

الأثر المخفف للنظام العام في القانون الدولي الخاص

د. كيجل كمال

جامعة أدرار

الملخص:

في غالب الأحيان يتم إعمال الدفع بالنظام العام عندما تكون العلاقة القانونية مرتبطة ببلد القاضي. فإذا نشأت علاقة قانونية في الخارج بين أجنبى، فإن القاضي ليس له أي مبرر لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبى بحجة مخالفته للنظام العام، لأن بلد القاضي غير معني بهذه العلاقة، وهذا احتراماً لمبدأ الاحترام الدولي للحقوق المكتسبة والذي ينتج عنه ما يسمى بالأثر المخفف للنظام العام.

غير أنه لا يمكن في جميع الأحوال احترام آثار العلاقات القانونية التي تنشأ في الخارج، لأن هذه الآثار تخالف أحياناً النظام العام في بلد القاضي إلى درجة الخطورة، فلا تستفيد هذه العلاقة من الأثر المخفف للنظام العام، بل يتدخل هذا الأخير بكامل أثاره ليؤدي إلى عدم سريان آثار الحق في بلد القاضي.

Résumé:

Le plus souvent, l'ordre public n'est menacé que pour autant que le pays du juge est en jeu. Si un rapport juridique est né à l'étranger entre des étrangers, le juge n'a pas de raison d'écarter la loi étrangère au prétexte qu'elle heurterait l'ordre public. Ce serait inutile puisque le pays du juge n'est pas concerné, et pour bien respecter les droits acquis. On appelle ça l'effet atténué de l'ordre public.

Mais, il n'est pas toujours possible de reconnaître les effets d'un rapport juridique créé à l'étranger. Ces effets sont parfois visiblement contraires à l'ordre public, ils risquent de choquer l'opinion.

مقدمة:

تختلف آثار الدفع بالنظام العام في مرحلة إنشاء الحقوق في بلد القاضي عن مرحلة التمسك بآثارها في هذا البلد.

ففي المرحلة الأولى ينتج الدفع بالنظام العام آثاره كاملة فيمنع إنشاء العلاقة، أما في المرحلة الثانية فإن الدفع بالنظام العام لا يواجه نشأة الحق أو مدى صحته، وإنما فقط فيما يتعلق بمدى قبول التمسك بآثاره في بلد القاضي. وهكذا، فإن النظام العام في المرحلة الثانية ينتج أثراً مخففاً، والذي تثار بشأنه إشكالات تتعلق بتحديد مضمونه ومدى الأخذ به.

فالنظام العام لا يتم إعماله بنفس الدرجة في الحالتين، فحين يراد إنشاء حق في دولة القاضي، ينتج النظام العام أثراً كاملاً، أما إذا أريد التمسك في بلد القاضي بآثار حق نشأ في الخارج، فإن نفاذه لا يعتبر حتماً مخالفاً للنظام العام، فيكون تدخل النظام العام مخففاً لأن الشعور العام في بلد القاضي لم يتأثر بنفس القدر في الحالتين.

فالحق الذي نشأ في الخارج في ظل قانون يسمح بإنشائه، وبطريقة تتعارض مع النظام العام في قانون القاضي، فإن آثاره لا تتعارض بالضرورة مع النظام العام في بلد القاضي، لأن الشعور العام في بلده لا يتأثر إزاء حق نشأ في الخارج بنفس القدر الذي يتأثر به إذا أريد إنشاء نفس الحق في دولة القاضي.

غير أن آثار الحق الذي نشأ في الخارج لا يمكن احترامها في جميع الأحوال، لأنها قد تخالف النظام العام في بلد القاضي إلى درجة الخطورة،

فيتدخل النظام العام لمنع سريان آثار الحق في بلد القاضي، وهكذا سوف أتناول بالدراسة في هذا الموضوع مضمون وتطبيقات ومدى الأخذ بفكرة الأثر المخفف للنظام العام في مرحلة النفاذ الدولي للحق المكتسب؟

المطلب الأول: مفهوم الأثر المخفف للنظام العام.

ظهرت فكرة الأثر المخفف للنظام العام في الفقه الأوروبي، ولقيت اهتماما كبيرا من طرف الفقه الفرنسي، والذي دعم هذه الفكرة بمعيارية القضاء الفرنسي بعدة مبررات.

الفرع الأول: مضمون فكرة الأثر المخفف للنظام العام.

يتميز الاتجاه الغالب¹ في الفقه والقضاء في فرنسا في مجال أعمال الدفع بالنظام العام بين مرحلة إنشاء حق داخل دولة القاضي، ومرحلة الاحتجاج في هذا البلد بآثار حق أكتسب في الخارج.

ففي المرحلة الأولى يبحث القاضي إذا كان إنشاء الحق في بلده يتعارض مع النظام العام فيها أم لا، فينتج النظام العام هنا كامل آثاره، فإذا كان القانون الأجنبي يمنع أمر ما خلافاً للنظام العام في قانون القاضي، أو على العكس من ذلك إذا كان القانون الأجنبي يجيز إنشاء حقاً خلافاً للنظام العام في قانون القاضي، ففي هاتين الحالتين يستبعد القانون الأجنبي ويحل محله قانون

¹ Pierre Mayer, Droit international privé, 5^e édition, Editions Delta, Liban 1996, N°209, P142; Henri Batiffol et Paul Lagarde, Droit international privé L.G.D.J, Paris, 1974, N°364, P455.

وأنظر أيضاً في عرض هذا الاتجاه: سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، الطبعة الأولى، 2004، ص237؛ حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص-تنازع القوانين-، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1998، ص192.

القاضي فيحكم هذا الأخير العلاقة القانونية بدلاً من الأول، بمعنى أن النظام العام ينتج كامل آثاره الإيجابية والسلبية في مرحلة إنشاء الحقوق¹.

مثلاً إذا عرضت على القاضي الجزائري دعوى طلاق رفعها زوج مسلم على زوجته، وتبين أن القانون الواجب التطبيق على هذا النزاع بموجب قواعد الإسناد في القانون الجزائري هو قانون دولة لا يجيز قانونها الطلاق، وهو ما يتعارض مع النظام العام في الجزائر، وبالتالي يستبعد تطبيق القانون الأجنبي ويطبق مكانه القانون الجزائري الذي يجيز الطلاق في هذه الحالة.

أما في الحالة الثانية، فيتم الاحتجاج في دولة القاضي، بآثار حق نشأ في الخارج مخالف للنظام العام في بلد القاضي. فيبحث القاضي هنا فقط ما إذا كان التمسك بآثار الحق الذي أكتسب في الخارج يتعارض مع النظام العام في بلده أم لا².

فالنظام العام لا يتم إعماله بنفس الدرجة في الحالتين، فحين يراد إنشاء مركز قانوني ابتداءً داخل دولة القاضي، ينتج النظام العام كامل آثاره، أما إذا أريد التمسك في بلد القاضي بآثار حق نشأ في الخارج لا يعتبر نفاذه حتماً مخالف للنظام العام، فيكون أثر الدفع بالنظام العام مخففاً (effet atténué)

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 148، ص 551-552؛ جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، طبعة 2005، ص 211.

² أعراب بلفاسم، القانون الدولي الخاص - تنازع القوانين -، دار هوم، الجزائر، طبعة 2001، ص 181.

لأن الشعور العام في بلد القاضي لا يتأثر إزاء حق نشأ في الخارج بنفس القدر الذي يتأثر به إذا أريد إنشاء نفس الحق في دولة القاضي¹.

الفرع الثاني: مبررات فكرة الأثر المخفف للنظام العام.

يبرر البعض الأثر المخفف للنظام العام هنا بأن الحق الذي نشأ في الخارج وأريد التمسك بآثاره في بلد القاضي لا يعتبر نفاذه متعارض مع النظام العام، وذلك عندما يكون التعارض بين القانون الأجنبي والنظام العام في بلد القاضي في مرحلة إنشاء الحق يرجع لتعارض الإجراءات أو الظروف الواجب توافرها لإنشاء الحق مع النظام العام، فإذا نشأ الحق في الخارج وفقاً للظروف والإجراءات المتطلبية في البلد الذي نشأ فيه، وأريد التمسك به في بلد القاضي، لما وجد أي مبرر يحرك الدفع بالنظام العام².

فالمركز القانوني أو الحق الذي نشأ في الخارج في ظل قانون يسمح بإنشائه، وبطريقة تتعارض مع النظام العام في قانون القاضي، فإن آثاره لا تتعارض بالضرورة مع النظام العام في بلد القاضي³، ويرجع معيار هذا التمييز

¹ - أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، الطبعة الأولى، 1996، ص 614-615؛ فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد، تنازع القوانين والاختصاص الدولي، دار النهضة العربية، مصر، 1994، ص 156 وبعدها.

Voir aussi: Batiffol et Lagarde, op. cit., N°361, P580; Pierre Mayer, op. cit., N°209, P142.

² Henri BATIFFOL et Marthe Simon DEPITRE, nouveau guide des exercices pratiques pour la licence en droit, Droit international privé, Editions Montchrestien, Paris, 1958, p88.

³ - ديب فؤاد، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، الطبعة الخامسة، منشورات جامعة دمشق، 1995، ص 152.

إلى درجة التسامح التي يقبل بها القاضي الوطني في مخالفة آثار المركز القانوني للنظام العام لدولته¹.

ويضيف الفقيه الفرنسي باتيفول (BATIFFOL) تبريرا لفكرة الأثر المخفف للنظام العام بأن هذا الأخير يستند على فكرة الحقوق المكتسبة، حيث يرى بناء على ذلك بأن الاعتراف في فرنسا بآثار الحق المكتسب في الخارج يعتبر أقل اصطداما مع المفاهيم الفرنسية بالمقارنة مع إنشاء الحق نفسه في فرنسا.

وتبرر محكمة النقض الفرنسية² هذا الأثر المخفف للنظام العام، بأنه توجد مستويات للتدخل ضد مخالفة النظام العام، فمستوى التدخل في مواجهة الحقوق المكتسبة يختلف عن مستوى التدخل في مواجهة إنشاء الحقوق.

المطلب الثاني: تطبيقات وحدود فكرة الأثر المخفف للنظام العام.

أخذ القضاء الفرنسي في عدة مسائل بفكرة الأثر المخفف للنظام العام في مرحلة التمسك بالحق المكتسب في الخارج، كما رفض احترام هذا الحق إذا كانت له أخطار مفرطة على النظام العام لدولة القاضي، وهذا ما يحتم رسم حدود فكرة الأثر المخفف للنظام العام.

¹ - 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، ص1471.

Voir aussi: Dominique HOLLEAUX et Jaques FOYER et Géraud de La PRADELLE, Droit international privé, MASSON, Paris, 1987, N°586 et 589, P290 et s.

² voir les arrêts cités par: Henri BATIFFOL et Marthe Simon DEPITRE, op. cit., P88 et 89.

الفرع الأول: التطبيقات القضائية للأثر المخفف للنظام العام.

ومن تطبيقات القضاء الفرنسي لفكرة الأثر المخفف للنظام العام نجد

ما يلي:

- فيما يتعلق بالبنوة الطبيعية، قبل تعديل المادة: 40 من القانون

المدني الفرنسي سنة 1912م، كان لا يجوز رفع هذه الدعوى في فرنسا لمخالفتها للنظام العام الفرنسي، لكن القضاء الفرنسي كان يعترف بآثار البنوة متى رفعت دعوى البنوة في الخارج¹.

- كما أمر القضاء الفرنسي بتنفيذ حكم أجنبي بالتطبيق بتراضي

الزوجين وفقاً لما يقضي به قانون جنسية الزوج، وإن هذا النوع من الطلاق غير جائز في القانون الفرنسي².

- اعترف القضاء الفرنسي بآثار الزواج الثاني إذا تم صحيحاً في

الخارج، رغم كون مبدأ الزوجة الواحدة يعتبر من النظام العام في فرنسا ومن مبادئ الحضارة الفرنسية³.

وهكذا اضطرت المحاكم الفرنسية إلى تلطيف مفهوم النظام العام في

مواجهة نظام تعدد الزوجات، فاعترفت بآثاره كلما نشأ خارج فرنسا مراعاة للقانون الأجنبي الذي نشأ في ظله، فاعترفت بحق الزوجة في النفقة وبحقها في الميراث، وبغيرها من الآثار⁴.

¹ - عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص 552 الهامش رقم 01.

² - أنظر مثال ذلك: قرار محكمة السين، بتاريخ 22 أكتوبر 1956، مشار إليه في: عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص 552 الهامش رقم 01.

³ أنظر في عرض هذا القضاء: أعرب بلقاسم، مرجع سابق، ص 182.

⁴ أنظر في عرض هذا القضاء: محمد وليد هاشم المصري، قرار سابق، ص 172.

ولقد سائر القضاء الإنجليزي ذلك، حيث قضى بشرعية الأولاد المولودين من علاقات زوجية يباح فيها التعدد، وبحقهم في الإرث من والدهم، وبحق الزوجات في الإرث من أزواجهن¹.

ويبرر الفقه هذا القضاء بأن النظام العام في هذه الحالة يصاب بشلل جزئي، لأن القاضي الفرنسي الذي رفعت أمامه دعوى تتعلق بآثار الزواج الثاني، مثل مطالبة الزوجة بالنفقة، لا يمكنه أن يقضي ببطلان الزواج الثاني وهذا رغم مخالفة تعدد الزوجات للنظام العام الفرنسي².

الفرع الثاني: حدود إعمال الأثر المخفف للنظام العام.

وتجدر الإشارة إلى أن الاعتراف بالحقوق المكتسبة في الخارج لا يعني استبعاد الدفع بالنظام العام بالنسبة لأي حق أكتسب في الخارج، إذ قد يتعارض نفاذ الحق الذي أكتسب في الخارج مع النظام العام في دولة القاضي حتى على وجهه المخفف³.

فقد رفض القضاء الفرنسي احترام الحق المكتسب في الخارج إذا كان يتعارض مع النظام العام لدولة القاضي، وكانت له أخطاره المفرطة عليه. ومن القضايا التي لم يجز فيها القضاء الفرنسي التمسك في فرنسا بآثار الحق المكتسب بالخارج نجد ما يلي:

- قضت المحاكم الفرنسية بأنه لا يجوز الاحتجاج في فرنسا بحق الملكية على المنقول، ولو كان هذا الحق قد أكتسب في الخارج وفقاً لقانون

¹ أنظر في عرض هذا القرار: حسن الهداوي، مرجع سابق، ص 193.

² أنظر في عرض هذا التبرير: جمال محمود الكردي، مرجع سابق، ص 213.

³ - ديب فؤاد، مرجع سابق، ص 152 وبعدها.

الموقع المختص بموجب قواعد التنازع الفرنسية، لأن هذا القانون يجيز نزع الملكية بدون تعويض¹.

كما قضت محكمة النقض الفرنسية لصالح طالبي منقولات نقلت من إسبانيا إلى فرنسا بعد أن استولت عليها السلطات الإسبانية دون تعويض، وكان هذا القضاء مراعاة للنظام العام في فرنسا².

- رفض القضاء الفرنسي الاعتراف للزوجة الثانية بأي معونة اجتماعية مرتبطة بالزواج الثاني³.

- رفض القضاء الفرنسي الاعتراف بآثار الزواج الثاني إذا كانت الزوجة الأولى فرنسية أو مقيمة في فرنسا، فينتج الدفع بالنظام العام هنا آثاره كاملة دون أي تخفيف⁴.

- رفض القضاء الفرنسي الاعتراف بالطلاق بإرادة منفردة الذي تم في الخارج إذا كانت الزوجة المطلقة فرنسية أو مقيمة في فرنسا. ويبرر هذا القضاء الأخير بالرغبة في حماية الفرنسيات أو المقيّمات في فرنسا من حالة لجوء

¹ -أنظر قرار محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 14 مارس 1939، أشار إليه: سعيد يوسف البستاني، مرجع سابق، ص 237؛ عز الدين عبد الله، مرجع سابق، فقرة 148، ص 553.

² -أنظر قرار محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 14 مارس 1939، أشار إليه عز الدين عبد الله، مرجع سابق، فقرة 149، ص 553؛ والذي أشار أيضاً إلى الموقف المخالف للقضاء في الولايات المتحدة الأمريكية الذي اعتبر أن احترام عمل الحكومة الأجنبية.

³ ينظر قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 01 مارس 1973، الذي أشار إليه: عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى 2004، ص 628، الهامش رقم 05؛ محمد وليد هاشم المصري، مقال سابق، ص 173-174.

⁴ ينظر قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 06 جويلية 1988، الذي أشار إليه: عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 628، الهامش رقم 07، وأنظر أيضاً في عرض هذا القضاء: محمد وليد هاشم المصري، مقال سابق، ص 172.

أزواجهم إلى بلدانهم ورفع دعوى الطلاق بإرادة منفردة، ثم الرجوع إلى فرنسا للتمسك بآثار الطلاق¹.

ويبرر الفقيه نبوييه² Niboyet تعطيل آثار الحق المكتسب في الخارج بعدم ملائمة هذه الآثار مع مقتضيات النظام العام كما قد يكون سببه الصياغة القانونية، ويعطي مثالا على ذلك: إذا كان القانون الأجنبي الذي نشأ الحق في ظله يجيز الرهن الرسمي على المنقول، فإنه لا يجوز التمسك في فرنسا بهذا الرهن، لأن القانون الفرنسي لا يعرف هذا النظام.

أما الفقيه باتيفول³ Batiffol فيرى أن الدفع بالنظام العام كما يمنع تطبيق القانون الأجنبي الذي يتعارض مع الأفكار الأساسية التي يقوم عليها قانون القاضي، فهو أيضاً يمنع التمسك في بلد القاضي بآثار الأعمال الصادرة من حكومة أجنبية، ويرى أن القاضي هنا لا يفحص صحة هذه الأعمال من عدمها، وإنما فقط يمنع التمسك بآثارها لتعارضها مع الأفكار الأساسية السائدة في بلده.

وهكذا، فإن فكرة الحقوق المكتسبة في الخارج لا تعني إهدار كل أثر لفكرة النظام العام، باعتباره صمام الأمان اللازم لحماية الأفكار الأساسية في المجتمع. وليس هناك معيار دقيق يبين الحالات التي يعمل فيها النظام العام بآثر مخفف والحالات التي يعمل فيها بآثاره الكاملة فيها يتعلق بآثار الحقوق

¹ ينظر قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 01 مارس 1988، اللذان أشار إليهما: عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 630، الهامش رقم 02، وأنظر أيضاً في تبريره هذا القضاء: محمد وليد هاشم المصري، مقال سابق، ص 173.

² أنظر في عرض هذا الرأي: عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص 553، الهامش رقم 01.

³ -Henri BATIFFOL et Marthe Simon DEPITRE, op. cit., P88.

المكتسبة في الخارج، لهذا ونظراً لغموض كل من فكرة النظام العام وأثره المخفف، فإن المسألة تبقى متروكة للسلطة التقديرية للقاضي تتأثر بمتانة الحق وخطورة آثاره، ويعاملي الزمان والمكان¹.

خاتمة:

يتبين من خلال ما سبق أن النظام العام إذا كان يهدف إلى حماية المصالح الحيوية للدولة، فإن ذلك يتحقق في مرحلة إنشاء الحقوق، وبناءً عليه إذا حدثت واقعة إنشاء الحق في الخارج، فإن النظام العام لدولة القاضي لم يمس في شيء، وبالتالي لا مبرر لتدخل النظام العام بعد ذلك في مرحلة التمسك بآثار هذا الحق في بلد القاضي.

وتسمح فكرة الأثر المخفف باحترام المراكز القانونية التي تكونت بالفعل، فالعلاقة القانونية التي نشأت صحيحة في الخارج وفقاً للقانون المختص، يجب أن تظل صحيحة في أية دولة أخرى.

ولقد كان لفكرة الأثر المخفف للنظام العام دور إيجابي يتمثل في المحافظة على استقرار المراكز القانونية، خاصة في مسائل الأحوال الشخصية التي يتدخل فيها النظام العام بحدّة، فأدت هذه الفكرة إلى اعتراف القضاء الفرنسي ببعض الأنظمة التي تنفرد بها الشريعة الإسلامية، مثل الاعتراف بآثار الطلاق بإرادة منفردة الذي تمّ بالخارج، وبآثار تعدد الزوجات على الرغم من مخالفتها للنظام العام الفرنسي.

¹ -حسن الهداوي، مرجع سابق، ص194.

غير أن مبدأ الاحترام الدولي للحق المكتسب بالخارج لا يعمل به على إطلاقه، فإذا تبين أن آثار هذا الحق تشكل اعتداءً خطيراً على النظام العام في بلد القاضي، فيتم إعمال الدفع بالنظام العام لينتج كامل آثاره، فيؤدي إلى عدم سريان آثار العلاقة القانونية في بلد القاضي وليس إلى بطلانها.

قائمة المصادر والمراجع:

أولاً: المراجع باللغة العربية.

- 01- أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص -تنازع القوانين-، دار هوم، الجزائر، طبعة 2001.
- 02- جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، طبعة 2005.
- 03- حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص -تنازع القوانين-، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1998.
- 04- ديب فواد، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، الطبعة الخامسة، منشورات جامعة دمشق، 1995.
- 05- سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، الطبعة الأولى، 2004.
- 06- عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان، الطبعة الأولى 2004.
- 07- عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، الهيئة المصرية العامة للكتاب، مصر، الطبعة التاسعة، 1986.
- 08- 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.

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, 5^e édition, Editions Delta, Liban 1996.

03- Henri BATIFFOL et Marthe Simon DEPITRE, nouveau guide des exercices pratiques pour la licence en droit, Droit international privé, Editions Montchrestien, Paris, 1958.

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