حوليات جامعة بشار
Annales de l'Université de Bechar
العدد ***N° 5, 2009, 5***
ISSN : 1112-6604

الأثر المخفف للنظام العام في القانون الدولي الخاص

د. كيحل كمال
قسم الحقوق– جامعة أدرار
ص ب: 68/54 أدرار 01000 –الجزائر
البريد الإلكتروني: kihel_2008@ hotmail.fr

الملخص:

في غالب الأحيان يتم إعمال الدفع بالنظام العام عندما تكون العلاقة القانونية مرتبطة ببلد القاضي. فإذا نشأت علاقة قانونية في الخارج بين أجانب، فإن القاضي ليس له أي مبرر لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي 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.

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 فبول 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.

المطلب الأول: مضمون فكرة الأثر المخفف للنظام العام.

يميز الاتجاه الغالب في الفقه والقضاء في فرنسا في مجال إعمال 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 القاضي فيحكم هذا الأخير العلاقة القانونية بدلاً من الأول، بمعنى أن النظام العام ينتج كامل آثاره الإيجابية والسلبية في مرحلة إنشاء الحقوق.

مثلاً إذا عرضت على القاضي الجزائري دعوى إطلاق 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 لا. 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) 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 القاضي.

ويبرر 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 المتطلبة في البلد الذي نشأ فيه، وأريد التمسك به في بلد القاضي، لما وجد أي مبرر يحرك الدفع بالنظام العام. فالمركز القانوني أو الحق الذي نشأ في الخارج في ظل قانون أجنبي يسمح بإنشائه، وبطريقة تتعارض مع النظام العام في قانون القاضي، فإن آثاره لا تتعارض بالضرورة مع النظام العام في بلد القاضي، ويرجع معيار هذا التمييز إلى درجة التسامح التي يقبل بها القاضي الوطني في مخالفة آثار المركز القانوني للنظام العام لدولته.

المطلب الثاني: 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 الخارج.

– كما أمر القضاء الفرنسي بتنفيذ حكم أجنبي بالتطليق بتراضي الزوجين وفقاً لما يقضي به قانون جنسية الزوج، وإن هذا النوع من الطلاق غير جائز في القانون الفرنسي.

– 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 الفرنسية.

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 الآثار.

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

المطلب الثالث: 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 المخفف. 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 الموقع المختص بموجب قواعد التنازع الفرنسية، لأن هذا القانون يجيز نزع الملكية بدون تعويض. 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 فرنسا.

– رفض القضاء الفرنسي الاعتراف للزوجة الثانية بأي معونة اجتماعية مرتبطة بالزواج الثاني.

– 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 تخفيف.

– 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 المقيمات في فرنسا من حالة لجوء أزواجهم إلى بلدانهم ورفع دعوى الطلاق بإرادة منفردة، ثم الرجوع إلى فرنسا للتمسك بآثار الطلاق. ويبرر الفقيه نبوابيه Niboyet تعطيل آثار الحق المكتسب في الخارج بعدم ملاءمة هذه الآثار مع مقتضيات النظام العام كما قد يكون سببه الصياغة القانونية، ويعطي مثالاً 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 باتيفول 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 بأثر مخفف والحالات التي يعمل فيها بآثاره الكاملة فيها يتعلق بآثار الحقوق 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، وبعاملي الزمان والمكان.

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 بحدة، فأدت هذه الفكرة إلى اعتراف القضاء الفرنسي ببعض الأنظمة التي تنفرد بها الشريعة الإسلامية، مثل الاعتراف بآثار الطلاق بإرادة منفردة الذي تم بالخارج، وبآثار تعدد الزوجات على الرغم من مخالفتهما للنظام العام الفرنسي. غير أن مبدأ الاحترام الدولي للحق المكتسب بالخارج لا يعمل به على إطلاقه، فإذا تبين أن آثار هذا الحق تشكل اعتداءاً 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 هومه، 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 فؤاد، 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- عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، الهيئة المصرية العامة للكتاب، مصر، الطبعة التاسعة، 1986.

07- 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.

Pierre Mayer, Droit international privé, 5e édition, Editions Delta, Liban 1996. 02-