا بطبيعته للتغيير
- 133 03- أن يكون التغيير فعليا
- 134 04- أن يكون التغيير مشروعا في ذاته
- 135 ثانيا: توافر نية الغش أو التحايل على القانون (العنصر المعنوي)
- 138 الفرع الأول: الشروط المختلف عليها للدفع بالغش نحو القانون
- 139 أولا: أن يكون الغش موجه لقاعدة آمرة في قانون القاضي
- 140 ثانيا: تحقق النتيجة غير المشروعة
- 141 ثالثا: أن لا يكون هناك دفع آخر غير الدفع بالغش نحو القانون

| | | |
|-----|-------|---|
| 143 | | المطلب الثاني: الآثار المترتبة على الغش نحو القانون |
| 143 | | الفرع الأول: الأثر السلبي (استبعاد القانون الذي أسند له الاختصاص غشا) |
| 144 | | أولاً: الاتجاه الأول: عدم نفاذ النتيجة فقط |
| 147 | | ثانياً: الاتجاه الثاني: عدم نفاذ كل من الوسيلة والنتيجة |
| | | الفرع الثاني: الأثر الإيجابي (تطبيق القانون المختص أصلاً والذي قصد الأطراف |
| 150 | | التهرب من أحكامه) |
| 153 | | الخاتمة: |
| 161 | | قائمة المراجع: |
| 168 | | الفهرس: |

ملخص

إذا ما أشارت قاعدة الإسناد الوطنية باختصاص قانون أجنبي للانطباق على علاقة قانونية مشوبة بعنصر أجنبي، فليس معنى ذلك أنّ القاضي سيطبق هذا القانون بصفة آلية وعلى نحو لازم، وإنما ينبغي أن يقوم بفحصه أولاً، فقد يظهر عندئذ أنّ هذا القانون يتعارض مفهومه مع المبادئ الأساسية والأسس الجوهرية التي يقوم عليها كيان مجتمعه، ومن ثمّ يتعين عليه في هذه الحالة الامتناع عن تطبيقه باسم النظام العام أو الآداب العامة في دولته، كما قد يتضح له من خلال ظروف الدعوى وملابساتها أنّ الخصوم تعمدوا التلاعب بضابط الإسناد حتى يتسنى لهم الإفلات من أحكام القانون الواجب التطبيق أصلاً على العلاقة القانونية، ومن ثمّ وجب على القضاء سد الطريق أمام تحايل الخصوم على هذا النحو بإعمال نظرية الغش نحو القانون، وذلك بامتناع القاضي عن إعمال حكم القانون الذي سعى الخصوم لتطبيق أحكامه عن طريق التحايل، وتطبيق القانون الذي كان مختصاً أصلاً بحكم النزاع، وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 24 من القانون المدني.

ويعتبر كل من النظام العام والغش نحو القانون مانعين لتطبيق القانون الأجنبي الواجب التطبيق، ووسيلتين فنيّتين لاستبعاده، كما يعتبر كلاهما وسيلة استثنائية لذلك الاستبعاد فلا يلجأ القاضي إليهما ابتداءً، بل يتم اللجوء إليهما كعلاج أخير لا مفر منه أو كعلاج احتياطي في مواجهة القانون الأجنبي، هذا علاوة على أنّ هدفهما واحد وهو حماية الأسس التي يقوم عليها مجتمع دولة القاضي، فضلاً عن أنّ للقاضي سلطة تقديرية واسعة في تقدير توافر شروطهما وإعمالهما، ويخضع في ذلك لرقابة المحكمة العليا.

Résumé

Lorsqu'une règle de rattachement national désigne la compétence d'une loi étrangère applicable à une relation juridique qui contient un élément étranger, ça ne veut pas dire que le juge national applique cette loi machinalement, mais il faut qu'elle soit vérifiée dans un premier temps. Parce qu'il peut arriver que cette loi est incompatible avec les principes substantielles de la société dans ce cas il s'abstient de l'appliquer au nom de l'ordre public et les bonnes moeurs sans L'ETAT du for, or il vois que les differends ont sciemment choisi la règle de rattachement pour echapper aux règles applicables, le juge de for doit barrer la route devant la fraude par l'application de la théorie de fraude à la loi consacrée par l'article 24 du code civil algerien.

L'ordre public et la fraude à la loi sont des obstacles devant l'application de la loi étrangère applicable et des moyens techniques pour l'inapplication de celle-ci.

Les deux sont aussi des moyens exceptionnelles, le juge ne les applique pas en premier lieu, mais il les appliques comme traitement inévitable ou subsidiaire envers la loi étrangère, en outre leurs but est seul, c'est la protection des bases de la société du juge de for.

Le juge a le pouvoir discrétionnaire très vaste pour chercher si les conditions de l'application de la règle étrangère sont réunies ou non il soumis au contrôle de la cour suprême.