

أثر الاتفاقيات الدولية في أعمال فكرة النظام العام

«دراسة في ضوء القانون الدولي الخاص»

بقلم الدكتور بلمامي عمر *

تمهيد :

من السمات البارزة التي أصبح المجتمع الدولي المعاصر يتميز بها، قيامه على فكرة التعاون في مختلف المجالات، سواء كانت هذه المجالات سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية أو غيرها وهذا التعاون ليس وليد الصدفة وإنما وجد نتيجة لتطور سريع في عدد أعضاء المجتمع الدولي وتعدد حاجاته وينظم هذا التعاون بإبرام أنواع من الاتفاقيات بين الدول. ولن نستهدف هذا الدخول في تفاصيل فيها اشكالية النظام العام بين الدول الموقعة عليها. وتحديد موقف القضاء الوطني من مسألة النظام العام.

وبعبارة أخرى سنبحث من خلال تلك الاتفاقيات، ماهو الحكم إذا كانت قاعدة الاسناد المطلوب من القاضي تطبيقها، قد تقررت بمقتضى اتفاقية دولية تخالف النظام العام السائد في دولته ؟ هل يستطيع استبعاد تلك القاعدة بحجة تعارضها مع اعتبارات النظام العام لدولته أو يطبق القانون الأجنبي أعمالا لأحكام الاتفاقية ؟

لقد اختلف الفقهاء حول الاجابة عن هذه المسألة، ويرجع سبب هذا الاختلاف أساسا إلى صعوبة التوفيق بين مبدئين متعارضين هما :

(هـ) أستاذ بمعهد الحقوق والعلوم الادارية، جامعة سطيف.

المبدأ الأول: يتمثل في التزام القاضي بمقتضى الاتفاقية الدولية التي وقعت عليها دولته بشأن قاعدة الاسناد المنصوص عليها في الاتفاقية.

المبدأ الثاني: هو عدم امكان تطبيق القاضي الوطني لقانون أجنبي، إذا كان هذا القانون يتعارض مع اعتبارات النظام العام في دولته.

وهكذا سنتناول هنا الفروض التي يمكن أن تقوم عند التوقيع على الاتفاقية ضمن أربعة مباحث.

المبحث الأول: يعالج حالة استثناء النظام العام من الاتفاقية.

المبحث الثاني: يدرس حالة النص عدم استبعاد القانون الأجنبي من طرف القاضي الوطني، ولو كان هذا القانون يتعارض مع مفهوم النظام العام لدولته.

المبحث الثالث : يتناول حالة سكوت الاتفاقية على أعمال الدفع بالنظام العام ضد القانون الأجنبي الذي تشير له قاعدة الاسناد في الاتفاقية، إذا ما تعارضت أحكامها مع النظام العام لدولة القاضي.

المبحث الرابع : يبين حالة النص على حالات محددة يحق فيها للقاضي في الدول المتعاقدة على أعمال الدفع بالنظام العام.

حالة استثناء النظام العام من الاتفاقية أو المعاهدة

مفهوم النظام العام :

لم يختلف الشراح في أمر كاختلافهم في تعريف النظام العام، فتعددت التعريفات تعددًا يكاد لا ينتهي، وتباينت بالتالي فكرة النظام العام من حيث نطاقها، تبعاً للنزعة التي انبعثت منها هذه التعريفات، إلا أن هذه التعريفات وإن اختلفت في التفاصيل، إلا أنها تكاد تجمع على فكرة جوهرية ينصب عليها النظام العام في كل دولة، وإن كان مفهوم هذه الفكرة ومضمونها يختلف من دولة لأخرى، ويعبر عن هذه الفكرة بما يعرف بالمصلحة العامة أو المصلحة الوطنية، سواء كانت هذه المصلحة سياسية أم اقتصادية أم اجتماعية، أم أدبية.

ومعلوم أن هذه الأفكار التي يرتبط بها النظام العام، نسبية ومتغيرة ينظر إليها في مجتمع معين وفي زمن محدد، مما ينجم عن ذلك اختلافاً من دولة لأخرى في تحديدها وتصورها لفكرة النظام العام، وقد انعكس الاختلاف في تصور فكرة النظام العام سلباً على التعاون الدولي أحياناً، وأصبح يلجأ إلى النظام العام في كل مرة تخالف الاتفاقية اعتبارات النظام العام من منظور هذه الدولة أو تلك، مما يعرض هذه الاتفاقية أحياناً إلى خطر عدم تطبيقها بسبب مخالفتها للنظام العام فتفقد أهميتها.

ولذلك عادة ما تحتاط الدول عند إبرامها للاتفاقيات الدولية لفكرة النظام العام وتتخذ موقفاً صريحاً منها.

قد يتنبه واضعوا الاتفاقية منذ الوهلة الأولى إلى تلافي هذه المشكلة مسبقاً، وذلك بادراج نص صريح في الاتفاقية يقضي بتغليب أحد المبدئين

على الآخر «النظام العام أو الاتفاقية» فإذا اتفق على تغليب النظام العام، فإنه في هذه الحالة يمكن لكل دولة من الدول الأعضاء في الاتفاقية أو المعاهدة استبعاد تطبيق القانون الذي تشير بتطبيقه قاعدة الاسناد الواردة في الاتفاقية إذا تعارض أحد نصوصها مع اعتبارات النظام العام للدولة القاضي المعروض عليه النزاع. وفي هذا الفرض لا تكون هناك مشكلة بين الدولتين أو الدول الموقعة على الاتفاقية أو المعاهدة. إذ من حق كل دولة تقدير ما يعتبر من النظام العام، فتستبعد أي نص من نصوص الاتفاقية، إذا رأت انه يتعارض مع اعتبارات النظام العام في دولتها. وأغلب الاتفاقيات الحديثة تشير إلى تحفظها على النظام العام عند التوقيع أو الانضمام إليها، ويمكن أن نورد عدة تطبيقات لهذه الحالة أو هذا الفرض.

فهناك اتفاقيات عديدة اشارت صراحة على ترك الحرية للدول الموقعة على الاتفاقية أو المعاهدة بحققها على الاحتفاظ بالدفع بالنظام العام، إذا تعارضت نصوصها مع المبادئ الأساسية لها.

ومن هذه الاتفاقيات نذكر على سبيل المثال، اتفاقية مشروع تسوية المنازعات المتعلقة بالميراث (La succession) التي انعقدت في «لاهاي» سنة 1925 و1928، حيث أشارت هذه الاتفاقية إلى (الشرط التحفظي العام) (CLAUSE de réserve générale) أو النظام العام، فأعطت الحق لكل دولة عضو في هذه الاتفاقية أن تحتفظ بما يعتبر من النظام العام، أي جعلت الحق لكل دولة في الدفع بالنظام العام إذا رأت أن نصوص الاتفاقية تتعارض مع النظام العام⁽¹⁾ كما أدرج (شرط الاحتفاظ بالنظام العام) في «اتفاقية لاهاي» المبرمة في سنة 1976 والمتعلقة (بإشهار الزواج الصحيح والاعتراف به).

(1) Jacques Maury: L'éviction de la loi normalement compétente: l'ordre public international et la fraude à la loi, Ed. 1992, P.99.

د. ممدوح عبد الكريم حافظ: مبدأ النظام العام وتنازع القوانين، مجلة القانون والاقتصاد العدد الأول والثاني — 1971 — جامعة البصرة ص 124.
وانظر كذلك مؤلف الدكتور: جابر جاد عبد الرحمن : تنازع القوانين، ط. 1970 ص 565.

ومن المعروف أن مثل هذه المواضيع يكثر فيها التمسك بالدفع بالنظام العام من قبل المحاكم الوطنية، نظرا لاختلاف مفاهيم الزواج وتباين أنظمتها في الدول فهناك الزواج الذي يتم في شكل ديني، وهناك الزواج المدني ولكل من هذين النوعين عادات وتقاليد تؤدي إلى اختلافات في تحديد القانون الواجب التطبيق عندما يتعلق الأمر بتنازع القوانين.

كما أشارت اتفاقية المجلس الأوروبي «المؤرخة في: 17 جوان 1968، المتضمنة الاتفاق على طلب الاطلاع على القانون الأجنبي.

فنصت المادة 11 منها على أن الدولة المطلوب منها اعطاء المعلومات عن قانونها، يمكن أن ترفض ذلك إذا رأت انه من شأن اعطائها معلومات تتعلق بالمنازعة المطروحة أمامها يمس بمصالحها.

أو إذا رأت أن الاجابة على ذلك من شأنها أن تخل بسيادتها وأمنها». فرغم أنه لم يرد اصطلاح النظام العام في هذه الاتفاقية الا أن أحد الشراح يتساءل: هل نحن فعلا بصدد مفهوم النظام العام في هذه المادة.

ويجيب قائلا، انه إذا كان الوضع كذلك، فإن ادراج الشرط التحفظي يمكن نقده، لأن مفهومه يعتبر واسعا ومطاطا، فمفهوم المصلحة والأمن والسيادة تتغير حسب الظروف. والواقع ان مثل هذه المفاهيم تعكس الشرط التحفظي أو النظام العام في هذه الاتفاقية. وهناك معاهدة أخرى أشارت كذلك إلى إدراج الشرط التحفظي وهي معاهدة «لاهاي» المتعلقة «باتفاقيات انتخاب القاضي»⁽¹⁾ (Les accords d'élection de for) فقد ورد في اتفاقية (لاهاي) المؤرخة في 15/نوفمبر/ 1965، في المادة 15 مايلي:

André Chappelle: les fonctions de l'ordre public en droit international privé thèse, 1976. P.396.

«لكل دولة متعاقدة يمكنها أن تحتفظ بعدم الاعتراف باتفاقيات انتخاب القاضي إذا كان النزاع لا صلة له بالمحكمة المنتخبة أو من شأنه أن يضر بمصالحها إذا فصل في القضية محل النزاع من طرف قاضي منتخب».

ويقول الأستاذ: (André Chappelle) وهنا كذلك يمكننا أن نتساءل عن الصيغة الحقيقية لهذا الشرط (الشرط التحفظي)، وهو بطبيعة الحال الاحتفاظ بما يعتبر من النظام العام في هذه الدول المتعاقدة⁽¹⁾.

ومن صور الاتفاقيات التي احتفظت كذلك لكل دولة موقعة على المعاهدة بحقها في أعمال الدفع بالنظام العام، متى تعارض تطبيق هذه المعاهدة مع اعتبارات النظام العام لدولة القاضي، معاهدة الصداقة والاقامة بين مصر، وتركيا، المبرمة في سنة 1937.

وقد نص في المعاهدتين، على أن تطبق في مسائل الأحوال الشخصية أحكام المتقاضين في كل من الدولتين، مع عدم الإخلال بالقواعد المتعلقة بالنظام العام.

وقد أصدرت المحكمة العليا الشرعية في مصر سنة 1946 حكماً امتنعت فيه عن تطبيق القانون التركي الذي يقضي بتوريث ذوي الأرحام مع ذوي العصبات لمخالفة ذلك للنظام العام المصري الذي يطبق الشريعة الإسلامية فيما يخص الموارث.

وجاء في حيثيات هذا الحكم مايلي :

«مصر ودينها الرسمي الاسلام بنص الدستور وغالب الأمة من المسلمين، لا يمكن أن يتفق مع ما جاء في الاتفاقية المذكورة آنفاً لما فيها من انتهاك واضح لحرية الدين والخروج عن قواعد ومخالفة أحكامه الثابتة بدليل قطعي

(1) انظر رسالة André Chappell المشار إليها اعلاه ص 396.

الثبوت بالاجماع ولم يخالفه أحد من أئمة المسلمين». وهناك ثلاث اتفاقيات أبرمتها لبنان مع كل من سورية، والأردن، والكويت، تكون نافذة في لبنان، دون اعطاء هذه الاتفاقيات الصيغة التنفيذية، إذا كانت لا تتوفر فيها بعض الشروط التي من بينها (ألا يكون الحكم أو السبب الذي بنيت عليه مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة للدولة المطلوبة منها التنفيذ أو مناقضا لمبدأ معترف به كقاعدة عامة دولية⁽¹⁾).

كما تضمنت الاتفاقية المبرمة بين الجزائر وفرنسا المؤرخة في 28/أوت/1962م، والمصادق عليها بالأمر رقم 65 — 194 المؤرخ في 29/يونيو1969، المتضمن المصادقة على الاتفاقية المتعلقة بتنفيذ الأحكام وتسليم المجرمين، المبرمة بين الجزائر وفرنسا، شرط الاحتفاظ بالنظام العام في البلدين. حيث تضمنت هذه الاتفاقية في الفقرة الرابعة منها هذا الاحتفاظ وجاء فيها «ألا يتضمن القرار ما يخالف النظام العام الخاص بالدولة المناوبة لتنفيذ القرار أو لمبادئ الحقوق العمومية المطبقة في تلك الدولة».

ونصت الاتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة في نيويورك بتاريخ 10/يونيو 1958 والخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها في المادة الخامسة الفقرة الثانية «ان اعتماد القرار أو تنفيذه قد يخالف النظام العام في هذا البلد»⁽²⁾.

ويستخلص من هذه المادة أن الجزائر قد وافقت على الانضمام في هذه الاتفاقية بتحفظات ومن هذه التحفظات، عدم مخالفة نصوص هذه

(1) د. صلاح الدين عبد الوهاب: الدفع بالنظام العام في مواريث الأتراك، مجلة المحاماة المصرية، ص 37 — ص 1206 —.

وانظر في هذا المعنى أيضا الدكتور عز الدين عبد الله: القانون الدولي الخاص ج 2، ط 9، 1986، ص 547.

(2) انضمت الجزائر إلى هذه الاتفاقية بالمرسوم رقم 88 — 233 المؤرخ في 05 نوفمبر 1988 المتضمن الانضمام بتحفظ إلى اتفاقية نيويورك الموقع عليها في سنة 1958.

الاتفاقية النظام العام السائد في الجزائر فإذا خالف بند من بنود هذه الاتفاقية النظام العام الجزائري، فإنه يعتبر غير ملزم للقاضي وعلى هذا الأخير أن يستبعد هذا البند من ميدان التطبيق باسم النظام العام. كما نصت الاتفاقية المبرمة بين مصر، والجزائر المنعقدة في سنة 1964 والمتعلقة بالمساعدة المتبادلة والتعاون القانوني والقضائي في المادة 17 الفقرة (د) ألا يتضمن الحكم أو الأمر ما يخالف النظام العام في البلد المطلوب إليه التنفيذ...

كما نصت الاتفاقية المبرمة بين مصر والعراق في سنة 1964 والمتعلقة بشأن المساعدة المتبادلة والتعاون القانوني والقضائي في المادة 19 الفقرة الثانية «ألا يكون الحكم متضمن ما يخالف الآداب أو قواعد النظام العام في الدولة التي يحتج به أمام محاكمها أو سلطتها»⁽¹⁾.

كما ورد في اتفاقية جامعة الدول العربية الخاصة بتنفيذ الأحكام النص على النظام العام والآداب العامة في الدولة المطلوب إليها التنفيذ وهي صاحبة السلطة في تقدير كونه كذلك وعدم تنفيذ ما يتعارض منه مع النظام العام أو الآداب العامة فيها، أو إذا كان الحكم مناقضا لمبدأ مقيد كقاعدة عمومية دولية.

ويراد بذلك ألا يتضمن الحكم مع ما يتعارض مع مقتضيات النظام العام أو الآداب العامة في هذه الدولة، والقاضي المطلوب منه الأمر بالتنفيذ هو الذي يقدر هذا التعارض أو عدم وجوده مراعيًا منطوق الحكم وما جاء في أسبابه.

ونصت المادة 14 من اتفاقية التعاون المتبادل في الميدان القضائي بين الجزائر، والمغرب المؤرخة في 15 مارس 1963 والمصادق عليها بأمر رقم 68 — 69 ليوم 02 سبتمبر 1969 على مايلي: «يجوز للسلطة المقدم إليها

(1) د. عز الدين عبد الله. المجلة المغربية للقانون المقارن، العدد الرابع، 1984 كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، مراكش.

الطلب أن ترفض تنفيذ الانابة القضائية إذا كانت هذه الانابة حسب قانون البلد المقدم اليه الطلب غير مختصة، أو كان من شأنها أن تخل بالسيادة أو الامن أو النظام العام للبلد الذي يجب أن يتم فيه التنفيذ. ونصت المادة 20/د من نفس الاتفاقية» عدم احتواء الحكم على أي شيء يعتبر مخالفا للنظام العام للبلد المطلوب فيه التنفيذ...»

وكذلك المادة 3/37 من نفس الاتفاقية «تكتفي السلطة المختصة بأن تنظر فيما إذا كانت في العقود الشروط اللازمة لاثبات صحتها في البلد الذي تسلمها، وفيما إذا كانت الأحكام المطلوب تنفيذها لا تحتوي على شيء مخالف للنظام العام للبلد المطلوب تنفيذ الأمر فيه أو لمبادئ القانون العام المطبق في هذا البلد».

ونصت المادة 13 من اتفاقية المساعدة المتبادلة والتعاون القانوني والقضائي بين الجزائر وتونس المصادق عليها بموجب مرسوم رقم 63 - 450 المؤرخ في 14 فيفري 1963 «يجوز للسلطة المقدم اليها الطلب أن ترفض تنفيذ الانابة القضائية إذا كانت الانابة حسب قانون البلد المقدم اليه الطلب غير تابعة لاختصاص السلطة المذكورة أو كان من شأنها أن تخل بالسيادة أو الأمن أو النظام العام للبلد الذي يجب أن يتم فيه التنفيذ» ونصت المادة 19/د من الاتفاقية المتعلقة بالتعاون القضائي المبرمة في 15 يناير 1970 «عدم احتواء الحكم على أن شيء يعتبر مخالفا للنظام العام للبلد المطلوب فيه التنفيذ ولا لمبادئ القانون العام المطبق في ذلك البلد، ولا لحكم قضائي صدر في نفس البلد واكتسب بالنسبة إليه قوة الشيء المحكوم فيه».

وكذا المادة 3/26 من نفس الاتفاقية التي نصت «تكتفي السلطة المختصة بأن تنظر فيما إذا كانت العقود تتوفر فيها الشروط اللازمة لاثبات صحتها في البلد الذي تسلمها وفيما إذا كانت الأحكام المطلوب تنفيذها لا تحتوي على شيء مخالف للنظام العام للبلد المطلوب تنفيذ الأمر فيه أو لمبادئ القانون العام المطبق في هذا البلد».

ونصت المادة 14 / ح من الاتفاقية القضائية بين المملكة البلجيكية والجمهورية الجزائرية المصادق عليها بأمر 70 — 60 المؤرخ في 18 أكتوبر 1970 «إذا كان التنفيذ من شأنه أن يخل بالنظام العام للدولة المقدم إليها الطلب»⁽¹⁾.

ونصت المادة 13 من الاتفاقية حقوق الطفل «على مايلي:

1 — يكون للطفل الحق في حرية التعبير، ويشمل هذا الحق حرية طلب جميع أنواع المعلومات والأفكار وتلقيها وإذاعتها، دون أي اعتبار للحدود، سواء بالقول، أو بالكتابة، أو الطباعة، أو الفن، أو بأية وسيلة أخرى يختارها الطفل.

2 — يجوز إخضاع ممارسة هذا الحق لبعض القيود، بشرط أن ينص القانون عليها، وأن تكون لازمة لتأمين مايلي :

أ — احترام حقوق الغير أو سمعتهم.

ب — حماية الأمن الوطني أو النظام العام أو الصحة العامة أو الآداب العامة ونصت المادة 15 من نفس الاتفاقية:

1 — تعترف الدول الأطراف بحقوق الطفل في حرية تكوين الجمعيات وفي حرية الاجتماع السلمي.

2 — لا يجوز ممارسة هذه الحقوق بأية قيود غير القيود المفروضة طبقا للقانون والتي تقتضيها الضرورة في مجتمع ديمقراطي لصيانة الأمن الوطني أو السلامة العامة أو النظام العام أو لحماية الصحة العامة أو الآداب العامة أو لحماية حقوق الغير وحررياتهم.»

وفي هذا المعنى أقرت الأمم المتحدة بالاجماع في 16 ديسمبر 1966 اتفاقيتين للحقوق الدولية للإنسان، الأولى خاصة بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، والثانية خاصة بالحقوق المدنية والسياسية.

(1) انظر الاتفاقيات القضائية، ط، 1984 الديوان الوطني للأشغال التربوية.

فإي عمل تقدم به دولة ما فيه خروج عن مبادئ حقوق الإنسان الأساسية أو الجهورية، يجب بالضرورة الا يلاق أي احترام أو اعتراف من قبل الدول الأخرى سواء أكان ذلك من السلطة القضائية أو السلطة السياسية.⁽¹⁾

ونفس الأمر بالنسبة لاتفاقية حقوق الطفل، إذ تلزم أحكامها كل الدول التي وقعت أو انضمت إليها ولا يسمح بأي اتفاقية من شأنها المساس بها أو تجاهلها، إذ في ذلك يعد انتهاكا صارخا للنظام العام في الدولة التي يقع فيها هذا الانتهاك.

ويستخلص من هذه الاتفاقيات التي تم التوقيع عليها أمرين :

الأمر الأول:

ان الدول الموقعة عليها حرصت عن النص على أعمال فكرة الدفع بالنظام العام ضد أي اتفاقية التي من شأنها أن تتعارض مع الأسس أو المبادئ التي ينهض عليها كيان مجتمع هذه الدولة، سواء كانت هذه الأسس أو المبادئ سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية وأدبية.

لأمر الثاني :

ان هذه الاتفاقيات تركت أمر تقدير ما يعتبر من النظام العام للسلطات المختصة.

(1) د. ممدوح عبد الكريم حافظ: المرجع السابق ص 127.

حالة النص على عدم استبعاد القانون الأجنبي من طرف القاضي في الدولة الموقعة على الاتفاقية

إذا كانت بعض الاتفاقيات تنص على ترك الاحتفاظ بالنظام العام لكل دولة موقعة على الاتفاقية فإننا نجد بعض الاتفاقيات على العكس من ذلك تنص على عدم أعمال الدفع بالنظام العام ضد أحكام الاتفاقية ولو كانت أحكامها تتعارض مع النظام العام لدولة القاضي، قد تتضمن الاتفاقية النص صراحة على عدم امكان لجوء القاضي في الدول الأعضاء في الاتفاقية الى استخدام فكرة النظام العام لاستبعاد القانون الذي تقضي الاتفاقية بتطبيقه، وحينئذ لا يجوز للقاضي الوطني الامتناع عن تطبيق القانون الأجنبي بحجة أنه يتعارض مع اعتبارات النظام العام لدولته. ومن هذه الاتفاقيات التي نصت على تغليب أحكام الاتفاقية ولو كانت تتعارض مع النظام العام لدولة القاضي، اتفاقية «بروكسل» المؤرخة في 28 أبريل 1968 المتعلقة بالاعتراف المتبادل للشركات والأشخاص المعنوية والتي وضعت تطبيقاً للمادة 220 من معاهدة «روما» فبعد ان ذكرت هذه الاتفاقية بالمادة التاسعة التي تنص على الشرط التحفظي التقليدي للنظام العام، حيث حددت حالة لا يمكن للنظام العام أن يتدخل فيها، فنصت كمايلي: «إذا تكونت شركة بمقتضى قانون يسمح بتأسيسها بشريك أو مساهم واحد، فإنه لا يمكن اعتبار هذه الشركة لنفس السبب متناقضة مع النظام العام بمفهومه في القانون الدولي الخاص⁽¹⁾ ففي حالة نشوب نزاع بين الاتفاقية المذكورة والمبادئ أو القواعد لأحد الدول المتعاقدة فإن أحكام الاتفاقية هي التي تغلب ولا يمكن التذرع بالنظام العام في احدى هذه الدول».

(1) انظر André Chappelle: المرجع السابق ص 396.

وبمعنى أوضح فإنه لا يعتد بالنظام العام الداخلي لهذه الدول. ويمكن الإشارة هنا كذلك إلى الاتفاقية المبرمة بين المغرب وفرنسا المؤرخة في 10 أوت 1981 والمتضمنة الأحوال الشخصية والعائلية، والتعاون القضائي.

فقد نصت المادة الرابعة من هذه الاتفاقية على مايلي :

«ان قانون البلدين المعين بواسطة هذه الاتفاقية، لا يمكن استبعاده من طرف السلطة القضائية للبلدين إذا كان يظهر عدم توافقه مع النظام العام. ويعلق الأستاذ (François Monoger) على شرط النظام العام في هذه الاتفاقية بقوله «انه يتعين على قضاة البلدين بذل مجهودات معتبرة من أجل قبول اختلافات البلدين التي قد تتنافى مع النظام العام لكليهما، وينتهي إلى القول بأن هذه المجهودات لا شك في أنها تكون صعبة من الطرفين، نظرا للاختلافات المتباينة في الأحوال الشخصية للبلدين.

فالمغرب يطبق الأحوال الشخصية التي يخضعها للشريعة الاسلامية التي تفرض التكامل والاحترام وهو اختلاف يبدو كبيرا بين نظام الأحوال الشخصية في البلدين⁽¹⁾.

غير أن هذا الفرض لم ينل اجماعا فقهيا، بل يعارضه جانب كبير من الفقه بالرغم من الاتفاق الصريح على عدم اللجوء إلى استخدام الدفع بالنظام العام ضد قوانينها.

ويرى الجانب الفقهي⁽²⁾ الذي يرفض هذا الفرض، انه بالرغم من النص صراحة في الاتفاقية على عدم التجاء القاضي إلى الدفع بالنظام العام، فإنه رغم ذلك يحق له باعتباره ممثلا للمجتمع ومدركا في نفس الوقت للمفاهيم

(1) Revue critique de droit int. privé. N°1. 1984. P01.

(2) د. فؤاد عبد المنعم رياض والدكترة سامية راشد: الوسيط في القانون الدولي الخاص ط 1974، ص 209.

الأساسية والجوهرية التي لا يمكن المساس بها بأي حال من الأحوال بل للقاضي إذا تبين له من تطبيق الاتفاقية انها تتعارض مع النظام العام للمجتمع الدولي المعاصر الذي يعبر عنه (النظام العام العالمي)، ان يستبعدا من ميدان تطبيق، مثل القوانين التي تنهض على اعتبارات عنصرية، كقوانين جنوب افريقيا، وكذلك القوانين التي تتعارض مع كرامة الانسان وأدميته بصفة عامة، وإذا كانت الاتفاقية تنطوي على مخالفة لمبادئ العدالة الدولية، أو تصطدم بمبادئ القانون الطبيعي.⁽¹⁾

وفي اعتقادي أن غض النظر عن مسألة النظام العام في الاتفاقيات الدولية، يشكل خطرا ليس فقط على السيادة الوطنية فحسب، بل ومساسا بالمبادئ الأساسية التي يقوم عليها كيانها. اضافة إلى ذلك أن الدولة التي تسمح للنظم الاجنبية بانتهاك أسس النظام العام فيها تفقد مصداقيتها بين الدول، في نظرتها لما يعتبر وما لا يعتبر من النظام العام.

(1) د. فؤاد عبد المنعم رياض والدكتورة سامية راشد: المرجع السابق، ص 210.

المبحث الثالث

حالة سكوت الاتفاقية على امكان امتناع القاضي في الدولة الموقعة على الاتفاقية عن تطبيق القانون الأجنبي

ماهو الحل الذي يتعين اتباعه إذا كانت الاتفاقية الموقعة عليها لا تشير إلى حق الاحتفاظ لكل دولة من دول الاتفاق بحقها في أعمال الدفع بالنظام العام؟ ذهب رأي من الفقه إلى القول بعدم إمكان التجأ القاضي إلى استخدام فكرة النظام العام في هذه الحالة (سكوت الاتفاقية عن الإشارة إلى النظام العام) لاستبعاد القانون الواجب التطبيق وفقاً لأحكام الاتفاقية، لأن الاتفاقية قد تفقد فعاليتها إذا ما سمحنا لكل دولة من الدول الموقعة عليها برفض تطبيق أحكام الاتفاقية حين تشاء وبمحض إرادتها، بحجة تعارض أحكام الاتفاقية مع اعتبارات النظام العام.

وعليه وحفاظاً على روح الاتفاقية والهدف الذي أبرمت من أجله يتعين على الدول المتعاقدة أو الموقعة على الاتفاقية عدم ترجيح مفهوم النظام العام السائد في دولتها على أحكام الاتفاقية وبالتالي يتعين تطبيق أحكام الاتفاقية.

ويرى الأستاذ (Lewald) الذي يتزعم هذا الرأي، انه إذا تركنا الأمر إلى حرية تقدير الدول الموقعة على الاتفاقية في أعمال فكرة النظام العام، حسب تقديراتها، فلماذا قاعدة تنازع معينة إذا كان للدولة المتعاقدة الحق في ترجيح نظامها العام.⁽¹⁾

(1) انظر Jacques Maury : المرجع السابق ص 103 .

غير أن غالبية الفقهاء لا تشاطر الأستاذ (Lewald) رأيه هذا، فيرى الفقيه (Niboyt) في هذا المعنى، ان سكوت الاتفاقية في هذه الحالة، يجب الا يفسر على أنه حرمان للدول المتعاقدة أو الموقعة على الاتفاقية من الأخذ بحقها في الدفع بالنظام العام، ذلك أن حرمان الدول الموقعة على الاتفاقية من أعمال الدفع بالنظام العام، من شأنه أن يجعل تطبيق الاتفاقية شديد الوطأة على الدول الأطراف في الاتفاقية.

ويرى الأستاذ (Niboyt) في الأخير أن أطراف الاتفاقية لا ينتهون أثناء التوقيع على الاتفاقية إلى مسألة النظام العام، نظرا لاختلاف كل دولة عن الأخرى في تصورهما لفكرة النظام العام. فإذا استثنينا اعتبارات النظام العام من المعاهدة فإن تطبيقها يصبح صعبا، وتفاديا لاثارة مثل هذه الصعوبات في المستقبل، يجب النظر إلى النظام العام على أنه مسألة ضمنية في كل دولة من الدول الموقعة على المعاهدة، وبالتالي لا يحتاج إلى النص عليه في المعاهدة.⁽¹⁾ والواقع أن هذا الرأي يتماشى ووظيفة النظام العام في المجتمع فهو يعتبر من المبادئ العامة المستقرة في القانون والمعاهدات والاتفاقيات وأحكام القضاء، ولهذا لا يشترط الإشارة إلى تطبيقه من وقت لآخر وفي كل حالة، فهو يعتبر شرط ضمني إذا لم ينص على استثنائه في الاتفاقية أو المعاهدة.

(1) انظر Jacques Maury: المشار اليه أعلاه ص 103.

المبحث الرابع حالة النص على أعمال الدفع بالنظام العام في حالات محددة

قد يحدث ان تنص الاتفاقية في بعض الحالات على استخدام الدفع بالنظام العام في حالات محددة تجاه أحكام الاتفاقية، الا أن السؤال يبقى مطروحا فيما إذا كان يتعين عدم اعمال الدفع بالنظام العام في غير هذه الحالات المنصوص عليها في هذه الاتفاقية ؟

ذهب رأي من الفقه إلى القول بأن الاتفاق على عدم أعمال الدفع بالنظام العام بشأن مسألة أو مسائل معينة جائز، ذلك أن الهدف من ذكر مثل هذه المسائل والاتفاق عليها مسبقا هو تفادي اثاره مشاكل في المستقبل، وهذا ما تهدف إليه الاتفاقية في أغلب الأحيان.

غير أن ما تجدر الاشارة إليه هنا هو، معرفة ماإذا كان الاتفاق بين الدول الموقعة على الاتفاقية بشأن عدم أعمال الدفع بالنظام العام يقتصر أثره على الدول الأطراف في الاتفاقية أم أنه يترتب على هذا عدم امكان أعمال الدفع بالنظام العام بصدد هذه المسألة بشكل مطلق أي تعيين عدم أعمال الدفع بالنظام العام حتى في مواجهة الدول الغير أطراف في الاتفاقية يجيب الأستاذ: «فؤاد عبد المنعم رياض» على هذا السؤال بقوله «لا شك أن تنازل احدى الدول المتعاقدة عن تمسكها بحق معين انما هو امتياز تمنحه الدولة إلى الدول الأخرى الأطراف في المعاهدة مقابل حصولها على حق

(1) د. فؤاد عبد المنعم رياض والدكتورة سامية راشد: المرجع السابق ص 211.

مماثل، لذلك كان من المنطقي القول بأن تنازل الدولة عن التمسك بحق معين في مواجهة الدول الأطراف في الاتفاقية لا يعني، تنازلها عن هذا الحق بالنسبة لكافة الدول الأخرى.

الا أنه يستدرك قائلا: «ان أعمال هذا المنطق في مجال النظام العام بوصفه تعبيراً عن الأسس التي يقوم عليها النظام القانوني في مجتمع القاضي لا يمكن أن يتجزأ أو يختلف باختلاف الدولة المراد تطبيق قانونها، فهو يتسم بطابع العمومية والوحدة⁽¹⁾».

وعلى هذا الأساس، فإنه لا يمكن تجزئة الدفع بالنظام العام تجاه القوانين الاجنبية الواجبة التطبيق بالنسبة لمسألة أو مسائل معينة فإما أن يعتبر المساس بها في دولة القاضي مخالفا للنظام العام واما أن يعتبر غير مخالف للنظام العام تجاه جميع الدول حتى ولو كانت غير موقعة على الاتفاقية ذلك أن تجزئة النظام العام يعتبر بلا شك تلاعباً بالأسس والمبادئ التي ينهض عليها كيان مجتمع القاضي، فالنظام العام كما مر بنا يتسم بطابع العمومية والوحدة.

ومما تقدم يتبين أنه، إذا قامت دولة من الدول التي تعتبر التطبيق فيها مخالفا للنظام العام لا يجوز القيام به أو الدفع في دولتها، ولكنها بإبرامها معاهدة مع دول معينة تلتزم فيها بالاعتراف بأحكام التطبيق الصادرة عن محاكم الأطراف في المعاهدة، فإذا فعلت ذلك، فإنه يفيد أن أحكام التطبيق الصادرة في الخارج لم تعد مخالفة للنظام العام في هذه الدولة كما هي الحال بالنسبة لاسبانيا بعد تراجعها عن تحريم الطلاق مؤخراً وقد كانت تعتبره فيما مضى مخالفا للنظام العام.

(1) د. فؤاد عبد المنعم رياض والدكتورة سامية راشد: المرجع السابق ص 211.

وهذا ما توصلت إليه بالفعل معاهدة (لاهاي) المؤرخة في 07 جويلية 1905 المتعلقة بالاعتراف بالطلاق بعد أن أخذت هذه المسألة نصيبها من النقاش وبعد دراسة مستفيضة حولها، إذ طرحت هذه المسألة لأول مرة في مؤتمر (لاهاي) بقصد الاعتراف بالطلاق على أن يسرى هذا الاعتراف ابتداء من يوم الشروع في تطبيق هذه المعاهدة، فإذا كان المشكل قد سوى بالنسبة للدول الموقعة على المعاهدة، فمأهول الحل بالنسبة للدول غير الموقعة على المعاهدة، بشأن أن تطرح تلك الأحكام والمنازعات أمام محاكمها ؟ لقد أوضحت المادة السابعة من معاهدة (لاهاي) المذكورة أنه فيما يتعلق بمسائل الطلاق والانفصال الجسماني فإنها تصبح سارية المفعول بمجرد النطق بها أمام محكمة مختصة وبالتالي تعد هذه الأحكام مقبولة ومعترفا بها في كل دول العالم مع مراعاة الشروط الواردة في المعاهدة.

ويلاحظ ان ابرام مثل هذه الاتفاقية وغيرها قصد ايجاد حلول موحدة يستجيب ورغبات الدول في التعاون فيما بينها، وهذا على الأقل من الناحية النظرية، بالرغم من أن هذه الفكرة لم تطبق في المحاكم بشكل واسع، لكون هذه الأخيرة تتمتع دائما بسلطة تقديرية في أعمال الدفع بالنظام العام تجاه القوانين الأجنبية.

وعلى كل ومهما كانت تحفظات المحاكم بشأن مسألة النظام العام فإن التعاون بين الدول أصبح ملموسا على الأقل فيما يخص هذا الجانب (جانب النظام العام) ولو أنه مقصور على أطراف الاتفاقية، الا أن الأمل معقود على تعميم هذا الحل في المستقبل، اما بانضمام عدد أكبر من الدول الى هذه الاتفاقية، واما بتعميم الحل بالنسبة لباقي الدول غير الأعضاء في الاتفاقية كحل نموذجي يشجع على التعاون واقامة الاتحادات المهنية والاقتصادية.

وإذا تحقق هذا بشكل واسع، فإن ظاهرة النظام العام قد تزول تماما، أو على الأقل تخفف حدتها في المجال الدولي، وذلك عن طريق التقارب بين الدول في مختلف مجالات التعاون، الا أن نجاح هذه الفكرة مرهون بمدى توفر عنصر «الاشترك القانوني» بين الدول.

الخلاصة

ان ما يمكن ملاحظته بشكل عام حول ادراج شرط الدفع بالنظام العام، أو عدم ادراجه في الاتفاقات الدولية، هو أن النظام العام يعد سلاحاً ذو حدين يجب الاعتدال في استخدامه، لكي يضمن من جهة حماية المبادئ الأساسية التي يقوم عليها كيان مجتمع القاضيين، ومن جهة أخرى، يجب ألا يتحول استخدام النظام العام من طرف القاضي كوسيلة لمنع تطبيق القوانين الأجنبية، دون فحصها، والتأكد من أنها فعلاً تنتهك النظام العام في دولته، انطلاقاً من معتقدات القاضي السياسية والاجتماعية الخاصة.

فاستبعاد أحكام الاتفاقية باسم النظام العام، يجب أن يكون مبني على المنطق ومفاهيم العدالة الاجتماعية والنظم الأساسية التي ينهض عليها كيان مجتمعه.

ولا شك أن هذا يتطلب من القاضي أن يكون متفتحاً ومتفهماً لحاجات القانون الدولي الخاص وأعياناً ومدركاً لواقع مجتمعه والمجتمع الدولي حوله بصفة عامة.

ولتحقيق هذا الهدف، يجب على القاضي أن ينظر إلى الأثر الذي يترتب من الناحية العملية على تطبيق الاتفاقية.

وبمعنى أدق فإن دور القاضي يجب ألا يتوقف عند حد التحقق من كون الاتفاقية تتنافى مع النظام العام أم لا من الناحية المجردة، بل أن دوره يمتد أيضاً إلى بحث النتيجة العملية التي تترتب على تطبيق الاتفاقية ومدى تعارضها مع النظام العام السائد في دولته.

ويجدر بالذكر أن نشير هنا إلى أن القاضي غير مقيد عند أعماله لفكرة النظام العام في مجال الاتفاقيات الدولية بنفس الاعتبارات التي يلتزم بها عند تحديده لما يعتبر من النظام العام في المجال الداخلي.

والسبب في ذلك يرجع إلى كون أعمال النظام العام في مجال القانون الدولي الخاص يؤدي إلى نتائج بالغة الخطورة، إذ أنها تقطع المجرى الطبيعي للمعاملات الدولية وعلاقات الأفراد المختلفة في المجال الدولي، وذلك بتعطيله لقاعدة الاسناد التي تتكفل بتنظيم هذه المعاملات، وبالتالي مانعا لتطبيق وازدهار القانون الدولي الخاص بوجه عام، وتنازع القوانين بوجه خاص لذلك فإنه من الطبيعي أن يكون مجال النظام العام في القانون الدولي الخاص أضيق من مجال أعمالها في علاقات القانون الداخلي.

لكن هذا لا يعني هنا كما يقول الأستاذ: (Batiffol) ان المشرع الوطني في دولة ما قد منح توقيعاً على بياض لكل مشرعي دول العالم بتطبيق القانون الأجنبي وتفضيله على القانون الوطني حتى ولو كان الأول يتعارض مع المثل والمصالح العليا والمبادئ الأساسية السائدة في دولة الثاني.

ولما كانت فكرة النظام العام نسبية تتغير من حيث الزمان والمكان، نظراً لارتباطها بالأفكار الأساسية السائدة في وقت معين في مجتمع محدد، فإنه يتعين على القاضي أن يتقيد بمفهوم النظام العام السائد في دولته وقت فصله للنزاع المطروح أمامه عملاً بمبدأ «حالية النظام العام».