

## محاضرات في تنازع القوانين في الأحوال الشخصية.

### السنة الأولى ماستر أسرة.

إن دراستنا لتنازع القوانين في موضوع الأحوال الشخصية يجلبنا بالضرورة للتعرف على منهجية تنازع القوانين، تحديداً في المنهج المزدوج.

فالوصول إلى اختيار قاعدة التنازع التي هي الأداة التي من خلالها يختار القاضي المعروض عليه النزاع أحد القوانين لحكم العلاقة ذات العنصر الأجنبي، يمر بعملية أساسية هي التكييف، وبالنتيجة يكون من الضروري إلقاء نظرة على مضمون الفكرة، خصوصاً لما نعلم بأن لها أهمية كبيرة عن الحديث عن القانون الواجب التطبيق على شروط انعقاد الزواج من شروط موضوعية وشروط شكلية.

لذلك سنخصص محاضرة لموضوع التكييف، محاولين تبسيط الفكرة في ميدان الأحوال الشخصية.

ثم أن هناك فكرة هامة تتعلق بعوائق تطبيق القانون الأجنبي. فإسناد الاختصاص للقانون الأجنبي وفقاً للمنهج المزدوج طبقاً لقاعدة الإسناد الوطنية، قد يفضي إلى إعطاء الاختصاص لقانون يتعارض مع المفاهيم الأساسية للقانون الوطني. وهذا ما يستدعي دراسة موضوع الدفع بالنظام العام وتبسيط الفكرة أيضاً في ميدان الأحوال الشخصية وهي المحاضرة الثانية.

كما أن هناك نقطة أخرى هامة متعلقة بتفسير القانون الأجنبي ورقابة المحكمة العليا لقضاة الموضوع في عملية تطبيقهم للقانون الأجنبي المتعلق بالأحوال الشخصية، وهي محاضرة ثالثة.

## المحاضرة الأولى

### التكييف

التكييف فكرة محورية في جميع فروع القانون، فلا يمكن الوصول إلى تطبيق القاعدة القانونية إلا بعد عملية التكييف التي تسمح بإدخال الوقائع في القانون. لكن للتكييف خصوصية في القانونية الدولية الخاص سنشرحها من خلال مثال تطبيقي.

إذن، يمكن أن نسطر آليات التكييف بالمثل الكلاسيكي التالي: مسألة متعلقة بزواج يونانيان أرثوذكس بفرنسا أمام ضابط الحالة المدنية. ففي نظر القانون الفرنسي، هذا الزواج صحيح لأن القانون الفرنسي الخاص بالزواج لا يفرض أية مراسيم أو طقوس دينية لإتمام عقد الزواج، لكن في المقابل القانون اليوناني يعتبر هذا الزواج باطلاً لتخلف المراسيم الدينية (1).

السؤال الذي يطرح هنا هو، هل سنطبق على مسألة الزواج وصحته القانون الفرنسي باعتباره القانون الواجب التطبيق على شكل الزواج؟ [قانون محل إبرام عقد الزواج] أم نطبق القانون اليوناني باعتباره القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية للزواج؟.

(1) Daniel Gutmann. *Droit international privé*. Op.cit.p47.

للإجابة على هذا السؤال يجب أن نتساءل أولاً: هل أن تخلف المراسيم الدينية هو خرق لقاعدة موضوع التصرف أم هو خرق لقاعدة شكل التصرفات؟. ولإتمام عملية التكييف يتعين أن نحدد أولاً مسألة قانونية هي، هل أن المراسيم الدينية ضرورية لصحة الزواج؟ ثم يكون علينا وضع المسألة موضوع النزاع في مجموعة أكبر هي فئة الإسناد.

فهل فئة الإسناد في المثال المقدم، هي الفئة القانونية الخاصة بشكل التصرف أم الفئة الخاصة بمسائل الموضوع؟.

ويطرح التكييف مشكلة أخرى هي: على أي أساس نجري عملية التكييف؟. أي، ما هو القانون من بين القوانين المتنازعة الذي سنستند إليه لوصف المسألة المتنازعة عليها وتحديد فئة الإسناد التي سنضعها فيها.

المثال المعروض يوضح الإشكالية، بالنسبة للقانون اليوناني تخلف المراسيم الدينية يؤثر في موضوع الزواج، أما في القانون الفرنسي الطابع الديني أو المدني للزواج معتبر مسألة تتبع شكل التصرف. فهل ستتم عملية التكييف طبقاً للقانون الفرنسي أو طبقاً للقانون اليوناني؟.

وبمجرد إنهاء مشكلة التكييف تظهر إشكالية اختيار الفئة القانونية المناسبة للمسألة موضوع النزاع من بين الفئات القانونية الوطنية، ذلك أن مسألة قانونية قد تكون قريبة لأكثر من فئة إسناد ما يطرح مشكلة اختيار الأنسب.

## أولاً

### القانون الذي تخضع له عملية التكييف

فكرة اختيار النظام القانوني الذي ستتم عملية التكييف على أساسه هو مسألة لا نكون أمامها، إلا إذا كنا أمام إشكالية تنازع التكييفات. أي إذا كانت القوانين المتنازعة لحكم علاقة تعطي تكييفاً مخالفاً لنفس المسألة المطروحة (1).

فالقوانين في كثير من الأحيان غير متجانسة في تحديد المفاهيم القانونية لمسألة ما، فإذا تنازعت تلك القوانين لحكم نفس العلاقة القانونية فالسؤال هو بأي وصف قانوني سنعتد من بين الأوصاف الموجودة؟. الجواب على السؤال جد مهم لأن له أثر مباشر في اختيار فئة الإسناد وبالنتيجة له أثر على اختيار القانون الواجب التطبيق وعلى الحل المعطى في النهاية للنزاع بين الطرفين المتخاصمين.

---

(1) علي علي سليمان. مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري. مرجع سابق. ص 41.  
أحمد عبد الكريم سلامة. الأصول في التنازع الدولي للقوانين. مرجع سابق. ص 376.  
أعراب بلقاسم. القانون الدولي الخاص الجزائري. مرجع سابق. ص 76.  
عليوش قريوع كمال. القانون الدولي الخاص الجزائري. مرجع سابق. ص 91.

## أولا/1

### عرض الإشكالية وأساس حلها

يرجع الفضل في طرح هذه إشكالية تنازع التكييفات وتبسيطها للفقيه الفرنسي بارتان *Bartin* بمناسبة تناوله بالتحليل للقضية المشهورة بتسمية بارتولو *Bartholo* بمناسبة قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالجزائر بتاريخ 1899/12/24 (1).

تفاصيل القضية تتعلق بزوجان مالطيان هاجرا إلى الجزائر، أين اكتسب الزوج مجموعة من العقارات. وإثر وفاته طالبت أرملته بنصيبها من تلك العقارات وهو حق معروف في القانون المالطي بتسمية ربع أو نصيب الزوج المحتاج.

المشكلة هنا هي أن نكيف بدقة مسألة طرحتها المدعية أمام المحكمة، إما بوضعها في الفئة الخاصة بالنظام المالي للزوجين ويكون بالنتيجة القانون المالطي هو المختص ويكون حل النزاع لفائدة المدعية بأن تحصل على مطالبتها، أو أن نضع المسألة في فئة الميراث ويطبق القانون الفرنسي باعتبار قانون موقع العقارات وهو ما سيحرم المدعية من أخذ حصة من العقارات.

تنازع التكييفات هنا مطروح، فما هو النظام القانوني [الفرنسي أو المالطي] الذي سيعطي الحل لذلك التنازع؟. جانب من الفقه تحديد الفقيه الألماني رابل *Rabel* اقترح من أجل تفادي هذه الإشكالية وخلق نهائي لها وبشكل بسيط، تبني نظام دولي لقواعد تنازع القوانين باستعمال فئات قانونية مشتركة، توضع انطلاقا من ملاحظة وتحليل مختلف الأنظمة القانونية (2).

لكن هذا الاقتراح لم يجسد بسبب صعوبة التنسيق بين مختلف النظم القانونية من جهة ومن جهة أخرى صعوبة التحليل السليم لمعطيات القانون المقارن.

---

(1) B.Ancel.Y.Lequette. *les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*. Op.Cit.p70.

(2) أحمد عبد الكريم سلامة. *الأصول في التنازع الدولي للقوانين*. مرجع سابق. ص 384.

*Gutmann. Droit international privé. Op.cit.p 49.*

الحل الذي اعتمده قرار بارتولو لم يعلن أي مبدأ في الحقيقة، رغم قيامه بعملية التكييف طبقا للقانون الفرنسي [قانون القاضي] مستبعدا الحل الذي سيعطيه القانون المالطي. لكن ذلك الحل أكد بعد سنوات في قرار محكمة النقض الفرنسية في قرار [Caraslanis] في 1955/05/28 بالقول بأن [مسألة تحديد هل أن عنصر المراسيم الدينية للزواج يتبع قواعد الشكل أو قواعد الموضوع، يجب أن يفصل فيها من قبل القاضي الفرنسي طبقا لمفاهيم القانون الفرنسي] (1).

وبالتالي يمكن استخلاص القاعدة المتمثلة في مبدأ خضوع التكييف لقانون القاضي. ومصدر القاعدة في القانون الفرنسي قضائي، ويزال كذلك.

وقد أخذ القانون الوضعي بهذا المنهج بإخضاع التكييف لقانون القاضي وهو الحل الذي تبناه المشرع الجزائري في المادة التاسعة من القانون المدني التي تنص على أن يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديدها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب التطبيق.

(1) *(la question de savoir si un élément de la célébration du mariage appartient a la catégorie des règles de forme ou a celle des règles de fond doit être tranchée par les juges français suivant les conceptions du droit français, selon lesquelles le caractère religieux ou laïc du mariage est une question de forme)* (C Cass. Civ 22 juin 1955) **B.Ancel.Y.Lequette. les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé • Op.Cit.p245.**

Code Civil. p 13.

تتعلق وقائع القضية بمواطن يوناني تزوج من امرأة فرنسية زواجا مدنيا، وقد ثار نزاع أمام القضاء الفرنسي حول صحة الزواج. إذ يعتبر باطلا وفقا لأحكام المادة 1367 من القانون المدني اليوناني التي تنص على أنه يعتبر منعما زواج الأشخاص التابعين لكنيسة الروم الارثوذكس إذا لم يباشروا أحد قساوسة تلك الكنيسة. وكان على القاضي الفرنسي أن يحدد طبيعة إبرام الزواج أمام جهة دينية، هل هو شرط شكلي لصحة الزواج يخضع لقانون بلد إبرام عقد الزواج، أم شرطا موضوعيا لا وجود للزواج من دونه ويخضع للقانون الشخصي للزوج وهو القانون اليوناني؟. وانتهى القضاء الفرنسي إلى تكييف المسألة على أنها مسائل الشكل التي تخضع للقانون الفرنسي، قانون محل إبرام عقد الزواج وتم التكييف حسب مفاهيم القانون الفرنسي، قانون القاضي.

أحمد عبد الكريم سلامة. الأصول في التنازع الدولي للقوانين. مرجع سابق. ص 378.

## أولا/2

مبررات إخضاع التكييف لقانون القاضي

الحل الذي تبناه القضاء الفرنسي لمشكلة تنازع التكييفات، أعطيت له عدة مبررات لا تخلو من النقد. ونكتفي بعرض المبرر الموضوعي

حاول البعض تقديم مبرر بالقول أن تنازع التكييفات لا يوجد ما دام أن القانون الأجنبي لم يحدد بعد من قبل قاعدة التنازع الوطنية. إذن لا محل منطقياً لأن نضع بعين الاعتبار تكييف القانون الأجنبي للمسألة لأن اختصاصه غير مفصول فيه.

وقد انتقد هذا التبرير، لأنه إذا كان حقيقة أن الاختصاص القانوني للقانون الأجنبي لم يتم بعد حسمه في المراحل الأولى لإنهاء التنازع فإن هناك اختصاصاً معنوياً لهذا القانون الأجنبي، موجود وي طرح تكييفه للمسألة إلى جانب التكييف الذي يعطيه قانون القاضي.

والملاحظ أيضاً بأن قانون القاضي لم ينعقد له الاختصاص بعد على غرار القانون الأجنبي، وبالتالي فمنطلق الفكرة في تبرير خضوع التكييف لقانون القاضي بحجة عدم حسم الاختصاص القانوني للقانون الأجنبي هو مسألة تعوز أيضاً قانون القاضي.

أما المبرر الموضوعي. فنقد المبرر السابق لا يعني بأن إخضاع التكييف لقانون القاضي ليس له أي أساس. فالمبرر الحقيقي والموضوعي هو أن التكييف لا يعدو أن يكون تفسيراً من قبل القاضي الوطني لقاعدة قانونية وطنية.

فقاعدة التنازع ما هي إلا قاعدة من القواعد الوطنية التي قد يستلزم الأمر تفسيرها وإجلاء الغموض عنها. ولا يمكن إنكار أن نظام [تقسيمات] الفئات القانونية لدولة القاضي يعكس مفاهيم ونظرة ذلك القانون للمسائل المختلفة. لذلك فإنه لا يوجد أي مبرر للتنازل عن تلك المفاهيم لسبب بسيط وهو وجود نظام قانوني له مفاهيم مختلفة (1).

### أولاً / 3

#### نقائص إخضاع التكييف لقانون القاضي

رغم أن معظم الفقه والقضاء يأخذ بقناعة، فكرة إخضاع التكييف لقانون القاضي إلا أن هذا الاتجاه لم يسلم من بيان نقاط ضعفه).

(1) Daniel Gutmann. *Droit international privé*. Op.cit.p48.

أحمد عبد الكريم سلامة. الأصول في التنازع الدولي للقوانين. مرجع سابق. ص 380.

لقد بين أنصار إخضاع التكييف للقانون الأجنبي بأن إخضاع التكييف لقانون القاضي بصورة صارمة قد يؤدي إلى عدم احترام القانون الأجنبي وكسر وحدة موضوعه إلى جانب تحريف المفاهيم الأصلية للمسائل القانونية.

ويمكن بيان المسألة بالمثل السابق. فإخضاع التكييف للقانون الفرنسي يسمح للقاضي الفرنسي من أجل تقدير مدى صحة الزواج المدني المبرم بفرنسا بين اليونانيان الأرثوذكس، بتجاوز القانون اليوناني، لماذا؟.

الجواب، لأن القانون الفرنسي في إخضاعه التكييف للقانون الفرنسي في هذه القضية لن يسأل القانون اليوناني إلا عن المسائل التي يدخلها القانون الفرنسي ذاته في فئة مسائل الموضوع. لذلك، يكون هناك احتمال كبير لإعلان صحة الزواج في وقت لو طبقنا القانون اليوناني لكان سيظل الزواج أو لا يعترف به.

ومن أجل تفادي الإبعاد الكلي للقانون الأجنبي يجب وضع بعض الحدود لفكرة إخضاع التكييف لقانون القاضي. لذلك، إذا تم تحديد قانون ما ليحكم مسألة قانونية يصبح هذا الأخير مختصا في التكييفات الداخلية. مثال على ذلك إذا أسند الاختصاص لقانون أجنبي للفصل في مسألة تنازع حول مال يقع بالخارج يكون ذلك القانون نفسه مختصا من أجل تكييف هذا المال هل هو عقار أو منقول.

## ثانيا

### اختيار فئة الإسناد

إخضاع التكييف لقانون القاضي يمتد إلى مشكلة اختيار الفئة القانونية في القانون الوطني، التي سيتم إلحاق المسألة المتنازع عليها بها. إذ، يوجد في القانون الوضعي لكل دولة عدد محدود من فئات الإسناد [قواعد التنازع] المستعملة لإرشاد القاضي للقانون المختص. فلدينا مثلا: فئة حالة الأشخاص وأهليتهم، فئة الالتزامات التعاقدية، فئة الزواج وأثاره وفئة العقارات وغيرها.

لذلك، فإن مشكلة اختيار فئة الإسناد المناسبة صعب إذا كانت هناك عدة فئات تتنازع. بتعبير آخر، يبدو بأنه هناك أكثر من فئة إسناد تقبل استيعاب تلك المسألة أو أنها تستبعد تلك المسألة، وهو ما يطرح فكرة تنازع فئات الإسناد الوطنية (1).

## ثانيا/1

### تنازع فئات الإسناد الوطنية

نستطيع تبسيط المسألة بمثال. نفترض بأن شخصا رفع دعوى أمام القاضي الوطني يبين فيها أن رضائه كان معينا عند إبرام العقد. هنا يجب أن نبحث عن القانون الذي يفصل في مسألة وجود الرضا وأثاره.

من أجل ذلك نتساءل أولا، إذا كانت المسألة المطروحة تتبع الأحوال الشخصية أو الأحوال التعاقدية؟. الإجابة هنا ليست سهلة. حقيقة أن المسائل المرتبطة بعيوب الرضا تمس وتؤثر في العقود من حيث تكوينها وأثارها وتظهر بأنها تحسم بقانون العقد، لكن أيضا القواعد المتعلقة بالرضا هدفها هو حماية الشخص. لذلك إلحاق هذه المسألة لإحدى الفئتين هو مشكلة في حد ذاته. هنا الحل المعتمد له طريقتين. الطريقة الأولى هي البحث في روح القانون الوطني أما الطريقة الثانية فهي البحث في روح قاعدة التنازع (2).

(1) Daniel Gutmann. *Droit international privé*. Op.cit.p51.

(2) Ibid.p53.

أولا البحث في روح القانون الوطني. نجد مثلا أن المشرع الوطني نظم أو عالج عيوب الرضا مع أحكام العقد وليس في القسم المخصص لحالة الأشخاص. هذا ما يسمح باستخلاص نتيجة وهي بأن المشرع عالج عيوب الرضا كمسألة خاصة بقانون العقد. إذن تحليل القانون الوطني سمح ببيان الحل وهو إدراج مسألة الرضا المعيب ضمن فئة الإسناد الخاصة بالعقود وبالنتيجة يسري على المسألة قانون الواجب التطبيق على العقد.

ثانياً البحث في روح قاعدة التنازع: يمكن أن نلاحظ أيضاً بأن قاعدة التنازع الخاصة بحالة الأشخاص التي تشير إلى اختصاص قانون الجنسية تهدف إلى ضمان العناصر الثابتة لحالة الشخص في ملازمتها له في كل مكان وبالتالي يظهر أن عيب الرضا لا علاقة له بالحالة الشخصية للشخص.

## ثانياً/2

### عدم كفاية فئات الإسناد

التذكير بقضية نصيب الزوج المحتاج تظهر لنا عدم كفاية فئات الإسناد الوطنية. فنصيب الزوج المحتاج الذي طالبت به الأرملة والمعروف في القانون المالطي مسألة غير معروفة في القانون الفرنسي.

إذن يجب على القاضي توسيع فئات الإسناد الوطنية لاستيعاب المسائل النوعية أو الغريبة عليه، وأمام أحكام المادة الرابعة من القانون المدني الفرنسي التي تلزم القاضي بالفصل في النزاع المعروض عليه، يكون على القاضي العمل والبحث للتعرف على ظهور تلك المسألة الغريبة في القانون الأجنبي وهو ما يعني إعطاء دور للقانون الأجنبي في عملية التكييف.

فالقاضي الفرنسي كان عليه أن يحلل مسألة نصيب الزوج المحتاج بالاستعانة بالقانون المالطي المعروفة فيه، لتحديد صفة الحق المطالب به، ثم يقوم باختيار فئة الإسناد التي يراها مناسبة في القانون الفرنسي. أي أن القاضي يستعين بالقانون الأجنبي لتكوين فكرة، ثم تأتي مرحلة القرار أين نضع المسألة القانونية، ضمن أية فئة إسناد وطنية، فذلك سيتم وفقاً للقانون الوطني.

بالنسبة للمشرع الجزائري فإن المادة التاسعة من القانون المدني أخضعت التكييف لقانون القاضي. ولا توجد أية إشارة لفكرة التوسع في فئات الإسناد ولا لفكرة إعطاء دور للقانون الأجنبي. لكن أمام عدم منع القاضي من ذلك فإنه يمكن للقاضي الجزائري أن يستعين بالقانون الأجنبي ويوسع فئات الإسناد على أن لا يخالف روح القانون الوطني والمبادئ الأساسية التي يقوم عليها.

### المحاضرة الثانية

#### الدفع بالنظام العام

يمكن استبعاد القانون الأجنبي الذي تشير إلى اختصاصه قاعدة تنازع القوانين الوطن، إذا كان تطبيقه يمس بالنظام العام. لذلك يمكن القول بأن هناك عائق قد يحول دون تطبيق القانون الأجنبي بعد إثباته والتعرف على مضمونه، إذا ثبت مخالفة أحكامه للنظام العام.

لما كانت قوانين الدول تتباين في مضامينها من حيث المعالجة القانونية للمسائل فإن فكرة إعطاء الاختصاص لقانون أجنبي ما من قبل القانون الوطني تبعاً للمنهج المزدوج في حل تنازع القوانين ينطوي على مخاطر أكيدة، تظهر لما يتبين بأن مضمون القانون الأجنبي المختص يتعارض مع المفاهيم الأساسية التي يقوم عليها القانون الوطني.

لذلك فإن تطبيق القانون الأجنبي يتضمن وفقاً لتعبير الفقيه الألماني Raape وثبة في المجهول (1). لأن هذه القفزة تحمل بعض المخاطر التي تظهر عندما يؤدي تطبيق ذلك القانون إلى المساس بالمفاهيم الأساسية للقانون الوطني لدولة القاضي.

وبالتالي فإن الرجوع لفكرة النظام العام يسمح بالتصدي لتلك المخاطر. ومن هنا نقول بأن القانون الأجنبي المشار إليه من قبل قاعدة التنازع الوطنية يمكن أن يتم استبعاده إذا كان من شأن تطبيقه المساس بالنظام العام الوطني.

## أولا

### مضمون الدفع بالنظام العام

إن الرجوع لفكرة النظام العام هي الآلية القانونية التي تسمح على سبيل المثال للقاضي الوطني بالوقوف عائقا أمام الاعتراف بصحة تصرفات أو إنشاء مراكز قانونية على الإقليم الوطني يكون من شأنها خدش الشعور العام أو التعارض مع المفاهيم الأساسية التي بني عليها القانون الوطني ولو كان القانون الواجب التطبيق يقر بصحتها(2).

لكن استبعاد القانون الأجنبي عن التطبيق يجب أن يبقى تدخلا استثنائيا لأنه يشكل في حقيقة الأمر خرقا لمبدأ حياد قاعدة التنازع الذي يفيد بأن القانون الأجنبي يجب أن يعلن مختصا، وواجب التطبيق بالاستقلال عن مضمونه.

ويجب أن نميز بين فكرة الدفع بالنظام العام وآلية قوانين الضبط والشرطة. فهناك اختلاف منهجي بين الفكرتين. فإذا كانت قوانين الشرطة *les lois de police* تطبق قبل حتى البحث في مسألة تنازع القوانين، فإن الدفع بالنظام العام لا يظهر ولا يعمل به إلا بعد الانتهاء من البحث في مسألة تنازع القوانين، لذلك فهو تعطيل أو إعاقة لاحقة للقانون الأجنبي المختص طبقا لقاعدة التنازع الوطنية(3).

(1) Daniel Gutmann. **Droit**

**international privé. Op.cit.p88 .**

(2) لذلك يقف النظام العام مثلا عائقا أمام القاضي الفرنسي للاعتراف بصحة الزواج المتعدد *union polygamique* الميرم بفرنسا ولو أن قاعدة التنازع الفرنسية المطبقة هي التي أشارت للقانون الأجنبي الذي تعترف أحكامه بذلك النوع من الزواج.

**B.Ancel.Y.Lequette. les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé • Op.cit. 174.**

(3) إذا كان يجب على القاضي أمام قواعد الشرطة تطبيقها دون استشارة قواعد تنازع القوانين، فإنه بمناسبة فكرة الدفع بالنظام العام تعرف بداية على مضمون القانون الأجنبي المشار إليه من قبل قاعدة التنازع وتبين له بأن أحكامه غير متقبلة. لكن، لا يمكن أن نفهم من ذلك بأن النظام العام هو فئة إسناد تعطي الاختصاص للقانون الوطني.

بمناسبة نزاع ذو عنصر أجنبي حول القانون الواجب التطبيق على علاقة عمل بين شركة سوناطراك وأجنبي اعتبرت المحكمة العليا في الجزائر بأن أية علاقة عمل عقدت بالجزائر تخضع للنصوص التشريعية الجزائرية سيما ما يتعلق منها بشروط التشغيل، ويعد باطلا كل بند وارد في عقد عمل يخالف التشريع والتنظيم المعمول به. معتبرة بأن أحكام قانون علاقات العمل تطبق تطبيقا مباشرا حتى إذا اشتملت على عنصر أجنبي لأنها مبدئيا تتعلق بالوطنيين والأجانب.

المجلة القضائية.الصادرة عن المحكمة العليا. (العدد الأول : 1995). ص 149 وبعدها.

وإذا كانت فكرة الدفع العام في القانون الفرنسي ذات أصل قضائي وفقهي، فإن المشرع الجزائري أسس لها أول مرة في القانون المدني الصادر سنة 1975 في المادة 24 التي عدلت بموجب القانون رقم 10/05 المؤرخ في 2005/7/20 المعدل والمتمم للقانون المدني وأصبحت صياغتها على النحو التالي « 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. يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام أو الآداب العامة» (1).

يطرح تساؤل مهم حول طبيعة المفاهيم التي قد تؤدي إلى استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص. الاجتهاد القضائي الفرنسي مرة أخرى تدخل لوضع الحلول.

لكن الاجتهاد القضائي لم يقدم قائمة بتلك المبادئ والمفاهيم، إنما طرح حلولاً ترسم التوجهات العامة *des orientations générales* التي يجب ألا يخالفها القانون الأجنبي حتى يتسنى تطبيقه.

تقليدياً يتم التمييز بين ثلاث فئات لمضمون النظام العام بحسب درجة عموميته. في الفئة الأولى يتم عرض النظام العام كمجموعة من « مبادئ العدالة العالمية التي يعتبرها الشعور والرأي العام الفرنسي ذات قيمة دولية مطلقة» وأظهر هذا التوجه قرار *Lautour (C Cass civ 25 mai 1948)*.

وهذه الصياغة الشهيرة مكرسة في حقيقة الأمر لمبادئ القانون الطبيعي مثل مبدأ المساواة المدنية، المساواة بين الجنسين، منع الرق ومنع الميز العنصري (2). ويمكن أن يدخل في هذه الفئة في ضوء تطور الاتفاقيات الدولية لحماية حقوق الإنسان القواعد التي ترسي حقوق الإنسان الأساسية.

---

(1) إشارة المشرع الجزائري لفكرة الدفع بالنظام العام جاءت صريحة وفي سياق تطبيق القوانين من حيث المكان أي أن الأمر يتعلق بالنظام العام في العلاقات الخاصة الدولية. في حين النص الفرنسي في المادة السادسة من القانون المدني يتحدث عن النظام العام في سياق استبعاد اتفاقات الأفراد المتعارضة معه.

*(On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs) Code Civil .p27.*

أحمد عبد الكريم سلامة. الأصول في التنازع الدولي للقوانين. مرجع سابق. ص 581.

عليوش قريوع كمال. القانون الدولي الخاص الجزائري. مرجع سابق. ص 159.

(2) هذا التوجيه جاء بصياغة غير مرحب بها كثيراً. لأنه يثير مبادئ عالمية في حين يتعلق الأمر فقط بالتقيد بالمفاهيم الوطنية.

*François Melin. Droit international privé. Op.cit.p132.*

لكن مادام أن فئة القواعد ذات المصدر الدولي هي جزء من القانون الداخلي وإدماجها في النظام الداخلي يضيف عليها صفة القانون الوطني، بل يعطي لها قيمة تعلق الأحكام التشريعية العادية. وبالتالي فإنه يكون على القاضي إثارتها لاستبعاد تطبيق أي قانون أجنبي يتعارض مع المفاهيم التي تحميها.

كما يضمن النظام العام حماية الأسس السياسية والاجتماعية لحضارة ما، وبالتالي الفئة الثانية تشمل المفاهيم التي تستند لفكرة أن قانوناً أجنبياً لا يمكن أن يخالف السياسة التشريعية الوطنية. والقيم المرعية هنا تختلف كثيراً عن تلك التي يحددها قرار *Lautour*. على سبيل المثال نظام الزواج *la monogamie* اللائكية *la laïcité*، تقديس الملكية الفردية، قوة الالتزامات العقدية. فوظيفة النظام العام هنا هي تأمين انسجام ونسق المجتمع من خلال فرض احترام تلك القيم.

ويستنتج من ذلك بأن النظام العام هو كذلك وسيلة ضمان فعالية بعض السياسات التشريعية المتعلقة بالتوجيه والحماية، المتعلقة على سبيل المثال في فرنسا بمنع الطلاق على الإقليم الوطني بشكل مطلق أو عدم قبول دعوى إثبات النسب الطبيعي(1).

أما في الفئة الثالثة فمنطلقها من فكرة هي أن ضرورة التطابق بين القانون الأجنبي والسياسة التشريعية الوطنية لا يجب فهمها بشكل خاطئ. في هذا السياق لا يمكن أن نعتبر بأن كل اختلاف بين مضمون القانون الأجنبي والقانون الوطني تعارضا مع النظام العام(2).

فحتى يسمح لنا القانون الدولي الخاص بحد أدنى من التنسيق بين القوانين، القاضي الوطني مطالب إذن أن يبدي بعض التساهل، على الخصوص أن يتقبل فكرة أنما هو من النظام العام الوطني الداخلي ليس كذلك بالضرورة في القانون الدولي الخاص(3).

---

(1) قبل تعديل قانون الأحوال الشخصية الفرنسي سنة 1975 أين تم تكريس التوجه الليبرالي، كان القانون الأجنبي الذي يسمح بالطلاق برضا الزوجين يعلن متعارضا مع النظام العام.

من هنا نلاحظ أن تعارض القانون الأجنبي مع النظام العام مرتبط بحالة القانون الأجنبي والشعور العام وقت نظر القاضي في النزاع وهو ما يعبر عنه بمبدأ حالة النظام العام *le principe d'actualité de l'ordre public* وهي نتيجة ضرورية لنسبية النظام العام في الزمن. قبل سنة 1884 كان الطلاق في فرنسا مخالفا للنظام العام، وقبل سنة 1912 كانت دعوى إثبات نسب الولد غير الشرعي مخالفة للنظام العام.

علي علي سليمان. مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري. مرجع سابق. ص 149 .

(2) وظيفة النظام العام في العلاقات الوطنية هو إبطال اتفاقات الأفراد المخالفة للقواعد الآمرة أو إتاحة الفرصة أمام القاضي لكي يثير تطبيق قاعدة قانونية من تلقاء نفسه.

(3) لما كان الدفع بالنظام العام عائقا أمام تطبيق قاعدة التنزع الوطنية فإن عمل القاضي في تقديره يخضع لرقابة المحكمة العليا لأن تقدير القاضي يجب أن يعبر عن الشعور العام في المجتمع لا شعوره الخاص.

قواعد الشرطة ذات التطبيق الآني هي قواعد آمرة لا تحتاج لإثارة فكرة النظام العام لتطبيقها.

أحمد محبوب. محاضرات في القانون الدولي الخاص. الجزائر: دار مجاء للنشر والتوزيع. الطبعة الأولى. 2004. ص 86.

فسن الرشد على سبيل المثال يعتبر من النظام العام الداخلي، لكن هو ليس كذلك إذا تعلق الأمر بتطبيق قانون أجنبي يأخذ بسن رشد اقل. وبالتالي فالنظام العام الداخلي أوسع نطاقا من النظام العام بمفهوم القانون الدولي الخاص وهو ما جعل الممارسة القضائية تعبر عن هذا الأخير بتعبير النظام العام الدولي *ordre public international* (1).

## ثانيا

### شروط الدفع بالنظام العام

بعد أن قدمنا نظرة حول مضمون النظام العام بتحديد المفاهيم التي تكون مخالفتها عائقا أمام تطبيق القانون المختص، تبقى الإشكالية هي أن نقدر بشكل صحيح وبصورة لا صرامة مفرطة فيها ولا فيها تساهل كبير، العتبة أو الحد الذي انطلقا منه يصبح تطبيق القانون الأجنبي غير مطاق لدرجة أنه يستشير آلية الدفع بالنظام العام. وعليه يكون من الضروري تحديد وتدقيق ما يمكن من الشروط المتعلقة بإعمال الدفع بالنظام العام.

حدد الفقه والقضاء الفرنسي شروط الدفع بالنظام العام انطلاقا من إهتمامات براغماتية *souci de pragmatisme*. هناك معياران أساسيان لتقدير النظام العام قضائيا. المعيار المتعلق بالنتيجة الملموسة لتطبيق القانون الأجنبي ومعيار القرب الفعلي للمسألة القانونية محل النزاع من دولة القاضي أو القانون الوطني.

أولا معيار النتيجة الملموسة *le critère de résultat concret*: إن مضمون القانون الأجنبي لا يبرر لوحده استبعاد تطبيقه. يجب إضافة لذلك أن يؤدي فعلا تطبيق ذلك القانون الأجنبي وبصورة شخصية إلى نتيجة مستهجنة، غير متقبلة وجارحة في النزاع المطروح.

فمن أجل الدفع بالنظام العام يجب أن نأخذ بعين الاعتبار النتيجة الملموسة التي يؤدي إليها تطبيق القانون الأجنبي، وليس فقط المضمون المجرد للقانون. لذلك كان القضاء الفرنسي يقدر على سبيل المثال بأن طلاق المرأة لا يتعارض مع النظام العام إذا كانت هذه الأخيرة قبلت به (2).

وعليه فإن العبرة هي بما يولده تطبيق أحكام القانون الأجنبي من نتائج في أرض الواقع، بوجود شخص متأثر مصدوم بأحكام ذلك القانون.

كما أن التطبيق التركيبي لقانونين أجنبيين يمكن أن يكون سببا في استبعادهما إذا كانت النتيجة المتولدة عن تطبيقهما تبرر ذلك، وذلك على الرغم من أن تطبيق كل واحد منهما على انفراد لا يتعارض مع النظام العام.

---

(1) بالتالي رغم وصف النظام العام في العلاقات الخاصة الدولية بالدولي فإن الأفكار التي يتضمنها ومفهومه يضل وطنيا أي يقدره القاضي الوطني ومن خلال مراعاة القانون الوطني.

(2) المقصود هنا بالطلاق *la répudiation* وليس *le divorce*. فالأول يعني إنهاء الرابطة الزوجية من جانب واحد حتى دون سبب وهو الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج المعروفة في القانون الجزائري، أما الفكرة الثانية فتعني إنهاء العلاقة الزوجية بسبب الخطأ، وإثر تعديل سنة 1975 أضيف الطلاق بالتراضي المشترك للزوجين وبسبب انقطاع الحياة المشتركة.

والرجوع للقضية الشهيرة وقرار محكمة النقض *Patino* ( C Cass civ 15 mai 1963 ) يبين لنا هذه الفرضية في مسألة متعلقة بفك الرابطة الزوجية بين زوجين من جنسية بوليفيه تزوجا بإسبانيا. فقاعدة التنازع الفرنسية واجبة التطبيق على الطلاق والانفصال الجسماني تشير إلى القانون البوليفي باعتباره القانون الوطني المشترك للزوجين. لكن القانون البوليفي لا يعرف الانفصال الجسماني ويخضع طلاق الأزواج المرتبطين في دولة أجنبية لشرط أن يكون قانون محل إبرام عقد الزواج يقبل

بذلك أيضا. لكن القانون الإسباني المختص لا يعرف الطلاق في ذلك الوقت وبالتالي التركيب بين القانون البوليفي والإسباني يجعل أي شكل لفك علاقة الزواج مستحيلا وهو ما اعتبرته محكمة النقض الفرنسية أمرا مخالفا للنظام العام(1).

ثانيا فكرة قرب المسألة القانونية من القانون الوطني: *le critère de proximité* هنا القضاء يقدر بأن النظام العام تم المساس به أم لا تبعا لوضعية المسألة القانونية التي أثارت تطبيق قاعدة التنازع بالنسبة للقانون الوطني، أهى قريبة ماديا من النظام العام؟. ونجد بيان ذلك في فكرة النظام العام بالقرب ونظرية الأثر المخفف للنظام العام.

وعليه سنتناول فكرة النظام العام الجوّاري وفكرة الشر المخفف للدفع بالنظام العام.

1/ النظام العام الجوّاري *l'ordre public de proximité* : يرجع الفضل للفقير الألماني Kahn في نهاية القرن التاسع عشر في طرح الفكرة التي مفادها أن الدفع بالنظام العام يتم إعماله بحزم يتناسب مع درجة الارتباط بين المسألة القانونية المطروحة وإقليم دولة القاضي. ويعني ذلك أنه كلما كان النزاع قريبا من دولة القاضي توفرت إمكانية الدفع بالنظام العام.

وبتفسير موسع يمكن القول بأن النظام العام يتم إعماله بشكل أسهل إذا كان أحد الوطنيين أو شخص مقيم بالإقليم الوطني هو المعني بصورة شخصية ومباشرة بالوضعية غير المتقبلة(3).

بذلك حكمت محكمة النقض الفرنسية في قرار ( C. Cass Civ 1 avril 1981 ) بأن القانون الإسباني الذي يحرم الطلاق في ذلك الزمن متعارض مع النظام العام الفرنسي الذي يعترف لكل فرنسي متوطن بفرنسا بإمكانية طلب الطلاق(4).

(1) Daniel Gutmann.

**Droit international prive. Op.cit.p91.**

كان القانون البوليفي المتعلق بالأحوال الشخصية ينظم فكرة التفريق الجسماني فقط. ثم صدر قانون سنة 1932 الذي أباح الطلاق، وهو ما يعني إلغاء التفريق الجسماني ضمنا، ومن هذا المنطلق رفع الزوجان Patino دعوى أمام القاضي الفرنسي مطالبين بالطلاق. علي علي سليمان. مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري. مرجع سابق.ص 155.

(3) لم يكن لهذا الطرح ولزمن طويل سوى صدى محدود بفرنسا. لكن الفقه، على الخصوص الفقير Paul Lagarde والقضاء في السنوات الأخيرة أبدوا تقبلهم بشكل مستحسن أكثر للفكرة.

**Daniel Gutmann.Droit international prive. Op.cit.p92.**

(4) Code Civil.p14.

وفي السنوات الأخيرة، محكمة النقض في قرار ( C. Cass Civ , 10 févr. 1993 ) وبكل وضوح اعتبرت بأنه من النظام العام، حق الطفل الفرنسي أو المقيم بفرنسا إقامة معتادة أن يحصل على إثبات نسبه. وقد جاء في القرار بأنه إذا كانت القوانين الأجنبية التي تحرم إثبات النسب الطبيعي ليست في الأساس متعارضة مع المفاهيم الفرنسية للنظام العام الدولي فإن الأمر هو على خلاف ذلك إذا كان من شأن تلك القوانين حرمان طفل فرنسي أو مقيم بفرنسا بصفة معتادة من حقه في الحصول على نسب. وفي هذه الحالة النظام العام يعيق تطبيق القانون الأجنبي المختص(1).

من هذا المنطلق أيضا اعتبرت محكمة استئناف باريس بأن قانونا أجنبيا لا يتعارض مع النظام العام الدولي الفرنسي لما كانت المسألة القانونية محل النزاع لا علاقة لها بأي شكل بفرنسا(2).

وبالتالي يمكن استبعاد القانون الأجنبي بسبب القرابة بين النزاع ودولة القاضي إذا كان النزاع يعني وطنيا أو شخصا مقيما في دولة القاضي، في حين كان بالإمكان تطبيق ذلك القانون من قبل القاضي الوطني في الحالة أين النزاع ليس له سوى علاقة بسيطة مع قانون القاضي.

ومن هنا أيضا يبرز نظام عام جواري لأنه يكشف عن ضرورة إدراج في فكرة إعمال الدفع النظام العام، مجموعة الظروف المقدرة حالة بحالة التي تساهم في ربط مسألة هي طبيعيا تخضع للقانون الأجنبي بإقليم دولة القاضي، وتكشف بذلك عن النظام العام لدولة القاضي الذي يثار بسبب تطبيق ذلك القانون الأجنبي.

2/ نظرية الأثر المخفف للنظام العام: *la théorie de l'effet atténué de l'ordre public* بداية يجب أن نميز بين فرضيتين. الأولى أين يكون المركز القانوني قد نشأ بصورة قانونية في دولة أجنبية وفرضية أين يتعلق الأمر بإنشاء مركز قانوني على الإقليم الوطني طبقا للقانون الأجنبي.

ترتكز نظرية الأثر المخفف للنظام العام على فكرة هي أن النظام العام يمكن ألا يصطدم به في دولة القاضي بخصوص المراكز التي تنشأ في خارج، في حين يتعارض النظام العام مع إنشاء تلك المراكز في دولة القاضي(3).

أما عن تبرير نظرية الأثر المخفف للنظام العام فقد فسرت بعدة صور. التفسير الأول يمكن نسبه للفقيه الفرنسي *Pillet* ويأتي من فكرة مفادها أن ضرورة استمرارية التمتع بالحقوق دوليا تفرض الاعتراف بالحقوق المكتسبة بصورة صحيحة في الخارج(4).

—

(1) François Melin. *Droit international prive. Op.cit.p133.*

*Code Civil.p16.*

(2) Daniel Gutmann. *droit international prive. Op.cit.p92.*

(3) هذه النظرية تسمح على سبيل المثال للقضاء بقبول توليد بعض الآثار على الإقليم الفرنسي بالنسبة للزواج المتعدد الذي أبرم بصورة قانونية في الخارج، بالخصوص المطالبة بالنفقة الغذائية أو قسمة تركة وأيضا طلاق بالإرادة المنفردة للزوج الذي تم بصورة قانونية في الخارج بين زوجين من جنسية مشتركة.

(4) علي علي سليمان. *مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري. مرجع سابق.ص 123.*

*Daniel Gutmann. Droit international prive. Op.cit.p66.*

أما التفسير الثاني وهو أكثر حداثة مستوحى من الاهتمام بفكرة التنسيق بين النظم القانونية ومن ملاحظة بأن الاعتراف بالمراكز التي نشأت في الخارج لا تمثل سوى كلفة اجتماعية ومعنوية بسيطة، لأن هذه المراكز ليس لها سوى ارتباط ضعيف مع دولة القاضي. فالشعور العام هو أقل حساسية وتأثر تجاه فعالية التصرفات التي تتم في الخارج مقارنة مع الاعتراف بحرية التصرف في الإقليم الوطني في مجال الحياة الدولية فيما هو ممنوع ومحرم في الحياة الداخلية الوطنية(1).

أما مضمون نظرية الأثر المخفف للنظام العام فقد عرف تطورات. المرحلة الأولى ظهرت بصورة ضمنية في قرار محكمة النقض *Bulkley* في 1860/02/28 وأعطت شبه حصانة للمراكز التي تنشأ في الخارج في مواجهة النظام العام، بتقرير بأن

الرقابة لا تنصب سوى على الآثار التي لم تترتب بعد من المراكز المكتسبة في الخارج وهي آثار قلما تتعارض مع النظام العام، مثال طلب نفقة غذائية وقسمة تركة لزواج متعدد أبرم في الخارج.

المرحلة الثانية بدأت بالقرار الشهير *Rivière* في 1953/4/17. نظرية الأثر المخفف للنظام العام أصبحت أكثر صرامة. فطبقاً لمحكمة النقض الفرنسية فإن ردة الفعل في مواجهة أحكام قانونية متعارضة مع النظام العام ليست ذاتها إذا تعلق الأمر بالاعتراض على اكتساب حق في فرنسا أو السماح بترتيب آثار في فرنسا لحق اكتسب دون غش في الخارج طبقاً للقانون المختص من وجهة نظر القانون الدولي الخاص الفرنسي.

ففي زمن كان القانون الفرنسي لا يعرف سوى الطلاق بسبب خطأ الزوج اعترفت محكمة النقض الفرنسية بطلاق تم بالإرادة المشتركة للزوجين لفرنسية تم في الخارج(2).

وبالتالي على خلاف المفهوم الأول الخاص بقرار *Bulkley* فإن المفهوم الخاص بقرار *Rivière* يسمح للقاضي بمد رقابته المتعلقة بالنظام العام إلى مجموع الوضعية، للمركز القانوني في كله وليس فقط آثاره التي تولد في فرنسا.

في حقيقة الأمر، رغم أن ردة الفعل تتباين تبعاً لكوننا أمام فرضية إنشاء حق أو فعالية هذا الأخير على الإقليم الوطني، فهذا لا يمنع القاضي الوطني من رقابة الشروط التي نشأ طبقاً لها الحق المطالب بآثاره والمثال التالي يوضح الفارق جيداً.

زواج المحارم الذي تم بصورة قانونية في الخارج والذي يطالب بآثاره المتعلقة بالنفقة الغذائية في فرنسا. في ظل المفهوم الذي دافع عنه *Pillet* لا شيء يمنع الاعتراف بالآثار الغذائية لتلك العلاقة الزوجية، في المقابل مفهوم قرار *Rivière* يسمح بالاعتراض بالنظر للتعارض الكبير لتلك الآثار مع النظام العام.

بذلك الملاحظ هو أن نظرية الأثر المخفف للنظام العام لا يعطي حصانة مطلقة أو كاملة للمراكز القانونية التي تنشأ في الخارج في مواجهة النظام العام خصوصاً في مبادئه العالمية، بالأخص يتعين عدم الغلط في المفهوم المخفف *attenué* للنظام العام.

---

(1) في السابق لما كان القانون الفرنسي يمنع الطلاق، سمح القضاء لأجنبي طلق زوجته بصورة قانونية طبقاً لقانونه الوطني بإعادة الزواج بفرنسا. وذلك يبين عدم تأثر النظام العام الدولي الفرنسي بذلك النوع من فك الرابطة الزوجية التي تمت في الخارج على الرغم من أن القضاء ما كان ليقبل به لو تم طلبه في فرنسا لأنه يتعارض مع المفاهيم الأساسية الفرنسية المتعلقة بالطلاق. ومن هذا المنطلق قبل القضاء بالنتيجة بترتيب آثار ذلك الطلاق بقبول السماح للزوج بالزواج من جديد بفرنسا.

*Daniel Gutmann. Droit international prive. Op.cit.p93.*

(2) *Ibid.p94*

### ثالثاً

#### أثر الدفع بالنظام العام

إذا كانت شروط إثارة النظام العام يمكن أن تتنوع تبعاً للظروف والمعطيات، فإن آثار الدفع بالنظام العام تترتب على نمط واحد. فآثار استبعاد القانون الأجنبي المشار إليه من قبل قاعدة التنازع الوطنية هو تطبيق قانون القاضي باعتباره حلاً احتياطياً لحكم العلاقات الخاصة.

وفي هذا السياق نص المشرع الجزائري في المادة 24 من القانون المدني المعدل والمتمم بأنه يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام أو الآداب العامة.

وحتى قبل النص صراحة في القانون الجزائري على أثر الدفع بالنظام العام فإن القضاء الجزائري إثر استبعاد القانون الأجنبي المختص طبق القانون الجزائري(1).

لكن استبعاد القانون الأجنبي المختص لا يمنع رغم ذلك التطبيق الجزئي لذلك القانون. وبالتالي، فالقاضي الوطني لما يعلن بان قانونا أجنبيا متعارضا مع النظام العام يحل محله قانونه الخاص بالقدر الضروري فقط وباللزام من أجل احترام أكثر لنسق وانسجام قانونه الوطني وكذا الأجنبي(2).

ففي دعوى رفعت أمام القضاء الجزائري لإعطاء حكم أجنبي الصيغة التنفيذية وكان يتضمن إلزام المدين بأداء مبلغ الدين الأصلي ودفع فوائد للدائن بنسبة 12 %، اعتبرت المحكمة العليا بأن القرار الصادر عن المجلس القضائي باطلا فيما يتعلق بتنفيذ ما حكم به على المدين في الجزائري بخصوص دفع الفائدة المقدرة بـ 12 % معتبرة بأن الفائدة فكرة تتعارض مع النظام العام في الجزائر.

فالحكم الأجنبي صدر طبقا لأحكام القانون الأجنبي الذي يتضمن أحكاما بالزام المدين بدفع قيمة الدين الأصلي وأحكاما أخرى تجيز المطالبة بدفع نسبة من الفائدة. وما قام به القضاء الجزائري هو إعلان ضمني بتعارض القانون الأجنبي مع النظام العام في الجزائر من خلال القول بأن تنفيذ حكم بالفائدة في الجزائر مخالف للنظام العام.

لكن القضاء الجزائري لم يستبعد القانون الأجنبي كليا، بل استبعد منه فقط الأحكام المتعارضة مع النظام العام وقبل بتطبيق باقي الأحكام وهذا يظهر تعامل القانون الجزائري المرن مع فكرة النظام العام(3).

(1) يتضح ذلك من خلال الأمثلة التي ستقدم لتوضيح فكرة الاستبعاد الجزئي للقانون المختص.

(2) مثلا قانون أجنبي يبعد من الميراث شخصا بسبب انتمائه الديني. القاضي الفرنسي يعلن تلك الأحكام مخالف للنظام العام الدولي الفرنسي، لكن ذلك لا يمنع القاضي بعد إدماج ذلك الشخص ضمن الورثة من تطبيق باقي قواعد القانون الأجنبي المتعلقة بالميراث.

(3) المجلة القضائية.الصادرة عن المحكمة العليا. (العدد الأول: 1989).ص 149 وبعدها.

رغم أن المثال يتعلق بفاعلية حقوق مكتسبة في الخارج على الإقليم الجزائري، لكن التعامل لا يخلق أي فارق بالنسبة لتطبيق قانون أجنبي أشارت إليه قاعدة التنازع الجزائرية. فكان بإمكان القاضي الجزائري في نفس معطيات النزاع أن يطبق القانون الأجنبي بالزام المدين بقيمة الدين ورفض الطلب المتعلق بدفع الفوائد لتعارضها من النظام العام.

في مثال آخر متعلق أيضا بالمصادقة على حكم أجنبي قضى بالطلاق بين الزوجين وإسناد الحضانة في قضية رفعت أمام القضاء الجزائري. هذا الأخير لم يعترض على فعالية الطلاق الصادر في فرنسا في الإقليم الجزائري، لكنه اعترض على الشق المتعلق بالحضانة لأنه مخالف للنظام العام الذي تفيد مفاهيمه بأن أحد الوالدين المقيم بالجزائر هو أولى بحضانة الولد إذا كان الآخر مقيم ببلد أجنبي غير مسلم. وتكون الأم أولى بالحضانة إذا كانت مقيمة في الجزائر وإن كانت غير مسلمة.

المجلة القضائية.الصادرة عن المحكمة العليا. (العدد الرابع: 1990).ص 74 وبعدها.

## المحاضرة الثالثة

### تفسير القانون الأجنبي

في حقيقة الأمر لا يكفي لإعمال القانون الأجنبي الكشف عن أحكامه والوصول إلى قواعده بالطرق المذكورة. فقد يعتري تلك القواعد أو الأحكام غموض أو نقص أو لبس أو يصعب على القاضي الوطني فهمها للوصول لتطبيقها. فهل يجب أن يفسر القاضي الوطني القانون الأجنبي وفق القواعد والمبادئ العامة التي يفسر بها القانون الوطني؟ وهل يخضع في ذلك لرقابة الجهات القضائية العليا؟.

أولا التفسير السيادي للقانون الأجنبي من قبل القاضي الوطني: الأصل هو أن القاضي الوطني يفسر القانون الأجنبي تفسيراً سيادياً وأن الجهات القضائية العليا لا تمارس على عملية تطبيق وتفسير القانون الأجنبي أية رقابة، وهذا راجع إلى طبيعة معاملة القانون الأجنبي. لكن الاجتهاد القضائي لمحكمة النقض الفرنسية أوجد استثناء للقاعدة بحيث تبسط رقابتها على تطبيق وتفسير القانون الأجنبي في ظروف محددة.

إن تفسير القانون الأجنبي عمل يقوم به القاضي الوطني بكل حرية. فله سلطة تقدير العناصر المقدمة أمامه ولو أن هذه العناصر كان مصدرها هيئة أجنبية أو خبير.

ويأخذ القاضي بعين الاعتبار في تعامله مع القانون الأجنبي النصوص القانونية والاجتهاد القضائي والعرف السائد. ورغم جهده، فإنه ليس من الضرورة أن يصل لنفس الحلول المكرسة في القانون الأجنبي من قبل القضاء والفقهاء. فكل ما عليه فعله هو أن يحاول الوصول لذات الحلول وإن كان سيدياً في النهاية.

محكمة النقض في فرنسا لا تراقب في الأساس عمل القاضي في تفسيره للقانون الأجنبي سواء كان التفسير يتعلق بالقواعد المادية أو بقواعد القانون الدولي الخاص. وهذا الموقف لا يفسر بفكرة اعتبار القانون الأجنبي مجرد عنصر من الوقائع ولكن من اعتبار أهم هو أن محكمة النقض ليس من مهامها المساهمة في ضمان التطبيق السليم للقانون الأجنبي وهي ليست أيضاً هيئة لتقومه وتوحيد الاجتهاد بشأن تطبيق القانون الأجنبي للحفاظ على نسق نظام أحكامه (1).

ورغم ذلك هناك بعض الحدود أين تمارس الرقابة.

ثانياً رقابة محكمة النقض الفرنسية على تفسير القانون الأجنبي: إن الأسباب التي تبرر عادة رقابة محكمة النقض لا تزول كلياً لسبب أن قاضي الموضوع يفسر نصاً قانونياً أجنبياً. فالقاضي ليس معني من فكرة احترام مبدأ الوجاهية عند تفسيره للقانون الأجنبي. فيقع عليه التزام أن يجيب على الملاحظات والخلاصات المقدمة من قبل الأطراف وأن يسبب حكمه بالكفاية. وعليه أيضاً أن يشهر في حكمه التفسير الذي أعطاه للقانون الأجنبي وتبريره كذلك، خصوصاً إذا كان مخالفاً لمضمون الشهادة العرفية التي تم تقديمها أمامه أو مخالفاً للمعنى الظاهرة للقانون ذاته.

وفي الوضع الأخير يخضع عمل القاضي لرقابة محكمة النقض للتصدي لتحرير القانون الأجنبي. يوجد إذن سبب نوعي للرقابة مرجعة لتحرير القانون الأجنبي والذي تم استخلاصه من اجتهاد قضائي أعطي لمحكمة النقض اختصاص الرقابة على تحرير العقود من قبل قاضي الموضوع. هذا السبب أو الموقف أكد أول مرة في قرار Montefiore في 1961/11/21. طبقاً لهذا القرار، الحكم الذي ينكر أو يحرف المعنى الواضح والصريح لنص قانوني أجنبي يتعرض للنقض.

لكن لم يتم التصدي كثيراً لحالات تحرير القانون الأجنبي لقلّة الطعون على هذا الأساس وسبب ذلك في الأصل قلّة حالات التحرير في هذا الميدان.

(1) Daniel Gutmann.

—  
Droit international privé. Op.cit.p84 .

Francois

Mélin. Droit international privé. Op.cit .P128.

وبعد اعتماد القضاء فكرة الطابع الإلزامي لقواعد تنازع القوانين، جاء قرار Africatours لمحكمة النقض في 1997/07/01 ليكشف نية المحكمة التي عاتبت محكمة استئناف باريس لإنكارها المعنى الحرفي للقانون السينغالي.

وبالتالي فإن محكمة النقض الفرنسية تفرض على قضاة الموضوع التزام أن يكون أي تفسير مخالف للمعنى الظاهر للقانون الأجنبي راجع للاستناد لمصدر آخر غير النص القانوني أي أحكام المحاكم والعرف (1).

والملاحظ أنه لا يوجد في الحقيقة وجه قانوني لبسط رقابة محكمة النقض على تفسير القانون الأجنبي يستند إلى فكرة تحرير القانون الأجنبي كوجه للطعن بالنقض في فرنسا وفقاً لقانون الإجراءات المدنية. لكن الفقهاء والقضاء اعتبروا بأن تحرير



القانون الأجنبي هو في جوهره تحريف لقاعدة التنازع الوطنية في أصلها، وبالنتيجة فإن تحريف القانون الأجنبي هو تحريف لقاعدة وطنية وذلك يدخل في نطاق رقابة محكمة النقض (2).

ثالثاً/ موقف المشرع الجزائري: لاستخلاص الموقف في القانون الجزائري نرجع لأحكام المادة 6/358 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تجعل من الخطأ في تطبيق القانون الأجنبي المتعلق بالأحوال الشخصية وجهاً من أوجه الطعن بالنقض.

ويستنتج من ذلك بأن المحكمة العليا لا تمارس في الأصل أية رقابة على عمل القاضي في تطبيقه للقانون الأجنبي المختص، لكن استثناءً على القاعدة وعلى سبيل التحديد في مادة الأحوال الشخصية فإنه يمكنها أن تراقب مدى التطبيق السليم للقانون الأجنبي المتعلق بالأحوال الشخصية.

وعليه فإن القاضي في القانون الجزائري يملك التفسير السيادي للقانون الأجنبي ولا يخضع لرقابة المحكمة العليا في ذلك، إلا في المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية أين يمكن أن تبسط المحكمة العليا رقابتها على عمله.

في الحقيقة، هذا الأمر يكشف المعاملة التي يحتفظ بها القانون الجزائري لمسائل الأحوال الشخصية، لكن لا يمكن تفسير ذلك ببساطة واعتبار بأن القانون الجزائري يعامل القانون الأجنبي على أنه قانون، لأن الأمر يتعلق باستثناء، ولا يمكن أيضاً أن تنجز النظر إلى القانون الأجنبي بالانتقال من موضوع إلى موضوع آخر.

ويمكن القول بأن عدم مراعاة القواعد العامة في المرافعات والأحكام القضائية يمكن أن يكون سبباً للطعن بالنقض.

(1) Daniel Gutmann. **Droit**

—  
**international privé**. Op.cit.pp86,87.

B.Ancel.Y.Lequette. **les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé** • Op.cit. 307.

(2) Daniel Gutmann. **Droit international privé**. Op.Cit.p87.