تقدير فكرة النظام العام في العقود الخاصة الدولية المرتبطة بالأحوال الشخصية

Appreciating the idea of public order in international private contracts related to personal status.

بن عودة حسكر مراد [1]، أستاذ محاضر أ .

[1] جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان ، benoudadroit@yahoo.fr

تاريخ الاستلام: 2022/03/18 تاريخ القبول: 2022/04/24 تاريخ النشر: 2022/06/01

ملخص:

إن ترخيص المشرع الجزائري بتطبيق القانون الأجنبي فوق الإقليم الوطني من طرف الموثق أثناء تحرير العقد الدولي و من طرف القاضي أثناء وقوع نزاع بشأن هذا العقد ، ينطوي على تحفظ ضمني يتمثل في عدم المساس بالمفاهيم الجوهرية والمبادئ الأساسية للدولة. هذا التحفظ يُعبر عنه في مجال تنازع القوانين بفكرة النظام العام .ومن هنا تظهر أهمية الدراسة بتحديد الدور الذي يلعبه النظام العام في مسائل الأحوال الشخصية باعتبارها أوسع مجال يطبق فيه النظام العام نظرا لارتباطها بمفاهيم إجتماعية، أخلاقية وغالبا دينية خاصة في الدول العربية. إضافة إلى أن أغلب القواعد التي تنظم المواضيع الأسرية هي قواعد آمرة .

و عليه يتعين على القاضي و الموثق أن يحترم خصوصيات العلاقات الدولية الخاصة ويراعي التعاون المبذول من طرف الدول لتنظيم هذا النوع من العلاقات كما يجب عليه أن لا يسمح لأي قانون أجنبي أن يعبث بالمبادئ الجوهرية لدولته أو يمس بمصالح مجتمعه و تحقيق هذا التوازن يتطلب من القاضي و الموثق أن يتحلّى بالموضوعية عند تقدير الأمور وأن يكون معتدلا ومنطقيا ، فلا يدفع بالنظام العام إلاّ عند الحاجة والضرورة الماسة التي تستدعي تدخله لحماية الأسس الجوهرية لدولته.

كلمات مفتاحية: النظام العام.، العقود الخاصة.، العقود الدولية.، الأحوال الشخصية.

Abstract:

The authorization of the Algerian legislator to apply foreign law over the national territory by the notary during the drafting of the international contract and by the judge during the occurrence of a dispute

regarding this contract , It implies an implicit reservation not to prejudice the core concepts and basic principles of the state. This reservation is expressed in the field of conflict of laws with the idea of public order , Hence the importance of the study by defining the role that the public order plays in personal status issues, as it is the widest field in which the public order is applied due to its association with social, moral and often religious concepts, especially in Arab countries. Note that most of the rules regulating family matters are peremptory rules.

And Therefore, the judge and notary must respect the peculiarities of private international relations and take into account the cooperation exerted by countries to regulate this type of relations, and he must not allow any foreign law to tamper with the fundamental principles of his country or prejudice the interests of his society , And the realization of this balance requires the judge and the notary to be objective when assessing matters, and to be moderate and logical. It requires his intervention to protect the fundamental foundations of his state.

Keywords: Public order ; private contracts ; private contracts ; international contracts ; personal status .

JEL Classification Codes: …, …, …

المؤلف المرسل: بن عودة حسكر مراد ، **الإيميل**: benoudadroit@yahoo.fr

1. مقدمة:

إن المجتمع الذي نعيش فيه اليوم تميزه ظاهرة العولمة و التقدم العلمي و التكنولوجي الملحوظ في جميع الميادين،الأمر الذي دفع إلى تكثيف و تنويع المعاملات و التصرفات بين مختلف أفراد المجتمع الدولي تلبية لاحتياجات الأفراد و رغباتهم المتزايدة يوما بعد يوم.

استجابة لهذه الحتمية في العلاقات الخاصة الدولية و المعاملات ذات العنصر الأجنبي، تتدخل الدول بأنظمتها القانونية المتباينة لتراعي هذه الوضعية تيسيرا لعملية انتقال و تنقل الأشخاص والأموال من وإلى

كل دولة في إطار قانوني مُنظم. هذا الوضع يفرض على هذه الدول بأن تتفق فيما بينها على حد أدنى من الحماية القانونية و القضائية لسلامة المراكز القانونية المختلفة و تثبيت الحقوق الخاصة و نفاذها دوليا .

بالنسبة للجزائر فان مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على هذه التصرفات و الاتفاقات الخاصة الدولية ومدى ملاءمته مع النظام القانوني الوطني يُحمل كل من الموثق والقاضي في الجزائر متاعب كبيرة فيما يخص إنشاء الحقوق الخاصة الدولية و نفاذها لاسيما في مسائل الأحوال الشخصية ذات الارتباط الوثيق بالنظام العام.

إن ترخيص المشرع الجزائري بتطبيق القانون الأجنبي فوق الإقليم الوطني من طرف الموثق أثناء تحرير العقد الدولي، و من طرف القاضي أثناء وقوع نزاع بشأن هذا العقد، ينطوي على تحفظ ضمني يتمثل في عدم المساس بالمفاهيم الجوهرية والمبادئ الأساسية للدولة. هذا التحفظ يُعبر عنه في مجال تنازع القوانين بفكرة النظام العام.

إن فكرة النظام العام قد تبنتها كل التشريعات قديما و حديثا مع تطور مفهومها و مجالها وقد كرستها في نصوص مختلفة ضمن قوانينها، كما هو الشأن بالنسبة للتشريع الجزائري[1] في نص المادة 24 من القانون المدني الجزائري[2] .

إن النظام العام في العلاقات الخاصة الدولية يجد مجاله في انتفاء الالتقاء القانوني بين القانون الأجنبي الواجب التطبيق وبين قانون القاضي الوطني فيما يخص المبادئ و الأصول التي تحكم هذه العلاقات الخاصة الدولية[3].

ونظرا لخصوصية تنازع القوانين و اتصاله بعلاقات الأفراد و حركة التجارة عبر الحدود الدولية فان مقتضيات النظام العام بمفهومها الوطني قد تضيق في مجال العلاقات الخاصة الدولية عنه في مجال العلاقات

الخاصة الوطنية. حيث أن اختلاف الدول حول مفهوم النظام العام و النظرة الوطنية البحتة في تقديره انعكس سلبا على التعامل الدولي. بحيث أصبح يُدفع بالنظام العام في كل مرة تُخالف فيها الاتفاقيات الدولية في مجال تنازع القوانين متطلبات النظام العام من منظور هده الدولة أو تلك مما يُعرض هذه الاتفاقيات لخطر عدم التطبيق.

وتأسيسا على ما سبق يمكن لنا أن نتساءل عن مدى تقدير مفهوم النظام العام في التشريع الجزائري لاسيما في مسائل الأحوال الشخصية. هل هو تقدير وطني بحت أم يراعى في تقديره طبيعة العنصر الأجنبي في العلاقة و الصفة الدينية للفرد؟ وهل يمكن للموثق باعتباره قاضي الإرادة أن يقلص من إثارة فكرة النظام العام أثناء تحرير العقود المنظمة للعلاقات الخاصة ذات العنصر الأجنبي؟ و هل تقدير مفهوم النظام العام يكون أساسه ديني أم وضعي؟ ثُم ما هي المعايير المعتمدة في ذلك؟

أهداف الدراسة :

بما أن درجة تدخل النظام العام تتفاوت حسب الموضوع محل النزاع، فإنه سيتم التركيز عند معالجة حالات تدخل النظام العام في مواضيع الأحوال الشخصية على تلك العلاقات الأسرية التي تصل فيها الاختلافات بين التشريعات إلى حد التنافر مما يؤدي إلى كثرة إعمال النظام العام بشأنها وعلى أساس ذلك، سيتم حصر هذه الدراسة في المواضيع الأكثر طرحا كمسالة الزواج و الكفالة، الطلاق، الحضانة، الميراث والوصية.

أهمية الدراسة :

وتتجلى أهمية هذه الدراسة في إسقاط الضوء على الدور الذي يلعبه النظام العام في مسائل الأحوال الشخصية باعتبارها أوسع مجال يطبق فيه النظام العام نظرا لارتباط الأحوال الشخصية بمفاهيم اجتماعية،أخلاقية وغالبا دينية خاصة في الدول العربية. إضافة على ذلك فإن أغلب القواعد التي تنظم المواضيع الأسرية هي قواعد آمرة.

وللإجابة على الإشكالية المطروحة ارتأينا أن نعتمد في دراسة بحثنا هذا على المنهج الوصفي التحليلي و المنهج المقارن دلك أن طبيعة الموضوع تقتضي دلك ، ودلك من خلال عرض النصوص القانونية التي تتناول بمدى تقدير فكرة النظام العام في العقود الخاصة الدولية في المجال التوثيقي المرتبط بالأحوال الشخصية ، مع تحليل وتفسير هده النصوص و مقارنتها مع التشريعات الأخرى (المبحث الأول) ، بالإضافة إلى ضبط مختلف المفاهيم الواردة والتعليق عليها في إطار فكرة الدفع بالنظام العام في العقود الخاصة الدولية في المجال القضائي الجزائري (المبحث الثاني).

2. المبحث الأول: مدى تقدير فكرة النظام العام في العقود الخاصة الدولية في المجال التوثيقي المرتبط بالأحوال الشخصية.

إذا كان المشرع قد سمح بتطبيق القانون الأجنبي على العلاقات ذات الطابع الدولي، فذلك لأنه قدر أنّ هذا القانون هو الأكثر صلة بها، والملائم لحكمها ، غير أنّ المشرع لما يقوم بعملية الإسناد، لأنه يجهل مضمون القانون الأجنبي ،لذلك شبه الفقيه الألماني RAAPE تطبيق القانون الأجنبي ''بقفزة في المجهول'' .

ولما كان من غير المقبول أن يطبق الموثق كضابط عمومي ملزم بتحرير بعض عقود الأحوال الشخصية قانونا أجنبيا يتنافى مضمونه مع المثل العليا،والمبادئ الأساسية والجوهرية السائدة في دولته ،فيبقى النظام العام هو السلاح الفعال الذي يتسلّح به ليواجه هذه الحالات غير المتوقعة ويستبعد تطبيق هذا القانون.لكن من جهة أخرى، يجب عدم الإكثار من تطبيقه، لأن الاستخدام المتكرر لهذا الدفع ، سيعطل بشكل كامل آلية تنازع القوانين التي يقوم عليها القانون الدولي الخاص ، فلا يمكن قبول استبعاد القانون

الأجنبي لمجرد اختلافه عن قانون الموثق ، لهذا تبقى مسألة ضبط مفهوم النظام العام مسالة مهمة جدا،وصعبة في نفس الوقت، لأنّ مفهوم النظام العام يختلف باختلاف الدول، واختلاف الأزمنة[4].

ولتوضيح مضمون فكرة إعمال النظام العام في مسائل الأحوال الشخصية من قبل الموثق ، ينبغي التوقف على مرحلة إنشاء الحق ، و أثار هدا الحق في مختلف عقود الأحوال الشخصية ذات البعد الدولي الخاص.

1.2 المطلب الأول: النظام العام أمام الموثق أثناء إنشاء الحق:

أدخل إن تأمين المعاملات الشخصية و المالية ذات العنصر الأجنبي و تفعيلها خدمة لتحفيز الاستثمارات الدولية أصبحت من متطلبات الوقت الراهن الذي يعتمد على الرسمية الموثقة لتأكيد وتثبيت المراكز القانونية و تكريس الحقوق الخاصة الدولية. لقد أصبح الموثق اليوم طرفا فعالا في الحياة الاقتصادية والاجتماعية للبلاد بحيث يساهم بقدراته و خبراته في تزويد و تنوير الأفراد بالنصائح القانونية الضرورية اللازمة لتصرفاتهم و اتفاقاتهم المختلفة. كما يُساعد على نشر الثقافة القانونية بينهم حتى تكون معاملاتهم منسجمة مع القوانين[5].

هذا الوضع لن يتحقق إلا بتجسيد أرادة الأفراد الصريحة في عقد رسمي يساعد القاضي كثيرا في تحديد القانون الواجب التطبيق أثناء وقوع نزاع بشان تنفيذ الالتزام أو المطالبة بحق بشأن هذا العقد.

إن الموثق باعتباره قاضي الإرادة و قاضي عقود الملكية العقارية[6]و ضابط عمومي، خولته الدولة جزءا من صلاحياتها لإضفاء الصفة الرسمية على العقود و التصرفات الأخرى مراعيا في ذلك السياسة التشريعية لهذه الدولة ومُحافظا على مبادئها الأساسية.

انطلاقا من هنا يمكننا أن نتساءل عن مدى إمكانية الموثق و هو بصدد تحرير عقد دولي إثارة مسألة النظام العام من خلال رفضه إجراء تصرف أو صياغة تصرف في شكل رسمي[7] . فمن خلال دراستنا لأحكام القانون المدني[8] و قانون الحالة المدنية [9]و قانون الأسرة[10] وقانون التوثيق[11] نجد بأن المشرع الجزائري قد أوكل إلى الموثق مهمة تحرير العقود الرسمية المدنية التجارية وعقود الأحوال الشخصية[12]، سواء كانت بين وطنيين أو أجانب، ما دامت أنها تنصب على حقوق خاصة دولية. .

2.2 المطلب الثاني : تقدير النظام العام في مجال بعض عقود الأحوال الشخصية:

فيما يخص التصرفات الواردة على العقارات اشترط المشرع الجزائري الرسمية و إلا كان التصرف باطلا ، فإذا طلب من الموثق تحرير عقد لنقل ملكية عقار أو حقوق عقارية سواء كان البائع أو

المشتري أجنبي أو كلاهما أجنبيا[13]فان هذا العقد يحرر طبقا لما يتطلبه القانون الجزائري من شروط موضوعية و شكلية باعتباره قانون مكان تواجد العقار[14]. و بالتالي فإن تقرير فكرة النظام العام من طرف الموثق تكون طبقا لمفهوم النظام العام الداخلي، سواء كان العقار محل التصرف يدخل في الأحوال الشخصية[15] أو الأحوال العينية، ما عدا الأهلية التي تبقى خاضعة لقانون الجنسية[16].

أما التصرفات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية الأخرى لاسيما عقد الزواج، فإنه يُمثل المجال الخصب لأعمال النظام العام ودلك راجع لسببين أساسيين:

السبب الأول هو أن العلاقات الأسرية تقوم على مفاهيم اجتماعية و أخلاقية و دينية.

السبب الثاني يتمثل في كون أن العلاقات غالبا ما تنظم بقواعد آمرة كما هو الشأن في قانون الأسرة الجزائري.

انطلاقا من ذلك فإن الموثق و هو بصدد تحرير عقد من عقود الأحوال الشخصية لا مفر من أنه يُثير مسألة النظام العام نظرا للتنازع الفكري و الثقافي القائم بين مواطني الدول الأوربية و مواطني الدول الإسلامية التي ما زالت مجتمعاتها تقوم على أسس دينية. بحيث انه في معظم عقود الأحوال الشخصية يعتد الموثق بالصفة الدينية للشخص ولا يُعتد بالصفة الوطنية التي أساسها الجنسية.

ففي عقود الزواج مثلا و بعد التعديل الذي أدخله المشرع الجزائري على قانون الأسرة سنة 2005 ، يمكن للموثق أن يُحرر عقد زواج بين زوجين مختلفي الجنسية [17] و متحدي الديانة الإسلامية[18] طبقا لأحكام قانون الأسرة الجزائري دون أن تكون مخالفة للنظام العام.

أما فيما يخص المشارطات المالية للزوجين التي نصت عليها أحكام قانون الأسرة المعدل[19]، فإذا طلب من الموثق انجاز عقد يُحدد النظام المالي لزوجين طبقا لأحكام المادة 37 من قانون الأسرة ، فإن الموثق قد يدفع بالنظام العام إذا كان النظام المالي المتفق عليه يمسُ بمبدأ انفصال الذمم[20].

كذلك الوضع بالنسبة للانفصال الجسماني[21]، فإن تصريح أو إقرار أحد الزوجين أو كلاهما أمام الموثق من أجل صياغته في شكل رسمي للاحتجاج به أمام القضاء، قد يُثار بشأنه النظام العام. بحيث إذا كان هذا الإقرار من زوج جزائري أو زوجة جزائرية فيمكن للموثق أن يُثير مسألة النظام العام و من ثم رفض صياغة هذا الإقرار في شكل رسمي.

أما إذا كان هذا الإقرار من زوجة أو زوج أجنبي غير مسلم يمكن للموثق أن ينجز هذا الإقرار في شكل رسمي دون أن يكون في ذلك مخالفة للنظام، باعتبار أن الحق المطلوب إقراره حق من الحقوق الخاصة الدولية. إضافة إلى ذلك فإن الإقرار بالتبني فهو مُحرم في الشريعة الإسلامية وفي قانون الأسرة الجزائري وبالتالي يُعد مخالفا للنظام العام[22] . ورغم ذلك أجازه المشرع الجزائري إذا كان القانون الواجب التطبيق على التبني يُقر ذلك[23]. الأمر الذي يمنع الموثق أمن تحرير عقد تبني إذا كان أحد طرفي العقد مسلما استنادا إلى النظام العام.

كذلك فيما يخص الإشهاد أو الإقرار بالرجوع عن الوقف الواقع لفائدة المساجد أو فيما يتعلق بالردة عن الإسلام سواء كان صادرا من جزائري أو أجنبي مسلم، كلها تعتبر تصرفات يعتبرها الموثق مسائل تمس بالنظام العام و لا يمكن انجازها و صياغته في شكل رسمي.

بالنسبة لانتقال الحقوق الميراثية و تحديد الورثة و أنصبتهم يُمكن للموثق كذلك أن يُحرر عقد الفريضة طبقا لقانون جنسية الهالك. فإذا كان الميت مسلما و لا يحمل الجنسية الجزائرية فإن الموثق أثناء تحرير عقد الفريضة لا يأخذ بعين الاعتبار جنسية الأجنبي، ويحرر الفريضة طبقا للقانون الجزائري دون أن يكون في ذلك مُخافة للنظام العام باعتبار أن قانون الأسرة الجزائري مقتبس من الشريعة الاسلامية التي هي حق مكفول لكل مسلم وطني كان أم أجنبي[24].

3. المبحث الثاني : الدفع بالنظام العام من طرف قاضي الدعوى أثناء المُطالبة بالحق.

نتعرض في هذا الصدد إلى مدى الاحتجاج بنفاد الحقوق الخاصة الدولية أمام القضاء الوطني رغم أن مصادر هذه الحقوق قد نشأت طبقا للقانون و غير مخالفة للنظام العام . إن دور القاضي في الدفع بالنظام العام،بدأ يتقلص و ينتقل من التشدد إلى مرحلة المرونة ،إذ أصبح القاضي لا يحرك هذه الآلية، في مواجهة الحقوق التي اكتسبت في الخارج،كما تلعب الاتفاقيات الدولية دورا في عولمة حقوق الإنسان، في إطار ما يعرف بأطروحة العالمية، الشيء الذي نلمس فيه تراجع دور القاضي في الدفع بالنظام العام، إذ يختلف أثر الدفع بالنظام العام باختلاف ما إذا كان الأمر يتعلق بإنشاء حق في بلد القاضي أو كان يتعلق بالتمسك بآثار الحق المكتسب في الخارج.

ففي الحالة الأولى، يبحث القاضي في مدى مشروعية إنشاء هذا الحق في دولته وفقا لقانونه الوطني فإن تعارض قيامه مع المبادئ الأساسية السائدة في دولة القاضي، يتدخل النظام العام ويرتب أثره كاملا حيث يمنع قيام هذا الحق ويستبعد القانون الأجنبي المختص.

أما في الحالة الثانية، فيبحث القاضي في مدى إمكانية الإحتجاج بالحق المكتسب في الخارج ودرجة مساسه بالنظام العام، مع العلم أنّ إنشاؤه في بلد القاضي يكون غير ممكن لتعارضه مع النظام العام الوطني. وفي هذه الحالة لا يرتب النظام العام أثره بل يكون أقل شدة وصرامة، ذلك أنّ الأمر يتعلّق بحق نشأ صحيحا في الخارج طبقا للقانون الأجنبي المختص.لذلك يسمى الأثر المترتب على الدفع بالنظام العام في الحالة الثانية بالأثر المخفف للنظام العام.

واختلاف أثر النظام العام بالنسبة للحقوق المكتسبة عنه بالنسبة للحقوق المراد إنشاؤها في دولة القاضي مرده أنّ تأثر الرأي العام في الحالة الأولى لا يكون بنفس قدر تأثره في الحالة الثانية

إن الدفع بالنظام العام من طرف القاضي، هو دفع استثنائي و ليس دفعا أصليا، مما يتطلب التضييق من دائرته وعدم التوسع في تقديره في مجال العلاقات الخاصة الدولية. و عليه فإن تقدير النظام العام من طرف القاضي الوطني لا يجوز اللجوء إليه إلا في الأحوال التي تقتضيها المصالح العليا للمجتمع حتى لا يُخل بالهدف الذي يتوخاه المشرع من جراء إعمال قواعد الإسناد. رغم أن شيوع فكرة النظام العام في العلاقات الخاصة الدولية لدى معظم قوانين الدول، إلا أنه لم يتم الاتفاق على قائمة مضبوطة و معينة بالحالات التي يطبق فيها النظام العام. الأمر الذي يتطلب منا التساؤل حول طبيعة المعايير المعتمدة لتحديد فكرة النظام العام، لاسيما وأن هذه الفكرة في القانون الوضعي هي نسبية معيارية تختلف باختلاف الزمان والمكان، بخلاف كونها فكرة مُطلقة و منضبطة في الشريعة الإسلامية. بمعنى آخر أن معايير تقدير فكرة النظام العام في الأنظمة القانونية ذات الأصول الدينية تختلف عنها في الأنظمة القانونية الأخرى.

1.3 المطلب الأول: معايير النظام العام في قوانين الدول ذات البعد الديني :

إن القضاء في الجزائر و معظم الدول الإسلامية يقدر فكرة النظام العام في العلاقات الخاصة الدولية تقديرا شرعيا مبني على أسس دينية، بحيث أن الحقوق المقررة في الإسلام هي مكفولة لكل مسلم دون مراعاة صفته الوطنية المتمثلة في انتماءه السياسي بواسطة الجنسية[25].

إن الإسلام في هذه الدول يتعلق بالنظام العام، بمعنى انه إذا غير أي من الزوجين ديانته إلى الإسلام فانه يتمتع بكافة حقوق المسلم دون مراعاة صفته الوطنية. فإذا أسلم الزوج مثلا فإنه يستطيع أن يُطلق زوجته بالإرادة المنفردة دون أن يكون ذلك مخالفا للنظام العام في الجزائر[26].

كما أن إسلام زوجة مسيحية أجنبية مثلا يؤدي حتما إلى انفساخ زواجها السابق بغير المسلم في نظر الشريعة الإسلامية وأحكام قانون الأسرة الجزائري باعتبار أن الزواج أصبح مخالفا للنظام العام الشرعي في دولة القاضي[27].

كما أننا نُسجل نفس الوضع بالنسبة للجنسية المكتسبة نتيجة زواج أجنبي غير مسلم بجزائرية في الخارج، فان القضاء الجزائري لا يُعتد بهذه الجنسية المكتسبة و لا يعتبرها ضابط إسناد لتحديد القانون المطبق كونها تُخالف أُسس النظام العام الشرعي في الجزائر[28].

يمكن القول في النهاية إن معايير النظام العام في العلاقات الخاصة الوطنية و الدولية في الدول ذات الأنظمة القانونية الدينية هي معايير ثابتة أُسسها أصول الدين الإسلامي التي لا تقبل التبديل و التغيير[29].

2.3 المطلب الثاني: معايير النظام العام في الدول ذات الطابع الغير ديني:

إن تقدير النظام العام في هذه الدول هو تقدير وضعي باعتبار أن الفكرة في حد ذاتها هي فكرة وطنية بحتة خاصة بكل دولة على حدى، أساسها المصلحة الوطنية، بحيث لا يمكن ضبطها إلا من خلال تحديد هذه المصلحة.

ومن ثم فانه من الأفضل بالنسبة لهذه الدول أن تكتفي بوضع معايير عامة وضعية يسترشد بها القاضي للوقوف على حالات يتعارض فيها القانون الأجنبي الواجب التطبيق مع الأسس و المبادئ العليا السارية في مجتمع دولة القاضي وقت نظر الدعوى.

إن نظرة هذه الدول إلى الأحوال الشخصية، هي نظرة خاصة بكل دولة بحيث نجد أن مدلول الأحوال الشخصية في هذه الدول قد يقتصر على الزواج و الطلاق فقط، أما باقي المسائل الأخرى تدخل في الأحوال العينية التي يقل بشأنها الدفع بالنظام العام.

إن معايير تحديد فكرة النظام العام في العلاقات الخاصة الدولية في هده الدول تجمع بينها فكرة أساسية، هي الأسس السياسية و الاقتصادية و الاجتماعية في دولة القاضي [30]و من بين هذه المعايير المعتمدة مايلي:

1- جهل النظام القانوني الأجنبي : وفقا لهذا المعيار يُمكن للقاضي المعروض عليه النازع استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق طبقا لقواعد الإسناد في قانونه الوطني باعتباره مخالفا للنظام العام كونه يشتمل على نظم قانونية غير معروفة في قانون القاضي كعدم التساوي في الميراث بين الذكر و الأنثى، وإباحة تعدد الزوجات.

2- عدم احترام مبادئ العدالة الدولية: أي أن القاضي الوطني في هذه الدول يستبعد القانون الأجنبي الواجب التطبيق دفعا بالنظام العام إذا كان هدا القانون غير عادل و يمس بمبادئ العدالة الدولية و يستنكر المبادئ العامة المتعارف عليها في الأمم المتحضرة، كتجريد الفرد من بعض الحقوق على أسس الدين أو العرق أو اللون.

3- عدم الاعتراف بالحقوق الطبيعية للإنسان : و يندرج ضمن هذا الإطار حالات عديدة من بينها عدم اعتراف القانون للأم بابنها غير الشرعي أي نفي النسب الطبيعي.

نخلص من كل هذا إلى القول بأن النظام العام في الأنظمة القانونية ذات الطابع الديني لا سيما الإسلامي منها مُقتبسة من الشريعة الإسلامية فيما يخص الأحوال الشخصية كما هو في الجزائر[31]. وبالتالي فإن القاضي الجزائري يدفع بالنظام العام أمام القانون الأجنبي كلما وجده مخالفا لأصل من أصول التشريع الإسلامي، سواء كان هذا الدفع مؤسسا على اعتبارات فنية أو اعتبارات الملائمة[32]. أما إذا كانت دولة القاضي المعروض عليه النزاع دولة إسلامية مُركبة الشرائع كما هو عليه الوضع في مصر، فإن القاضي المصري لا يستطيع دائما الدفع بالنظام العام و يستبعد القانون الأجنبي الواجب التطبيق باعتباره مخالفا لإحكام الشريعة الإسلامية، طالما أن هذا القانون الأجنبي الواجب التطبيق يتماشى مع أحكام شريعة أخرى من الشرائع السماوية المكونة للنظام القانوني المصري.

لكن استجابة لمتطلبات العلاقات الخاصة الدولية و تحجيما للحدود و تفعيلا لقواعد الإسناد لتُساير التطورات الاقتصادية والتكنولوجية، و جذبا للاستثمارات الأجنبية داخل أوطاننا[33] ، لا يمكن للقاضي الجزائري استبعاد القانون الأجنبي لمجرد كونه قانونا أجنبيا يختلف من حيث الأساس و المصدر مع القانون الجزائري. بل لا بُد من وجود تعارض صارخ و مساسا واضحا بشعور المجتمع الجزائري من جراء تطبيق هذا القانون.

.

4. خاتمة:

يتضح لنا مما سبق أنّ التوصل لتعريف جامع مانع ودقيق للنظام العام هو أمر يتنافى والطبيعة المتحركة للنظام العام. فكون النظام العام فكرة وطنية بحتة يؤدي إلى اختلاف مفهومها من دولة لأخرى كما أنّ المرونة التي تتسم بها هذه الفكرة تجعل من مفهوم النظام العام مفهوما نسبيا إذ إضافة على اختلاف مضمونها من دولة لأخرى، فإنها تختلف كذلك في الدولة الواحدة من زمن لآخر. لهذا يترك تقدير النظام العام للقاضي و الموثق باعتبارهما الشخصين المؤهلين لمعرفة المبادئ العليا التي تقوم عليهم دولتهما ، ولاشك أنّ هذه المهمة تعتبر صعبة ودقيقة في نفس الوقت.

و هنا يمكن أن نتساءل في الأخير عن جدوى البقاء و الاحتفاظ بالنظام القانوني الوطني الراهن لتنازع القوانين في مسائل الأحوال الشخصية في الدول ذات البعد الديني الاسلامي، و عما إذا كان من الأفضل أن يستبدل هذا النظام الوضعي لتنازع القوانين بقواعد موضوعية تقضي بإخضاع الأجنبي المسلم لأحكام الشريعة الإسلامية. وبالتالي ينحصر تطبيق قانون الجنسية باعتباره القانون الشخصي في الأحوال الشخصية على الأجانب غير المسلمين فقط. الأمر الذي يجعلنا نتجنب قدر المستطاع الدفع بالنظام العام و متاعب البحث عن المعايير المعتمدة في ذلك.

النتائج المتوصل لها :

-أولا يتعين على القاضي و الموثق أن يحترم خصوصيات العلاقات الدولية الخاصة ويراعي التعاون المبذول من طرف الدول لتنظيم هذا النوع من العلاقات ، هدا من جهة . ومن جهة أخرى، يجب عليه أن لا يسمح لأي قانون أجنبي أن يعبث بالمبادئ الجوهرية لدولته أو يمس بمصالح مجتمعه.

- ثانيا أن تحقيق هذا التوازن يتطلب من القاضي و الموثق أن يتحلّى بالموضوعية عند تقدير الأمور وأن يكون معتدلا ومنطقيا ، فلا يدفع بالنظام العام إلاّ عند الحاجة والضرورة الماسة التي تستدعي تدخله لحماية الأسس الجوهرية لدولته.

- **التوصيات:**

- إعطاء السلطة التقديرية للقاضي و للموثق بنص قانوني لتقدير ما يخالف النظام العام من عدمه، دون تقييده بمعيار دقيق في ذلك حتى لا تتأثر مرونة النظام العام.

- ضرورة التدخل التشريعي لوضع بعض القواعد العامة والأساسية التي تحكم فكرة النظام العام دون المساس بمرونة هذه الفكرة.
- إزاء الهجوم المتزايد على تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في مسائل الأحوال الشخصية للمسلمين في أوربا باعتبارها مخالفة للنظام العام في قوانينهم و من أجل ضمان اندماج المسلمين المقيمين في الدول الأجنبية في المجتمعات الأوربية ، نقترح إصدار قانون أوروبي موحد للأحوال الشخصية للمسلمين يعتمد أسلوب القواعد المادية الفورية التطبيق بدلا من تطبيق القوانين الشخصية لأطراف العلاقة. هذا القانون المقترح يُراعى فيه أحكام الشريعة الإسلامية طبقا للتفسيرات المعاصرة التي تتناسب مع المبادئ و القيم المعمول بها دوليا . فمثلا في الزواج يمكن تقيد تعداد الزوجات ليكون في حالات استثنائية فقط وتقييد الطلاق بالإرادة المنفردة ليكون بموافقة القاضي.

5. قائمة المصادر و المراجع:

أولا : النصوص القانونية :

-القانون رقم 84/ 11 الصادر في 09 /06 / 1984 المعدل بالقانون رقم 09/05 المؤرخ في 24 فبراير 2005 المتضمن قانون الأسرة .

- القانون رقم 02/06 المؤرخ في 20 فبراير 2006 المتضمن تنظيم مهنة التوثيق.

-الأمر رقم 75- 58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني معدل و مُتمم بمقتضى القانون رقم 88 /14 المؤرخ في 3 مايو 1988 والقانون رقم 05-10 مؤرِخ في 20 يونيو 2005.

-الأمر 70/20 المؤرخ في 19 فبراير 1970 المتضمن قانون الحالة المدنية .

-الأمر 05-01 المؤرخ في 27 فيراير 2005 المعدل للأمر 70-86 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970، المتضمن قانون الجنسية.

ثانيا : الكتب

-إعراب بلقاسم ، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزائر، دار هومة، 2003 .

-بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، الجزائر، دار الخلدونية، الطبعة الأولى، 2008 .

-رمضان أبو السعود، همام محمود زهران، مباد القانون، مصر، دار المطبوعات الجامعية، 2005.

-زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، الجزائر، مطبعة الكاهنة، 2000 .

-صلاح الدين جمال الدين، فكرة النظام العام في العلاقات الخاصة الدولية بين القوانين الوضعية و الشريعة الاسلامية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2004 .

-عبد الوهاب عرفة و أسامة أحمد شتات، قوانين التوثيق و الشهر و رسوم التسجيل بالشهر العقاري، دار الكتب القانونية، مصر، 2000 .

-عليوش قربوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء6 ، الجزائر، دار هومة ، الطبعة الأولى، 2006 .

-فاتح جلول، إشكالية تكييف مسؤولية الموثق عن أعماله ومعيار التفرقة بين الخطأ المدني والخطأ الجزائي، دار الهدى، الجزائر، 2014 .

-مقني بن عمار، الأحكام القانونية المتعلقة بصحة وبطلان المحررات الثوثيقية، دراسة في القانون الجزائر، دار هومة، الجزائر، 2014 .

-محمد عبد الغريب، النظام العام في قانون الإجراءات الجزائية، مصر، دار النهضة العربية، 2006 .

محمد حامد، أثر النظام العام في الحد من اللجوء إلى إتفاق التحكيم، مصر، دار النهضة العربية، 2012.

-وسيلة وزاني، وظيفة التوثيق في النظام القانوني الجزائري دراسة قانونية تحليلية،)د، ذ، ع، ط(، دار هومة، الجزائر، 2009.

ثالثا : رسائل الدكتوراه والماجستير:

-حسام الدين فتحي عبد اللطيف، مركز قانون القاضي في حُكم المنازعات الخاصة الدولية، رسالة دكتوراه جامعة عين شمس، مصر، 1990.

-زيدون بختة: التطبيق الاستثنائي للقانون الجزائري في العلاقات الخاصة الدولية، مذكرة ماجستير، القانون الدولي الخاص، جامعة بوبكر بلقايد، تلمسان، 2010 / 2011.

-بخروبة حمزة ، موانع تطبيق القانون الأجنبي في ضوء المادة 24 من القانون المدني الجزائري،مذكرة ماجستير ،كلية الحقوق ، جامعة سطيف ، سنة 2014/2013 .

رابعا : مواقع الأنترنيت:

https://www.mjustice.dz

الهوامش :

[1]- أنظر الأمر رقم 75- 58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني معدل ومُتمم بمقتضى القانون رقم 88 /14 المؤرخ في 3 مايو 1988 والقانون رقم 05-10 مؤرخ في 20 يونيو 2005.

[2]- تنص المادة 24 من القانون المدني الجزائري على أنه "لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر...".

[3] - أنظر ، حسام الدين فتحي عبد اللطيف، مركز قانون القاضي في حُكم المنازعات الخاصة الدولية، رسالة دكتوراه جامعة عين شمس، مصر، 1990، ص 471-474.

[44] أنظر: محمد عبد الغريب، النظام العام في قانون الإجراءات الجزائية، مصر، دار النهضة العربية، 2006 ، ص.7

أنظر: رمضان ابو السعود، همام محمود زهران، مباد القانون، مصر، دار المطبوعات الجامعية، 2005 ،ص 36 .

أنظر: محمد حامد، أثر النظام العام في الحد من اللجوء إلى إتفاق التحكيم، مصر، دار النهضة العربية، 2012 ،ص 18.

[5]- أنظر مجلة الموثق، سنة 2001، عدد 1 ، ص 15 . و أنظر وزارة العدل الجزائرية ، https://www.mjustice.dz. تاريخ الدخول للموقع 2022/03/05.

[6] - أنظر عبد الوهاب عرفة و أسامة أحمد شتات، قوانين التوثيق و الشهر و رسوم التسجيل بالشهر العقاري، دار الكتب القانونية، مصر، 2000، ص 12-19 .

[7]- باعتباره أن من ضمن شروط نفاد العقد و الاعتداد به أمام القاضي هو أن يكون لمن ابرم العقد ولاية إبرامه.

[8]- تنص المادة 324 مُكرر 1 من القانون المدني على أنه" زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي يجب، تحت طائلة البطلان، تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها، أو التنازل عن أسهم من شركة او حصص فيها، أو عقود إيجار زراعية أو تجارية أو عقود تسيير محلات تجارية أو مؤسسات صناعية في شكل رسمي...".

[9]- المادة 71 من قانون الحالة المدنية الصادر بمُقتضى الأمر 70/20 المؤرخ في 19 فبراير 1970 تنص على أنه " يختص بعقد الزواج ضابط الحالة المدنية أو القاضي ". على أن كلمة القاضي تشتمل أيضا على الموثق.

[10]- إن قانون الأسرة الصادر في 84/ 11 1984 المعدل بالقانون رقم 09/05 المؤرخ في 4 مايو 2005 أكد على مهام الموثق في عدة مواد من بينها:

المادة 18 التي تنص على أنه "يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانونا."

المادة 117 التي تُؤكد على أنه "يجب أن تكون الكفالة أمام المحكمة أو أمام الموثق.".

[11]-- القانون رقم 02/06 المؤرخ في 20 فبراير 2006 المتضمن تنظيم مهنة التوثيق.

- فاتح جلول، إشكالية تكييف مسؤولية الموثق عن أعماله ومعيار التفرقة بين الخطأ المدني والخطأ الجزائي، دار الهدى، الجزائر، 2014 ،ص 15.

[12]– المادة 3 "الموثق ضابط عمومي مفوض من قبل السلطة العمومية، يتولى تحرير العقود التي يشترط فيها القانون الصبغة الرسمية، و كذا العقود التي يرغب الأشخاص إعطاءها هذه الصبغة".
المادة 12 " يجب على الموثق أن يتأكد من صحة العقود الموثقة..."
المادة 15 "لا يجوز للموثق ان يمتنع عن تحرير أي عقد يطلب منه، إلا إذا كان العقد مُخالفا للقوانين و الأنظمة المعمول بها."
أنظر ، وسيلة وزاني، وظيفة التوثيق في النظام القانوني الجزائري دراسة قانونية تحليلية،)د، ذ، ع، ط(، دار هومة، الجزائر، 2009 ،ص 96 .انظر أيضاً: مقني بن عمار، الأحكام القانونية المتعلقة بصحة وبطلان المحررات التوثيقية، دراسة في القانون الجزائر، دار هومة، الجزائر، 2014 ،ص ص 114 – 115.

[13]– أنظر المادة 324 مُكرر 1 من القانون المدني السابقة الذكر.

[14]– انظر المادة 18 / 2من القانون المدني التي تنص على " ... غير أنه يسري على العقود المتعلقة بالعقار قانون موقعه".
أنظر: د. إعراب بلقاسم ، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزائر، دار هومة، 2003 ،ص 73 .

[15]– أما بخصوص القانون المطبق على الشروط الموضوعية بخصوص ميراث محله عقار فهو قانون جنسية المتوفى وقت وفاته طبقا لنص المادة 16 من القانون المدني الجزائري.

[16]– تنص المادة 10 /1 من القانون المدني على أنه " يسري على الحالة المدنية للأشخاص و أهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم".

[17]– إن الجنسية هي صفة وضعية في الشخص تترتب عليه أثار قانونية و سياسية. بينما الديانة هي الصفة الدينية في الشخص تمس حالته المدنية الخاصة في الدول التي تعتد بالحالة الدينية للشخص.

[18]– أما بخصوص مُختلفي الديانات السماوية لا بد أن يكون الزوج الأجنبي مُسلما و الزوجة كتابية، مع توافر باقي الشروط الأخرى والرخص الإدارية المطلوبة قانونا.
أنظر: د. زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، الجزائر، مطبعة الكاهنة، 2000 ،ص 250.

[19]– تنص المادة 37 من قانون الأسرة الجزائري "... غير أنه يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق حول الأموال المشتركة بينهما التي يكتسبانها خلال الحياة الزوجية و تحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منهما"
أنظر: عليوش قربوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء6 ، الجزائر، دار هومة ، الطبعة الأولى، 2006 ، ص 179.– 180 .

[20] – إن المشارطات المالية التي أشارت إليها المادة 37 من قانون الأسرة السابقة الذكر لا زالت فكرة غير واضحة المعالم في الجزائر.

[21]– تنص المادة 2/12 " يسري على انحلال الزواج أو الانفصال الجسماني القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى"

[22]– تنص المادة 221 من قانون الأسرة على أنه " يُطبق هذا القانون على كل المواطنين الجزائريين و على غيرهم من المقيمين بالجزائر..."

أنظر: د. بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، الجزائر، دار الخلدونية، الطبعة الأولى، 2008 ،ص.227 – و أنظر القرار الصادر عن المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية ، بتاريخ 1989/01/02 ،في الملف رقم 52207 ،المجلة القضائية، العدد 04 ،سنة 1990 ،ص 74 .

[23]– تُشير المادة 13 مكرر1 فقرة 2 على إخضاع صحة التبني لقانون جنسية المتبني و المتبنى.

[24]– – أنظر نص المادة 221 من قانون الأسرة .

[25] – طبقا لقوله تعالى " و ما أرسلناك إلا كافة للناس يشيرا و نذيرا" صدق الله العظيم. سورة سبأ الآية 28.

[26]– تنص المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري على أنه "...يُحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج..."

[27]– تنص المادة 31 من قانون الأسرة الجزائري على أنه " لا يجوز زواج المسلمة بغير المسلم". و هذا راجع إلى أن الدين الإسلامي لا زال يُشكل المصدر الرسمي للتشريع في قوانين الدولة الإسلامية.

[28]– تنص المادة 9 مُكرر من قانون الجنسية الجزائري على أنه " يُمكن اكتساب الجنسية الجزائرية بالزواج من جزائري أو جزائرية..." . أنظر الأمر 05-01 المرخ في 27 فيراير 2005 المعدل للأمر 70-86 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970، المتضمن قانون الجنسية.

[29]– أنظر، صلاح الدين جمال الدين، فكرة النظام العام في العلاقات الخاصة الدولية بين القوانين الوضعية و الشريعة الإسلامية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ، 2004، ص 50-52.

[30]– زيدون بختة: التطبيق الاستثنائي للقانون الجزائري في العلاقات الخاصة الدولية، مذكرة ماجستير، القانون الدولي الخاص، جامعة بوبكر بلقايد، تلمسان، 2010 / 2011 ، ص140 .

[31]– تنص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري على أنه "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يُرجع فيه إلى أحكام الشريعة الاسلامية".

أنظر ، بخروبة حمزة ، موانع تطبيق القانون الأجنبي في ضوء المادة 24 من القانون المدني الجزائري،مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة سطيف ، سنة 2014/2013 ص 22 .

[32]– يُقصد بالاعتبارات الفنية جهل دولة القاضي للنظام القانوني المطبق في القانون الأجنبي. أما اعتبارات الملائمة فهي عدم اعتراف قانون القاضي بوضع سائد في القانون الأجنبي.

[33]––ترتيبا لذلك يستوجب على القاضي في الدول الغربية أن ينظر إلى العلاقة بين المسلم و زوجنه الثانية علاقة زوجية و ليست علاقة غير شرعية، كما أنه على قضاة الدول الاسلامية أن تنظر إلى الرابطة التي تقوم على الوحدة بين الرجل و المرأة التي لا تنحل بإرادة المنفردة باعتبارها رابطة زوجية. هذا راجع لسببين:

أولا: أن الشريعة الاسلامية ليست هي الشريعة الوحيدة المطبقة قي بعض الدول الإسلامية.

ثانيا: أن الأصل في الشريعة الإسلامية هو ترك نكاح الذميين لشرائعهم.

أنظر ، نادية فضيلة: تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، الجزائر، دار هومة، سنة 2001. ، ص 123 .