# النظام العام كسبب من أسباب استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص أمام القاضي الجزائري.

**د. دغيش أحمد (جامعة بشار)**

**ملخص.**

أجاز المشرِّع الجزائري للقاضي بتطبيق القوانين الأجنبية على النزاعات المعروضة عليه للفصل فيها عندما تكون مشتملة على عنصر أجنبي، وعندما تنص قواعد الاختصاص على ذلك كقاعدة عامة.

إلا أنه استثناءً قد يوقف العمل بهذه القاعدة طبقاً لنص المادة 24 من القانون المدني، متى وجد القاضي بأن مضمون القانون الأجنبي المختص يتعارض مع الدَّعائم الأساسية التي بُني عليها المجتمع الجزائري، أو ما يعرف بالنظام العام. وبالتالي يستبعد القاضي تطبيق ذلك القانون الأجنبي ليحل محله القانون الوطني الجزائري.

**الكلمات المفتاحية:** النظام العام، القانون الأجنبي, القضاء الجزائري، الأثر الإيجابي.

Résumé:

La législation Algérienne autorisée le recoure à des lois étrangères dans le cas où l'un des éléments d'une affaire est justement étranger (géographiquement est parlant).

Cependant, cette règle n'est plus en cours quand ces loi étrangères entrent en contradiction avec les structures de la société Algérienne ou ce qu'on désigne pour " l'ordre public ", et dans ce cas là, le recours à législation Algérienne D'impose.

**مقدمة.**

خوَّل المشرِّع الجزائري حسب ما قررته قواعد الإسناد في المواد من: 09 إلى 24 من القانون المدني المعدَّل والمتمَّم، وما ورد في قانون الإجراءات المدنية للقضاء الجزائري المختص أن يفصل في النزاعات المشتملة على عنصر أجنبي، وهذا بتطبيق القانون الوطني الجزائري، أو تطبيق

القانون الأجنبي على تلك النزاعات، فالأمر هنا يتوقف على حسب ما تشير إليه قواعد الإسناد في نصوص القانون المدني المشار إليها أعلاه.

إلاَّ أنه في الحالة التي يتعين فيها تطبيق قانون أجنبي معين بحكم النزاع المشتمل على عنصر أجنبي وبعد رجوع القاضي الجزائري لمحتوى ذلك القانون، يتضح لديه أن قاعدة الإسناد الجزائرية قد أشارت إلى تطبيق قانون أجنبي تتعارض أحكامه مع المبادئ الجوهرية والأركان الأساسية وتلك الأسس العامة التي يقوم عليها نظام المجتمع الجزائري، فيكون القانون الأجنبي في هذه الحالة في وضعية قانونية تتناقض تماما مع المبادئ الأساسية المقدسة في القانون الجزائري، مما يستوجب على القاضي الجزائري المثار أمامه هذا النزاع استبعاد تطبيق ذلك القانون الأجنبي باسم النظام العام والآداب العامة.

كما قد يتضح لدى قاضي النزاع المشتمل على عنصر أجنبي، أنَّ اختصاص قانون أجنبي معين للفصل في النزاع المطروح عليه نشأ عن طريق تحايل أطراف العلاقة القانونية، وتلاعبهم بقاعدة الإسناد الجزائرية نتيجة قيامهم بإحداث تغيير في ضوابط الإسناد، بنية الإفلات من أحكام القانون المختص أصلا بحكم هذه العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي. وبناءً عليه يتعين على القاضي الجزائري أيضا أن يستبعد تطبيق القانون الأجنبي المختص بسبب اللجوء للغش من قبل أحد أطراف النزاع، ليُخضِع بعدها العلاقة القانونية محل النزاع للقانون الواجب تطبيقه عليها أصلا لو لم يقع ذلك الغش.

من هذا المنطلق اتضح لدينا جليا، بأن هناك حالتين أساسيتين لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص بحكم النزاع المعروض أمام القاضي الجزائري، عملا بالنص الجديد للمادة 24 من القانون المدني المعدَّل والمتمّم كما سيأتي بيانه.

ونحن في هذا المقال سنعالج حالة الدفع بالنظام العام لأجل استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص بحكم النزاع أمام القاضي الجزائري، دون الحالات الأخرى، باتباع الخطة الموالية:

**مقدمة.**

**أولا:** مفهوم الدفع بالنظام العام وعلاقته بالقوانين ذات التطبيق المباشر.

**1**- مفهوم الدفع بالنظام العام.

**2**- علاقة النظام العام بالقوانين ذات التطبيق المباشر.

**ثانيا:** شروط الدفع بالنظام العام.

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

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

**ثالثا:** آثار الدفع بالنظام العام.

**1**- أثر الدفع بالنظام العام بالنسبة لعلاقة يُراد إنشاؤها في دولة القاضي.

**2**- أثر الدفع بالنظام العام بالنسبة لحق اكتُسِب في الخارج وأُرِيد التمسُّك بآثاره في دولة القاضي.

**رابعا:** النظام العام وعلاقته بالغش نحو القانون.

**1**- مفهوم الغش نحو القانون.

**2**- علاقة النظام العام بالغش نحو القانون.

**خاتمة**

**أولا: مفهوم الدفع بالنظام العام وعلاقته بالقوانين ذات التطبيق المباشر.**

كقاعدة عامة أجاز المشرِّع الجزائري للقاضي بتطبيق القوانين الأجنبية على النزاعات المعروضة أمامه للفصل فيها عندما تكون مشتملة على عنصر أجنبي، وعندما تُشير قواعد الإسناد إلى اختصاص قانون أجنبي معيَّن.

إلا أنه استثناءً قد يوقف إعمال القاعدة العامة المشار إليها أعلاه، وبصريح إحدى نصوص قواعد الإسناد ذاتها، عملاً بنص المادة 24 من القانون المدني السالفة الذكر، وهذا بعد أن رجع القاضي المطروح عليه مثل هذه النزاعات للقانون الأجنبي المشار إليه من قبل قاعدة الإسناد الجزائرية، فوجد مضمونه يتعارض كلية مع الدعائم الأساسية التي بُني عليها نظام المجتمع الجزائري. فيضطر القاضي المعني بالنزاع إلى استبعاد تطبيق ذلك القانون الأجنبي، على أساس أنَّ المشرِّع الجزائري عندما أجاز للقاضي العمل بالقاعدة السابقة لم يكن ذلك بصفة مطلقة، بل ربط

تطبيقها بشرط ألا يكون مضمونها متعارضاً مع المبادئ التي يقوم عليها المجتمع، وحتى لا يفهم من ذلك بأنَّ المشرع قد فتح الباب على مصراعيه لتطبيق كل القوانين الأجنبية مهما كان مضمونها[106]. وهوماسنقوم بشرحه عبر النقاط التالية:

**1- مفهوم الدفع بالنظام العام:** يُعتبرالنظام العام فكرة شائعة ومشهورة في علم القانون، وتطبيقاتها متنوِّعة بين مختلف فروع القانون سواء العام منه أم الخاص، والمشرِّع الجزائري كمعظم المشرِّعين المعاصرين لم يُعرِّف النظام العام ولم يحدد فكرته بل ترك ذلك للفقه والقضاء، إلا أن هذين الأخيرين قد وجدا صعوبة في ذلك، محاولين فقط تعريفه عن طريق وضع مفاهيم عامة لتقريبه من الأذهان، نتيجة نسبية فكرة النظام العام، سواء من حيث الزمان أو من حيث المكان، لاختلاف أنظمة الحياة والطبيعة الثقافية والمبادئ الاجتماعية السائدة بين مختلف المجتمعات الغربية منها أم العربية، وحتى في مجتمع واحد بين أزمنة مختلفة.

كما أنَّ تطبيق فكرة النظام العام تختلف بين فروع القانون العام والخاص، وبين القانون الداخلي ومجال تنازع القوانين، رغم الاتحاد في المفهوم العام لهذه الفكرة على حسب اتجاه غالبية الفقه، على حدّ قولهم: بأن النظام العام هو الأساس السياسي والاجتماعي والاقتصادي والخلقي الذي يسود المجتمع في وقت من الأوقات، لا يتصور بقاء المجتمع سليماً دون استقرار هذا الأساس، وبحيث ينهار المجتمع بمخالفة المقوِّمات التي تدخل ضمن هذا الأساس، لذا كانت القواعد القانونية المتعلقة بالنظام العام آمرة لا تجوز مخالفتها[107].

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

---

[106]: لمَّا سمح المشرع بتطبيق القانون الأجنبي على إقليم دولته، لا يعني ذلك أنه منح توقيعاً على Batifole et Lagarde) – ومسايرة لهذا الاتجاه يقول بياض لجميع تشريعات العالم.

Si le législateur accepte sur le territoire de son pays des lois étrangères. Cela ne veut pas dire qu'il a donné un blanc signe a l'ensemble des législations de l'univers.

نقله : أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري– تنازع القوانين – دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2002، ص: 166.

[107]) – محمد سعيد جعفور, " مدخل إلى العلوم القانونية – الوجيز في نظرية القانون " الطبعة 03، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 1999، ص: 117.

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

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

أماَّ في مجال القانون الداخلي، فإن فكرة النظام العام تفقد هذا الطابع الاستثنائي، حيث تُستعمل هنا للحد من مبدأ سلطان الإرادة دون اعتبار ذلك خروجاً على المبدأ العام، القاضي بأن الإرادة حرَّة في الحدود التي يسمح بها المشّرع[108]. وعليه يرى مختلف الباحثين في هذا المجال أنَّ النظام العام بهذا المفهوم وبهذا الهدف في مجال تنازع القوانين، يصبح بمثابة نقطة تفتيش جمركية لمضامين القوانين الأجنبية، ووسيلة أساسية لتقييمها قبل منح تأشيرة الدخول لها لدولة القاضي[109]. في حين يصفه بعض الفقهاء نتيجة لدوره المميز تجاه تطبيق القوانين الأجنبية المختصة بصمَّام الأمن une soupape de sécurité[110].

يترتب على الطابع الاستثنائي المشار إليه سلفا لفكرة النظام العام في مجال تنازع القوانين عدم توافق لدور هذه الفكرة بين مجال القانون الداخلي ومجال القانون الدولي الخاص، حيث استقر الفقه والقضاء بهذا الشأن على قاعدة مفادها أن مخالفة القانون الأجنبي لأحكام القواعد الآمرة في قانون القاضي لا يستوجب بالضرورة استبعاد أحكام هذا القانون، إعمالاً لقاعدة الدفع بالنظام العام.

ومثال ذلك القاعدة القانونية المحدِّدة لسن الرشد في القانون المدني الجزائري بتسعة عشر سنة[111]، فهي تُعتبرمن النظام العام في القانون الداخلي، لكن إذا كان القانون الأجنبي الواجب التطبيق على النزاع المعروض على القاضي الوطني، يحدد سن الرشد بأكثر من هذا السن أو بأقل فإن هذا الحكم الوارد في القانون الأجنبي المختص لا يتعارض مع النظام العام في الجزائر، وبالتالي فلا مانع من تطبيق هذه القاعدة القانونية الواردة في القانون الأجنبي، طالما أشارت قاعدة الإسناد

---

[108] – نادية فضيل، تطبق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 2002، ص: 121–122.

[109]– زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنة بالقوانين العربية، ج 01 – تنازع القوانين – مطبعة الكاهنة، الجزائر 2002، ص: 247.

[110]– أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص: 167.

[111]– راجع نص المادة 40 من الأمر رقم: 75–58 المتضمن القانون المدني،المعدَّل والمتمَّم، المشار إليه سابقا.

الجزائرية باختصاصه، وتطبيقا للقاعدة السابقة وانطلاقا من مضمون نصوص قواعد الإسناد الجزائرية، إستقرَّ الفقه والقضاء على إمكانية إخضاع المسائل المتعلقة بالحالة المدنية والأهلية للقانون الأجنبي، إذا ما أشارت باختصاصه قاعدة الإسناد الوطنية رغم أن هذه المسائل تُعتبر من النظام العام في القانون الداخلي الجزائري، لاعتبار أنه لا يجوز للأشخاص الاتفاق على مخالفتها.

وينبِّه الفقهاء في هذا المجال إلى أنه بالرغم من هذا التباين الموجود ما بين النظام العام الداخلي والنظام العام على مستوى القانون الدولي الخاص، إلا أنَّ ذلك لا يؤدي بنا إلى القول بإمكانية وجود نظام عام مشترك بين الدول، حيث أن النظام العام يبقى دائما يتميَّزبالوطنية مهما كان وصفه، دولي أو داخلي، فكلاهما يشكِّل جزءً من النظام العام الوطني Ordre Public National، وإن اختلفت وظيفته بين العلاقات الداخلية والعلاقات الدولية، وتحديده يبقى دائماً من اختصاص القاضي الوطني[112]، حيث أن فكرة النظام العام الدولي لا يمكن تصوُّرها، لأنها تفترض وجود سلطة عليا تفوق الدول يمكن لها أن تفرض هذا النظام، إلا أن هذا أمر ما يزال بعيد المنال على الأقل في وقتنا الحاضر.

ونتيجة للتباين الملحوظ بين مجال ودور النظام العام على مستوى القانون الداخلي والقانون الدولي الخاص، فقد أفرز ذلك وضع تعاريف فقهية خاصة بالنظام العام في نطاق تنازع القوانين، واختلف الفقه في هذا المجال أيضا حول إعطاء صيغة موحَّدة لمفهومه. فعرَّفه أحد الباحثين البريطانيين بقوله: " النظام العام هو المبدأ الذي يوجب استبعاد تطبيق القانون الأجنبي في الأحوال التي يُخالف فيها تطبيقه سياسة القانون الإنجليزي، أو قواعد الآداب العامة المرعية في إنجلترا، أو يتعارض مع ضرورة المحافظة على النظم السياسية فيها "[113]. وعرَّفه العميد CAPITANT بأنه: مجموعة النظم والقواعد الوثيقة الصلة بمدنيَّة بلد ما والتي يتعين على قضائها تطبيقها بالأفضلية على أيِّ قانون أجنبي ولو كان مختصًّا وفقاً لقواعد الإسناد العادية "[114].إلا أنَّ معظم فقهاء القانون الدولي الخاص يعرِّفونه بأنه: " تلك الوسيلة التي يستبعد بها القانون الأجنبي الواجب التطبيق على العلاقة القانونية، وإحلال القانون الوطني محله بسبب اختلافه مع هذا الأخير اختلافا جوهرياً، بحيث يتنافى مع المصالح الحيوية للدولة[115].

---

[112]- هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، ط01، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، دون ذكر السنة، ص: 149.

- زروتي الطيب، المرجع السابق، ص: 247.

[113]- الهداوي حسن، تنازع القوانين وأحكامه في القانون الدولي الخاص العراقي، ط02، مطبعة الإرشاد، بغداد، 1972، ص: 106.

[114]- عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، ج 02، ط 08، دار النهضة العربية، القاهرة، 1977، ص: 532.

[115]- نادية فضيل, الغش نحو القانون، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 2005، ص:38.

**2- علاقة النظام العام بالقوانين ذات التطبيق المباشر:** يرى بعض الباحثين الجزائريين أنَّ الفقه في هذا المجال كثيراً ما اختلط لديه بين القوانين ذات التطبيق المباشر والنظام، العام وسايره القضاء أحياناً, لهذا اتجه الفقهاء حديثا إلى التمييز بينهما، حيث جاءت فكرة القوانين ذات التطبيق المباشر أو الفوري من خلال وضعية بعض القواعد القانونية الوطنية، التي تستدعي حسب المجالات الحيوية أو الإستراتيجية المنظِّمة لها أن تطبَّق إقليمياً على كل الوطنيين والأجانب المقيمين على إقليم دولة القاضي، وبالتالي تفلت هذه القواعد من مجال تنازع القوانين، على أساس أنها تتعلق بمصالح أساسية اقتصادية واجتماعية تتميز بقدر من الأهمية حيث تحكم هذه القواعد المتواجدة بمختلف القوانين الوطنية العلاقات القانونية الداخلية، أو تلك المشتملة على عنصر أجنبي على حدٍّ سواء دون تمييز, ويُطلق عليها أيضاً بقوانين البوليس والأمن، وتشمل عادة الأحكام التنظيمية الخاصة بعقود العمل والضمان العام ونظم التأمين، وقوانين الصرف وجوانب من عقود الإيجار والنقل والشركات[116]، وغيرها من المسائل التي تمس تنظيم الدولة وكيانها الاجتماعي والاقتصادي، حتى ولو لم تكن من موضوعات القانون العام.

وبناء عليه يرى جانب من الفقه الحديث بأن هذه القوانين ما هي إلا تجسيد لفكرة النظام العام حسب دوره التقليدي دون الاعتداد بتحليل العلاقة المطروحة أمام القضاء، تمهيدا لتطبيق القانون المختص، حيث يرفض هذا الاتجاه إتباع المنهج الحديث في فض التنازع بالنسبة لهذه المسائل ،عن طريق إدراجها في قواعد الإسناد التي تخضع لقانون القاضي[117]، أماَّ الاتجاه الثاني من الفقه الحديث فيرى بضرورة التمييز بين النظام العام والقوانين ذات التطبيق المباشر، من خلال النقاط التالية:

أ- القوانين ذات التطبيق المباشر تتميز بالكفاية الذاتية، حيث لا تحتاج إلى فكرة النظام العام، فتسري على العلاقات الداخلية والدولية دون تمييز، وهذا بمقتضى نصوص قانونية وطنية صادرة من المشرِّع الوطني، في حين نجد النظام العام يشكِّل سداً للذرائع والنواقص التي قد يغفل عنها المشرِّع، بالتنصيص عليها، ليتدخل النظام العام ويقف كحاجز أو سدٍّ منيع يمنع تسرُّب القوانين الأجنبية إلى إقليم دولة القاضي، إذا كانت تمس بالمبادئ الأساسية السائدة فيها، وهذا دون حاجة لنصوص تشريعية آمرة.

---

[116]- زروتي الطيب، المرجع السابق، ص 245.

[117]- نادية فضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، المرجع السابق، ص 117.

**ب**- هناك من الفقهاء من اعتبر القوانين ذات التطبيق المباشر منهجاً مستقلاً عن مناهج التنازع يتدخل بصفة مستقلة عن قواعد الإسناد، كلما اتضح لدى القاضي الوطني أنَّ بعض المراكز القانونية تتميز بقدر من الأهمية الوطنية، فيطبِّق القانون الوطني عليها. أما بشأن تدخل النظام العام فهو يفترض دائما العمل وفق منهج قواعد التنازع، ثم ثبوت الاختصاص التشريعي للقانون الأجنبي، وفي المرحلة الأخيرة يقرر القاضي الوطني استبعاد هذا القانون باسم النظام العام.

**ج**- إنَّ قوانين البوليس والأمن أو التطبيق الفوري لها صفة مطلقة، تقتضي التطبيق المباشر لقانون القاضي ولا ترد على هذا المبدأ تخفيفات، بينما يجوز التخفيف من آثار النظام العام وفق ما يطلق عليه بالأثر المخفِّف للنظام العام[118].

**ثانيا: شروط الدفع بالنظام العام.**

**1- إشارة قواعد الإسناد الوطنية لاختصاص القانون الأجنبي المخالف للنظام العام:**
يترتب على هذا الشرط أنه لا حاجة لإعمال الدفع بالنظام العام في حالة عدم اختصاص القانون الأجنبي بموجب قواعد الإسناد في دولة القاضي، وعليه يستغنى القاضي الوطني عن إعمال الدفع بالنظام العام، ويلجأ قانوناً إلى الوسائل الأخرى لاستبعاده، كأن يثبت الاختصاص لقانون القاضي باعتباره قانونا إقليميا، على أساس أنه يمثل قانون محل وجود المال، أو بوصفه من قوانين البوليس والأمن. أو كأن يرفض القانون الأجنبي الاختصاص ويحيل الفصل في النزاع المشتمِل على عنصر أجنبي إلى قانون القاضي، وهذا الأخير يقبل الإحالة كما هو الحال في القانون المدني الجزائري، بموجب النص الجديد من خلال المادة 23 مكرر1، فنجد بأن المشرِّع قرَّر صراحة قبول الإحالة، بشرط أن تحيل قواعد الإسناد الأجنبية الاختصاص بحكم النزاع للقانون الجزائري[119].

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

---

[118]- زروتي الطيب، نفس المرجع، ص 246.

[119]- جاء في نص المادة: 23 مكرر كالتالي: " إذا تقرر أن قانونا أجنبيا هو الواجب التطبيق فلا تطبق منه إلا أحكامه الداخلية، دون تلك الخاصة بتنازع القوانين من حيث المكان.
غير أنه يطبق القانون الجزائري إذا أحالت عليه قواعد تنازع القوانين في القانون الأجنبي المختص ".

نزيه، لأن إجازة القانون لهم هذا الاختيار كان متوقفا على توفر تلك الصِّلة، وهو ماأكَّدت عليه المادة 18 من القانون المدني الجزائري[120].

**2- توافر مقتضى من مقتضيات النظام العام لإعمال الدفع بالنظام العام واستبعاد القانون الأجنبي المختص:** وذلك بأن يكون القانون الأجنبي في مضمونه يتعارض تعارضاً كلياً أو جزئياً مع مضمون القانون الوطني، أو بالأحرى يكون مضمون القانون الأجنبي لا يتفق تماماً مع إحدى مقتضيات النظام العام في دولة القاضي، وللإشارة فإن هذه المقتضيات تختلف من مجتمع لآخر ومن زمن لآخر حتى داخل المجتمع نفسه فتعدد الزوجات في قواعد الأحوال الشخصية يُعتبرمخالفاً للنظام العام في الدول غير الإسلامية، لكنه جائز بالنسبة للبلدان الإسلامية. والشيوعية في المجتمع الصيني تُعدُّ من النظام العام، بينما في المجتمع الأمريكي تعتبرمخالفة للنظام العام، فالسبب في هذا الاختلاف راجع إلى تنوُّع مقتضيات النظام العام من دولة لأخرى[121]. كما تتغير أيضا مقتضيات النظام العام حسب الزمن في المجتمع الواحد، مثلا: نجد الطلاق كان مخالفا للنظام العام في الدول الغربية ومنها: فرنسا، إيطاليا، وغيرهم في زمن مضى، ثم أصبح جائزاً حديثا في تشريعات هذه الدول، إذا توفرت أسباب أو مبرِّرات لذلك.

ونتيجة لصعوبة تحديد مقتضيات النظام العام عبر الأزمنة المتعاقبة، منح المشرِّع للقاضي سلطة تقديرية واسعة لتحديد ما هو مخالف له أوالعكس. وفي هذا السياق شدَّد فقهاء القانون على ضرورة عدم إحلال القاضي لآرائه ومعتقداته وقناعاته الشخصية محل آراء ومذهب الجماعة الوطنية، وعليه لا ينبغي للقاضي المعروض عليه النزاع المشتمل على عنصر أجنبي، والمراد استبعاد القانون الأجنبي المختص من حكم هذا النزاع، أن يعتبر مصلحة ما مصلحة خاصة بالجماعة أو مصلحة خاصة بالأفراد حسب رأيه الشخصي، بل يتعين عليه أن ينظر إلى الاتجاه الغالب في المجتمع والنظام القانوني الذي يحكمه، حتى ولو اختلف مع رأيه الشخصي.

وقد استقر الفقه والقضاء لدى مختلف الدول حديثاً، على أن تطبيق فكرة النظام أو الآداب العامة رغم مرونتها فهي تعتبرعملا قانونيا وليست مسألة واقع، وهذا سواء تعلق الأمر بالعلاقات

---

[120]- جاء في نص المادة 18، من خلال المادة 11 من القانون رقم: 05-10، المؤرخ في: 10 يونيو 2005، المعدِّل والمتمِّم للقانون المدني، المشار إليه سابقا، حيث عدّلت المادة 18 فأصبحت كالتالي:

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

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

[121]- زروتي الطيب، المرجع السابق، ص 251.

الداخلية أو على مستوى تنازع القوانين، حيث يخضع قاضي الموضوع في تقديرها لرقابة المحكمة العليا، باعتبارها السلطة الرسمية المخوَّل لها قانونا مراقبة حسن تطبيق القانون[122]. ويشترط الفقه والقضاء على القاضي المختص ضرورة تقدير توفُّر النظام العام من عدمه وقت الفصل في الدعوى، وليس وقت نشوء الحق أوالمركز القانوني محل النزاع[123].

وفي هذا السِّياق أكَّد القضاء الفرنسي على الأخذ بهذا الحكم، عندما قضت محكمة استئناف باريس في قرارها الصادر بتاريخ: 1936/01/02، بأن التبنِّي الذي تمَّ في روسيا بدون التقيُّد بحدود السِّن المطلوبة في الأبوين (بلوغها سن اليأس من الإنجاب) من طرف النظام العام الفرنسي السَّائد آنذاك، يرتِّب آثاراً في فرنسا حتى بعد تعديل هذا السِّن وتغيير مفهوم النظام العام تبعاً له، ثم تضيف بأنه من تاريخ هذا التعديل ننظر ما إذا كان التبنِّي يمكن أن يرتِّب آثاراً في فرنسا[124]، وغيرها من الأحكام القضائية في فرنسا المماثلة لهذا الحل.

**ثالثا: آثار الدفع بالنظام العام.**

ميّز فقهاء القانون بالنسبة لآثار الدفع بالنظام العام بين أثره فيما يتعلق بإنشاء الحقوق في دولة القاضي وأثره فيما يخص اكتساب الحقوق في الخارج، والرغبة في التمسُّك بآثارها في بلد القاضي، وهذا كالتالي:

**1- أثر الدفع بالنظام العام بالنسبة لعلاقة يُراد إنشاؤها في دولة القاضي:** يترتب على إعمال هذه الحالة لدى الفقه أثران، أحدهما سلبي والآخر إيجابي.

**أ- الأثر السلبي للنظام العام:** ويتمثل في استبعاد القانون الأجنبي وفقا لقواعد الإسناد الوطنية مع رفض الطلب، دون إحلال قانون القاضي محل القانون الأجنبي نظرياً، لكن عمليا فنحن نرى بأن القاضي الوطني بمجرد استبعاد القانون الأجنبي المختص ورفض الطلب، فإنه بذلك يكون قد طبَّق قانون دولته ولو بطريق غير مباشر. وعند البحث في مقدار أحكام القانون الأجنبي المراد استبعادها، نجد أغلب فقهاء القانون في هذا المجال وبخاصة في فرنسا ومصر، يرون بأنه ليس من الضروري استبعاد أحكام القانون الأجنبي برمَّته، بل يمكن أن يشمل هذا الأثر فقط استبعاد الجزئية

---

[122]- محمد سعيد جعفور، المرجع السابق ، ص 123.

[123]- هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 145.

[124]- نقله أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 172.

المخالفة لمقتضى النظام العام في دولة القاضي، مع بقاء اختصاص هذا القانون الأجنبي فيما عداها من المسائل الأخرى.

فمثلا لو تعلَّق النزاع المعروض على القاضي الجزائري بعقد يتضمن شرط الدفع بالذهب في الجزائر فإن القاضي هنا وجب عليه استبعاد هذا الشرط وحده لمخالفته للنظام العام في الجزائر، حيث أن التعامل بالعملة الجزائرية إجبارياً بين كل المتعاملين الاقتصاديين على مستوى الإقليم الوطني، بموجب قانون النقد والقرض، والنصوص التنظيمية المكمِّلة له، أما الشروط الأخرى فتبقى خاضعة للقانون الأجنبي، طالما لا تخالف النظام العام في الجزائر، أو كأن يتعلق النزاع المطروح أمام القاضي الجزائري والمشتمل على عنصر أجنبي بعقد قرض بين أشخاص طبيعيين بفائدة ربوية، فيتعيّن على القاضي استبعاد شرط الفائدة وحده، لأنَّه مخالف للنظام العام الجزائري، مع بقاء شروط عقد القرض الأخرى خاضعة للقانون الأجنبي، ما دامت غير متعارضة مع النظام العام. بينما يرى بعض الباحثين المختصين ضرورة استبعاد القانون الأجنبي المختص وفقاً لقواعد الإسناد الوطني بصفة كلِّية لمخالفته للنظام العام، بغض النظر عن الجزء الآخر الذي لايتعارض مع النظام العام لدولة القاضي، إذ يؤدي ذلك إلى مسخ القانون الأجنبي وتطبيقه بشكل يخالف إرادة المشرِّع الذي وضعه[125].

إلاَّ أنَّ معظم فقهاء القانون في هذا المجال يرون بوجوب استبعاد الجزء المخالف للنظام العام في القانون الأجنبي وحده، دون بقية الأجزاء الأخرى، حتى يتم الاحتفاظ للقانون الأجنبي ولقاعدة الإسناد التي قرَّرت تطبيقه بأكبر قدرٍمن الفعَّالية[126].

غيرأنَّه في الحالة التي يتعذر فيها على القاضي الجزائري الإكتفاء بالإستبعاد الجزئي لهذا النص وحده، وتطبيق النصوص الأخرى الأجنبية غير المتعارضة مع النظام العام الجزائري، يتعين عليه هنا اللجوء للاستبعاد الكلي لأحكام القانون الأجنبي، وضرورة تطبيق القانون الجزائري بدلاً منه، إذ لو افترضنا أنَّ قانون الجنسية المشتركة لأجنبيَّين يقيمان في الجزائريمنع زواجهما لاختلافهما في اللون، فإن هذا المنع لا يحول دون إمكانية إبرام زواجهما وفقاً للقانون الجزائري، نظراً لتعارض أحكام القانون الأجنبي مع النظام العام في الجزائر. فإذا افترضنا أنَّ نزاعاً طُرِح بعد ذلك على القاضي الجزائري المختص يتعلق بآثار هذا الزواج الذي تمَّ وفقاً للقانون الجزائري، فعلى القاضي استبعاد

---

[125]– هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 151.

– زروتي الطيب، المرجع السابق، ص 254.

[126]– فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد، الوجيز في القانون الدولي الخاص، تنازع الاختصاص القضائي الدولي ج02، دار النهضة العربية، دون ذكر التاريخ، بيروت، لبنان، ص 145.

تطبيق القانون الأجنبي الذي يحكم آثار هذا الزواج، أي يستبعد قانون جنسية الزوجين استبعاداً كلياً، لأنه من غير المعقول أن يطبِّق القاضي هذا القانون على آثار زواج يُعد باطلا وفقا لأحكامه[127]، وذلك حتى ولو لم يتعارض القانون الأجنبي بالنسبة لآثار الزواج مع مقتضيات النظام العام الجزائري.

في هذا السِّياق أكَّدت محكمة النقض الفرنسية في بعض أحكامها على العمل بمبدأ الاستبعاد الجزئي لأحكام القانون الأجنبي المخالِفة للنظام العام، والإبقاء على الأجزاء الأخرى غيرالمخالفة له، ومن هذه الأحكام حكمها الصادر بتاريخ 1964/11/17 الذي اعتبر أحكام الشريعة الإسلامية المنظِّمة للميراث غير مخالفة للنظام العام إلاَّ فيما يتعلق بحرمانها لغير المسلم من حقِّه في الميراث، وبالتالي لا يُستبعد من أحكام هذه الشريعة إلا حكمها المتعلِّق بحرمان غير المسلم من الميراث، أما ما تعلَّق بعد ذلك من تحديد الأنصبة للورثة فيتم وفقاً لأحكامها[128].

**ب- الأثر الإيجابي للنظام العام:** ويتمثل في ثبوت الاختصاص لقانون آخر محل القانون الأجنبي المستبعَد، حيث استقرَّ القضاء والفقه الفرنسيَّين على إحلال قانون آخر مختص محل القانون الأجنبي المستبعد باسم النظام العام، وهو نفس الحكم الذي اعتمده القضاء المصري وما ذهب إليه أغلب الفقهاء المصريين كذلك[129]. والمشرِّع الجزائري على إثر تعديل القانون المدني من خلال النص الجديد للمادة 24 منه في فقرتها الثانية، نصَّ على اعتماد مبدأ الأثرالإيجابي للنظام العام، وهو ما أكدته هذه الفقرة صراحة بقولها: " يطبَّق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام أوالآداب العامة ". وبناء عليه فإن استبعاد القانون الأجنبي لمخالفته للنظام العام الجزائري يستلزم بالضرورة تطبيق القانون الجزائري محله تلقائياً بنص القانون. لكنَّ نص الفقرة الثانية السابق ذكره لم يشر صراحة إلى مقدار الاستبعاد الواقع على أحكام القانون الأجنبي، هل يكون جزئياً ينحصر فقط في المسألة المخالفة للنظام العام، أو أنه يتعين أن يكون استبعادا كلياً أي يشمل القانون الأجنبي برمَّته.

ونحن نرى بأن الأخذ بالاستبعاد الجزئي إذا كان ممكناً هو الحل الصائب والمناسب لروح التشريع، وما يقتضيه المنطق القانوني، وعملاً بما استقرعليه غالبية الفقه، سواء الفرنسي منه أم المصري، وكذلك اعتباراً لحكمة المشرِّع من تشريع حالة الدفع بالنظام العام لاستبعاد القانون الأجنبي.

---

[127]- محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، ط02، مؤسسة الثقافة الجامعية، القاهرة، 1992، ص 517.

[128]- نقله أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 178.

[129]- عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 148.

وعليه يحل القانون الجزائري في الجزء المستبعد من القانون الأجنبي المخالف للنظام العام الجزائري، بينما في الجزء المتبقِّي يبقى القانون الأجنبي المختص هو الواجب التطبيق.

نُشير في هذا الشأن إلى وجود رأي آخريسود في ألمانيا، مفاده البحث في القانون الأجنبي المختص المستبعد جزئياً عن قاعدة قانونية أخرى تحل محل القاعدة القانونية المستبعدة، دون اللجوء إلى إحلال قواعد قانون القاضي محل الجزء المستبعد، تماشياً مع فعَّالية قاعدة الإسناد الوطنية التي تشير لاختصاص ذلك القانون الأجنبي، باعتباره القانون الملائم في هذه الحالة والأنسب للتطبيق، وبالتالي وجب مراعاة باقي أحكامه، طالما لا تخالف النظام العام لدولة القاضي, منها الحكم الشهير الذي قرَّره القضاء الألماني سنة 1921، المتعلق بتطبيق القانون السويسري على ديْن لا يخضع للتقادم حسب هذا القانون، على أساس أن خضوع الديْن للتقادم يُعتبرمن النظام العام في ألمانيا، وعليه فلا يُعتد بالنص القانوني السويسري الذي لا يجيز خضوعه للتقادم، في حين طبَّق القضاء الألماني على موضوع الدعوى حكماً قانونياً آخر مُقرَّر في نفس القانون السويسري، دون أن يحل محله نصوص القانون الألماني[130].

إلا أنَّ الفقه الحديث انتقد هذا الحل الأخير، ووصفه بأنه حل شاذ يتنافى مع المبدأ القاضي بتطبيق القانون الأجنبي كما هو، ويُعتبر تحريفاً صريحاً لهذا القانون، ممَّا يتنافى مع أعمال السلطة القضائية أصلا.

**2- أثر الدفع بالنظام العام بالنسبة لحقٍّ اكتُسِب في الخارج وأُريد التمسُّك بآثاره في دولة القاضي:**

في حالة اكتساب حق في الخارج ورغب أصحاب هذا الحق التمسك بآثاره في دولة القاضي، ولم تتعارض تلك الآثارمع النظام العام في دولته، بالرغم من تعارض نشوء ذلك الحق أوالمركز القانوني مع ذلك النظام العام، فإنه يجوز التمسك بنفاذ ذلك في دولة القاضي، ولا يصح إعمال قاعدة الدفع بالنظام العام على أساس أن نشوء الحق كان معارضاً لهذا النظام، بل العبرة بمدى مخالفة هذه الآثار للنظام العام، لأن الحق قد نشأ واكتسب في الخارج. فالنظام العام هنا لا يتم إعماله بنفس الدرجة في الحالتين، رغم أنَّ إعماله يتعلق بنفس المركزالقانوني المراد إنشاؤه. ويُعبِّرالفقه على هذه الحالة بالأثر المخفِّف للنظام العام l'effe atténué de l'ordre public، لأن النظام العام لا يقبل بنشوء الحق في دولة القاضي، ولكن يجيز قبول الاحتجاج به أو نفاذه في دولة القاضي

[130]- زروتي الطيب، المرجع السابق، ص 254.

مادام نشوءه تمَّ في الخارج[131]، ومثالها قيام المحاكم الفرنسية بالاعتراف بآثار الطلاق الذي تمّ في الخارج، بناءً على أسباب لا يُقرُّها القانون الفرنسي، لتعارضها مع النظام العام هناك[132].

نشير إلى أنه عندما تكون تلك الآثار متعارضة مع النظام العام في الجزائر، فإن القاضي يستبعدها هي الأخرى باسم النظام العام، وبناءً على السلطة التقديرية الممنوحة له، مثاله ما قضت به المحكمة العليا، في قرارٍ لها بتاريخ: 1984/06/23 من أجل نقض قرار صادر من مجلس تيزي وزو في:1982/04/19 بصفة جزئية ، كان قد وافق على حكم الدرجة الأولى، التي منحت بمقتضاه الصيغة التنفيذية لحكم فرنسي منح تعويضات للمدعي عليها، من غير تمييز بين التعويض المستحق عن أصل الحق المطالب به طبقا لاتفاق الطرفين، ومبلغ الفائدة المتفق عليها بنسبة معينة، رغم جوازها في القانون الأجنبي المختص، لكنها مخالفة للنظام العام في الجزائر، بنص المادة 453 من القانون المدني.

لهذا عمِدت المحكمة العليا إلى نقض القرار المطعون فيه جزئيا، فيما يتعلق بالحق المُدَّعَى اكتسابه طبقا للحكم الأجنبي المتضمن مبلغ الفائدة وحده، على أساس أن تنفيذ الحكم الأجنبي بهذا الشكل في الجزائر يخالف النظام العام فيها فيما يتعلق بهذه المسالة[133].

وما تجدرالإشارة إليه في آخر هذا الفرع، أن هناك فكرة لها علاقة بهذا الحالة الأخيرة، وتتمثل في حالة نشوء حق في دولة أجنبية وفقا لنظامها العام وخلافا لما يقضي به القانون الأجنبي المختص، فهل يمكن الاحتجاج بسريان هذا الحق في دولة القاضي؟.

يرى فقهاء القانون الدولي الخاص أنَّ فكرة النظام العام فكرة وطنية، وبالتالي فقانون الدولة الذي يُطبَّق إعمالاً لفكرة النظام العام لا يسري أثره إلى إقليم دولة أخرى، حتى ولو كان مفهوم النظام العام في كلتيهما غيرمختلف، إلا أنَّ الراجح فقهاً هو التمييزبين حالة كون النظام العام للدولة الأجنبية متطابقاً مع النظام العام في دولة القاضي، والحالة التي لا يكون فيها متطابقاً معه. حيث يمكن التمسُّك بآثار ذلك الحق المكتسب في دولة أجنبية، طالما وافق نظامها العام، رغم تعارضه مع ما يقضي به القانون الأجنبي الأخر المختص ولنضرب مثلا افتراضيا، منها إمكانية التمسك بآثار الزواج من طرف زوجين أجنبيَّين في فرنسا من خلال زواجهما الذي تم وفقاً لمقتضيات النظام العام الايطالي والتي هي نفسها في فرنسا، حيث نجد القانون المختص أصلا لتنظيم هذا الزواج وهو قانون

---

[131]– أعراب بلقاسم، المرجع السابق، 181.

[132]– نادية فضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، المرجع السابق، ص 128.

[133]– نقله زروتي الطيب، المرجع السابق، ص 258.

جنسية الزوجين الأجنبيَّين قد استُبعد من تنظيم هذه العلاقة لمخالفته النظام العام في ايطاليا، لأنَّ قانونهما لا يسمح مثلا بالزواج بين مختلفي اللون أوالديانة.

أمَّا في حالة عدم تطابق مقتضيات النظام العام لدولة القاضي مع مقتضيات النظام العام للدولة التي اكتُسب فيها ذلك الحق، فإنه لايجوزهنا التمسُّك بآثارذلك الحق في دولة القاضي والمُكتسب في الخارج ويُعبَّرفقهاً عن الأثرالمشارإليه سلفاً بالأثرالإنعكاسي للنظام العام[134].

**رابعا: النظام العام وعلاقته بالغش نحو القانون.**

سنتناول في هذا الفرع مفهوم عام عن حالة الدفع بالغش نحو القانون لأجل استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص بحكم النزاع أمام القاضي الجزائري، ثم نتناول العلاقة الحاصلة ما بين حالة الدفع بالنظام العام وحالة الدفع بالغش نحو القانون في مجال استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص.

**1- مفهوم الغش نحو القانون:** لم يتعرَّض المشرِّع الجزائري لتعريف الغش في هذا المجال، ولا حتى القضاء أيضاً، وبالتالي نلجأ إلى اجتهادات الفقه في تعريفه. وفي هذا الصدد نصت المادة 24 ق.م.ج على أنه: " لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام والآداب العامة في الجزائر، أوثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون." حيث نلاحظ بأنّ المشرِّع الجزائري أدخل فكرة الغش نحو القانون في مجال قواعد التنازع إثرالتعديلات الأخيرة للقانون المدني، دون إعطاء تعريف لهذه الفكرة، على أساس أنَّ التعريفات من إختصاص الفقه لاالتشريع.

إنَّ قاعدة الإسناد فقهاً وقانوناً هي القاعدة القانونية التي تختص بتعيين القانون الواجب التطبيق على النِّزاع المشتمل على عنصر أجنبي، وفي مضمون هذه القاعدة نجدها تتكون من ثلاثة عناصرتفصيلاً، وهم:

الطائفة المسندة أو الفكرة المسندة، والقانون المسند إليه، وضابط الإسناد باعتباره وسيلة ربط بها المشرِّع بين الفكرة المسندة والقانون المسند إليه، فهو أداة أساسية في مجال تنازع القوانين، فعلى إثره يتم ضبط وتحديد هوية القانون الواجب التطبيق، وبالتالي يُعدُّ المحدِّد الرئيسي والمُوَجِّه الفعلي لمصير القضية المشتملة على عنصرأجنبي، ونتيجة لخطورة دوره في هذا المجال، وما تتميَّزبه قواعد الإسناد

(134)- أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 183.

من حيث احتوائها على ضوابط إسناد معظمها قابل للتغيير بإرادة الأطراف، سواء بحسن نية أم العكس، وعليه فإذا أفلح الأطراف أو أحدهم بإحداث هذا التغيير، سيترتب عنه بالضرورة تغييرالقانون الواجب التطبيق، بمعنى: تصبح العلاقة القانونية المشتملة على عنصر أجنبي خاضعة لقانون آخرغير القانون المختص بحكمها أصلاً، لو لم يقع ذلك التغيير.

ومثال حالة الغش نحو القانون، إقدام أحد الأطراف بتغيير جنسيته باعتبارها تمثل ضابط الإسناد بالنسبة لفئة الأحوال الشخصية، كأن يُغيِّرها من الجنسية الجزائرية إلى جنسية فرنسية، أو يُغيِّرفي موطنه، أوفي ديانته، إذا كان ذلك في بعض التشريعات يؤدي إلى تغيير تطبيق قانونه الشخصي تبعاً لذلك، وبالتالي يتغير القانون الواجب التطبيق. كما قد يختارالمتعاقدان بموجب رخصة الاختيار المقررة لهما لدى معظم التشريعات الحديثة قانوناً ينظِّم علاقتهما، غير أنه حقيقة لا تربطهم أيّ صلة بهذا القانون، بل كان من أجل الإفلات من أحكام القانون الواجب التطبيق لو لم يتم هذا الاختيار، إلاّ أن المشرِّع الجزائري تدخَّل إثر التعديلات الأخيرة للقانون المدني، وعدّل في المادة 18 منه، معالجاً هذه الحالة بقوله: " يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد ... "

إضافة لصورالتحايل السابقة قد يُقدِم أطراف العلاقة القانونيةعلى تضمين علاقتهم عنصراً أجنبياً مصطنعاً للإفلات من أحكام القانون الواجب التطبيق أصلاً، كأن ينْتقل المتعاقدان إلى دولة أجنبية من أجل إجراء تصرُّف قانوني على إقليمها، بقصد تجنُّب تطبيق أحكام القانون المحلي، لأن هذا الأخير يتعارض مع مصالحهم الشخصية. فيتعين على القاضي الوطني الجزائري المعروض عليه مثل هذه النزاعات المشتملة على إحدى الصور المشار إليها سابقا أن يستبعد ذلك القانون الأجنبي المقصود من وراء تغيير ضابط الإسناد جزاءً لسوء نية أطراف العلاقة القانونية، عملاً بنص المادة 24 من القانون المدني في فقرتها الأولى السابق ذكرها، وتماشياً مع القاعدة اللاتينية القديمة والتي أصبحت من المبادئ الفقهية الثابتة فقهاً وقضاءً، ومفادها:" الغش يبطل كل شيء"[135].

من هذا المنطلق فإن القاضي الجزائري في سعيه لإبطال ما ترتَّب من نتائج تلاعب أطراف العلاقة وتحايلهم على عناصر قاعدة الإسناد الوطنية، وبالتالي إخضاعهم للقانون الواجب التطبيق حقيقة، سيؤسِّس ويدعِّم حكمه على قاعدة اشتهرت حديثا في مجال تنازع القوانين، أطلق عليها بقاعدة الدفع بالغش نحو القانون، رغم أن مبدأ عدم جواز الغش في مجالات القانون الأخرى

[30] – أعراب بلقاسم ، القانون الدولي الخاص الجزائري – تنازع القوانين – دار هومة للطباعة والنشر و التوزيع، الجزائر 2002 ص 189.

كان وارداً منذ نشأة القوانين الرومانية واللاتينية، انطلاقاً من القاعدة المشارإليها سابقا. غيرأن الدفع بالغش في مجال تنازع القوانين لم يثبت العمل به إلاّ بعد القضية التاريخية المشهورة في القضاء الفرنسي سنة 1876، وهي قضية الأميرة بوفرمون " princesse de Bouffrement" وهي أول قضية يطبق فيها القضاء الفرنسي هذه القاعدة ، ثم انتقل الحديث عنها بعد ذلك إلى الفقه وقُرِّرت بعدها في التشريع تدريجيًا[136] رغم انتقاد بعض الفقهاء لها.

وبناء على ما سبق بيانه عرف الفقهاء الغش نحو القانون بعدة تعاريف تقترب من بعضها البعض في المعنى العام المقصود في مجال تنازع القوانين. منها قول أحدهم " الغش اتخاذ تدبير إرادي بوسائل تؤدي إلى الخلاص من قانون دولة مختص عادة بحكم علاقة قانونية، وإحلال قانون دولة أخرى أكثر تحقيقاً للنتائج المتوخاة[137]". ومنهم من عرّفه بأنه: " مناقضة قصد الشارع باتخاذ تدابير إرادية مشروعة، ولو عن غير عمد للوصول إلى نتائج غير مشروعة "[138].

من خلال التعاريف السابقة وغيرها، نجد بأن الغش نحوالقانون في مجال القانون الدولي الخاص، يتمثل في لجوء أطراف العلاقة القانونية إلى إحداث تغيير في ضابط الإسناد، باعتباره أحد العناصر الأساسية لقاعدة الإسناد الوطنية، مع اقترانه بسوء النية لأجل تحقيق نتيجة يترتب عنها إنشاء مركز قانوني متفق مع حرفية النص ومناقض للغرض الحقيقي له، بغية تلبية رغبات شخصية قي ظل القانون المراد الخضوع لأحكامه، لايمكن تحقيقها في إطار تطبيق القانون الواجب التطبيق أصلا لولم يقع ذلك التحايل. فالغش هنا يتمثل في استعمال وسيلة مشروعة في ذاتها، للوصول إلى غاية غير مشروعة وفقا لروح التشريع وأهدافه.

**2-علاقة النظام العام بالغش نحوالقانون:** رغم الاعتقاد الذي ساد عند بعض الفقهاء قديما، بأن قاعدة إعمال الدفع بالغش نحو القانون تعتبر صورة خاصة من نظرية الدفع بالنظام العام، نتيجة التقارب في وظيفة كل منهما واتحادهما في الغاية، وهي استبعاد القانون الأجنبي المختص، إلا أنه رغم هذا التشابه الحاصل في هذه الحالة، فإن مجال الاختلاف بينهما أوسع من ذلك. وأبرز هذه النقاط تتمثل في اختلاف طبيعة الدفع بالغش نحو القانون عن الدفع بالنظام العام، إضافة إلى

---

[136]- ملخص وقائع القضية: أن أميرة فرنسية أرادت التطليق من زوجها للزواج بالأمير الروماني: ببسكو ( BIBESCO) ولكن القانون المطبق عليها لا يسمح حينها بالطلاق، فأقدمت الأميرة المذكورة باكتساب الجنسية الألمانية، حيث يسمح القانون الألماني بتلبية رغبتها، و فعلاً حدث ذلك و تزوجت بالأمير الروماني في ألمانيا، و لمّا عادت مع زوجها الجديد إلى فرنسا أبطلت محكمة النقض الفرنسية زواجها الجديد بطلب من الزوج الأول، تأسيساً على قاعدة الدفع بالغش نحو القانون، و هذا نتيجة حكم المحكمة بإبطال الطلاق الذي تمَّ في ألمانيا. راجع نادية فضيل، الغش نحو القانون، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2000، ص: 69.

[137]- الهداوي حسن، تنازع القوانين و أحكامه في القانون الدولي الخاص العراقي، ط 2، مطبعة الإرشاد، بغداد، 1972 ص: 120.

[138]- زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارناً بالقوانين العربية، ج 01- تنازع القوانين- مطبعة الكاهنة الجزائر، 2000 ، ص 261.

اختلافهما في الأساس الذي بموجبه تمَّ استبعاد القانون الأجنبي، ذلك أن الدفع بالنظام العام يهدف إلى استبعاد القانون الأجنبي المختص، على أساس أنَّ قواعده الموضوعية تصطدم بالمبادئ الأساسية الجوهرية لقانون القاضي، فيُستبعد هذا القانون بصرف النظرعن سوء أوحسن نية أطراف العلاقة القانونية المشتملة على عنصر أجنبي في اختيارهم للقانون المراد استبعاده من طرف القاضي الوطني[139].

بينما يرمي الدفع بالغش نحو القانون إلى استبعاد القانون الأجنبي الذي قام اختصاصه على أساس لجوء الأطراف إلى استعمال الحيل والتلاعب بعناصر قاعدة الإسناد الوطنية، بغية خضوعهم لقانون معين يتفق مع رغباتهم ومصالحهم الشخصية التي لايحقِّقها لهم القانون المراد التهرُّب من أحكامه. وهناك وجه آخر مهم من أوجه الاختلاف بينهما يتمثل في كون استعمال قاعدة الدفع بالنظام العام تنحصر فقط في استبعاد القانون الأجنبي لفائدة قانون القاضي، وهذا بصريح المادة 24 من القانون المدني، والتي جاء فيها: « لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي ... إذا كان مخالفا للنظام العام أوالآداب العامة في الجزائر...

يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام أو الآداب العامة ».

أماَّ التمسُّك بالدفع بالغش نحو القانون فقد يحصل لصالح قانون القاضي أي: القانون الجزائري أو لصالح قانون أجنبي معين، حيث جاءت عبارة نص المادة 24 السابقة في فقرتها الأولى مطلقة دون تقييد في المقطع المتعلق بقاعدة الدفع بالغش نحو القانون، فكان النص كما يلي:« ...أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون ...».

**خاتمــة:** ختاماً لهذا البحث نورد أهم النتائج الآتية:

**أولا:** نلاحظ بأنَّ المشرِّع الجزائري من خلال تعديل نصوص القانون المدني لسنة 2005، المتعلِّقة بتنازع القوانين، خصوصاً ما تعلَّق بحالات استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص بحكم العلاقة القانونية المشتملة على عنصر أجنبي، أنه قد راعى في النصوص الجديدة ما توصل إليه الفقه الحديث، معتمداً في ذلك على ماذهب إليه أغلبية فقهاء القانون الدولي الخاص، وما استقرَّ عليه القضاء الفرنسي في هذا المجال.

(139)– زروتي الطيب، نفس المرجع، ص 269.

**ثانيا:** اتضح لنا من خلال البحث، أنَّ حالة الدفع بالنظام العام وحالة الدفع بالغش نحو القانون هما أهم حالات استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص بحكم النزاع المشتمل على عنصر أجنبي، إضافة إلى اعتبارهما محل اتفاق بين غالبية فقهاء القانون الدولي الخاص، أما باقي الحالات الأخرى فقد تباينت بشأنها آراء الفقهاء بين مؤيِّد ومعارض.

**ثالثا:** يُعاب على المشرِّع الجزائري عدم وضعه لمفاهيم عامة على الأقل لمحتوى النظام العام والآداب العامة في مجال القانون الدولي الخاص، خصوصاً في وقتنا الحاضر، اقتداءً ببعض التشريعات الغربية في هذا المجال، وحتى لايخرج القاضي الوطني على المذهب السائد في المجتمع محكِّما به قناعاته ومعتقداته الشخصية.

**رابعا:** استقر الفقه والقضاء في مجال تنازع القوانين على قاعدة أساسية مؤدَّاها أنَّ مخالفة القانون الأجنبي لأحكام القواعد القانونية الآمرة في قانون القاضي، لا يستلزم بالضرورة استبعاد أحكام هذا القانون إعمالا لقاعدة الدفع بالنظام العام، وتقرير هذه القاعدة جاء نتيجة اختلاف دور فكرة النظام العام بين مجال القانون الداخلي ومجال القانون الدولي الخاص.

**خامسا:** نوصي بضرورة احترام القاضي الوطني المعروض عليه النزاع المشتمل على عنصر أجنبي لمفهوم النظام العام والآداب العامة، حسب الاتجاه الغالب في المجتمع (مذهب الجماعة الوطنية)، عند حالة إعمال الدفع بالنظام العام، لاسيَّما في حالة عدم وجود نصوص قانونية صريحة تحدِّد ما هو مخالف للنظام العام والآداب العامة، وأن لا يحكِّم في ذلك قناعاته ومذهبه الشخصي.

**سادسا:** نقترح على المشرِّع الجزائري إضافة نصوص قانونية أخرى تبيِّن بوضوح تطبيق الأحكام الواردة في المادة 24 من القانون المدني، ومنها ضرورة تبيان مقدار الاستبعاد الواقع على أحكام القانون الأجنبي، هل يكون جزئيا ينحصر فقط في المسألة المخالفة للنظام العام، أم يتعين استبعاده كلية.

**سابعا:** كان الأجدر بالمشرِّع الجزائري عندما نص صراحة في المادة 24 من القانون المدني على حالة الدفع بالغش نحو القانون، أن يحدِّد على الأقل مفهوماً عاماً للغش نحو القانون في مجال تنازع القوانين، ولا عيب في إيراد المفاهيم عندما يكون لها دوراً فعَّالاً في سلامة تطبيق القانون حسب وجهة نظرنا.

**قائمة المراجع.**

**1**- د. أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، دارهومة للطباعة والنشروالتوزيع الجزائر، 2002.

**2**- د. نادية فضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر، 2002.

**3**- د. زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارناً بالقوانين العربية، تنازع القوانين ج01 مطبعة الكاهنة، الجزائر، 2000.

**4**- د. نادية فضيل، الغش نحو القانون، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2005.

**5**- د. هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، ط01، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت لبنان، 1984.

**6**- د. الهداوي حسن، تنازع القوانين وأحكامه في القانون الدولي الخاص العراقي، ط02، مطبعة الإرشاد بغداد، 1972.

**7**- د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، ج 02، ط 08، دار النهضة العربية، القاهرة، 1977.

**8**- د. فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد، الوجيز في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، ج 02، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، دون ذكر التاريخ.

**9**- د. محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، ط 02، مؤسسة الثقافة الجامعية، القاهرة، 1992.

**10**- د. فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، دون ذكر دار النشر، دمشق، 1986.

**11**- د. علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص، كلية العلوم القانونية، الجزائر، 1981.

**12**- د. محمد سعيد جعفور، مدخل إلى العلوم القانونية، الوجيز في نظرية القانون، ط 02، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 1999.

**13**- القانون رقم: 05 – 10، المؤرخ في: 20 يونيو 2005، المعدِّل والمتمِّم للأمر رقم: 75 – 58 المؤرخ في: 1975/09/26، المتضمِّن القانون المدني، المنشور بالجريدة الرسمية، الصادرة في: 26 يونيو 2005، العدد 44.