مفهوم النظام العام في القانون الدولي الخاص.

تاريخ استلام المقال: 2015/11/20 تاريخ قبول المقال للنشر 2018/02/08

أ. د. كيحل كمال
أستاذ التعليم العالي
قسم الحقوق _جامعة أدرار

ملخص:

إن القانون الأجنبي الواجب التطبيق بموجب قواعد الإسناد في قانون القاضي، قد يصطدم مع الأفكار الأساسية التي يقوم عليها نظام مجتمعه، فيتمنع القاضي عن تطبيق هذا القانون.

وتعتبر فكرة النظام العام فكرة غير ثابتة تتغير من زمان لآخر ومن مكان لآخر، وهو ما جعل من غير الممكن وضع مفهوم محدد لهذه الفكرة، وحتم إعطاء السلطة التقديرية للقاضي للقول ما إذا كان القانون الأجنبي يتعارض مع النظام العام أم لا.

ويتقيد القاضي في تقديره لفكرة النظام العام، بوقت الفصل في النزاع، وليس بوقت نشوء العلاقة القانونية وهذا تطبيقاً لمبدأ آنية النظام العام.

ويعتبر مجال النظام العام في العلاقات الدولية الخاصة أضيق مما نجده في العلاقات الداخلية، فما يعتبر من النظام العام في العلاقات الداخلية، لا يعتبر حتماً مخالف للنظام العام في القانون الدولي الخاص، بل فقط جزء أو بعض أحكام أو مبادئ القانون الداخلي تعتبر من النظام العام في القانون الدولي الخاص.

Résumé:

La loi étrangère désignée par la règle de conflit consacre parfois une solution si choquante au regard des conceptions du for que le juge doit refuser de l'appliquer.

المنارة للاستشارات

La variabilité du domaine de l'ordre public oblige le juge de tenir compte de l'ordre public dans son état actuel; c'est le principe de l'actualité de l'ordre public.

En effet, le jugement qu'il va rendre ne doit pas heurter l'ordre public au moment ou le jugement est rendu.

Le domaine de l'ordre public en droit international privé est plus étroit que celui de l'ordre public dans le droit interne, dans une matière donnée, supposée entièrement d'ordre public au sens du droit interne, seules certaines règles ou certains principes seront d'ordre public au sens du droit international privé.

مقدمة:

تعتبر قاعدة الإسناد الوسيلة الفنية المعتادة لحل تنازع القوانين من حيث المكان، حيث تقوم بعملية المفاضلة بين القوانين التي لها صلة بالعلاقة القانونية، فتضع معيارا يسمح بإخضاعها للقانون الأقرب لها حسب تقدير المشرع الذي وضعها.

وبالنظر إلى خاصية الحياد التي تتميز بها قواعد الإسناد، فإن المشرع لما يسمح بتطبيق قانون أجنبي بموجب ضابط إسناد معين لا يعني أن هذا القانون يكون حتما متوافق مع النظام العام في قانون القاضي، إذ قد يتبين للقاضي عند الوصول إلى مضمون القانون الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد أنه يتعارض مع المبادئ الأساسية السائدة في دولته.

وهنا تتبين أهمية النظام العام في حل تنازع القوانين من حيث المكان، باعتباره صمام الأمان الذي يحمي المبادئ والقواعد الأساسية السائدة في الدولة، والذي من دونه تكون قاعدة الإسناد قفز نحو المجهول.

ونظرا لمرونة فكرة النظام العام فإن هذا الموضوع يثير عدة إشكالات تتعلق على وجه الخصوص: ما مضمون فكرة النظام العام وهو ما يتبين ما إذا كانت تختلف عن فكرة النظام العام في العلاقات الداخلية أم لا؟ وكذلك ماهو المعيار الذي يتقيد به القاضي لإثارته واستبعاد تطبيق القانون الأجنبي؟

المنارة للاستشارات

وللإجابة على هذه الإشكالية اخترت المنهج التحليلي لمختلف الآراء الفقهية ذات الصلة بالموضوع، وهذا من خلال الخطة التالية:

عرض نشأة وتطور فكرة النظام العام في القانون الدولي الخاص(المطلب الأول)، ثم محاولات تعريفه على المستوى الفقهي(المطلب الثاني)، ثم التمييز بين النظام العام في تنازع القوانين والنظام العام الداخلي (المطلب الثالث)، وفي الأخير معيار استبعاد القانون الأجنبي للدفع بالنظام العام (المطلب الرابع).

المطلب الأول: نشأة وتطور فكرة النظام العام في القانون الدولي الخاص.

ظهرت فكرة النظام العام في القانون الدولي الخاص منذ المدرسة الإيطالية القديمة، وتأثرت بها مدارس أخرى كالمدرسة الإيطالية الحديثة والمدرسة الألمانية وغيرهم، وسوف أركز في دراسة هذا الموضوع على أهم المحطات التاريخية كما يلي:

أولاً: النظام العام في فقه المدرسة الإيطالية القديمة.

ظهرت فكرة النظام العام لأول مرة في القانون الدولي الخاص في فقه الأحوال الإيطالي في القرن الثالث عشر، حيث فرق الفقيه بارتول(Bartol)زعيم المدرسة الإيطالية القديمة بين نوعين من القوانين، هي القوانين الملائمة والقوانين البغيضة أو المستهجنة، حيث يرى بأن القوانين أو الأحوال الملائمة تكون شخصية التطبيق، فتتبع الشخص أينما ذهب، فتطبق خارج الإقليم الذي صدرت فيه، كالأحوال التي تقرر عدم أهلية البنت للميراث[1].

[1] عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، الهيئة المصرية العامة للكتاب، مصر، الطبعة التاسعة، 1986، ص26؛ جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، طبعة 2005، ص186؛ موحند إسعاد، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، قواعد التنازع، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989، ص242.

المنارة للاستشارات

أما الأحوال المستهجنة فهي قوانين إقليمية التطبيق، تطبق فقط في الإقليم الذي صدرت فيه، ولا يمكن أن تطبق خارجه، كالأحوال التي تهدف إلى حماية الأشخاص، كتحديد سناً معينة يجوز للشخص ببلوغها التصرف في أمواله.

ويرى الفقه[1]، بأن هذه الفئة الأخيرة من القواعد هي التي تسمى اليوم بالقواعد المتعلقة بالنظام العام، وهذا رغم أن فقه المدرسة الإيطالية القديمة لم يكن يعرف مثل هذه التسمية.

ثانياً: فكرة النظام العام في فقه المدرسة الإيطالية الحديثة.

أنشأ الفقيه الإيطالي مانشيني[2] (Mancini) فقهاً جديداً في تنازع القوانين متميزاً عن فقه المدرسة الإيطالية القديمة، فجاء بمبدأ عام هو شخصية القوانين على إعتبار أن القوانين توضع للأشخاص وليس للأقاليم، وهذا خلافاً للمبدأ السائد من قبل وهو إقليمية القوانين.

غير أن الفقيه مانشيني لم يأخذ بذلك المبدأ على إطلاقه بل إستثنى منه مجموعة من القواعد القانونية، سماها القوانين المتعلقة بالنظام العام، وبرر هذا الإستثناء بضرورة المحافظة على الدولة، فتطبق هذه القوانين على كل المقيمين فوق إقليم الدولة من وطنيين وأجانب.

ويعتبر الفقيه مانشيني أول من إستعمل مصطلح النظام العام في تنازع القوانين لتثبيت الإختصاص للقانون الإقليمي، إذن فإقليمية القانون وتعلقه بالنظام العام هما سيان عنده[3].

---

[1] أنظر في عرض ذلك: حفيظة السيد حداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، المبادئ العامة في تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، الطبعة الأولى، 2005، ص291.

[2] عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص54؛ فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وآثار الأحكام الأجنبية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص135-136.

V. aussi: Henri BATIFFOL et Paul LAGARDE, Droit international privé L.G.D.J, Paris, 1974, tome1, P445.

[3] أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، الطبعة الأولى، 1996، ص588.

المنارة للاستشارات

وفكرة النظام العام تستخدم في هذه الحالة لوضع قاعدة إسناد تتضمن الحالات التي يطبق عليها القانون الإقليمي، مثل القانون العام وقانون العقوبات، والقوانين الخاصة بالملكية العقارية، لأن الفقه في هذه المرحلة لم يكن يعرف المنهج المتبع حالياً في تنازع القوانين بتقسيم المسائل إلى فئات، وإنما كان يعتمد على تقسيم القوانين من حيث موضوعها، منها ما يتبع الأشخاص خارج الإقليم ومنها ما يطبق تطبيقاً إقليمياً لتعلقه بالنظام العام، لهذا استخدمت فكرة النظام العام كبديل للفكرة المسندة ولتبرير تطبيق بعض القوانين تطبيقاً إقليمياً[1].

ثالثاً: فكرة النظام العام في فقه المدرسة الألمانية.

يعتبر الفقيه[2] سافيني "Savigny" أول من إقترح المنهج المتبع حالياً لحل تنازع القوانين والذي قسمت بموجبه المسائل إلى فئات تسند كل فئة منها إلى قانون يراه المشرع أكثر ملائمة لها من غيره.

ويرجع الفضل في إبراز فكرة النظام العام في القانون الدولي الخاص بمفهومها الحديث، إلى الفقيه الألماني سافيني"Savigny"[3] في القرن التاسع عشر، والذي قال بفكرة الإشتراك القانوني بين الدول الغربية، كونها تشترك فيما بينها في الديانة المسيحية وفي الأصل التاريخي لقوانينها والذي يرتبط بالقانون الروماني، واعتبر أن الدول التي تدخل ضمن هذا الإشتراك تتخلى في بعض الفروض عن تطبيق قانونها الخاص، مما يفسح المجال لوضع حلول مشتركة لتنازع القوانين، فحصر تنازع القوانين فقط بين الدول التي يربطها هذا الإشتراك.

[1] حفيظة السيد حداد، مرجع سابق، ص291؛ أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص –تنازع القوانين-، دار هومه، الجزائر، طبعة 2001، ص169؛ موحند إسعاد، مرجع سابق، ص243.
[2] عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص47 وما بعدها.
[3] جمال محمود الكردي، مرجع سابق، ص178.

المنارة للاستشارات

ويرى هذا الفقيه أنه إذا تخلف الاشتراك القانوني، فهذا يعني إنقطاع الوحدة القانونية بين قانون القاضي والقانون الأجنبي المختص، مما يفيد بوجود تعارض بينهما، وهذا يؤدي إلى ضرورة الإمتناع عن تطبيق القانون الأجنبي[1].

ويلاحظ أن الفقه الحديث أخذ بهذا التصور حينما أكد على ضرورة إستبعاد تطبيق القانون الأجنبي في حالة تعارضه مع المفاهيم العامة السائدة في قانون القاضي، وهو ما قصد به الفقيه سافيني إنتفاء الإشتراك القانوني[2].

غير أن الفقه الحديث[3] عدل عن الإستعانة بفكرة النظام العام كأساس لبناء قواعد الإسناد، متجهاً إستعماله لتثبيت الإختصاص للقانون الإقليمي، وذلك تحت ستار فكرة أخرى هي القوانين ذات التطبيق الفوري أو المباشر. ومن هذه القوانين تلك المتعلقة بالضمان الاجتماعي ونظم التأمين، وغيرها من القوانين التي تنظم كيان الدولة الإجتماعي والإقتصادي فالمسائل المتعلقة بهذه المواضيع لا يمكن إدراجها تحت فئة مسندة مثل فئة قوانين البوليس والأمن المدني لإسنادها لقانون القاضي، لأن مثل هذه المسائل تخضع أصلاً لقانون القاضي ولا تخضع لغيره، ولا يمكن تصور تنازع القوانين بشأنها.

المطلب الثاني: تعريف النظام العام.

تجنبت التشريعات وضع تعريف للنظام العام نظرا لخصوصية هذه الفكرة وما تتميز به من مرونة(أولا)، أما على المستوى الفقهي فظهرت عدة محاولات واضح وشامل له (ثانيا)لكنها باءت كلها بالفشل(ثالثا).

[1] أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص588.
[2] عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص47 وما بعدها.
[3] حفيظة السيد حداد، مرجع سابق، ص294؛ جمال محمود الكردي، مرجع سابق، ص187.

المنارة للاستشارات

أولا: على المستوى التشريعي.

نص المشرع الجزائري[1] في المادة 24 فقرة 01 من القانون المدني على إستبعاد تطبيق القانون الأجنبي إذا كان مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر، غير أن المشرع الجزائري شأنه شأن باقي التشريعات لم يأت بتعريف للنظام العام.

ويرجع سبب ذلك إلى كون النظام العام مفهوم نسبي متغير في الزمان والمكان، لتعلقه بعدة عوامل، مثل النظام السياسي والإقتصادي في البلاد، مستوى الأخلاق والمشاعر الروحية والدينية، المباح وغير المباح...الخ[2]، كل ذلك حتم ترك تحديد مفهومه للفقه والقضاء، وعدم التقيد بنص تشريعي جامد.

ثانيا: على المستوى الفقهي.

ظهرت محاولات عديدة داخل أوساط الفقه لوضع تعريف له:

فعرفه الفقيه أحمد مسلم بأنه: "النظام العام في دولة ما، ما هو إلا الكيان السياسي والإجتماعي والإقتصادي لهذه الدولة بما يقوم عليه هذا الكيان من معتقدات تتعلق بالأمن والحرية والديمقراطية ومعتقدات إجتماعية تتعلق بالمساواة أمام القانون أو إحترام أفكار دينية أساسية معينة أو عقائد مذهبية إقتصادية كالإشتراكية أو الرأسمالية أو نحوها من المذاهب والأفكار الاقتصادية كالعدالة الاجتماعية وتكافؤ الفرص وغير ذلك"[3].

---

[1] تنص المادة 24 فقرة 01 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 78 مؤرخ في 30-09-1975 معدل ومتمم على ما يلي: "لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر، أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون".

[2] ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1998، ص195.

[3] أحمد مسلم، القانون الدولي الخاص المقارن في مصر ولبنان، مكتبة النهضة المصرية، 1956، ص203.

المنارة للاستشارات

وعرفه الفقيه ممدوح عبد الكريم حافظ بأنه "مجموع المبادئ الأساسية العليا للنظام القانوني النافذ في الدولة، والتي يقوم عليها نظام المجتمع سياسياً وإقتصادياً ودينياً وقانونياً وأخلاقياً ويكون الدستور الدور الحاسم في تكوين النظام العام"[1].

كما عرفه الفقيه عز الدين عبد الله بأنه: "وسيلة قانونية يستبعد بها، في النزاع المطروح أمام القاضي، الاختصاص العادي المعقود للقانون الأجنبي، متى تعارضت أحكامه مع المبادئ الأساسية التي يقوم عليها نظام المجتمع في بلد القاضي[2].

وعرفه الفقيه جمال محمود الكردي بأنه: "صمام الأمن الذي يحمي المجتمع الوطني من القوانين الأجنبية التي تتعارض أحكامه مع المبادئ الأساسية أو القيم العليا التي يقوم عليها المجتمع الوطني"[3].

ثالثا: فشل محاولات تعريف النظام العام.

الملاحظ أن التعاريف السابقة وغيرها لم تنجح في إعطاء معنى دقيق وواضح للنظام العام، لأن هذا الأخير يتميز بالمرونة ويكتنفه الغموض، فما يتعارض مع النظام العام في دولة قد لا يعتبر كذلك في دولة أخرى. بل والأكثر من ذلك فهو متغير داخل الدولة الواحدة، فما يعتبر مخالف للنظام العام في وقت معين قد لا يعتبر كذلك في وقت لاحق.

بالنظر للاعتبارات السابقة تفادت التشريعات وضع تعريف للنظام العام، مكتفية بمنح سلطة تقديرية للقاضي في الكشف عما إذا كان القانون الأجنبي يتعارض مع النظام العام في قانون القاضي أم لا. ويقدر القاضي ذلك وقت الفصل في النزاع وليس وقت نشوء العلاقة القانونية[4]. ففي هذا الوقت

[1] ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، مرجع سابق، ص196.
[2] عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص537.
[3] جمال محمود الكردي، مرجع سابق، ص182-183.
[4] حفيظة السيد حداد، مرجع سابق، ص297.

المنارة للاستشارات

بالذات يعمل القاضي فكرة النظام العام ليستبعد تطبيق أحكام القانون الأجنبي المختص إختصاصاً عادياً بموجب قاعدة الإسناد في قانونه، ويجري ذلك الإعمال في صورة دفع هو الدفع بالنظام العام[1].

إن عدم وضع تعريف محدد ودقيق للنظام العام في القانون الدولي الخاص ليس بالأمر السلبي، بل ينسجم مع مرونة فكرة النظام العام ذاتها، الذي يتطلب التعامل معها بضرورة منح سلطة تقديرية للقاضي، وهذا تحقيقاً للهدف المنشود، وهو حماية النظام العام في كل مرحلة من مراحله الزمنية[2].

وهكذا يبدو مما سبق أن المشرع يسمح بتطبيق القوانين الأجنبية على النزاعات الخاصة الدولية، وذلك بموجب قواعد الإسناد، غير أن المشرع يقيد ذلك بأن لا يؤدي تطبيق تلك القوانين الأجنبية إلى المساس بالمبادئ العليا التي يقوم عليها قانون القاضي، وإلا إستبعد ذلك القانون عن طريق الدفع بالنظام العام، وهذا حتى يدرأ به ما يحمله هذا القانون الأجنبي من قواعد وأحكام تخالف مبادئ وقيم مجتمعه، لهذا إعترفت التشريعات بهذا الدفع كأهم وسيلة تحمي المبادئ العليا والأسس التي تقوم عليه الدولة[3].

المطلب الثالث: التمييز بين النظام العام في تنازع القوانين والنظام العام الداخلي.

حاول بعض الفقهاء[4] التفرقة بين النظام العام الدولي الذي يعمل في مجال العلاقات الخاصة الدولية، وبين النظام العام الداخلي الذي يقتصر أثره على العلاقات الخاصة الداخلية. غير أن هذه التفرقة لم تجد استجابة كبيرة داخل أوساط الفقه الذي يعتبر أن النظام في تنازع القوانين هو خاص بكل دولة

[1] عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص537.
[2] محمد وليد هاشم المصري، محاولة لرسم معالم النظام العام العربي بمفهوم القانون الدولي الخاص، مقال منشور في مجلة الحقوق، العدد 4، ديسمبر 2003، صادرة عن مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، ص152.
[3] حفيظة السيد حداد، مرجع سابق، ص299.
[4] أنظر في عرض ذلك: سعيد يوسف البستاني، مرجع سابق، ص226؛ ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، مرجع سابق، ص198.

المنارة للاستشارات

ويتميز بكونه وطني، فلكل دولة نظامها العام الوطني، وأن هذا الأخير واحد لا يتعدد، فلا يوجد نظام عادي دولي ونظام عام داخلي في الدولة الواحدة[1].

فالنظام العام يستمد دائماً من معايير وطنية واحدة ويطبقه القاضي الوطني، ولا يمكن تسمية هذا الأخير بالنظام العام الدولي، لأن ذلك يعني أنه يستمد من معايير دولية وصادر عن سلطة تعلو الدولة الواحدة، لهذا يسمى النظام العام في تنازع القوانين أو في العلاقات الدولية الخاصة أو في القانون الدولي الخاص[2].

غير أن تطبيق النظام العام على المستوى الداخلي يختلف عن تطبيقه على مستوى العلاقات الدولية الخاصة، ويتبين ذلك في الجوانب التالية:

أولاً: فيما يتعلق بمضمون النظام العام.

يترتب على اختلاف الدور الفني الذي تلعبه فكرة النظام العام في القانون الدولي الخاص عن دورها في القانون الداخلي، وكذلك على الطابع الاستثنائي للنظام العام في تنازع القوانين نتيجة هامة تتمثل في وجوب إعمال النظام العام في أضيف نطاق في القانون الدولي الخاص لاستبعاد القانون الأجنبي، وذلك بقصرها على الحالات التي يهدد فيها تطبيق القانون الأجنبي مصلحة عليا في المجتمع لا يجوز تجاوزها، أما إذا كانت هذه المصلحة لا تصل إلى ذلك المستوى من الأهمية، فيجوز للقاضي تجاوزها والعمل بأحكام القانون المختص[3]، فالمخالفة للأحكام الآمرة في قانون القاضي لا تؤدي في جميع الأحوال إلى استبعاد القانون الأجنبي باسم النظام العام.

---

[1] حسن الهداوي، مرجع سابق، ص187؛ عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص536.
[2] ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، مرجع سابق، ص198؛ جمال محمود الكردي، مرجع سابق، ص195.
[3] حسن الهداوي، مرجع سابق، ص189.
V. aussi: Henri BATIFFOL et Paul LAGARDE, op. cit., N°365, P457.

المنارة للاستشارات

وهكذا يضيق نطاق تطبيق النظام العام في مجال تنازع القوانين عن مجال تطبيقه في القانون الداخلي، وهذا رغم وحدة المفاهيم التي يفرض المشرع الالتزام بها في كلا الجانبين، ويتضح ذلك من خلال الأمثلة التالية:

– فإذا كانت القاعدة التي تحدد سن الرشد تعتبر من النظام العام في القانون الداخلي في الجزائر، ولا يجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالفها، وخلافاً لذلك، في العلاقات الدولية الخاصة فإن تطبيق القانون الأجنبي الذي يحدد سن الرشد بما يخالف هذه السن لا يصطدم مع النظام العام في الجزائر[1].

– فيما يتعلق بالولاية على القصر، يعتبر ترتيب من تحق لهم هذه الولاية من النظام العام على المستوى الداخلي في القانون المصري، غير أن الأمر خلاف ذلك في مجال العلاقات الدولية الخاصة، حيث قبل القضاء تطبيق القانون الأجنبي الذي يمنح الولاية لشخص خارج التعداد الذي ذكره القانون المصري[2].

– شرط الوفاء بالذهب يعتبر مخالف للنظام العام في العقود الوطنية، حيث توجب النصوص القانونية التعامل بالعملة الوطنية لأن خلاف ذلك يؤدي إلى إضعاف الثقة بها، أما على مستوى العلاقات الدولية الخاصة فقرر القضاء الفرنسي بصحة اشتراط الدفع بالذهب لأنه يؤدي إلى تنشيط العلاقات الخاصة بين رعايا الدول، دون أن يؤدي إلى إضعاف الثقة بالعملة الوطنية[3].

ثانيا: فيما يتعلق بدور النظام العام.

تستخدم فكرة النظام العام في مجال العلاقات الداخلية لضمان عدم الخروج الإرادي عن أحكام القواعد القانونية الآمرة، فيقيد مبدأ سلطان الإرادة

[1] سعيد يوسف البستاني، مرجع سابق، ص228؛ ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، مرجع سابق، ص200.
[2] محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، الطبعة الثانية، 1992 فقرة 392.
[3] فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد، القانون الدولي الخاص، القاهرة، 1974، ص196؛ هشام علي صادق، تنازع القوانين، منشأة المعارف، مصر، 1974، ص317.

المنارة للاستشارات

وذلك بعدم السماح للأفراد بالاتفاق على ما يخالف تلك القواعد، ويترتب على إعمال النظام العام في هذا المجال إبطال كل تصرف أو اتفاق تقرر بصورة مخالفة له[1].

أما في مجال العلاقات الدولية الخاصة، فيقوم النظام العام بدور دفاعي يهدف إلى استبعاد تطبيق القانون الأجنبي الذي حددته قواعد تنازع القوانين في قانون القاضي. فهو يعتبر دفع استثنائي يقيد حكم قاعدة الإسناد، يترتب عليه استبعاد القانون الأجنبي المختص اختصاصاً عادياً طبقاً لقاعدة الإسناد، وتطبيق قانون القاضي بديلاً عنه[2].

فالنظام العام في القانون الدولي الخاص يعتبر سبب لمنع تطبيق القانون الأجنبي وحماية النظام القانوني الوطني من انتهاك أسسه أو مبادئه من طرف القانون الأجنبي[3].

المطلب الرابع: معيار إستبعاد القانون الأجنبي للدفع بالنظام العام.

لقد إجتهد الفقه من أجل حصر حدود المجال الذي يعمل فيه الدفع بالنظام العام في موضوع تنازع القوانين. غير أن هذه الجهود لم تنجح في الوصول إلى تلك النتيجة للأسباب التالية:

أولا: عدم ثبات فكرة النظام العام، فالنظام العام هو إنعكاس للمبادئ السائدة في دولة القاضي، وهو يقوم على جوانب متعددة خلقية وإجتماعية وإقتصادية وسياسية[4].

---

[1] حفيظة السيد حداد، مرجع سابق، ص299-300؛ محمد وليد هاشم المصري، مقال سابق، ص153.

[2] سعيد يوسف البستاني، مرجع سابق، ص227-228؛ موحند إسعاد، مرجع سابق، ص243.

[3] ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، مرجع سابق، ص199؛

V. aussi: Dominique HOLLEAUX et Jaques FOYER et Géraud de La PRADELLE, op. cit., N°598, P295.

[4] عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص542؛ موحند إسعاد، مرجع سابق، ص247؛

V. aussi: Dominique HOLLEAUX et Jaques FOYER et Géraud de La PRADELLE, Droit international privé, MASSON, Paris, 1987, N°603, P296.

المنارة للاستشارات

وباعتبار هذه الأسس التي يقوم عليها النظام العام قابلة للتطور والتغيير باستمرار فيتغير تبعاً لذلك النظام العام على مر الزمان. ومثال ذلك الطلاق الذي يخالف النظام العام في فرنسا قبل سنة 1884م، حيث أن مبدأ الزوجة الواحدة كان يعتبر آنذاك أحد المبادئ الجوهرية للحضارة الفرنسية، كما أن الاعتراف بولد الزنا كان ممنوعاً في فرنسا ثم أصبح مسموح به بموجب قانون 03 يناير 1972[1].

كما أن المفاهيم والقيم التي يقوم عليها النظام العام تختلف من مكان إلى مكان، فلكل دولة نظامها العام، فإذا كان تعدد الزوجات يخالف النظام العام في فرنسا، فالأمر خلاف ذلك في الجزائر وغيرها من الدول الإسلامية[2].

ثانيا: عدم إمكان معرفة ما إذا كان القانون الأجنبي يتعارض مع النظام العام الوطني أم لا إلا بصدد نزاع معين، ومن هنا تتعدد تطبيقات النظام العام بتعدد المنازعات[3].

ثالثا: لا يمكن وصف القوانين الآمرة في العلاقات الخاصة الداخلية بأنها قوانين النظام العام وذلك للمبررات التالية:

1- ليس من المحتوم وصف القوانين الآمرة بالتعلق بالنظام العام حتى تؤدي إلى إستبعاد القانون الأجنبي المختص وفقاً لقواعد الإسناد، بل يكفي لذلك مجرد وصفها بكونها آمرة[4]، فالنظام العام يتدخل فقط في المجال الذي لا توجد فيه أحكام تشريعية آمرة[5].

---

[1] Pierre Mayer, Droit international privé, 5e édition, Editions Delta, Liban 1996, N°201 et 204, P141 et 1432.

أنظر أيضاً: سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، الطبعة الأولى، 2004، ص223.

[2] حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص-تنازع القوانين-، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1998، ص186.

[3] جمال محمود الكردي، مرجع سابق، ص188-198.

[4] عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص536-537؛ وحسن الهداوي، مرجع سابق، ص186.

[5] موحند إسعاد، مرجع سابق، ص244.

المنارة للاستشارات

2- أن القوانين الآمرة تطبق على الرغم من أنها لم تعين من طرف قواعد التنازع، حيث يلاحظ القاضي أن المصالح الوطنية تتطلب تطبيق قانون القاضي على النزاع، أما النظام العام فلا يتدخل سوى بعد إعمال قواعد التنازع لإستبعاد القانون الأجنبي المختص بحكم الدعوى، وذلك عندما يتبين للقاضي تعارض مضمون هذا القانون مع المفاهيم العامة السائدة في قانونه، فيستبعد القانون الأجنبي ويطبق مكانه قانون القاضي[1].

هذه الإعتبارات وغيرها، جعلت من الصعب وضع قائمة حصرية بالحالات التي تدخل في نطاق النظام العام، وهذا ما جعل الفقه[2] الفرنسي يصفه بـ"العبارة الغامضة" "Louche Formule" أو "الطفل المرعب للقانون الدولي الخاص" "enfant terrible du droit international privé" وكذلك "قطعة المطاط" "paragraphe de caoutchouc". ورغم ذلك هم يقرون بعدم إمكان الاستغناء عنه ، فهو "صمام الأمان" الذي بدونه تعتبر قاعدة الإسناد عند تحديدها لقانون أجنبي قفز نحو المجهول.

أمام صعوبة تحديد نطاق محدد ودقيق للنظام العام، جهد الفقهاء[3] من أجل إيجاد معيار واضح يستعين به القاضي في تحديد ما إذا كان القانون الأجنبي يتعارض مع النظام العام في بلده أم لا. وفي هذا الإطار اقترح جانب من الفقهاء معيار يتمثل في استبعاد القانون الأجنبي إذا كان يشمل على نظم قانونية غير معروفة في قانون القاضي، كما اقترح فريق آخر من الفقهاء معيار المساس بمبادئ العدالة الدولية كأن يقيم القانون الأجنبي التفرقة بسبب الجنس أو اللون، أو بالمبادئ العامة المتعارف عليها في الدول المتحضرة، ومثال ذلك التزام الزوج بالنفقة وتأمين الحياة المادية لأسرته هو التزام تفرضه المبادئ

[1] موحند إسعاد، مرجع سابق، ص244-245.

[2] Pierre Mayer, op. cit., N°201, P141.

[3] أنظر في عرض هذه الاتجاهات: جمال محمود الكردي، مرجع سابق، ص190.

المنارة للاستشارات

السارية في الدول المتحضرة، وأضاف فريق آخر من الفقهاء معيار التعارض مع السياسة التشريعية في دولة القاضي.

والملاحظ من خلال عرض المعايير السابقة أن كل منها يصلح فقط لوجه أو بعض أوجه فكرة النظام العام، ولا يكون صالحاً في غيرها من الحالات.

وهكذا، يرى غالبية[1] رجال الفقه بضرورة الاعتراف للقاضي بالسلطة التقديرية في فحص وتقدير كل حالة على حدة والقول ما إذا كان تطبيق القانون الأجنبي يتعارض مع النظام العام من عدمه، وترى الاكتفاء بمعيار مجرد يهتدي به القاضي هو المصالح الحيوية للدولة أو المصلحة العامة العليا للدولة.

ويخضع القاضي في تقديره للنظام العام إلى رقابة المحكمة العليا لأن الدفع بالنظام العام هو استثناء يعطل تطبيق قاعدة الإسناد، وهو بذلك مسألة قانون[2].

غير أن القاضي قد تواجهه صعوبة في إعمال هذا المعيار بسبب عدم ثبات فكرة النظام العام، فهل يأخذ بعين الاعتبار مقتضيات النظام العام وقت نشوء العلاقة القانونية أو وقت الفصل في الدعوى.

الإجابة على هذا التساؤل تتأسس على مبدأ "آنية النظام العام" "l'actualité de l'ordre public"، وبناء عليه فإن القاضي عليه أن يأخذ بعين الاعتبار تعارض القانون الأجنبي مع النظام العام السائد في بلد القاضي حين الفصل في الدعوى[3].

---

[1] حسن الهداوي، مرجع سابق، ص186؛ ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، مرجع سابق، ص201؛ عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص542-543.

[2] حفيظة السيد حداد، مرجع سابق، ص298؛ حسن الهداوي، مرجع سابق، ص187.

[3] Pierre Mayer, op. cit., N°204, P142; Henri BATIFFOL et Paul LAGARDE, op. cit., N°354, P444 et s.

أنظر أيضا: محند إسعاد، مرجع سابق، ص244.

المنارة للاستشارات

ولقد اتخذ رجال الفقه[1] من فكرة الاشتراك القانوني أساساً لفكرة الدفع بالنظام العام، وبناء عليه يتعين على القاضي رفض تطبيق القانون الأجنبي الذي يتخلف في شأنه شرط الاشتراك القانوني مع قانون القاضي.

وأكثر ما يكون الخلاف بين قوانين الدول هو بالنسبة للقوانين المتعلق بالأحوال الشخصية كالزواج والميراث والتبني والبنوة. فلو نظرنا إلى الدول العربية لوجدناها تشترك في الديانة الإسلامية، والمسائل السابقة تأخذ أحكامها من الشريعة الإسلامية، لهذا يستبعد القانون الأجنبي في الحالات التي يتعلق فيها الأمر بطرف مسلم ولو كان أجنبياً[2]، ومثال ذلك: يستبعد القانون الفرنسي المختص بموجب قواعد الإسناد في قانون القاضي بدولة إسلامية. إذا كان يمنع تعدد الزوجات وكان الأمر يتعلق بفرنسي مسلم، فحين لا يستبعد ذلك القانون إذا تعلق الأمر بفرنسي غير مسلم، تضاف إلى ما سبق المسائل المتعلقة بزواج المسلمة من غير مسلم، وكذلك التوارث بين المسلم وغير المسلم.

غير أن فكرة الاشتراك القانوني لا تؤخذ على إطلاقها، إذ قد يتم إعمال الدفع بالنظام العام بين الأنظمة القانونية المتشابهة، وإن كان هذا الأمر نادر الحصول، مثال ذلك: قد يكون قانون دولة عربية يبيح تعدد الزوجات، فهو لا يخالف النظام العام في جوهره، لكن إذا تبين للقاضي أنه يبيح الزواج بأكثر من أربع نساء وكان النزاع يتعلق بهذه المسألة، فإن القاضي يستبعده لمخالفته النظام العام.

---

[1] أنظر في عرض ذلك: عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص539 وبعدها؛ سعيد يوسف البستاني، مرجع سابق، ص223-224.

V. aussi: Henri BATIFFOL et Paul LAGARDE, op. cit., N°365, P457; Dominique HOLLEAUX et Jaques FOYER et Géraud de La PRADELLE, op. cit., N°608, P299.

[2] محمد وليد هاشم المصري، مقال سابق، ص156؛ صلاح الدين عبد الوهاب، الدفع بالنظام العام في مواريث الأتراك في مصر، مجلة المحاماة، الصادرة عن نقابة المحامين، مصر، العدد التاسع، سنة 1997، ص1205.

المنارة للاستشارات

وبناء عليه يجب على القاضي بحث كل حالة على حدة للقول ما إذا كان القانون الأجنبي يتعارض مع النظام العام أم لا، لأن القانون الأجنبي قد لا يعتبر بكامله يخالف النظام العام في قانون القاضي، وإنما فقط في مسألة معينة، وبالتالي لا يتدخل النظام العام سوى في هذه المسألة فقط دون غيرها.

خاتمة:

من خلال دراسة مختلف جوانب موضوع مفهوم النظام العام في القانون الدولي الخاص، يمكن الوصول إلى النتائج التالية:

_ النظام العام يلعب دورا هاما في حل تنازع القوانين من حيث المكان، فيكون له دور الحاجب الذي يمنع عبور أو تطبيق القانون الأجنبي إذا كان يخالف النظام العام في بلد القاضي.

_ فشل محاولات وضع تعريف واضح ودقيق لفكرة النظام العام كان بسبب مرونة هذه الفكرة وتأثرها بعاملي الزمان والمكان، وتطورها المستمر، وهو الأمر الذي يحتم ترك تحديدها لقاضي الموضوع.

_ وفيما يتعلق بمعيار استبعاد تطبيق القانون الأجنبي للدفع بالنظام العام، فإن الأمر يترك لقاضي الموضوع ويتقيد في ذلك بمعيار موضوعي عام يوجه القاضي في إعمال فكرة النظام العام، يتمثل في تعارض القانون الأجنبي مع المبادئ والأفكار الأساسية السياسية والاقتصادية والخلقية التي يقوم عليها المجتمع وقت نظر الدعوى وليس وقت نشوء المركز القانوني محل النزاع استناداً لمبدأ حالية النظام العام.

بالإضافة إلى ما سبق، يمكن القول كذلك أنه ليس هناك نظام عام دولي ونظام عام وطني بل هناك نظام عام واحد وطني، وكل ما في الأمر أن دور فكرة النظام العام ونطاق إعمالها يختلف من القانون الداخلي إلى القانون الدولي الخاص.

المنارة للاستشارات

كما يمكن بعد النتائج السابقة عرض الاقتراحات والتوصيات التالية:

_ ضرورة التدخل التشريعي لوضع بعض القواعد العامة والأساسية التي تحكم فكرة النظام العام دون المساس بمرونة هذه الفكرة.

_ إعطاء السلطة التقديرية للقاضي بنص قانوني لتقدير ما يخالف النظام العام من عدمه، دون تقييده بمعيار دقيق في ذلك حتى لا تتأثر مرونة النظام العام.

قائمة المصادر والمراجع:

أولاً: المصادر.

الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 78 مؤرخ في 30-09-1975 معدل ومتمم.

ثانياً: المؤلفات باللغة العربية.

01- أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، الطبعة الأولى، 1996.

02- أحمد مسلم، القانون الدولي الخاص المقارن في مصر ولبنان، مكتبة النهضة المصرية، 1956.

03- أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص -تنازع القوانين-، دار هومه، الجزائر، طبعة 2001.

04- جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، طبعة 2005.

05- حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص-تنازع القوانين-، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1998.

06- حفيظة السيد حداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، المبادئ العامة في تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، الطبعة الأولى، 2005.

07- فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد، القانون الدولي الخاص،دار النهضة العربية، القاهرة، 1974.

08- فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وآثار الأحكام الأجنبية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994.

09- سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، الطبعة الأولى، 2004.

المنارة للاستشارات

10- عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، الهيئة المصرية العامة للكتاب، مصر، الطبعة التاسعة، 1986.

11- محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، الطبعة الثانية، 1992.

12- ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1998.

13- موحند إسعاد، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، قواعد التنازع، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989.

14- هشام علي صادق، تنازع القوانين، منشأة المعارف، مصر، 1974.

ثالثاً: المقالات:

01 – صلاح الدين عبد الوهاب، الدفع بالنظام العام في مواريث الأتراك في مصر، مجلة المحاماة، الصادرة عن نقابة المحامين، مصر، العدد التاسع، سنة 1997.

02 – محمد وليد هاشم المصري، محاولة لرسم معالم النظام العام العربي بمفهوم القانون الدولي الخاص، مقال منشور في مجلة الحقوق، العدد 4، ديسمبر 2004، صادرة عن مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت.

رابعاً: المؤلفات باللغة الفرنسية.

01- Dominique HOLLEAUX et Jaques FOYER et Géraud de La PRADELLE, Droit international privé, MASSON, Paris, 1987.

02- Henri BATIFFOL et Paul LAGARDE, Droit international privé, 6e édition, L.G.D.J, Paris, 1974.

03- Pierre Mayer, Droit international privé, 5e édition, Editions Delta, Liban 1996.

المنارة للاستشارات