النظام العام ومنح الحكم الأجنبي الأسري الصيغة التنفيذية
public order and grant of executory formula to the family foreign judgement

تاريخ الارسال: 2019/09/24	تاريخ القبول: 2019/11/17	تاريخ النشر: 2020/01/08

*أ. طعيبة عيسى
جامعة زيان عاشور - الجلفة
toaibaaissa@yahoo.com

أ.د. تشوار الجيلالي
جامعة أبوبكر بلقايد - تلمسان
tchouardjilali@yahoo.fr

ملخص :

إن الأحكام الأجنبية لكي ترتب آثارها القانونية في الجزائر تحتاج إلى الاعتراف والتنفيذ فيطرح بسبب ذلك إشكال تنفيذها أو ما يعرف بمهرها بالصيغة التنفيذية.

وبالرجوع الى أحكام قانون الاسرة و القانون المدني وكذا قانون الاجراءات المدنية والادارية فإن موقف القضاء من تذييل الأحكام الأجنبية الأسرية بالصيغة التنفيذية مرتبط بمجموعة من الشروط القانونية التي يجب على طالبها أن تتوفر في دعواه ولعل أهم شرط من هذه الشروط ما تعلق بعدم مخالفة أحكام النظام العام باعتباره صمام أمان حافظ للنظام الاجتماعي الجزائري.

الكلمات المفتاحية : النظام العام ، الصيغة التنفيذية ، الحكم الاجنبي الاسري .

Abstract:

Foreign judgments in order to have legal effects in Algeria need to be recognized and implemented.This leads to exposure the objection to judgements execution and It raises the problem of attaching judicial judgments in the executive form.

***المؤلف المرسل : طعيبة عيسى**

And with reference to family law provisions , Civil law, civil and administrative procedures law , We find that the position of the judiciary from the appendix to foreign family provisions with the executive form is linked to a set of legal requirements that must be available in case of implementation. The most important condition of the requirement of non-violation of the provisions of public order as it relates to the need to maintain the Algerian social order.
Keywords: public order ; foreign judgement ; executory formula .

مقدمة:

إن هدف القانون الدولي الخاص هو تحقيق التقارب بين مختلف النظم القانونية المقارنة وتجاوز نقط الخلاف الكائنة بينها، ذلك يظهر في ميدان آثار الأحكام الأجنبية، من خلال محاولة المحافظة على المراكز القانونية التي أنشأتها تلك الأحكام في غير الدولة التي صدرت فيها، وهو ما يعرف بمبدأ حماية الحقوق المكتسبة في الخارج، ومؤدى هذا المبدأ، أن يعترف للشخص بالمراكز القانونية والحقوق التي اكتسبها في دولة معينة، مع تمكينه من الإحتجاج بها في غير هذه الدولة، فمن غير المنطقي أن يضطر المتقاضي الذي حصل على سند تنفيذي يخوله حقا في إحدى الدول، إلى إعادة تقديم دعوى جديدة بشأن هذا الحق في كل دولة يرغب في التمسك فيها بالسند المذكور، لأن المبدأ أن الأحكام القضائية عنوان الحقيقة من جهة، وأن الحقيقة واحدة لا تتغير من جهة ثانية، وأنه من العبث إعادة التقاضي قصد إثبات حقيقة سبق تقريرها سلفا من جهة ثالثة[1].

والجزائر شأنها في ذلك شأن باقي دول العالم ، وبالنظر لموقعها الجغرافي والحضاري المتميز بعلاقات متنوعة مع كثير من الدول تتعلق أحيانا بالجانب المالي وأحيانا أخرى بما يتعلق بشؤون الأسرة و حالة الأشخاص ، مما يؤدي أحيانا لنشوء نزاعات بين الأشخاص سواء تعلق الأمر بمعاملاتهم المالية أو بأحوالهم الشخصية - والتي تخص موضوعنا- تعرض على محاكم دول أجنبية فتصدر أحكاما في تلك النزاعات التي عرضت عليها تحتاج تنفيذ

تلك الأحكام الأجنبية في الجزائر فيطرح بسبب ذلك إشكال تنفيذها أو ما يعرف بمهرها بالصيغة التنفيذية[2] في إطار أحكام قانون الاسرة و القانون المدني و قانون الاجراءات المدنية والادارية .

وعلى هذا الأساس يطرح الاشكال القانوني حول ما هي الشروط المتطلبة لمنح الأحكام الأجنبية الاسرية الصيغة التنفيذية من قبل القضاء الجزائري ؟ وهل الشروط القانونية المنصوص عليها في إطار المادة 605 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية التي تنص على أنه " لا يجوز تنفيذ الأوامر والأحكام والقرارات الصادرة من جهات قضائية أجنبية، في الإقليم الجزائري، إلا بعد منحها الصيغة التنفيذية من إحدى الجهات القضائية الجزائرية متى استوفت الشروط الآتية :1- ألا تتضمن ما يخالف قواعد الاختصاص، 2- حائزة لقوة الشيء المقضي به طبقا لقانون البلد الذي صدرت فيه، 3- ألا تتعارض مع أمر أو حكم أو قرار سبق صدوره من جهات قضائية جزائرية، وأثير من المدعى عليه، - ألا تتضمن ما يخالف النظام العام والآداب العامة في الجزائر". تنسجم مع الشروط المذكورة في المادة 24 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه " 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".

لدراسة موضوع منح الأحكام الأجنبية الاسرية الصيغة التنفيذية اقتضت منا إتباع خطة البحث التالية:

المبحث الأول : مفهوم النظام العام

المبحث الثاني: أثر النظام العام على تنفيذ الحكم الاجنبي

المبحث الأول : مفهوم النظام العام

تظهر محورية فكرة النظام العام، في الاحتياج الحيوي لها بكل النظم القانونية المعاصرة، باعتبارها آلية من آليات الارتكاز القانوني التي تمكن المنظومة القانونية من الاضطلاع بالموكول إليها من مهام الأمر الذي هيئ لتلك الفكرة وجودا دائما مستقرا بجل فروع القانون، إن لم يكن كلها

ففكرة النظام العام في وضعها المعاصر توصف بأنها صمام أمان حافظ لأي نظام اجتماعي مما قد يتهدد أسسه التي ينبني عليها، فضلا عن كونها الغطاء الشرعي لدفع حركة المجتمع تحقيقا لأهدافه، فإذا نظرنا إلى فكرة النظام العام والآداب العامة في مجال القانون الخاص وجدنا أنها الأساس السياسي و الاجتماعي و الخلقي الذي يقوم عليه كيان الدولة كما ترسمه القوانين النافذة فيها.

ولقد اختلفت آراء الفقه في ضبط تعريف موحد لفكرة النظام العام و حتى في عناصره المكونة له، لذا سنلقي الضوء على مفهوم النظام العام ومصادره في مطلب أول ثم محاولة تحديد خصائصه ومقوماته في مطلب ثان وصولا الى تحديد خصوصيته في المجال الاسري.

المطلب الأول : تعريف النظام العام ومصادره

سأتطرق من خلال هذا المطلب إلى تعريف النظام العام في فقه القانون ثم نرى رأي فقهاء الشريعة الإسلامية من ذلك وصولا الى تحديد مصادره وتصنيفاته في فرع ثان.

الفرع الاول: تعريف النظام العام

إنّ المشرع لم يتحمل عناء تعريف النظام العام تاركا ذلك لكل من الفقه والقضاء لذا سأتطرق الى :

أولا : تعريف النظام العام في فقه القانون

فعرف جانب من الفقهاء النظام العام بأنه يتمثل في مجموعة القواعد التي تستهدف تحقيق مصلحة عامة، سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية، تتعلق بنظام المجتمع الأعلى وتعلو على مصلحة الأفراد، فيجب على جميع الأفراد مراعاة هذه المصلحة وتحقيقها، ولا يجوز لهم أن يناهضوها باتفاقيات فيما بينهم، حتى لو حققت هذه الاتفاقات لهم مصالح فردية فإنّ "المصالح الفردية لا تقوم أمام المصلحة العامة ".[3]وعليه فإنّ فكرة الآداب والمتمثلة في مجموعة الأسس الخلقية للجماعة تحتويها فكرة النظام العام.

الا أن هناك جانب من الفقه [4] يرى أن النظام العام ليست فحسب تلك القواعد التي يقصد بها تحقيق النظام في المجتمع ، أو تحقيق المصلحة العامة، لأنّ كل قواعد القانون في مجموعها تهدف إلى تحقيق الأغراض السابقة، وأنّ القواعد المتعلقة بالنظام العام هي الّتي تهدف إلى تحقيق الحد الأدنى الذي لا يمكن الاستغناء عنه من هذه الأهداف.

وهذا الحدّ يزيد أو ينقص بحسب ما إذا كان الاتجاه الفلسفي السائد في الدولة هو الاتجاه الليبرالي أو الاتجاه الاشتراكي، فدائرة ما يعتبر منالنظام العام تتسع كل ما تعلق الأمر بالمنهج الاشتراكي، وتضيق وتنحسر عند تعلقها بالنهج الليبرالي، لأن المنهج الأخير يطلق الحرية الفردية ويحد من تدخل الدولة.

يستفاد مما سبق أنّالنظام العام والآداب العامة يشمل الأسس السياسية والاقتصادية والاجتماعية والخلقية التي يرتكز عليها كيان المجتمع كما تحدده القوانين الداخلية، وهو يتسع وينحسر حسب النظام السياسي السائد في الدولة.

حاول الأستاذ مالورى أن يجمع طائفة من التعريفات الفقهية للنظام العام فذكر في كتابه النظام العام والآداب العامة والعقد بأنه النظام في الدولة أي تنظيم المؤسسات والقواعد التي لا غنى عنها في ممارسة الدولة لوظائفها والأعمال التي تقوم بها [5]

و يمكن تلخيص المفهوم الفرنسي للنظام العام وفقا لما جاء في مؤلفات الفقهاء الفرنسيين بأنه مجموع ما يعتبر مهما نوعا ما في مجتمع وزمن معينين كي يتصف الإلزامية ولو حصل ذلك خلافا لإرادة الأفراد.

ثانيا: تعريف النظام العام في فقه الشريعة

لفقهاء الشريعة رؤية للنظام العام استندت إلى نصوص الوحي استدلالا واستنباطا، وسنعرض نماذج عدة لبعض الفقهاء الذين تناولوا هذا المفهوم وإن لم يكن بالاسم نفسه.

- النظام العام والآداب العامة لدى ابن أبي الربيع[6].

يذهب ابن أبي الربيع إلى أن نشأة المجتمع السياسي وتكوينه ضرورة تقتضيها حاجة الناس بعضهم إلى بعض لسد ما يحتاجون إليه لقيام حياتهم من ضرورات الغذاء واللباس والمسكن والجماع والعلاج وأنها أساس قيام الكيان الاجتماعي الذي بقيامه تبرز حاجة الناس إلى النظام العام والآداب العامة الذي يصر ضرورة لاستقرار حياة الناس وتدبير أمورهم[7].

ويوضح ابن أبي الربيع أن مقاومات النظام العام والآداب العامة هي أربعة : الملك ، والرعية ، والعدل ، والتدبير ، وعلى هذه الأركان الأربعة تقوم المملكة وحراستها ودوامها .. وبين القواعد اللازمة لحفظ تلك الأركان وصلاحها ، ومنها عمارة البلدان ، سواء بالمزارع أو الأمصار ، وحراسة الرعية ، وتدبير الجند ،، وتقدير الأموال[8].

النظام العام والآداب العامة لدى الإمام الماوردي

أطلق الماوردي لفظ (الصلاح العام) على (النظام العام والآداب العامة) ، وجاءت مجمل عباراته في هذا الجانب مع انه أورد مصطلح النظام أكثر من مرة وقدم – رحمه الله – رؤية شاملة ومتكاملة لمقومات الصلاح العام وأهميته ، بل يجعل علاقة تكامل بينه وبين الصلاح على المستوى الجزئي فيقول : " صلاح الدنيا معتبر من وجهين : أولهما ما ينتظم به أمور جملتها والثاني ما يصلح به حال كل واحد من أهلها ، فيهما شيئان لا صلاح لأحدهما إلا بصاحبه ، لأن من صلحت حاله مع فساد الدنيا واختلال أمورها لا يعدم أن يتعدى إليه فسادها ، ويقدح فيه اختلالها ، لأنه منها ولها يستعد . ومن فسدت خالة مع صلاح الدنيا وانتظام أمورها لن يجد لصلاحها لذة ولا لاستقامتها أثرا ، ومع هذا فصلاح الدنيا مصلح لسائر أهلها ، لوفور أماناتهم ، وظهور دياناتهم ، وفسادها مفسد لسائر أهلها لقلة أماناتهم وضعف دياناتهم ..." [9].

ثم يرى – رحمة الله–أن مقومات الصلاح العام أو النظام العام والآداب العامة تتمثل في قواعد فقال : " اعلم أن ما به تصلح الدنيا حتى تصير أحوالها منتظمة وأمورها ملتئمة ستة أشياء في في قواعدها وإن تفرعت ، وهي : دين متبع ، وسلطان قاهر ، وعدل شامل ، وأمن عام ، وخصب دائم ، وأمل فسيح " [10] .

- النظام العام والآداب العامة عند الإمام الغزالي[11].

يرى أن " السلطان ضروري في نظام الدنيا ، ونظام الدين ضروري في الفوز بسعادة الآخرة وهو مقصود الأنبياء قطعا ، فكان وجوب نصب الإمام من ضروريات الشرع لا سبيل إلى تركه "[12]

- النظام العام والآداب العامة لدى الإمام القرافي[13].

يقول في معرض حديثه عن أن المحكوم عليه يجب عليه التسليم بحكم الحاكم ، وإن خالف ما علمه " إن المحكوم عليه إنما حرمت عليه إنما حرمت عليه المخالفة لما

فيها من مفسدة مشاقة الحكم وانخرام النظام وتشويش نفوذ المصالح وأما مخالفته بحيث لا يطلع عليه حاكم ولا غيره فجائزة " [14].

- النظام العام والآداب العامة لدى الإمام الشاطبي[15].

أكثر الإمام الشاطبي من استخدام هذا المصطلح حيث يقول : " إذا ثبت أن الشارع قد قصد بالتشريع إقامة المصالح الأخروية والدنيوية ، وذلك على وجه لا يختل لها به نظام لا بحسب الكل ولا بحسب الجزء ، وسواء في ذلك ما كان من قبيل الضروريات أو الحاجيات أو التحسينات ، فإنها لو كانت موضوعة بحيث يمكن أن يختل نظامها ، أو تختل أحكامها لم يكن التشريع موضوعا لها "[16].

ويتعرض أيضا لفروض الكفايات [17] وعن أهمية فروض الكفاية كالخلافة [18] والقضاء والجهاد [19] وغيرها من فروض الكفايات " التي شرعت لمصالح عامة ، وإذا فرض عدمها أو ترك الناس لها انخرم النظام " [20].

من خلال القراءة المتأملة للنصوص السابقة نلحظ بشكل جلي أن عبارات الفقهاء السابقين للنظام العام وسياقاتهم له و تناولاتهم بشأنه لا تخرج عن إطارات ثلاثة فقط ، تعد مداخل حقيقية وثابتة لتأسيس فكرة النظام لديهم وهي كالتالي :

فكرة حق الله أو الحق العام.

فكرة الحكم الشرعي أو الحلال والحرام لتضمنه معني الالتزام.

فكرة المصلحة ...وهذا ما ألمح إليه بعض الباحثين [21].

الفرع الثاني : مصادر النظام العام و تصنيفاته

من خلال هذا الفرع سنحاول تحديد مصادر النظام العام وتصنيفاته

أولا : مصادر النظام العام

تعددت الآراء حول مصادر النظام العام ،فاعتقد البعض أن مصدره القانون مستندا في ذلك إلى ما ورد في المادة 6 من القانون المدني الفرنسي ونصها:"لا يمكن للاتفاقات الفردية الخروج عن القوانين المتعلقة بالنظام العام والآداب الحميدة " ،وهذا النهج سارت عليه محكمة التمييز البلجيكية في قرارها الصادر5 ديسمبر 1948 معتبرة أن لا نظام عام سوى القانون المتعلق بالمصالح الأساسية للدولة أو المجتمع أو الذي يحدد في القانون المدني الأسس القانونية التي يقوم عليها النظام الاقتصادي والأخلاقي في المجتمع[22].

ولكن في قرارات حديثة لها اعتبرت أن النظام العام والآداب العامة يتألف من الأسس القانونية الأساسية في المجتمع[23] (Les bases juridique fondamentales de la société) فتكون قد ابتعدت عن المفهوم الضيق الذي يعتبر أن القانون هو المصدر للنظام العام لتعتمد مفهوما أوسع يضم المقومات الأساسية للمجتمع[24].

وسار الاجتهاد الفرنسي على هذا المنوال إذ صدقت محكمة التمييز الفرنسية في قرار لها صادر بتاريخ 4 ديسمبر 1929[25]،قرار صادرا عن محكمة استئناف ورد فيه أنه يتبين من نص المادة 1133 من القانون المدني أن السبب يعتبر غير مشروع عندما يخالف النظام العام والآداب العامة دون أن يكون حتما ممنوعا بموجب القانون.

وبالتالي اعتبرت أن موضوع النزاع المتعلق باستغلال المرضى من خلال اللجوء إلى دعاية مكثفة للتأثير على الجمهور ،باطل لأنه مخالف للنظام العام.

ويشير الأستاذ Esmein في تعلقه على هذا القرار ان المحاكم أصدرت قرارات عديدة تبطل بموجبها عقودا لمخالفتهاالنظام العام والآداب العامة دون وجود نص تشريعي بشأنها[26].

وطالما أن الأمر كذلك أصبح من الواجب على القاضي أن يبحث عن مصدرالنظام العام والآداب العامة وان يحدد مفهومه فينظر أولا في القوانين التي يصفها المشرع بأنها تتعلق بالنظام العام ليقرر ما إذا كان بإمكانه أن يصفها بهذه الصفة بالنظر إلى المصلحة التي تحميها أو النظام الذي تقرره.

فالقاضي لا يخترع النظام العام والآداب العامة بل يبحث عنه ويستخرجه من مجموعة المبادئ العامة التي يقوم عليها القانون الوضعي ،ويظهره إلى حيز الوجود من خلال إبطال العقود والالتزامات المخالفة له، وهذا ما جعلGhestin يقول أنه بجانب النظام العام والآداب العامة التشريعي الذي يقوم على نظام عام تقديري ومضمر Virtue[27]يصار إلى الاستعانة به ،في غياب النص التشريعي للقول ما إذا كانت العقود المطعون فيها متوافقة أم مخالفة له[28] فالقاضي ليس حرا إذا في تحيد مفهومه للنظام العام بل عليه أن يبحث عنه في مجموع المبادئ العامة التي تسود نظاما قانونيا واجتماعيا معينا [29].

وبما أن تحيد مفهوم النظام العام والآداب العامة يشكل مسألة قانونية ،فهو يقع تحت رقابة المحكمة العليا30،وهذا أمر طبيعي لأن المحكمة العليا قيمة على احترام وحماية المبادئ العامة التي يقوم عليها النظام القانوني الوضعي.

ثانيا : تصنيفات النظام العام

انطلاقا من خصائص النظام العام والآداب العامة كما صار تحديدها آنفا وكذلك المفهوم المطلق والنسبي له ميز الفقه ،وتبعه الاجتهاد ،بين النظام العام والآداب العامة التوجيهي والنظام العام الحامي ،معتبرا الأول نظاما عاما مطلقا[31] والثاني نظاما عاما نسبيا[32] فالأول يتعلق بالأسس التي يقوم عليهاالنظام العام والآداب العامة الاجتماعي والسياسي و الاقتصادي والأخلاقي ، فتؤدى مخالفته إلى البطلان المطلق باعتباره يسعى الى احترام هذه الأنظمة وعدم مخالفتها فهو حام للمصلحة العامة التي تعلو على مصلحة الأفراد أما الثاني يوفر الحد الأدنى من الحماية لمن وضع لمصلحته فإذا شاء الفرقاء الخروج عن القاعدة الحامية لمصلحة الشخص الذي تحميه، اعتبر هذا الخروج مشروعا إذا كان لمصلحته[33].

وتقتضي الملاحظة أن هذا التمييز بين نوعي النظام العام والآداب العامة لا يعني قيام انفصال بينهما ففي حالات كثيرة يكون أحدهما ذا مفعول توجيهي وحام في آن معا.

المطلب الثاني: خصائص النظام العام ومقوماته

يتصف النظام العام عموما بعدة خصائص ، أنه مفهوم نسبي ،متحرك متغير مع الزمن والأنظمة السياسية والاقتصادية والاجتماعية التي يقوم عليها مجتمع معين في زمن معين.

أنه قابل للتدرج من المطلق إلى النسبي حسب الموضوع الذي يقع عليه ودرجة مساسه بالمصلحة العامة وأهمية هذه المصلحة في حياة المجتمع ونظامه السياسي أو الاجتماعي او الاقتصادي ، أن مفهوم النظام يتأثر بالرأي العام السائد و يتأثر كذلك بالأنظمة السياسية والاقتصادية وبدرجة انفتاح المجتمع وانغلاقه على مفاهيم الحرية وتبعية المواطن للدولة ودور الدولة في التدخل بشؤون الأفراد وتنظيم علاقاتهم بين بعضهم وبينهم وبين الدولة.

الفرع الأول : الخصائص التي تتضمنها فكرة النظام العام

المتمعن جيدا في جوهر فكرة النظام العام والآداب العامة سيتجلى له حتما بتغلب جملة من الخصائص أو بالأحرى المميزات عليها، نختصرها في مايلي:

أولا : التكليف الاقتضائي

الاقتضاء لغة قضى أي حكم وفصل واقتضى أمرا بمعنى استلزمه فيقال :افعل ما يقتضيه كرمك أي ما يطالبك به ، والأمر إنما هو للدلالة على الوجوب [34] والاقتضاء اصطلاحا هو الطلب فيكون فيكون بطلب فعل أو طلب ترك.

و منه التكليف الاقتضائي هو ألزام بفعل حتما على سبيل الوجوب للأمر أو إلزام بترك حتما على سبيل التحريم للنهي لتهيأ أوضاع فكرة مفهوم النظام العام والاداب العامة على شكل خطاب إلزامي بفعل لاقتضائه وجودا أو بترك لاقتضائه عدما، وباعتباره في الحالين خطابا جازما موجها إلى أفراد المخاطبين بأحكام القانون ممن لهم أهلية التصرف قانونا صادرا من قبل الدولة بمؤسساتها المختصة أو من قبل الجماعة.

وبعد هذا العرض لما نعنيه" بالاقتضاء "ومقصودنا بمركب"التكليف الاقتضائي" وعناصره ،نستشعر أهمية استظهار حدود العلاقة التكليف الاقتضائي بالقواعد القانونية التي تتوافر فيها عناصر المركب مجتمعة، وذلك توطئه لربطه فكرة النظام العام والاداب العامة ، وهو ما يستلزم التمييز داخل القواعد القانونية بين الآمرة منها والمكمل ، والتمييز داخل القواعد الآمرة ذاتها بين ما يعد نظاما عاما ومالا يعد كذلك[35].

ثانيا : الحد من سلطان الإرادة

متى كان مفهوم النظام العام، في حده الأساسي، وضع تكليف اقتضائي ، صادر عن الدولة أو الجماعة، بطلب فعل حتمي على سبيل الوجوب الأمر أو طلب كف حتمي على سبيل التحريم الناهي ، فإن وضع النظام العام يستقيم في هيئة خطاب جازم يوجه إلى الأفراد المخاطبين بأحكامه، ممن لهم أهلية التصرف قانونا حسبما سلف بيانه. وهذا الخطاب ينشئ إطارا تنضغط داخله إرادات هؤلاء الأفراد جميعا، حيث تفقد من سلطانها بقدر ما تستوجبه اعتبارات الانضغاط بحدود هذا الإطار، وفقدان الإرادة لسلطانها عندئذ لا يكون تخليا طوعيا وإنما نزولا جبريا وعليه فالنظام العام هو حد على سلطان الإرادة [36] و هي بصدد تصرف قانوني باعتباره فرضا لإرادة المشرع الدولة أو الجماعة حسب الحال - على إرادة الأفراد [37]أي هو التضحية بسلطان الإرادة الفردية لصالح إرادات المجموع ،

فحسب النظام العام والاداب العامة اتجاهه إلى ضبط نشاط الأشخاص وتصرفاتهم الاجتماعية [38] حتى يضحى حدا على سلطان إرادتهم، على نحو ما ينحسم معه أي نزاع قد يثور بين القانون والإرادة الفردية ، وذلك في صالح الأول، إلى حد تضحى معه هذه الإرادة الفردية فاقدة لكل سلطان تقديري بخصوص التصرف المراد إتيانه [39]، لتغدو غير مستطيعة حيال مقتضيات أحكام النظام العام سوى الانصياع.

ثالثا : ذو وظيفة اجتماعية

يبين من ذلك أن لفكرة النظام العام اتصالا مباشرا بالمجتمع، فهي مستمدة من مجموع القواعد المعبرة عن القيم و الأسس الكامنة بالضمير الجمعي للمجتمع، انطلاقا من وضعه الفلسفي و الأيديولوجي الذي يدين به. و الفكرة في ذلك تقوم بدور مزدوج، من ناحية تقوم فكرة النظام العام بترجمة هذه الأسس و الأصول، سواء الدينية أم السياسية أم الاقتصادية ...إلخ، في صورة قواعد قانونية ذات طبيعة مخصوصة من حيث إلزامها، أي ان لها قوة إلزام تفوق قوة إلزام القواعد القانونية العادية. ومن ناحية أخرى تقوم بحماية تلك الأسس مما قد ينالها من تهديد سواء أكان داخليا على يد السلطة أو الأفراد أم خارجيا في صورة اعتداء من قانون أجنبي أخر عليها . و على هذا فسوف تظل هذه الفكرة أبدا "منفذا رئيسيا تجد منه التيارات الاجتماعية و الأخلاقية سبلها إلى النظام القانوني لتبث فيه ما يعوزه من عناصر الجدة و الحياة "[40].

رابعا : أداة قانونية للدولة

ولعل أول هذه الغايات التي أفصح عنها استعراضنا السابق لسيرة مفهوم فكرة النظام العام الذاتية، أن فكرة النظام العام كانت، وأبدا ستكون ،أحد أهم أدوات الدولة القانونية لتحقيق أهدافها المخصوصة المتميزة عن أهداف الجماعة ومصالحها، وذلك إما حسب تصورها الخاص لواقع المصلحة العامة المنفصل عن التطور الجمعي لهذه المصلحة، وإما استهدافا لمصلحة سياسية أو اقتصادية خاصة بالسلطة الحاكمة على حساب الصالح العام للجماعة بأسرها، وهو ما عبر عنه الدكتور محمد عصفور بكون "النظام العام بطبيعته فكرة سياسية و اجتماعية لأنه يعبر عن الخطة السياسية التي ينتهجها نظام الحكم في تنظيمه للروابط الاجتماعية في وقت معين. ولذلك يكون النظام العام فرديا او جماعيا تبعا للخطة السياسية التي يسخر المشرع نظامه القانوني لحمايتها"[41]، وفي هذا يشير الدكتور محمد بدران إلى انه ثمة اتجاها فقهيا يرى أن "

السلطة الحاكمة تفرض النظام الذي يحقق لها البقاء مدة كبيرة في الحكم، والنظام العام ماهو إلا انعكاس لأرائها وفلسفتها. وبالتالي فالضبط عندما يقوم بحماية النظام العام، فهو يحقق مصالح الطبقة الحاكمة، ومن ثم فإن القول بأن الضبط وظيفته حماية الأوضاع الرتيبة في المجتمع ، قول يجافي الواقع والحقيقة، ويتناقض مع معطيات التاريخ "[42].

وبذلك يكون لفكرةالنظام العام والاداب العامة غاية قصدية يضحى عسيرا تجاهلها أو الغفلة عنها، ألا وهي تسخيرها لتحقيق غايات مخصوصة بسلطة الحكم تتعلق بالمصلحة العامة أو بتحقيق أهداف خاصة بالسلطة ذاتها (سياسية أو اقتصادية) منبتة الاتصال بالصالح الجمعي العام، وهو ما يتحقق في حاله الأول عن طريق تسخير الدولة أو القائمين عليها فكرة النظام العام والاداب العامة لفرض عقائد فلسفسية او قيما سياسية أو أسسا اقتصادية، تختلف عما هو معتنق جمعيا، باعتبار هذا المفروض هو ما فيه الصالح العام، وذلك في شكل قواعد قانونية قسرية-أمرة أو ناهية-مصحوبة دوما بجزاء على المخالفة، فضلا عما تمنحه لسلطات الدولة من سلطان جبر الأفراد على اعتناق هذه الأفكار قسرا والتزامها عملا وسلوكا.

الفرع الثاني :عناصر النظام العام وخصوصيته في مجال القانون الخاص

من خلال هذا الفرع سنحاول تحديد عناصر النظام العام وخصوصيته في مجال القانون الخاص.

أولا : عناصر النظام العام

اتجه الفقه التقليدي بخصوص مضمون النظام العام إلى قصره على العناصر الثلاث التقليدية، الأمن العام والسكينة العامة، والصحة العامة، وعليه يجب أن تستهدف تدابير الضبط الإداري حماية النظام العام في مظهره المادي فقط.

تتمثل العناصر التقليدية للنظام العام في الأمن العام، والصحة العامة، والسكينة العامة نبحثها بالتفصيل في مايلي:

1. الأمن العام و يقصد به كل ما يطمئن الإنسان على ماله

2.الصحة العامة و يقصد بها حماية المواطنين ضد الأخطار التي تهدد صحتهم من الأوبئة وأخطار العدوى، والأخطار الناجمة عن غياب عام للصحة ومن التطبيقات القضائية في هذا الشأن، ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي في حكم له بمشروعية القرار الذي اتخذه العمدة

وحظر بموجبه على البائعين المتجولين بيع الأغذية والمشروبات على الشاطئ، حيث تبين للمجلس أن قرار العمدة هدفه المحافظة على الصحة العامة.

وكذلك ما قضى به مجلس الدولة في حكم آخر بمشروعية القرار الذي أصدره العمدة وحظر بموجبه ممارسة الاستحمام وكذلك منع مرور المراكب ذات المحرك في إحدى البحيرات، وذلك بسبب تلوث مياهها وهو ما كان يشكل خطرا على صحة المستحمين، مما يبرّر الحظر، محافظة على الصحة العامة .

3. السكينة العامة يقصد بها المحافظة على الهدوء ومنع الضوضاء والجلبة داخل المناطق السكنية وفي الطرق العامة ،ويقع على سلطة الضبط واجب القضاء على الضوضاء سواء كانت صادرة من أفراد، أم من المصانع والمؤسسات المختلفة أم من الأشغال العامة، لذا فلقد أجاز القضاء، لسلطة الضبط الحق في إصدار قرارات عامة منظمة لخطر تشغيل المطاحن ليلا متى ترتب على تشغيلها في هذا الوقت قلقا وانزعاجا للسكان، وكذلك أجاز القضاء لسلطة الضبط تنظيم أجراس الكنائس وتحديد الأماكن التي يجوز فيها إطلاق أبواق السيارات[43].

ويلاحظ أخيرا أن حفظ النظام لم يعد محصورا في العناصر التقليدية المشار إليها سابقا، بل إنّ تطور المجتمعات أدى إلى ظهور عناصر جديدة بحاجة إلى حفظ وحماية من الإخلال بها .وهو ما سنوضحه فيما يتعلق بامتداد فكرة النظام العام والآداب العامة لتشمل عناصر أخرى.

ثانيا : خصوصية النظام العام في مجال القانون الخاص

الأمر الذي بدا معه شديد الإغراء مقاربة مفهوم فكرة النظام العام والآداب العامة من خلالها مقاصدها الغائية، باعتبار تلك المقاصد أظهر أوصاف هذه الفكرة وأكثرها وضوحا، مما أدى إلى أن انجذب إليه غالب فقه القانون الخاص، حيث دارت تعريفاته لهذا المفهوم معبرة عن هذه المقاربة. ففكرة النظام العام لديه هي مجموع الأسس التي يقوم عليها بنيان المجتمع وكيانه المادي بحيث لا يتصور قيام هذا البنيان أو الكيان و استمراره عند تخلفها أي ((كل ما يرتبط بمصلحة عامة تمس النظام الأعلى للمجتمع سواء كانت هذه المصلحة سياسية (مثل أغلب روابط القانون العام)او اجتماعية(مثل القوانين الجنائية وما يتعلق بتكوين الأسرة وحالة الأشخاص المدنية والأهلية) او اقتصادية (كالقواعد التي تنص على حماية الملكية والقواعد التي تجعل التنافس حرا أمام الجميع)أو خلقية وهي التي يعبر عنها

بقواعد الآداب))[44]. وهكذا يتبلور مفهوم النظام العام والآداب العامة لدى فقه القانون الخاص انحصارا بهذا النطاق، باعتباره((مجموعة المبادىء الرئيسية التي تعتبر أساسا للقانون في ذلك البلد، وهو بمثابة العمود الفقري لقانون ذلك البلد)) [45].

ففي مجال القانون المدني اتخذ المشرع منالنظام العام والآداب العامة والآداب معيارا للتفرقة بين القواعد الآمرة وغيرها من القواعد، ومن ثم فهي تستخدم في هذا المجال لضمان عدم الخروج الإرادي عن أحكام القواعد القانونية الآمرة[46].

أمّا فيما يتعلق بقانون الاسرة والذي يعتبر كقانون خاص مستقل عن القانون المدني في بعض الدول كما هو الشأن بالنسبة لقانون الأسرة الجزائري الصادر سنة 1984 المعدل والمتمم ، فإن دولا أخرى تعتبره جزء من أحكام القانون المدني، وما يهمنا هو إبراز مدى تعلق قواعده بالنظام العام وتطبيقات ذلك .فالحالة المدنية وقواعد الأهلية، وعلاقة الشخص بأسرته، وما له من حقوقه، وما عليه من واجبات، كلها من النظام العام والاداب العامة ويعتبر باطلا كل اتفاق يخالفها .

أما بالنسبة لمجال القانون الدولي الخاص الأمر ذاته دار في فلكه فقه القانون الدولي الخاص، في صياغاته لمفهوم فكرة النظام العام. ففكرة النظام العام تستخدم في إطار هذا الفهم القانوني بوصفها دفعا يراد به استبعاد إعمال القانون الأجنبي واجب التطبيق، الذي تشير إليه قاعدة الإسناد الوطنية، لمصلحة القانون الوطني (قانون دولة القاضي) [47] فيما إذا ثبت للقاضي أن هذا القانون الأجنبي لا يتفق مع الأسس التي يبنى عليها النظام القانوني لدولته[48] إذ في مثل هذه الأحوال " من البديهي ان يبحث القاضي عن وسيلة يحول بها دون تطبيق أحكام هذا القانون الأجنبي، اي إنه لتلافي النتائج غير المقبولة التي يؤدي إليها تطبيق قاعدة الإسناد، يتعين إيجاد صمام أمن يحمي المجتمع الوطني من القوانين الأجنبية التي تقضي قاعدة الإسناد بتطبيقها، إذا تبين ان تطبيق هذه القوانين يتعارض والمبادئ الأساسية التي يقوم عليها مجتمع دولة القاضي[49] .

بيد أنه بالرغم من هذا الاستخدام لفكرة النظام العام على صعيد القانون الدولي الخاص، فإن فقه هذا الفرع القانوني يكاد يستقر اتفاقا على ان فكرة النظام العام، في مجال القانون الدولي الخاص، تسعى ذات سعيها في مجال القانون الداخلي لتحقيق "هدف رئيسي واحد هو حماية النظام القانوني الوطني وتدعيم قوانين الدولة الأساسية [50] حيث ان هذه الفكرة إنما هي في جوهرها انعكاس للرأي العام و للأفكار السائدة في مجتمع دولة

القاضي من زمن معين[51] لذا نلحظ الدكتور/أحمد مسلم يعرف فكرةالنظام العام والاداب العامة بحسبها التنظيم العقلي -المنطقي - لكل شيء لدى الشعب
l'ordre public est la disposition rationnelle de toutes choses dans un peuple""
الأمر الذي انتهى معه هذا الفقيه إلى ان إعمال القاضي الدفع بالنظام العام، يكون عند تعارض القانون الأجنبي واجب التطبيق ، إما مع الأفكار الأساسية للنظام القانوني لدولته بمبادئه العليا وإما مع قواعد العدالة إذا ما كان من شأن تطبيق القانون الأجنبي تقديم حلول ظالمة[52] الأمر الذي يخلص معه إلى نطاق فكرة النظام العام والآداب العامة بأدائها الدفعي في مجال القانون الدولي الخاص، إنما يتحصر في تعارض القانون الأجنبي واجب التطبيق مع الأسس الخلقية أو الاجتماعية أو السياسية أو الاقتصادية في دولة القاضي على نحو يضر بمصالحها العليا [53] الأمر الذي يتجلى معه جوهر مقصد الفكرة المعنية على مستوى فرع القانون الدولي الخاص، الذي لا يفترق البتة عن جوهر مقصدها على مستويي القانونين العام والخاص، من حيث ابتغاء الصالح الكلي للدولة وصيانتها أسسها وقيمها العليا من كل مساس، سواء أكان مصدر هذا التهديد داخليا - فرديا أو جمعيا أو مؤسسيا - أو خارجيا.

إنّ فكرة النظام العام كما سبقت الإشارة هي فكرة مرنة، ومتطورة تختلف باختلاف الزمان والمكان .فما يعتبر متعارضا معالنظام العام والآداب العامة في دولة لا يعتبر كذلك في دولة أخرى، وما يصطدم بالنظام العام داخل نفس الدولة في فترة معينة قد لا يعد أمرا منافيا لهذه الفكرة في وقت آخر.

ويستعان بفكرة النظام العام والآداب العامة في مجال القانون الدولي الخاص لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي، الذي أشارت إليه قواعد الإسناد، ويتم ذلك بشروط[54]

1 :أن يكون القانون الأجنبي واجب التطبيق طبقا لقواعد التنازع في دولة القاضي، فلا يثار هذا الدفع إذا كان القانون الأجنبي يمكن استبعاد تطبيقية لسبب آخر.

2 :أن يكون القانون الأجنبي الواجب التطبيق مختلفا في حكمه المطلوب مع مقتضيات النظام العام في دولة القاضي، على أن يكون ذلك متروكا لتقرير القاضي تحت إشراف المحكمة العليا.

3/ أن تكون المخالفة للنظام العام حالية عند رفع الدعوى ولو كان نشوء الحق قد تم دون أن يكون مخالفا للنظام العام .فإنّ سلطة القاضي التنفيذية على الوجه السالف لا تعني ترك

الأمر لتقديره الشخصي ومعتقداته الخاصة، وإنما على القاضي أن يستلهم المبادئ الجوهرية السائدة في دولته، وبمعنى آخر يجب أن يكون تقدير القاضي موضوعيا يستوفي شعور الجماعة لا شخصيا يترجم مشاعر القاضي.

أما فكرة النظام العام في مجال قانون الإجراءات المدنية و الادارية فهي تلك المتعلقة بالتنظيم القضائي والقواعد التي تتصل بالمقتضيات الموضوعية للعمل الإجرائي كوجود الخصوم وأهليتهم وصحة تمثيلهم، كما تعتبر متعلقة بالنظام العام كل الأشكال التي ترمي إلى ضمان حسن سير القضاء كمرفق عام أو تتصل بالتنظيم العام للخصومة كتقرير بعض المواعيد التي من شأنها وضع حد للنزاع أو احترام حقوق الدفاع.

وقد ينص المشرع في بعض الحالات على تعلق القاعدة بالنظام العام مما يستتبع بطلان الإجراء الذي يخالفها، غير أنه في حالة عدم النص يجب على القاضي أن يقدر المصلحة التي شرعت القاعدة لرعايتها.

وعليه يجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان المتعلق بالنظام العام سواء كان من قام بالإجراء أو الموجه إليه الإجراء، فهذا النوع من البطلان لا يقتصر التمسك به على من شرع لمصلحته، ويجوز التمسك به حتى القاضي ولا يجوز التنازل عنه لأنّه يتعلق برعاية مصلحة عامة كما يثار الدفع المتعلق بالنظام العام في أية حالة تكون عليها الدعوى [55] ولو قدم لأول مرة أمام المحكمة العليا [56].

المبحث الثاني: أثر النظام العام على تنفيذ الحكم الاجنبي

أحيانا يصدر حكما قضائيا من طرف جهة قضائية في دولة أجنبية ، و يريد أحد أطرافه تنفيذه في الجزائر أمام القاضي الجزائري، لمصلحة له في ذلك، فهل سيعامل هذا الحكم الأجنبي بنفس المعاملة التي يعامل بها الحكم الوطني من حيث تمتعه بالقوة التنفيذية وبحجية الأمر المقضي به خاصة و أن هناك من؟

يعتبر أن المساواة بينهما تعد مساسا بالسيادة الوطنية، لأنها تتضمن معنى الخضوع لسيادة الدولة الأجنبية التي صدر هذا الحكم عن محاكمها، ولهذا يرون وجوب رفضها.

إن المشرع الجزائري إتخذ موقفا مثله مثل أغلب المشرعين في العالم باعترافه بمهر الحكم الاجنبي بالصيغة التنفيذية شريطة توفر مجموعة بوضع مجموعة من الشروط والقيود على تنفيذ الحكم الأجنبي.

المطلب الأول : الشروط العامة لتنفيذ الحكم الأجنبي

يشترط في الحكم الأجنبي المطالب بمهره بالصيغة التنفيذية أن يكون حكما صحيحا صادرا عن محكمة مختصة غير مخالف للنظام العام مع عدم تعارضه مع الحكم الوطني السائد .

الفرع الأول : الطبيعة العامة لتنفيذ الحكم الأجنبي

يمكن التمييز بين اتجاهين رئيسيين في طبيعة القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني.

أولاً : القانون الأجنبي مجرد واقعـة

هناك جانب من الفقه ذهب إلى القول بأن القانون الأجنبي يفقد طبيعته القانونية أمام القضاء الوطني و يصبح مجرد واقعة من الوقائع يمكن لصاحب الحكم الاجنبي الاحتجاج بها غير أن درجة الزاميتها و اساسها القانوني تم الاختلاف فيه على النحو :

أ- موقف الفقيه هنـــري باتيفـول (افتقاد الحكم الاجنبي لعنصر الأمـر)

يرى بأن القانون الأجنبي يفقد مؤيد تطبيقه الخارجي أمام القضاء الوطني، فالقانون الوطني يتمتع بعنصر الأمر أمام القاضي الوطني أما المشرع الأجنبي ليس له أي سلطان على القضاء الوطني يلزمه بتطبيق القانون الأجنبي .

ب- موقف الفقه الأنكلو أمريكي (قاعدة احترام الحقوق المكتسبة في بلد القاضي الاجنبي)

يرى أن القانون الأجنبي يطبق في بلد القاضي احتراماً للحقوق المكتسبة في الخارج والتي تلزم على طالب التنفيذ تقديم الدليل على النصوص القانونية التي بني على أساسها الحكم الاجنبي أمام القاضي الوطني كونه غير مكلف في البحث عن أحكام القانون الأجنبي.

ثانياً : إحتفاظ القانون الأجنبي بطبيعته القانونية في مجابهة القاضي الوطني

هناك جانب من الفقه و على عكس ما ذهب اليه الاتجاه الأول إعتبر أن القانون الأجنبي يبقى محتفظاً بطبيعته القانونية أمام القاضي الوطني إلا أنهم اختلفوا حول اساس هذه الطبيعة القانونية على النحو :

أ- موقف الفقه الايطالي (قاعدة الإدماج)

يرى أصحاب هذا الموقف أن القانون الأجنبي لا يمكن الاعتراف له بالطبيعة القانونية إلا إذا أدمج في النظام القانوني لبلد القاضي الوطني سواء أكان هذ الدمج ماديا وهو تطبيق قاعدة الاسناد الوطنية كقاعدة موضوعية وبذلك تمتص أحكام القانون الأجنبي أو كان هذا الدمج شكليا و يعني أن القانون الأجنبي يبقى محتفظاً بمقوماته الأصلية.

غير أن نظرية الإدماج لاقت النقد سواء من حيث الأساس أو من حيث النتائج، مما جعل بعض الفقه يتمسك بفكرة أخرى هي التفويض.

ب- نظرية التفويض:

نتيجة الانتقادات المقدمة للفقه الايطالي وما لاقته فكرة الإدماج أو الاستقبال سواء من حيث الأساس أو من حيث النتائج، لجأ بعض الفقه الى اعتماد نظرية التفويض والتي تعني أن القاضي الوطني يطبق القانون الأجنبي وفق قاعدة الإسناد الوطنية بموجب تفويض من المشرع الوطني وقد لاقت هذه النظرية الكثير من النقد ما جعل الفقه المعاصر يتجاوزها.

جـ- الفقه المعاصر:

يرى هذا الفقه أن تزويد الحكم الاجنبي بقوة النفاذ في بلد القاضي مرده الى قاعدة الإسناد الوطنية التي تأمر القاضي الوطني بتطبيق القانون الأجنبي

الفرع الثاني: حيازة الحكم الأجنبي لحجية الشيء المقضى به

إن المشرع الجزائري يستلزم لإمكانية التنفيذ الجبري للأحكام القضائية الجزائرية أن تكون نهائية حائزة لقوة الشيء المقضي به[57]؛ فمن باب أولى أن يراعي القاضي الجزائري هذا الشرط في مواجهة الأحكام القضائية الأجنبية، وإلا صارت هذه الأخيرة في وضع أكثر تميّزا عن الأحكام القضائية الجزائرية.

ويترتب على الحكم الحائز لحجية الشيء المقضي به الذي صدر صحيحا من حيث الشكل وعلى حق من حيث الموضوع توافر عناصر أساسية لخصتها المادة 338 من القانون المدني وهي وحدة الاطراف أي آثار الحكم لا تمتد الا لأطرافه ووحدة المحل الذي تنصب عليه هذه الدعوى بالإضافة الى توافر عنصر السبب وهو الاساس الواقعي والقانوني الذي تأسست عليه هذه الدعوى.

المطلب الثاني : الشروط الخاصة لتنفيذ الحكم الأجنبي

بعد أن يرفع الطلب المتعلق بتذييل الحكم الأجنبي بالصيغة التنفيذية للقاضي من أجل إعطاء الأمر بالتنفيذ ، وقبل أن يصدر القاضي المذكور حكما في الدعوى، فإنه لابد عليه التأكد من توافر جملة من الشروط القانونية وعدم إكتفائه بالنظر الى أن الحكم الاجنبي صادر عن جهة قضائية حائزا لقوة الشيء المقضي به وانما عليه الرجوع الى أحكام قانون الاجراءات المدنية والادارية و كذا القانون المدني والتي يجب توافرها من اجل منح

الحكم الاجنبي القضائي الصيغة التنفيذية والتي يجب على القاضي الجزائري أن يراعي توافرها طبقا لأحكام المادة 605 من قانون الاجراءات المدنية والادارية ليصدر الأمر بالتنفيذ وهي على النحو:

الفرع الأول: عدم مخالفة قواعد الاختصاص

يقصد بهذا الشرط يجب أن تكون محاكم الدولة التي أصدرت الحكم هي المختصة[58] بمقتضى قواعد تنازع الاختصاص القضائي المعمول بها في الجزائر و أن تكون المحكمة الأجنبية التي أصدرت الحكم هي المختصة طبقا لقواعد الاختصاص الداخلي في الدولة المعنية بالأمر[59] .

إن عدم امتداد رقابة القاضي الجزائري على الاختصاص الداخلي للمحكمة الأجنبية مرده الى أن القاضي الأجنبي في محكمته يوجد في وضع يسمح له بفهم قانونه وتطبيقه تطبيقا صحيحا، أفضل من الوضع الذي يوجد فيه القاضي الجزائري[60].

الفرع الثاني : عدم تعارض الحكم الأجنبي مع الحكم الوطني السائد

إنطلاقا من أحكام المادة 24 من القانون المدني التي نصت على أنه: «لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب في الجزائر» فإن المشرع الجزائري و إن نص على النظام العام في كثير من نصوصه الا أنه لم يقم بتعريفه وتحديد مفهومه تاركا الامر للفقه والقضاء المطروح أمامه النزاع بحسب موضوع كل نزاع [61].

وهذا الشرط الذي يطبق على القانون الأجنبي هو نفسه يطبق على الحكم الأجنبي المطلوب تنفيذه أمام القضاء الجزائري؛ فعند تعارض الحكم القضائي الأجنبي مع الأسس الجوهرية السائدة في الدولة الجزائرية، ومع مصالحها الحيوية، يمتنع القاضي الجزائري عن إصدار الأمر بتنفيذه تطبيقا لأحكام المادة 605 من ق إ م إ .

الفرع الثالث: عدم تعارض الحكم الاجنبي مع النظام العام

إن فكرة النظام العام في إطارها الدولي تحول دون تنفيذ الحكم الأجنبي إذا كان مضمونه يتعارض مع المبادئ والمثل السائدة في الدولة المطلوب تنفيذ الحكم فيها وهذا ما يعد تعارضا من الناحية الموضوعية وقد يكون هذا التعارض راجع لمخالفة قاعدة إجرائية تعد من قبيل القواعد التي تدخل ضمن نطاق النظام العام .

فإذا كانت فكرة النظام العام فكرة مرنة ومتطورة تتغير بتغير الزمان والمكان كما سبق و أن راينا ذلك في المبحث الاول ، فإن القاضي الوطني يقدر عدم تعارض الحكم الأجنبي المطلوب تنفيذه مع النظام العام في الوطن وقت التقدم بطلب تنفيذ هذا الحكم، وله أن يرفض تنفيذه إذا كان يتعارض مع النظام العام في ذلك الوقت، ولو لم يكن في هذا الحكم ما يخالف النظام العام عند صدوره عن القضاء الأجنبي[62].

الخاتمة:

من خلال استقراء نص المواد 506 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية والمادة 24 من القانون المدني وفي إطار التطرق لموضوع تنفيذ الأحكام الأجنبية ، نجد أنها جاءت دون تحديد موضوع محدد ولم تحصر مجال التنفيذ وجعلت كل ما يتعلق بالحكم الاسري سواء ما تعلق بالرابطة الزوجية أو بالآثار المترتبة عنها نافذة شريطة عدم تعارضها مع النظام العام .

وتعد التشريعات المتعلقة بالأسرة أكثر القوانين ارتباطا بفكرة النظام العام كالزواج والطلاق والميراث وإثبات النسب،.... والتي تعتبر من صميم النظام العام الجزائري قواعدها آمرة ولا يجوز الاتفاق على مخالفاتها خاصة و أن الأسرة وثيقة الصلة بهوية الفرد وثقافته فإن النظام العام الأسري يؤطره الدين بالدرجة الأساسية ،وللشخص داخل أسرته حقوق وواجبات تحكمها نصوص متعلقة بالنظام العام تستمد من نصوص قانون الأسرة وهو ما دفع بالقضاء إلى التأكيد صراحة على تعلق نصوصها بالنظام العام.

ومن أهم التوصيات التي يمكن الخروج بها من هذه الدراسة هي ضرورة توحيد النص التشريعي بدلا من التطرق للموضوع أحيانا في قواعد موضوعية (القانون المدني) و أحيانا في قواعد إجرائية (قانون الاجراءات المدنية والادارية).

نظرا لصعوبة تحديد مفهوم النظام العام بصفة عامة و النظام العام الاسري بصفة خاصة وجب على المشرع تحديد حالات على سبيل المثال لما يقصد بالنظام العام الاسري خاصة تلك المخالفة للاتفاقيات الدولية الخاصة بالأسرة.

فتح المجال واسعا أمام السلطة التقديرية لقاضي شؤون الاسرة دون غيره لتقدير مسألة التعارض مع النظام العام مع وضع معايير يستند عليها القاضي في ذلك .

وضع قانون إجرائي خاص بالأسرة يحدد فيه كل المسائل الاجرائية التي تتبع أمام محاكم خاصة بقضايا الاسرة موكلة لقضاة متخصصين نظرا لما عرفته الاسرة من تشتت وتفكك .

الهوامش:

[1] جهاد أكرام، تنفيذ الأحكام الأجنبية المتعلقة بالأحوال الشخصية في القانون الدولي الخاص، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص وشدة البنت والتكوين في القانون المدني المعمق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية جامعة محمد الخامس أكدال الرباط، السنة الجامعية 2006 / 2005 ، ص 11.

2 معمرو بومكوسي، تذييل الأحكام الأجنبية في المادة الأسرية بين النص القانوني والعمل القضائي، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول، المغرب، 4.

3 عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الأوّل ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت لبنان ، 1964 ، ص 399.

4 سمير عبد السيّد تناغو ، النظرية العامة للقانون ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، 1986 ، ص91 .

5 Philippe Malaurie,L'ordre public et Le contrat,Editions Matot- braine ,Reims,1953

6 هو" أحمد بن محمد بن أبي الربيع ، شهاب الدين ، أديب من أرباب الحكمة والسياسة ، كان من رجال المعتصم العباسي ، له مؤلفات منها : سلوك المالك في تدبير الممالك ، توفي سنة 272 هـ . راجع : خير الدين بن محمود بن محمد بن علي بن فارس، الزركلي الدمشقي، الأعلام ، دار العلم للملايين، 2002، 205/1) .

7 شهاب الدين أحمد بن محمد بن أبي الربيع، سلوك الممالك في تدبير الممالك لابن أبي الربيع ، دار العاذرية للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، 2004، ص 403-404 .

8 سلوك الممالك ، مرجع نفسه ، ص 456 .

9 علي بن محمد بن حبيب الماوردي أبو الحسن ، تحقيق محمد كريم راجح ، أدب الدنيا والدين للماوردي ، دار إقرا، 1985، ص 134- 135

10 مصدر سابق ، ص : 135- 136.

11 هو : محمد بن محمد الغزالى الطوسي الشافعي ، الملقب حجة الإسلام ، الفقيه الشافعي ، ولد في إقليم خراسان وتوفي فيها سنة 5 . 5 هـ تصانيف منها : إحياء علوم الدين ، تهافت الفلاسفة ، المنذ من الضلال ، المستصفي من علم الأصول . (راجع أبو العباس شمس الدين أحمد بن محمد بن إبراهيم بن أبي بكر ابن خلكان البرمكي ، تحقيق إحسان عباس، وفيات الاعبذيانت ، دار صادر، بيروت، لبنان، 1974، ص 4 / 216)

12أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي ، تحقيق محمد عبد السلام عبد الشافي، المستصفي ، دار الكتب العلمية، 1993، 1 / 304.

13 هو : أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن أبو العباس ، شهاب الدين الصنهاجي القرافي ، من علماء المالكية ، وهو مصرى المولد والمنشأ والوفاة ، له تصانيف عديدة منها ، الفروق والأحكام والذخيرة ، توفي سنة 684هـ .(راجع : الإعلام للزركلي 1/ 94) .

14 أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي القرافي - ابن الشاط - محمد علي حسين ، الفروق ، وزارة الأوقاف السعودية، 2010، ص 43/4 .

15 هو : أبو إسحاق ابراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي من أهل غرناطة ، أصولي ، وفقيه مجتهد له من المصنفات الموافقات والاعتصام ، توفي سنة 790هـ . (راجع : الاعلام 75/1)

16 إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الشاطبي الغرناطي أبو إسحاق ، تحقيق: مشهور بن حسن آل سلمان، الوافقات ، دار ابن عفان، القاهرة، مصر، 1994، ص 2/ 37.

17 هو ، الفرض الذي يقصد به الكفاية فيما ينوب ، أي قام بعض المسلمين سقط الإثم الباقين ، وإذا لم يفعلوه جميعا أثموا كلهم ، ومثاله الجهاد والصلاة على الجنازة . (راجع : الشافعي أبو عبد الله محمد بن إدريس ، الرسالة، ، تحقيق أحمد شاكر، مكتبه الحلبي، مصر ، 1940 ، ص : 362 وما بعدها) .

18الخلافة في اللغة بمعني الإمارة ، والخليفة هو السلطان الأعظم والمعني الاصطلاحي مماثل ، لذلك فهي الولاية العاتمة على الأمة كافة ، والقيام بامورها ، والنهوض بأعبائها ، والخليفة بهذا المعني يطلق على من قام بأمر المسلمين القيام العام ، وتطلق الخلافة في الاصطلاح على الإمامة التي هي موضوعة لخلافة النبوة في حراسة الدين وسياسة الدنيا 0 (راجع : محمد بن مكرم بن منظور الافريقي المصري جمال الدين أبو الفضل، لسان العرب، دار صادر – بيروت، 1995، ص 83/9) .

19 يطلق الجهاد في اللغة على الطاعة والمشقة والقتال والمبالغة ، وفي الاصطلاح يطلق الجهاد على قتل المسلمين للكفار بعد دعوتهم على الإسلام أو الجزية ورفض ذلك ، ووسع شيخ الإسلام ابن تيمية مفهوم الجهاد يشمل بذل الجهد في حصول محبوب الحق ودفع ما يكرهه الحق . (راجع : أحمد بن فارس بن زكريا أبو الحسين ، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، معجم مقاييس ، دار الفكر، دمشق، سوريا، 1979، ص 486/1 191) .

20 للشاطبي، المصدر السابق، ص 180/2 .

21 فتحي الدريني ، خصائص التشريع الإسلامي ، ط2، مؤسسة الرسالة ، بيروت، 2013، ص 272- 283

22 Citè par Malaurie ,L ordre public et le contrat ,Editions Matot – Braine ,Reims, 1953

23 Cassation belge.11mai 1977 et 11 Aout 1978

24 مصطفى العوجي ،القانون المدني ،الجزء الأول ،ط2، دار الخلود ، بيروت، لبنان، 1999، ص405

25 Cass .civ.dèc 1929 .S.1931.1.49.

26 مصطفى العوجي ،المرجع السابق،ص 406.

27 J . Ghestin .Le contrat .Formation .1988 .N 728

28 مصطفى العوجي ،المرجع السابق ،ص 407.

29 ph. Malaurie. L ordre public et l office du juge .note sous cass .civ.18 mars 1955.D.1956

30 J . Ghestin .opc .N 102.

31 يتميز النظام العام التوجيهي بأنه :

النظام الاجتماعي بما فيه نظام العائلة ،كالزواج ،والبنوة والأهلية والجنسية والإرث.

النظام السياسي المتجسد القوانين الدستورية والتشريعية والإدارية والقضائية والسياسية والحريات العامة ووظائف المؤسسات العامة.

النظام الاقتصادي وقوامه القوانين المنظمة للملكية الفردية والملك العام وبعض العمليات الاقتصادية التي تتدخل الدولة في تنظيمها وضبطها حماية للمستهلك أو صاحب المهنة أو الامتياز ،وكذلك القوانين الخاصة بانتقال الملكية والهبات والوصايا.مع العلم أن تدخل المشرع بموجب قواعد آمرة،أي متصفة بالنظام العام ،أصبح أمرا ملحوظا فيالنظام العام والآداب العامة الاقتصادي المعاصر.

النظام الأخلاقي وقوامه المبادئ السلوكية في مجتمع معين والتي تعتبر ضمانة أخلاقية للفرد والجماعة.
الإجراءات القضائية والمحاكمات الحامية لحقوق الإنسان والتنظيم القضائي وعمل المحاكم بقدر ما تكون المصالحة العامة ومصلحة الأفراد هي محور هذا العمل.

32 مقابل النظام العام والآداب العامة التوجيهي أوجد المشرع نظاما خاصا لحماية الأفراد من تصرف الغير نحوهم أو حتى من تصرفهم نحو أنفسهم ،كوضع المجنون والقاصر غير المميز.
وقد اعتبرت بعض القوانين الفرنسية موافقة المستهلك على بعض العقود باطلة كعقد الدراسة بالمراسلة أو القرض العقاري ، إذا حصلت قبل انقضاء أسبوع أو عشرة أيام على استلام العرض وذلك حماية للمستهلك من تسرعه في الموافقة دون تفكير كاف بنتائجها وشروطها ،ونفس المقتضى الذي نص عليه القانون المغربي 31.08 المتعلق بتدابير حماية المستهلك فيما يخص القروض الاستهلاكية والعقارية في المواد 74. 104.
هذا النظام عرف بالنظام العام الحامي ، وتبعا لموضوع الحماية يكون الجزاء إما بطلانا مطلقا ،كانعدام الأعمال التي يجريها عديم الأهلية ،وإما بطلانا نسبيا متروك حق المطالبة بإعلانه لمن وضع لحمايته

33 مصطفى العوجي ،المرجع السابق ،ص 410.

34 إبراهيم أنيس، المعجم الوسيط ،الجزء الثاني ، **مجمع اللغة العربية بالقاهرة** ، مصر، 2011، ص749

35 د /حسن كيره، المدخل الى القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1974، ص95

36 د/ محمود جمال الدين زكي ، مشكلات المسؤولية المدنية، ج1، مطبعة جامعة القاهرة، مصر، 1978، ص 173.

37 د/ احمد سلامة، الأحوال الشخصية للوطنين غير المسلمين وللأجانب ،الطبعة الثالثة ،دار الفكر العربي ، 1963، ص 341

38 د/ محمد عصفور . وقاية النظام الاجتماعي باعتبارها قيدا على الحريات العامة ، رسالة دكتوراه ،. حقوق القاهرة . 1961 . ص 126

39 د/ محمد محمد بدران ، مضمون فكرةالنظام العام والاداب العامة ودورها في مجال الضبط الإداري - دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي - دار النهضة العربية ، 1992 ص34

40 د/ محمد بدران، المرجع السابق، ص 122-123

41 د/ محمد عصفور ،المرجع السابق ،الكتاب الأول، ص 174

42 د/محمد بدران، المرجع السابق ، ص 174

43 د .عادل السعيد محمد أبو الخير ، الضبط الإداري وحدوده، **الهيئة المصرية العامة للكتاب**، مصر، 1955، ، ص158 .

44 د/ محمد عصفور-المرجع السابق -ص 282

45 د/ محمد محمد بدران - المرجع السابق-ص124

46 ومن أبرز تطبيقات فكرةالنظام العام والآداب العامة في القانون المدني منها تلك المتعلقة بالمعاملات المالية والمرتبطة بمصلحة عامة، كالأسس التي يقوم عليها النظام الاقتصادي في البلاد، فهي تارة تفسح المجال للنشاط الفردي وطورا تحد من هذا النشاط لحماية الجانب الضعيف، ومن ذلك أيضا الأحكام ا لّتي تكفل حماية الغير حسن النية،انظر في تفصيل ذلك مشار إليه في مؤلف، د.محمد محمد بدران، المرجع السابق ، ص33

47 د/ حامد زكي، اصول القانون الدولي الخاص المصري، الطبقة الرابعة ، مكتبة عبد الله وهبة بمصر1946، ص 197.

48 د/ فؤاد عبد المنعم رياض، د/ سامية راشد، الوسيط في القانون الدولي الخاص ،الجزء الثاني: تنازع الاختصاص القضائي الدولي طبعة 1992 -دار النهضة العربية- ص 133

49 المرجع نفسه، ص 134

50 المرجع نفسه، ص 136

51 المرجع نفسه، ص 144

52 د/عبد الرزاق أحمد السنهوري، د/ أحمد حشمت أبو ستيت ، أصول القانون أومدخل لدراسة القانون، دار الفكر العربي ، طبعه 1953م، بمطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر ، ث 180، 181.

53 د/سليمان مرقص، المدخل للعلوم القانونية و شرح الباب التمهيدي للتقنيين المدني .ج1، دار صادر للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 1987، ص 79

54 د .علي علي سليمان ، مذكرات في القانون الدولي الخاص ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 1980 ، ص 153 ، ود. .هشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 2003 ، ص195

55 قرار المجلس الأعلى، رقم31432 الصادر بتاريخ1983/05/20 المجلة القضائية، العدد 1، 1989، ص 182 ، و ما بعدها

56 قرار المجلس الأعلى، رقم35724 الصادر بتاريخ1985/01/19 المجلة القضائية، العدد 3، ص 25 ، و ما بعدها

57 المادة 600 من قانون الإجراءات المدنية و الادارية

58 الرأي في الفقه أن رقابة القاضي الوطني لا يجب أن تمتد إلى الاختصاص الداخلي للمحكمة التي أصدرت الحكم الأجنبي، لأن هذه المسألة تخص القانون الأجنبي قانون تلك المحكمة ،اتجه الفقه الفرنسي بعد صدور حكم محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 4 أكتوبر 1967م، والذي ألغى كل رقابة على صحة الإجراءات إلا ما يتعلق منها بالنظام العام الدولي؛ فقد رأى الفقه الفرنسي أن حكم الإلغاء هذا، يستتبع حتما التخلي عن الرقابة الداخلية للمحكمة الأجنبية التي أصدرت الحكم
أنظر في هذا : عز الدين عبد الله، إتجهات القضاء في تطبيق الإسناد في مواد الأحوال الشخصية ، مطبعة جامعة القاهرة، مصر، 1954، ص 912.

59 Batiffol (H) et lagarde (P),Droit international privé,t2,7ed,1983,L.G.D.G, P 720

60 بلقاسم أعراب: القانون الدولي الخاص الجزائري. دار هومة، بوزريعة، الجزائر، د ط، 2003 م ، ص 64.

61 نادية فضيل: تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني. دار هومه، بوزريعة، الجزائر، دط، 2002م، ص113.

62 هشام علي صادق: القانون الدولي الخاص. دار المطبوعات الجامعية، الأسكندرية ، ط 3، 2004 م، ص285.