

موانع تطبيق القانون الأجنبي في القانون الدولي الخاص

Prohibitions to apply foreign law in private international law

الدكتور

محمد ضو فضيل

أستاذ القانون الدولي الخاص المساعد
كلية الشريعة والأنظمة- جامعة الطائف
المملكة العربية السعودية

D. Mohamed DhaouFdhil
Department of International private Law,
College of Sharia and
Regulations, Taif University
E-mail : fdmeds@yahoo.fr

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ لِلَّهِ شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِ وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَا نُ قَوْمٍ
عَلَىٰ أَنْ تَعْدِلُوا أَعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ خَبِيرٌ بِمَا تَعْمَلُونَ ﴿٨﴾﴾

صدق الله العظيم

سورة المائدة الآية ٨

موانع تطبيق القانون الأجنبي في القانون الدولي الخاص

محمد ضو فضيل

قسم القانون الدولي الخاص ، كلية الشريعة والأنظمة، جامعة الطائف المملكة العربية السعودية .

البريد الإلكتروني: fdmeds@yahoo.fr

ملخص البحث :

يعتبر موضوع موانع تطبيق القانون الأجنبي في القانون الدولي الخاص من المواضيع الهامة التي اعتنى بها الفقه وكذلك التشريع حيث يعتبر استثناء من المبدأ الذي يقوم عليه القانون الدولي الخاص. حيث أنه يخالف ما أشارت عليه قاعدة الاسناد. وهذه المخالفة تعود لأسباب متعددة منها ما هو منطقي ومشروع ومنها ما هو لغاية في نفس يعقوب. ولقد شكل هذا الموضوع محور اختلاف بين الفقهاء والقوانين وتعددت النظريات الفقهية من مدافع عنها الى معترض عليها. ولقد أردنا أن يكون الهدف من هذا البحث فهم أسباب المنع وشروطها ومشروعيتها.

لقد قسمنا موضوع دراستنا الى مقدمة وأربعة مباحث وخاتمة، تناولنا في المقدمة تعريف الموضوع وأهميته والدواعي التي دفعتنا لاختيار هذا الموضوع، والمبحث الأول تناولنا فيه رفض تطبيق القانون الأجنبي بناء على فكرة تطبيق القانون الوطني، والمبحث الثاني تناولنا فيه رفض تطبيق القانون الأجنبي بناء على فكرة النظام العام، ثم تناولنا في المبحث الثالث رفض تطبيق القانون الأجنبي بناء على فكرة الشريعة الإسلامية، وتناولنا في المبحث الرابع رفض تطبيق القانون الأجنبي بناء على فكرة الغش نحو القانون، وتعرضنا في الأخير الى الخاتمة التي بينا فيها أهم ما توصلنا اليه من نتائج خلال هذه الدراسة ثم أرفقنا ذلك بالتوصيات الضرورية.

الكلمات المفتاحية: موانع، تطبيق، القانون الأجنبي، القانون الدولي الخاص.

Prohibitions to apply foreign law in private international law

Mohamed DhaouFdhil

**Department of International private Law, College of
Sharia and Regulations, Taif University, Kingdom Saudi
Arabia .**

E-mail : fdmeds@yahoo.fr

Abstract:

Prohibition of foreign law's application in private international law is one of the important issues that jurisprudence and legislation have taken care of, as it is an exception to bases of private international law. This issue contradicts what was indicated by the rule of attribution due to logical, legitimate, and other illegal reasons. It created disagreement between jurists, and jurisprudential theories have varied, from defending them to those who oppose them. The aim of this research is to realize the reasons for the prohibition, its conditions, and its legality.

The present study is composed of an introduction, four topics, and a conclusion. The introduction allocated definition, importance, and reasons for choice of the present issue. The first topic explained the rejection of foreign law's application based on applying national law. The second topic described the rejection of foreign law's application based on the idea of public order. The third topic dealt with rejection of foreign law's application based on the idea of Islamic law. Then, the fourth topic focused on explanation of rejection of foreign law's application based on the fraud towards the law. At last, we presented the conclusion including the most important findings those reached from this study, and finally recommendations were attached.

Keywords: Prohibitions, application, foreign law, private international law.

الدراسات السابقة

- "العش نحو القانون في تنازع القوانين"، الد. كمال كيحل، ويبين فيه لجوء البعض الى العش أو التحايل على القانون بتغيير ظرف الاسناد بقصد نقل الاختصاص من قانون الى قانون آخر يحقق مصلحة أكثر لهم.

- "الأثر المخفف للنظام العام في القانون الدولي الخاص. دراسة مقارنة"، الد. جمال الدين عنان، ويبين فيه كيف أن التطبيق الحرفي لفكرة النظام العام (والمقصود هنا النظام العام في مجال القانون الدولي الخاص)، قد يترتب عليه إصابة هذه العلاقات القانونية بالشلل نتيجة إجماع الأفراد عن إنشائها.

مقدمة

ان الطبيعة البشرية الخيرة بما جبلها الله عليه وما أهلها لخلافته في الأرض تحتوي على نوازع قد تدفعها الى سلوك مخالف لفطرتها - "أتجعل فيها من يفسد فيها ويسفك الدماء"¹ - وهو ما جعل الله سبحانه وتعالى يضبطها بقوانين سماوية لردعها وتأديبها. كذلك سارعت أغلب الحضارات الإنسانية وكذلك بلدان العالم المعاصر الى سن تشريعات تحد من طغيان البشر وأكل أموالهم بينهم بالباطل.

ولقد تواترت التشريعات الوضعية في الصدور بعد آخر تشريع سماوي نزل الى البشرية التي لا ترتدع أحيانا الا بالسلطان حيث نجد القانون الجنائي والقانون المدني والقانون التجاري والقانون الدستوري والقانون الإداري والقانون المالي والقانون الجنائي والقانون العقاري وقانون الأسرة وقانون العمل وقانون التأمين وقانون نظام التجارة الإلكترونية... ولقد قسمت هذه القوانين الى قانون عام وقانون خاص.

وفي إطار القانون الخاص نشأ قانون حديثا جدا هو القانون الدولي الخاص والذي كان السبب في ظهوره الحاجة الإنسانية الماسة الناتجة عن حركة الهجرة الكبيرة التي قام بها الأفراد وعززتها حركة تنقل للبضائع غير مسبوقه مما انجر عنها تطور العلاقات بين الدول بشكل أفضى الى نشأة القانون الدولي الخاص. هذا القانون الذي ساهم في حل النزاعات المشوبة بعنصر أجنبي ورفع الحرج على القضاة والمتقاضين في اكتساب الحقوق وإرساء العدالة.

ولكن كما يقال كل ذي نعمة محسود فان هذا القانون هو الآخر تواجهه العديد من الإشكاليات على مستوى التطبيق خاصة فيما يتعلق بأسمى هدف له وهو تطبيق القانون الأجنبي على النزاع. وتمثل هذه الإشكاليات في الموانع على سبيل الذكر لا الحصر، الأمر الذي يستدعي ضرورة الاهتمام البحثي بهذا القانون الذي تعددت مواضيعه واختلقت التشريعات والمحاكم في تطبيقه وتباينت آراء الفقهاء في فهمه.

¹ الآية ٣٠، سورة البقرة.

ويعتبر موضوع موانع تطبيق القانون الأجنبي في القانون الدولي الخاص من أهم المواضيع التي تنغص على القانون الدولي الخاص الاستمتاع بالمكاسب التي حققها في المجال القانوني الدولي. وهو من الموضوعات ذات المشاكل الصعبة في العلاقات القانونية، ولذلك لا بد لنا من تعريفه وبيان أنواع الموانع ونطاقها وشروطها ومدى مشروعيتها.

أسباب اختيار الموضوع وأهميته

ان الحالة الدولية الراهنة التي تشهد علاقات بين الأفراد لا متناهية، سواء منها في مسائل الأحوال الشخصية المتعلقة بالزواج والطلاق والنسب والارث أو المسائل المتعلقة بالنزاعات التعاقدية... أو المسائل التجارية، وما يترتب على كل ذلك من نزاعات يكون بالضرورة أحد أطرافها شخص أجنبي أو أن موضوع النزاع موجود في بلد أجنبي وهو ما يطرح أكثر من تساؤل يتعلق سواء بخصوص المحكمة المختصة أو القانون الواجب التطبيق على هذا النزاع.

وبالتالي فان أهمية الموضوع تكمن في ضرورة معرفة القانون الواجب التطبيق في حالة نشوب نزاع مشوب بعنصر أجنبي في إطار القوانين المتزاحمة التي تنتمي الى أكثر من بلد. ورغم ذلك فان القاضي بالضرورة وبفضل قاعدة الاسناد سيعرف أي قانون أجنبي سيطبق، ولكن ستواجهه مشاكل أخرى وهي الموانع التي ستحول بينه وبين تطبيق القانون الأجنبي. خاصة وأن هذا الأخير أي القاضي مطالب بالفصل في النزاع، ولسوء حظه أن هذا النزاع سيفصل بتطبيق قانون أجنبي أشارت به عليه قاعدة تنازع وطنية في مواجهة لقوانين أخرى وطنية.

وعليه ونظرا لما يشكله موضوع موانع تطبيق القانون الأجنبي من أهمية بالغة على المستوى الفقهي والتشريعي والقضائي فلقد اخترت أن يكون عنوان البحث "موانع تطبيق القانون الأجنبي في القانون الدولي الخاص" وقسمته الى مقدمة وأربعة مباحث وخاتمة حسب التوضيح الآتي:

-المقدمة: عرفنا فيها الموضوع وبيننا أهميته والأسباب التي دفعت لاختياره.
المبحث الأول: رفض تطبيق القانون الأجنبي بناء على فكرة تطبيق القانون

الوطني

المطلب الأول: تطبيق القانون الوطني بناء على قاعدة التنازع

الفرع الأول: القانون الوطني والملكية الفكرية

الفرع الثاني: تعيين القانون الوطني وحالات الإفلاس الدولية

الفرع الثالث: تعيين القانون الوطني والعمالة الوافدة أو المستقدمة

المطلب الثاني: تطبيق القانون الوطني بناء على حالة الضرورة

الفرع الأول: مفهوم قانون النظام

الفرع الثاني: تحديد قانون النظام Loi de Police من قبل القاضي

الفرع الثالث: مجال تطبيق قانون النظام **Loi de Police**

المبحث الثاني: رفض تطبيق القانون الأجنبي بناء فكرة النظام العام

المطلب الأول: تعريف النظام العام

المطلب الثاني: رفض تطبيق القانون الأجنبي بناء على فكرة النظام العام

المبحث الثالث: رفض تطبيق القانون الأجنبي بناء على فكرة الشريعة

الإسلامية

المطلب الأول رفض تطبيق القانون الأجنبي لمخالفته لمبادئ الشريعة

الإسلامية

المطلب الثاني: رفض تطبيق القانون الأجنبي لاعتبارات مزدوجة

المبحث الرابع: رفض تطبيق القانون الأجنبي بناء على فكرة الغش

المطلب الأول: تعريف الغش نحو القانون

المطلب الثاني: رفض تطبيق القانون الأجنبي بناء على ثبوت الغش

المبحث الأول

رفض تطبيق القانون الأجنبي بناء على فكرة تطبيق القانون الوطني

في إطار النزاعات المتعلقة بالقانون الدولي الخاص تكون القوانين الوطنية احدى القوانين المتراحمة مع غيرها لتطبيق على النزاع المشوب بعنصر أجنبي في كثير من الأحيان. ويطبق القانون الوطني في غالب الأحيان بناء على قاعدة التنازع وفي كثير من الحالات تكون فيه حالات استثناء فيطبق بناء على حالة الضرورة.

المطلب الأول

تطبيق القانون الوطني بناء على قاعدة التنازع

تعتبر الحالات عديدة التي يتم فيها تطبيق القانون الوطني بناء على قاعدة التنازع ولكن في بحثنا هذا سنقتصر على حالات ذات أهمية من الناحية الدولية لاتصافها في كثير من الأحيان بالعالمية نظرا لوجود طرف أجنبي فيها. وفي هذا المستوى سنتعرض الى بعض من الحالات المتعلقة بالعالمية كحالة الملكية الفكرية، وحالة الإفلاس الدولية، وحالة العمالة الوافدة أو المستقدمة.

الفرع الأول: القانون الوطني والملكية الفكرية

ان الأعمال الذهنية الناشئة عن العقل تتجاهل الحدود وتتعداها. حيث يتم توزيعها في جميع أنحاء العالم بفضل السرعة التي توفرها التكنولوجيا الحديثة والخدمات الالكترونية. وبالتالي، فإن التقاضي في مسائل الملكية الفكرية والفنية كثيرا ما ينطوي على عنصر أو أكثر من العناصر الأجنبية، بحيث تظهر مسألة القانون الواجب التطبيق لا محالة.

ففي القانون الفرنسي طرحت مسألة على غاية من الأهمية في هذا الصدد وهي متعلقة بقضية "أغنية العالم Le Chant du monde". حيث اتهمت هذه الشركة الروسية المسماة أغنية العالم Le Chant du monde التي تملك حقوق العديد من الملحنين الروس شركات فوكس Fox بضمها الى الفيلم المعنون "ستار الحديد" Rideau de fer المعروف في العاصمة الفرنسية باريس مقتطفات من الأعمال الموسيقية التي كان هؤلاء الملحنون هم مؤلفوها بدون اذنها.

وهذه القضية طرحت معها مسألة تحديد المالك الأصلي للحقوق في عمل الذهن تشكل مسألة أولية وفقا للنهج المختلط المنصوص عليه في السوابق القضائية "أغنية العالم"، قانون بلد المنشأ. ويترتب على ذلك أنه يجب على القاضي الفرنسي، في وجود إبداع من أصل أجنبي، أن يطبق قانونا أجنبيا للحكم على الملكية.

ولكن ما راعنا الا أن محكمة الاستئناف الفرنسية طبقت القانون الفرنسي في قضية الحال. ولقد تبنت محكمة التعقيب الفرنسية هذا الحكم معللة أن القانون الذي يجب

أن يطبق في مثل هذه النزاعات هو قانون مكان وقوع النزاع وبذلك فإن هذه الأخيرة تكون قد أقرت الحكم الاستثنائي واستبعدت تطبيق القانون الأجنبي السوفياتي.¹ هذا الحل الذي تبنته المحكمة العليا الفرنسية في قضية الحال، والذي لم يتم التشكيك في مبدأه حتى الآن، ومع ذلك، فقد بقي هامشي، حيث قامت الغرفة المدنية الأولى لمحكمة التعقيب بتقليص نطاقها تدريجياً. أولاً، قررت أنه ينبغي للقاضي أن يطبق القانون الفرنسي مباشرة للحكم على ملكية الحقوق المعنوية للمؤلف، دون الحاجة إلى تنفيذ قاعدة التنازع المذكورة أعلاه.² في القضية المعروضة عليها آنذاك، كان السؤال المطروح هو ما إذا كان بإمكان ورثة المخرج الأمريكي جون هيوستن، على أساس الحق في احترام سلامة العمل، معارضة التوزيع في فرنسا من نسخة ملونة من الفيلم بعنوان "غاية الأسفلت" "The Asphalt Jungle" مصورة بالأبيض والأسود. وأكدت القناة الفرنسية والمنتج

¹«La Cour de cassation a jugé que : «la Cour d'appel qui énonce que les compositeurs ci-dessus nommés ainsi que la société "Le Chant du Monde", leur cessionnaire, puisaient dans la législation de l'Union soviétique, pays d'origine des œuvres litigieuses, un droit privatif sur celles-ci, a décidé, à juste raison, que la protection civile contre les atteintes portées en France au droit dont ils avaient la jouissance devait être exercée par application de la loi française, qui ne distingue pas suivant le lieu de première publication ou représentation de l'œuvre, et spécialement de l'article 3 de la loi des 19-24 juillet 1793 ». Elle a ainsi opéré une distinction entre, d'une part, la jouissance ou l'existence du droit, soumise à la loi du pays d'origine – ou lexlocioriginis –, d'autre part, son exercice, soumis, quant à lui, à la loi du pays pour lequel la protection est demandée – ou lexlociprotectionis.

La Cour de cassation a affirmé, dans le prolongement de cette décision, qu'en cas d'atteinte alléguée aux droits d'auteur le juge français devait appliquer la loi « du ou des États sur le territoire desquels se sont produits les agissements délictueux » (1re Civ., 5 mars 2002, pourvoi no 99-20.755, Bull. 2002, I, no 75 ; 1re Civ., 30 janvier 2007, pourvoi no 03-12.354, Bull. 2007, I, no 44), ce qui, dans de nombreuses hypothèses, le conduit à faire application de la loi française pour apprécier la matérialité de cette atteinte et le préjudice en résultant », Arrêt dit Le Chant du monde ou Rideau de fer du 22 décembre 1959, 1re Civ., 22 décembre 1959, RCDIP 1960, p. 361, note F. Terré.

² 1re Civ., 28 mai 1991, pourvoi no 89-19.725, Bull. 1991, I, no 172.

الأمريكي أن هؤلاء الورثة لا يتمتعون بأي حقوق لا وراثية ولا معنوية، بموجب قانون الولايات المتحدة الذي ينص على أن المنتج السينمائي هو "مؤلف" العمل السمعي البصري المعني. لكن محكمة النقض قضت، بموجب الفقرة ٢ من المادة الأولى من القانون رقم ٦٤-٦٨٩ المؤرخ ٨ يوليو ١٩٦٤، بشأن تطبيق مبدأ المعاملة بالمثل في مسائل حماية حق المؤلف وحقوقه. القرار رقم ٥٧-٢٩٨ المؤرخ في ١١ مارس ١٩٥٧ فيما يتعلق منها بالملكية الفكرية سواء منها الأدبية أو الفنية، أنه "وفقاً لأول هذه النصوص، ... في فرنسا، لا يجوز التعدي على سلامة العمل الأدبي أو الفني، بغض النظر عن الدولة التي تم انجاز أو عرض العمل فيها لأول مرة؛ أن الشخص الذي هو المؤلف من خلال حقيقة اختراعه فقط يمنح الحقوق المعنوية التي أقرها لمصلحته النص الثاني من النصوص المذكورة أعلاه؛ أن هذه القواعد هي قوانين ملزمة". وهكذا فإن النصوص التي تمنح المؤلفين صلاحيات الحقوق المعنوية يتم وضعها كقواعد **Règles de Police**، مما يعيق تطبيق القانون الأجنبي.

ثانياً، حديثاً أدى ذلك إلى تحديد نطاق قاعدة النزاع التي سنتها اتفاقية برن Berne المؤرخة في ٩ سبتمبر ١٨٨٦ لحماية المصنفات الأدبية والفنية، والتي صدقت عليها حتى الآن ١٧٢ دولة، والتي تهدف إلى تطبيقها عندما يقدم النزاع عنصراً من أصل أجنبي^١.

وتنص المادة ٥ فقرة ٢ على ما يلي: "لا يخضع التمتع بهذه الحقوق وممارستها لأي إجراء شكلي؛ هذا التمتع والممارسة مستقلان عن وجود الحماية في بلد منشأ المصنف". وبناء على ذلك، وبغض النظر عن أحكام هذه الاتفاقية، فإن نطاق الحماية وكذلك سبل اللجوء المكفولة للمؤلف للحفاظ على حقوقه يجب أن تحكمها حصرياً تشريعات الدولة المطلوب فيها الحماية. ومع ذلك، انقسم الفقه حول نقطة معرفة ما إذا كان لقاعدة التعارض هذه تطبيق عام، وبالتالي تنطبق أيضاً على شروط الحماية، وبالتالي على تحديد المالك الأصلي لحقوق الطبع والنشر، فيما يتعلق بـ "ممارسة هذه الحقوق"، أو إذا كانت مقصورة على "نطاق الحماية" و "وسائل الطعن"، وهذا يعني التنفيذ الوحيد للحماية. وتحديد المالك الأصلي، من جانبه، يخضع لقواعد القانون الدولي للقانون العادي، بمعنى آخر لقانون بلد المنشأ.

قررت الغرفة المدنية الأولى بوضوح لصالح الأولى من هاتين الأطروحتين، وأكدت أن "تحديد المالك الأصلي لحقوق الطبع والنشر في عمل فكري يخضع لقاعدة تنازع القوانين التي تسنها المادة ٥، الفقرة ٢، من اتفاقية برن Berne، التي تحدد قانون البلد الذي تطلب الحماية فيه"^٢.

¹1re Civ., 10 février 1998, pourvoi no 95-19.030, Bull. 1998, I, no 51.

²1re Civ., 10 avril 2013, pourvoi no 11-12.508, Bull. 2013, I, no 68.

وبالتالي، عندما يقع النزاع المقدم إليه ضمن نطاق اتفاقية برن **Berne**، يجب على القاضي الفرنسي أن يطبق قانون الحماية، أي القانون الفرنسي في أغلب الأحيان، للحكم في مسألة وجود حقوق المؤلف وكذلك ممارستها.

ثالثاً، وأخيراً، اعتمدت محكمة النقض، في مجال الحقوق المجاورة، ليس النهج المختلط المنصوص عليه في حكم **Le Chant du monde** الخاص بحقوق التأليف والنشر، بل على العكس من ذلك، مفهوماً موحداً لهذه الحقوق. في الواقع، تناولت مسألة القانون المنطبق على تحديد صاحبها الأصلي، بعد حكم سابق كان قد طبق بالفعل القانون الفرنسي كقانون بلد الحماية.¹ قررت أن "قاعدة تنازع القوانين المنطبقة على تحديد المالك الأول لحقوق فنان الأداء تعين قانون البلد الذي تُطلب فيه الحماية".² في الأونة الأخيرة، وسعت هذا الحل إلى الملكية الأولية لحقوق منتج التسجيلات الصوتية.³ في هاتين الحالتين، دفعته قاعدة النزاع المنصوص عليها إلى الموافقة، من خلال استبدال الأسباب، على أن قضاة المحاكمة قد طبقوا القانون الفرنسي.

يبدو أن هناك حركة فقهية لصالح التطبيق الموسع للقانون الفرنسي، في النزاعات المعولمة المتعلقة بقانون الملكية الأدبية والفنية، وتساهم في هذا الصدد، في الحفاظ على قانون "إقليمي"، يتميز بقوة المفهوم الشخصي الموروث من عصر التنوير.

الفرع الثاني: تعيين القانون الوطني وحالات الإفلاس الدولية

في مادة الإفلاس الدولي، هناك علاقة وثيقة بين اختصاص القاضي الفرنسي وتعيين القانون الفرنسي. قاعدة النزاع التي يتم سنها عالمياً تقريباً هي قانون محكمة الإعسار (**lexforiconcursus**). اختيار القاضي يرقى إلى تعيين القانون المعمول به. الاعتراف بالاختصاص القضائي للقاضي الفرنسي يعني ضمناً تعيين القانون الفرنسي. ومن ثم، فإن المصلحة تتمثل في تحديد القاضي المختص، ومن ثم فإن تعيين القانون المنطبق على الإجراءات الجماعية سيكون من حيث المبدأ هو المنطبق دون أي مجال للشك. ومع ذلك، فإن الواقع في مثل هذه النزاعات يكون أكثر تعقيداً. في حين أن تعيين القانون الفرنسي مشروط باختصاص القاضي الفرنسي، وكذلك فإنه يقاس أيضاً بالتأثير الدولي للإجراءات المفتوحة في فرنسا.

فيتم تعيين القانون الفرنسي عندما يتم الاعتراف بالقاضي الفرنسي باعتباره مختصاً لبدء الإجراءات الجماعية بموجب قانون محكمة الاستئناف. هذه القاعدة عامة، وهي منصوص عليها أيضاً في اللائحتين الأوروبيتين بشأن إجراءات الإعسار

¹ 1re Civ., 9 décembre 2003, pourvoi no 01-10.264, Bull. 2003, I, no 248.

² 1re Civ., 19 juin 2013, pourvoi no 12-18.032, Bull. 2013, I, no 128.

³ 1re Civ., 18 février 2015, pourvoi no 11-11.054, Bull. 2015, I, no 43.

(REI) Procédures européennes d'insolvabilité: لائحة المجلس (CE) رقم ٢٠٠٠/١٣٤٦ بتاريخ ٢٩ مايو ٢٠٠٠، المادة ٤ ولائحة الاتحاد الأوروبي رقم ٨٤٨/٢٠١٥ من الاتحاد الأوروبي البرلمان والمجلس في ٢٠ مايو ٢٠١٥ فيما يتعلق بإجراءات الإعسار (المادة ٧ المطبقة اعتباراً من ٢٦ يونيو ٢٠١٧).

في حين أن تعيين القانون الفرنسي مطلوب بسبب فتح إجراء دولي للإفلاس في فرنسا، يتم قياس تأثيره لمراعاة القوانين الأخرى المعمول بها في نفس الوقت.

يعتمد وضع الدائن بالضرورة على قانون منشأ المطالبة وهو خارج عن سيطرة قانون المنافسة الفرنسي، وهو مطلوب فقط لتعيين شروط إعلان المطالبات. وبالتالي، إذا ثبت أن مصفي إجراء تم فتحه في الخارج بالتزامن مع الإجراء الفرنسي يمكنه أن يعلن، بشرط احترام القانون الفرنسي، المطالبات المقدمة بين يديه، ويجب تقييم سلطته للإعلان فيما يتعلق بقانون الإجراءات الأجنبية^١. وبالمثل، في سياق تطبيق اللائحة المذكورة أعلاه (CE) رقم ٢٠٠٠/١٣٤٦ والإفلاس الأوروبي، يكون إعلان الدين المقدم من شركة هولندية أمراً عادياً إذا كان يتوافق مع القانون الفرنسي المطبق على الإجراءات الجماعية. ومع ذلك، يجب أن يأتي هذا الإعلان من ممثل قانوني للشركة الدانئة الهولندية تطبيقاً لـ *Lex societatis*، أي قانون هولندا حيث يقع المكتب المسجل للشركة في هذا البلد. يشهد هذا الجمع بين قانون الشركة وقانون المنافسة الفرنسي على الصياغة اللازمة للقوانين المعمول بها في نفس الوقت^٢.

إن تعيين القانون الفرنسي كقانون للمنافسة يقاس حتماً بالنطاق الإقليمي أو بالإجراء المفتوح. إذا تم تأسيس مبدأ عالمية الإجراء^٣، فإن النطاق الخارجي للقرارات المتخذة في إطار إجراء الإفلاس الفرنسي يقاس بمقياس قبول الأوامر القانونية الأجنبية ذات الصلة.

إن الأثر الحقيقي للإجراء الفرنسي الذي يتعامل مع الإفلاس الدولي محدود، ويعتمد على الحصول على الإجازة في الدولة الأجنبية المطلوبة، وبالتالي تسمح الأخيرة بالاستيلاء على أصول المدين الموجودة في أراضيها. أي وسيلة للتنفيذ الجماعي تتطلب تطبيق قانون الدولة لموقع الممتلكات. وبالتالي فإن نظام الرهن العقاري المؤقت كتسجيله النهائي يمكن أن يعتمد فقط على قانون موقع المبنى. طبقت الغرفة التجارية لمحكمة النقض هذا المبدأ في قرارها الصادر في ١٢ مارس ٢٠١٣^٤، مع تحديد ذلك، بصرف

^١ الغرفة التجارية، ١٤ مايو ١٩٩٦، الاستئناف رقم ٩٤-١٨٦-١٦.

^٢ الغرفة التجارية، ١٥ ديسمبر ٢٠٠٩، الاستئناف رقم ٠٨-٩٤٩-١٤، Bull. 2009، IV، no 164، Com.، 22 يونيو ٢٠١٠، الاستئناف رقم ٠٩-٤٨١-٦٥، النشرة. ٢٠١٠، IV، رقم ١١٣.

^٣ الغرفة التجارية، ٢١ مارس ٢٠٠٦، الاستئناف رقم ٠٤-٨٦٩-١٧، المذكور أعلاه.

^٤ ١٢ مارس ٢٠١٣، الاستئناف رقم ١١-٧٤٨-٢٧.

النظر عن قانون المنافسة، في هذه الحالة القانون الإيطالي هو قانون موقع المبنى وعليه فالقانون الفرنسي، هو الذي ينظم الصعوبات الخاصة بالمنافسة والتصنيف في إجراءات ترتيب الدائنين.

إن الهيمنة التي توحى بها قاعدة التنازع *Lexforiconcursus* مضللة. لا يمكن إنكار أنه بمجرد أن يتمتع القاضي الفرنسي بالاختصاص القضائي، فإن القانون الفرنسي ينطبق بلا شك على الإجراءات الجماعية. وبالتالي فإن القضية تكمن في اختصاص القاضي الفرنسي في التعامل "محليا" مع حالات الإفلاس الدولية التي تؤثر على فرنسا أكثر من اختصاص القانون الفرنسي. ومع ذلك، في حين أن تطبيقه يبدو مهيمنا مسبقا، ففي الواقع، يتم قياس تأثير القانون الفرنسي فيما يتعلق بكل من الحقوق المعنية وإجراءات الإنفاذ اللازمة لتحقيق أصول المدين، لذلك يجب دمجها مع القوانين الأخرى المعمول بها في الدعاوى والحقوق المتعلقة بالإفلاس الدولي. ويلاحظ بوجه عام أنه من حكم إلى آخر، تضمن الغرفة التجارية لمحكمة النقض تعيينا مفيدا للقانون الفرنسي لضمان اتساق الإجراءات الجماعية المفتوحة في فرنسا ولكن ذات النطاق الدولي.

الفرع الثالث: تعيين القانون الوطني والعمالة الوافدة أو المستقدمة

واجهت محكمة التعقيب الفرنسية، ولا سيما الغرفة الاجتماعية، منذ سنوات عديدة حالة الموظفين الذين يمارسون وظائفهم في الخارج جزئيا أو كليا، سواء في ظل نظام التعيين أو الاعتراب. تبرز مسألة تطبيق القانون الفرنسي في كل من قانون العمل، وقانون الضمان الاجتماعي.

قد ينتج تطبيق القانون الفرنسي عن تنفيذ قواعد قانونية مختلفة، بشكل أساسي ولكن ليس حصريا، الناتجة عن اتفاقية روما¹ المؤرخة ١٩ يونيو ١٩٨٠ بشأن القانون

¹Notant bien que, pour la période postérieure à l'entrée en vigueur de la Convention de Rome précitée, l'on sait que, selon son article 6, a. 2 (article 8, a. 2 à 4 du règlement « Rome I »), à défaut de choix exercé conformément à l'article 3, le contrat de travail est régi :

« a.) par la loi du pays où le travailleur, en exécution du contrat, accomplit habituellement son travail, même s'il est détaché à titre temporaire dans un autre pays ;

ou

b) si le travailleur n'accomplit pas habituellement son travail dans un même pays, par la loi du pays où se trouve l'établissement qui a embauché le travailleur ; à moins qu'il ne résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat de travail présente des liens plus étroits avec un autre pays, auquel cas la loi de cet autre pays est applicable».

المطبق على الالتزامات التعاقدية، والتي حلت محلها اللائحة (CE) رقم ٢٠٠٨/٥٩٣ من البرلمان الأوروبي والمجلس الأوروبي في ١٧ حزيران / يونيه ٢٠٠٨ بشأن القانون المنطبق على الالتزامات التعاقدية المعروفة باسم "روما ١"، ودخل حيز النفاذ في ١٧ كانون الأول / ديسمبر ٢٠٠٩.

وتجدر الإشارة إلى أن الأحكام الإلزامية للقانون الفرنسي لا تشمل فقط بعض أحكام قانون العمل، ولكن أيضا أحكام بعض اتفاقيات منظمة العمل الدولية. وهكذا، ألغت الغرفة الاجتماعية لمحكمة النقض حكما صادرا عن محكمة الاستئناف، والذي ينص على فصل موظف من طلباته بعد إنهاء عقد عمله، بأنه لا يوجد حكم للنظام العام في القانون الفرنسي يحظر، في وقت هذا الإنهاء، فترة تجريبية مدتها عام واحد وبالتالي لا يمكن للموظف أن يطلب تطبيق أي حكم إلزامي من القانون الفرنسي يمكن أن يحل محل القانون الأيرلندي بشأن هذه النقطة التي يخضع لها عقد العمل، في حين أن محكمة الاستئناف وجدت أنه، طوال مدة العلاقة التعاقدية، تم تنفيذ عقد العمل في فرنسا وأن أحكام المادة ٢ من الاتفاقية رقم ١٥٨ المعتمدة في ٢٢ يونيو ١٩٨٢ لمنظمة العمل الدولية OIT تشكل إلزامية الأحكام، لفترة تجريبية غير معقولة مدتها بما في ذلك التجديد تصل إلى سنة.^١

يمكن أن تؤدي نظرية التوظيف المشترك أيضا، عند الاقتضاء، إلى تطبيق القانون الفرنسي عندما يظل الموظف، على الرغم من إعارته لشركة تابعة أجنبية أو مغتربا، خاضعا لشركة فرنسية. وهكذا، رفضت الغرفة الاجتماعية لمحكمة النقض الاستئناف ضد حكم صادر عن محكمة الاستئناف، بعد أن لاحظت أنه على الرغم من إعارتها لشركة إسبانية كانت ملزمة بها بموجب عقد عمل، إلا أن عقد عمل الموظفة ظل خاضعا للقانون الفرنسي حتى استنتجت التبعية الفعلية للشركة الفرنسية، التي تولت أيضا مسؤولية أجرها. ان خرق العقد بين الموظف والشركة التي يحكمها القانون الفرنسي يظل خاضعا للقانون الفرنسي، بغض النظر عن القانون المعمول به في العلاقات مع الشركة الخاضعة للقانون الإسباني.^٢

وتجدر الإشارة، مع ذلك، إلى أن مسألة العمل المشترك يحكمها القانون المطبق على عقد العمل للموظف مع صاحب العمل المباشر.^٣ والتي يمكن أن تؤدي إلى تقييم

¹ 26 mars 2013, pourvoi no 11-25.580, Bull. 2013, V, no 82.

² 25 octobre 2011, pourvoi no 09-43.536.

³ Soc., 8 février 2012, pourvoi no 10-28.537, Bull. 2012, V, no 63 ; Soc., 21 mai 2014, pourvoi no 13-11.694.

جودة صاحب العمل المشترك الذي يتم إجراؤه في تطبيق القانون الأجنبي إذا كان الأخير على علم بهذا المفهوم.¹

وأما فيما يتعلق بقانون الضمان الاجتماعي داخل الاتحاد الأوروبي، فينطوي مبدأ حرية تنقل العمال على تنفيذ قواعد التنسيق، التي يتم فرضها على الدول الأعضاء وفقا لأسبقية قانون الاتحاد الأوروبي في التسلسل الهرمي للمعايير.

تم تحديد مبادئ تفرد التشريعات المعمول بها وربط العامل بتشريعات دولة العمل بموجب المادة ١٣ فقرة ١ و ٢ من اللائحة الجماعة الاقتصادية الأوروبية رقم ٧١/١٤٠٨ الصادرة عن مجلس ١٤ يونيو ١٩٧١. المتعلقة بتطبيق قانون الضمان الاجتماعي على العمال بأجر وأسرهم الذين ينتقلون داخل المجتمع، والتي خلفتها اللائحة CE رقم ٢٠٠٤/٨٨٣ للبرلمان الأوروبي والمجلس المؤرخ ٢٩ أبريل ٢٠٠٤ بشأن تنسيق أنظمة الضمان الاجتماعي.

كما أشارت محكمة العدل التابعة للاتحاد الأوروبي الى أن أحكام الباب الثاني "تحديد التشريع المطبق" من اللائحة رقم ٧١/١٤٠٨ تشكل نظاما كاملا وموحدا لقواعد تنازع القوانين التي تهدف إلى إخضاع العمال الذين ينتقلون داخل الاتحاد إلى نظام الضمان الاجتماعي لدولة عضو واحدة، بحيث يتم تجنب تراكم التشريعات الوطنية المعمول بها والمضاعفات التي قد تنجم عنها.^٢ والهدف من قواعد التنسيق هذه هو ضمان استمرارية تغطية العامل من خلال نظام الحماية الاجتماعية.^٣ والغاية من هذا التنسيق هذه هو تجنب الانتماء المزدوج مع ضمان استمرارية تغطية العامل من خلال نظام الحماية الاجتماعية.

¹ Droit de l'État de New York, Soc., 8 février 2012.

² (CE) no 883/2004 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004.

³ La Cour de justice de l'Union européenne l'a rappelé, les dispositions du titre II « Détermination de la législation applicable » du règlement no 1408/71 constituent un système complet et uniforme de règles de conflits de loi dont le but est de soumettre les travailleurs qui se déplacent à l'intérieur de l'Union au régime de la sécurité sociale d'un seul État membre, de sorte que les cumuls de législations nationales applicables et les complications qui peuvent en résulter soient évités (CJUE, arrêt du 4 octobre 2012, Format Urządzenia i MontażPrzemysłowe, C-115/11).

المطلب الثاني

تطبيق القانون الوطني بناء على حالة الضرورة

يسمح قانون النظام Loi de Police باستبعاد اللعبة العادية لقاعدة النزاع. عند ضبط نزاع بين أطراف مقيمة في الخارج، أو عقد مبرم أو تم تنفيذه أو فعل مرتكب في الخارج، يستبعد القاضي الفرنسي تنفيذ المعايير التي حددتها قاعدة النزاع لتطبيق قانون النظام Loi de Police الفرنسي المفروض عليه. بعبارة أخرى، يتم تأهيل قانون Police قبل تطبيق معايير قاعدة النزاع التي تجعلها غير ذات صلة.

الفرع الأول: مفهوم قانون النظام

لقد ظهرت عبارة "قانون النظام Loi de Police" في المادة ٣ من القانون المدني الفرنسي: "تُلزم قوانين النظام والأمن كل من يسكن على الإقليم"، فإن هذا النص لا يعطي تعريفاً. إنها يقتصر على تأكيد الطابع الحتمي لهذه القوانين دون وضع أي معيار يسمح بتعريفها. ومع ذلك، فمن النادر جداً أن يتم منح هذا التأهيل مباشرة من قبل المشرع.

ان المقصود بقواعد النظام Loi de Police القواعد ذات التطبيق المباشر أو الفوري أو الضروري. ولقد جاءت هذه الفكرة من خلال وضعية بعض القواعد القانونية التي يرى المشرع في كل دولة أنها تمس الأمن الاجتماعي والاقتصادي للدولة، ومن ثم لا يمكن استبعادها وتطبيق قواعد أجنبية بأي حال من الأحوال، سواء تضمنت العلاقة عنصرًا أجنبيًا أو كانت وطنية صرفًا، فتطبق تلك القواعد تطبيقًا إقليميًا على كل الوطنيين والأجانب المقيمين على إقليم دولة القاضي، وبالتالي تفلت هذه القواعد سواء من مجال قانون الإرادة أو من مجال تنازع القوانين، وذلك على أساس أنها تتعلق بمصالح أساسية اقتصادية واجتماعية تتميز بقدر من الأهمية، ويطلق عليها أيضًا قوانين البوليس والأمن، وتشمل عادة الأحكام التنظيمية الخاصة بعقود العمل والضمان العام ونظم التأمين وقوانين الصرف وجوانب من عقود الإيجار والنقل، وغيرها من المسائل التي تمس تنظيم الدولة وكيانها الاجتماعي والاقتصادي حتى ولو لم تكن من موضوعات القانون العام وفيما يلي عرض لبعض تعريفات القواعد ذات التطبيق المباشر أو الضروري: فقد تم تعريفها على أنها " القوانين التي تطبق مباشرة على العلاقة موضوع النزاع بدون واسطة قاعدة التنازع التقليدية" وتعرّف أيضا بأنها القواعد التي يتعين مراعاتها من أجل حماية التنظيم السياسي والاجتماعي والاقتصادي للدولة وتعرف أيضا على أنها "يقصد بالقوانين ذات التطبيق الفوري مجموعة القواعد الموضوعية القائمة داخل النظام القانوني الوطني والبالغة الأهمية في الدولة إلى حد كبير يحول دون دخوله أية منافسة مع القوانين الأجنبية، ويتعين تطبيقها بصورة مباشرة. في هذه المرحلة، يجب

أن نتذكر أن مفهوم قانون النظام *Loi de Police* يختلف عن مفهوم قانون النظام العام *L'ordre public*.

فهما لا يحملان نفس المعنى ولا الوظيفة نفسها في القانون المحلي والقانون الدولي الخاص: في القانون المحلي، قوانين النظام العام هي تلك التي لا تدعم الاتفاقيات المخالفة¹. هذه هي القاعدة المنصوص عليها في المادة ٦ من القانون المدني التي تحظر أي انتقاص، بموجب اتفاقيات خاصة، من قوانين النظام العام. أما في القانون الدولي الخاص، في مجال تنازع القوانين فإن استثناء النظام العام هو أسلوب وتقنية لاستبعاد قانون أجنبي يعتبر غير متوافق مع النظام القانوني للدولة. وعلى سبيل المثال، إذا انعقد زواج ثاني لشخص معدد، في فرنسا وكان عقد زواجه متوافقا مع القانون الأجنبي، فإن النظام العام الفرنسي سيعارض تطبيق هذا القانون، وسيعلن القاضي بطلان الزواج الثاني وفقا للقانون الفرنسي². بناء على أن القانون الفرنسي يمنع تعدد الزوجات مع أنه لا يمنع تعدد الخيلات. فقانون تعدد الزوجات الذي تنص عليه تشريعات الدول العربية مثل المملكة العربية السعودية ومصر والمغرب... لن يقع تطبيقه في فرنسا باعتباره قانونا أجنبيا واجب التطبيق على النزاع. بل سيتم الاعتراض عليه في أقرب بلد يحمل نفس الهوية العربية الإسلامية مثل تونس.

لا يوجد مصادفة ضرورية بين مجالات النظام العام الداخلي والدولي. مثال يوضح ذلك: الأحكام المتعلقة بوضع الأشخاص وأهليتهم تكون دائما إلزامية في القانون المحلي. ومع ذلك، فإن ربط الأحوال الشخصية بالقانون الوطني له نتائج كثيرة جدا في تطبيق القوانين الأجنبية في هذا الشأن³.

إن مفهوم النظام العام -الذي سنتعرض له لاحقا في الواقع يختلف تماما عن مفهوم قوانين النظام العام⁴ *Loi de Police* وهذا لسببين: أولا: فإن قاعدة النظام العام الداخلي ليست بالضرورة قانونا إلزاميا، كما يتضح من مثال القانون الذي ينظم وضع الأشخاص المذكورين أعلاه. وثانيا، فإن الاعتراف بقانون إلزامي يؤدي إلى تطبيق هذا القانون الإلزامي باعتباره قانونا مختصا في العادة، والقانون الذي تحدده قاعدة النزاع العادية لا يتمتع بهذا الاختصاص لأن قاعدة تنازع حتى يتم استبعادها، باعتبارها غير

¹ Y. Loussouarn, P. Bourel, P. de Vareilles-Sommières, Droit international privé, Dalloz, 10th éd., 2013, no. 378.

² P Mayer and V. Heuzé, Droit international privé, Montchrestien, 11th éd., 2014, no 204.

³ Y. Loussouarn, P. Bourel, P. de Vareilles-Sommières, op. Cit., no 378.

⁴ Y. Loussouarn, P. Bourel, P. de Vareilles-Sommières, op. Cit., no 378.

ذات صلة بالقضية الحالية، بموجب قانون النظام Loi de Police الذي ينتقص منها فيجب استخدام استثناء النظام العام الدولي لاستبعاد تطبيقها.^١

يتضح مما سبق أن تحديد قانون النظام Loi de Police أمر بالغ الحساسية. ولقد انكب الفقه على تحديد المفهوم، وخاصة Phocion Francescakis الذي حاول في أواخر الخمسينيات من القرن الماضي رسم الخطوط العريضة لما أسماه أيضا قانون التطبيق الفوري. وقدم تعريفا بناء على محتواه: "القوانين التي يكون تطبيقها ضروريا لحماية التنظيم السياسي أو الاجتماعي أو الاقتصادي للبلاد".^٢ هذا التعريف، الذي اعتبره الكثيرون أضيق من أن يستبعد، من خلال صياغته القوانين التي تحمي طرفا يفترض أنه ضعيف "المستهلك على سبيل المثال"، مع ذلك ألهم إلى حد كبير قاضي المجتمع. وهكذا، فإن محكمة العدل التابعة للاتحاد الأوروبي التي كانت تسمى آنذاك محكمة العدل للجماعات الأوروبية، تمت الاستعانة بها بالإحالة للحصول على حكم أولي من محكمة بلجيكية، في سياق الإجراءات الجنائية المرفوعة ضد الشركات التي يحكمها القانون الفرنسي ومديرها التي قامت بتشغيل عمال في موقع إنشاءات صناعية في بلجيكا لعدم امتثالها لبعض أحكام التشريع البلجيكي بشأن التوظيف وأجور العمال، والتي تندرج تحت فئة قوانين النظام والأمن Loi de Police et de sûreté، نظرا لطبيعتها الحمائية للعمال.

تم التساؤل حول مدى توافق هذه الأحكام الوطنية مع قواعد المعاهدة بشأن حرية تقديم الخدمات؛ بموجب حكم صادر في ٢٣ تشرين الثاني / نوفمبر ١٩٩٩، أوضحت على النحو التالي المعنى الذي يجب أن يُعطى لـ "قوانين النظام والأمن Loi de Police et de sûreté". ينبغي فهم هذا التعبير على أنه يشير إلى الأحكام الوطنية التي يُعتبر مراعاتها حاسمة لحماية الحقوق السياسية أو الاجتماعية أو الاقتصادية من طرف الدولة العضو المعنية، إلى درجة المطالبة باحترامها من قبل أي شخص في الإقليم الوطني لتلك الدولة العضو أو أي علاقة قانونية موجودة فيها.^٣ يمكن العثور على نهج مماثل في حكم محكمة العدل الصادر في ٩ نوفمبر ٢٠٠٠.^٤

تمشيا مع قانون السوابق القضائية فان لائحة الاتحاد الأوروبي (CE) رقم ٢٠٠٨/٥٩٣ للبرلمان الأوروبي ولجلسته بتاريخ ١٧ يونيو ٢٠٠٨ بشأن القانون الساري على الالتزامات التعاقدية المعروفة باسم لائحة "روما ١" كخلف لاتفاقية "روما" تهتم بتعريف مفهوم قانون النظام Loi de Police قبل تحديد آثاره على المحكمة المرفوعة

¹ Y. Lousouarn, P. Bourel, P. de Vareilles-Sommières, ibid.

² Rev. Crit. DIP 1974, 30, p. 275.

³ CJCE, arrêt du 23 novembre 1999, Arbalde, C-369/96 et C-376/96.

⁴ CJUE, arrêt du 9 novembre 2000, Ingmar/GB, C-381/98.

وفقا للتمييز التقليدي بين قانون النظام الخاص بالمحكمة وقانون النظام الأجنبي. وبالتالي، بموجب أحكام المادة ٩، الفقرة ١، "القانون الإلزامي هو حكم إلزامي، يعتبر الامتثال له أمرا حاسما من قبل الدولة لحماية مصالحها العامة مثل تنظيمها السياسي أو الاجتماعي أو الاقتصادي، الى درجة طلب تطبيقها على أي حالة تقع ضمن نطاقها، بغض النظر عن القانون المطبق على العقد وفقا للوائح".

ومع ذلك، لا يزال من الصعب تحديد الفكرة، لدرجة أن Phocion Francescakis نفسه اعترف بأنه تميز بعدم دقة "خلفية".^١ في الواقع، كما لاحظ Yvon Loussouarn بحق أنه لا يوجد فرق في الطبيعة بين قوانين النظام Police والقوانين الأخرى. ففي الدول الحديثة، يمكننا القول إن جميع القوانين تميل إلى ضمان المصالح الاقتصادية أو الاجتماعية فعليا. وفي الواقع هناك فرق بسيط في الدرجة بين قوانين النظام وغيرها، مما يجعل الانقسام أكثر صعوبة مع مسألة الدرجة والتدبير. حيث لا يمكن أن ينتج تأهيل قانون النظام إلا من خلال فحص ملموس لكل حكم تشريعي.^٢

الفرع الثاني: تحديد قانون النظام Loi de Police من قبل القاضي

هذا الفحص، الذي أصبح ضروريا من خلال حقيقة تم الإشارة إليها بالفعل، في كثير من الأحيان، وهي أن المشرع لا يحدد ما إذا كان القانون الذي يسنه قانونا إلزاميا، فالأمر موكول الى القاضي، الذي يقرر على أساسها حالة بحالة وقرار بقرار. لا توفر القرارات الصادرة دائما العناصر التي تجعل من الممكن الاحتفاظ أو استبعاد التكييف لقانون النظام Loi de Police. حيث نجد أن بعض القرارات تنص ببساطة على أنه قانون النظام أم لا دون الدخول في عملية التكييف والاحالة. فهو مطبق بصفة آلية.

هذا هو الحال مع حكم الغرفة المدنية الأولى الصادر في ٢٨ مايو ١٩٩١، والذي يؤكد أن القواعد التي تحمي الحق المعنوي للمؤلف في احترام سلامة عمله الفني أو الأدبي الناتج عن المواد ١ الفقرة ٢ من القانون رقم ٦٤-٦٨٩ المؤرخ في ٨ يوليو ١٩٦٤ و٦ من قانون ١١ مارس ١٩٥٧ "قوانين واجبة التطبيق"^٣، أو القانون الصادر في ١٩ أكتوبر ١٩٩٩ والذي ينص على ما يلي: "ولكن منذ ... كان القانون الفرنسي بشأن الائتمان الاستهلاكي الصادر في ١٠ يناير ١٩٧٨ إلزاميا للتطبيق أمام القاضي

¹Phocion Francescakis, Rev. crit. DIP 1966, p. 6.

² Cours général de droit international privé, Rec. Acad. La Haye, 1973, II, p. 328-329), cité par P. Mayer et V. Heuzé (Droit international privé, Montchrestien, 11e éd., 2014, no 125) qui qualifient « ces remarques [de] pertinentes ».

³ 1re Civ., 28 mai 1991, pourvoi no 89-19.725, Bull. 1991, I, no 172.

الفرنسي"^١، أو قرار الغرفة التجارية الصادر في ٢٨ نوفمبر ٢٠٠٠ بالشروط التالية: "ولكن بالنظر إلى أن قانون ٢٥ يونيو ١٩٩١ المتعلق بالعلاقة بين الوكلاء التجاريين ومديريهم، المقننة في المواد L.134-1 وما يليها. من القانون التجاري، قانون حماية النظام العام الداخلي L'ordre public interne، ... ليس قانون نظام مطبقا في النظام الدولي"^٢.

يشير آخرون، ولا سيما في الحالات الخاضعة لقانون المجتمع، إلى التعريف الوارد فيما يسمى لائحة "روما"^١. هذا هو الحال بالنسبة للغرفة التجارية التي استبعدت بالتالي تطبيق القانون في هذه الشروط: ضد المرسل والمتلقي كضامنين لدفع ثمن النقل ليس قانونا يكون التقيد به ضروريا لحماية التنظيم السياسي والاجتماعي والاقتصادي للبلد إلى درجة تحكم الوضع بشكل حتمي مهما كان القانون المعمول به وتكوين قانون النظام Loi de Police.^٣ وللغرفة المختلطة: "فيما يتعلق ببناء مبنى في فرنسا، فإن قانون ٣١ ديسمبر ١٩٧٥ المتعلق بالتعاقد بالنيابة، في أحكامه الحمائية للمقاول، هو قانون النظام Loi de Police بالمعنى المقصود في الأحكام المجمعة من المادة ٣ من القانون المدني والمادتين ٣ و٧ من اتفاقية روما المؤرخة في ١٩ يونيو ١٩٨٠ بشأن القانون القابل للتطبيق على الالتزامات التعاقدية"^٤.

وحديثا فان الغرفة المدنية الأولى قضت بأن المتطلبات الشكلية المنصوص عليها في المادتين L.341-1 و L.341-3 من قانون المستهلك، والتي تم التأكيد على أنها مقررة من أجل حماية الشخص الضامن، "... ليست قوانين يلزم مراعاتها لحماية التنظيم السياسي والاجتماعي والاقتصادي للبلد إلى درجة تحكم الوضع بشكل إلزامي، بغض النظر عن القانون المعمول به، وتكوين قانون النظام"^٥.

في حين أن البعض الآخر يرجع بالنظر الى غاية المشرع، وهذا هو الحال في حكم صدر في ١٤ كانون الثاني (يناير) ٢٠٠٤: "في حين أن ... يشكل قانون نظام Loi de Police بالمعنى المقصود في المادة ٧-٢ من اتفاقية روما المؤرخة ١٩ يونيو ١٩٨٠ القابلة للتطبيق، فإن المادة ١٠ من القانون الفرنسي الصادر في ٣ كانون الثاني (يناير) ١٩٦٧، الذي ينص على شكل الأعمال المتعلقة بملكية السفن الفرنسية، وصياغة

¹ 1re Civ., 19 octobre 1999, pourvoi no 97-17.650, Bull. 1999, I, no 281.

² Com., 28 novembre 2000, pourvoi no 98-11.335, Bull. 2000, IV, no 183, Rapport 2000, p. 367.

³ Com., 13 juillet 2010, pourvoi no 10-12.154, Bull. 2010, IV, no 131.

⁴ Ch. mixte, 30 novembre 2007, pourvoi no 06-14.006, Bull. 2007, Ch. mixte, no 12, Rapport 2007, p. 481.

⁵ 1re Civ., 16 septembre 2015, pourvoi no 14-10.373, Bull. 2015, I, no 209.

كتابة تتضمن التفاصيل التي تحدد الأطراف والسفينة، لأن هذا المطلوب له شروط يجب أن تضمن باللوائح، لأسباب حتمية للمصلحة العامة، وجود رقابة أمنية على السفن المسلحة للتجارة أو المتعة، مما يمنحهم الحق في رفع العلم الفرنسي مع المزايا المرفقة به، والاضطرار إلى إعطاء المقاول المشارك جميع المعلومات عن إضفاء الطابع الفردي وخصائص السفينة¹. ولكن بالنظر إلى أن التشريع الفرنسي المتعلق بالتعويض يؤسس ضحايا الجريمة من قبل لجان تعويض ضحايا الجريمة (CIVI) الحق في التعويض عن الضرر الناجم عن جريمة ارتكبت في الخارج؛ أن الغرض من هذا القانون هو ضمان التعويض على أساس التضامن الوطني، عن طريق نظام يضمن الخطر الاجتماعي للانحراف، يعهد إلى محكمة مدنية متخصصة، مع عدم التقيد بقاعدة تطبيق قانون مكان الجريمة²؛ أن لها بالتالي طابع القانون التنفيذي الضروري الذي يستبعد أي إشارة إلى القانون الأجنبي؛ حول هذا السؤال، انظر أعلاه، الفقرة ٢ وأيضاً في الحكم الصادر في ١٠ أكتوبر ٢٠١٢، في قضية قدم فيها مواطن بلجيكي، قدم طلب تركة والديه المتوفين في بلجيكا إلى محكمة فرنسية استحقاق مبنى يقع في فرنسا: "ولكن نظراً لأن ... محكمة الاستئناف رأت بحق أن القواعد المتعلقة بالتخصيص التفضيلي تكون بسبب وجهتها الاقتصادية والاجتماعية، قوانين النظام Loi de Police وهي التي تحدد تطبيق قانون موقع العقار"³.

ما يمكن الإشارة إليه في هذا المستوى هو أن هذه القرارات تشهد على أهمية البحث القانوني في الغرض والأسباب، من أجل فاعلية القانون والبحث عن وجوبية حكم هذا القانون لهذا الإشكال.

الفرع الثالث: مجال تطبيق قانون النظام Loi de Police

يرتبط تحديد قانون النظام ارتباطاً وثيقاً بتحديد نطاقه. ومن المسلم به أن عملية التكيف تحدث في المرحلة الأولى من التفكير: فقط بعد فحص ما إذا كان القانون أو بعض أحكامه تفي بالشروط المطلوبة لتأهيله كقانون نظام Loi de Police حيث يكون ذلك مناسباً في هذه الحالة لمعرفة ما إذا كان الوضع المتنازع عليه يندرج ضمن أحكام القانون أو الأحكام المؤهلة لذلك.

سيكون عكس المنطق للبدء من مجال تطبيقه في الفضاء الذي يحدده المشرع أحياناً، لاستنتاج وجود قانون إلزامي. ومع ذلك، فإن توصيف قانون النظام يتم على وجه الخصوص، فيما يتعلق بدرجة الضرورة المطلوبة لتحقيق الأهداف التشريعية المنشودة.

¹ Com., 14 janvier 2004, pourvoi no 00-17.978, Bull. 2004, IV, no 9), d'un arrêt du 3 juin 2004.

² 2e Civ., 3 juin 2004, pourvoi no 02-12.989, Bull. 2004, II, no 265.

³ 1re Civ., 10 octobre 2012, pourvoi no 11-18.345, Bull. 2012, I, no 194.

لذلك يتطلب تكيفه تقييم الحاجة لتطبيقه "التوسعي". وبالمقابل، يتم استنتاج مجال التطبيق في مجال قانون النظام بمجرد الحصول على الغرض الحتمي المسند إليه: أي قانون نظام له مجال تطبيق ضروري يُستخلص من "الهدف الذي يسعى إليه؛ يجب أن يطبق القاضي مثل هذه القوانين بمجرد تحقيق الهدف الذي يسعى إليه، حتى لو لم تعينها قاعدة النزاع: فهي قواعد تطبيق ضرورية؛ فمن الضروري تحديد الحالات التي يكون فيها تطبيقه ضروريا لتحقيق الهدف المنشود^١. فهذه العلاقة الضيقة بين التكيف وتحديد النطاق الجغرافي لقانون النظام تبين أن أهمية المعيار "المعيار المتصل الذي يؤدي إلى تطبيق قانون إلزامي" هو أفضل اختبار لصحة التكيف. وعليه يجب أن يكون هذا المعيار في انسجام تام مع الهدف الذي يسعى إليه قانون النظام^٢.

قررت الغرفة المختلطة، في الحكم سالف الذكر الصادر في ٣٠ نوفمبر ٢٠٠٧، أن الأحكام الحمائية للمقاول بالوكالة الواردة في قانون ٣١ ديسمبر ١٩٧٥ كانت لها طبيعة قانون النظام عندما كان الأمر يتعلق ببناء مبنى يقع في فرنسا. من خلال تطبيق هذا المنطق، قامت الغرفة التجارية بلوم محكمة الاستئناف لتطبيقها نفس القانون دون وصف وجود ارتباط للعملية بفرنسا فيما يتعلق بهدف حماية المقاولين بالوكالة الذي يسعى إليه النص المذكور أعلاه^٣. وحديثا أثبتت محكمة الاستئناف أنه في حالة عدم وجود أي معيار آخر للارتباط بفرنسا، مثل مكان إنشاء المبنى، وأيضا مكان تنفيذ الخدمة أو الوجهة النهائية للمنتجات المتعاقد عليها بالوكالة، والتي ترتبط جميعها بإيطاليا فشرط العلاقة أو الارتباط بفرنسا مطلوب ليكون وفقا للمادة ٧ من اتفاقية روما المؤرخة ١٩ يونيو ١٩٨٠، بالتطبيق الفوري على الصفقة المتنازع عليها لأحكام المادة ١٣-١ من قانون ٣١ ديسمبر ١٩٧٥، وللأسباب نفسها، لم يتم الوفاء بالمادة ١٢ من نفس القانون^٤. وتجدر الإشارة إلى أنه في حالات النزاعات التي يوجد فيها عنصر أجنبي في الاتحاد الأوروبي، فإن التكيف، وخاصة تطبيق قانون النظام، يخضع للامتنثال لمطالبات المعاهدة المتعلقة بالحريات الكبيرة التي تحكم السوق الداخلي. ويترتب على ذلك أنه عندما يكون تطبيق قانون النظام عرضة لتشكيل عقبة أمام التجارة التي تحكمها المعاهدة، لا يُسمح بتطبيقها إلا إذا كانت العقبة مبررة بالسعي لتحقيق هدف المصلحة العامة، المعترف به من قبل المعاهدة أو التي تم تحديدها من خلال الاجتهاد القضائي لمحكمة العدل، وهذا ليس هو الحال دائما بالنسبة للأهداف التي يسعى إليها قانون النظام. يجب أن

¹ Y. Lousouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, Dalloz, 10e éd., 2013, p. 89 et p. 91.

² M.-L. Niboyet, Gazette du Palais, 22 mars 2008, no 82, p. 34.

³ Com., 27 avril 2011, no 09-13.524, Bull. 2011, IV, no 60.

⁴ Com., 20 avril 2017, no 15-16.922, publié au Bulletin.

تكون هذه العقبة أيضا متناسبة، مما يعني أنه لا يوجد تدبير أقل تقييدا لتحقيق هذا الهدف، حيث يمكن أيضا متابعة هذا الهدف من خلال التشريعات الأجنبية المنافسة لتشريعات دولة عضو أخرى، والتي قد تشكل أيضا، في هذا البلد، قانون النظام. بحيث، في هذه الحالة، يفترض فحص التناسب الذي يخضع له قانون النظام بإجراء مقارنة بين محتوى هذين القانونين، حيث قد تؤدي النتيجة إلى شل دوره في حالة أن القانون الأجنبي سيقدم مستوى كافيا من الضمان للهدف المشترك، يعادل أو أعلى من ذلك المنصوص عليه في قانون النظام. وبالتالي فإن قابلية تطبيق قوانين النظام لها حد وظيفي "مزدوج": ليس فقط أنها لا تهدف إلى التطبيق خارج النطاق الذي تحدده الوظيفة المخصصة لها، ولكن بالإضافة إلى ذلك يجب مقارنة هذه الوظيفة بالأهداف التي يسعى إليها الآخرون في الأنظمة القانونية الوطنية (تلك الخاصة بالدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي)، من أجل ضمان أن يظل تطبيقها من وجهة نظر وظيفية بحتة مبررا ومتناسبا. يعتمد الاتساق في تنفيذ السياسة التشريعية لبلد النظام على ذلك. ولذلك تفرض هذه الآلية حركة مزدوجة على القاضي: بعد التركيز على قانونه (قانون المحكمة)، من أجل تأهيله كقانون نظام وتحديد مجال تطبيقه فيما يتعلق بنهائيته من خلال توسيع نظرته إلى القوانين الأجنبية من أجل تقييم العواقب التي قد تنجم عن التطبيق الواسع لقانون المحكمة في النزاع.

ففي عملية التكييف هذه وتحديد القانون وتطبيقه، قد يميل القاضي الوطني إلى الاحتفاظ بتكييف قانون النظام الخاص. يتمتع هذا التكييف بميزة لا يمكن إنكارها تتمثل في تبسيط مهمته ليس فقط من خلال جعل البحث من حيث المبدأ غير ضروري عن القانون المعمول به من خلال استشارة قاعدة تنازع القوانين ذات الصلة، والتي تؤدي إلى الاقتصاد في التفكير، ولكن أيضا من خلال تعزيز تطبيق قانون النظام، والذي من الواضح أنه معروف للقاضي أكثر من القانون الأجنبي. ومع ذلك، يجب أن يضع في اعتباره أن قانون النظام ينتقص من التطبيق الأساسي لقواعد النزاع. لذلك لا يمكن أن يتدخل إلا كاستثناء، مما يعمل لصالح تفسير ضيق ومقيد للمفهوم.

يمكننا الاستشهاد في هذا السياق بما ذهب إليه بعض الفقهاء مثل Gaudemet-Tallon.H: "تعكس قوانين النظام سيطرة خاصة للدولة على علاقات القانون الخاص ومن المؤكد أن هذه القبضة مهمة. هذه الظاهرة مشروعة: غالبا ما تكون الأهداف المنشودة لها ما يبررها تماما. ببساطة، تجدر الإشارة إلى أنه، بشكل عام، لصالح تطبيق قانون النظام، فإن القوانين الغالبة ليست دائما موالية للتناغم الدولي للحلول. في حين أنها تضمن بشكل عام تحقيق العدالة المادية بشكل صحيح. من ناحية أخرى، فهي أقل ملاءمة لتحقيق العدالة المتضاربة (باستثناء حالات الانفتاح على قوانين النظام الأجنبية). لذلك سيكون من المستحسن، في القانون الدولي الخاص، عدم توسيع

هذه الفئة إلى ما هو أبعد مما هو أساسي حقا^١. كذلك Françoise Monéger: ترى أنه "يجب أن تظل فئة قواعد النظام ضيقة جدا. من شأن تمديد القوانين السائدة أن يؤدي إلى تطبيق إمبريالي لقانون النظام ويثير تساؤلات حول نظام تسوية تنازع القوانين".^٢ وكذلك أيضا Y.Loussouarn يقول أنه "عنصر مقلق في تنسيق علاقات النظم القانونية. ولذلك فهي تشكل شرا لا بد منه، ولا ينبغي تشجيع تدميره".^٣ وأخيرا نجد الثنائي Wilfried Boyault et Sophie Lemaire: "نظرا لأن طريقة قانون النظام استثنائية فيجب أن يظل استخدامها محدودا. بشكل ملموس لا يمكن استخدام التكيف إلا بشكل استثنائي للأهداف المحددة للقاعدة التي تم فحصها".^٤

يجب مقارنة هذا المفهوم المقيد للقواعد الإلزامية السائدة بقاعدة التكيف التي حددها مؤلفون معينون، والتي بموجبها "الشك في وجود قانون نظام مهيم يفيد قاعدة النزاع... في غياب السلطة. إثبات الصلة التي لا جدال فيها بين القانون المعني والمصالح العامة التي تدعمها الدولة. فالقانون لا يمكن أن يحصل على النطاق المكاني المميز الخاص بهذه الفئة من الأحكام الممنوحة بتعزيز دولي".^٥ يتم تقديم هذه القاعدة كتوضيح للآلية العامة للتعبير بين مبدأ واستثناء له: عندما يكون هناك شك يسود المبدأ على الاستثناء.

في الختام، تجدر الإشارة إلى أن وجود قانون نظام ينطبق على النزاع لا يمكن أن يحدد اختصاص القاضي الفرنسي.

كما أشارت محكمة النقض مؤخرا فيما يتعلق بالبند الذي يمنح الاختصاص، "فقط قواعد تنازع الاختصاصات يجب أن توضع في الاعتبار لتحديد الاختصاص القضائي، وستكون الأحكام مكونة لقوانين النظام قابلة للتطبيق على النزاع".^٦

¹ H. Gaudemet-Tallon, « Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses », Rec. des cours, La Haye, tome CCCXII, p. 263 et p. 264.

² Françoise Monéger, Droit international privé, Litec, 4e éd., 2007, p. 70.

³ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, Dalloz, 2007, p. 157.

⁴ « Protection du sous-traitant en matière internationale : la Cour de cassation fait volte-face », D. 2008, p. 753, commentaire de l'arrêt de la chambre mixte du 30 novembre 2007 précité.

⁵ Dominique Bureau et Louis d'Avout, JCP, éd. gén. no 40, 4 octobre 2010, 972.

⁶ Com., 24 novembre 2015, pourvoi no 14-14.924, Bull. 2015, IV, no 161 161 ; 1re Civ., 18 janvier 2017, pourvoi no 15-26.105.

المبحث الثاني

رفض تطبيق القانون الأجنبي بناء فكرة النظام العام

لا يخلو تشريع بلد من بلدان العالم من التنصيص على فكرة النظام العام سواء في الدساتير أو في سائر القوانين. فهو آلية جد مهمة وسلاح قوي في مواجهة تطبيق القانون الأجنبي وكذلك في مواجهة تطبيق الاتفاقيات الدولية.

المطلب الأول

تعريف النظام العام

يعد النظام العام مفهوما متغيرا لأنه يتطور بمرور الوقت وكان من الضروري إصلاح لحظة وجوده حيث يكون مناسباً للقاضي لتقييمه، ولأنه مرتبط بالنظام ويختلف في المجال.

إن استثناء النظام العام الدولي هو آلية وضعت في إطار ما يسمى بالطريقة التقليدية للصراع. من أجل إجراء مقارنة ذات صلة بين القانون الوطني والقانون الأجنبي، سيكون من الضروري الانفصال عن الآلية المحددة للاستثناء والتركيز فقط على هدفه. ويتم ذلك من خلال تقدير الفكرة الأوسع لتدخل النظام العام في عملية الصراع لتحليل كيفية تحقيق هذا الهدف في إطار أساليب الصراع الحديثة، ومن ثم فهم سبب استثناء النظام العام. وهذه القاعدة لا تعرف نفس النجاح عندما تكون قاعدة الصراع حديثة مقارنة لو كانت تقليدية.

يؤكد Andréas Bucher أن "النظام العام L'ordre public يعكس التطورات القانونية الحالية" في ذلك القانون الوضعي، ومن باب أولى، تتكيف القيم المحمية في مفهوم النظام العام باستمرار مع التغيرات في المجتمع. ليس هناك ما هو أكثر عبثية من قانون لا يتماشى مع المجتمع الذي يحكمه، والنظام العام هو المدافع عن هذا القانون. لذلك سيكون النظام العام بلا معنى إذا كان نوعاً من المفاهيم الجامدة التي تم تجميدها بمرور الوقت.

إن مفهوم النظام العام في مجال العلاقات الدولية الخاصة، ولا سيما فيما يتعلق بالحالة المدنية للأشخاص والنزاعات الناشئة عنها، ليس من السهل تحديده أو تعريفه. بالإضافة إلى ذلك، يسمح المشرع لنفسه بتقييم طلباته، ما لم يكن القاضي المختص قادراً على الحكم في هذا النوع من النزاع في ضوء الأحكام القانونية المطبقة في أي بلد.

¹ Andréas Bucher, La dimension sociale du droit international privé, Cours général, Les livres de poche de l'académie de droit international de La Haye, Adi-poche 2011.

يقوم النظام العام على عدة عوامل مشتركة فقط في البلدان ذات الأنظمة والأولويات القانونية المتشابهة، عندما يتعلق الأمر بتبني قواعد القانون وفقا لقيم المجتمع المستهدف، بما في ذلك شكله ديني واجتماعي وحتى ثقافيا حسب مقتضى الحال. في حين أن القاضي الوطني غالبا ما يجد نفسه في مواقف معقدة إلى حد ما، وذلك ببساطة عن طريق تطبيق قاعدة تنازع القانون في المحكمة، والتي توجهه نحو القواعد الموضوعية المطبقة على النزاع، مع مراعاة المعيار المعين، أي معيار جنسية أو مكان إقامة الشخص المعني، من بين أمور أخرى.

وبالنظر إلى غموض مفهوم النظام العام الدولي، من المستحيل وضع قائمة شاملة ومقيدة بفرضيات التنفيذ. بالإضافة إلى ذلك، تتطور المفاهيم والقيم الأساسية للمجتمع باستمرار. فما هو محظور في يوم من الأيام على أنه لا يمكن التوفيق بينه وبين النظام العام يصبح غدا ممكنا¹. وهذا ما شهدته الأنظمة والتشريعات الغربية مثل تشريعات فرنسا التي كانت تبيح أشياء فمنعتها باسم النظام العام وكذلك كانت تمنع أشياء باسم النظام العام فأبحاثها لاحقا باعتبار أن مفهوم النظام العام قد تغير ولم يعد يشمل تلك الظاهرة.

وفي السياق ذاته، أثار المشرع الجزائري مسألة النظام العام في العلاقات الدولية الخاصة، في القانون المدني، بالنظر إلى أن القانون الأجنبي، بحكم المواد السابقة، لا يطبق إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب في الجزائر، أو إذا ثبت أنها أصبحت مختصة فقط نتيجة الاحتياط ضد القانون².

لذلك حتى إذا كان يجب أن يحكم قانون أجنبي النزاع المعروض أمام القضاء المختص بعد الاحترام الكامل لما يمليه حكم النزاع على القاضي الوطني وتؤكد هذه القاعدة اختصاص القانون المذكور فهذا لا يعني بالضرورة التطبيق الفوري لقواعدها القانونية الموضوعية.

من الناحية العملية، يُظهر تاريخ القانون الدولي الخاص أن المحاكم لا تتردد في رفض تطبيق القانون الأجنبي المحدد في قاعدة تنازع القوانين كلما بدا القانون الأجنبي غير متوافق للغاية مع الحلول المختلفة للقانون الوطني للمحكمة، تُعرف هذه الحادثة بمصطلح استثناء النظام العام. فالأمر متروك للمحكمة لتقييم ما إذا كانت آثار التطبيق

¹Marie- Christine Meyzeaud-Garaud, Droit international privé, 2ème édition, Bréal édition, France, 2008, page 86-87.

² Article 24 modifié par la loi 05-10, modifiant le code civil Algérien.

الملموس للقانون الموضوعي الأجنبي المحدد في قاعدة تنازع القوانين مقبولة بالنسبة لأساسيات مفاهيم خاصة بالمجتمع الذي ينتمي إليه القاضي أمام القضاء¹.
بعبارة أخرى، يمكن تأكيد قبول الإحالة من قبل المحكمة الوطنية بهدف توافق قواعد القانون للمحكمة، ليس فقط لإيجاد حل للنزاع، ولكن أيضا لتكييفه.
على سبيل المثال، يسمح المشرع الجزائري للقاضي الوطني المختص بتقديم محتوى قواعد القانون الموضوعي للقانون الأجنبي، بشأن موضوع المفاهيم القانونية غير المعترف بها في قانون المحكمة، مثل: الانفصال الجسدي، وتبني الأطفال على النحو التالي:
- يخضع انحلال الزواج والانفصال الجسدي للقانون الوطني للزوج وقت رفع الدعوى².

- تخضع آثار الكفالة للقانون الوطني للكفيل.

- يخضع التبني لنفس الأحكام³.

وتجدر الإشارة الى أن النظام العام في مفهومه الأصلي مكرس لحماية المبادئ الأساسية لقانون النظام. إن مشكلة تحديد النظام العام الدولي لم يتم حلها أبدا ولن يتم حلها أبدا لاختلاف التشريعات بين البلدان وتغيرها من زمن لآخر وتقلبها بين الاباحة والمحظورية. ولكن هناك تقارب حول الأساسيات، على الرغم من حقيقة أن محاولات التعبير عنها تذهب إلى أبعد من استحضار المبادئ الأساسية أو القواعد الأساسية أو المفاهيم المماثلة⁴.

وهو على النحو الذي تحدده المادة 3081 من القانون المدني للكيبك، النظام العام "كما هو مفهوم في العلاقات الدولية".⁵

¹ Marie-Claire Foblets, Les familles maghrébines et la justice en Belgique ; anthropologie juridique et immigration, Karthala éditions, France, 1994, page 31-32.

² Article 12 paragraphe modifié par la loi 05-10, modifiant le code civil Algérien.

³ Article 13 ter nouveau paragraphe 02 et 03 ajouté par la loi 05-10, modifiant le code civil Algérien.

⁴ Andreas Bucher, La dimension sociale du droit international privé ; les livres de poche de l'Académie de Droit International de La Haye, La Haye (la Hollande), 2011, page 228.

⁵ Article 3081 du code civil du Québec.

وفي غضون ذلك، اتخذ المشرع الفرنسي إجراءات حمائية من أجل الحفاظ على المفاهيم الثابتة للمجتمع الفرنسي، والتي تفسرها المادة ٢٠٦٠ من القانون المدني الفرنسي، على النحو التالي:

"لا يمكننا المساومة على المسائل المتعلقة بالدولة والأهلية للناس، حول المسائل المتعلقة بالطلاق والانفصال القانوني أو النزاعات المتعلقة بالسلطات العامة والمؤسسات العامة وبشكل أعم في جميع الأمور التي تتعلق" بالنظام العام ... "١.

وبالمثل، تنص الفقرة ١ من المادة ١١ من اتفاقية لاهاي المؤرخة ٢ أكتوبر / تشرين الأول ١٩٧٣ بشأن القانون المطبق على التزامات النفقة على ما يلي: "لا يمكن استبعاد تطبيق القانون الذي تحدده الاتفاقية إلا إذا كان يتعارض بشكل واضح مع النظام العام." ٢.

على الرغم من الاختلافات الملحوظة بين كل نظام قانوني، تظل الطبيعة القمعية للنظام العام قوية ضد قواعد القانون الموضوعي للقانون الأجنبي، على الرغم من وجود مفاهيم في بعض الأحيان لا يمكن تكييفها مع قانون النظام دون تحريفها.

¹Article 2060 paragraphe 01 du code civil Français.

² Andreas Bucher, L'ordre public et le but social des lois en droit international privé, Académie de Droit International de La Haye, Lille (France), 1994, page 22.

المطلب الثاني

رفض تطبيق القانون الأجنبي بناء على فكرة النظام العام

ومن خلال الأمثلة التالية يمكن أن نتبين ونذكر تنوع النظام العام، ولا سيما اللافت للنظر عند استخدامها لغرض حماية السياسات التشريعية للنظام. لفهم أكثر تطور التشريع الخاص بالطلاق يمكن مراجعة الهامش¹، ولكن يمكن استكماله بقانون البنية الطبيعية. وما يلاحظ أنه الى حدود قانون ١٦ نوفمبر ١٩١٢، حظرت فرنسا الطلبات القضائية لتعقب الأبوة الطبيعية، وتم إلغاء أي قانون أجنبي يصرح بها من خلال آلية استثناء النظام العام الدولي.

وفي الولايات المتحدة، تعود سلطة التشريع في مسائل اختيار القانون إلى الولايات. واكتساب هذه المهارة، التي لم تكن واضحة بأي حال من الأحوال، هي عملية متعددة الخطوات. ففي عام ١٩٣٨، حكمت المحكمة العليا على قضية شركة Erie Railroad Company في قضية هاريتومكينز² Tompkins Harry الذي من

¹ Les contours de la première catégorie de valeurs précitée avaient déjà été délimités par Lerebours-Pigeonière et Batiffol, qui en donnaient une définition presque identique. Selon eux, cet ensemble reflète l'aspect international de l'ordre public. Les auteurs ne distinguaient en revanche qu'une seconde catégorie correspondant cette fois à l'aspect national de l'ordre public, composée de principes destinés à défendre des impératifs nationaux, qui serait la conséquence d'un réflexe d'autodéfense d'une politique législative du for18. Cette catégorie engloberait les deux dernières proposées par Pierre Mayer et Vincent Heuzé. Chaque Etat étant le législateur de son droit international privé et de son ordre public, il semble difficile de ne pas prendre en considération son propre intérêt. Les Etats s'autorisent alors à refuser discrétionnairement l'application d'une loi étrangère qui heurterait si fortement les fondements de leur société que l'intérêt national devrait prévaloir sur la solidarité internationale qu'ils s'imposent en principe.

² 304 US 64 (1938). En l'espèce Harry Thompkins, un citoyen de Pennsylvanie, rentre chez lui à 2H30 du matin. Il s'est fait déposer en voiture par un ami à quelques blocs de maisons de chez lui, à Hughestown en Pennsylvanie, et termine son chemin à pied sur un chemin piéton qui longe les rails de train de l'Erie and Wyoming Valley. Un train approche et un objet dépassant de l'un des wagons projette Thompkins au sol et le bras droit de ce dernier est pris sous une roue==

خلالها أكد القاضي أن المحاكم الفيدرالية يجب أن تطبق قانون حالة النظام عند رفع قضية أمامها لا تخضع للقانون الاتحادي. وبهذا القرار، تعيد المحكمة العليا لدول الاتحاد "سلطة التشريع" المحفوظة لها بموجب التعديل العاشر للدستور الأمريكي، والتي كانت قد اغتصبت لما يقرب من قرن من الزمن في أعقاب قضية *Swift v. Noyes* في ١٨٤٢^١. ولقد كان حكم إيريه *Erie* مع ذلك عاما جدا من حيث النطاق، لذلك تم تناول أسبابه بعد ثلاث سنوات من قبل المحكمة لتطبيقه على وجه التحديد على مسألة تنازع القوانين. وأصبح الانتقال ممكنا بواسطة شركة *Klaxon Co. v. Stentor Electric Manufacture* الذي يثبت أن اختصاص انشاء قاعدة التنازع هو قانون الدولة.

لم يحظ القرار بالإجماع، لكن المحكمة العليا، متجاهلة الانتقادات، أعادت تأكيد مساهمة *Klaxon* في السوابق القضائية اللاحقة. وقد ثبت منذ ذلك الحين أن المحكمة الفيدرالية التي تنظر في قضية لا تدخل في نطاق القانون الفيدرالي يجب أن تطبق قواعد التنازع التي وضعتها الدولة، حتى لو كان تطبيق هذه القواعد سيؤدي إلى نتيجة مطلقة. لا يوجد سوى عدد قليل من الحالات الاستثنائية التي يمكن للمحاكم الفيدرالية أن تنشئ فيها قواعد تنازع جديدة، مثل الحالة التي يكون فيها حكم صراع الولاية غامضا أو إذا لم يتم حل المشكلة المتضاربة أمام المحكمة الفيدرالية مطلقا.

يعد مبدأ حيادية قاعدة تنازع القوانين أحد الركائز الأساسية للحقوق الدولية الخاصة في القوانين المقارنة: من حيث المبدأ، تحدد قواعد التنازع (ثنائية في الغالب) للقانون الفرنكفوني والجرماني نظاما قانونيا دون فحص المحتوى مسبقا مثل أحكامه وروحه والنتائج التي من المحتمل أن يؤدي إليها تطبيق القانون الأجنبي المعين وفقا لـ

=du train. Thompsons poursuit alors la Erie'srailroadCompagny (société de l'Etat de New-York) devant les Cours fédérales. La Cour suprême juge à l'occasion de cette affaire que les Cours fédérales doivent appliquer la loi des Etats, incluant les décisions de justices rendues par les Etats, lorsque la loi fédérales n'est pas concernée par le cas.

¹ U.S. 1 (1842). Dans cet arrêt la Cour Suprême avait jugé que les Cours fédérales n'avaient pas besoin d'appliquer le droit créé par les juridictions des Etat. Elles appliquaient donc le droit fédéral à des affaires relevant en principe du droit national dès lorsqu'elles étaient saisies. Cette décision a conduit à beaucoup de forum shopping puisqu'il suffisait alors aux justiciables de saisir les Cours fédérales pour échapper à l'application des règles de droit de l'Etat dont ils relevaient.

M. Siehr، الذي استخدم تعبير Raape جزئياً "قفزة إلى المجهول"¹، فإن آلية حكم النزاع الثنائي والمحايد تعادل "الانغماس في الغموض، مع الأمل في صمت الحل السعيد"².

ومع ذلك، يمكن القول ان هذه الآمال تخيب الأمل أحياناً: فمن الممكن بالفعل أن يتعارض المحتوى والنتيجة الملموسة لتطبيق القانون المحدد في قاعدة تنازع القوانين مع بعض المفاهيم الأساسية للنظام القانوني للنظام العام.

ويسبب الاضطراب الذي من المحتمل أن يسببه تطبيق قانون السببية، سيكون مفتوحاً للأطراف لاستدعاء استثناء النظام العام لغرض إثارة الإخلاء. يعرف كل من الحقوق الدولية الخاصة الفرنسية والألمانية هذا النظام الذي يسمح للقاضي بحكم منصبه أو بناء على طلب الأطراف، استبعاد تطبيق قانون أجنبي يؤدي إلى نتيجة غير مقبولة فيما يتعلق بالقيم والمبادئ الأساسية لقانون النظام العام.

بينما أكدت محكمة النقض بوضوح أن "أحكام القانون الأجنبي المختص بشكل طبيعي والتي تتعارض مع المفهوم الفرنسي للنظام العام الدولي لا يمكن أن تكون سارية في فرنسا" (Civ. 1ère، 23 كانون الثاني / يناير 1979)، المادة 6 EGBGB (القانون التمهيدي) إلى القانون المدني الألماني) تنص على أنه "لا يمكن تطبيق حكم القانون لدولة أخرى عندما يؤدي تطبيقها إلى نتيجة تتعارض بشكل واضح مع المبادئ الأساسية للقانون الألماني. وهذا هو الحال على وجه الخصوص حيث يتعارض مع الحقوق الأساسية".

استثناء النظام العام مقبولاً أيضاً في مختلف الاتفاقيات الدولية للقانون الدولي الخاص، مثل "روما 1" (المادة 21)، "روما 2" (المادة 26) اللوائح أو اتفاقيات لاهاي. (على سبيل المثال، يمكننا الاستشهاد بالمادة 14 من اتفاقية 14 مارس 1978 بشأن القانون المطبق على أنظمة الملكية الزوجية).

وبالتالي فإن استثناء النظام العام يشكل خروجاً حقيقياً عن مبدأ حياد قاعدة النزاع. إذا كان مجال الأنظمة العامة الدولية الفرنسية والألمانية يبدو متشابهاً على الرغم من أن بعض الفروق خاصة بالقانون الألماني فإن نظامي هذين النظامين العاميين الدوليين يختلفان اختلافاً كبيراً، لا سيما فيما يتعلق بآثار استقبال القاضي للسياسة العامة الدولية حيث يتجلى في أشكال مختلفة بشكل كبير، إلا أنهما لهما نفس المحتوى بشكل أساسي.

¹ B. Audit, Droit international privé, Economica, 2006, n°308.

² K. Siehr, Internationales Privatrecht, C.F Müller, 2001, p. 485.

وفقا للسيدة نيبوي والسيد جوفري دي لا براديل، "من المستحيل تقديم تعريف دقيق لمفهوم النظام العام الدولي"¹، حيث يتم تقديم هذا على أنه "مجموعة من القيم غير الملموسة والمتفوقة، والتي تمزج بين القيم العامة المصالح مثل المصالح السياسية والأخلاقية والاقتصادية والاجتماعية"².

من الممكن تقليديا أن نلاحظ، ضمن مجموعة القواعد والمبادئ التي تشكل النظام العام الدولي الفرنسي، والذي يكون نطاقه محدودا أكثر من النظام العام الداخلي³، التمييز بين القواعد التي تضمن حماية مبادئ العدالة الشاملة وجعل من الممكن حماية أسس التنظيم السياسي والاجتماعي للمجتمع الفرنسي، وأولئك الذين يتمثل دورهم في حماية سياسة تشريعية خاصة بالنظام العام المعني.

تشمل الفئة الأولى، التي تشكل النواة الصلبة للنظام العام الدولي الفرنسي، "جميع مبادئ العدالة العالمية التي يعتبرها الرأي الفرنسي ذات قيمة دولية مطلقة" (الغرفة المدنية، ٢٥ مايو، ١٩٤٨، لوتور). أما اليوم فيشمل هذا المفهوم للنظام العام الدولي بشكل أساسي جميع الحقوق التي تهدف إلى حماية الإنسان وكرامته مثل حظر التمييز، سواء على أساس الجنس أو الأصل أو العرق أو الدين (على سبيل المثال). المثال الأخير: الغرفة المدنية الأولى 17 نوفمبر ١٩٦٤: قانون أجنبي يحدد التمييز بين الأشخاص على أساس دينهم يتعارض مع النظام العام الدولي الفرنسي، وحظر العبودية، أو حتى عدم المساواة المدنية والزواج القسري⁴.

في بيان صحفي مصاحب لقرار الغرفة الاجتماعية المؤرخ في ١٠ مايو ٢٠٠٦، والذي بموجبه تشير محكمة النقض لأول مرة إلى النظام العام الدولي الفرنسي للاعتراف باختصاص القاضي الفرنسي في حين أن الروابط ذات الصلة بالفرنسية كانت ضعيفة (أو حتى غير موجودة). أوضحت المحكمة العليا أن بعض النصوص الدولية التي تحمي حقوق الإنسان هي جزء لا يتجزأ من مجموعة القيم والمبادئ التي تشكل النظام العام الدولي الفرنسي: يتعلق الأمر بشكل أساسي بالاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية (CESDH)، العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، اتفاقيات منظمة العمل الدولية⁵.

¹ M.-L. Niboyet et G. Geouffre de la Pradelle, Droit international privé, L.G.D.J (2007), n°307.

² M.-L. Niboyet et G. Geouffre de la Pradelle, op. cit., n°307.

³ M.-L. Niboyet et G. Geouffre de la Pradelle, op. cit. n°307.

⁴ B. Audit, op. cit., n°312.

⁵ Communiqué de la Cour de cassation annexé à l'arrêt Soc., 10 mai 2006, Moukarim (Service de documentation et d'études de la Cour de cassation ; <http://www.courdecassation.fr/juris...>).

كان هذا التوجه قد اتخذته بالفعل محكمة التنظيم في الأحكام التي أصدرتها الغرفة المدنية الأولى في ١٧ فبراير ٢٠٠٤، والتي تشير صراحة إلى مبدأ المساواة بين الجنسين المنصوص عليه في المادة ٥ من البروتوكول الإضافي رقم ٧ الخاص بـ CESDH إلى رفض إجازة التنصل الصادر وفقا لقانون الدولة التي حدث فيها (Civ.) 17،1ère فبراير ٢٠٠٤^١.

تشمل الفئة الثانية قواعد القانون الفرنسي التي تهدف إلى حماية وتعزيز سياسة تشريعية خاصة بالجمهورية الفرنسية. نجد هذا المظهر من مظاهر النظام العام الدولي في المجالات القانونية التي خضعت لتغييرات كبيرة في فترة معينة، مثل قانون الأسرة، الذي كان موضوع إصلاحات مهمة خلال النصف الثاني من القرن العشرين: على سبيل المثال، في الوقت الذي يحظر القانون الفرنسي إضفاء الشرعية على أبناء الزنا، والنظام العام الدولي يعارض تطبيق فرنسا لقانون أجنبي يعترف بذلك. يتم الآن الاحتجاج به بنجاح لإلغاء قانون يعارض هذا النوع من الشرعية^٢.

يتعلق الأمر هنا باستبعاد تطبيق قانون أجنبي مشابه للأحكام الفرنسية القديمة من أجل عدم تعزيز فكرة أن "السياسة المستبعدة ليس لها عيوب فقط"^٣. وفي غضون ذلك، اتخذ المشرع الفرنسي إجراءات حامية من أجل الحفاظ على المفاهيم الثابتة للمجتمع الفرنسي، والتي تفسرها المادة ٢٠٦٠ من القانون المدني الفرنسي، على النحو التالي:

"لا يمكننا المساومة على المسائل المتعلقة بالدولة وأهلية الناس، حول المسائل المتعلقة بالطلاق والانفصال القانوني أو النزاعات المتعلقة بالسلطات العامة والمؤسسات العامة وبشكل أعم في جميع الأمور التي تتعلق "بالنظام العام ..."^٤.

في تقييمه للنظام العام، فإن القاضي الفرنسي يقيس القانون الأجنبي الذي يكون ضد حقوق الانسان مثل الرق والتمييز بين المرأة والرجل على النحو المحدد في الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها فرنسا. فمما لا شك فيه، أن محكمة النقض، في حكمها الذي أصدرته في قضية لوتور، التي اعتبرت من حيث المبدأ أن القوانين الأجنبية

1 M.-L. Niboyet et G. Geouffre de la Pradelle, op. cit., n°310.

2 M.-L. Niboyet et G. Geouffre de la Pradelle, op. cit., n°312 (10) B. Audit, op. cit., n°313.

3 K. Siehr, op. cit., p. 486.

4Article 2060 paragraphe 01 du code civil Français.

تتعارض مع النظام العام الدولي الفرنسي، "فقط لأنها تتعارض مع مبادئ العدالة العالمية التي ينظر إليها الرأي العام الفرنسي. باعتبارها تتمتع بقيمة دولية مطلقة"^١.

ومن جانبه، فإن المشرع السويسري، بمساعدة المادة ١٧ من القانون السويسري الخاص بالقانون الدولي الخاص يحدد ما يلي: "يُستبعد تطبيق أحكام القانون الأجنبي إذا أدى إلى نتيجة تتعارض مع النظام العام"^٢.

وإذا عدنا إلى القوانين البلجيكية، فإن القانون يقدم حكماً بشأن النظام العام، والذي يتماشى مع الممارسات البلجيكية والأجنبية. إنه يكرس مفهوم ما يسمى بالنظام العام الوظيفي أو المخفف، بمعنى أن تنفيذ الاستثناء يجب أن يشمل، ليس إدانة قانون أجنبي بسبب محتواه، ولكن اكتشاف استحالة المضي في تطبيقه بسبب من آثار هذا التطبيق في الحالة الراهنة. بهذا المعنى، يكون النظام العام للقانون الدولي الخاص أكثر تقييداً من النظام العام الداخلي^٣.

يعتبر النظام العام العائق الأكبر، سواء أمام التطبيق المباشر للقانون الأجنبي أو أمام الاعتراف البسيط بالحقوق المكتسبة في الخارج تحت سلطته: النظام العام الذي يتدخل "لإخراج" القانون الأجنبي متى تبين أنه يتعارض مع بعض المبادئ الأساسية لهذا الأخير. ونظراً لأن مؤسسات دول العالم الثالث غالباً ما تكون غريبة عن المفاهيم الغربية، فمن المفهوم أن عقبة النظام العام لا يمكن إهمالها فيما يتعلق بها^٤.

مازلنا نرى صعوبة تقديم حلول مرنة، فيما يتعلق بالنظام العام لقانون النظام، عندما توجد عدة عوامل في نفس الوقت، بما في ذلك الدين.

يمتد تطبيق القواعد الموضوعية للقانون الأجنبي من قبل القاضي الوطني المختص إلى جميع هذه المصادر المشار إليها صراحة، حيث يمكن لمصدر بديل أن يملأ الفراغ القانوني في حالة عدم وجود سؤال معين موضوع الأحكام المحددة من قبل المشرع.

ولكن أحياناً قد نقع في بعض الأشكاليات فيما يتعلق بالقانون الأجنبي فبالنسبة للقانون الدولي الخاص، لا يمكن تمييز الاعتراف بالزواج الذي يتم الاحتفال به في

¹ Raymond Goy, Du droit interne au droit international ; le facteur religieux et l'exigence des droits de l'homme, Publications de l'université de Rouen, Rouen (France), 1998, page 336.

² Article 17 de la loi suisse sur le droit international privé.

³ Marc Fallon, La nouvelle loi sur le droit international privé : la loi du 16 juillet 2004, Editions Kluwer, Bruxelles (Belgique), 2004, page 99.

⁴ Pierre Mercier, Conflits de civilisations et droit international privé ; polygamie et répudiation, Librairie Droz, Genève (Suisse), 1970, page 28.

الخارج بين شخصين من نفس الجنس عن زواج آخر. ومع ذلك، يمكننا تسليط الضوء على الحكم الانتقالي الخاص المنصوص عليه في المادة ١٢٦ الفقرة ٠٢. في حين أن قواعد المدونة المتعلقة بفعالية المستندات الأجنبية لا تنطبق إلا من حيث المبدأ على المستندات التي يتم وضعها بعد دخولها حيز التنفيذ. يمكن أن يصبح قانون سابق نافذ المفعول في بلجيكا إذا كان يفي بشروط الفقرة ٠٢ من القانون^١.

بالنظر إلى أن المشرع الجزائري قد حدد بوضوح مفهوم الزواج، من خلال المادة الرابعة من قانون الأسرة الجزائري، التي تنص على أن: "الزواج عقد رضائي بين الرجل والمرأة في الأشكال القانونية. من بين أهدافها، تأسيس أسرة على أساس المودة والرفق والمساعدة المتبادلة، لحماية الزوجين أخلاقياً، والحفاظ على الروابط الأسرية"^٢.

لذلك، كان النص القانوني السالف الذكر واضحاً بما يكفي لحظر أي زواج يُبرم بين زوجين مثليين. إنه حظر من حيث المبدأ يتطلب تدخل النظام العام المنصوص عليه في القانون الجزائري وكذلك قانون النظام.

ومع ذلك، فإن تنفيذ القواعد الموضوعية للقانون الأجنبي المختص، من خلال احترام قاعدة التنازع في قانون المحكمة، لا يسبب مخاوف مماثلة، عندما يعترف قانون المحكمة والقانون الأجنبي المطبق بمفاهيم قانونية مماثلة.

فيما يتعلق بوظيفة النظام العام من وجهة نظر تنسيق النظم القانونية، فإن "الخضوع الأعمى للقاضي لسيادة النزاع" يمكن أن يؤدي إلى سخافات أو تناقضات في القانون. البحث عن القانون الأنسب لحل الموقف إذا كان يختلف عن قانون النظام من حيث الحاجة إلى تكييفه عن طريق تدخل النظام العام وليس لاستبدال القانون الأجنبي بالكامل بقانون النظام، ولكن ببساطة لإزالة العناصر القليلة التي لا يمكن تكييفها مع مؤسسات الدولة من القانون الأجنبي لهذا النظام.

وفي ألمانيا تنص المادة ٦ من قانون حماية القانون الأساسي (EGBGB)، التي تضع تحفظاً عاماً على النظام العام (allgemeiner Vorbehalt)، على أنه "لا يمكن تطبيق سيادة القانون لدولة أخرى عندما يؤدي تطبيقها إلى نتيجة تتعارض بشكل واضح مع المبادئ الأساسية للقانون الألماني. وهذا هو الحال على وجه الخصوص حيث يتعارض مع الحقوق الأساسية". يجعل هذا الاقتراح الأخير، وفقاً لقانون السوابق القضائية "Spanier-Beschluss" (١٩٧١) للمحكمة الدستورية الألمانية (58·BVerGE31)، إشارة مباشرة إلى المواد من ١ إلى ١٩ من القانون الأساسي

¹ Daniel Stercks, Le mariage en droit civil, Larcier Editions, Bruxelles (Belgique), 2004, page 85.

² Article 04 du code Algérien de la famille.

الألماني (Grundgesetz) (١٢)، والتي تشمل مجموعة مهمة من الحقوق الأساسية مثل مبدأ الكرامة الإنسانية، والمساواة (خاصة بين الجنسين)، وكذلك جميع الحقوق والحريات الأساسية الفردية والجماعية المعترف بها تقليدياً من قبل الأنظمة والتقاليد الدستورية للدول الأوروبية.

يتعاش هذا التحفظ العام للسياسة العامة مع عدد معين مما يسمى التحفظات "الخاصة" (besonderer Vorbehalt) (١٣) المنصوص عليها في أحكام متفرقة من القانون الذي أدخل القانون المدني الألماني. وبالتالي، المادة ١٣ EGBGB III 1 التي بموجبها لا يمكن الاحتفال بالزواج إلا على التراب الألماني وفقاً للقواعد الرسمية المنصوص عليها في القانون الألماني، أو المادة ١٧ EGBGB I 2 التي تنص على تطبيق القانون الألماني للطلاق في حالة وجود القانون الذي تحدده قاعدة تنازع القوانين (المادة ١٧ EGBGB I 1) تحظر الطلاق وبشرط أن يكون الزوج الذي يطلب ذلك ألمانيا أو كان ألمانيا وقت الزواج، يعتبر جزءاً لا يتجزأ من النظام العام الدولي الألماني. يميز القانون الدولي الألماني الخاص تمييزاً إضافياً بين الأنظمة العامة الدولية "الإيجابية" و "السلبية". فأحياناً يكون للنظام العام الدولي السلبى وظيفة "تصحيح" القانون الأجنبي الذي تحدده قاعدة تنازع القوانين، على سبيل المثال من خلال تدخل معيار معين (على سبيل المثال، تنص المادة ٤٠ III من القانون الأساسي، من بين أمور أخرى، على أن "الدائن لا يمكن الاعتماد بشكل فعال على مطالبة (تعويض ضرر) يخضع لقانون دولة أخرى عندما يكون المبلغ مفرداً بشكل واضح فيما يتعلق بالضرر الذي لحق بالضحية").

من ناحية أخرى، تتمثل وظيفة النظام العام الدولي الإيجابي في فرض تطبيق حكم محدد من القانون الألماني على الرغم من أن الوضع، في ظل قاعدة تنازع القوانين، سيكون محكوماً بالقانون الأجنبي. في هذا الصدد، يمكننا أن نعتبر أن "النظام العام الإيجابي" هو المعادل الألماني لقوانين النظام الفرنسية، إلزامي وقابل للتطبيق الفوري. وبالتالي، فإن القاعدة المنصوص عليها في المادة ٧ الفقرة ١ من اتفاقية روما بشأن القانون المطبق على العقود والالتزامات (١٩ يونيو ١٩٨٠)، والتي نجدتها في المادة ٣٤ من قانون الهجرة والجنسية الألمانية (EGBGB) هي جزء من "النظام العام الإيجابي" الألماني، في حين أن الترجمة الفرنسية لهذه الاتفاقية نسبت العنوان "قوانين النظام" إلى القسم ٧.

في هذا السياق، يمكننا أن نلاحظ أن أسلوب النظام العام الدولي الإيجابي الألماني يشبه إلى حد بعيد أسلوب القوانين الفرنسية للتطبيق الفوري بقدر ما يرقى ذلك إلى الاستغناء عن وساطة قاعدة تنازع القوانين لفرض تطبيق بعض أحكام القانون الألماني، الذي لم ينص عليه حكم النزاع.

من المحتمل أن يثير الطرفان استثناء النظام العام أو يثيره القاضي بحكم منصبه (عندما يتعلق النزاع بمسألة غير متوفرة، الغرفة المدنية. ١ ديسمبر ٦، ٢٠٠٥)، أو في سياق محاكمة في المقام الأول (في السياق من تنازع القوانين)، أو أثناء إجراء *exequatur* (تضارب الاختصاصات)، بهدف الحصول على قرار محكمة صادر عن سلطة قضائية أجنبية معترف بها. فإذا كانت شروط تنفيذ استثناء النظام العام بموجب القانون الفرنسي والألماني متشابهة تماما فإن آثار قبول هذا الاستثناء من قبل القاضي تختلف اختلافا كبيرا.

لقد صنف إيفون لوزوارن وبيير بوريل وباسكال دو فاراييس-سومير الأسلوب التنازع الكلاسيكي لـ "حديقة حقيقية" على الطريقة الفرنسية "بالمسارات المستقيمة جدا التي تشكل فئات الارتباط والمؤهلات والقواعد العادية للارتباط والإجراءات التصحيحية فيه، التمييز بين إنشاء الحقوق والأثر الدولي للحقوق المكتسبة". فاستثناء النظام العام الدولي هو أحد تلك الإجراءات التصحيحية التي تم إجراؤها على قاعدة النزاع التقليدية المستخدمة في القانون الفرنسي. وهي تجد مكانها في هذه "الحديقة الفرنسية" حيث تبرز على أنها الوسيلة الوحيدة لتجنب تطبيق قانون أجنبي أو الاعتراف بقرار أجنبي من شأنه أن يتعارض مع النظام العام. يمكن أن تكون طبيعتها التصحيحية التي تتضمنها فقط على مستوى ثانوي في التفكير المتضارب غير مريحة لأنها تشير إلى عيب في قاعدة النزاع المستخدمة. وهذا جزئيا ما دفع التشريعات الأمريكية إلى إنشاء أساليب أكثر مرونة وذاتية للصراع، مما يسمح بأخذ النظام العام في الاعتبار منذ اللحظة التي يتم فيها تحديد القانون الواجب التطبيق. وبالتاليفلن يكون التصحيح ضروريا بعد الآن. وبهذا الأسلوب، يبدو أن الأمريكيين وجدوا الحل من خلال إصلاح حكم النزاع نفسه. يمكن للمرء أن يتساءل عن مصير هذه الأساليب المفتوحة الحديثة. فيما يتعلق بحماية النظام العام، هل القانون المناسب قادر على التنافس مع قاعدة التنازع التقليدية أو تجاوزها؟

نادرا اليوم ما تستخدم الولايات القضائية الأمريكية استثناء النظام العام الدولي، وتتبع من حيث المبدأ من الدول التي لا تزال مرتبطة بقاعدة النزاع التقليدية. ومع ذلك، لن تترك الدولة أبدا نظامها العام بلا حماية ضد تطبيق قانون أجنبي من شأنه أن يسيء إليها. فالأساليب الحديثة تفي بهذا الدور في التنافس مع استثناء النظام العام.

وهذا أمر غير مؤكد حتى يتفوق عليه. ربما يكون من السابق لأوانه معرفة ذلك لأن الأساليب المتضاربة الحديثة عمرها حوالي خمسين عاما فقط ولكن سيكون من المدهش أن تصبح طريقة مرنة مثل القانون المناسب هي القاعدة العامة في القانون الدولي الخاص الفرنسي.

ومع ذلك، فهو موجود في ثلاثة مجالات من قانون الاتحاد الأوروبي، وبالتالي بشكل غير مباشر في القانون الفرنسي حيث نجده في المسائل التعاقدية، في مسائل أنظمة الملكية الزوجية، وفي مسائل المسؤولية المدنية. وبالتالي فإن الأساليب الحديثة تكتسب أرضية في مجال القانون المدني. ومع ذلك، فإن القانون الفرنسي لم يكرسها قط في قانونها المحلي. أما الأساليب الأمريكية جذابة لأنها تجعل من الممكن السعي لتحقيق العدالة المادية منذ بداية العملية المتنازعة. هذه العدالة المادية هي بالتحديد تلك التي يستهدفها استثناء النظام العام الدولي، والذي يخلق تناقضا صارخا مع حيادية وموضوعية القاعدة التي يصححها.

وبوجه عام فقد وجد كل نظام طريقة لحماية النظام العام تتوافق معه. يستخدم النظام القانوني الفرنسي استثناء النظام العام الدولي بعد تطبيق القاعدة التقليدية للصراع، بينما يفضل نظام السوابق القضائية الأمريكي الأساليب الحديثة التي تجعل من الممكن إدراج النظام العام ضمن المعايير التي تؤثر على اختيار القاضي. إذا اختلفت هذه الأساليب، فذلك لأنها تتوافق مع مفهومين للعدالة والحكم. وفي النهاية، يواجهون نفس التحديات: حماية النظام العام من آثار القانون الأجنبي على أراضيها مع ضمان الاحترام الواجب للقانون الأجنبي عندما يكون له اختصاص. فيتم تكييف استثناء النظام العام الدولي من خلال النظام العام المحلي، بينما تتمتع الأساليب الحديثة بالمرونة اللازمة في السياق الدولي الحالي.

الوقت وحده سيحدد ما إذا كانت أساليب القانون المناسبة ستطرح بالطريقة التقليدية تماما، لكن هذا المحو يبدو غير مرجح مثل الفرضية القائلة بأن أنظمة السوابق القضائية ستطرح يوما ما بأحكام القانون المدني تماما. فحماية النظام العام هي الشغل الشاغل للدول التي لن تهملها. إذا كان يجب أن يجد كل أمر قانوني الطريقة التي تناسبه، فمن الجيد أن يكون هناك العديد منها. ويمكن بعد ذلك أن يتعايش استثناء النظام العام الدولي وأساليب النزاع الحديثة، ويلبيان معا الهدف المشترك المتمثل في حماية النظام العام.

المبحث الثالث

رفض تطبيق القانون الأجنبي بناء على فكرة الشريعة الإسلامية

تجنح العديد من البلدان العربية الى رفض القانون الأجنبي بناء على فكرة الشريعة الإسلامية ومنها المملكة العربية السعودية التي تتخذ من الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي لتشريعاتها الوطنية. وعليه فكل قانون مخالف لتعاليم الشريعة الإسلامية لا يمكن من حيث المبدأ تطبيقه. بينما تراوح دول أخرى مثل تونس بين مفهومين إذا تعذر أحدهما لجأت الى الآخر وهما الشريعة الإسلامية والنظام العام. وعليه فسنتناول في المطلب الأول رفض تطبيق القانون الأجنبي لمخالفته للشريعة الإسلامية ونبين في مطلب ثاني رفض تطبيق القانون الأجنبي بناء على ازدواجية المفهومين النظام العام والشريعة الإسلامية.

المطلب الأول

رفض تطبيق القانون الأجنبي لمخالفته لمبادئ الشريعة الإسلامية

لا يوجد تصنيف في القانون الإسلامي للحقوق على أنها شخصية وعينية، ويقسمها "الفقه" إلى قسمين: أحدهما يتعلق بموقف الإنسان وواجباته تجاه الله، مثل الصلاة والصوم والزكاة والحج، والآخر ينظم العلاقات بين العباد في المجتمع أي العبادات والمعاملات. ولقد تم إدخال مفهوم الأحوال الشخصية على مستويين، أولاً على المستوى الداخلي ثم على المستوى الدولي من أجل الحفاظ على غير المسلمين بالحفاظ على القواعد الدينية التي تحكمهم وتؤثر على معتقداتهم.

في العادة، بموجب القانون الإسلامي، يتلقى غير المسلمين أيضاً تعاليم الإسلام القانونية، ولكن سرعان ما أصبح واضحاً أن بعض المؤسسات تحمل بصمة دينية واضحة لدرجة أنها مرتبطة بالدين تضمن حرية المعتقد لغير المسلمين الحق في الامتثال لقانونهم الديني لكل ما يعتمد عليه وفقاً لمفهوم المسلمين. وبالتالي هناك تمييز بين المؤسسات القانونية التي تحمل بصمة دينية وتلك المدنية وحسراً علمانية. الأول يحكم المسلمين فقط، والآخر مسلمون وغير مسلمين. ومن هذا التمييز ولدت، كما نعتقد، بذور مفهوم الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية على أساس الارتباط الديني.

مع تطور العلاقات والمعاملات الاجتماعية بين العالم الإسلامي والغرب، سيتجسد مفهوم الأحوال الشخصية، حيث يسمح المستوى الدولي بتطبيق قوانين الأحوال الشخصية على الأجانب. توجد هذه الفكرة في القانون الإسلامي بنفس الصورة الموجودة في القانون الوضعي التونسي.

يشمل هذا المفهوم في القانون التونسي الحالة والأهلية وجميع العلاقات الأسرية والميراث. يمكن ملاحظة أن مجال الأحوال الشخصية الذي تم تحديده على هذا النحو لا يتطابق مع ما سيشير إليه تحليل قانون الأحوال الشخصية؛ يتضمن فئات غير معروفة

في القانون والقوانين الداخلية الأخرى: أنظمة الزواج، والانفصال ... والقانون الداخلي يعترف بالمؤسسات التي لم يرد ذكرها مباشرة في المادة الثانية: الولاية والحضانة ولكن تم تضمينها في مصطلحات "العلاقات: الأصول والفروع".

على الرغم من وجود العديد من الابتكارات التي أحدثها القانون الداخلي الوضعي، إلا أن السوابق القضائية تفسر النصوص في ضوء الشريعة الإسلامية، ويؤكد جزء من الفقهاء على صلة قانون الأحوال الشخصية بالقانون الإسلامي.

يلعب القانون الإسلامي دوراً مرجحاً في العلاقات الأسرية في الدول العربية، فهو قانون عام، ويسري في حالة الخلافات الشخصية إذا كان أطراف النزاع لا ينتمون إلى نفس الدين والمذهب ولكن أيضاً في العلاقات الدولية. وقد تم التعبير عن هذا الامتياز الديني بوضوح في المادة ٢ من قانون الأسرة المغربي، حيث تنص هذه المادة على أن: "تسري أحكام هذا القانون على أي علاقة بين شخصين مغربيين إذا كان أحدهما مسلماً".^١ تطبق الشريعة على المواطنين ولكن أيضاً على جميع الأجانب المسلمين بغض النظر عن جنسيتهم. وهكذا جعلت السوابق القضائية الانتماء إلى الإسلام لها الأسبقية على الجنسية. فاللجوء إلى امتياز الجنسية أو الدين يعني ضمناً إنكار الطابع الدولي للنزاع لأن القانون الإسلامي ينطبق على الفور بغض النظر عن القانون المعمول به.

وتجدر الإشارة إلى أنه في الحكم رقم ٩٦٥٨ الصادر في ٨ يونيو ٢٠٠٦^٢ - حيث طلبت المحكمة التونسية من المرأة إثبات أنها مسلمة من أجل الحصول على حق الميراث - تبنت حكم محكمة التعقيب ونفس الحل بعد ٤٠ عاماً من ذات الحكم المعروف بقرار حورية رقم ٣٣٨٤ المؤرخ في ٣١ جانفي ١٩٦٦^٣ بشأن امرأة تونسية اسمها حورية مسلمة تقدمت بعد زواجها من فرنسي بطلب الجنسية الفرنسية وحصلت عليها عام ١٩٤٥. وفي عام ١٩٦٠، عند وفاة والدتها، تم الطعن في وضعها بصفقتها وريثة على أساس أن زواجها وتجنيسها يستتبعان ارتدادها، الأمر الذي شكل عائقاً أمام الميراث الذي لم يرد صراحة في المادة ٨٨ من قانون الأحوال المدنية ولكن تنص عليه الشريعة الإسلامية. ولقد أكدت محكمة التعقيب على عدة مبادئ في هذه القضية: بادئ ذي بدء، المادة ٨٨ من مجلة الأحوال الشخصية ليست شاملة ومن الضروري في ظل هذه الشروط أن تطبق على الحالة قواعد الشريعة الإسلامية، التي استوحى منها القانون المذكور المتعلقة بموانع الإرث المنصوص عليها في الشريعة الإسلامية، بالإضافة إلى القتل العمد المنصوص عليه في المادة ٨٨ "من موانع الإرث القتل العمد"^٤، واعتبر

^١المادة ٢، قانون الأسرة المغربي.

^٢حكم رقم ٩٦٥٨، ٨ يونيو ٢٠٠٦.

^٣حكم رقم ٣٣٨٤، ٣١ جانفي ١٩٦٦.

^٤المادة ٨٨ من مجلة الأحوال الشخصية التونسية.

الفقهاء ومحكمة التعقيب أن "من" هي تبعيضية وليست حصرية" وهو ما يعني أنه ليس فقط القتل العمد المانع الوحيد من الارث ولكن أيضا العبودية، والردة، واختلاف الأديان. فإذا كانت هذه المرأة مرتدة، فلا يمكنها أن ترث لأن "الردة تنتج نوعاً من الموت المدني. والمترد إذا لم يترجع، يجب أن يُقتل. ويعتبر منقطعاً عن المجتمع الإسلامي ليس وقت إعدامه بل وقت رده. ثم تطرح المحكمة العليا مبدأً ثانياً يفترض أيضاً اللجوء إلى المصادر الإسلامية وهو البطلان المطلق لزواج المرأة المسلمة من غير المسلم.

في حكم آخر نظرت المحكمة الابتدائية في قضية طلاق تتعلق بامرأة مسلمة تونسية متزوجة من إيطالي اعتنق الإسلام. يحرص القاضي على ملاحظة أنه نظراً لأن أحد الطرفين أجنبي، فإن المرسوم رقم ٥٦ ينطبق. حرمان مبدأ امتياز الجنسية. حيث يكون القانون الايطالي هو الواجب التطبيق على قضية الحال، يتم التأكيد على العكس. معتبراً أن الايطالي لما أسلم لم يعد يرغب في تطبيق قانونه الوطني أي قانون جنسيته وبالتالي فإن اعتناقه للإسلام رجح تطبيق القانون التونسي المسلم وبذلك منع تطبيق القانون الايطالي باعتباره قانون الزوج وقانون جنسيته.

ففي الواقع، إذا كان تغيير الجنسية يعني تغيير الدين من حيث أنه ينطوي على تطبيق قانون غريب عن الإسلام، فمن المنطقي اعتبار أن تغيير الدين لصالح الإسلام يعني الخضوع لمبادئه وما يترتب عنها، وبالتالي يستتبع تغيير في القانون المعمول به". يُظهر الحكم رقم ٩٦٥٨ الصادر في ٨ يونيو ٢٠٠٦ ورقم ٣٣٨٤ المؤرخ في ٣١ يناير ١٩٦٦ حكمة القاضي التونسي في رغبته في تطبيق القانون الوطني الإسلامي وإلغاء القانون الأجنبي.

فمن خلال ذلك اعتبرت المحكمة التونسية أن الحكم الصادر عن "اعتناق الإسلام" بعد ثلاثة أشهر من نفس المحكمة في تونس هو في الاتجاه المعاكس. فيما يتعلق بطلاق امرأة تونسية وإيطالي اعتنق الإسلام، ترى المحكمة أنه من الصعب تطبيق القانون الإيطالي المختص في العادة وفقاً للمادة ٤ الفقرة ٢ من المرسوم. إذ أن تطبيق القانون الإيطالي يؤدي إلى تناقض جوهري مع "أحكام الشريعة الإسلامية التي يتبناها الزوج" ومع "أحكام الديانة التي اعتنقها"، لا سيما أن هذا القانون يفرض فصلاً قانونياً لمدة لا تقل عن خمس سنوات من طلب الطلاق. وبالتالي، يتعارض القانون الإيطالي مع النظام العام التونسي ويتعارض بشكل أساسي مع السياسة التشريعية، وعليه يجب تنحيته جانباً ومنع تطبيقه. هناك يجب ملاحظة أن القاضي يعترض على تطبيق القانون الأجنبي، ليس بمفاهيم القانون التونسي الوضعي، بل بأحكام الشريعة الإسلامية والدين الذي يتبناه الزوج. لذلك فإن محتوى النظام العام ليس واضحاً من تحليل القانون الوضعي بل من القانون الإسلامي.

من خلال هذه الأمثلة وغيرها نلاحظ أنه في كل حالة من الحالات يتم منع تطبيق القانون الأجنبي بناء على مبادئ الشريعة الإسلامية.

كما تجدر الإشارة الى أن أغلب الدول العربية تمنع تطبيق القانون الأجنبي في إطار القانون الدولي الخاص إذا تعلق موضوعه بقضايا الأحوال الشخصية، وخاصة منها قانون الأسرة، من زواج وطلاق ونسب وميراث. حيث يذهب القاضي مباشرة الى تطبيق قانونه الوطني باعتباره يحكم هذه العلاقات التي لها ضوابط دينية متعلقة بأحكام الشريعة الإسلامية التي يتكون منها قانونه الوطني. فحتى لو أن قاعدة الاسناد أشارت عليه بتطبيق القانون الأجنبي فانه لن يقوم بذلك إذا كان هذا الأخير مخالفا لأحكام الشريعة الإسلامية.

من جانبه يستخدم القانون المدني الجزائري فيما يتعلق بالقيم التي يقدرها المجتمع الجزائري مصدرا رئيسيا في المقام الأول ومصادر فرعية أخرى مثل الأحكام. وفي حالة عدم وجود نص قانوني، يفصل القاضي وفقا لمبادئ الشريعة الإسلامية، وفي حالة عدم وجود ذلك، فوفقا للعرف. وعند الاقتضاء، يلجأ إلى القانون الطبيعي وقواعد الإنصاف^١.

وفي نفس السياق، فان بعض المفاهيم القانونية المرتبطة بالشريعة الإسلامية، سواء في القانون المدني أو في قانون الأسرة الجزائري: تعدد الزوجات، التحصيل الشرعي (الكفالة)، البنوة بشروط مقيدة، الطلاق، الخلع تخضع لأحكام الشريعة الإسلامية.

ومن وجهة نظر قانونية غربية، بعض المفاهيم غير معترف بها حقا في البلدان الغربية. وهذا يثير الكثير من المخاوف، والتي يتم تفسيرها من خلال النزاعات المعروضة على القاضي الوطني في مجال العلاقات الدولية الخاصة. في المقابل، هناك مفاهيم قانونية أخرى توجد لدى الغرب مثل: زواج المثليين، وهو مخالف للشريعة الإسلامية التي تعتبر نفسها مصدرا مهما للقانون في غالبية الدول العربية. وكل هذه القوانين الغربية يمكن ردها وعدم تطبيقها من القاضي المسلم نظرا لأنها مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية.

^١ المادة ١، القانون المدني الجزائري.

المطلب الثاني

رفض تطبيق القانون الأجنبي لاعتبارات مزدوجة

ان التموغ الجغرافي للبلاد التونسية في حوض البحر الأبيض المتوسط، باعتبارها همزة وصل بين الشرق والغرب، انعكس على فكرة تطبيق القانون الأجنبي حيث تراوح بين النظام العام والشريعة الاسلامية، فكلما أرادت رفض تطبيق قانون أجنبي اعترضت عليه بفكرة النظام العام فان لم يجد الأمر نفعا لجأت الى مبادئ الشريعة الاسلامية. يمكن استبعاد تطبيق قانون أجنبي وكذلك رفض تنفيذ حكم أجنبي بناء على مخالفته لأحكام الشريعة الاسلامية وهذا هو الحال مع التبني حيث رفضت المحكمة الابتدائية بتونس في قرارها الصادر في ٢٦ يونيو / حزيران ٢٠٠٠ منح التنفيذ لحكم التبني النمساوي لأن المتبني لم يكن مسلما. واستندت المحكمة في ذلك إلى تفسير للمادة ١٠ من قانون ٤ مارس / آذار ١٩٥٨ بشأن الوصاية العامة والوصاية غير الرسمية والتبني التي تنص على أنه "يمكن للتونسي أن يتبنى أجنبيا".

ويحسب المحكمة الجنائية الدولية ليوغوسلافيا السابقة، فإنه "يترتب على هذه القاعدة أن القانون التونسي يمنع الأجانب من تبني تونسي، خاصة أنه لا يوجد في الملف ما يشير إلى أن المتبني قد اعتنق الإسلام". وقد وقعت المحكمة في خلط لمفهوم التبني حيث أن تعليلها مجانيا للصواب لأن التبني من منظور الشريعة الاسلامية لا يجوز. ففي المثال السابق حتى لو كان الشخص المتبني قد اعتنق الاسلام فانه لا يجوز التبني، لذلك رفضت المحكمة إجازة هذا التبني بسبب تعارضه مع النظام العام بالمعنى المقصود في القانون الدولي الخاص. كما أنه باسم الإسلام رفضت محكمة التعقيب منح التنفيذ لحكم يمنح الحضانة لأم أجنبية غير مسلمة.

قررت المحكمة في هذه الشروط أن "ينتهك النظام العام التونسي الدولي، وهو الحكم البلجيكي الذي ينسب الحضانة للأم الأجنبية عندما يكون الطفل تونسي الجنسية، وهو من المسلمين لأنه ينحدر من أب مسلم تونسي وأنه عاش فترة في تونس حيث تكيف مع خصوصيات أسرته وبيئته الوطنية التي استوعبها روحيا وانسجما بوطنه. يتم تقييم عدم معارضة النظام العام في ضوء ما يطرحه دستور المبادئ الأساسية للهوية المتعلقة بالأسرة والمجتمع والتعليم والدين واللغة وخاصة حب الوطن".

كما رفضت محكمة التعقيب التنفيذ لحكم إيطالي يقضي بالانفصال الجسماني لزوجين تونسيين إيطاليين مقيمين في إيطاليا على أساس أن "تونس بلد مسلم يسمح بالطلاق ولا يمكن قبول أي إجراء آخر مخالف لنظامها الاجتماعي".

وفي حالة طلاق الزواج المختلط، حيث يكون الزوج مسلما، يأتي العامل الديني أولا في تحديد مصلحة الطفل الفضلى لتحديد ولي الأمر؛ يجب أن ينشأ الطفل على دين والده، لكن القانون التونسي ينص على أن هذه الأحكام لا تنطبق عندما تمارس الأم حق الحضانة. من الناحية العملية، هذا هو الحال، بالنسبة للأزواج المطلقين المختلطين

المقيمين في تونس، غالبا ما تُنسب الحضانة إلى الأم. يختلف الحل إذا عادت الأم الأجنبية إلى بلدها، وعندئذ تكون امتيازات الوصي ضرورية، ولا يمكن للأم المقيمة في الخارج أن تكون وصية.

رفض القاضي التونسي تنفيذ القرار الأجنبي في حال وجود تعارض بين مضمون القرار والمبادئ الأساسية حيث أن دستوره يقتضي كصفات أساسية للأسرة والمجتمع وتشكل الخيارات التربوية المدمجة فيه الدينية، واللغوية، وكذلك كل ما يدعو إلى حب الوطن الذي هو في الإسلام عنصر أساسي من عناصر الدين.

تناولت المحكمة الابتدائية بتونس العاصمة في ١١ أبريل ١٩٧٧ قضية طلاق مغربي وتونسي وأثارت تلقائياً قاعدة التنازع، لكنها رفضت القانون المغربي المختص عادة لتعارضه مع النظام العام. القانون المغربي، بحسب المحكمة، يتعارض بشكل جوهري مع القانون التونسي من حيث أنه يسمح بالطلاق دون اللجوء إلى المحاكم ويحرم الطرف المتضرر من تعويض الطلاق التعسفي. وبالتالي، فإن القانون المغربي يتعارض مع المبادئ الأساسية ولا سيما السياسة التشريعية ويجب تحييته جانباً والمثول أمام قاضٍ مع ضرورة التعويض عن الضرر في حالة الطلاق باعتباره عنصرين من عناصر النظام العام في القانون التونسي.

كما وقع رفض حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بتونس العاصمة في ٢٧ يونيو ٢٠٠٠ تنفيذ حكم طلاق مصري على أساس معارضتها للنظام الدولي التونسي "كما يتضح من الفصل ٦ من الدستور، المواد ١ و٢ و٧ و١٦. ١- ٢ من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والمواد ١، ٢، ١٦-١ ج من اتفاقية الأمم المتحدة لعام ١٩٧٩ للقضاء على جميع أشكال التمييز "تجاه المرأة".

أخيراً، في قرار أصدرته محكمة التعقيب بتاريخ ٢٢ سبتمبر ١٩٩٩، رُفض الحكم الصادر عن محكمة أجين الكبرى بتاريخ ٢٤ أكتوبر ١٩٩٤، والذي قضى بالطلاق بين زوج تونسي وامرأة فرنسية. كان مقيماً في فرنسا، ومنح حق الحضانة للأم وزيارة الأب. ويطالب الأخير السلطات التونسية بتنفيذ القرار الفرنسي. ولقد رفضت محكمة المنستير الابتدائية ومحكمة الاستئناف بالمنستير الإذن بمعارضة القرار الغريب عن النظام العام. رفض الاستئناف المقدم من المدعي العام، محكمة التعقيب، التي لا تحكم إلا بتطبيق الفصل ٣١٨ من مجلة الإجراءات المدنية والتجارية، ولا تطبق الاتفاقية الفرنسية التونسية المؤرخة ٢٨ يونيو ١٩٧٢، تعلن أيضاً أن القرار مخالف للنظام العام التونسي ويرفض التنفيذ من خلال تناول الحجج التي أصبحت معتادة الآن.

تكنم أصالة هذه القضية في حقيقة أن الاستئناف قد قدم ضد حكم محكمة استئناف المنستير من قبل المدعي العام. اعتمدت محكمة استئناف المنستير، من أجل إعلان القرار الفرنسي بمنح حضانة الأم لطفلها مخالفة للنظام العام التونسي، الحجج الكلاسيكية من الاجتهاد القضائي لمحكمة التعقيب لكنها، على ما يبدو، لم تشر إلى الدستور التونسي.

استند استئناف الادعاء إلى عدة أسباب، وانتقد الاستئناف على وجه الخصوص محكمة استئناف المنستير لأنها أعلنت مخالفة للنظام العام واعتمادها على الاختلاف في الدين بين الأب والأم لتبرير موقفها، دون التأكيد من أن الأم ليست مسلمة. ومن خلال دراستنا للقانون التونسي تبين أن القانون لم يكرس مطلقاً امتياز الجنسية وامتياز الدين؛ فقد كانت السوابق القضائية هي مقدمة هذه الامتيازات. بدأ في عام ١٩٦٣ بقرار "زاكو" حيث قضت محكمة الاستئناف بما يلي: "إذا كان أحد أطراف المحاكمة تونسياً، فإن أحكام النظام الأساسي للأحوال الشخصية التونسية هي التي تسري قبل الآخرين". وقد تلتها أحكام أخرى من بينها قرار المحكمة الابتدائية بتونس بتاريخ ٢٩ يونيو ١٩٩٩ الذي قررت المحكمة فيه أن: "القانون التونسي فقط هو الذي ينطبق في مسائل الطلاق بمجرد أن يكون أحد الطرفين تونسياً في يوم إبرام العقد وهذا وفقاً للنظام العام".

المبحث الرابع

رفض تطبيق القانون الأجنبي بناء على فكرة الغش

ظاهرة الغش مسألة متعارف عليها في المسائل العملية بين الناس كالغش في العمل والغش في الامتحانات...ولكن الغش نحو القانون من المسائل التي لا يعرفها الا أهل القانون وخاصة إذا تعلق الأمر بالقانون الدولي الخاص الذي تكون فيه مسألة الغش صعبة الإثبات إذا ما عمد إليها أحد الأطراف.

ان نشأة فكرة الدفع بعدم تطبيق القانون الأجنبي بناء على الغش نحو القانون يعود فضل الكشف عنها في القانون الدولي الخاص الى القضاء الفرنسي وذلك في النصف الثاني من القرن التاسع عشر عند فصله في احدى القضايا التي صارت في زماننا من أشهر القضايا في القانون الدولي الخاص وهي المعروفة بقضية الأميرة الفرنسية المسماة "De bauffremont".¹

وقد جاء في أسباب هذا الحكم أن تلك الزوجة لا يمكنها في جميع الأحوال الاستفادة من تجنسها الذي طلبته وحصلت عليه في بلد أجنبي بهدف محدد هو تجنب حكم القانون الفرنسي الذي يمنع إبرام زواج ثاني قبل انحلال الأول، وأن التجنس الذي تم في هذه الظروف والزواج الثاني الذي تبعه يكونان غير نافذين في مواجهة الزوج الأول. في هذه الحالة، التي يرجع تاريخها إلى القرن التاسع عشر، تم بالفعل الفصل جسديا بين أمير وأميرة بوفريمون قضائيا. أرادت أميرة بوفريمونت الزواج مرة أخرى، لكن في ذلك الوقت، لم ينص القانون الفرنسي الذي يحكم وضعهم على الطلاق. ومع ذلك، فإن الفصل القانوني الذي سمح لها باختيار مسكن مختلف عن منزل زوجها، استقرت في "دوقية ساكس-الدنيورج" للحصول على الجنسية الألمانية هناك، مما أدى إلى تطبيق القانون الألماني على وضعها الخاص المسموح به في القانون الألماني. بعد ذلك، تزوجت من الأمير بيبسكو، وهو شخص انتقلت معه إلى ألمانيا بشكل مؤقت ثم عادت إلى فرنسا بعد أن تزوجته.

ولقد اتخذ أمير بوفريمونت إجراءات قانونية للحصول على فسخ الزواج. فقضت محكمة النقض، في حكمها الصادر في ١٨ مارس / آذار ١٩٧٨، بأنه "بدون إذن الزوج، كان اكتساب الجنسية الطوعية غير مناسب لتحرير الأميرة من الولاء الفرنسي وبالتالي من قيود القانون الفرنسي".

هذا هو السبب في أن تغيير الجنسية لا يمكن أن يفلت من أحكام النظام العام للقانون الفرنسي. وهكذا، فإن الفعل الذي تم بموجبه تجنيس أميرة بوفريمون على أنها

¹ Arrêt, Princesse De bauffremont, 18 mars 1878.

تحمل الجنسية الألمانية لم يكن قابلاً للتنفيذ ضد الزوج، الأمر الذي أبقاها في علاقة به وأدى إلى فسخ زواجها الثاني. وبهذه الطريقة تصادق محكمة النقض على حكم القضاة الذين حكموا "وفقاً لمبدأ القانون الفرنسي بشأن عدم انفصام الزواج".

حكم أميرة بوفريمونت، الصادر في القانون الدولي الخاص، هو أساس نظرية الاحتيال القانوني. في الواقع، لا يمكن لأي شخص أن يضع نفسه في موقف يستدعي التطبيق القانوني لقانون (هنا، القانون الألماني)، لغرض وحيد هو إحداث آثار (هنا، الطلاق) بما يتعارض مع المبدأ المنصوص عليه في القانون (هنا، حظر الطلاق الذي فرضه القانون الفرنسي في ذلك الوقت).

أما فيما يتعلق بتجاوزات الحقوق التي طرحها الحكم 'Clément-Bayard' لاحقاً، فقد تم الكشف عن الاحتيال لأن الشخص ليس لديه سبب آخر سوى وضع نفسه في هذه الحالة مما يؤدي إلى هروب الشخص من النظام الذي يحكمه. ففي الواقع، قامت أميرة بوفريمونت برحلة عودة إلى ألمانيا فقط بصحبة الشخص الذي أرادت الزواج منه، دون الرغبة في الاستقرار هناك، وبالتالي لغرض وحيد هو الهروب من مبدأ عدم انحلال الزواج.

كما ذكر القانون الروماني، "الاحتيال يفسد كل شيء"، بقدر ما يقره الإلغاء، فإن اللجوء إلى الإجراءات القانونية في حد ذاته قانوني تماماً.

على الرغم من أن الشخص يستخدم الإجراءات القانونية، فإن القاضي بنظرية الاحتيال يدمر الحيلة من خلال وصف السلوك بأنه احتيالي، لأن نية من تلاعب بالقواعد أكثر مما استخدمها قد حصل على أثر مخالف للمقصود من قبل النظام القانوني.

المطلب الأول

تعريف الغش نحو القانون

لقد عرف الفقهاء الغش نحو القانون بعدة تعريفات وان اختلفت من حيث الصياغة الا أنها تصب كلها في مفهوم منسجم يفي بذات الغرض. فهو ذلك الدفع الذي يتمسك به في مواجهة الأشخاص الذين عمدوا لاستبعاد القانون الأجنبي بإخضاع تصرفاتهم إليه بخلقهم ظروفًا خاصة تسمح بإسنادها إليه بدلاً من القانون الوطني الواجب التطبيق أصلاً والعمل بأحكام هذا القانون في النهاية¹. وهو أيضاً يعرف بأنه قيام الأطراف في إطار علاقة قانونية متنازع بشأنها بإحداث آثار قانونية معينة محظورة في القانون الذي يخضعون له بخلق تغيير بطريقة اصطناعية وغير طبيعية يؤدي إلى تغيير

¹ Arrêt Clément-Bayard, <http://www.mafr.fr/spip.php>, Article 2906.

² Albert A. Ehrenzweig, private international law, volume three, Oceana publications, 1977.

ضابط الإسناد في العلاقة¹ ويمكن القول أن الغش نحو القانون هو قيام الفرد بإرادته بتغيير ظرف الإسناد قاصدا تطبيق قانون آخر غير القانون المختص أصلا بتطبيقه على النزاع، فالغش نحو القانون هو التحايل الذي يقع من أحد الأطراف في علاقة مشوبة بعنصر أجنبي تجاه ضابط الإسناد بتغيير ظرف الإسناد بغرض استبعاد تطبيق أحكام قاعدة الإسناد الوطنية الأمر الذي ينجر عنه تطبيق القانون الذي يخدم مصلحته وان كان غير مختص بهذا النزاع.

وعليه فإن الغش نحو القانون هو التحايل على قاعدة الاسناد بإحداث تغيير في المراكز القانونية للأطراف أو أحدهم بغرض استبعاد تطبيق القانون الأجنبي، أو استبعاد القانون الوطني أيضا، فتشير بذلك قاعدة الاسناد على القاضي بتطبيق القانون الذي لم يكن في الأصل هو الواجب التطبيق على النزاع المشوب بعنصر أجنبي في إطار القانون الدولي الخاص.

فالغش نحو القانون الدولي الخاص يختلف عن قانون النظام *Loi de Police* والنظام العام وعن الشريعة الإسلامية؛ ذلك أن الغش نحو القانون يقوم على فكرة أساسية ارادية تتمثل في أن يقوم أحد أطراف العلاقة التي يشوبها عنصر أجنبي بارتكاب فعل مادي بنية التحايل على قاعدة الإسناد الوطنية، ويكون هذا الفعل مشروعا في أغلب الأحوال المتصورة، حيث لا يشكل الفعل المادي الذي يرتكبه المتحايل مخالفة للقانون؛ حيث أنه وفي حال أن يكون الفعل غير مشروع جزائيا فيترتب عليه مسؤولية جزائية، وإن لم يكن الفعل مشروعا مدنيا وقد أدى لضرر لحق بخصمه فيترتب عليه مسؤولية المتحايل المدنية المتمثلة بالتعويض أو أي مقتضى قانوني آخر، غير أنه في حالة الغش نحو القانون الدولي الخاص فإنه يترتب جزاء من نوع آخر يصح أن نقول أنه من جنس عمله الذي ارتكبه قاصدا التهرب من أحكام قاعدة الإسناد الوطنية باستبعاد تطبيق القانون الأجنبي الذي تم التحايل على قاعدة الإسناد بغية تطبيقه، أو تهربا من تطبيق أحكام القانون الذي عينته قاعدة الإسناد.

فأصل العمل الذي قام به أحد الأطراف مشروعا قانونا ولكن أريد به باطل كما يقال اذ لولا وجود هذا النزاع ما كان ليقوم بهذا العمل القانوني. فمثلا إذا كان هناك نزاع بين وطني وأجنبي وقاعدة الاسناد ستشير فيه على القاضي بتطبيق قانون جنسية المدعى عليه الذي في مثالنا هذا أجنبي وتكون فيه القضية لصالح الأجنبي إذا طبق قانون القاضي فيقوم هذا الأجنبي بعملية استباقية ويأخذ جنسية القاضي بغاية خضوعه لما ستشير عليه قاعدة الاسناد وهو قانون المدعى عليه فيصبح في هذه الحالة خاضعا للقانون الوطني

¹ Martin Wolff, Private International Law, oxford university press, Second edition, 1950, page 140.

الجديد الذي يحمل جنسيته. فأخذه للجنسية مشروع ولكن كان لغاية كسب هذه القضية وهو ما أضفى عليه صفة الغش نحو القانون باعتباره متحايلا.

المطلب الثاني

رفض تطبيق القانون الأجنبي بناء على ثبوت الغش

ليتم رفض تطبيق القانون الأجنبي يجب أن تثبت عملية الغش حيث يشترط للدفع بالغش نحو القانون أن يتوافر عنصر مادي في الغش وهو إجراء تغيير إرادي في ضابط الإسناد. كما يجب أن يكون هذا التغيير في ضابط من ضوابط الإسناد التي يمكن تغييرها بشكل إرادي. مثل تغيير مكان الإقامة أو الجنسية أو الموطن أو موقع المنقول أو مكان إبرام العقد. كما يشترط أن يكون هذا التغيير فعلياً إذ لو كان تغيير ضابط الإسناد سوريا فهنا لا حاجة لإعمال الدفع بالغش نحو القانون، إذ يكفي بهذه الحالة التمسك بأحكام الصورية لإبطال كل أثر لهذا التغيير، فإذا غير شخص موطنه سوريا فلا عبء بهذا التغيير، فالعبء في الموطن الحقيقي والفعلي. كما يشترط أيضاً أن يكون التغيير جائزاً قانوناً. حيث أنه لو كانت الطريقة المستخدمة في التغيير غير مشروعة كأن يتم تغيير الجنسية عن طريق الغش في أحكام قانون الجنسية، فإنه لا يجوز في هذه الحالة الاعتداد بالجنسية المكتسبة عن طريق الغش وتكون العبء بالجنسية الأصلية التي كانت معه.

كذلك من الشروط التي تثبت وجود الغش نحو القانون لمنع تطبيق القانون الأجنبي هو توفر نية التحايل أي يجب أن تثبت النية في قيامه بعملية الغش بقصد استبعاد تطبيق القانون الأجنبي. وأما إذا كانت مجرد توافق بين الظروف أي بين اقدمه على طلب تغيير الجنسية وقضية الحال فإنه لا يعتبر متحايلاً وبالتالي لا يوجد قصد الغش وإنما خدمته الظروف ليفلت من تطبيق القانون الأجنبي.

ففي حالة تحقق الغش نحو القانون وثبوتها على القائم به في إطار القانون الدولي الخاص فإنه يترتب عليه بطلان ظرف الإسناد الذي قام الشخص بتغييره بغاية ونية الغش. فلو كانت الغاية من تغيير الجنسية التفصي من تطبيق القانون الأجنبي فإن هذه الجنسية الجديدة لا تعتبر ظرف اسناد لأن طريق الحصول عليها كان بنية الغش نحو تطبيق القانون الأجنبي.

ففي قضية تتعلق بالمواريث لأمكري بفرنسا، تتلخص وقائعها في أن المورث الذي كان يملك عقارا في فرنسا وقد استشعر قرب نهاية أجله أراد أن يتفصي من أحكام القانون الفرنسي واجب التطبيق على الميراث في العقارات "الهرب من فكرة النصيب أو الحصة المحجوزة التي يعرفها القانون الفرنسي لمصلحة أطفاله" فقدم عقاره بوصفه حصة عينية في شركة لقاء حصوله على أسهم فيها قاصدا إخضاع هذا الميراث لقانون موطنه أي القانون الأمريكي الذي يجهل فكرة النصيب المحجوز".

ولقد أثبتت بعد وفاة المورث مسألة الغش نحو القانون الفرنسي المختص في الأصل بحكم الارث على العقار. فاستجابت المحكمة الفرنسية لطلب الأبناء واستبعدت

تطبيق القانون الأمريكي الذي تم التوصل اليه عن طريق الغش وطبقت القانون الفرنسي بوصفه القانون الواجب التطبيق على النزاع.

ويمكن اثبات الغش نحو تطبيق القانون الأجنبي من خلال القرائن مثلاً. ومن القرائن التي يمكن أن تشير الى تحقق نية الغش حالة التلازم الزمني بين الاجراء المادي، أي تغيير ضابط وبيان القيام بالتصرف المراد إخضاعه للقانون الجديد، ومثالها أن يتجنس شخص بجنسية جديدة ويقوم فور تجنسه بالحصول على التطبيق الذي لم يكن قانون جنسيته الأولى يسمح به. ففي قضية الأميرة "De bauffremont" كان من السهل اكتشاف قصد ونية الغش فقد تتابعت الأحداث بصورة تكشف عن حقيقة نواياها، فبمجرد اكتسابها الجنسية الألمانية سارعت بالحصول على الطلاق من القضاء الألماني ثم تزوجت بشخص آخر وهي قرائن تكشف عن مقصدها من تغيير جنسيتها وذلك بالتهرب من أحكام القانون المختص في الأصل بحكم العلاقة.

ولكن تجدر الإشارة الى مسألة جد مهمة تعتبر استثناء من قاعدة الغش نحو القانون، وهي تغيير الدين من الكفر الى الإسلام حيث أن الأمر فيها ذو أهمية بمكان. فلو غير شخص أجنبي ديانته الى السلام بنية إيقاع الطلاق الذي تمنعه بلده ربما لمسائل تتعلق بديانة تلك البلد التي تحظر فيها الطلاق فان هذا التغيير للديانة الذي قام به هذا الشخص من الكفر الى الإسلام يعتبر صحيحاً ولا يمكن ابطاله لأنه يتعلق بضمير هذا الشخص وباطنه حيث قال رسول الله صلى الله عليه وسلم للصحابي الذي قتل الشخص الذي كان على الكفر وأعلن اسلامه عندما ضفر به وقتله "أشقت قلبه" وعليه فانه يتم الاعتراف بالأثر المترتب على تغيير الديانة ولا يمكن التمسك بفكرة الغش نحو القانون في مثل هذه الحالات. ويعتبر في مصر الدفع بالغش فيما يتعلق بتغيير الديانة أمراً لا عمل عليه ولا يمكن تصنيفه على أنه غش نحو القانون. وفي حالة مشابهة ولكن لا تتعلق بمسألة الغش نحو القانون فقد أخذت المحكمة التونسية بضابط الديانة لشخص إيطالي أسلم عوضاً عن ضابط الجنسية الذي كان يوجب تطبيق القانون الإيطالي على تلك القضية. فمن خلال المثال التونسي والمصري يتبين أهمية ضابط الدين سواء تعلق به غش أم لا. وفي تقديرنا أن هذا الرأي يبين أهمية المحافظة على النظام العام الإسلامي حتى ولو كانت نية الشخص سيئة فوزره يحمله على نفسه حيث أنه كما يقول الحق تبارك وتعالى: "ألا تزرر وازرة وزر أخرى".^١

^١سورة النجم، الآية ٣٨.

الخاتمة:

في ختام هذا البحث لا يسعنا الا أن نذكر بأن موضوع موانع تطبيق القانون الأجنبي في القانون الدولي الخاص يعتبر من أهم المعضلات التي تواجه تطبيق القانون الذي أحالت اليه قاعدة الاسناد، والتي تعتبر قاعدة محايدة وموضوعية ومشروعة. ورغم ذلك فان قوانين معظم البلدان بل قل كلها تلجأ الى أحد الموانع التي تعرضنا لها بالتحليل (فكرة النظام *loi de Ploice*، فكرة النظام العام، فكرة الشريعة الإسلامية، فكرة الغش نحو القانون...) لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي الذي يمكن أن يكون أكثر ملاءمة للنزاع المعروض على القاضي الوطني.

النتائج:

- أن موضوع موانع تطبيق القانون الأجنبي عرف جدلا واسعا بين فقهاء القانون وطنيا ودوليا.
- أن موانع تطبيق القانون الأجنبي عديدة ومتعددة مثل: قانون النظام والنظام العام والشريعة الإسلامية والغش نحو القانون.
- أن أغلب التشريعات في مختلف بلدان العالم تأخذ بها مع اختلاف درجات الأخذ.
- أن موانع تطبيق القانون الأجنبي أصبحت عائقا كبيرا أمام تطبيق القانون الأجنبي من طرف القاضي الوطني.
- في بعض البلدان لم ينص المشرع على بعض الموانع ولكن المحاكم لجأت اليها لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي مثل الشريعة الإسلامية في تونس.
- إن تعيين القانون الوطني كقانون للمنافسة يقاس حتما بالنطاق الإقليمي أو بالإجراء المفتوح كما هو الحال في فرنسا.
- بعض البلدان تستعمل أكثر من مانع للاعتراض على تطبيق القانون الأجنبي حتى لا يترك سبيل للجوء اليه. وهو ما أطلقنا عليه الأخذ المزدوج.
- يُظهر تاريخ القانون الدولي الخاص أن المحاكم لا تتردد في رفض تطبيق القانون الأجنبي المحدد في قاعدة تنازع القوانين كلما بدا القانون الأجنبي غير متوافق للغاية مع الحلول المختلفة للقانون الوطني للمحكمة.
- إن استثناء الموانع المذكورة في البحث يشكل خروجاً حقيقياً عن مبدأ حياد قاعدة التنازع.

التوصيات:

- يجب ألا تضيق الموانع التي تم التعرض اليها على تطبيق القانون الأجنبي الى درجة الغائه.
- يجب وضع قيود دولية على هذه الموانع بحيث لا يتم اللجوء اليها الا في حالات الضرورة.
- يجب مراجعة التشريعات الوطنية المتعلقة بجملة الموانع التي حددتها ومحاولة ضبطها وجعلها أكثر مرونة.
- يجب التقليل من عدد الموانع التي تحول دون تطبيق القانون الأجنبي.
- حصر الموانع في المسائل المتعلقة بالديانات وحقوق الانسان.
- يجب استحداث فكرة الأثر المخفف للموانع والتي تهدف إلى التخفيف من حدة هذه الموانع عن طريق الاعتداد إلى حد كبير بآثار الحقوق والمراكز القانونية المنشأة بالخارج وليس بدولة القاضي الوطني.

المراجع

-المراجع العربية-

-القرآن الكريم.

-السنة النبوية

-الاستئناف رقم ١١-٢٧.٧٤٨-١٢ مارس ٢٠١٣.

-الغرفة التجارية، ١٥ ديسمبر ٢٠٠٩، الاستئناف رقم ٠٨-١٤.٩٤٩-٠٨، Bull.

،2009، IV، no 164، Com.؛ 22 يونيو ٢٠١٠. الاستئناف رقم ٠٩-٦٥.٤٨١-٠٩،

النشرة. ٢٠١٠، IV، رقم ١١٣.

-الغرفة التجارية، ٢١ مارس ٢٠٠٦، الاستئناف رقم ٠٤-١٧.٨٦٩-٠٤.

-حكم رقم ٩٦٥٨، ٨ يونيو ٢٠٠٦.

-الغرفة التجارية، ١٤ مايو ١٩٩٦، الاستئناف رقم ٩٤-١٦.١٨٦-٩٤.

-حكم رقم ٣٣٨٤، ٣١ جانفي ١٩٦٦.

-المادة ٨٨ من مجلة الأحوال الشخصية التونسية.

-المادة ١، القانون المدني الجزائري.

-المادة ٢، قانون الأسرة المغربي.

-المراجع الأجنبية-

-Albert A. Ehrenzweig, private international law, volume three, Oceana publications, 1977.

-Andreas Bucher, L'ordre public et le but social des lois en droit international privé, Académie de Droit International de La Haye, Lille (France), 1994.

-Andréas Bucher, La dimension sociale du droit international privé, Cours général, Les livres de poche de l'académie de droit international de La Haye, Adi-poche 2011.

- Audit B., Droit international privé, Economica, 2006, n°308.

-Daniel Stercks, Le mariage en droit civil, Larcier Editions, Bruxelles (Belgique), 2004.

-Dominique Bureau et Louis d'Avout, JCP, éd. gén. no 40, 4 octobre 2010.

-Françoise Monéger, Droit international privé, Litec, 4e éd., 2007.

-Gaudemet-Tallon H., « Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses », Rec. des cours, La Haye, tome CCCXII, p. 263 et p. 264.

-Loussouarn Y., P. Bourel P. de Vareilles-Sommières, Droit international privé, Dalloz, 10th éd., 2013.

-Marie- Christine Meyzeaud-Garaud, Droit international privé, 2ème édition, Bréal édition, France, 2008.

-Martin Wolff, Private International Law, oxford university press, Second edition, 1950.

-Niboyet M.-L, Gazette du Palais, 22 mars 2008.

-Niboyet M.-Let G. Geouffre de la Pradelle, Droit international privé, L.G.D.J (2007), n°307.

-Marc Fallon, La nouvelle loi sur le droit international privé : la loi du 16 juillet 2004, Editions Kluwer, Bruxelles (Belgique), 2004.

- Mayer P. and V. Heuzé, Droit international privé, Montchrestien, 11th éd., 2014.

-Pierre Mercier, Conflits de civilisations et droit international privé ; polygamie et répudiation, Librairie Droz, Genève (Suisse), 1970.

Phocion Francescakis, Rev. crit. DIP 1966.

-Siehr K., Internationales Privatrecht, C.F Müller, 2001, p. 485.

-Raymond Goy, Du droit interne au droit international ; le facteur religieux et l'exigence des droits de l'homme, Publications de l'université de Rouen, Rouen (France), 1998.

-les livres de poche de l'Académie de Droit International de La Haye, La Haye (la Hollande), 2011.

ˆCours général de droit international privé, Rec. Acad. La Haye, 1973.

-Rev. Crit. DIP 1974, 30, p. 275.

-1re Civ., 18 janvier 2017, pourvoi no 15-26.105.

-Com., 20 avril 2017, no 15-16.922, publié au Bulletin.

- 1re Civ., 18 février 2015, pourvoi no 11-11.054, Bull. 2015.
- Com., 24 novembre 2015, pourvoi no 14-14.924, Bull. 2015.
- 1re Civ., 16 septembre 2015, pourvoi no 14-10.373, Bull. 2015, I, no 209.
- Soc., 21 mai 2014, pourvoi no 13-11.694.
- 26 mars 2013, pourvoi no 11-25.580, Bull. 2013.
- 1re Civ., 19 juin 2013, pourvoi no 12-18.032, Bull. 2013.
- Soc., 8 février 2012, pourvoi no 10-28.537, Bull. 2012, V, no 63.
- arrêt du 4 octobre 2012, Format Urządzenia i MontażPrzemysłowe, C-115/11).
- 1re Civ., 10 octobre 2012, pourvoi no 11-18.345, Bull. 2012, I, no 194.
- Com., 27 avril 2011, no 09-13.524, Bull. 2011, IV, no 60.
- 25 octobre 2011, pourvoi no 09-43.536.
- Com., 13 juillet 2010, pourvoi no 10-12.154, Bull. 2010.
- « Protection du sous-traitant en matière internationale : la Cour de cassation fait volte-face », D. 2008, p. 753, commentaire de l'arrêt de la chambre mixte du 30 novembre 2007.
- 1re Civ., 30 janvier 2007, pourvoi no 03-12.354, Bull. 2007, I, no 44.
- Ch. mixte, 30 novembre 2007, pourvoi no 06-14.006, Bull. 2007, Ch. mixte, no 12, Rapport 2007.
- Com., 14 janvier 2004, pourvoi no 00-17.978, Bull. 2004, IV, no 9), d'un arrêt du 3 juin 2004.
- 2e Civ., 3 juin 2004, pourvoi no 02-12.989, Bull. 2004.
- Communiqué de la Cour de cassation annexé à l'arrêt Soc., 10 mai 2006, Moukarim (Service de documentation et d'études de la Cour de cassation ; <http://www.courdecassation.fr/juris...>).

- 1re Civ., 9 décembre 2003, pourvoi no 01-10.264, Bull. 2003.
- 1re Civ., 5 mars 2002, pourvoi no 99-20.755, Bull. 2002, I, no 75.
- CJUE, arrêt du 9 novembre 2000, Ingmar/GB, C-381/98.
- Com., 28 novembre 2000, pourvoi no 98-11.335, Bull. 2000, IV, no 183, Rapport 2000.
- 1re Civ., 19 octobre 1999, pourvoi no 97-17.650, Bull. 1999, I, no 281.
- CJCE, arrêt du 23 novembre 1999, Arbalde, C-369/96 et C-376/96.
- 1re Civ., 10 février 1998, pourvoi no 95-19.030, Bull. 1998, I, no 51.
- 1re Civ., 28 mai 1991, pourvoi no 89-19.725, Bull. 1991, I, no 172.
- 1re Civ., 28 mai 1991, pourvoi no 89-19.725, Bull. 1991, I, no 172.
- Arrêt, Princesse De bauffremont, 18 mars 1878.
- 1re Civ., 22 décembre 1959, RCDIP 1960, p. 361, note F. Terré.
- Arrêt Clément-Bayard, <http://www.mafr.fr/spip.php>, Article 2906.
- Arrêt Cour Suprême, U.S. 1 (1842).
- Article 3 de la loi d-1re Civ., 10 avril 2013, pourvoi no 11-12.508, Bull. 2013.
- Droit de l'État de New York, Soc., 8 février 2012.
- Article 6, a. 2 (article 8, a. 2 à 4 du règlement « Rome I ».
- (CE) no 883/2004 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004.
- Article 24 modifié par la loi 05-10, modifiant le code civil Algérien.

-Marie-Claire Foblets, Les familles maghrébines et la justice en Belgique ; anthropologie juridique et immigration, Karthala éditions, France, 1994, page 31-32.

-Article 12 paragraphe modifié par la loi 05-10, modifiant le code civil Algérien.

-Article 13 ter nouveau paragraphe 02 et 03 ajouté par la loi 05-10, modifiant le code civil Algérien.

-Article 3081 du code civil du Québec.

-Article 2060 paragraphe 01 du code civil Français.

-Article 04 du code Algérien de la famille.

-Article 17 de la loi suisse sur le droit international privé.

-Article 2060 paragraphe 01 du code civil Français.