1985
جامعة محمد بوضياف - المسيلة
Université Mohamed Boudiaf - M'sila

مجلة الأستاذ الباحث
للدراسات القانونية و السياسية

جامعة محمد بوضياف بالمسيلة

كلية الحقوق و العلوم السياسية

مجلة الأستاذ الباحث

للدراسات القانونية و السياسية

مجلة فصلية دولية علمية محكمة تصدر عن كلية
الحقوق والعلوم السياسية
جامعة محمد بوضياف بالمسيلة – الجزائر

(المجلد الأول)

الإيداع القانوني
2016-857

الترقيم الدولي
ISSN 2507 - 7295

العدد السابع
سبتمبر 2017

جامعة محمد بوضياف بالمسيلة
كلية الحقوق والعلوم السياسية

مجلة الأُستاذ البَاحث
للدراسات القانونية والسياسية

مجلة فصلية دولية علمية محكمة تصدر عن كلية الحقوق
والعلوم السياسية
جامعة محمد بوضياف بالمسيلة – الجزائر
الترقيم الدولي
ISSN 2507 - 7295
الإيداع القانوني
2016-857

العدد السابع - سبتمبر 2017

(المجلد الأول)

قواعد النشر وشروطه

1- اللغة المستعملة : تحرر المقالات باللغة العربية وباللغة الأجنبية (فرنسية – أنجليزية)، و أن لا يقل المقال عن 15 صفحة ولا تجاوز 30 صفحة.

2- إرسال السيرة الذاتية لكاتب المقال .

3- يستعمل خط Sakkal Majalla رقم 16 ، والخط times new roman رقم 16 للغة الأجنبية (فرنسية – أنجليزية).

* يجب أن يتضمن المقال ملخص و كلمات مفتاحية أحدهما باللغة العربية و الأخرى باللغة الأجنبية ، كذلك يجب أن يترجم عنوان المقال إلى لغة أخرى غير اللغة الأصلية للمقال .

4- يجب أن تكون الهوامش في آخر المقال (بطريقة التهميش المستمر) .

* يجب أن تكون أرقام التهميش [1] دون زيادة الأقواص أو مطة أو ما شابه ذلك مثل : [(1)] .

5- يجب أن لا يكون المقال المقدم قد سبق نشره ، وأن لا يكون مقدما للنشر في مجلة أخرى .

6- الموضوعات التي تنشر في المجلة تعبر بالضرورة عن أراء الباحثين ولا مسؤولية للمجلة في هذا الشأن .

7- كل مقال لا يحترم المقاييس التقنية و المنهجية و القيم العلمية لا ينشر.

8- الدراسات والبحوث والمقالات التي تصل إلى المجلة لا ترد إلى أصحابها سواء نشرت أو لم تنشر.

9- ترسل المداخلات كاملة على البريد الإلكتروني التالي :

revue.proffcherch@gmail.com

10- يجب على كاتب المقال أن يُدرج رقم الهاتف و البريد الإلكتروني لإتاحة التواصل معه .

الرئيس الشرفي لمجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية

مدير الجامعة

- الأستاذ الدكتور : بوطرفاية أحمد

مدير المجلة

- الدكتور عبد النور مبروك

رئيس التحرير

- الدكتور لجلط فواز

نائب رئيس التحرير

- الدكتور غربي عزوز

أمانة التحرير

- أ- رابعي إبراهيم
- أ- مقدم ياسين
- د- بوعيسي حسام الدين
- د- ولهي المختار
- د- بلعسل محمد
- أ- رويصات المسعود
- د- شطاب كمال
- أ- حمريط عبد الغني

التدقيق اللغوي والإخراج

- حمادي محمد رضا
- خلفة عبد الرحمن

لجنة القراءة من داخل الجزائر

الأستاذ الدكتور بوبكر عبد القادر	جامعة الجزائر01	الأستاذ الدكتور بختي العربي	جامعة محمد بوضياف - المسيلة
الأستاذة الدكتورة غوتي سعاد	جامعة الجزائر01	الأستاذ الدكتور دخان نورالدين	جامعة محمد بوضياف - المسيلة
الأستاذ الدكتور كايس شريف	جامعة تيزي وزو	الأستاذ الدكتور غرابي أحمد	جامعة محمد بوضياف - المسيلة
الأستاذ الدكتور بن علية حميد	جامعة الجلفة	الأستاذ الدكتور فريجة حسين	جامعة محمد بوضياف - المسيلة
الأستاذة الدكتورة طيبي سعاد	جامعة الخميس مليانة	الدكتور مبروك عبد النور	جامعة محمد بوضياف - المسيلة
الدكتورة مسراتي سليمة	جامعة البليدة	الدكتور والي عبد اللطيف	جامعة محمد بوضياف - المسيلة
الدكتور ساعد العقون	جامعة الجلفة	الدكتور لجلط فواز	جامعة محمد بوضياف - المسيلة
الدكتور سلامي مولود	جامعة باتنة 01	الدكتورة ضريفي نادية	جامعة محمد بوضياف - المسيلة
الدكتور ضريفي الصادق	جامعة البويرة	الدكتور خضري حمزة	جامعة محمد بوضياف - المسيلة
الدكتور بقدار كمال	جامعة معسكر	الدكتور ذبيح ميلود	جامعة محمد بوضياف - المسيلة
الدكتور هواري عنتر	جامعة سيدي بلعباس	الدكتور غربي عزوز	جامعة محمد بوضياف - المسيلة
الدكتور محمد دحدوح	جامعة أم البواقي	الدكتور بوعيسي حسام	جامعة محمد بوضياف - المسيلة
الدكتور ولد عمر الطيب	جامعة تيارت	الدكتور بلعسل محمد	جامعة محمد بوضياف - المسيلة
الدكتور مختار بن عابد	جامعة تندوف	الدكتور شطاب كمال	جامعة محمد بوضياف - المسيلة
الدكتور شريف شريفي	جامعة النعامة	الدكتور ابرادشة فريد	جامعة محمد بوضياف - المسيلة
الدكتور فاتح خلاف	جامعة جيجل	الدكتور مقيرش محمد	جامعة محمد بوضياف - المسيلة
الدكتورة حساين سامية	جامعة بومرداس	الدكتور قارة مولود	جامعة محمد بوضياف - المسيلة
الدكتور عبد القادر غيتاوي	جامعة أدرار	الدكتور فريجة محمد هشام	جامعة محمد بوضياف - المسيلة
الدكتور عادل زياد	جامعة خنشلة	الدكتور دحية عبد اللطيف	جامعة محمد بوضياف - المسيلة
الدكتور رابحي لخضر	جامعة الاغواط	الدكتور شاعة محمد	جامعة محمد بوضياف - المسيلة
الدكتور حاحة عبد العالي	جامعة بسكرة	الدكتور هوادف عبد الله	جامعة محمد بوضياف - المسيلة
الدكتور بلعزام مبروك	جامعة سطيف	الدكتور قسمية محمد	جامعة محمد بوضياف - المسيلة
الدكتور عبد الوهاب علاق	جامعة تبسة	الدكتور بلواضح الطيب	جامعة محمد بوضياف - المسيلة
الدكتور احمد سويقات	جامعة ورقلة	الدكتور بركات محمد	جامعة محمد بوضياف - المسيلة
الدكتور هاملي محمد	جامعة تلمسان – مغنية -	الدكتور عبد الله زوبيري	جامعة محمد بوضياف - المسيلة
الدكتور بعجي نور الدين	جامعة الجزائر01	الدكتور بقة عبد الحفيظ	جامعة محمد بوضياف - المسيلة
الدكتور يوسفات علي هاشم	جامعة أدرار	الدكتور بن عيشة عبد الحميد	جامعة الجزائر01

لجنة القراءة من خارج الجزائر

الأستاذ الدكتور مازن ليلو راضي	الجامعة المستنصرية – العراق	الأستاذ الدكتور محمد بن نصر محمد	جامعة طيبة – المدينة المنور - السعودية
الدكتور محمد الداه عبد القادر	جامعة نواقشط - موريتانيا	الدكتور هشام عبد السيد الصافي محمد بدر الدين	جامعة حلوان - مصر
الدكتورة زرارة عواطف	جامعة الشارقة		
الدكتور هشام إبراهيم منصان	جامعة القاهرة	الدكتور صباح رمضان ياسين	جامعة زاخو - العراق
الأستاذ الدكتور أحمد الحضراني	جامعة فاس - المغرب	الدكتور أبوبكر أحمد عثمان النعيمي	جامعة الشارقة
الأستاذ الدكتور يسري أبو العلا	جامعة بنها - مصر	الدكتور نجيب بن عمر عوينات	جامعة تونس
		الدكتور ظافر مدحي فيصل الدوري	جامعة تكريت -العراق

الإفتتاحية

كلمة السيد عميد كلية الحقوق والعلوم السياسية
لمجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية

تشهد كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة محمد بوضياف حراكا علميا يتماشى واهداف الجامعة المتعلقة بتطوير وترقية البحث العلمي، وقد جسدت كلية الحقوق والعلوم السياسية هذا الحراك العلمي من خلال جملة من الأنشطة العلمية أهمها إصدار العدد الأول من مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية ، وهي مجلة فصلية دولية علمية محكمة تهتم بنشر دراسات الباحثين في المجالين القانوني والسياسي .

لقد اعتمدت مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية خطا بحثيا راسخا ومنهجا علميا واضحا ، يقوم على الالتزام الدائم من قبل الباحثين على الابتكار والتجديد في كل ما يقومون بنشره، بغية الوصول إلى الأهداف السامية للبحث العلمي التي هي في الأساس خدمة الإنسان ، وتنوير وتقديم المعرفة لكل المهتمين بالدراسات القانونية والسياسية .

إن مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية تسهر دائما على تقديم المتميز من البحوث العلمية الذي يخدم البحث العلمي ويعود بالفائدة على كل الباحثين ، وهذا من خلال جهد طاقمها الإداري وأعضاء لجنة القراءة التي حرصنا فيها على التنوع في التخصص العلمي والتنوع أيضا في الجامعات من داخل الوطن وخارجه .

كما لا يفوتني في هذه الكلمة أن أتقدم بخالص شكري لكل القائمين على هذا العمل وأخص بالذكر هيئة التحرير ، وكذا السيد مدير الجامعة الأستاذ الدكتور بوطرفاية أحمد على كل العون الذي قدمه ويقدمه لكل جهد وعمل علمي ، يساهم في تطوير وترقية الجامعة الجزائرية .

مدير المجلة
عميد كلية الحقوق والعلوم السياسية
الدكتور عبد النور مبروك

الفهرس

المسئولية الدولية والمدنية والجنائية لمرتكبي جرائم الإبادة أمام القضاء ... 08

محمد نصر القطري / جامعة طيبة - المملكة العربية السعودية

آليات الدفع بالنظام العام في مسائل الأحوال الشخصية - التبني والانفصال الجسماني نموذجا - 62

حمادي عبد الفتاح / جامعة محمد بوضياف - المسيلة

شهر الدعوى العقارية 80

بوقرة العمرية / جامعة محمد بوضياف - المسيلة

النظام القانوني للدائرة في الجزائر 93

لصلج نوال / جامعة 20 أوت 1955 - سكيكدة

مفهوم الأمن المحلي في القانون الجزائري 111

حاج جاب الله أمال / جامعة الجزائر 1

خصوصية الوفاء الالكتروني ودورها في المعاملات التجارية 130

بحماوي الشريف / جامعة أحمد دراية - أدرار

سليماني مصطفى / طالب دكتوراه جامعة أحمد دراية - أدرار

مسؤولية المنتج عن منتجاته في ظل قواعد المسؤولية المدنية 146

ختير مسعود / جامعة أحمد دراية - أدرار

عزيزي عبد القادر / طالب دكتوراه جامعة أحمد دراية - أدرار

منازعات الابعاد الإداري للأجانب في القانون الجزائري 161

خديجي أحمد / جامعة قاصدي مرباح - ورقلة

جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين للحصول على امتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية 173

عنان جمال الدين / جامعة محمد بوضياف - المسيلة

المعارضة كسبب لرفض الوفاء بقيمة الشيك 191
حوالف حليمة / جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان

بن طيبي مبارك / جامعة أحمد دراية - أدرار

دور الجامعة : بين جدلية إنتاج المعرفة وتحقيق الأهداف المطلوبة من المجتمع 204
العلمي فريدة / طالبة دكتوراه جامعة باتنة 1

روابحي رزيقة / طالبة دكتوراه جامعة الجزائر 3

الإطار النظري والقانوني لمبدأ عدم التدخل في القانون الدولي المعاصر..... 217
غرادين خديجة / طالبة دكتوراه جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان

المنظمة العالمية للتجارة وتأثيرها على الجزائر في حالة الانضمام 242
سلامي ميلود/ جامعة باتنة 1

بوستة جمال / طالب دكتوراه جامعة باتنة 1

دراسة تحليلية للطبيعة القانونية لعقد ترخيص استغلال براءة الاختراع ... 257
بوريويس لعيرج / جامعة محمد طاهري - بشار

قنقارة سليمان / طالب دكتوراه جامعة محمد طاهري - بشار

حماية الطفل الجانح في مرحلة المحاكمة الجزائية على ضوء القانون 12/15 270
عربوز فاطمة الزهراء/ طالبة دكتوراه جامعة جيلالي اليابس - سيدي بلعباس

تطور حقل تحليل السياسة الخارجية : دراسة الأعمال النموذجية 289
شاعة محمد / جامعة محمد بوضياف - المسيلة

سماع أقوال الشهود في مرحلة البحث والتحري عن الجرائم 315
بوعزيز شهرزاد / جامعة 20 أوت 1955 - سكيكدة

الآليات القانونية والمؤسساتية للوقاية من الفساد ومكافحته في مجال الصفقات العمومية 342
بوشارب أحمد / جامعة الجزائر3

المقاربات العملية لبناء الدولة - الأمة : دراسة في المتطلبات والفواعل 365
معماش هدى / طالبة دكتوراه

المدرسة الوطنية العليا للعلوم السياسية

آلية الدفع بالنظام العام في مسائل الأحوال الشخصية

- التّبني والانفصال الجسماني نموذجا-

Mechanism OF the ordre public exception in matters of personal status

- Adoption and physical separation -

تاريخ إرسال المقال : 2017/01/17 تاريخ قبول المقال للنشر : 2017/06/05

حمادي عبد الفتاح / جامعة محمد بوضياف - المسيلة

الملخص :

تروم هذه الدراسة بحث مدى فاعلية الآلية المعتمدة في التشريع الجزائري لحماية الخصوصية القيميّة، التي تطبع النظام القانوني الأسري بشأن التنازع الدولي في مسائل التّبني والانفصال الجسماني، المستحدَثيْن بموجب القانون 10-05 المعدّل لقواعد القانون الدولي الخاص.

الكلمات المفتاحية : النظام العام ، الدفع بالنظام العام ، القانون الوطني ، الانفصال الجسماني ، التبني ، التنازع الدولي ، قانون الأسرة .

Abstract :

This study aims at examining the effectiveness of the mechanism adopted in Algerian legislation, to protect the fundamental principles, that characterize the family's legal system on international conflict about adoption and physical separation issues, prescribed by the law 05-10, which amend the rules of private international law.

مقدمة :

تُعدّ سمتي الحيادية والازدواجية في قاعدة الإسناد هما معقد الارتكاز في المفاضلة التي يُجريها القاضي الوطني لحلحلة أي تنازع دولي بشأن مراكز قانونية خاصّة مشتملة على عنصر أجنبي. إذ تتكفل صفات هذه الوسيلة الفنية بالربط المجرد بين فئة محددة من العلاقات القانونية وبين أحد القوانين المرشحة لحُكمها، وهذا ما يجعلها تحمل في طيّاتها مضمونا ثنائيا، يُمكن معه تطبيق القانون الوطني أو القانون الأجنبي على حدٍ سواء، بحسب قوة ملاءمة كل منهما للعلاقة المنظورة وشدّة اتصالهما بمقوماتها.

غير أن من شأن هذا الحياد وتلك الثنائية للقاعدة الإسنادية أن تتسبب في مخاطرة حقيقية للنظام القانوني الوطني(Lex fori)؛ كونها ترمي بالحياة الدولية الخاصة في أكناف الغموض وبؤرة المجهول -بحسب الفقه الألماني- عندما تَعهد الاختصاص لقانون لا يتعين إلا

بظرف الإسناد نفسه، ولا تتأتى معرفة مضمونه إلا عند التطبيق على حالة واقعية واضحة المعالم. فإذا كان القانون المسند إليه حكم المركز –محل النزاع- أجنبيا فإن هذا الغموض ينقلب إلى رهان غير محسوب العواقب بالنسبة للقانون الوطني، إذ يغلب ألاّ يتفق حكم القانون الواجب التطبيق مع مضمون نظيره الوطني، وقد يصل الاختلاف واقعا إلى حدّ مجافاة المُثل العليا للقانون الوطني ومصادمة ثوابته الأساسية.

وهذا ما يجعل القاضي الوطني أمام واقع متناقض؛ تتجاذبه -من جهة- قاعدة إسناد وطنية تُعطي المفاضلة لقانون أجنبي في حكم العلاقة المعروضة، وتقابله -من جهة أخرى- حقيقة عدم قابلية أحكام هذا القانون للتطبيق بسبب ممانعتها للخصوصية القيمية للنظام القانوني الوطني. وهذا ما جعل الفقه القانوني يبتكر آلية للدفاع عن تلك الخصوصية من خلال إعمال فكرة الدفع بالنظام العام (L'exception d'ordre public). والتي تُعدّ أحد أبرز المفاهيم الجوهرية المبتكرة في التنظيمات القانونية الحديثة؛ كونها تُعنى في شقّها الداخلي بحماية فاعلية القواعد القانونية الوطنية في التطبيق، وضمان أدائها دورها، وبلوغها هدفها المروم لها. كما ترمي في شقّها الدولي إلى صيانة المجتمع في سياسته التشريعية، وفي فلسفة حياته الاجتماعية، وفي توجهاته الدينية، ورعاية قيمه وثوابته.

ولأهمية هذه الآلية ومركزيتها، فقد جاءت هذه الورقة البحثية لتستجلي مفهومها، وضوابطها الناظمة لها، وأُطُرها المحدّدة في القانون الدولي الخاص الجزائري، من خلال الإجابة عن إشكال جوهري مفاده: إلى أي مدى وفق التنظيم التشريعي الجزائري لقواعد التنازع الدولي في تكريس الحماية الكافية للقيم الأساسية للنظام القانوني الأسري العام؟

ونظرا لسعة النطاق التطبيقي للدراسة وامتداده، فسنقصر هذا العمل البحثيّ على دراسة مسألتي الانفصال الجسماني والتّبني، اللتين استجدّهما التعديل الأخير لقواعد التنازع بالقانون 10-05[1]، بسبب قوة صلتهما بنظرية الدفع بالنظام العام، فضلا عمّا يُثيرانه من إشكالات تتعلق بمغزى هذا الاستمداد التشريعي الغربي لأنظمة غريبة عن ثوابت وأسس المجتمع الجزائري، وبمكانتهما من النظام القانوني الوطني، ونوع أثره عليهما. وسننهج في تجلية هاته التساؤلات، والإجابة عن تلك الإشكالات وفق الخطة التالية:

المبحث الأول : آلية الدفع بالنظام العام

المطلب الأول: تعريف النظام العام

المطلب الثاني: آثار الدفع بالنظام العام

المبحث الثاني : تطبيقات الدفع بالنظام العام

المطلب الأول : التنازع الدولي في مسائل التّبني

المطلب الثاني : التنازع الدولي في مسائل الانفصال الجسماني

خاتمة

المبحث الأول : آلية الدفع بالنظام العام

المطلب الأول : تعريف النظام العام

لم يختلف الفقه القانوني بخصوص مفهوم من المفاهيم اختلافهم حول تحديد كنه النظام العام، و بيان طبيعته وإبراز مجاله وحدوده. بسبب ما يطبعه من النسبية والظرفية و المرونة، وسعة النطاق. وهذا ما جعل الكثير من الفقهاء والمشرعين يحجمون عن تقديم تعريف جامع له[2]. غير أننا لم نعدم -مع هذه المكابدة التي سببها المصطلح للفكر القانوني[3]- محاولات جادّة في هذا الجانب أبرزها:

- ما عرفه به أحمد مسلم، من أن" النظام العام في دولة ما هو إلا الكيان السياسي و الاجتماعي والاقتصادي لهذه الدولة، بما يقوم عليه هذا الكيان من معتقدات تتعلق بالأمن والحرية و الديمقراطية، ومعتقدات اجتماعية تتعلق بالمساواة أمام القانون أو احترام أفكار دينية أساسية معينة، أو عقائد مذهبية اقتصادية كالاشتراكية أو الرأسمالية، أو نحوها من المذاهب والأفكار الاقتصادية؛ كالعدالة الاجتماعية وتكافؤ الفرص وغير ذلك"[4].

وكذا ما حدّه به غالب الداودي، بأنه: "مجموع المصالح الجوهرية الأساسية والمثل العليا التي ترتضيها الجماعة لنفسها، ويتأسس عليها كيانها، كما يرسمه نظامها القانوني. سواء كانت هذه المصالح الأساسية والمثل العليا سياسية أم اجتماعية أم اقتصادية أم خلقية أم دينية، و يعرض الإخلال بها كيان الجماعة إلى التصدع والانهيار"[5].

ومنه ورغم عمومية الإطلاق التي ميزت هاته المحاولات لتعريف النظام العام، غير أنها تبقى ذي أهمية بالغة؛ كونها تُعين على تحديد المضامين المفاهيمية ، والأطر الزمانية ، والحدود المكانية التي يشغلها الحيز الواسع للنظام العام من مجموع التنظيم القانوني للدول والجماعات. سيما وأن المرتكز فيه على المصلحة العامة التي تحظى بوافر حمايته وكامل عنايته، من خلال السياسة التشريعية المعتمدة في تنظيمها ورعايتها. فالتعارض أو التصادم مع هذه السياسة، أو المساس بأصل تلك المصلحة يولد اعتداء على الشعور الجمعي العام، وإخلالا بالأمن الاجتماعي للدولة، مما يستدعي إعمال فكرة الدفع بالنظام العام، وهي التي تخول للقاضي الامتناع عن تطبيق القانون الذي قضت باختصاصه قواعد الإسناد الوطنية[6].

ويلحق بمفهوم النظام العام الآداب العامة التي تشكل الجانب الأخلاقي في النظام القانوني لأي دولة، ويقصد بها "مجموعة قواعد السلوك التي يجد الناس في كل مجتمع من المجتمعات أنفسهم ملزمين باتباعها، طبقا لناموس أدبي خلقي يسود علاقاتهم الاجتماعية في الحياة، ولا يسمح لهم بالخروج عليها عن طريق الاتفاق الخاص"[7].

المطلب الثاني : آثار الدفع بالنظام العام

عندما تسند قاعدة تنازع وطنية اختصاص حكم علاقة قانونية منظورة أمام القضاء إلى قانون أجنبي معين، فإنها بذلك تفترض فيه اشتماله على قدر معين من الاشتراك والوحدة بشأن الأصول القانونية لتلك العلاقة المتنازع عليها. فإذا ثبت للقاضي، بعد تعرفه على مضامين القانون المختص، انتفاء الحد الأدنى من هذا الاشتراك، بسبب مصادمة هذا الأخير

لمبدأ جوهري في القانون الوطني، أو مساسه بأصل قيمي فيه، فإن ذلك يضطره إلى تفعيل آلية للحماية القانونية متضمنة بذات قاعدة الإسناد التي أشارت إلى القانون المختص[8]، من أجل تأمين القيم العليا والمبادئ العقائدية والعرفية والأخلاقية لمجتمعه، وذلك من خلال إعمال نظرية الدفع بالنظام العام، والتي تقود إلى منع تطبيق القواعد المصادمة والأحكام الممانعة في القانون الأجنبي. غير أنه لا بد من التفرقة هنا بين إنفاذ هذا الحل القانوني بشأن إنشاء علاقة قانونية جديدة متعارضة في ذاتها مع النظام القانوني العام (الفرع الأول)، وبين إعماله بخصوص آثاروحقوق مترتبة على علاقة ناشئة أصلا بالخارج [9] (الفرع الثاني).

الفرع الأول : أثر الدفع بالنظام العام بشأن علاقة يراد إنشاؤها في دولة القاضي

يرتب تكريس الدفع بالنظام في التنازع الدولي بالنسبة للمراكز القانونية المراد إنشاؤها في دولة القاضي أمرين اثنين:

1- الأثر السلبي للنظام العام: إذا اصطدم تطبيق القانون أجنبي ما بالنظام العام لدولة القاضي، فإن الواجب عليه حينئذ أن يمنع إعمال هذا القانون على تلك العلاقة المشوبة بعنصر أجنبي، كونها متعارضة مع أسس ذلك القانون ومبادئه الأساسية، وهذا ما يسمى بالأثر السلبي[10]. ويجد نموذجه في امتناع القاضي عن تطبيق القانون الذي يحرم الشخص من إثبات نسبه الشرعي، أو إعطائه الحق في الطلاق[11]، وغيرها من الأحوال التنازعية.

بيد أن هذا الأثر يثير إشكالا بخصوص مدى الاستبعاد الحاصل للقانون الأجنبي فيما إذا كان يمكن أن يشمل القانون برمته، أم أنه مقتصر على الجزء المتعارض فعليا مع النظام العام لدولة القاضي؟ وهنا يرى جانب من الفقه وجوب استبعاد القانون الأجنبي بأكمله، لأن المنع الجزئي من تطبيق هذا القانون يؤدي لا محالة إلى مسخ هذا القانون، ومخالفة إرادة مشرعه. فضلا عما في هذا الاستبعاد من منافاة لمقتضيات قاعدة الإسناد الوطنية التي ترمي إلى التطبيق الكلي لقواعد ذلك القانون الأجنبي، وذلك مالا يتحقق بالاستبعاد الجزئي[12].

بينما يذهب الرأي الغالب في الفقه اليوم -مؤيدا بالقضاء-[13] إلى قصر الدفع بالنظام العام على الجزء المخالف، وإنفاذ باقي الأجزاء التي تثبت عدم مصادمتها لهذا النظام. إذ أن مبلغ الغاية من إعمال آلية الدفع ليس الحكم على القانون الأجنبي في ذاته، وإنما هدفه هو استبعاد النتيجة المتسببة في عدم اندماج القواعد الأجنبية مع نظام القانون الوطني[14]. فإذا أمكن حصر دائرة هذا التنافر بين القوانين وتلافي نتيجته المنافية للنظام العام، فليس ثمة حاجة بعد ذلك إلى منع تطبيق باقي الأجزاء الأخرى للقانون الأجنبي ما دامت منبتة الصلة عن هذا التصادم والتعارض. وهذا ما يحفظ للقانون الأجنبي القسط الأوفر من الفاعلية والتطبيق، ويجسد التكريس الأمثل والاحترام الواجب لقاعدة الإسناد الوطنية التي قررته[15].

2- الأثر الإيجابي للدفع بالنظام العام: قد لا يتوقف أثر مبدأ الدفع بالنظام العام عند حد استبعاد تطبيق قواعد القانون الأجنبي وتعطيل أحكامه، بل يستتبع ذلك النظر في القانون البديل لحكم مسألة التنازع المطروقة أمام القضاء، درءًا للفراغ القانوني الحاصل، وهذا ما

يسمى بالأثر الإيجابي للدفع بالنظام العام[16]. فإذا ما عرضت على القاضي مسألة زواج أجنبيين يمنعه قانونهما الوطني بسبب الميز العنصري، فإن القاضي ملزم باستبعاد تطبيق هذا القانون لمخالفته للنظام العام، ليحل محله القانون الوطني الذي يجيز هذا الزواج. وهذا هو الوجه الإيجابي لأثر هذا النظام[17].

وعادة ما يقترن الأثران السلبي والإيجابي مع بعضهما في التطبيق القضائي على نحو جلي وواضح، غير أنه قد يدق الحال بالأثر الإيجابي فيكون من الخفاء؛ بحيث يتعسر ظهوره في قضايا التنازع التي يبدو للوهلة الأولى أن أثر النظام العام فيها مقتصر على الجانب السلبي دون الإيجابي رغم حضوره الضمني فيها؛ كما لو تعلق النزاع بزواج مسلمة بأجنبي غير مسلم، فإن ظاهر الحال يُنبئ عن أن دور القاضي مقتصر على الامتناع عن قبول مثل هذه الزيجة لمصادمتها الأصول النظام الأسري الجزائري، غير أن واقع الأمر وحقيقته تكشف عن أن هذا الدفع قام على التطبيق الفعلي للقانون الوطني الذي لا يجيز هذا الزواج[18].

وقد كان المشرع الجزائري -قبل تعديله للقانون المدني بالقانون 10-05 - يقتصر في النص على الأثر السلبي للدفع بالنظام العام، وذلك ما كانت تُقرره الصياغة القديمة للمادة 24، التي كانت تنص على أنه لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة، إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب في الجزائر[19].

وقد تم تدارك هذا الخلل، الذي يترك العلاقات من دون قانون يحكمها، بالنص على الأثر الإيجابي في الصياغة الجديدة، التي أضافت فقرة جديدة تضمنت القانون الواجب التطبيق في حال إعمال آلية الدفع بالنظام العام؛ فقد قضت المادة 24 بأنه يطبق القانون الجزائري محل القانون الأخير المخالف للنظام العام أو الآداب ".

ورغم ذلك، فإن العمل القضائي كان مستقرا على تفعيل الأثر الإيجابي للدفع. وهو ما كرسته اجتهادات عديدة أهمها: قرار المحكمة العليا غير المنشور الصادر بتاريخ: 23 أفريل 1991 المتعلق بإثبات النسب لبنتين خارج فراش الزوجية، وقد جاء في حيثيات القرار: "حيث أن القرار المطعون فيه قد ناقش في إطار السلطة التقديرية المخولة له قانونا واقعة الزواج المزعوم من الزوج قبل ولادة البنتين. هذا الزواج الذي تنكره المطعون ضدها، وقد أثبت القرار في حيثياته أن البنتين ولدتا خارج أية علاقة قانونية بين الطرفين، وقبل زواجهما وأن الاعتراف بتثبيت نسبهما للأب في ظل القانون الفرنسي يخالف النظام العام في الجزائر، لأنه لا يتماشى وأحكام الشريعة الإسلامية التي لا تقر النسب إلا بالزواج طبقا لأحكامه السمحاء"[20].

كما قضى قرار المحكمة العليا رقم 123051 في منطوقه بأنه: "من الثابت شرعا أنه لا يرث الكافر المسلم والمسلم الكافر، ولا يتوارث أهل الملتين شيئا. ولما تبين -من قضية الحال- أن الطاعن لم يعتنق الإسلام ما دام لم يتلفظ بالشهادتين أمام الجهة المؤهلة لذلك إلا بعد وفاة أمه المسلمة. فإنه لا توارث بينهما مثلما ذهب إليه قضاة الموضوع في قرارهم"[21]. وتعين بذلك رفض الطعن لمصادمته لمبدأ جوهري في نظام الإرث الإسلامي بالجزائر.

الفرع الثاني : أثر الدفع بالنظام العام بشأن الآثار المكتسبة بالخارج

انتقد بعض الفقه بشدة مبدأ تأثير النظام العام في منع تطبيق القانون الأجنبي المختص، كونه وسيلة طيّعة وغير منضبطة في يد القاضي لاستبعاد أي قانون يراه غير متفق مع المبادئ الأساسية لمجتمعه، ليُحل محله القانون الوطني[22]. ولذلك و تخفيفا من هذه الوطأة المطلقة و المفتوحة استقر الفقه –اليوم- على تفعيل مبدأ التساهل والتسامح مع الأحوال التي يُراد فيها التمسك، أو ترتيب آثار معينة لمركز قانوني مخالف نشأ خارج دولة القاضي، وهذا ما يسمى بالأثر المخفف للنظام العام (L›effet atténué d›ordre public)

1- **مفهوم الأثر المخفف للنظام العام:** يُراد بالأثر المخفف للنظام العام أن تحترم الحقوق المكتسبة عن المراكز القانونية التي نشأت بالفعل في ظل قانون أجنبي، التي ورغم مخالفتها للنظام العام في دولة القاضي إلا أنه يمكن الاحتجاج بالآثار المترتبة عنها، طالما لم تثبت مصادمتها للأصول القانونية والثوابت القيمية للنظام الوطني؛ فإذا رُفعت دعوى نفقة غذائية أمام القضاء البريطاني، بناء على زواج ثان مبرم في الجزائر وفق ضوابط وقواعد قانون الأسرة فيه، فإنه ورغم أن نظام تعدد الزوجات يناقض الأسس الجوهرية التي يقوم عليها النظام الأسري البريطاني، إلا أن القضاء لا يملك في هذه الحال تحريك الدفع بالنظام العام، وإبطال الزواج الثاني، أو إهدار الحق المكتسب عنه، طالما لم يعارض هذا الحق ذات النظام أو يصادمه. ويجد مبدأ تلطيف فكرة الدفع بالنظام العام مبرره في جملة من الحجج التي استند إليها الفقه، والتي نبرزها في التالي:

- إن الشعور العام في دولة القاضي إزاء علاقة أو مركز قانوني نشئا بالخارج يكون أقل حساسية وتأثرا منه في الحال التي تكون فيها تلك العلاقات أو المراكز موضوع طلب إنشاء واعتراف داخل إقليم دولة القاضي. فإذا كان من غير المقبول للقاضي السماح بالطلاق بالتراضي لأن النظام العام في دولته يمجُّه، فإن من المستساغ أن يقبل ذات القاضي تنفيذ حكم أجنبي بخصوص أثر مادي لهذا الطلاق، لأن مجرد امتداد آثار هذه العلاقة القانونية لن يخدش الشعور العام بذات القدر والدرجة[23].

- الأخذ بمبدأ الأثر المخفف للنظام العام ضرورة يقتضيها استقرار المعاملات الدولية واضطرادها، وفي ذلك يرى الفقيه بييه "Pillet" أن ضرورة استمرارية تمتع الأشخاص بحقوقهم على المستوى الدولي تفرض الاعتراف بالحقوق المكتسبة عن المراكز المنشئة بالخارج، مادامت قائمة على أصول وقواعد القانون المختص، وخالية من كل غش أو تحايل[24].

- اعتماد مبدأ الأثر المخفف للنظام العام -سيما في مجال الأحوال الشخصية- من شأنه أن يسمح باستقرار الحالة المثبتة للشخص ودوامها، واحترام المراكز الواقعية والعلاقات القانونية المترتبة عنها[25]، لأن تكريس الأثر الكامل للنظام العام على مثل هذه العلاقات والأوضاع يؤدي إلى إهدارها بالحملة، مما يهدد حياة المجتمع الدولي ككل على مستوى الأفراد ويصيب علاقاتهم بالشلل والانقطاع.

- إعمال فكرة تخفيف أثر النظام العام وتلطيفه ينسجم مع النسق النسبي الذي يطبع هذا

النظام. فليس ثمة مبرر جدي لتفعيل الدفع بالنظام العام بالنسبة لمراكز قانونية نشأت خارج دولة القاضي، حتى يتعين في حقه بحث مدى مواءمتها أو مصادمتها للثوابت والمبادئ الأساسية للقانون الوطني، فمثل هاته المراكز منبتة الصلة بالنظام العام لدولة القاضي، الذي يتعين عليه بدل ذلك أن يركز بؤرة تقديره على آثار هذه المراكز والحقوق المكتسبة عنها، فهي وحدها التي تمتد إلى دولة القاضي[26].

- إن الاعتراف بالعلاقات القانونية والمراكز المنشئة بالخارج لا يمثل سوى كلفة زهيدة على المستوى الأدبي والاجتماعي، لقاء استقرار العلاقات وتأمين مناشط الحركة الفردية على المستوى الدولي[27].

وثمّة تطبيقات عديدة استمدها الفقه من القضاء الفرنسي للتدليل على تطور مبدأ الأثر المخفف للنظام ونذكر منها: قرار«Bulkey» في 28 فيفري 1860[28] الذي جسّد جواز الاحتجاج بالطلاق في فرنسا، والمطالبة بآثاره أمام القضاء الفرنسي إذا تم إيقاعه بين أجانب بالخارج، رغم تحريم القانون الفرنسي له آنذاك وحظْره من طرف النظام العام، فقد اكتسب هذا القرار الأوضاع المنشئة بالخارج شبه حصانة تجاه النظام العام لدولة القاضي، بسبب ندرة تعارض الآثار التي قد تترتب بحق تلك المراكز مع المبادئ الجوهرية للقانون الفرنسي[29]. كالمطالبة بالنفقة الغذائية، أو الحضانة، أو نصيب في تركة، أو قسمة متاع وغيرها من الآثار التي تقرها أغلب نُظم العالم وقوانينها.

كما بلور قرار «Rivière" الصادر في 17 أفريل 1953[30] مبدأ الأثر المخفف للنظام العام، وأعطاه بعدا أكثر اتساقا وانضباطا، ولطّف من ردة فعل القضاء تجاه الحقوق المكتسبة بالخارج، ما دامت مستجمعة شروطها القانونية المنصوص عليها بالقانون المختص، وفق قواعد القانون الدولي الخاص الفرنسي[31]. وتطبيقا لذلك أجاز القرار للأزواج الأجانب اعتراف القضاء الفرنسي بالطلاق القائم على التراضي المُوقع بالخارج رغم مخالفته للنظام العام[32].

كما أجازت محكمة النقض الفرنسية للزوجة الثانية المطالبة بحقها في توابع العصمة المترتبة عن عقد زواج صحيح مبرم في دولة أجنبية من رجل مُعدد في الزواج «Polygamie". رغم أن المبدأ في النظام القانون الأسري الفرنسي هو الأحادية في الزواج «Monogamie". وتكريسا لذلك نص قرار النقض الصادر في 28 جانفي 1958 على أن بوسع الزوجة الثانية أن تطالب زوجها التونسي بحقها في النفقة الغذائية، باعتبارها زوجة شرعية «Epouse légitime"[33].

2- حدود إعمال الأثر المخفف للنظام العام: يستقر رأي غالبية الفقه اليوم على أن الأخذ بمبدأ الأثر المخفف للنظام العام لا يعني أبدا إعطاء حصانة مطلقة للحقوق المكتسبة بالخارج ضد العمل بمبدأ الدفع بالنظام العام، أو تعطيله بالكلية[34]. فهذه الحقوق التي يُراد الاعتراف بها في دولة القاضي قد يتسبب نفاذها في تعارض صارخ مع النظام العام، مما يستوجب دفعها ومنع الاحتجاج بها[35].

فحدود إعمال المبدأ الملطف للنظام العام أضحت تجد مُبررها في الرقابة الإضافية الممنوحة للقاضي في نظر مدى المواءمة و الانسجام، الذي لا يطبع الآثار المترتبة والحقوق المكتسبة

وحدها، بل أصبح يمتد أيضا ليشمل بحث الشروط العامة التي نشأ في ظلها المركز القانوني برمّته. وهذا ما كرّسه الاجتهاد القضائي الشهير بـ «Rivière"، والذي ضيّق من المفهوم الموسع لفكرة الأثر المخفف التي كان ينادي بها "بييه"[36]. فإذا افترضنا أنه عُرض على القاضي دعوى المطالبة بقسمة تركة مترتبة عن زيجة محارم "Mariage Incestueux» مبرمة بالخارج وفق شروط قانونها المختص، فإنه يتعين وفق مفهوم «بييه» إمضاء هذه الآثار والاعتراف بها من طرف القاضي، كون الأمر يتعلق بفاعلية حق مكتسب لا بإنشاء مركز قانوني. بينما تعارض النظرة الحديثة للفقه هذا التوجه الكلاسيكي؛ حيث تسمح لذات القاضي اللجوء إلى الدفع بالنظام العام بالمراعاة إلى الخطر المفرط، والتصادم الصارخ الذي تُجسده هاته الآثار مع الأسس الجوهرية التي يقوم عليها النظام القانوني لدولة القاضي[37]، الذي لا يفحص صحة هذه الحقوق وقانونية الآثار الناجمة عن مراكزها، بل يقتصر عمله على منع التمسك بتلك الحقوق والآثار لتعارضها مع الأفكار السائدة في مجتمعه[38].

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية بحرمان الزوجة الثانية -في حال التعدد- من حقها في الضمان الاجتماعي من تأمين زوجها الذي تستقل باستفادته الزوجة الأولى[39]، كما منعت عنها تحصيل حقها في التركة المنصوصة بالقانون الفرنسي مثلما هو حال الزوجة الأولى[40]. واعتبر الاجتهاد القضائي الفرنسي أن إعادة الزواج على فرنسية يُعد إضرارا بالغا لها، مما يستوجب حمايتها وإعمال الأثر الكامل للنظام العام مع هذا الزواج، وبالتالي عدم الاعتراف بأيٍّ من آثاره[41]. كما استقر القضاء الفرنسي على رفض الاحتجاج بكل الطلاق تمّ بإرادة منفردة بالخارج وفق الأصول القانونية المختصة، سواء كانت الزوجة فرنسية أم لا؟ لأنه يصدم مبدأ المساواة بين الزوجين المنصوص بالاتفاقية الأوروبية ويُهدر حقوق الزوجة[42].

وعلى مستوى التطبيق القضائي لجزائري فقد كان الاجتهاد القضائي مستقرا على رفض إعمال الأثر المخفف للنظام العام في حال تهديد القانون الأجنبي للقواعد الأساسية للتشريع الأسري أو مسّه بالقيم الاجتماعية وبالمثل فقد رفض القضاء الجزائري إنفاذ الأثر الملطف للنظام العام في قضية تتعلق بالحضانة، والتي طالبت فيها الطاعنة إعطاء الصيغة التنفيذية للحكم والقرار الأجنبيين اللذين أسندا حضانة البنتين إليها بصفتها أمهما، بسبب مصادمة هذا الحق المكتسب للنظام العام الجزائري، وخطره الفادح على المُثل العليا فيه. كون بقاء البنتين بفرنسا يُغيّر من اعتقادهما، ويبعدهما عن دينهما وعادات قومها، فضلا أنه يحرم الأب من حقه في الرقابة على تربيتهما ومتابعة شؤون حياتهما[43]. غير أن منحى الاجتهاد القضائي –بهذا الخصوص- مُتجه نحو عدم الاعتداد بمثل الوضع كحالة مصادمة للنظام العام في الوقت الراهن، حتى وإن ثبت تخلي الحاضن عن الأولاد، طالما لم يُغيّر ديانته[44].

المبحث الثاني : تطبيقات الدفع بالنظام العام

استجابة لمتطلبات التطورات الحاصلة للعلاقات الخاصة، وانتشار الزيجات المختلطة، وتزايد حركة الأشخاص، وتشعب الروابط الاجتماعية على المستوى الدولي، عدّل المشرع الجزائري بالقانون 05-10 قواعد التنازع الدولي الخاص التي لم تطلها يد التغيير قرابة الثلاثين

سنة، واستجد فيه النص على نظامين غربيين، غريبين عن الأصول القانونية للتنظيم الأسري الجزائري هما: الانفصال الجسماني والتّبني. وسنتولى فيما يلي من مطالب بيان صلتهما بالنظام العام الجزائري، ومبلغ أثره عليهما.

المطلب الأول : التنازع الدولي في مسائل التّبني «L›Adoption»

يعتبر التّبني من أهم وأشهر القضايا الخاصة التي يُثار بخصوصها التنازع على المستوى الدولي. وسنتولى ههنا بحث مفهومه ابتداء، ثم التطرق إلى دراسة قاعدته الإسنادية ثانيا، لننتهي إلى رصد مكانته من آلية الدفع بالنظام العام في الجزائر.

الفرع الأول : مفهوم التّبني

يعرف التّبني في الاصطلاح القانوني على أنه عقد قانوني تنشأ بمقتضاه رابطة مصطنعة بين شخصين ليس بينهما قرابة دم[45]. فهو الحاق قانوني لنسب صوري، وإثبات للُحمة وهمية تترتب عنها أحكام البنوة الشرعية، من إباحة خُلطة وحرمة مصاهرة واستحقاق ميراث. والتّبني نظام قانوني روماني قديم، يقوم على هدم سلطة رئيس عائلة عن شخص، ومنحها لشخص آخر على ولد الأول. وقد أُعيد إحياؤه وتشريعه مع سن القانون المدني الفرنسي سنة 1804[46].

وله في التقنين المدني الفرنسي صورتان:

1- التّبني الكامل "Adoption Plénière» : وهو الذي تتأسس به قانونا الأبوة الشرعية للمتبنِي على المتبنَى ليصبح كولده الذي من صلبه، وتنقطع بالتالي كل آصرة دموية تربطه بعائلته الأولى[47].

2- التّبني البسيط «Adoption Simple» : وهو مظهر مخفف للتبني الكامل؛ بحيث يحتفظ المتبنَى برابطته البيولوجية بالأسرة الأصلية[48]. ويمنح بموجبه لقب المتبنِي الذي يضاف للقبه الأول، ويمارس بموجبه المتبنِي النيابة الشرعية على نفس ومال المتبنَى ما دام قاصرا غير مرشد[49].

الفرع الثاني : القانون الواجب التطبيق على التّبني

أسند المشرع الجزائري حكم مسائل التّبني في التنازع الدولي إلى ضابط الجنسية، غير أنه ميّز بين القانون الواجب التطبيق على صحة التّبني، وبين الحكم الذي ينظم آثاره؛ ففيما يخص شرائط صحة عقد التّبني فإنه يحكمها قانون جنسية كل من المتبنِي والمتبنَى زمن إجرائه. وهذا ما يتطلب إعمال التطبيق الموزع بينهما فيطبق على كل منهما قانون جنسيته.

أما التنازع بشأن آثاره فإنه يخضع لقانون جنسية المتبنِي، باعتباره من جهة الطرف المتحمل لأعباء والتزامات هذا العقد من إنفاق وتربية ورعاية وحفظ، وهو من جهة أخرى المستفيد الأول من امتيازاته القانونية، كونه الحائز لمشتملات السلطة الولائية على نفس ومال المتبنَى القاصر، الذي يحمل لقبه واسمه.

والمشرع الجزائري في تنظيمه للتنازع الدولي بخصوص التّبني يساوي بينه وبين الكفالة من حيث قواعد الإسناد التي تحكمها، وفي ذلك تنص المادة 13 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري على أنه: "يسري على صحة الكفالة قانون جنسية كل من الكفيل والمكفول وقت إجرائها، ويسري على آثارها قانون جنسية الكفيل . وتطبق نفس الأحكام على التّبني". والجدير بالتنبيه

هنا أن هذا النص القانوني قد أغفل ضبط الإسناد في آثار التّبني بمحدد أو معيار زمني يمنع من التنازع المتحرك.

الفرع الثالث : الدفع بالنظام العام في التنازع الدولي بشأن التّبني

التّبني من وجهة نظر الشريعة الإسلامية أثر من آثار الجاهلية التي أهدرها الشرع، لمجافاته للحقيقة ومخالفته للواقع؛ من حيث اصطناع علاقة نسبية لا أصل لها بين شخصين، وترتيب جميع آثارها القانونية والشرعية مما يتسبب في اختلاط الأنساب، وانتهاك الحرمات، وضياع الحقوق[50].

وهذا ما يجعل من التّبني مثار تحسس كبير لدى الشعور العام للمجتمعات المسلمة، بسبب مصادمته لقواطع النصوص ومبادئ التشريع الأسري فيها. ولذلك أكد المشرع الجزائري على تحريمه في المادة 46 من قانون الأسرة والتي تنص على أنه: "يُمنع التّبني شرعا وقانونا". وكرّس الاجتهاد القضائي هذا المبدأ الآمر بقرارات عدة[51] أهمها القرار رقم 103232 والذي قضى بأنه: "من المقرر قانونا أن التّبني ممنوع شرعا وقانونا، وينسب الولد لأبيه متى كان الزواج وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق الشرعية، وحيث أن النزاع المقام من طرف الطاعنين هو إبطال التّبني الذي أقامه المرحوم (ط.م) للمدعو (ط.ن) المولود في مارس 1968، متبنين دعواهم بشهادة الشهود حسب المحضر المؤرخ في 24/12/1985. وحيث أن قضاة الموضوع ناقشوا الدعوى وكأنها دعوى نفي نسب عندما طبقوا قاعدة الولد للفراش مع أنه لا يوجد أي فراش في صورة التّبني، وعليه فالوجه مؤسس ، الأمر الذي يتعين معه نقض القرار"[52]. كما قضت المحكمة العليا في قرار آخر لها -تحت رقم 122761- بإبطال أثر التّبني في الميراث وإهداره؛ إذ جاء في حيثياته: " ومتى تبين -في قضية الحال- أن المطعون ضده لم يكن ابنا شرعيا للمتبني، فإن للمدعية الحق في إخراجه من الميراث، لأن التّبني ممنوع شرعا وقانونا. وعليه فإن قضاة الموضوع لما أيّدوا الحكم المستأنف القاضي برفض دعوى إبطال التّبني، على أساس أن المتبِني لم يُنكر نسب الولد المتبنَى قد أخطأوا في تطبيق القانون، ذلك أن دعوى إبطال التّبني ليست كدعوى نفي النسب. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"[53].

وقد كان المشرع الجزائري - قبل التعديل بموجب القانون 10-05 - يُعمل الأثر الكامل للدفع بالنظام العام في مسائل التّبني، سواء ما تعلق منها بنزاع أجنبي صِرْف أو كان أحد أطرافه جزائريا. بيد أن الإضافة الجديدة التي حملها التعديل ممثلةً في المادة 13 مكرر1 قد غيّرت من هذا التوجه، وأضعفت صرامة وحزم هذا الدفع على النحو التالي :

- إذْ أضحى بوسع الأجانب – بحسب فحوى المادة- أن يبحثوا أمام القضاء الجزائري أمر إنشاء التّبني، وتقدير صحته مادام قانونهم الوطني يجيز ذلك. كما لهم الاحتجاج أمام القاضي الجزائري بكل الحقوق والآثار المكتسبة عن التّبني المبرم، وفق الشروط القانونية للدولة التي أُنشئ بها.

- قصر التعديل وجه إثارة الدفع بالنظام العام على الحالة التي يكون أحد أطراف عقد التّبني فيها جزائريا، وسيان في ذلك كون الطرف متبنيً أو متبنٍ طالما تعلق الأمر بإنشاء نظام يمس

بجوهرية نص المادة 46 من قانون الأسرة الجزائري، التي تُحرم التّبني شرعا وقانونا. وهذا المنحى الغريب المنتهج من المشرع الجزائري في إعمال الدفع بالنظام العام في مسألة حساسة كالتّبني أفرغ هذه الآلية الحمائية من محتواها وجرَّدها من كل قيمة. إذ أنه إنْ كان المقصد الأساس من تفعيل نظرية النظام العام هو حماية الشعور العام في المجتمع من أي تجريح قد يحصل بالمبادئ والمفاهيم الأساسية التي يقوم عليها فكر المجتمع ومعتقده وعاداته، فأيّ قيمة لهذا الشعور مع السماح داخل الإقليم الوطني بإنشاء وإبرام عقد تبنٍّ ممنوع في شرع المجتمع، ومحرّم في قانونه، ومجرم في تقاليده وعاداته؟[54]

كما أن الصياغة القانونية للمادة 13 مكرر1 تطرح استشكالات عديدة أخرى أهمها :

- أن الاحتجاج أمام القضاء الجزائري بآثار عقد التّبني المبرم بدولة يجيز قانونها هذا النظام ويعترف به كدولة فرنسا (المواد 343.. 5-370 من القانون المدني الفرنسي) سيصطدم بعقبة الاعتراف بهذا العقد إذا كان المتبنَى جزائريا، لأن قاعدة الإسناد الوطنية تأمر القاضي بتطبيق قانون المتبنِي وحسب. مما يضطر القاضي إلى إنفاذ آثار هذا العقد على مواطن جزائري وبإقليمه الوطني لأن المتبنِي (وهو فرنسي هنا) يُجيز قانونه إنشاء هذا التّبني لكل قاصر مولود ومقيم بالإقليم الفرنسي ولو منعه قانونه الوطني؟؟[55] وهذا ما يتعارض على نحو صارخ مع القاعدة الآمرة المتضمنة بالمادة 46 من قانون الأسرة.

- كما تمتد أوجه الإشكال الناجمة عن مثل هذا النظام النَسبي إلى الآثار الانعكاسية التي يمكن أن يُخلفها تفعيل الدفع بالنظام العام، فيما لو تم هذا التّبني ببلد يسمح به، ويكون أحد أطرافه من جنسية لا تعترف بهذه البنوة الاصطناعية فاذا احتُجَّ بهذا التّبني أمام القاضي الجزائري للمطالبة بأثر من آثاره المادية أو الأدبية، فإن رجوع القاضي إلى قانون المتبنِي الذي تشير إليه المادة 13 مكرر 1 سيحيله إلى تجسيد آلية الدفع بالنظام العام لتلك الدولة مما يضطر القضاء الجزائري إلى رفض هذا العقد واستبعاده، ومن شأن ذلك أن يجعله مثارا للنقد والاعتراض بدعوى إضراره بالتعاملات، وتعطيل نشاط العلاقات الخاصة، والإزراء بالمراكز القانونية الناشئة بالخارج.

المطلب الثاني : التنازع الدولي في مسائل الانفصال الجسماني
"La séparation De Corps"

يمثل نظام الانفصال الجسماني أحد الحلول القانونية المقتبسة من التنظيم الكنسي الكاثوليكي[56]، الذي خفف به من وطئة مبدأ أبدية الزواج « Indissolubilité du mariage» الذي كان يعتنقه اتباعه[57]. فهو يمثل في التقنينات الغربية مرحلة وسطية، ومظهرا مخففا لانحلال الرابطة الزوجية[58]، قبل أن يصل الحال بالزوجين إلى الانهيار غير القابل للعلاج. وتصبح الحياة الزوجية ميؤوسا منها، لينقلب بعدها إلى نظام الفرقة والطلاق. وعليه فهو يمثل صورة رائجة من صور التنازع الدولي بين الأنظمة التي تعترف به. ولبحث موقعه من الأنظمة العامة التي لا تعرفه ينبغي أولا التطرق إلى ماهيته، ومن ثمّ إلى بحث القانون الواجب التطبيق عليه، لنخلص بعدها إلى أثر إعمال نظرية النظام العام عليه.

الفرع الأول : مفهوم الانفصال الجسماني

الانفصال الجسماني -في عرف الفقه الفرنسي- يعني « الإعفاء القضائي من الواجب الزوجي في الحياة الزوجية المشتركة «Cohabitation» مع بقاء رباط الزواج قائما»[59].

ويتأسس هذا النظام القانوني على المُباعدة المادية والافتراق الجسدي في المساكنة، ويُكيّف على أنه مرحلة تريّث واصطبار لمدة معينة[60]، فإمّا أن يقع الاصطلاح بين الزوجين وتستأنف الحياة الزوجية من جديد، وإمّا أن تُرفع العصمة الزوجية عنهما بالطلاق، بعد التأكد من فشل هذه الزيجة وعدم جدوى الاستمرار فيها[61].

ويتفق التفريق الجسدي مع الطلاق في الأسباب والشروط والإجراءات، غير أنهما يختلفان من حيث الآثار الناتجة عن كل منهما إذ أن الانفصال الجسماني لا يفصم الرابطة الزوجية كما يحصل مع الطلاق[62]، بل يُبقي واجب الأمانة والوفاء قائما بين الزوجين، مما يحول دون صلاحيتهما لإبرام عقد جديد[63]، وإن كان يُلغي التزام المساكنة ويفصل الأملاك الزوجية المشتركة[64].

الفرع الثاني : القانون الواجب التطبيق على الانفصال الجسماني

أخضع المشرع الجزائري بالقانون 10-05 الانفصال الجسماني إلى ذات قواعد الإسناد التي تخص انحلال الزواج والتي ناط اختصاص نظرها بضابط جنسية الزوج زمن رفع الدعوى. وفي ذلك تنص الفقرة الثانية من المادة 12 المعدلة من القانون المدني على أنه : «يسري على انحلال الزواج والانفصال الجسماني القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى».

وانتقاء المشرع الجزائري لهذا الضابط في حكم فئة فُرق الزواج والانفصال الجسماني منتقد فقهًا؛ إذْ أن مبنى المركز القانوني للتفريق الجسماني على ثنائية العلاقة الزوجية التي تأتى منها يجعل من العدل ألّا تُرفع أوتنحل هذه الرابطة إلا بقانون يجمع الطرفين، أو يكونا على الأقل مُتبصرين بحكمه ومتوقعين له، تجنبا للتنازع المتحرك. ولا يتاح هذا التّبصر أو التّوقع من خلال إناطة حكم نظام الانفصال الجسماني بضابط جنسية الزوج وتقييده زمنيا بوقت رفع الدعوى. كما أنه يمكن أن يُشكل مدخلا للتحايل على القانون والغش فيه إذ للزوج أن يغير جنسيته وفق ما يعينه على كسب القضية. فتفاجئ الزوجة -إن كانت ممن لا يعرف هذا النظام- بتطبيق قانون يعترف بالانفصال الجسماني، أو يُعمل فيه الدفع بالنظام العام بأثر كلي أو جزئي إن كان قانون جنسيتها يعرف هذا النظام. وفي كلا الحالتين سيعود الأمر بالإضرار على مصالحها وحقوقها المكتسبة[65]. وهذا ما يجعل من اختيار ضابط إسناد مشترك الحل الذي يُمكن معه تلافي هذا الارتباك والتضارب. ولذلك فقد نصت المادة الثامنة من اتفاقية لاهاي الخاصة بالتطليق والانفصال على أنه: «إذا لم يكن الزوجان من جنسية واحدة، فيكون قانون آخر جنسية مشتركة لهما هو القانون المعتبر بالنسبة لتطبيق المواد الخاصة بالتطليق والانفصال». وإلى قريب منه أخذت مجلة القانون الدولي الخاص التونسية[66].

ويقترح البعض تغيير المعيار المثبت لضابط الإسناد وإخضاع العلاقة لقانون الزوج وقت إبرام العقد، لأن فيه كفاية التبصر لدى كل من الطرفين بالقانون الواجب التطبيق فضلا

عن كونه القانون المختار ضمنا من طرف الزوجين لحكم العلاقة الزوجية برمّتها[67].

أما المشرع الفرنسي فقد اعتمد نمطا أكثر براغماتية بحيث يُتاح له قدر الإمكان حكم القضايا المتنازع عليها في مسائل الانحلال والانفصال إذ نصت المادة 309 من قانونه المدني على أن الطلاق والانفصال الجسماني يحكمهما القانون الفرنسي إذا كان:

- أحد الزوجين فرنسيا.
- إقامة كلا الزوجين بالإقليم الفرنسي.

كما تكون للمحاكم الفرنسية هي المختصة بنظر قضايا الانفصال الجسماني، عندما لا يتعين أي قانون أجنبي لحكمها[68].

هذا وقد أوردت المادة 13 من القانون المدني استثناء على قاعدة الإسناد -آنفة الذكر- في حال كان أحد الزوجين جزائريا، فإنّ القانون الواجب التطبيق على التنازع في الانفصال الجسماني هو القانون الجزائري. والعبرة في تحديد جنسية الزوج بوقت انعقاد الزواج كما هو نص ذات المادة.

الفرع الثالث : الدفع بالنظام العام بشأن الانفصال الجسماني

لا غرو ألاَّ يعرف القانون الجزائري الانفصال الجسماني، كونه مؤسسة دينية ناشئة عن التّشريع الكنسي. ولذلك لا نجد له ذكرا أو تنظيما بالقواعد الموضوعية للتشريع الأسري الجزائري. وعليه فإن أُولى إشكالات التنازع الدولي بالنسبة لقضايا الانفصال الجسماني تظهر مع مبدأ نظر القاضي في مثل هاته الأنظمة من حيث التكييف؛ إذ كيف يمكن أن يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف علاقة يُطلب تحديد نوعها لمعرفة القانون الواجب التطبيق –كما هو مقرر بالمادة 09- وهو لا يدري لها مضمونا ولا يعرف لها كُنها؟؟ وعلى أي أساس يقيم القاضي عملية التوصيف والتصنيف لمثل هذا النظام الغريب؟؟ وهذا ما يوقع القضاء -لا محالة- أمام استحالة عملية يتعذر معها تصور مفهوم الانفصال وتحديد ماهيته.

وإذا أمكن القاضي تلافي إشكال التكييف، فإنه سيجد نفسه أمام صعوبة أخرى تتعلق بالغموض الذي يكتنف التوجه التشريعي الجزائري بخصوص نطاق إنفاذ الدفع بالنظام العام في مسائل التفريق الجسدي. إذ المستشف من نص المادة 24 مدني -قبل التعديل الأخير لقواعد التنازع الدولي- هو استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المتضمن المطالبة بإيقاع هذا النظام داخل الإقليم الوطني، أو الاحتجاج بالحقوق المكتسبة منه والآثار المترتبة عليه. وذلك بسبب مصادمته لأصول ومقاصد التشريع الأسري، كونه ينطوي على معنًى من الهجر المضرّ بالزوجين معًا، فهما في حكم المعلّقين في مرتبة بيْن بيْن؛ لا هما كالأزواج من حيث العشرة والمُساكنة، ولا كالمطلقين من حيث الافتراق والانفصال !! وهذا الوضع المستهجن تأباه النفوس السليمة والطباع السوية، وتمجّه الشريعة السمحاء التي جاءت بالإمساك بالمعروف أو التسريح بالإحسان. وليس من المعروف ولا من الإحسان اعتماد مثل هذا التعليق والمضّارة بين الأزواج. وهذا حال الشعور الراسخ لدى الضمير الجمعي العام، الذي يرى في مثل هاته الأنظمة الغربية خطرا على القيم

الأسرية، ومُهددا من مهددات أمنها واستقرارها.

غير أن الصياغة الجديدة للمادة 12 من القانون المدني المدرجة بالقانون 10-05 حملت تحولا جذريا وتغيّرا جوهريا في هذا المفهوم، إذ أن منطوق الفقرة الثانية من هذه المادة صريح في إعطاء المُكْنة للقاضي الوطني في إيقاع الانفصال الجسماني بطلب من أحد الأطراف، وفق مقتضيات القواعد الموضوعية لقانون الزوج الأجنبي زمن رفع الدعوى إذا كانت قواعده ممن يُجيز ذلك .

وهذا ما يعود بالتعطيل على الآلية الحمائية المدرجة بالمادة 24 من القانون المدني. والتي تنص صراحة على عدم جواز تطبيق القانون الأجنبي إذا تضمن مخالفة للنظام العام والآداب العامة ، و أي مخالفة أصرح و أبلغ من اعتماد نظام ديني كنسي غريب عن قيم و عادات المجتمع ؟!

ولا ينهض الاعتذار بكون هذا التطبيق مُوجها لأجانب -يقبل قانونهم الوطني مثل هذا النظام ويسمح به- حجةً لتجويز واستساغة مثل هذا التوجه، إذ أن الأمر مرتبط كذلك بشدة قرب العلاقة بالإقليم الوطني ومتانة ارتباطها بالشعور العام فيه[69]، كونها تمس بقيم الإحسان والتراحم الأسري، وتُجسد الظلم والإضرار وتُهدر العدل الاجتماعي.

وقد تفرع عن ذلك استثارة العديد من الإشكالات القانونية، فيما يخص نطاق اللجوء إلى الدفع بالنظام العام بشأن الانفصال الجسماني، ونوع الأثر المترتب في حق قضاياه؛ فإذا كان من المتصور الدفع بالنظام العام في الحال الذي يكون فيها الزوج جزائريا زمن رفع الدعوى، كما هو نص المادة 12، أو كون أحد الزوجين جزائريا وقت إبرام العقد، كما هو مقرر بالمادة 13، فإن شاكلة هذا التنظيم للتنازع الدولي في مسائل الانفصال الجسماني تنتج اختلالات ونتائج غريبة؛ ليس أقلها أنه يمكن تصور اعتماد الدفع بالنظام العام من طرف القاضي الجزائري في دعاوى انفصال لأن أحد طرفيه كان جزائريا وقت انعقاد الزواج، رغم تخليه أو فقده للجنسية الجزائرية، بينما لا يمكن تصور إنفاذ هذا الدفع على تفريق جسدي بين زوج أجنبي وزوجة اكتسبت الجنسية الجزائرية بعد عقد القران؟!

خاتمة :

ومجتبى القول الذي تخلص إليه لدراسة جملة من النتائج نلخصها في الآتي :

-إعمال الدفع بالنظام العام يعتبر آلية دفاع جوهرية معترف بها لدى كل الأنظمة القانونية، باعتبارها صمام أمان أمام الأوضاع المستهجنة التي يراد إنشاؤها وفق نصوص وقواعد قانون أجنبي رسا عليه إسناد قاعدة التنازع الوطنية. بيد أنه يجب أن يكون مستندا في ذلك لا إلى مجرد اختلاف مضمونه عن قواعد ومبادئ القانون الوطني بل يشترط لتفعيل هذه الآلية أن ينبني الدفع فيها على المعارضة الصارخة والخطر المحقق على كيان المجتمع وشعوره العام، الذي يمكن أن يحمله تطبيق مثل هاته القواعد الأجنبية. فتكون المحصلة استبعاد القانون الأجنبي عن التطبيق بأثر كامل وإحلال القانون الوطني محله.

-استقر الفقه والاجتهاد القضائي على إتاحة إمكانية الاحتجاج بالحقوق المكتسبة

بالخارج طالما لم تثبت مصادمتها للأصول الإيديولوجية والمقاصد التشريعية للقانون الوطني، رغم ثبوت هذه المصادمة في حق مراكزها القانونية الناشئة عنها، احتراما لهذه الحقوق وضمانا لاستقرار وسيرورة العلاقات الخاصة في مساقها الدولي.

-جسدت قواعد التنازع الدولي الجزائري –قبل تعديلها بالقانون 10-05- إعمال نظرية النظام العام المقررة بالمادة 24 كحل حمائي لمبادئ المجتمع ومُثله العليا على نحو كامل بالنسبة لكل القضايا التي يمكن أن يعود إنشاؤها على هذه المبادئ وتلك القيم بالتعطيل أو الإهدار سواء تعلق الأمر بالانفصال الجسماني أو التّبني أو غيرهما. وكرس القضاء مبدا التساهل بالنسبة للآثار والحقوق الناتجة عن تلك المراكز إذا سلمت من عيب المصادمة لأسس النظام العام ومقوماته.

-مراعاة لمتطلبات التحولات الحاصلة في الحياة الدولية الخاصة وتقلباتها المستمرة، عدّل المشرع الجزائري قواعد القانون الدولي الخاص التي دامت قرابة ثلث قرن، ليتبنى من خلال ذلك توجها جديدا بالنسبة لمسألتي الانفصال الجسماني والتّبني. غير أن محصلة هذا المسعى آلت بالتشريع إلى إفراغ الآلية الحمائية للنظام العام من كل قيمة أو فائدة كونه أقامها على شرط الجنسية وحدها، وهو مبدأ أثبت عدم كفايته في حماية وحفظ الخصوصية القيمية للمجتمعات على مستوى التنازع الدولي في القضايا والعلاقات التي يثبت قربها وارتباطها بالإقليم الوطني. ولذلك تتجه أغلب الدول اليوم إلى تعزيزه بمعيار الإقامة. وقد كان الأولى بالمشرع الجزائري في تقنينه لهذا التوجه إتاحة العمل بالأثر المخفف -على الأقل- بالنسبة لقضايا حساسة كالتّبني والانفصال الجسماني، بدل التعطيل الكلي لمبدأ الدفع بالنظام العام في حقها، لمجرد ثبوت أجنبية أطرافها.

-تسببت الصياغة الجديدة لنصي المادتين 12 و13 مكرر1 في استثارة عدة إشكالات بخصوص التنازع الدولي في مسائل التّبني والانفصال الجسماني، بسبب عدم توضح التوجه الفعلي للمشرع الجزائري بشأن نمط ونطاق إعمال نظرية النظام العام بخصوصها. وهو ما يجعل سلطة تقدير القاضي في ذلك مفتوحة المجال على حلول متضاربة، قد ينجم عنها ارتباك الاجتهاد القضائي وتناقضه؛ بين إعمال الأثر الكامل وفق منصوص المادة 24 مدني، أو اللجوء إلى التخفيف والتلطيف في الأخذ بمبدأ النظام العام، أو تعطيله في حق الأجانب بمقتضى التعديل ، سيما مع انعدام النشر القضائي لقرارات المحكمة العليا في هذا الخصوص.

-يتسبب غموض مكنون الانفصال الجسماني -المستجلب كنظام فُرقة زوجية- في تعذر تكييفه وتوصيفه، لعدم تعرف النظام القانوني الأسري في الجزائر على مثل هذا اللون من الفُرق في قضايا الأحوال الشخصية، ممّا يجعل القاضي واقعا أمام استحالة عملية.

وعليه فلابد من تدارك مثل هاته النقائص وسدّ هذه الثغرات القانونية، من خلال سياسة تشريعية واضحة تحفظ لهذه الأمة مقوماتها، وتحقق لها الانفتاح على المقدرات الإيجابية لسائر الأمم، بما يصون الأسرة الجزائرية من لغْواء الأنظمة الغربية الوافدة والقيم المستورة، في ظل عولمة ثقافية جارفة للثوابت الأصيلة والمثل الراسخة .

الهوامش:

1 -**القانون رقم: 05-10**، المؤرخ في: 20 يونيو2005، المتضمن تعديل القانون المدني الجزائري، الجريدة الرسمية، الصادرة بتاريخ: 26 يونيو2005، ع44، ص20.

2 -**P. Wery**: **Droit Des Obligations,** Théorie Générale Du Contrat, Larcier, Belgique, 2010, p278.

3 - عبّرعن هذه المكابدة في تعريف النظام العام الفقيه ماركس دو فاراي «Marquis De Vareilles" بقوله: "C'est un vrai supplice » pour l'intelligence «، وهو بذلك يتوافق مع الفقهاء الألمان الذين عَدّوا محاولة بحث ماهية النظام العام بأنها أشبه بالخوض في كلام مطاط، أو القفز في المجهول بحسب الفقيه راب «Raape»، بينما يرى الفقه الإنجليزي في قول مأثور للقاضي بورو«Burrough» بأن المتصدي لتحديد تعريف هذا المفهوم الغامض، كمن يستقل جوادا مُضمرا لا يدري له وجهةً أو مقصدًا. للاستزادة ينظر:
-P. Bernard: **La Notion D'Ordre Public En Droit Administratif**, GDJ, France,1962, p03. **-P. Wery**: **Droit Des Obligations**, op.cit., p278.

4 - **الهداوي**، حسن: **القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين**، ط 2، دار الثقافة، الأردن،1997، ص184.

5 - **الداودي**، غالب و **الهداوي**، حسن: **القانون الدولي الخاص**، د.ط، دار النهضة العربية، مصر،2000، ج1، ص145.

6 -**الهداوي**، حسن: **تنازع القوانين**، المرجع السابق، ص178.

7 - **الداودي**، غالب و **الهداوي**، حسن: **القانون الدولي الخاص**، المرجع السابق، ج1، ص148.

8 - **مصيلحي**، محمود صلاح الدين: **مبادئ تنازع القوانين والاختصاص القضائي وآثار الأحكام الأجنبية**، د.ط، دار النهضة مصر،2000، ص176.

9 - **رياض**، فؤاد عبدالمنعم و راشد، سامية: **تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وآثار الأحكام الأجنبية** د.ط، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص156.

10- **أعراب**، بلقاسم: **القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين**، دار هومه الجزائر،2002، د.ط، ص176.

11- **Cass. Civ.**, 1re, 01 avril 1981. **G. Daniel**: **Droit International Privé**, , 6 éd, Dalloz, France, 2009, p119.

12 - **جمال الدين**، صلاح الدين: **تنازع القوانين**، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، ط2، دار الفكر الجامعية، مصر، 2006، ص190.

13 - كرس القضاء الفرنسي هذا الحل في العديد من القضايا أشهرها قضية " Fayeulle " التي استبعدت فيها محكمة النقض تطبيق القانون الألماني المختص بشان طرق إثبات النسب الطبيعي لمخالفتها للنظام العام غير أنها أعملت باقي أحكام هذا القانون فيما يخص آثار هذا النسب لعدم ثبوت هذا التنافي بحقها .
-Y. Loussouarn et autres: **Droit International Privé**, 10 éd, Dalloz,France, 2013, p 374.

14-**J. Derruppé et J. Laborde** : **Droit International Privé**, 17 éd, Dalloz, France, 2011, p114. **-S. De Néré et J. Laborde** : **Droit International Privé**, 18 éd, Dalloz, France, 2014, p133 et 134.

15 - **أعراب**، بلقاسم: **القانون الدولي الخاص**، المرجع السابق، ص177. **سلطان**،عبد الله محمود: **الدفع بالنظام العام وأثره** ، مجلة الرافدين للحقوق، ع43، مج12، العراق، 2010، ص95.

16 -**T. Vignal** : **Droit International Privé**, 3ed, Dalloz, France, 2014, p122. **-Y. Loussouarn** et autres: **Droit International Privé** ,op. cit., p372.

17- **الداودي**، غالب و **الهداوي**، حسن: **القانون الدولي الخاص**، المرجع السابق، ج1، ص151.

18- **أعراب**، بلقاسم: **القانون الدولي الخاص**، المرجع السابق، ص180.

19 - **الأمر رقم:75-58**، المؤرخ في 26 سبتمبر1975، المتضمن القانون المدني الجزائري، الجريدة الرسمية، الصادرة بتاريخ: 30 سبتمبر1975، ع78، ص990.

20 - عليوش، قربوع كمال : **القانون الدولي الخاص الجزائري**، تنازع القوانين، ط1، دار هومة، الجزائر، 2006، ج1، ص 169 و170.

21- **قرار المحكمة العليا** رقم:123051، الصادر بتاريخ: 1995/07/25، المجلة القضائية، ع1، 1996، ص113.

22- **الداودي**، غالب و **الهداوي**، حسن: **القانون الدولي الخاص**، المرجع السابق، ج1، ص152.

23- **رياض**، فؤاد عبدالمنعم و راشد، سامية: **تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وآثار الأحكام الأجنبية**، المرجع السابق، ص156. **كيحل**، كمال: **الأثر المخفف للنظام العام في القانون الدولي الخاص** ، حوليات جامعة بشار، ع05، الجزائر، 2010، ص 84.

24 -**G. Daniel**: **Droit International Privé**, op. cit., p121.

25-**جمال الدين**، صلاح الدين: **تنازع القوانين**، المرجع السابق، ص142.

26- **رياض**، فؤاد عبدالمنعم و**راشد**، سامية: **تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وآثار الأحكام الأجنبية**، المرجع السابق، ص157.

27 -**G. Daniel**: **Droit International Privé**, op. cit., p120.

28 -**G. Daniel**: **Droit International Privé**, Ibid., p120.

29 -**Cass. Civ.**, 28 février 1860, bulkey: **B. Ancel et Y. Lequette**: **Les Grandes Arrêts De La Jurisprudence Française De Droit International Privé** , 5 éd, Dalloz, France, 2006, p30.

30 -**Cass. Civ**.,1re,17avril1953,Riviere: **B. Ancel et Y. Lequette**: **Les Grandes Arrêts De La Jurisprudence Française De Droit International Privé**, Ibid, p232.

31- نص قرار محكمة النقض الفرنسية على:

"La réaction à l'encontre d'une disposition contraire à l'ordre public n'est pas la même suivant qu'elle met obstacle à l'acquisition d'un droit en France ou qu'il s'agit de laisser produire en France les effets d'un droit acquis sans fraude, à l'étranger et en conformité de la loi ayant compétence en vertu du droit international privé français ".

32 ينظر:

-T. Vignal : **Droit International Privé**, op. cit., p119 .. 120 et 570.

-Cass. Civ., 1re, 28 janvier 1958, et **-Cass. Civ.,** 1re, 3 janvier 1980: **B. Ancel et Y. Lequette**: **Les Grandes Arrêts De La Jurisprudence Française De Droit International Privé**, op. cit., p269.

33- لم يجز المشرع الفرنسي الطلاق بالإرادة المشتركة للزوجين، إلا بصدور القانون رقم 75-617، الصادر بتاريخ: 11 جويلية 1975.

34- **رياض**، فؤاد عبدالمنعم و**راشد**، سامية: **تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وآثار الأحكام الأجنبية**، المرجع السابق، ص156.

35- **أعراب**، بلقاسم: **القانون الدولي الخاص**، المرجع السابق، ص183.

36 -**G. Daniel**: **Droit International Privé**, op. cit., p121

37 -**T. Vignal** : **Droit International Privé**, op. cit., p120.

38 -**Cass. Soc**. 1 mars 1973: **B. Ancel et Y. Lequette**: **Les Grandes Arrêts De La Jurisprudence Française De Droit International Privé**, op. cit., p283.

39 -**TGI**, paris,7 juin 1972: **B. Ancel et Y. Lequette**: **Les Grandes Arrêts De La Jurisprudence Française De Droit International Privé**, Ibid, p562.

40 -**Cass. Civ**., 1re, 6 juillet 1988, -**E. Rude-Antoine**: **Le Mariage Maghrébin En France**, Karthala, France, 1990, p136.

41- **عز الدين**، عبد الله : **قواعد تنازع القوانين في القانون المدني الجزائري**، دراسة مقارنة في قوانين بعض الدول العربية، مجلة مصر المعاصرة، ع 378، مج 70، مصر، 1979، ص80.

42 -**Cass. Civ**., 1re,10 mai 2006 et -**Cass. Civ**., 1re,17 février 2004 **B. Ancel et Y. Lequette**: **Les Grandes Arrêts De La Jurisprudence Française De Droit International Privé**, op. cit., p242 et -**Y. Loussouarn** et autres: **Droit International Privé** ,op. cit., p350

43- **قرار المجلس الأعلى** رقم: 52207، الصادر بتاريخ: 1989/01/02، المجلة القضائية، ع04، 1990، ص74.

44 - **قرار المحكمة العليا** رقم: 457038 الصادر بتاريخ: 10-09-2008، مجلة المحكمة العليا، ع02، 2008، ص313.

45 - أُجيز نظام التّبني في التشريع الفرنسي بتدخل شخصي من نابليون بونابرت، الذي أراد أن يكون له عقب يحمل اسمه ويرث عرشه. يراجع:

- **P. Courbe** et **A. Gouttenoire**: **Droit De La Famille**, 6 éd, Dalloz, France, 2013, p 441. - **F. Terré** et **D. Fenouillet**: **Droit Civil, La Famille**, 8 éd, Dalloz, France, 2011, p 673.

46 - **L. Marie**: **L'Europe Tourmenté Par La Révolution En France**, Pélicier, France, 1815, V 1, p 169.

47 - المادة 356 من القانون المدني الفرنسي.

48 - المادة 364 من القانون المدني الفرنسي.

49- المادة 365 من القانون المدني الفرنسي.

50 - **حسين**، سيد عبد الله: **المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية والتشريع الإسلامي**، ط 1، دار السلام، مصر، 2001، ص304 و305. - **جمال الدين**، صلاح الدين: **تنازع القوانين**، المرجع السابق، ص 402.

51 - قضى الجلس الأعلى في قرارله بإبطال أي عقد يتضمن مجرد معنى التخلي عن الأبناء لحساب أشخاص آخرين لا تربطهم بهم قرابة نسبية أو مصاهرة لمخالفته للنظام العام ، فكيف بعقد تبن تسقط معه الصلات البيولوجية والشرعية؟ ينظر **قرار المجلس**

الأعلى رقم: 44571، الصادر بتاريخ: 1987/01/23، المجلة القضائية، ع04، 1992، ص 49.

52 - **قرار المحكمة العليا** رقم: 103232، الصادر بتاريخ: 1995/05/02، المجلة القضائية، ع02، 1995، ص 99.

53 - **لوعيل**، محمد لمين: **الأحكام الإجرائية والموضوعية لشؤون الأسرة وفق التعديلات الجديدة والاجتهاد القضائي**، د.ط، دار هومه، الجزائر، 2010، ص 65.

54 - اعتذار البعض للمشرع وتبرير نهجه بالتطور الحاصل في العلاقات الدولية الخاصة وتشعبات روافدها وكثرة النزاعات بشان أوضاع قانونية لابد وان يحيط بها القضاء الجزائري خبرا، اعتذار وتبرير يمجه العقل السليم وينبذه العرف القويم؛ إذ أن أغلب النظم القانونية الغربية اليوم –كما هو الحال في فرنسا- تتجه نحو الصرامة أكثر في إعمال الدفع بالنظام العام، وجعله أصلا من القاعدة لا استثناءها، مع التضييق أكثر على دائرة تفعيل الأثر المخفف، الذي مثّل الملاذ الوحيد لنفاذ وتطبيق بعض القضايا التي يتحسس منها عادة الفكر الغربي، كالتعدد والطلاق بإرادة منفردة والولاية الأبوية وسلطة التزويج و...، وهو ما جعل دائرة هذا الخيار تنحسر في أضيق نطاقها بسبب الشرائط والضوابط الصارمة التي يستجد فرضها وتحيينها في المحاكم الغربية لدى فصلها في الحقوق المكتسبة عن تلك العلاقات القانونية.

55 - تنص المادة 370-3 من القانون المدني الفرنسي على أنه:

"L'adoption d'un mineur étranger ne peut être prononcée si sa loi personnelle prohibe cette institution, sauf si ce mineur est né et réside habituellement en France."

56 - يسمي فقهاء القانون نظام الانفصال الجسماني بالطلاق الكاثوليكي، راجع

- **F. Terré** et **D. Fenouillet**: **Droit Civil, La Famille**, op. cit., p 280.

57 - أدخل ملك فرنسا شارلمان نظام الانفصال الجسماني ضمن تشريعات إمبراطوريته بعد إلغائه للطلاق واعتماده فكرة قدسية الرابطة الزوجية التي لا تنفصم إلا بالموت باعتبارها سرّ الرّب المقدّس. للاستزادة ينظر:

- **D. Armand**: **Dictionnaire General et Raisonné de La Législation, De Doctrine, De Jurisprudence,** Bureau De La Jurisprudence General, France, 1841, V 05, p 121. – **Ph. Le Bas**: **L'Univers, Histoire Et Description De Tous Peuples**, Firmin Didot Frères, France, 1842, p 587 et suivantes. – **H. Massol**: **De La Séparation De Corps Et De Ses Effets**, Joubert, France, 1841, p 08 et 09.

58 - **A. Daste**: **Divorce, Séparation De Corps Et De Fait**, 22 éd, Delimas, France, 2013, p 46.

59 - **P. Courbe** et **A. Gouttenoire**: **Droit De La Famille**. op. cit., p 257.

60- يؤول الحكم القاضي بالانفصال الجسدي إلى التطليق بقوة القانون، بعد مرور عامين من الانفصال، كما مقرر بالمادة 306 من القانون المدني الفرنسي.

61- **الرافعي**، سالم بن عبد الغني: **أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين في الغرب**، ط 1، دار ابن حزم، لبنان، 2002، ص601.

62 - تنص المادة 299 من القانون المدني الفرنسي على:

"La séparation de corps ne dissout pas le mariage mais elle met fin au devoir de cohabitation."

63- **F. Jault-Seseke** et **P. Courbe**: **Droit Civil, Les Personnes, La Famille, Les Incapacités**, 8 éd, Dalloz, France, 2012, p 126.

64 - **A. Daste**: **Divorce, Séparation De Corps Et De Fait**, Op. cit., p 46.

65 - **الداودي**، غالب و **الهداوي**، حسن: **القانون الدولي الخاص**، المرجع السابق، ج 1، ص 107.

66 - تنص المادة 49 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية على: " الطلاق والتفريق الجسدي ينظمهما القانون الشخصي المشترك عند إقامة الدعوى، وعند اختلاف الجنسية يكون القانون المنطبق هو قانون آخر مقر مشترك للزوجين إن وجد، والا تطبق المحكمة قانونها".

67 - **جمال الدين**، صلاح الدين: **تنازع القوانين**، المرجع السابق، ص 253. - **الداودي**، غالب و **الهداوي**، حسن: **القانون الدولي الخاص**، المرجع السابق، ج 1، ص 167.

68 - تنص المادة 309 من القانون المدني الفرنسي:

"Le divorce et la séparation de corps sont régis par la loi française:

-lorsque l›un et l›autre époux sont de nationalité française;

-lorsque les époux ont, l›un et l›autre, leur domicile sur le territoire français;

-lorsque aucune loi étrangère ne se reconnaît compétence, alors que les tribunaux français sont compétents pour connaître du divorce ou de la séparation de corps.»

69 - **ابن عبد الله**، عادل : **الاعتبارات العملية للدفع بالنظام العام**، مجلة المفكر، كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر، ع 03، بسكرة، فيفري 2008، ص 228.