جامعة محمد بوضياف المسيلة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

عنوان الدرس:

استبعاد تطبيق القانون الأجنبي لتعارضه مع النظام العام

....

أستاذ الدرس: الدكتور عمارة عمارة أستاذ محاضر قسم "ب"

الفئة المستهدفة: : طلبة السنة الأولى ماستر، تخصص قانون أسرة

الحجم الساعي: 01 ساعة و 30 دقيقة في الأسبوع

أهداف الدرس: تتمثل أهداف الدرس فيما يلي:

1- تعريف الطلبة على شروط التمسك بالدفع النظام العام

2- تعريف الطلبة على أثار التمسك بالدفع النظام العام

3- تعريف الطلبة على موقف المشرع الجزائري من الدفع بالنظام العام

السنة الجامعية: 2020- 2021

المحور التاسع: استبعاد تطبيق القانون الأجنبي لتعارضه مع النظام العام

قبل التطرق الى استبعاد القانون الأجنبي المخالف للنظام العام نبين بعض الحالات التي يستبعد فيها وفق ما تم دراسته سابقا، خاصة فيما يتعلقبعدم تطبيق القانون الأجنبي للمصلحة الوطنية أو لمصلحة الفصل في النزاع، ويمكن تلخيص بعض المسائل التي تمت دراستها في المواضيع السابقة الخاصة بتنازع القوانين، وهذه الحالات إما أن تكون وفق نصوص خاصة أو واردة على أساس المصلحة سواء الوطنية منها أو تلك المتعلقة بالنزاع في حد ذاتها، فيستبعد تطبيق القانون الأجنبي:

– بالنسبة لتصرف الأجنبي ناقص الأهلية المتعلق بالمال لسبب في خفاء المادة 2/10 من ق م.

– يستبعد كذلك تطبيق القانون الأجنبي بواسطة التكييف مثل استبعاد تطبيق القانون الهولندي في وصية الهولندي ويستبعد أيضا عن طريق الإحالة من الدرجة الأولى.

– استبعاد تطبيق القانون الأجنبي إذا كان غير معروف لدى القاضي (حق الزوج المحتاج أو البائس).

– بالنسبة للاستثناء الوارد في المادة 13 ق م ج لا يطبق القانون الأجنبي إذا كان أحد الزوجين جزائريا في الزواج أو الطلاق.

– بالنسبة للشخص الذي له أكثر من جنسية ومن بينها الجنسية الجزائرية فيطبق عليها القانون الجزائري دون الأجنبي المادة 22 ق م من قانون 10/05.

– كذلك يطبق قانون القاضي الجزائري في الحالة التي يتعذر فيها إثبات القانون الأجنبي الواجب التطبيق مثل: عدم اختيار المتعاقدين لقانون يحكم عقدهما واستحالة تركيزه في مكان معين حسب نص المادة 23 مكرر قانون 10/05.

– يستبعد تطبيق القانون الأجنبي إذا كان الفعل غير مشروع طبقا للقانون الأجنبي ومشروعا في الجزائر طبقا للمادة 2/20 ق م ج.

– لا يطبق القانون الأجنبي أيضا في حالات الاستعجال المنصوص عليها في المادة 2/15 وذلك فيما يخص التدابير المستعجلة الخاصة بالقصر وعديمي الأهلية والغائبين الموجدين في الجزائر وقت اتخاذ هذه التدابير.

أولا: مفهم استبعاد تطبيق القانون الأجنبي لتعارضه مع النظام العام

إذا أشارت قاعدة الإسناد إلى تطبيق القانون الأجنبي وكان هذا الأخر يتعارض مع النظام العام يمكن استبعاده، لكن قبل التطرق لأهم الأحكام الخاصة بالنظام العام ما المقصود بالنظام العام ؟

النظام العام هو مجموعة من الأسس السياسية والاقتصاديةوالاجتماعية والمعتقدات الدينية والحضارية التي تسود في مجتمع معين في وقت معين، ويتضح من هذا المفهوم للنظام العام أنه مسألة نسبية يختلف مفهومه من مجتمع لأخر لذا يترك مسألة تقدير فكرة النظام العام لقضاء كل دولة، وقد عرفت محكمة النقض الفرنسية النظام العام الوطني بأنه يتوقف إلى حد كبير على الرأي السائد في كل عصر، وفكرة النظام العام قديمة ظهرت في فقه الأحوال الإيطالي القديم وسميت بالأحوال المستهجنة وهي الفكرة التي جاء بها " بارتول"[1].

ثانيا: شروط التمسك بالدفع بالنظام العام

يشترط للدفع بالنظام العام الشروط التالية[2]:

---

[1]- صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص، الجنسية وتنازع القوانين دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي الاسكندرية 2008، ص315.

[2]- عبد الرزاق دربال، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول دار العلوم للنشر والتوزيع الجزائر، 2010،ص136.

1- أن يتم تعيين القانون الأجنبي من طرف قاعدة الإسناد الوطنية، وبالتالي لايمكن إثارة الدفع بالنظام العام إذ أستبعد تطبيق القانون الأجنبي لسبب آخر 'غير النظام العام ' مثل أن يكون قانون القاضي إقليميا أو يكون القانون المختار من طرف المتعاقدين دون أن تكون له أي صلة بهما أو بالعقد أو عن طريق الإحالة.

2- أن يتعارض القانون الأجنبي مع مقتضى من مقتضيات النظام العام السالفة الذكر والمحددة من طرف القاضي.

3- أن تكون المخالفة للنظام العام حالية عند رفع الدعوى، أي ينظر إليها وقت رفع الدعوى حتى ولو كان الحق قد تم دون أن يكون مخالفا للنظام العام ثم بعد ذلك تم التمسك بالدفع به فينظر إلى وقت رفع الدعوى، وهذا عكس قاعدة الإسناد إذ الحكم يسند إلى القانون الأجنبي الواجب التطبيق عند وقوع الحادث أو نشوء الحق حتى ولو تغيرت قاعدة الإسناد مثل: الطلاق في فرنسا قبل 1884 والتبني قبل سنة 1929 وإثبات النسب قبل 1912.

ثالثا: آثار التمسك بالدفع بالنظام العام

يترتب على التمسك بالدفع بالنظام العام استبعاد تطبيق القانون الأجنبي الواجب التطبيق ويعوضه في ذلك قانون القاضي[3].

ويمكن أن يكون تدخل القاضي وفصله في مسألة النظام العام بطريقة سلبية أو إيجابية.

1- إذ يتم بطريقة سلبية في الحالة التي يقتصر فيها دور القاضي على استبعاد القانون الأجنبي لأنه يتلاءم مع قوانينه الداخلية ويرفض الطلب بتطبيق هذا القانون ويقف

[3]- علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص152-153.

القاضي موقفا سلبيا، (يتقدم فرنسي بطلب الطلاق في اسبانيا فيستبعد القانون الإسباني ولا يتدخل ويطبق القانون الفرنسي).

2- يقف القاضي موقفا إيجابيا أي في حالة استبعاد تطبيق القانون الأجنبي لمخالفته للنظام العام يقدم القاضي حلا لحكم القضية وليكن قانونه مثال: أن يتقدم يونانيين مقيمان في فرنسا بطلب عقد قرانهما في الشكل الديني طبقا لقانون جنسيتهما، فيستبعد تطبيق هذا القانون لمخالفته النظام العام في فرنساويعقد زواجهما طبقا للشكل المدني وفقا للقانون الفرنسي وقد طرحت بهذا الصدد قضية على القضاء الفرنسي تتمثل في أن أمريكي يدعىNilson Moris قد تزوج من فرنسية تدعى jeanne aubertالتي احتفظت بجنسيتها عند الزواج وكانت ممثلة، غير أن زوجهااشترط أن لاتعود لمهنة التمثيل ولكنها عادت فرفع الأمر للقضاء فاستبعد القاضي الفرنسي تطبيق القانون الأمريكي رغم أن قاعدة الإسناد الفرنسية تشير إلى تطبيق القانون الأمريكي الذي يجيز للزوجة التمثيل دون إذن زوجها وقالت المحكمة في حكمها الصادر في 08 أفريل 1930 " أنه إذا كان قانونا أجنبيا يمنح الزوجة أهلية غير محدودة تسمح لها بممارسة مهنة التمثيل رغم معارضة زوجها، فإن هذا القانون يكون مخالفا للنظام العام في فرنسا من هذه الناحية ويمكن استبعاده وهكذا كسب الزوج الدعوى"[4].

رابعا: موقف المشرع الجزائري

لقد اعتنقت أغلب التشريعات لوضعية الدفع بالنظام العام فنص على ذلك القانون الفرنسي والبلجيكي والقانون الألماني وكذا أخذ به القضاء الإنجليزيكما نص على هذا المبدأ القانون الجزائري وكل القوانين العربية وجاء ذلك في نص المادة 24 من القانون المدني بقولها:" لايجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام والآداب العامة في الجزائر... ".

---

[4]- علي علي سليمان، نفس المرجع، ص154-155.

والملاحظ أن المشرع الجزائري لم يترك المسألة التي أشارت إليها قاعدة الإسناد الجزائرية وأرشدت إلى تطبيق القانون الأجنبي وتبين للقاضي الجزائري مخالفة القانون الأجنبي للنظام العاملم يتركها بدون حل بل كان تدخله إيجابيا.أي بعد رفض القانون الأجنبي المخالف للنظام العام أعطتنا الحل وهو تطبيق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام والآداب العامة، وهذا مانصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة 24 المعدلة بالقانون 10/05 بقولها:" يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام والآداب العامة ".

وبالتالي تكون المادة 24 آمرة وليست ناهية فحسب.

وتأخذ بعض القوانين وكذا القضاء بتطبيق مايعرف بالأثر المخفف والأثر الانعكاسي للنظام العام.