

الدفع بالنظام العام في منازعات الميراث والوصية ذات البعد الدولي

بقلم

أ / بدر شنوف *



الملخص

إذا كان المشرع الجزائري والتشريعات العربية المقارنة قد رخصت للقاضي الوطني بتطبيق القانون الأجنبي على النزاعات ذات العنصر الأجنبي كلما أشارت إليه قواعد الإسناد في قانونه، إلا أنه استثناءً - وبموجب قواعد الإسناد أيضاً - منعه من تطبيق هذا القانون، إذا تبين له أن مضمونه يتعارض مع النظام العام في دولته، وذلك حتى لا يفهم من تلك الرخصة بأن المشرع قد فتح الباب على مصراعيه لتطبيق كل القوانين الأجنبية مهما كان مضمونها. وباعتبار نظام الميراث والوصية في الجزائر ومعظم الدول العربية مستمد من أحكام الشريعة الإسلامية، فإن ذلك سيجتنب عليه تطبيق القانون الوطني واستبعاد القانون الأجنبي المختص، كلما تضمن هذا الأخير أحكاماً تتعارض بشكل صارخ مع أحكام الشريعة الإسلامية.

الكلمات المفتاحية: النظام العام، الميراث والوصية، استبعاد القانون

الأجنبي.

* أستاذ مساعد - كلية الحقوق والعلوم السياسية - مخبر الدراسات الفقهية والقضائية - جامعة الوادي - الجزائر.

مقدمة

إذا كانت العلاقات القانونية للأشخاص محصورة من حيث أطرافها وموضوعها وسببها في إقليم دولة واحدة، فهي علاقة وطنية بكل عناصرها ولا جدال في أن القانون الذي يحكمها هو القانون الداخلي لتلك الدولة بمختلف فروعه، لكن الإشكال يثور إذا تسلّل للعلاقة القانونية عنصراً أجنبياً، فحينئذ تكون عناصرها متصلة بأكثر من دولة، فتظهر الحاجة إلى البحث عن القانون الواجب التطبيق عليها، وهذا في ظل اختلاف القواعد القانونية المنظمة لعلاقات الأفراد من دولة إلى أخرى.

وإذا تشتت عناصر العلاقة القانونية في أكثر من دولة فإن ذلك يترتب عليه تنازع بين قوانين الدول المتصلة بها، ولفض هذا التنازع تلجأ تشريعات مختلف الدول إلى سن قواعد خاصة تُعرف بقواعد الإسناد أو قواعد التنازع، هدفها إرشاد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على المنازعات المشتملة على عنصر أجنبي، والذي قد يكون القانون الوطني أو قانوناً أجنبياً حسب وقائع النزاع المعروض عليه.

وقد سنّت مختلف التشريعات المقارنة هذه القواعد في قوانينها، ومن بينها المشرع الجزائري الذي أوردها في القانون المدني في المواد من: (09) إلى: (24)، وهي المواد التي تناولت مختلف الحلول المقررة لإشكالية تنازع القوانين من حيث المكان، الناتجة عن العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي سواء المالية منها أو الشخصية، محدداً في كل حالة القانون الواجب التطبيق على العلاقة محل التنازع. وبالرجوع إلى تلك المواد نجد أنها قد عالجت الحلول المقررة لتنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية كمسائل الزواج وانحلاله وآثاره وإثبات النسب والنيابة الشرعية والميراث والوصية في المواد من: (10) إلى: (16).

وفيما يتعلق بالميراث والوصية نجد أن المادة (16) قد قرّرت أنه: "يسري على الميراث والوصية... قانون جنسية الهالك أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته"، ويوجد مثل هذا النص أو ما يشابهه في تشريعات الدول الأخرى، والذي إذا طبّقه القاضي على النزاع المعروض عليه، فإنه قد يؤدي إلى خضوع تركة الهالك للقانون الوطني أو أي قانون أجنبي؛ إذ يتوقف ذلك على الجنسية التي يتمتع بها الهالك وقت وفاته.

لكن في الحالة التي يؤدي فيها إعمال هذا النص إلى تطبيق قانون أجنبي على المنازعات المتعلقة بالميراث والوصية ذات البعد الدولي، وكان هذا القانون يتضمن أحكاماً مع المبادئ والقيم الأساسية السائدة في دولة القاضي الناظر في النزاع، فإن مشرعه الوطني يمنعه من تطبيق هذا القانون باسم النظام العام وتطبيق بدله قانونه الوطني، وهو ما أشارت إليه مختلف التشريعات المقارنة ومنها المادة (24) من القانون المدني الجزائري.

وباعتبار نظام الميراث والوصية في الجزائر ومعظم الدول العربية مستمد من أحكام الشريعة الإسلامية، فإن ذلك سيجتنب عليه استبعاد القانون الأجنبي المختص اسم النظام العام واستبداله بالقانون الوطني، كلما تضمن هذا الأخير أحكاماً تتعارض بشكل صارخ مع أحكام الشريعة الإسلامية، وبالمثل إذا دلت قواعد الإسناد في إحدى الدول الغربية على تطبيق قانون أجنبي، وكان هذا القانون يضمن قواعد تمس بمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في الميراث، أو قواعد تتضمن الحرمان من الميراث بسبب اختلاف الديانة بين المورث والوارث، فإن القاضي الناظر في النزاع سيستبعده أيضاً باسم النظام حفاظاً على المصالح العليا لدولته.

وتكمن أهمية الدفع بالنظام العام في منازعات الميراث والوصية ذات البعد الدولي من طرف القاضي الوطني في كونه يُعد بمثابة صمام الأمان الذي يمنع نفاذ القوانين الأجنبية في الإقليم الوطني، إذا ما تضمنت أحكاماً يتأذى من تطبيقها الشعور العام للجماعة الوطنية.

وتبحث هذه الدراسة في إشكالية مفادها: هل كلما تضمن القانون الأجنبي الذي دلت عليه قواعد الإسناد في قانون القاضي أحكاماً تتعارض مع أحكام قانونه الوطني تعين على القاضي استبعاده؟ وتفرّع عن هذا التساؤل مجموعة من الأسئلة منها: ما هي معالم ومحددات فكرة النظام العام؟ ومتى يمكن للقاضي إثارة الدفع بالنظام العام؟ هل بالضرورة عندما يستبعد القاضي القانون الأجنبي باسم النظام العام يُطبق قانونه الوطني؟ وهل تعامل كل من القضاء العربي والغربي مع الدفع بالنظام العام بنفس الطريقة؟

ولكون الدفع بالنظام العام هو دفع استثنائي لا يجوز التوسع فيه ولا القياس عليه، فإن الهدف من هذه الدراسة يتمثل في الوقوف على ضوابط هذا

الدفع وتحديد معالمه بشكل دقيق، حتى لا يفرط أو يفرط القضاء في اللجوء إليه، الأمر الذي يترتب عليه المغالاة في حماية المصلحة الوطنية أو تعريضها للخطر، وفي سبيل الوصول للهدف المنشود استعنا بالمنهج التحليلي القائم على استقراء النصوص وتحليلها، والمنهج المقارن الذي يتلاءم مع طبيعة هذه الدراسة. وللإجابة على الإشكالية المطروحة سنتناول هذه الدراسة في ثلاث مباحث كما يلي:

- المبحث الأول: مفهوم الدفع بالنظام العام
- المطلب الأول: تعريف الدفع بالنظام العام
- المطلب الثاني: خصائص الدفع بالنظام العام
- المطلب الثالث: شروط الدفع بالنظام العام
- المبحث الثاني: آثار الدفع بالنظام العام
- المطلب الأول: أثر الدفع بالنظام العام بالنسبة لإنشاء الحقوق في دولة القاضي
- المطلب الثاني: أثر الدفع بالنظام العام بالنسبة للحقوق المكتسبة (الأثر المخفف)
- المطلب الثالث: أثر النظام العام الأجنبي في دولة القاضي (الأثر الانعكاسي)
- المبحث الثالث: التطبيقات القضائية للدفع بالنظام العام في الميراث والوصية
- المطلب الأول: تطبيقات الدفع بالنظام العام في الميراث
- المطلب الثاني: تطبيقات الدفع بالنظام العام في الوصية
- خاتمة

المبحث الأول مفهوم الدفع بالنظام العام

إذا كان النظام العام فكرة شائعة ومشهورة في علم القانون وتطبيقاتها متنوعة في مختلف فروع القانون الداخلية، يستنجد بها المشرع الوطني بهدف الحد

من غلواء مبدأ سلطان الإرادة، وبالتالي بسط رقابته على اتفاقات الأفراد الخاصة، وجعلها متوائمة مع الأسس والمبادئ العامة التي تحكم المجتمع، فإن ذات الفكرة يلجأ إليها المشرع الوطني في مجال القانون الدولي الخاص لمنع تطبيق القوانين الأجنبية من قبل القاضي الوطني على العلاقات المشتملة على عنصر أجنبي التي تتعارض مع الدعائم الأساسية لدولته، فما هو تعريفه في مجال القانون الدولي الخاص، وما هي الخصائص المميزة له انطلاقاً من تلك التعريفات، وما شروط قيام حالة الدفع بالنظام العام؟.

المطلب الأول

تعريف النظام العام

بالرغم من الأهمية البالغة التي تكتسبها فكرة النظام في مجال القانون الدولي الخاص، إلا أن معظم التشريعات الحديثة - ومن بينها التشريع الجزائري - لم تُعرّفه، بل اكتفت بعض التشريعات بالنص عليه كوسيلة دفاعية في مواجهة القوانين الأجنبية لمنع تطبيق ما تعارض منها مع النظم والمبادئ الوطنية، في حين أشار بعضها الآخر لبعض محدداته، الأمر الذي ألقى على عاتق الفقه والقضاء عبء القيام بهذه المهمة.

أولاً: المحددات التشريعية

اتفقت أغلب التشريعات المقارنة على الأخذ بالنظام العام كمانع من موانع تطبيق القوانين الأجنبية من طرف القضاء الوطني ولكن بمسميات مختلفة، فالمشرع التونسي مثلاً استعمل مصطلح "الاختيارات الأساسية للنظام القانوني التونسي"⁽¹⁾، واستعمل المشرع النمساوي عبارة "القيم الأساسية"⁽²⁾، في حين عبّرت عنه تشريعات أخرى بـ "النظام العام والآداب العامة" ومن بينها المشرع الجزائري⁽³⁾ والمصري والكويتي والايطالي⁽⁴⁾.

وإذا كانت الطائفة السابقة من التشريعات المقارنة اتفقت في الاكتفاء بالنص على النظام العام كحالة من حالات استبعاد تطبيق القوانين الأجنبية دون الخوض في تعريفه وتحديد معالمه، فإن ذلك لم يمنع طائفة أخرى من التشريعات

من تعداد بعض المسائل التي تعتبر من صميم النظام العام، كما هو حال التشريع الأردني الإماراتي، حيث نصت الفقرة الثالثة من المادة (163) من القانون المدني الأردني رقم: 43 لسنة 1976 على: "ويعتبر من النظام العام بوجه خاص الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية كالأهلية والميراث..."، وعددت المادة (03) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم: 05 لسنة 1985 مجموعة من المسائل التي تعد من النظام العام من بينها: الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية كالزواج والميراث والنسب⁽⁵⁾.

وأمام اكتفاء التشريعات المقارنة بالنص على النظام العام كدفع الاستبعاد القانون الأجنبي المختص ووضع محددات له، وعزوفها عن وضع تعريف للنظام العام، فقد تصدّى كل من الفقه والقضاء لذلك، فجاءت تعريفاته كما يلي:

ثانياً: التعريفات الفقهية

في كل مرة يحاول فيها الفقه وضع تعريف للنظام العام إلا وتواجهه عدّة صعوبات، مردها أن هذا الأخير في حد ذاته مصطلح فضفاض وغير دقيق يختلف مضمونه من دولة لأخرى، كما قد يختلف في الدولة الواحدة من زمان لآخر، إلا أن ذلك لم يثن بعضهم عن وضع بعض التعريفات كمحاولة منهم لرسم معالم وموجّهات عامة يهتدي بها القضاء لضبط الحدود بين ما هو متعارض وغير متعارض مع النظام العام.

من ذلك مثلاً ما ذهب إليه جانب من الفقه المصري بقولهم أن: "النظام العام دفع يتم بمقتضاه استبعاد تطبيق القاعدة القانونية في القانون الأجنبي بحكم العلاقة وفقاً لقاعدة الإسناد الوطنية، إذا كان حكم هذه القاعدة يتعارض مع المبادئ والأسس السياسية والاقتصادية والاجتماعية والدينية التي يقوم عليها النظام القانوني في مجتمع دولة القاضي"⁽⁶⁾، كما عبّر عنه البعض ب: "مجموعة المصالح الجوهرية الأساسية والمثل العليا للدولة وللجماعة التي ترضيها لنفسها... سواء كانت هذه المصالح الأساسية والمثل العليا سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية أو خلقية أو دينية..."⁽⁷⁾، وعرّفه بعض الفقه الجزائري بأنه: "مجموع الأسس الجوهرية التي يقوم عليها نظام مجتمع معين سياسياً واجتماعياً واقتصادياً وقانونياً ودينياً"⁽⁸⁾.

ثالثاً: التعريفات القضائية

من جهته وجد القضاء نفسه مضطراً في أكثر من مناسبة لإعطاء تعريف للنظام العام، أو حصر محدداته مهتدياً في ذلك بما انتهى إليه الفقه، ومستعملاً لسلطته التقديرية التي منحها إياه المشرع التي تقتضي منه فحص كل حالة على حدا، ومن ثم تقدير ما يُعتبر وما لا يعتبر من النظام العام أثناء نظره في النزاع، استناداً إلى المبادئ الجوهرية السائدة في دولته، وليس بناء على قناعاته ومعتقداته الشخصية.

ومن ذلك مثلاً القضاء الفرنسي حين انتهى في أحد قراراته إلى أن: "النظام العام الوطني يرتبط بالمفهوم الواسع للرأي العام الفرنسي في عصر معين"⁽⁹⁾، وما أقرّه القضاء المصري من أن النظام العام يتمثل في: "القواعد التي ترمي إلى تحقيق المصلحة العامة للبلاد، سواء من الناحية السياسية أو الاجتماعية أو الاقتصادية، والتي تتعلق بالوضع الطبيعي والمادي والمعنوي لمجتمع منظم، وتعلو فيه على مصالح الأفراد"⁽¹⁰⁾، وكذلك القضاء اللبناني الذي عرّفه بـ: "مجموعة القوانين التي تتعلّق بالركائز الأساسية لكيان البلاد الاجتماعي أو السياسي أو الاقتصادي والتي يحدث خرقها خللاً في هذه الركائز"⁽¹¹⁾.

من خلال هذه المحاولات الفقهية والاجتهادات القضائية السابقة لوضع تعريف للنظام العام يتضح أنها وإن اختلفت في الصياغة وتعداد الأسس التي يقوم عليها، إلا أنها تكاد تُجمع على الفكرة الجوهرية التي ينصب عليها النظام العام في كل دولة، وهي فكرة المصلحة الوطنية، سواء كانت هذه المصلحة ذات طبيعة سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية أو دينية، كما يتضح أن الدور الأساسي للنظام العام في مجال القانون الدولي الخاص، يتمثل في منع تطبيق القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قواعد الإسناد الوطنية، إذا كان في تطبيقه مساس بتلك الأسس التي يقوم عليها المجتمع الوطني.

المطلب الثاني خصائص النظام العام

باستقراء التعاريف السابقة نستنتج أن النظام العام يتميز بجملة من الخصائص يمكن حصرها فيما يلي:

أولاً: النظام العام فكرة وطنية⁽¹²⁾

لأنها ترتبط أساساً بالدعائم والأركان الأساسية التي يقوم عليها مجتمع دولة القاضي الناظر في النزاع، سواء السياسية منها أو الاجتماعية أو الاقتصادية أو الدينية، والتي تهدف خصيصاً لحماية هذه الأسس الجوهرية المستمدة من النظام التشريعي لدولة القاضي⁽¹³⁾، وهذه الخاصية تجعل من النظام العام فكرة مختلفة المضمون من دولة لأخرى، الأمر الذي يزيد من غموضها وعموميتها.

ثانياً: النظام العام فكرة نسبية ومتطورة

ويستمد النظام العام هذه الخاصية من طبيعة الأسس والدعائم التي يقوم عليها كيان كل دولة، فهي متغيرة ومتطورة، بل ومختلفة من دولة لأخرى، فما يُعد من النظام العام في دولة ما قد لا يُعتبر كذلك في دولة أخرى، وحتى في نفس الدولة قد يتغير مفهوم النظام العام من زمن لآخر، ومن ثم قد يكون الحق عند نشوئه مخالفاً للنظام العام لكن قد لا يصبح كذلك عند المنازعة فيه أمام القضاء⁽¹⁴⁾، وهذه النسبية التي يتسم بها النظام العام هي التي جعلت الرأي الغالب فقهاً يؤكد على أن الوقت الذي يعتد به القاضي لتقدير مقتضيات النظام العام هو وقت الفصل في النزاع وليس وقت نشوء الحق، بل حتى في الحالة التي يتغير فيها مفهوم النظام العام بين وقت رفع الدعوى ووقت النطق بالحكم يعتد القاضي بالمفهوم الجديد للنظام العام، لأنه هو الوقت الذي تم فيه تطبيق القانون الأجنبي⁽¹⁵⁾.

ثالثاً: النظام العام ذو طابع قضائي

ذلك لأن القاضي هو من يتولى تقدير مدى تعارض القانون الأجنبي المختص مع النظام العام في دولته، بما منحه المشرع من سلطة تقديرية واسعة في هذا المجال، لكن في كل الأحوال يجب أن يكون تقديره على أسس موضوعية بحثة مستلهمة من الشعور العام للجماعة الوطنية، متحرراً بذلك من ميولاته وآرائه الشخصية، وفي هذا الصدد نصت المذكرة الايضاحية للقانون المدني المصري

على: "ويخلق بالقاضي أن يتحرر من إحلال آرائه الخاصة في العدل الاجتماعي محل ذلك التيار الجامع للنظام العام أو الآداب فالواجب يقتضي أن يطبق مذهباً تدين به الجماعة بأسرها لا مذهباً فردياً خاصاً"⁽¹⁶⁾.

هذا، ويجب التنبيه إلى أن سلطة قاضي الموضوع التقديرية في مجال النظام العام تخضع دائماً لرقابة المحكمة العليا، لأن الدفع بالنظام العام عبارة عن استثناء يؤدي إلى تعطيل أعمال قاعدة الإسناد، وبالتالي تعتبر من هذه الناحية مسألة قانون⁽¹⁷⁾، وإن كانت في منطلقها مسألة واقع يكشف عليها القاضي في كل حالة على حدا.

رابعاً: النظام العام ذو طابع استثنائي

يُجمع الفقه والقضاء وجل التشريعات المعاصرة - ومن بينها التشريع الجزائري - على اعتبار الدفع بالنظام العام في العلاقات الدولية الخاصة هو دفع استثنائي وليس تطبيق لقاعدة عامة⁽¹⁸⁾، لأن الأصل هو تطبيق القانون الذي تشير إليه قاعدة الإسناد الوطنية وإن كان أجنبياً، لكن في الحالة التي يتبين فيها للقاضي أن هذا الأخير يصطدم مع الأسس التي يقوم عليها مجتمعه، يأتي النظام العام كصمام أمان يمنع تسلل القوانين الأجنبية التي فيها مساس بتلك الأسس.

ويرتب على الطابع الاستثنائي لفكرة النظام العام في مجال تنازع القوانين نتيجة هامة مفادها انكماش مقتضيات النظام العام في حد ذاتها، بحيث لا يلجأ القاضي لاستبعاد القانون الأجنبي في ظل هذه الخاصية كلما خالف النظام العام القواعد الآمرة في القانون الداخلي في دولة القاضي؛ لأنه لو فعل ذلك لانتهى به الأمر إلى عدم إعمال قواعد الإسناد الوطنية في معظم الأحوال⁽¹⁹⁾، وبالتالي يجب ألا يخرج الدفع بالنظام العام عن كونه رخصة خاصة لا يلجأ إليها القاضي إلا عند الضرورة.

وهذه النتيجة بالذات هي التي توّضح بجلاء الفرق بين النظام العام في مجال القانون الداخلي والنظام العام في مجال تنازع القوانين، بالرغم من أنهما يشتركان في هدف حماية المصالح الجوهرية للمجتمع، لكن مع ذلك ففكرة النظام العام في مجال القانون الداخلي تُستعمل كوسيلة لمنع الأفراد من الاتفاق بما يُخالف القواعد الآمرة، بينما تُستعمل هذه الفكرة في مجال تنازع القوانين كوسيلة لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي الذي دلّت عليه قاعدة الإسناد الوطنية، عندما

يؤدي تطبيقه فقط إلى الاعتداء على الأركان الأساسية أو المبادئ الجوهرية التي يقوم عليها مجتمع دولة القاضي.

المطلب الثالث شروط الدفع بالنظام العام

إن الطبيعة الاستثنائية للدفع بالنظام العام بالشكل المبين أعلاه تقتضي توافر شروط معينة يتقيد بها القاضي لإعمال هذا الدفع، وهي حسب مفهوم المادة (24) من القانون المدني الجزائري تتمثل فيما يلي:

أولاً: ثبوت الاختصاص التشريعي للقانون الأجنبي
معنى ذلك أنه لا يُقبل الدفع بالنظام العام إلا إذا كان القانون الواجب التطبيق على العلاقة محل النزاع هو قانون أجنبي، ثبت له الاختصاص بموجب قاعدة إسناد وطنية أو اتفاقية دولية نافذة في دولة القاضي، الأمر الذي يفهم منه أنه إذا كان القانون الواجب التطبيق هو قانون القاضي فلا مجال لإثارة الدفع بالنظام العام لاستبعاده.

وفي هذا المعنى يقول الفقيه "نيبوايه": "إن الهدف من الدفع بالنظام العام، هو حماية الدولة من أخطار بعض الحالات التي تُطبَّق فيها القوانين الأجنبية، فإذا لم تكن هناك قوانين أجنبية واجبة التطبيق، فالخطر ينعدم تماماً ولا تدعو الحاجة إلى اللجوء لاستعمال الدفع بالنظام العام"⁽²⁰⁾.

وتأسيساً على ذلك لا يجوز تحريك الدفع بالنظام العام ضد القانون الأجنبي في الحالات التي يمكن فيها استبعاده بموجب نصوص خاصة، ومثال ذلك الحالة المنصوص عليها في المادة (22) من القانون المدني الجزائري، التي تقتضي باستبعاد القوانين الأجنبية وتطبيق القانون المدني الجزائري على شخص متعدد الجنسيات إذا كانت من بينها الجنسية الجزائرية، أو استبعاده بسبب رفض القانون الأجنبي ذاته الاختصاص الذي منحه إياه القانون الوطني، وذلك في حالة إحالة القانون الأجنبي هذا الاختصاص من جديد لقانون القاضي وقبلها هذا الأخير.

ثانياً: توافر مقتضى من مقتضيات النظام العام

لقد ورد ذكر هذا الشرط صراحة في الفقرة الأولى من المادة (24) المذكورة، ومقتضاه أنه يلزم لاستبعاد القانون الأجنبي المختص بموجب قواعد الإسناد الوطنية من مجال التطبيق أن يكون حكمه متعارضاً مع مقتضى من مقتضيات النظام العام في دولة القاضي، وإن كانت هذه المقتضيات تختلف من مجتمع لآخر ومن زمن لآخر حتى داخل المجتمع نفسه، فتعدّد الزوجات يعتبر مخالفاً للنظام العام في الدول غير الإسلامية، لكنه جائز في البلدان الإسلامية، كما أن الشيوعية في المجتمع الصيني تُعد من النظام العام، بينما في المجتمع الأمريكي تعتبر مخالفة للنظام العام، والسبب في ذلك راجع إلى تنوع مقتضيات النظام العام من دولة لأخرى⁽²¹⁾.

هذا، ويجب التنويه أن المشرع الوطني عندما يعقد الاختصاص التشريعي للقانون الأجنبي ليس لكون هذا الأخير تتطابق أحكامه مع أحكام القانون الوطني، ولكن لكونه الأكثر ملائمة لحكم العلاقة القانونية، لكن في الحالة التي يؤدي فيها تطبيق هذا الأخير إلى المساس بالمبادئ الأساسية للدولة، فإن اعتبارات الملائمة تصبح لا قيمة لها، ومن ثم يجب استبعاده واستبداله بالقانون الوطني.

ثالثاً: أن تكون مخالفة القانون الأجنبي للنظام العام

حالية

أشرنا فيما سبق إلى أن فكرة النظام العام فكرة متغيرة في الزمان، فما يعتبر من النظام العام في زمن معين قد لا يكون كذلك في زمن آخر داخل الدولة نفسها، ومن ثم استقر الرأي الغالب فقهاً وقضياً على الأخذ بمبدأ آنية النظام العام⁽²²⁾، الذي مقتضاه أن المَعْوَل عليه في تقدير مقتضيات النظام العام هو وقت الفصل في الدعوى لا وقت نشوء العلاقة محل النزاع، لأنه الوقت الذي سيتم فيه تطبيق القانون الأجنبي، فمتى كان هذا الأخير مخالفاً للنظام العام وقت تطبيقه تعين على القاضي استبعاده⁽²³⁾، وتأسيساً على ذلك إذا تغيرت مقتضيات النظام العام بعد رفع الدعوى وقبل النطق بالحكم فإن الوقت المعتمد به للنظر في مقتضيات النظام العام هو وقت النطق بالحكم لا وقت رفع الدعوى.

وتكمن أهمية مبدأ آنية النظام العام في كونه يوضع حداً فاصلاً بين المفهوم السابق للنظام العام والمفهوم الجديد له، خاصة وأن هذا المفهوم في تغير وتطور مستمرين⁽²⁴⁾، ففي فرنسا وإسبانيا وبلجيكا مثلاً بعد أن كان الطلاق محظوراً، أصبح

اليوم مباحاً، وكذلك الحال في تركيا وتونس والعراق بعد أن كان تعدد الزوجات أمراً مشروعاً أصبح اليوم محظوراً ومخالفاً للنظام العام. هذا، ونشير في الأخير أن هذه الشروط يجب أن تتوافر مجتمعة حتى يمكن إعمال الدفع بالنظام العام، والذي إذا أثير وتوافرت شروطه ترتبت عليه آثار معينة، نتناولها فيما يلي.

المبحث الثاني آثار الدفع بالنظام العام

إذا أشارت قاعدة الإسناد في قانون القاضي إلى تطبيق قانون أجنبي، وتبين للقاضي أن هذا القانون يتعارض مع النظام العام السائد في دولته، فإنه يقوم باستبعاده، غير أن الأمر لا يتوقف عند هذا الحد، بل على القاضي أن يفصل في النزاع المطروح أمامه بإحلال قانون آخر محل القانون الأجنبي المستبعد. هذا، وقد جرى التمييز لدى الفقهاء بالنسبة لآثار الدفع بالنظام العام بين أثره فيما يتعلق بإنشاء الحقوق في دولة القاضي، وأثره فيما يخص اكتساب الحقوق في الخارج والرغبة في التمسك بآثارها في بلد القاضي، وأثره فيما يتعلق باكتساب الحقوق في دولة معينة بعد تطبيق النظام العام لهذه الدولة (أي بعد استبعاد القانون الأجنبي المختص) والاعتراف به أو التمسك بآثاره في دولة ثالثة، وتفصيل ذلك كما يلي:

المطلب الأول

أثر الدفع بالنظام العام بالنسبة لإنشاء الحقوق في دولة القاضي

يتمثل دور القاضي عندما يتعلق الأمر بإنشاء حق أو مركز قانوني في دولته في البحث عمّا إذا كان إنشاء هذا الحق يتعارض أو لا يتعارض مع مقتضيات

النظام العام، فإذا تبين له أن تكوين هذا الحق يصطدم مع المبادئ الجوهرية التي ينهض عليها كيان مجتمعه، وجب عليه منع قيامه وابطال مفعوله، ومثال ذلك إذا ادعى ابن زنا فرنسي بحقه في ميراث منقولات متواجدة بالجزائر مملوكة لأبيه الفرنسي المتوفى في فرنسا، فإن القاضي الجزائري سوف يستبعد تطبيق القانون الفرنسي المختص الذي يجيز توريث ابن الزنا، ويفرض بالتالي منح الحق في الميراث لهذا الابن في الجزائر، باعتبار أن توريث ابن الزنا مخالف للنظام العام الجزائري.

ولكن السؤال المطروح هل بالضرورة عندما يستبعد القاضي القانون الأجنبي المختص باسم النظام العام يطبق قانونه الوطني؟.

يميز الفقه حيال هذه الإشكالية بين فرضين، الأول يكتفي فيه القاضي باستبعاد القانون الأجنبي وهو ما يُطلق عليه الفقه بالأثر السلبي للنظام العام، أما في الثاني لا يقتصر دور القاضي على استبعاد القانون الأجنبي فقط، بل يتعداه لتطبيق قانونه الوطني على العلاقة محل النزاع، وهو ما يُعرف لدى الفقه بالأثر الإيجابي للنظام العام، وبيان ذلك كالتالي:

أولاً: الأثر السلبي للنظام العام

يقتصر دور القاضي في هذه الحالة على استبعاد القانون الأجنبي المختص طبقاً لقواعد الإسناد الوطنية مع رفض الطلب لعدم التأسيس دون استبداله بقانون آخر لحكم العلاقة، وتحقق هذه الحالة عندما تكون القاعدة الوطنية المتعلقة بالنظام العام والتي تسببت في استبعاد القانون الأجنبي من القواعد الناهية، ومثال ذلك أن يطالب فرنسي مسيحي بنصيبه في الميراث من قريبه الفرنسي المسلم أمام القضاء الجزائري، فهذا القضاء سيرفض طلبه استناداً إلى قاعدة عدم جواز التوارث بين المسلم وغير المسلم، وهي قاعدة ناهية متعلقة بالنظام العام في الجزائر⁽²⁵⁾، وفي هذه الحالة لا يجد القاضي نفسه في حاجة لتطبيق قانون آخر، لأن الغاية المرجوة والمتمثلة في منع التوارث بين المسلم وغير المسلم قد تحققت بمجرد استبعاد القانون الأجنبي.

ولئن كان الدور السلبي للنظام العام يستهدف استبعاد أحكام القانون الأجنبي المختص، فإن الفقه والقضاء قد اختلفا حول مقدار هذا الاستبعاد، بين قائل بالاستبعاد الكلي للقانون الأجنبي المتعارض مع النظام العام في دولة

القاضي، ومكتفٍ بالاستبعاد الجزئي لهذا القانون، وفيما يلي تناول كل رأي بشكل مستقل.

1- الاستبعاد الكلي للقانون الأجنبي المخالف للنظام العام: يرى جانب من الفقه الفرنسي بأن استبعاد القانون الأجنبي المختص وفقاً لقواعد الإسناد الوطنية لتعارضه مع النظام العام ينبغي أن يكون كلياً، حتى ولو انحصر هذا التعارض في جزء معين من النظام الوطني، لأن استبعاد جزء منه فقط دون الأجزاء الأخرى يتنافى مع حكمة قاعدة الإسناد، إذ يؤدي ذلك إلى مسح القانون الأجنبي وتطبيقه بشكل يخالف إرادة المشرع الذي وضعه⁽²⁶⁾.

هذا من جهة، ومن جهة ثانية فإنه في بعض الأحوال يتعذر على القاضي الجزائري أن يكتفي بالاستبعاد الجزئي للقانون الأجنبي، كما لو كان نص القانون الأجنبي المستبعد باسم النظام العام مرتبطاً ارتباطاً وثيقاً بمجموع النصوص الأخرى في هذا القانون، بشكل يتعذر معه على القاضي الاكتفاء بالاستبعاد الجزئي لهذا النص وحده وتطبيق النصوص الأخرى الأجنبية غير المتعارضة مع النظام العام في دولته، ففي هذه الحالة لا مناص من الاستبعاد الكلي لأحكام القانون الأجنبي واستبداله بقانون القاضي⁽²⁷⁾.

وكمثال عن هذه الحالة إذا افترضنا أن قانون الجنسية المشتركة لأجنيين يُقِيمَان في الجزائر يمنع زواجهما لاختلافهما في اللون، فإن هذا المنع لا يحول دون إمكانية إبرام زواجهما وفقاً للقانون الجزائري، نظراً لتعارض أحكام هذا القانون الأجنبي مع النظام العام في الجزائر.

فإذا افترضنا أن نزاعاً طرح بعد ذلك على القاضي الجزائري المختص يتعلق بآثار هذا الزواج الذي تم وفقاً للقانون الجزائري فعلى القاضي أن يستبعد تطبيق القانون الأجنبي الذي يحكم آثار الزواج (قانون الجنسية المشتركة) استبعاداً كلياً، لأنه من غير المعقول أن يطبق القاضي هذا القانون على آثار زواج يُعَدُّ باطلاً وفقاً لأحكامه، وذلك حتى ولو لم يتعارض القانون الأجنبي بالنسبة لآثار الزواج مع مقتضيات النظام العام الجزائري⁽²⁸⁾.

2- الاستبعاد الجزئي للقانون الأجنبي المخالف للنظام العام: بخلاف الرأي السابق يرى الفقه الغالب في كل من فرنسا ومصر⁽²⁹⁾ بأن الأثر السلبي للنظام العام لا يؤدي بالضرورة إلى استبعاد أحكام القانون الأجنبي برمّته، وإنما يتعين أن

يشمل هذا الأثر فقط استبعاد الجزئية المخالفة لمقتضى النظام العام في دولة القاضي، مع بقاء القانون الأجنبي مختصاً فيما عداها من المسائل الأخرى. ومثال ذلك إذا عُرض نزاع على القاضي الجزائري يتعلق بوصية شخص أجنبي في حدود ثلث التركة لكنّها موقوفة على شرط موافقة الورثة، فإن القاضي هنا يكتفي باستبعاد قانون جنسية الموصي في حدود هذا الشرط وحده لمخالفته للنظام العام في الجزائر، وفيما عداه من الشروط غير المتعارضة مع النظام العام تبقى الوصية خاضعة لذلك القانون، ذلك لأن المادة (185) قانون الأسرة الجزائري تعتبر الوصية في حدود الثلث حق خالص للموصي، ولا يحق للورثة الاعتراض عليها إلا إذا جاوزته.

ويُبرر أصحاب هذا الرأي وجهة نظرهم هذه بأنه يجب استخدام الأثر الاستبعادي للنظام العام بحذر شديد وبصورة استثنائية، فلا ينبغي اللجوء إليه إلا بالقدر الذي يمس بالقواعد الأساسية في قانون القاضي، على أن يبقى ما دون ذلك محكوماً بالقانون الأجنبي المختص أصلاً، لأن استبعاد القانون الأجنبي المختص باسم النظام العام رخصة استثنائية لا تقبل التوسع ولا القياس، كما أن استبعاد الجزء المخالف للنظام العام في القانون الأجنبي فقط دون بقية الأجزاء الأخرى، هو وحده الذي يضمن الاحتفاظ للقانون الأجنبي وقاعدة الإسناد التي قررت تطبيقه بأكبر قدر من الفعالية⁽³⁰⁾، ذلك أن القول باستبعاد القانون الأجنبي برّمته يهدر الهدف والغاية من قاعدة الإسناد ويعصف بروحها⁽³¹⁾، كما أنه يمثل اعتداء على القانون الأجنبي صاحب الاختصاص الأصيل.

هذا، وقد أخذت محكمة النقض الفرنسية بمبدأ الاستبعاد الجزئي لأحكام القانون الأجنبي المخالفة للنظام العام في عدة أحكام، منها حكمها الصادر بتاريخ: 1964/11/17 الذي اعتبر أحكام الشريعة الإسلامية المنظّمة للميراث غير مخالفة للنظام العام إلا فيما يتعلق بحرمانها لغير المسلم من حقه في الميراث، وبالتالي لا يُستبعد من أحكام هذه الشريعة إلا أحكامها المتعلقة بحرمان غير المسلم من الميراث، أما ما يتعلق بعد ذلك من تحديد الأنصبة للورثة فيتم وفقاً لأحكامها⁽³²⁾.

الترجيح: يجب الأخذ بالرأي القائل باستبعاد القانون الأجنبي في حدود الجزئية التي يتعارض فيها مع النظام العام في دولة القاضي، وفيما عداها من المسائل يجب أن يبقى الاختصاص له كلما كان ذلك ممكناً، لكن في الحالات

التي يكون فيها نص الجزئية المخالفة للنظام العام مرتبطاً ارتباطاً وثيقاً بباقي النصوص الأخرى في القانون الأجنبي فهنا لا مناص من الاستبعاد الكلي لأحكام هذا الأخير واستبداله بقانون القاضي.

وهو الاتجاه الذي تبنته صراحة بعض التشريعات من بينها القانون النمساوي والقانون الكويتي⁽³³⁾ والقانون التونسي، حيث نصت الفقرة الرابعة من الفصل (36) مجلة القانون الدولي الخاص التونسية لسنة 1998 على أنه: "لا يُستبعد تطبيق القانون الأجنبي عند العمل بالنظام العام سوى أحكامه المخالفة للنظام العام في مفهوم القانون الدولي الخاص التونسي"، أما المشرع الجزائري اكتفى في المادة (24) من القانون المدني بالنص على استبعاد القانون الأجنبي كلما كان مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر دون توضيح لمدى هذا الاستبعاد، الأمر الذي أذى ببعض الفقهاء للقول بأن هذه المسألة تبقى متروكة للسلطة التقديرية للقاضي.

ثانياً: الأثر الإيجابي للنظام العام

لا ينحصر دور القاضي في هذه الحالة على استبعاد القانون الأجنبي المختص طبقاً لقواعد الإسناد الوطنية، وإنما يتعداه لإثبات الاختصاص لقانون آخر يحل محل القانون الأجنبي المستبعد، وتحقق هذه الحالة عندما تكون القاعدة الوطنية المتعلقة بالنظام العام والتي تسببت في استبعاد القانون الأجنبي من القواعد الآمرة⁽³⁴⁾، وعندها يكون القاضي في حاجة ماسة إلى إحلال قانون آخر يتكفل بحكم النزاع المعروف عليه.

وإذا ما استبعد القاضي الوطني القانون الأجنبي الذي تعارضت أحكامه مع النظام العام في دولته، فعليه بعد ذلك أن يتصدى لسد الفراغ التشريعي الناجم عن هذا الاستبعاد بقانون آخر، وإلا عُدَّ منكرًا للعدالة، وهذا القانون حسب ما استقر عليه القضاء والفقهاء الفرنسيين يجب أن يكون قانون القاضي، وهو نفس الحكم الذي اعتمده كل من القضاء والفقهاء المصريين⁽³⁵⁾.

وقد تبنى المشرع الجزائري ذات التوجُّه على إثر التعديل الأخير للقانون المدني، من خلال النص الجديد للمادة (24) منه في فقرتها الثانية التي أكدت على إعمال مبدأ الأثر الإيجابي للنظام العام، بقولها: "يطبق القانون الجزائري محل

القانون الأجنبي المخالف للنظام العام أو الآداب العامة"، وبناء عليه فإن استبعاد القانون الأجنبي لمخالفته للنظام العام الجزائري يستلزم بالضرورة تطبيق القانون الجزائري محله تلقائياً بنص القانون.

ومهما يكن من أمر أثر النظام العام فيما يتعلق بإنشاء الحقوق في دولة القاضي سواء كان سلبياً أو ايجابياً، فإن القاضي الوطني يستبعد القانون الأجنبي المختص ويستبدله في الحالتين بالقانون الوطني، غاية ما هنالك أن تطبيق القانون الوطني في حالة الأثر الإيجابي يكون معلناً وبشكل مباشر، بينما تطبيقه في حالة الأثر السلبي يكون بشكل ضمني وغير مباشر، ذلك أنه من الناحية العملية نرى بأن القاضي الوطني بمجرد استبعاد القانون الأجنبي المختص ورفض الطلب، فإنه بذلك يكون قد طبق قانون دولته ولو بطريق غير مباشر.

المطلب الثاني

أثر الدفع بالنظام العام بالنسبة للحقوق المكتسبة (الأثر المخفف)

إذا كان كل من الفقه والقضاء يتمسكان بالأثر المشدّد للنظام العام المتمثل في استبعاد القانون الأجنبي المختص طبقاً لقواعد الإسناد في قانون القاضي، إذا تعلق الأمر بإنشاء حقوق في دولة القاضي تتعارض مع قانونه، فإن هذا الفقه يطالب اليوم - مؤيداً ببعض الاجتهادات القضائية⁽³⁶⁾ - بضرورة إعمال الأثر المخفف للنظام العام المتمثل في عدم استبعاد القانون الأجنبي إذا تعلّق الأمر بالاعتراف بحقوق مكتسبة نشأت صحيحة في الخارج، ويُراد التمسك بآثارها في دولة القاضي، ولم تتعارض تلك الآثار مع النظام العام هناك، بالرغم من تعارض نشوء ذلك الحق أو المركز القانوني مع ذلك النظام العام.

وبناء عليه فإنه في هذه الحالة يجوز التمسك بنفاذ الحق 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 على أساس أن الحق قد نشأ واكتسب في الخارج، وبالتالي لا يصح إعمال النظام العام في الحالة السابقة وهذه الحالة بنفس الدرجة رغم أن إعماله يتعلق بنفس المركز القانوني المراد إنشاؤه.

وتطبيقاً لهذا الأثر أقر القضاء الفرنسي في أكثر من مناسبة جواز التمسك في فرنسا بآثار حقوق نشأت في الخارج لا يقرها القانون الفرنسي، من ذلك الاعتراف بصحة الزواج الديني المبرم في الخارج طبقاً للقانون المحلي والاعتداد بكافة آثاره القانونية في فرنسا شأنه في ذلك شأن الزواج المدني الذي يتم في فرنسا، مع أنه لو أراد أطراف العلاقة ولو كانوا أجنبان إنشاء زواجهم الديني في فرنسا لما سُمح لهم بذلك، وفي ذات السياق أقرت النظم القانونية الغربية الاعتراف بآثار تعدد الزوجات الذي تم في الخارج، ورُتبت عليه آثار الزواج الصحيح بما في ذلك الحق في النفقة والميراث وقسمة المنح العائلية نتيجة حوادث العمل بين الزوجات مع أن نظام تعدد الزوجات محظور في القوانين الغربية⁽³⁷⁾.

وإذا كان الأثر المخفف للنظام العام يحد كثيراً من صرامة الدفع بالنظام العام بالشكل الذي رأينا، ويسمح للقانون الأجنبي بالامتداد إلى بلد القاضي، من خلال الإقرار بالحقوق التي اكتسبت في ظله، آخذاً بعين الاعتبار استقرار المراكز القانونية والمعاملات الدولية، إلا أن النظام العام قد يستعيد دوره مجدداً في الحالات الخطيرة ويتصدى بصرامة حتى للحقوق المكتسبة في الخارج، إذا ما تعارضت مع النظام العام في دولة القاضي، خصوصاً في ظل غياب معيار دقيق يميز بين حالات الأثر المخفف وغيرها من الحالات، ليبقى الأمر خاضعاً للسلطة التقديرية للقاضي⁽³⁸⁾.

وفي هذا السياق نجد أن القضاء الفرنسي قد درج على عدم الاعتراف بآثار الحقوق المكتسبة في الخارج، من ذلك ما قضت به محكمة النقض الفرنسية سنة 1928 من عدم الاعتراف بحق ملكية حكومة روسيا للأسطول الذي لجأ إلى ميناء مرسيليا استناداً للقانون السوفياتي، وذلك بحجة أن امتلاك هذا الأسطول تم بطريق نزع الملكية وبدون تعويض عادل، الأمر الذي يخالف مبدأ احترام الملكية الخاصة في فرنسا، وبالتالي لا يجوز الاعتراف بآثار هذا الحق في فرنسا لتعارض نشأته مع النظام العام الفرنسي⁽³⁹⁾.

كما سار القضاء الجزائري على ذات النهج، من ذلك ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر في: 1990/10/17⁽⁴⁰⁾ بنقض قرار صادر عن مجلس قضاء بجاية في: 1978/02/14، الذي حكم بصحة وصية تمت طبقاً

للقانون الفرنسي سنة 1952، من زوج مسلم من أصل جزائري لصالح زوجته المسلمة من أصل جزائري كذلك، وكان قد أوصى لها بكامل تركته، ثم توفي الزوج سنة 1956.

وقد جاء في حيثيات قرار المحكمة العليا أن المجلس قد أخطأ في تطبيق القانون وخالف مبادئ الشريعة الإسلامية، لأن الموصي رجل مسلم من أصل جزائري يجب أن تُطبَّق على وصيته أحكام الشريعة الإسلامية حتى في عهد الاستعمار الفرنسي سنة 1952، وأن شرط تطبيق القانون الفرنسي هو شرط باطل لمخالفته للشريعة الإسلامية⁽⁴¹⁾.

المطلب الثالث: أثر النظام العام الأجنبي في دولة القاضي (الأثر الانعكاسي)

إذا كان النظام العام عبارة عن وسيلة دفاعية تهدف إلى حماية المصالح العليا للمجتمع، فإن ذلك يستتبع عدم امتداد آثار فكرة النظام العام خارج دولة القاضي باعتبار أن هذه الفكرة ذات طابع وطني بحت، لكن في الحالة التي ينشأ فيها حق في دولة أجنبية بعد استبعاد القانون الأجنبي المختص باسم النظام العام، فهل يمكن الاحتجاج بسريان هذا الحق في دولة القاضي، خاصة إذا اتفقت مقتضيات النظام العام في الدولة الأجنبية مع مقتضياته في دولته؟.

تباينت آراء الفقه حول هذه المسألة فانقسم إلى فريقين:

- فريق يرى أن فكرة النظام العام فكرة وطنية، وبالتالي فقانون الدولة الذي يطبق إعمالاً لفكرة النظام العام لا يسري أثره إلى إقليم دولة أخرى⁽⁴²⁾، حتى ولو كان مفهوم النظام العام في كليهما متشابه، على اعتبار أن الدفع بالنظام العام يجب أن ينحصر في حدود الدولة التي تم فيها دون أن تمتد آثاره إلى الخارج⁽⁴³⁾.

- أما الفريق الثاني فقال بأنه يجب التمييز بين حالتين هما:

* حالة كون النظام العام للدولة الأجنبية متطابقاً مع النظام العام في دولة القاضي، وفيها يمكن التمسك في دولة القاضي بأثار ذلك الحق المكتسب في دولة أجنبية طالما وافق نظامها العام، رغم تعارضه مع ما يقضي به القانون الأجنبي الآخر المختص⁽⁴⁴⁾، ومثال ذلك إذا اكتسب فرنسي مسيحي الحق في ميراث جزائري مسلم طبقاً للقانون الفرنسي بعد استبعاد القانون الجزائري لتعارضه مع

النظام في فرنسا، فإن هذا الحق يمكن التمسك به وبآثاره في بلجيكا أو في ألمانيا مثلاً وذلك لتشابه مقتضيات النظام العام بين هذه الدول في هذه المسألة.

* حالة عدم تطابق مقتضيات النظام العام لدولة القاضي مع مقتضيات النظام العام للدولة التي أكتسب فيها ذلك الحق، وفيها لا يجوز التمسك بآثار ذلك الحق المكتسب في الخارج في دولة القاضي⁽⁴⁵⁾، ففي المثال السابق لا يمكن الاحتجاج بذلك الحق في الجزائر أو في المغرب أو في سوريا مثلاً، لأنه متعارض مع النظام العام في هذه الدول، والمتمثل في وجود مانع من موانع الميراث (اختلاف الدين).

ومنه نخلص إلى القول أن الحقوق التي تنشأ في دولة ما بعد استبعاد القانون الأجنبي المختص تكون عديمة الأثر في الدولة المستبعد قانونها، أما بالنسبة لدولة أخرى ثالثة فيتوقف الاحتجاج بهذه الحقوق فيها على مدى توافق مقتضيات النظام العام بين هذه الدولة والدولة التي نشأ فيها ذلك الحق، فإذا وجد اشتراك قانوني بين الدولتين في شأن هذا الحق فلا مانع من الاعتراف به، أما إذا تعارض النظام العام في الدولتين تعارضاً جوهرياً يصبح عدم الاعتراف به في الدولة الثالثة أمراً بديهياً.

المبحث الثالث

التطبيقات القضائية للدفع بالنظام العام في الميراث والوصية

تعتبر العلاقات الأسرية ذات العنصر الأجنبي أكثر العلاقات مساساً بالنظام العام، خاصة بين الدول العربية والغربية، لأن نظام الأسرة في معظم التشريعات العربية مستمد من الشريعة الإسلامية، التي لا تقبل أن يخضع المسلم في أحواله الشخصية لقوانين أخرى قد تُقر له حقوقاً أو تفرض عليه التزامات تتعارض مع الشريعة الإسلامية، الأمر الذي يُبرر تدخل النظام العام الاستبعاد القانون الأجنبي المختص بموجب قواعد الإسناد الوطنية.

وفي المقابل فإن النظام العام في أغلب الدول الغربية يتدخل في مجال العلاقات الأسرية لحماية المبادئ والدعائم الأساسية المكرسة في بلد القاضي، كمبدأ وحدة الزوجة والمساواة في الميراث بين الجنسين ومبدأ الزواج والتوارث

مهما كانت الديانة، مستبعداً بذلك تطبيق القانون الأجنبي الذي يمس بتلك المبادئ والدعائم.

وفي مجال الميراث والوصية يتدخل النظام العام بشكل كبير في المنازعات ذات البعد الدولي التي تطرح أمام القضاء سواء في الدول العربية أو الغربية، كلما ثبت الاختصاص لقانون أجنبي تتعارض أحكامه مع قانون القاضي، لكن التساؤل المطروح في هذا الصدد هو متى تعتبر أحكام القانون الأجنبي المتعلقة بمسائل الميراث والوصية مخالفة للنظام العام، وهل كلما تعارضت أحكام القانون الأجنبي وقانون القاضي نكون بالضرورة أمام حالة الدفع بالنظام العام؟ إن الإجابة عن هذا التساؤل تتطلب منا التمييز بين تطبيقات الدفع بالنظام العام في مسائل الميراث (المطلب الأول)، وتطبيقاته في الوصية (المطلب الثاني).

المطلب الأول

تطبيقات الدفع النظام العام في الميراث

نستعرض فيما يلي بعض القرارات القضائية المتعلقة بمسائل الميراث، ليتضح لنا كيف تعامل كل من القضاء العربي والغربي مع الدفع بالنظام العام في مجال الميراث.

أولاً: تطبيقات الدفع النظام العام في الميراث في قضاء بعض الدول العربية

قرّر القضاء المصري في قضية أثّرت أمامه كان أطرافها مسلمين عدم جواز تطبيق القانون الأجنبي الذي يؤدي إلى حرمان المسلم من حقه في الميراث، وذلك عندما تبين للقاضي الناظر في النزاع أن القانون الأجنبي الواجب التطبيق في هذه القضية طبقاً لقواعد الإسناد المصرية هو القانون الفرنسي، ولما اكتشف القاضي أن تطبيق هذا الأخير يؤدي إلى حرمان كل من الزوج والأخ من الميراث، استبعده باسم النظام العام وطبق بدله قانونه، وهو قانون الموارث المصري رقم: 77 لسنة 1943 المستمد من أحكام الشريعة الإسلامية الذي يمنحهما الحق في الميراث، وذلك لصيانة حقوق الأطراف المسلمين في هذه القضية، وهو ما أيّدته محكمة النقض المصرية بموجب قرارها الصادر بتاريخ: 1964/02/27⁽⁴⁶⁾.

كما يعتبر مخالفاً للنظام العام في الدول العربية القانون الأجنبي الذي يجيز التوارث بين المسلم وغير المسلم، مما يتعين استبعاده واستبداله بقانون القاضي، وهو ما فعله القضاء المصري في قضية رفعها أمامه زوجة لبنانية مسيحية الديانة ضد ورثة زوجها اللبناني المسلم، إذ قرّرت محكمة النقض في قرار لها مؤرخ في: 1979/06/20 أنه: "ولئن كانت مسائل الميراث والوصايا وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت تخضع طبقاً لنص المادة 17 من التقنين المدني لقانون المورث أو الموصي أو من صدرت منه التصرفات وقت موته، إلا أنه متى كان القانون الواجب التطبيق أجنبياً، فإن تطبيقه يكون مشروطاً بعدم مخالفة أحكامه للنظام العام وللأداب في مصر وفقاً لما تقضي به المادة 28 من التقنين المدني، ولما كان ذلك وكان من الثابت في مدونات الحكم المطعون أن المتوفى لبناني الجنسية، فإن القانون اللبناني هو المرجع في تحديد الورثة وذلك في حدود ما لا يتعارض من أحكامه مع النظام العام والأداب في مصر... لما كان ما سلف وكان الثابت من الأوراق أن المطعون عليها مسيحية الديانة ومن ثم تختلف ديانة عن المتوفى، وكان من المقرر وفقاً لنص المادة 06 من قانون الميراث رقم: 77 لسنة 1943 أن اختلاف الدين من موانع الميراث، وهي بدورها من القواعد الأساسية التي تستند إليها نصوص قاطعة في الشريعة الإسلامية وبالتالي تدخل في نطاق النظام العام ويُمتنع معها تطبيق قانون آخر قد يأتي بحكم مخالف لها، فإنه إذا كان الحكم المستأنف قد قضى بغير ذلك فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون مما يستوجب نقضه"⁽⁴⁷⁾.

كما قضت محكمة النقض السورية في قرارها الصادر بتاريخ: 1978/02/21 بأن: "إعمال قانون جنسية المتوفى الذي يحكم الميراث ليس مطلقاً، لأن النظام العام يُعطل أحكام القانون الأجنبي الواجب التطبيق فيما إذا قضى بالتوريث على أساس اختلاف الدين، خلافاً للشريعة الإسلامية المطبقة في البلاد"⁽⁴⁸⁾.

ولا يختلف موقف القضاء الجزائري عمّا قضى به سابقه في تكريس اختلاف الديانة كمانع من موانع الميراث، بالرغم من أن المشرع الجزائري لم ينص صراحة على هذا المانع، إذ اكتفى في المادة (138) من القانون رقم: 84-11 المؤرخ في: 1984/06/09 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالقانون رقم:

05-09 المؤرخ في: 2005/05/04 بالنص على اللعان والردة كموانع للميراث، إلا أنه تم إعمال هذا المانع في القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ: 1995/07/25⁽⁴⁹⁾، والذي بموجبه تم تأييد الحكم المستأنف، وبالتالي رفض الطعن بالنقض في القرار الصادر عن مجلس قضاء عنابة الذي صادق على حكم المحكمة القاضي بمنع المدعي من الميراث لأنه كان كافراً وقت وفاة المورث المسلم.

وبهذا الاجتهاد القضائي الصائب تكون المحكمة العليا قد كَرَّست مانع التوارث لاختلاف الدين في ظل غياب نص تشريعي صريح يقضي بذلك، لأنه إذا كانت الردة المتمثلة في التخلي عن الدين الإسلامي بعد اعتناقه مانعاً من موانع الميراث بين المسلم والمرتد، فمن باب أولى منع الميراث بين المسلم وبين من لم يدخل أصلاً في الدين الإسلامي، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن المادة (222) من قانون الأسرة الجزائري أحالت إلى أحكام الشريعة الإسلامية كل مسألة لم يرد فيها نص في هذا القانون، وهي الأحكام تمنع التوارث بين المسلم والكافر والعكس لقول الرسول صلى الله عليه وسلم: "لا يرث المسلم الكافر ولا يرث الكافر المسلم"⁽⁵⁰⁾

وفي قرار آخر أكدت المحكمة العليا على أن يكون الوارث مسلماً وقت وفاة مورثه المسلم، أما إذا أسلم بعد وفاته فلا ميراث له، وهو القرار المؤرخ في: 2001/06/20 الذي جاء فيه: "أن القضاء الذي منح الزوجة صفة الوارثة بالرغم من أنها لم تُسلم إلا بعد وفاة زوجها مخالف للقانون"⁽⁵¹⁾.

ولكون النظام العام دفع استثنائي فإنه لا يجوز للقاضي التوسع في اللجوء إليه، وإنما يقتصر ذلك على حالات المساس الصارخ بالمبادئ الجوهرية التي يقوم عليها النظام القانوني في بلده، وعليه فإذا كان القانون الأجنبي الواجب التطبيق على الميراث يُقرّر أحكاماً في توزيع الأنصبه بين الورثة مثلاً تختلف عن أحكام القانون الوطني كما هو الشأن في القوانين الغربية، وكان أطراف النزاع أجناب غير مسلمين فإنه لا مجال للدفع بالنظام العام في مواجهة هذا القانون الأجنبي لاستبعاده، وهو ما أكدّت عليه محكمة تمييز دبي عندما نقضت القرار الصادر عن محكمة استئناف دبي التي أيدت حكم محكمة بداية دبي القاضي بتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في دعوى ميراث كان أطرافها من جنسية ألمانية غير مسلمين.

وقد بررت محكمة تمييز دبي ذلك بأن مجرد اختلاف أحكام القانون الوطني عن أحكام القانون الألماني المختص في تحديد نصيب الوارث غير المسلم في مال مورثه غير المسلم لا يخالف النظام العام والآداب في دولة الإمارات العربية المتحدة، وعلى أساس ذلك قرّرت محكمة التمييز أن ما ذهب إليه الحكم المطعون فيه باستبعاد تطبيق أحكام القانون الألماني الواجب التطبيق بحجة تعارضه مع أحكام الشريعة الإسلامية، فيه مخالفة للقانون وخطأ في تطبيقه مما يستوجب نقضه⁽⁵²⁾.

ثانياً: تطبيقات الدفع النظام العام في الميراث في القضاء الفرنسي

يكاد القضاء الفرنسي الحديث يحصر الدفع بالنظام العام في مجال الميراث في شرط منع التوارث بين المسلم والكافر في الاتجاهين، إذ ينظر إلى هذا المانع على أنه قائم على التمييز بين الأفراد بسبب اختلاف الدين ومخالف في نفس الوقت لمبدأ حرية المعتقد، وهذا ما لا يقبل به القضاء الفرنسي، وهو الأمر الذي كرّسته محكمة النقض الفرنسية في قرار لها استبعدت فيه القانون الإسلامي الذي ينص على عدم الأهلية للميراث بسبب اختلاف الدين، كما قضت في مناسبة أخرى باستبعاد القانون الأجنبي الذي يُقرّر عدم أهلية طفل مسلم لإرث أمه المشتركة⁽⁵³⁾.

وفيما دون ذلك من مسائل الأحوال الشخصية عموماً والميراث خصوصاً أصبح القضاء الفرنسي يأخذ بالأثر المخفف للنظام العام إذا تعلق الأمر بحقوق نشأت في الخارج في ظل قانون يُقرّها وأراد أصحابها التمسك بآثارها في فرنسا، ومن ذلك ما قضت به محكمة النقض الفرنسية من أن حق كلا الزوجتين في الميراث لا يتعارض مع النظام العام في فرنسا، في الحالة التي يقع فيها الزواج الثاني في الخارج وفقاً لقانون يجيزه، وما لم تكن الزوجة الأولى فرنسية⁽⁵⁴⁾.

مما سبق نخلص إلى القول أنه متى عُرض نزاع على قضاء إحدى الدول العربية التي يستمد قانونها قواعد الميراث من أحكام الشريعة الإسلامية، وكان أحد طرفي ذلك النزاع مسلماً بغض النظر عن جنسيته، فإن النظام العام يتدخل لمنع

تطبيق القوانين الأجنبية التي تتضمن قواعد تتعلق بالميراث تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية ولو كانت قوانين دول عربية.

وفي المقابل فإن قضاء الدول الغربية لا يقبل بتطبيق أي قانون أجنبي يتضمن أحكاماً تتعلق بالميراث تتعارض أو تُمثل مساساً بمبدأ حرية المعتقد أو مبدأ المساواة بين الجنسين.

هذا من جهة، ومن جهة ثانية فإن القضاء الحديث سواء في الدول العربية أو الغربية يتجه اليوم إلى عدم التوسع في الدفع بالنظام العام لاستبعاد تطبيق القوانين الأجنبية، إذا عُرض عليه نزاع يتعلق بإنشاء الحق في الميراث بين أجنبى ويتمون لديانة غير ديانتة، أو نزاع مضمونه التمسك بآثار حق نشأ صحيحاً في الخارج؛ إذ أصبح القضاء في مثل هذه الحالات يقبل بتطبيق القوانين الأجنبية ولا يستبعدها باسم النظام العام؛ لأن تفعيل النظام العام كلما اختلف القانون الأجنبي مع أحكام القوانين الداخلية سيفضي إلى تجميد قاعدة الإسناد الوطنية الخاصة بالميراث.

المطلب الثاني

تطبيقات النظام العام في الوصية

يتعارض مع النظام العام في الدول العربية مع القانون الأجنبي الذي يمنع الوصية لاختلاف الدين أو اللون أو الجنس، أو يجيز الوصية لوارث دون موافقة بقية الورثة، أو يسمح للمورث بالايضاء بما يفوق الثلث، في حين لا تُشكل كل هذه المسائل مساساً بالنظام العام في الدول الغربية، فكيف تعامل القضاء مع الدفع بالنظام العام في مجال الوصية؟

أولاً: تطبيقات النظام العام في الوصية في القضاء

المصري

تصدى القضاء المصري في عدة قرارات لمسألة المقدار المسموح به في الوصية منها قضية بين لبنانيين مسيحيين تجاوزت فيها الوصية ثلث التركة، حيث قرّرت محكمة النقض في هذه القضية أن مجرد اختلاف أحكام القانون الأجنبي عن أحكام القانون المصري في تحديد المقدار الجائز الايضاء به بالنسبة لغير المسلمين لا يتعارض مع النظام العام في مصر⁽⁵⁵⁾.

كما أكدت المحكمة ذاتها ذات الموقف في قضية أخرى تتعلق بوصية أبرمها إسباني لصالح زوجته، الذي أوصى لها بكامل أمواله شريطة ألا تتزوج بعد وفاته، فقَرَّرت هذه المحكمة بأنه: "من المقرَّر في قضاء هذه المحكمة أنه لا يجوز استبعاد أحكام القانون الأجنبي الواجب التطبيق وفقاً للمادة 28 من القانون المدني بشرط ألا تكون هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو الآداب في مصر بأن تمس كيان الدولة أو تتعلق بمصلحة عامة أو أساسية للجماعة"⁽⁵⁶⁾.

هذا، وقد عالج القضاء المصري في أحد قراراته مسألة الإيصال بالمنافع، حيث قَرَّرت محكمة النقض أن الوصية بالمنافع جائزة في الشريعة الإسلامية وتُعتبر صحيحة وفقاً لأحكام القانون المدني وقانون الوصية رقم: 71 لسنة 1946، وبالتالي فإنه لا يدخل في نطاق مخالفة النظام العام مجرد اختلاف أحكام القانون الأجنبي عن أحكام القانون الوطني في طريقة الانتفاع بالموصى به أو ترتيب الموصى لهم بحق الانتفاع⁽⁵⁷⁾.

وتأسيساً على الأحكام السابقة فقد استنتج الفقه بمفهوم المخالفة أنه لو تعلق النزاع بمسلمين أو كان أحد طرفيه مسلماً فإن النظام العام سيحول دون تطبيق القانون الأجنبي الذي يخالف أحكام الشريعة الإسلامية فيما يخص القدر الجائز الإيصال به، وذلك بهدف حماية حقوق الورثة وتقييد حرية الموصي في الإيصال⁽⁵⁸⁾.

ثانياً: تطبيقات الدفع بالنظام العام في الوصية في القضاء الفرنسي

تصدى القضاء الفرنسي لمسألة موانع الوصية القائمة على اعتبارات التمييز العنصري فمنع تطبيق القوانين الأجنبية التي تقرر موانع من هذا النوع باسم النظام العام، كما منع تطبيق كل قانون أجنبي يقيد استحقاق الوصية بشروط تتنافى والمبادئ السائدة في فرنسا، ومن ذلك ما قضت به محكمة السان عندما أبطلت شرط ورد في وصية أجزتها جدة لحفيدتها مضمونه عدم الزواج بيهودي⁽⁵⁹⁾.

الخاتمة

بعد التعرض لمختلف عناصر الموضوع بالمناقشة والتحليل والمقارنة في إطار الخطة المعتمدة حاولنا جاهدين الإجابة على الإشكالية الرئيسية المطروحة والأسئلة الفرعية المرتبطة بها، نخلص في الأخير إلى النتائج التالية:

- يتضح من المحاولات الفقهية والاجتهادات القضائية الهادفة لوضع تعريف للنظام العام أنها وإن اختلفت في الصياغة، إلا أنها تكاد تُجمع على الفكرة الجوهرية التي ينصب عليها النظام العام في كل دولة، وهي فكرة المصلحة الوطنية، سواء كانت هذه المصلحة قائمة على الاعتبارات السياسية أو الاجتماعية أو الاقتصادية أو الدينية.

- أن الدور الأساسي للنظام العام في مجال تنازع القوانين من حيث المكان، يتمثل في منع تطبيق القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قواعد الإسناد الوطنية، إذا كان في تطبيقه مساس بتلك الأسس التي يقوم عليها المجتمع الوطني.

- أن فكرة النظام العام ذات بُعد وطني، لذا فهي نسبية ومرنة ومتغيرة في المكان والزمان، وهذه الخصائص تمنح القاضي سلطة تقديرية معتبرة للدفع بالنظام العام بمضامين متطورة تستجيب لمتطلبات المصلحة الوطنية.

- أن الدفع بالنظام العام ذو طابع استثنائي لا يقبل التوسع فيه ولا القياس عليه، الأمر الذي يترتب عليه انكماش مقتضيات النظام العام في حد ذاتها، بحيث لا يلجأ إليه القاضي إلا بتوافر شروط معينة؛ لأنه لو لجأ إليه كلما تعارض القانون الأجنبي مع قانونه لانتهى به الأمر إلى عدم إعمال قواعد الإسناد الوطنية في معظم المنازعات المشتملة على عنصر أجنبي.

- يترتب على خاصية قابلية النظام العام للتغير والتطور أن الوقت المعتبر لتقدير مقتضيات النظام العام من طرف القاضي هو وقت الفصل في الدعوى لا وقت نشوء العلاقة محل النزاع، بل إذا تغيرت مقتضيات النظام العام بعد رفع الدعوى وقبل النطق بالحكم فإن المعول عليه هو وقت النطق بالحكم لا وقت رفع الدعوى، لأنه الوقت الذي سيطبق فيه القانون الأجنبي.

- يتمثل الأثر المباشر للدفع بالنظام العام في استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص سواء بشكل جزئي إذا كان ذلك ممكناً، أو بشكل كامل إذا استحال الاستبعاد الجزئي، غير أنه في حالات معينة يكتفي القاضي باستبعاد

القانون الأجنبي لتتحقق نتيجة الحفاظ على النظام العام، وفي حالات أخرى لا تتحقق تلك النتيجة إلا إذا طبّق القاضي قانونه.

- يسمح القضاء الحديث سواء في الدول العربية أو الغربية في بعض الحالات بالتمسك بآثار حق اكتسب بشكل صحيح في الخارج ولو كان هذا الحق لا يُسمح بنشأته في دولة القاضي، طالما أن الأثر المتمسك به أمامه لا يتعارض مع النظام العام في دولته.

- ¹ أنظر: الفصل (36) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي، الصادرة بموجب القانون عدد 97 لسنة 1998، المؤرخ في: 1998/11/27.
- ² زاير فاطمة الزهراء: النظام العام في النزاعات الدولية الخاصة، مذكرة ماجستير، القانون الدولي الخاص، جامعة بوبكر بلقايد، تلمسان، 2011/2010، ص 21.
- ³ أنظر: المادة (24) من القانون رقم: 05-10 المؤرخ في: 2005/06/20 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.
- ⁴ أنظر: المادة (28) مدني مصري، المادة (73) مدني كويتي، المادة (31) مدني ايطالي، نقلاً عن: زاير فاطمة الزهراء: النظام العام في النزاعات الدولية الخاصة، ص 21.
- ⁵ بخروبة حمزة: موانع تطبيق القانون الأجنبي في ضوء المادة 24 من القانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير، قانون أعمال، جامعة سطيف 2، سطيف، 2014/2013، ص ص 17، 18.
- ⁶ بخروبة حمزة: موانع تطبيق القانون الأجنبي في ضوء المادة 24 من القانون المدني الجزائري، ص ص 15، 16.
- ⁷ غالب علي الداودي، حسن محمد الهداوي: القانون الدولي الخاص، د.م.ط، د.ط، د.ت.ط، ج 1، ص 145.
- ⁸ الطيب زروتوي: دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزائر، دار هومة، 2010، ص 253.
- ⁹ بلمامي عمر: الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص (دراسة مقارنة)، مذكرة ماجستير، عقود ومسؤولية، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 1986، ص ص، 125، 126.
- ¹⁰ بخروبة حمزة: موانع تطبيق القانون الأجنبي في ضوء المادة 24 من القانون المدني الجزائري، ص، 19.
- ¹¹ زاير فاطمة الزهراء: النظام العام في النزاعات الدولية الخاصة، ص 22.
- ¹² يوسف فتيحة: "النظام العام والعلاقات الأسرية في القانون الدولي الخاص"، دراسات قانونية، جامعة بوبكر بلقايد، تلمسان، العدد 05، 2008، ص 216.
- ¹³ شبرور نورية: الميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة في إطار القانون الدولي الخاص، مذكرة ماجستير، القانون الدولي الخاص، جامعة بوبكر بلقايد، تلمسان، 2011/2010، ص 88.
- ¹⁴ بخروبة حمزة: موانع تطبيق القانون الأجنبي في ضوء المادة 24 من القانون المدني الجزائري، ص، 21.
- ¹⁵ حسن الهداوي: القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين) دراسة مقارنة، الأردن، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، د.ط، 1997، ص 187.
- ¹⁶ زيدون بختة: التطبيق الاستثنائي للقانون الجزائري في العلاقات الخاصة الدولية، مذكرة ماجستير، القانون الدولي الخاص، جامعة بوبكر بلقايد، تلمسان، 2011/2010، ص 140.
- ¹⁷ بخروبة حمزة: موانع تطبيق القانون الأجنبي في ضوء المادة 24 من القانون المدني الجزائري، ص، 22.

- ¹⁸ بلمامي عمر: الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص (دراسة مقارنة)، ص 154.
- ¹⁹ هشام علي صادق: دروس في تنازع القوانين، الاسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، د.ط، 2003، ص ص 198، 199.
- ²⁰ بلمامي عمر: الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص (دراسة مقارنة)، ص 131.
- ²¹ الطيب زروتي: القانون الدولي الخاص الجزائري (تنازع القوانين)، الجزائر، مطبعة الفسييلة، د.ط، 2008، ج1، ص 279.
- ²² أعراب بلقاسم: القانون الدولي الخاص الجزائري (تنازع القوانين)، الجزائر، دار هومة، د.ط، 2004، ج1 ص ص 171-173.
- ²³ زيدون بخته: التطبيق الاستثنائي للقانون الجزائري في العلاقات الخاصة الدولية، ص 144.
- ²⁴ بلمامي عمر: الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص (دراسة مقارنة)، ص 142.
- ²⁵ الطيب زروتي: القانون الدولي الخاص الجزائري (تنازع القوانين)، ص 281.
- ²⁶ حفيفة السيد الحداد: الموجز في القانون الدولي الخاص (المبادئ العامة في تنازع القوانين)، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، د.ط، 2010، ج1، ص 304.
- ²⁷ حفيفة السيد الحداد: الموجز في القانون الدولي الخاص (المبادئ العامة في تنازع القوانين)، ص 304.
- ²⁸ حفيفة السيد الحداد: الموجز في القانون الدولي الخاص (المبادئ العامة في تنازع القوانين)، ص 305.
- ²⁹ نادية فضيل: تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، الجزائر، دار هومة، د.ط، 2001، ص 123.
- ³⁰ أعراب بلقاسم: القانون الدولي الخاص الجزائري (تنازع القوانين)، ص 177.
- ³¹ بخروبة حمزة: موانع تطبيق القانون الأجنبي في ضوء المادة 24 من القانون المدني الجزائري، ص، 64.
- ³² أعراب بلقاسم: القانون الدولي الخاص الجزائري (تنازع القوانين)، ص 178.
- ³³ أنظر: الفقرة الأولى من المادة (06) من مجموعة القانون الدولي الخاص النمساوي لسنة 1979، والمادة (73) من المرسوم الأميري الكويتي رقم 05 لسنة 1961، نقلاً عن: زاير فاطمة الزهراء: النظام العام في النزاعات الدولية الخاصة، ص 62، والطيب زروتي: القانون الدولي الخاص الجزائري (تنازع القوانين)، ص 284.
- ³⁴ الطيب زروتي: القانون الدولي الخاص الجزائري (تنازع القوانين)، ص 281.
- ³⁵ حفيفة السيد الحداد: الموجز في القانون الدولي الخاص (المبادئ العامة في تنازع القوانين)، ص 305.
- ³⁶ زاير فاطمة الزهراء: النظام العام في النزاعات الدولية الخاصة، ص 68.
- ³⁷ الطيب زروتي: القانون الدولي الخاص الجزائري (تنازع القوانين)، ص 285.
- ³⁸ الطيب زروتي: القانون الدولي الخاص الجزائري (تنازع القوانين)، ص 285.

- ³⁹ الطيب زروتي: القانون الدولي الخاص الجزائري (تنازع القوانين)، ص ص 285، 286.
- ⁴⁰ نقلاً عن: الطيب زروتي: اجتهاد القضاء الجزائري في ميدان القانون الدولي الخاص مُعلّقاً عليه، الجزائر، دار هومة، د.ط، 2014، ص 43.
- ⁴¹ الطيب زروتي: اجتهاد القضاء الجزائري في ميدان القانون الدولي الخاص مُعلّقاً عليه، ص 47.
- ⁴² علي علي سليمان: مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، ط2، 2003، ص 157.
- ⁴³ زاير فاطمة الزهراء: النظام العام في النزاعات الدولية الخاصة، ص 75.
- ⁴⁴ بخروبة حمزة: موانع تطبيق القانون الأجنبي في ضوء المادة 24 من القانون المدني الجزائري، ص، 86.
- ⁴⁵ بخروبة حمزة: موانع تطبيق القانون الأجنبي في ضوء المادة 24 من القانون المدني الجزائري، ص، 86.
- ⁴⁶ أنظر: الهامش رقم: 04 من: شبورو نورية: الميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة في إطار القانون الدولي الخاص، ص 92.
- ⁴⁷ أنظر: الهامش رقم: 04 من: شبورو نورية: الميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة في إطار القانون الدولي الخاص، ص 91.
- ⁴⁸ أنظر: الهامش رقم: 04 من: شبورو نورية: الميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة في إطار القانون الدولي الخاص، ص 91.
- ⁴⁹ ملف رقم: 123051، قرار بتاريخ: 1995/07/25، قضية لا.ص ضد لا.م ومن معه، نقلاً عن: عليوش قربوع كمال: القانون الدولي الخاص الجزائري (تنازع القوانين)، الجزائر، دار هومة، ط3، 2011، ج1، ص 171.
- ⁵⁰ سيد سابق: فقه السنة، لبنان، دار الفكر، ط2، 1998، ج3، ص 303.
- ⁵¹ ملف رقم: 244899، قرار بتاريخ: 2001/06/20، قضية أ.غ ضد ش.م، أنظر: الهامش رقم: 5 من: زاير فاطمة الزهراء: النظام العام في النزاعات الدولية الخاصة، ص 131.
- ⁵² القرار المؤرخ في: 24 أيار 1998 الصادر عن محكمة تمييز دبي، نقلاً عن: زاير فاطمة الزهراء: النظام العام في النزاعات الدولية الخاصة، ص 133.
- ⁵³ نقلاً عن: زاير فاطمة الزهراء: النظام العام في النزاعات الدولية الخاصة، ص ص 133، 134.
- ⁵⁴ نقلاً عن: زاير فاطمة الزهراء: النظام العام في النزاعات الدولية الخاصة، ص 134.
- ⁵⁵ قرار محكمة النقض المصرية المؤرخ في: 26 يونيو 1967، نقلاً عن: هشام علي صادق: دروس في تنازع القوانين، ص 325.
- ⁵⁶ نقلاً عن: زاير فاطمة: النظام العام في النزاعات الدولية الخاصة، ص 138.
- ⁵⁷ نقلاً عن: زاير فاطمة الزهراء: النظام العام في النزاعات الدولية الخاصة، ص 138.
- ⁵⁸ هشام علي صادق: دروس في تنازع القوانين، ص ص 325، 326.

⁵⁹ قرار محكمة النقض الفرنسية المؤرخ في: 22 جانفي 1947، نقلاً عن: زاير فاطمة الزهراء: النظام العام في النزاعات الدولية الخاصة، ص 139.

University of El-oued Publications Laboratory of Doctrinal and Judicial Studies

Journal of Doctrinal and Judicial Studies

**Refereed academic biannual
issued by the Laboratory of Doctrinal and Judicial Studies**

Vol. 1 - N°. 1– Safar 1437 – December 2015

ISSN 2477-9806

Honorary President of the journal
Pr. Omar FERHATI

Director of Journal
Pr. Abou Baker LACHEHAB

Editor in chief:
Dr. Abdelkader HOUBA

Deputy Chief Editor
Dr. Hayat ABID

Editorial Board:

Pr. Ibrahim RAHMANI
Dr. Mohammed Rachid BOUGHZALA
Dr. Abdelkrim BOUGHZALA
Dr. Amina SOLTANI
Mohammed BEDJAG

Advisory Board

A- Members of the Advisory Board of national universities

Prof. Abou Bakr LECHEHAB (University of Eloued)
Prof. Ibrahim RAHMANI (University of Eloued)
Prof. Lakhdar ELAKHDARI (University of Oran)
Prof. Slimane ouled KHSAL (University of Medea)
Prof. Saleh BOUBCHICHE (University of Batna)
Prof. Saleh HEMLILE (University of Adrar)
Prof. Abdrazzak ZOUINA (University of Algiers 1)
Prof. Abdelkader BEN HARZALLAH (University of Batna)
Prof. Abdelkader BEN AZOUZE (University of Algiers 1)
Prof. Azzedine KIHHEL (University of Biskra)
Prof. Ammar Boudiaf (University of Tebessa)
Prof. Farida MEZIANI (University of Batna)
Prof. Mabrouk GHODHBAN (University of Batna)
Prof. Mohammed Nasser BOUGHZALA (University of Algiers)
Prof. Mohammed SNINI (University of Blida)
Prof. Mguelati SAHRAOUI (University of Batna)

B- Members of the Advisory Board of the outside homeland: □

Prof. Hassan Abdelghani ABOU RAGHDA (King Saoud University - Saudi Arabia)
Prof. Saleh Khaled ALCHOUKAIRATE (al jouf university - Saudi Arabia)
Prof. Abdelhak HEMMICH (hamad bin khalifa university – Qatar)
Prof. EZEDDINE BEN ZGHIBA (College of Islamic and Arabic Studies, Dubai)
Prof. Mohammed ben Mohammed RAFIA (sidi mohamed ben abdellah university - Fes - Kingdom of Morocco)
Prof. Mohammed Ahmed Hassan ELKODHATE (Jordanian University)
Prof. Mohammed Ali SMIRAN (al-al bayt university jordan)
Prof. Youcef Ibrahim YUCEF (al azhar university)

All correspondence should be addressed to:

**Editor in chief of Journal of Doctrinal and Judicial Studies –
University of El-oued.
PO Box 789 El-oued 39000 Algeria Phone - Fax: 032 223 004
Ju-ju-st@univ-eloued.dz**

TABLE OF CONTENTS

Journal of Doctrinal and Judicial Studies

Vol. 1 - N°. 1 – Safar 1437 – December 2015

▣ Honorary President of the journal Pr. Omar FERHATI	07
▣ Director of Journal Pr. Abou Baker Lacheheb	09
▣ Editorial: Editor in chief Legal globalization and privacy of national legal systems Dr. Abdelkader HOUBA	11
▣ The Relationship amongst Protection (Edema), Eligibility and Mandate According to (Sharia) and Legal Jurists Pr. Abou Baker LACHEHAB	15
▣ The Definition of jurisprudence theories and the importance of its study Dr. Kabi BEN MHENI	37
▣ What work has been done and its Makassed dimension in Fiqh al-Maliki Dr. Nabil MOUAFK	57
▣ The impact of Comparative Jurisprudence in compilations of Maalikis Farida HAID	75
▣ the controls of distinction between legitimate exits and prohibited tricks Dr. Abdelkader DJAFAR	105

-
- ▣ **proving Orfi marriages disputed
(study supported by Algerian jurisprudence)**
Dr. Abdallah HADJ AHMED 127
-
- ▣ **The Wali status in the marriage contract
In Fiqh, Law and jurisprudence**
Mohammed BEDJAG143
-
- ▣ **Plea of public order in the inheritance disputes, wills
with an international dimension.**
Badr CHENNOUF 177
-

Rules of Publication

- research should not be published or has been submitted for publication in another journal.
- Research should not be part of thesis or part of book previously published.
- Research should be within the purview of the journal (Fiqh, the judiciary and Sharia law and science) and is characterized by novelty and addition.
- number of research pages should be in the range of fifteen to thirty pages.
- Commitment to fundamental basics of scientific research and its general rules taking care to accurate scientific documentation of research materials.
- Research should be written with "traditional Arabic" font. and should be to use the font size 16 for the board, and 12 for the footnote according to word version. Footnotes referred to in serial numbers in another search pages, with the full data sources and references certified.
- The research should enclose an abstract of his research in a hundred word in both Arabic and English Languages.
- Research should be sent via e-mail journal, or it is sent in a magnetic-CD with two copies on paper through the postal address of the journal.
- The researcher must send a signed request to publish his research, and he undertakes that his research is not part of thesis, a book published or sent for publication in another journal.
- The researcher has to send an Resume (c.v) of himself including scientific rank, function, full address, postal mail and phone number.
- Researches is displayed on preliminary examination committee to look at whether they satisfy Rules of Publication, then it is forwarded confidentially to specialized expertise.
- The journal send a promise of publishing once the positive reports is received. The journal also sends

apology for the publication if the reports are not positive without resending researches to their owners or explaining the reasons to refrain from publishing.

- Each researcher is granted three copies of the published issue which contains his research.
- The journal reserves all publishing rights. It shall not be published in another journal before obtaining an official permission of the journal.
- Researcher has no right to request not to publish his research that it has been accepted for publication.
- Opinions expressed in this journal are solely those of their authors and do not reflect those of the journal.
- Arrangement of published researches are done according to technical considerations.

ENGLISH ABSTRACTS OF ARTICLES

The Relationship amongst Protection (Edema), Eligibility and Mandate According to (Sharia) and Legal Jurists

Pr. Abou Baker Lacheheb*

ABSTRACT:

There has not been a common point of view regarding the meaning of protection and guardianship. Some use the terms interchangeably; while other consider protection as encompassing the term guardianship. Additionally, legal jurists and Shari'a scholars differed on their conception of 'protection' in that the former to consider the financial disclosure as multiple and transferable.

What makes this issue worth studying is that the two types of jurists still differ on the relationship between the two concept.

This study looks into the meaning of each of the three concepts (Protection, Eligibility and Mandate) and sheds light on the relationship amongst them. We also compare between the existent and the constant in the two types of jurisprudence (Shari'a and Law), defining the meeting points as well as the differences.

The study concludes with the efficient outcomes resulting from due diligence (Ijtihad).

key words: Edema – Eligibility – Mandate – Protection.

* Institute of Islamic Sciences - University of El-oued - Algeria.

The Definition of jurisprudence theories and the importance of its study

Kabi BEN MHENI*

ABSTRACT:

The Islamic jurisprudence (fiqh) is a worth to pay attention in our modern concepts, because its regularity is in the theories which is consider the grouping of branch with in the theory's doors to simplify those rulings for both sides public and private. All that to protect the credibility of the Islamic jurisprudence, so the structure of different civilizations require the modern scholars to present and fix the Islam with its legislations .Hence, we have provided a great service for our religion.

key words: Jurisprudence theories - Islamic jurisprudence - Legislations.

* Faculty of Humanities and Social Sciences - University of Laghouat - Algeria.

What work has been done and its Makassed dimension in Fiqh al-Maliki

Nabil MOUAFK*

ABSTRACT:

This article discusses the proof of evidence relied on by Maliki doctrine, which would have made its doctrine flexible in practice and address the events incident, and make it more dynamic in order to achieve the interests of the people, which is: What work has been done that is one of the rules that has been credited with enabling scholars of Ijtihad, deduction and the expansion in the field of Takhrij issues in Maliki doctrine.

key words: Maliki doctrine - Makassed dimension – Fiqh.

* Institute of Islamic Sciences - University of El-oued - Algeria.

The impact of Comparative Jurisprudence in compilations of Maalikis

Farida HAID*

ABSTRACT:

The article deals with the comparative jurisprudence in compilations of Maalikis, which is an important issue that it pushing back the intolerance charge Maliki to the opinion of Imam without proof. By extrapolating these books, it seems distinguish and superiority of Maalikis in the jurisprudence of the dispute since the first covenant witch they opened up to the dissenting opinion. Three methods have appeared in the field of comparative jurisprudence: the Hajaji dialectical approach, Athari and Taassili approach. With this approach Fiqh al-Maliki has evolved and its jurisprudential assets have expanded.

key words: Comparative Jurisprudence – Maalikis – Fiqh.

* Institute of Islamic Sciences - University of El-oued - Algeria.

the controls of distinction between legitimate exits and prohibited tricks

Abdelkader DJAFAR *

ABSTRACT:

Muslim is exposed to conditions of distress and embarrassment in its work which lead him to search for a way out of it. However, this exit may be legitimate, and it may be circumvented forbidden. Perhaps it is confused it, He may be considered the prohibited like it is legitimate. The problematic of this research is: What is the concept of legitimate exits and prohibited tricks ? What is the controls of distinction between them? What is the examples of that?

key words: Distinction - Legitimate exits - Prohibited tricks.

* University of Ghardaia – Algeria.

**proving Orfi marriages disputed
(study supported by Algerian jurisprudence)**

Abdallah HADJ AHMED*

ABSTRACT:

In the event of a dispute about the fact of Orfi marriages between couples, where one of them claims to prove the case of marriage, and the other denies this case, the only way to prove this case is to file a lawsuit to prove the marriage to a competent court. If the plaintiff was able to prove the marriage, the court decides that the marriage is constant. These pages are looking at the means of proving Orfi marriages in case of dispute between the parties, where we address the concept of a Orfi marriage, then we show the means of proving it.

key words: Orfi marriages – Proving – Dispute - Lawsuit.

* Department of Islamic Sciences - Faculty of Humanities, Social Sciences and the Islamic Sciences - University of Adrar - Algeria.

The Wali status in the marriage contract In Fiqh, Law and jurisprudence

Mohammed BEDJAG*

ABSTRACT:

The Wilaya in the marriage contract is one of the important and sensitive topics in family law. It has stirred up controversy between scholars of Charia and law in the ancient and modern. This controversy is due to disagreement on the texts contained in that both in terms of constancy or semantics. the controversy has increased sharply on this subject in Algeria when embarking on family law reform in 2005. This is what i prompted me to search for the fact of the legal status of the Wali in the marriage contract through the books of fiqh, law and also court rulings.

key words: marriage contract – Wilaya – Fiqh – Law - jurisprudence.

* Faculty of Law and Political Sciences - University of El-oued – Algeria.

Plea of Public order in the inheritance disputes, wills with an international dimension

Badr CHENNOUF *

ABSTRACT:

If the Algerian legislator and Comparative Arab legislations has licensed the national judge to apply foreign law on foreign to disputes that include a foreign element whenever indicated by the rules of rattachment in the law. However, it prevents him from applying this law, if he determines that its content is contrary to public order in his country. The inheritance and wills in Algeria system and most of the Arab countries is derived from the provisions of the Sharia, and it will result in the application of national law and the exclusion of the competent foreign law, whenever the latter contained provisions inconsistent with the provisions of the Sharia.

key words: Public order - Inheritance and wills - The exclusion of foreign law.

* Faculty of Law and Political Sciences - University of El-oued – Algeria.