

مفهوم النظام في القانون الدولي الخاص

د. كحل كمال

قسم الحقوق جامعة أدرار

مقدمة:

رغم أن قاعدة الإسناد في قانون القاضي قد تشير إلى تطبيق قانوناً أجنبياً على النزاع، فإن هذا لا يعني بالضرورة الوصول في النهاية إلى تطبيق الأحكام الموضوعية في هذا القانون الأجنبي.

فالمشرع عندما يسمح بموجب قواعد الإسناد بتطبيق قانون أجنبي لا يكون عالماً بمضمونه، فقد يتبين للقاضي عند الوصول إلى مضمون هذا القانون أنه يتعارض مع المبادئ الأساسية السائدة في دولته، وهذا ما يدفعه إلى استبعاد تطبيق هذا القانون.

ومن هنا يثور التساؤل حول تحديد مفهوم فكرة النظام العام، والمعيار الذي يتقيد به القاضي لإثارته واستبعاد القانون الأجنبي، كما يثير هذا الموضوع مسألة أخرى تعلق بتحديد مضمونها بما يتبين ما إذا كانت تختلف عن فكرة النظام العام في العلاقات الداخلية أم لا.

المطلب الأول: نشأة وتطور النظام العام في القانون الدولي الخاص

أولاً: 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، ويرى بأن القوانين أو الأحوال الملائمة تكون

شخصية التطبيق، فتتبع الشخص أينما ذهب فتطبق خارج الإقليم الذي صدرت فيه، كالأحوال التي تقرر عدم أهلية البنت للميراث¹.

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 سنًا معينة يجوز للشخص ببولغها التصرف في أمواله.

ويرى الفقه²، 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: فقه المدرسة الإيطالية الحديثة

أنشأ الفقيه الإيطالي مانشيني³ (Mancini) فقهًا جديدًا في تنازع القوانين متميزًا عن فقه المدرسة الإيطالية القديمة، فجاء بمبدأ عام هو شخصية القوانين على اعتبار 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 استثنى منهم مجموعة من القواعد القانونية، سماها القوانين المتعلقة بالنظام العام، وبرر هذا الاستثناء بضرورة المحافظة على الدولة، فتطبق هذه القوانين على كل المقيمين فوق إقليم الدولة من وطنيين وأجانب.

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، فقرة 16، ص 26؛ جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، طبعة 2005، ص 186؛ موحند إسعاد، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، قواعد التنازع، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989، ص 242.

² 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، ص 291.

³ عز الدين عبد الله، مرجع سابق، فقرة 33، ص 54؛ فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وأثار الأحكام الأجنبية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص 135-136.

ويعتبر الفقيه مانشيني أول من استعمل مصطلح النظام العام في تنازع القوانين لتثبيت الاختصاص للقانون الإقليمي، إذن فإقليمية القانون وتعلقه بالنظام العام هما سريان عنده¹.

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 يطبق تطبيقاً إقليمياً لتعلقه بالنظام العام، لهذا استخدمت فكرة النظام العام كبديل للفكرة المسندة، ولتبرير تطبيق بعض القوانين تطبيقاً إقليمياً².

ثالثاً: فقه المدرسة الألمانية

يعتبر الفقيه³ سافيني "Savigny" أول من اقترح المنهج المتبع حالياً لحل تنازع القوانين، والذي قسمت بموجبه المسائل إلى فئات تسند كل فئة منها إلى قانون يراه المشرع أكثر ملاءمة لها من غيره.

ويرجع الفضل في إبراز فكرة النظام العام في القانون الدولي الخاص بمفهومها الحديث إلى الفقيه الألماني سافيني⁴ في القرن التاسع عشر، والذي قال بفكرة الاشتراك القانوني بين الدول الغربية، كونها تشترك فيما بينها في الديانة المسيحية وفي الأصل التاريخي لهذه القوانين وهو القانون الروماني، واعتبر أن الدول التي تدخل ضمن هذا الاشتراك تتخلى في بعض الفروض عن

¹ أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، الطبعة الأولى، 1996، ص588.

² حفيظة السيد حداد، مرجع سابق، ص291؛ أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص - تنازع القوانين -، دار هومه، الجزائر، طبعة 2001، ص169؛ موحند إسعاد، مرجع سابق، ص243.

³ عز الدين عبد الله، مرجع سابق، فقرة 30، ص47 وما بعدها.

⁴ جمال محمود الكردي، مرجع سابق، ص178.

تطبيق قانونها الخاص، مما يفسح المجال لوضع حلول مشتركة لتنازع القوانين، فصور تنازع القوانين فقط بين الدول التي يربطها هذا الاشتراك. ويرى هذا الفقيه، أنه إذا تخلف الاشتراك القانوني، فهذا يعني انقطاع الوحدة القانونية بين قانون القاضي والقانون الأجنبي المختص، مما يفيد بوجود تعارض بينهما، وهذا يؤدي إلى ضرورة الامتناع عن تطبيق القانون الأجنبي¹. ويلاحظ أن الفقه الحديث أخذ بهذا التصور حينما أكد على ضرورة استبعاد تطبيق القانون الأجنبي في حالة تعارضه مع المفاهيم العامة السائدة في قانون القاضي، وهو ما قصد به الفقيه سافيني انتفاء الاشتراك القانوني². غير أن الفقه الحديث³ عدل عن الاستعانة بفكرة النظام العام كأساس لبناء قواعد الإسناد، متجهاً استعماله لتثبيت الاختصاص 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 الاجتماعي والاقتصادي، 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

نص المشرع الجزائري 4 في المادة 24 فقرة 01 من القانون المدني على استبعاد تطبيق القانون الأجنبي إذا كان مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة

¹ أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 588.

² عز الدين عبد الله، مرجع سابق، فقرة 30، ص 47 وما بعدها.

³ عز الدين عبد الله، مرجع سابق، فقرة 145، ص 535؛ حفيظة السيد حداد، مرجع سابق، ص 294؛ جمال محمود الكردي، مرجع سابق، ص 187.

⁴ تنص المادة 24 فقرة 01 من القانون المدني الجزائري 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".

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 والاقتصادي في البلاد، مستوى الأخلاق والمشاعر الروحية والدينية، المباح وغير المباح... الخ¹، كل ذلك حتم ترك تحديد مفهومه للفقه والقضاء، وعدم التقيد بنص تشريعي جامد. وهكذا، ظهرت محاولات عديدة داخل أوساط الفقه لوضع تعريف له:

فعرفه أحمد مسلم بأنه: "النظام العام في دولة ما، ما هو إلا الكيان السياسي والاجتماعي والاقتصادي لهذه الدولة بما يقوم عليه هذا الكيان من معتقدات تتعلق بالأمن والحرية والديمقراطية ومعتقدات اجتماعية تتعلق بالمساواة أمام القانون أو احترام أفكار دينية أساسية معينة أو عقائد مذهبية اقتصادية كالاشرابية أو الرأسمالية أو نحوها من المذاهب والأفكار الاقتصادية كالعدالة الاجتماعية وتكافؤ الفرص وغير ذلك"².

وعرفه ممدوح عبد الكريم حافظ بأنه "مجموع المبادئ الأساسية العليا للنظام القانوني النافذ في الدولة، والتي يقوم عليها نظام المجتمع سياسياً واقتصادياً ودينياً وقانونياً وأخلاقياً ويكون الدستور الدور الحاسم في تكوين النظام العام"³.

كما عرفه 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"⁴.

¹ 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، ص 195.

² أحمد مسلم، القانون الدولي الخاص المقارن في مصر ولبنان، مكتبة النهضة المصرية، 1956، ص 203.

³ ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، مرجع سابق، ص 196.

⁴ عز الدين عبد الله، مرجع سابق، فقرة 147، ص 537.

وعرفه 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".¹

والملاحظ 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.

كل هذه الاعتبارات جعلت التشريعات تتفادى إعطاء تعريف للنظام العام، بل منحت 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 القانونية²، ففي هذا الوقت بالذات يعمل القاضي فكرة النظام العام ليستبعد تطبيق أحكام القانون الأجنبي المختص اختصاصاً عادياً بموجب قاعدة الإسناد في قانونه، ويجري ذلك الأعمال في صورة دفع هو الدفع بالنظام العام³.

إن عدم وضع تعريف محدد ودقيق للنظام العام في القانون الدولي الخاص ليس بالأمر السلبي، بل ينسجم مع مرونة فكرة النظام العام ذاتها الشيء يحتم التعامل معها ضرورة منح سلطة تقديرية للقاضي، وهذا تحقيقاً للهدف المنشود، وهو حماية النظام العام في كل مرحلة من مراحل الزمنية⁴.

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

¹ جمال محمود الكردي، مرجع سابق، ص 182-183.

² حفيظة السيد حداد، مرجع سابق، ص 297.

³ عز الدين عبد الله، مرجع سابق، فقرة 146، ص 537.

⁴ 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، ص 152.

يقوم عليها قانون القاضي، وإلا استبعد ذلك القانون عن طريق الدفع بالنظام العام، وهذا حتى يدرأ به ما يحمله هذا القانون الأجنبي من قواعد وأحكام تخالف مبادئ وقيم مجتمعه، لهذا اعترفت التشريعات بهذا الدفع كأهم وسيلة تحمي المبادئ العليا والأسس التي تقوم عليه الدولة¹.

المطلب الثالث: معيار استبعاد القانون الأجنبي للدفع بالنظام العام
لقد جهد 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:

الأول: عدم ثبات فكرة النظام العام، فالنظام العام هو انعكاس للمبادئ السائدة في دولة القاضي، وهو يقوم على جوانب متعددة خلقية واجتماعية واقتصادية وسياسية².

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 1972³.

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 الإسلامية⁴.

¹ حفيظة السيد حداد، مرجع سابق، ص299.

² عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص542؛ موحند إسعاد، مرجع سابق، ص247.

³ Pierre Mayer, Droit international privé, 5^e 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.

⁴ حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص-تنازع القوانين-، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1998، ص186.

الثاني: عدم إمكان معرفة ما إذا كان القانون الأجنبي يتعارض مع النظام العام الوطني أم لا إلا بصدد نزاع معين، ومن هنا نتعدد تطبيقات النظام العام بتعدد المنازعات¹.

الثالث: لا يمكن وصف القوانين الأمرة في العلاقات الخاصة الداخلية بأنها قوانين النظام العام وذلك المبررات التالية:

1- ليس من المحتوم وصف القوانين الأمرة بالتعلق بالنظام العام حتى تؤدي إلى استبعاد القانون الأجنبي المختص وفقاً لقواعد الإسناد، بل يكفي لذلك مجرد وصفها بكونها أمرية²، فالنظام العام يتدخل فقط في المجال الذي لا توجد فيه أحكام تشريعية أمرية³.

2- أن القوانين الأمرة 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 لاستبعاد 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 القاضي⁴.

هذه الاعتبارات وغيرها، جعلت من الصعب وضع قائمة حصرية بالحالات التي تدخل في نطاق النظم العام، وهذا ما جعل الفقه⁵ الفرنسي يصفه بـ"العبارة الغامضة" "Louche Formule" أو "الطفل المرعب للقانون الدولي الخاص" "enfant terrible du droit international privé" وكذلك "قطعة الكاوتشوك" "paragraphe de caoutchouc". ورغم ذلك هم يقرون

¹ جمال محمود الكردي، مرجع سابق، ص 188-198.

² عز الدين عبد الله، مرجع سابق، فقرة 146، ص 536-537؛ وحسن الهداوي، مرجع سابق، ص 186.

³ موحند إسعاد، مرجع سابق، ص 244.

⁴ موحند إسعاد، مرجع سابق، ص 244-245.

⁵ Pierre Mayer, op. cit., N°201, P141.

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 الفقهاء¹ 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 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 غالبية² 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 قانون³.

¹ أنظر في عرض هذه الاتجاهات: جمال محمود الكردي، مرجع سابق، ص 190.

² حسن الهداوي، مرجع سابق، ص 186؛ ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، مرجع سابق، ص 201؛ عز الدين عبد الله، مرجع سابق، فقرة 147، ص 542-543.

³ حفيظة السيد حداد، مرجع سابق، ص 298؛ حسن الهداوي، مرجع سابق، ص 187.

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 الدعوى¹.

ولقد اتخذ رجال الفقه² من فكرة الاشتراك القانون 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 المتعلقة بروابط الأسرة 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 أجنبياً³، 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

¹ Pierre Mayer, op. cit., N°204, P142.

انظر أيضاً: محند إسعاد، مرجع سابق، ص244.

² أنظر في عرض ذلك: عز الدين عبد الله، مرجع سابق، فقرة 147، ص539 وبعدها؛ سعيد يوسف البستاني، مرجع سابق، ص223-224.

³ 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.

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.

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 بكاملة يخالف النظام العام في قانون القاضي، وإنما فقط في مسألة معينة، وبالتالي لا يتدخل النظام العام سوى في هذه المسألة فقط دون غيرها.

المطلب الرابع: التمييز بين النظام العام في تنازع القوانين والنظام العام الداخلي

حاول بعض الفقهاء¹ 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 ويتميز بكونه وطني، فلكل دولة نظامها العام الوطني، وأن هذا الأخير واحد لا يتعدد، فلا يوجد نظام عادي دولي ونظام عام داخلي في الدولة الواحدة².

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 الخاص³.

¹ أنظر في عرض ذلك: سعيد يوسف البستاني، مرجع سابق، ص226؛ ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، مرجع سابق، ص198.

² حسن الهداوي، مرجع سابق، ص187؛ عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص536.

³ ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، مرجع سابق، ص198؛ جمال محمود الكردي، مرجع سابق، ص195.

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

أولاً: فيما يتعلق بدور النظام العام

تستخدم فكرة النظام العام في مجال العلاقات الداخلية لضمان عدم الخروج الإرادي عن أحكام القواعد القانونية الأمرة، فيقيد مبدأ سلطان الإرادة وذلك بعدم السماح للأفراد بالاتفاق على ما يخالف تلك القواعد، ويترتب على أعمال النظام العام في هذا المجال إبطال كل تصرف أو اتفاق تقرر بصورة مخالفة له¹.

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 عنه².

فالنظام العام في القانون الدولي الخاص يعتبر سبب لمنع تطبيق القانون الأجنبي وحماية النظام القانوني الوطني من انتهاك أسسه أو مبادئه من طرف القانون الأجنبي³.

ثانياً : 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 أعمال

¹ حفيظة السيد حداد، مرجع سابق، ص 299-300؛ محمد وليد هاشم المصري، مقال سابق، ص 153.

² سعيد يوسف البستاني، مرجع سابق، ص 227-228؛ موحند إسعاد، مرجع سابق، ص 243.

³ ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، مرجع سابق، ص 199.

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 المختص¹، فالمخالفة للأحكام الأمرة في قانون القاضي لا تؤدي في جميع الأحوال إلى استبعاد القانون الأجنبي باسم النظام العام.

وهكذا يضيق نطاق تطبيق النظام العام في مجال تنازع القوانين عن مجال تطبيقه في القانون الداخلي، وهذا رغم وحدة المفاهيم التي يفرضها 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 الجزائر².

- فيما يتعلق بالولاية على القصر، يعتبر ترتيب من تحقق 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 المصري³.

- 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

¹ حسن الهداوي، مرجع سابق، ص189.

V. aussi: Henri Batiffol et Paul Lagarde, Droit international privé L.G.D.J, Paris, 1993, N°364, P584.

² سعيد يوسف البستاني، مرجع سابق، ص228؛ ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، مرجع سابق، ص200.

³ محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، الطبعة الثانية، 1992 فقرة 392.

الفرنسي بصحة اشتراط الدفع بالذهب لأنه يؤدي إلى تنشيط العلاقات الخاصة بين رعايا الدول، دون أن يؤدي إلى إضعاف الثقة بالعملة الوطنية¹.

في حين أن هذا الموقف قد يبدو منطقياً في البداية، إلا أنه في الواقع قد يؤدي إلى نتائج عكسية. فبالإضافة إلى إضعاف الثقة بالعملة الوطنية، قد يؤدي أيضاً إلى إضعاف الثقة بالدولة نفسها، مما قد يؤدي بدوره إلى إضعاف العلاقات الخاصة بين رعايا الدول.

في حين أن هذا الموقف قد يبدو منطقياً في البداية، إلا أنه في الواقع قد يؤدي إلى نتائج عكسية. فبالإضافة إلى إضعاف الثقة بالعملة الوطنية، قد يؤدي أيضاً إلى إضعاف الثقة بالدولة نفسها، مما قد يؤدي بدوره إلى إضعاف العلاقات الخاصة بين رعايا الدول.

في حين أن هذا الموقف قد يبدو منطقياً في البداية، إلا أنه في الواقع قد يؤدي إلى نتائج عكسية. فبالإضافة إلى إضعاف الثقة بالعملة الوطنية، قد يؤدي أيضاً إلى إضعاف الثقة بالدولة نفسها، مما قد يؤدي بدوره إلى إضعاف العلاقات الخاصة بين رعايا الدول.

في حين أن هذا الموقف قد يبدو منطقياً في البداية، إلا أنه في الواقع قد يؤدي إلى نتائج عكسية. فبالإضافة إلى إضعاف الثقة بالعملة الوطنية، قد يؤدي أيضاً إلى إضعاف الثقة بالدولة نفسها، مما قد يؤدي بدوره إلى إضعاف العلاقات الخاصة بين رعايا الدول.

في حين أن هذا الموقف قد يبدو منطقياً في البداية، إلا أنه في الواقع قد يؤدي إلى نتائج عكسية. فبالإضافة إلى إضعاف الثقة بالعملة الوطنية، قد يؤدي أيضاً إلى إضعاف الثقة بالدولة نفسها، مما قد يؤدي بدوره إلى إضعاف العلاقات الخاصة بين رعايا الدول.

في حين أن هذا الموقف قد يبدو منطقياً في البداية، إلا أنه في الواقع قد يؤدي إلى نتائج عكسية. فبالإضافة إلى إضعاف الثقة بالعملة الوطنية، قد يؤدي أيضاً إلى إضعاف الثقة بالدولة نفسها، مما قد يؤدي بدوره إلى إضعاف العلاقات الخاصة بين رعايا الدول.

¹ فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد، القانون الدولي الخاص، القاهرة، 1974، ص 196؛ هشام علي صادق، تنازع القوانين، منشأة المعارف، مصر، 1974، ص 317.

خاتمة:

يتبين من خلال ما سبق أن النظام العام يلعب دوراً هاماً في نظام تنازع القوانين، فهو يعيق حركة عبور القانون الأجنبي، إذا كانت أحكامه مخالفة للنظام العام أو الآداب العامة في قانون القاضي.

وباعتبار فكرة النظام العام فكرة مرنة ومتطورة ويكتنفها الغموض، فإن تحديدها يترك لقاضي الموضوع. ويتقيد في ذلك بمعيار موضوعي عام يوجه القاضي في أعمال 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 حالة 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 .

قائمة المصادر والمراجع:

أولاً: المراجع 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.

- 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.
- 15- صلاح الدين عبد الوهاب، الدفع بالنظام العام في مواريث الأتراك في مصر، مجلة المحاماة، الصادرة عن نقابة المحامين، مصر، العدد التاسع، سنة 1997.
- 16- 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.

ثانياً: المراجع باللغة الفرنسية.

- 01-Henri Batiffol et Paul Lagarde, Droit international privé L.G.D.J, Paris, 1993.
- 02- Pierre Mayer, Droit international privé, 5e édition, Editions Delta, Liban 1996.