النظام العام
وأثره على اعتبارات الملاءمة لقواعد الإسناد

الدكتورة / زلاسي بشرى
أستاذة محاضرة بكلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة البليدة -2-

ملخص

تعد قواعد الإسناد في مجال العلاقات الدولية الخاصة مرشدا القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية محل النزاع، كونه القانون الملائم لحل النزاع والذي قد يكون وطنيا أو أجنبيا، إلا أن اختصاص هذا الأخير مقيدا لأن القاضي الوطني قد يستبعده عن طريق الدفع بالنظام العام إذا كان مضمونه يخالف القيم والمبادئ الجوهرية لدولته. وعليه أضحى النظام العام يشكل قاعدة استثنائية –لدى غالبية القوانين- ضد القانون الأجنبي المختص ليحل محله القانون الوطني، كون قاعدة الإسناد تفيض من السيادة الوطنية.

وحفاظا على وظيفة آلية التنازع يتوجب على القاضي الدفع بالنظام العام إلا عند الضرورة القصوى وفق سلطته التقديرية البعيدة عن معتقداته الشخصية، ويكون خاضعا لرقابة محكمة النقض أو المحكمة العليا.

Résumé

Les règles de rattachement sont considérées dans le cadre des relations internationales privées en tant que guide qui désignent au juge la loi la plus compétente, qui sera une loi nationale ou étrangère qui régie le rapport de droit.

Et selon le système général des solutions des conflits, la loi étrangère compétente sera applicable qu'après sa validité par le juge nationale, car elle peut être mise à l'écart par l'ordre public, si elle est contraire aux principes et aux valeurs de l'état du juge.

On peut toute fois affirmer que l'ordre public présente dans la majorité législative, une règle exclusive qui ouvre droit à l'application de la loi nationale à la place de la loi étrangère compétente, car la règle de conflit constitue la souveraineté nationale.

A cet effet le rôle de l'outil de conflit nécessite une protection, d'une manière que l'appel à l'ordre public n'est correct que dans le stricte mesure que l'on puisse opposer à une menace grave, par un pouvoir d'extinction en dehors de toute prise de position personnelle du juge et soumise au contrôle de la cour de cassation ou la cour suprême.

مقدمة

درجت التشريعات الدولية الحديثة على تنظيم مختلف مجالات العلاقات القانونية الخاصة ذات الطابع الدولي ضمن ما يعرف بـ "قواعد الإسناد" (les règles de rattachements) أو "قواعد التنازع" التي وجدت كحلول لتنازع الاختصاص التشريعي الدولي، كما توجد مناهج أخرى تتولى حلول تنازع القوانين في مجال التجارة الدولية وكذلك المجال الاجتماعي والأمني...الخ.

وإن كانت آلية حل التنازع في قاعدة الإسناد تفيض من السيادة التشريعية الوطنية بالدرجة الأولى، كونها من اختيار المشرع الوطني بما يتماشى وسياسيته التشريعية المسطرة خدمة للمصلحة الوطنية، إلا أن صياغتها عادة ما تكون في شكل مزدوج بما يسمح أن يكون الاختصاص التشريعي إما للقانون الوطني أو للقانون الأجنبي، تجسيدا لاعتبارات الملائمة التي تعد أساس وجود قواعد الإسناد، والقائمة على مراعاة العلاقات الدولية الخاصة، والتي تتطلب توزيع الاختصاص التشريعي الدولي بصورة موضوعية ومحايدة بين النّزعتين: العالمية والوطنية (الإقليمية) بواسطة ضوابط إسناد محددة.

وما هو مقررا في مختلف الأنظمة القانونية، أن تطبيق قواعد الإسناد يكون مقيدا ساعة إشارتها إلى اختصاص القانون الأجنبي في العلاقة محل النزاع، لأن مضمونه قد يختلف مع القيم والمبادئ الجوهرية لدولة القاضي، ما يسمح لهذا الأخير باستبعاده عن طريق الدفع بالنظام العام (L'ordre public)، ويعد المشرع الجزائري من بين الأنظمة التي أقرت بهذا المبدأ وهذا في القانون المدني. (القانون رقم05-10 المؤرخ في يونيو2005 المعدل للقانون المدني رقم75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975) في نص المادة 24. (والتي نصت: "لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر...").

إلا أن تطبيق القاضي الوطني الدفع بالنظام العام والتوسع فيه خاصة لاستبعاد القانون الأجنبي المختص يعرقل لا محالة وقد يشل حتى من وظيفة قاعدة الإسناد الرّامية إلى تحقيق اعتبارات الملائمة بما يخدم خصوصيات العلاقة الخاصة الدولية.

وللإجابة على هذه الإشكالية قمنا بتقسيم دراستنا هذه إلى المحاور التالية:

أولا : مفهوم قواعد الإسناد.

ثانيا : مفهوم النظام العام.

ثالثا : نطاق النظام العام وكيفية إعمال الدفع به في العلاقات الدولية الخاصة.

رابعا : أثر الدفع بالنظام العام ودور قاعدة الإسناد من ذلك.

أولا- مفهوم قواعد الإسناد (Les règles de rattachement):

1) النشأة التاريخية لقاعدة الإسناد (قاعدة التنازع).

هذه النشأة التاريخية المختصرة سوف تتجلى لنا من خلال المدارس الفقهية التالية:

أ- المدارس الفقهية التقليدية:

مرّ تطور قواعد الإسناد بمراحل عديدة، إلا أن ظهورها بطريقة فعلية بدأ منذ أوائل القرن الثالث عشر الميلادي، بداية الثورة الصناعية في أوروبا، (د. عبد الكريم ممدوح، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005، ص22) التي كانت سببا في تطور البحوث العلمية وظهور مدارس فقهية استقرت أفكارها في التقنين والاجتهاد القضائي الحديثين، (د. الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، ج1، تنازع القوانين، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 2000، ص17) وأهم هذه المدارس تمثلت فيما يلي:

المدرسة الإيطالية

كانت مدن شمال إيطاليا تزخر بتقدم اقتصادي وتجاري وكذلك استقلالية كل مدينة بقانون خاص بها، ما كان سببا في دفع فقهائها إلى صياغة نظرية الأحوال (Les statuts) وهي مجموعة من القواعد الفقهية التي أعدت مبدئيا لحل التنازع بين قوانين البلد الواحد، ولقد عُرفت باسم "الحواشي"، وتمت إضافتها إلى القانون الروماني الذي يعد الشريعة العامة للإمبراطورية الرومانية. (د. الطيب زروتي، المرجع السابق، ص27).

ولقد توسعت هذه الحواشي لتشمل تنازع الأحوال بين المدن الإيطالية، ويرجع الفضل في ذلك إلى أصحابها المحشون اللاحقون وعلى رأسهم الفقيه "بارتول (Bartole)" (د. علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، لطلبة الفصلين الدراسيين السابع والثامن، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000، ص27، وكذلك Paul Lerebourg Pigeonnière et Yvon Loussouarn, Droit international privé, 8ème éd., Dalloz, 1970, p.373 et s.).

وعموما تميزت هذه المدرسة في وضعها لقواعد الإسناد التي يعمل بها إلى يومنا هذا، ومثال ذلك قاعدة إسناد القواعد الإجرائية لقانون القاضي، (د. علي علي سليمان، نفس المرجع، ص27 وكذلك Henri Hatiffot et Paul Lagarde, droit international privé, T.1, Paris, 1974, p.287) كما ميزت بين الأحوال المستحسنة والأحوال المستهجنة –كعدم أهلية البنت في الميراث- التي تعد أول بذرة لمفهوم النظام العام. (علي علي سليمان، نفس المرجع، ص28، راجع أيضا، د. الطيب زروتي، نفس المرجع، ص54).

المدرسة الفرنسية

ظهرت هذه المدرسة بزعامة الفقيهان "ديمولان" و"دارجنتريه" وهذا كما يلي:

الفقيه ديمولان (Dumoulin) (1500-1566):

تأثر الفقيه "ديمولان" بالمدرسة الإيطالية القديمة، ودليل هذا بلورته لمبدأ سلطان الإرادة انطلاقا من اعتناقه لقاعدة إسناد القواعد الموضوعية في العقود إلى قانون محل انعقادها(علي علي سليمان، نفس المرجع، ص29). مع استثنائه لشكل العقود التي تبقى خاضعة لقانون محل الإبرام، إلا أن آرائه تم نقدها من طرف الفقيه "دارجنتريه". (راجع هذه الانتقادات في مرجع د. الطيب زروتي، نفس المرجع، ص55).

الفقيه دارجنتريه (Dargentré) (1519-1590):

قسم الفقيه الأحوال إلى شخصية وأخرى عينية، وأسند كل ما تعلق بالعقار إلى القانون الإقليمي والمنقول والأحوال الشخصية لقانون الموطن استنادا لفكرة العدالة. (نفس المرجع، ص 56). إلا أن آرائه تعرضت بدورها للنقد من عدة جوانب، منها أنه قد بالغ في اعتناقه لمبدأ الإقليمية سواء في الأحوال العينية أو الأحوال الشخصية. (راجع بالتفصيل هذه الانتقادات في نفس المرجع، ص57).

المدرسة الهولندية

ظهرت هذه المدرسة في القرن السابع عشر متأثرة بأفكار الفقيه "دارجنتريه"، (عمر بلمامي، دراسات في القانون الدولي الخاص المعاصر، نظرية التكييف، دراسة تحليلية ونقدية، دار هومة، الجزائر، 2010، ص29) ومن أشهر فقهائها الفقيه "هوبر" (Huber)، والذي يرجع له الفضل في وضع مصطلح تنازع القوانين وتفعيله لمبدأ النظام العام، (د. علي علي سليمان، المرجع السابق، ص30) وكذلك تركيزه على مبدأ إقليمية القوانين، كما عرفت هذه المدرسة بمدرسة المجاملة الدولية (la courtoisie internaionale) التي تجسدت في قواعد التنازع الدولي. (د. الطيب زروتي، المرجع السابق، ص.ص: 58،59).

المدرسة الأنجلو سكسونية

انتقل فقه المدرسة الهولندية إلى إنجلترا في القرن الثامن عشر على يد القاضي الإنجليزي "جنكر" (نفس المرجع، ص59) ثم إلى الولايات المتحدة الأمريكية وكندا. ويعد الفقيه الأمريكي "ستوري" (Story) أول من وضع مصطلح القانون الدولي الخاص، كما كان متأثرا بأفكار الفقيه "هوبر" ومنها أن تطبيق القانون الأجنبي يكون على أساس المجاملة الدولية. (د. عمر بلمامي، نفس المرجع، ص33 وكذلك Henri Batiffel et Paul Lagarde، المرجع السابق، ص298.).

ب- المدارس الفقهية الحديثة

ظهرت جهودا أخرى فقهية حديثة أسهمت في تطور قواعد الإسناد كحلول لتنازع القوانين، ويتجلى ذلك في المدارس الفقهية الآتية:

المدرسة الألمانية

يتزعم هذه المدرسة الفقهية "سافيني" (Saviny)، (راجع بالتفصيل د. علي علي سليمان، نفس المرجع، ص32) ويقوم فقهه على فكرة الاشتراك القانوني بين الدول التي تجمعها عدّة قيم متماثلة، (د. محمد وليد هاشم المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص42، راجع أيضا بالتفصيل د. الطيب زروتي، المرجع السابق، ص60) وهذا ما يسمى بـ "الشعوب الغربية" والتي تجمعها أيضا حلولا قانونية موحدة على إقليمها، (د. بلقاسم أعراب، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، الزيتونة للإعلام والنشر، باتنة، (بدون تاريخ)، ص61) كما اهتم الفقيه بتحليل العلاقات القانونية للأشخاص وتحديد مركزها

المكاني قصد وصوله إلى حلول عالمية بعيدا عن تقسيم القوانين إلى إقليمية وممتدة، (نفس المرجع، ص61) كوضعه لقاعدة إسناد الأهلية وحالة الشخص لقانون موطنه. (نفس المرجع، ص62، وكذلك د. محمد وليد هاشم المصري، نفس المرجع، ص42).

المدرسة الإيطالية

زعيم هذه المدرسة هو الفقيه "مانشيني" (Manchini) الذي اعتبر مبدأ شخصية القوانين هو الأصل (د. علي علي سليمان، نفس المرجع، ص:43،33) وما مبدأ إقليمية القوانين في نظره إلا على سبيل الاستثناء بالنسبة للقوانين الخاصة بالنظام العام ومبدأ احترام إرادة الأشخاص لقانونهم المختار (د. عبد الرحمن جابر جاد، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، 1969، ص99 وما بعدها)...الخ.

واستنادا للانتقادات التي تعرّض لها الفقيه، (راجع هذه الانتقادات، نفس المرجع، ص105 وما بعدها) تم التضييق من مجال تطبيق مبدأ شخصية القوانين في ظل الفقه والتشريع الإيطاليين المعاصرين. (عبد الرحمن جابر جاد، المرجع السابق، ص110 وما بعدها).

المدرسة الفرنسية

من أشهر فقهاء المدرسة الفرنسية الحديثة الفقيه "بييه" (Pillet) (1857-1926) والذي حاول وضع حلول لتنازع القوانين من خلال مقالاته (نفس المرجع، ص177 هامش) مبينا أن تنازع القوانين تقوم على التنازع بين سيادات الدول، كما بيّن أن القانون يتم بخاصيتّي الدوام والعموم من حيث تطبيقه على كل الموجودين على إقليم الدولة. (د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، ج2، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، ط9، الهيئة العامة للكتاب، 1986، ص57).

كما أضاف إلى حلوله فكرة الاحترام الدولي للحقوق المكتسبة، ذلك الحق الذي يمكن الاحتجاج بآثاره في دولة أخرى بناءا على شروط معينة. (نفس المرجع، ص: 61، 62).

كما يعد كذلك الفقيه "بارتن" (Bartin) من ضمن الفقهاء الفرنسيين البارزين، والذي تأثر بالمنهج التحليلي للفقيه "سافيني" الذي يعتبر التنازع تنازعا بين السيادات الدولية وعليه أن تلتزم كل دولة بفسح المجال للقانون الأجنبي أن يكون واجب التطبيق إذا كان الأنسب للعلاقة القانونية محل النزاع، (د. عبد الرحمن جابر جاد، نفس

المرجع، ص: 191،192)، ويرجع الفضل أيضا لهذا الفقيه في تحليل طبيعة العلاقات القانونية أو ما يسمى بـ "التكييف" (د. عز الدين عبد الله، نفس المرجع، ص: 62، 63).

وكذلك الفقيه "نيبوابيه" (Niboyet) والذي تأثر بمبدأ إقليمية القوانين تماشيا مع وضع فرنسا بعد الحرب العالمية الأولى تحقيقا للمصلحة الوطنية، (د. علي علي سليمان، المرجع السابق، ص39) إلا أنه استثنى من هذا المبدأ الأهلية وأخضعها لقانون الموطن. (د. بلقاسم أعراب، المرجع السابق، ص67 وكذلك د. محند اسعد، القانون الدولي الخاص، قواعد التنازع، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989، ص78).

وإلى جانب هؤلاء الفقهاء الفقيه والأستاذ "باتيفول" (Battifol) الذي أسس منهجيته لقواعد الإسناد على التركيز الموضوعي للعلاقات القانونية، إلى غير ذلك من الفقهاء والأساتذة. (د. محند اسعد، نفس المرجع، ص79).

2) تعريف قواعد الإسناد وخصائصها.

أ- تعريف قواعد الإسناد

تتكفل قواعد الإسناد أو ما يسمى أيضا بـ "قواعد التنازع" أو بـ "منهجية التنازع" بحل إشكالية تنازع القوانين، (د. محمد عبد العال عكاشة، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2002، ص8)، ولقد تم تعريفها على أنها: "قاعدة قانونية يضعها المشرع الوطني وهدفها إرشاد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على المسألة القانونية المشتملة على عنصر أجنبي". (د. بلقاسم أعراب، نفس المرجع، ص69).

ب- خصائص قواعد الإسناد

تتميز قواعد الإسناد بعدة خصائص أهمها:

- قواعد مرشد غير مباشرة: أي أنها ترشد القاضي فقط إلى القانون الواجب التطبيق دون إعطائه الحل النهائي للنزاع (د. محمد عبد العال عكاشة، المرجع السابق، ص13)، بمعنى عملية تحديد الاختصاص التشريعي لأحد القوانين المتنازعة، (د. عبد الرحمن جابر جاد، المرجع السابق، ص28) بينما حسم النزاع يكون برجوع القاضي للأحكام المقررة لتلك العلاقة محل النزاع في القانون المختص. (د. محمد عبد العال عكاشة، المرجع السابق، ص13).

- قواعد مزدوجة الجانب : بمعنى وضعها للقانون الأكثر ملائمة لحل النزاع، فقد يكون وطنيا أو أجنبيا، (د. محمد عبد العال عكاشة، نفس المرجع، ص14) كقاعدة

خضوع الشروط الموضوعية للزواج لقانون جنسية الزوجين وهذا طبقا لنص المادة 11 قانون مدني جزائري تكريسا لاعتبارات الملائمة كما قد تصاغ في بعض الحالات بشكل منفرد. ومثال ذلك المادة 13 قانون مدني جزائري التي تمنح الاختصاص للقانون الجزائري إذا كان أحد الزوجين جزائريا فيما يتعلق بانعقاد الزواج وآثاره وانحلاله، إلا أنه يعد اتجاها فاشلا، (بلقاسم أعراب، المرجع السابق، ص73) كونه يضع حلا قوميا يتنافى ومبدأ الملائمة في قاعدة الإسناد. (محند إسعد، المرجع السابق، ص130) نستنتج من ذلك أن الحلول في القانون الدولي الخاص قد تؤكد سياسة تشريعية مبالغ فيها في بعض الحالات، كونها تعكس السيادة الوطنية على المستوى الدولي وهذا بمنحها صراحة الاختصاص للقانون الوطني، وفي هذا المقام نستحضر رأي العميد الفرنسي "باتيفول" الذي يرى أن النظام العام ما هو إلا مجموعة من النظم القانونية تهدف إلى تحقيق هذا المنحنى الإقليمي. (د. الطيب زروتي، المرجع السابق، ص 245).

وعليه لو سلمنا بهذا سوف لن نكون أمام ظاهرة تنازع القوانين في مجال العلاقات الدولية الخاصة.

– قواعد محايدة : دورها تحديد القانون الأكثر ملائمة لحل النزاع من بين القوانين المتنازعة بغض النظر عن مضمون القانون المختار. (محمد عبد العال عكاشة، نفس المرجع ص14).

إضافة إلى هذه الخصائص والوظائف فهي قواعد وطنية من صنع المشرع الوطني، وتعد منهجا تقليديا أيضا غنيا بالحلول الفقهية والقضائية ولا يطبق وفقه القانون الأجنبي المختص إذا كان مخالفا للنظام العام والآداب في قانون القاضي. (الطيب زروتي، نفس المرجع، ص: 73، 74).

ورغم مميزات منهج الإسناد إلا أنه تعرض لعدة انتقادات، من أهمها أنه منهجا يفتقر إلى الأحكام والأمن القانونيين الخاصة بالمعاملات التجارية الدولية.(راجع بالتفصيل هذه الانتقادات في نفس المرجع، ص: 74، 75).

إلا أن معظم هذه الانتقادات مردود عليها، ويبقى منهج الإسناد منهجا توفيقيا بين النزعة الوطنية والعالمية المحايدة، (نفس المرجع، ص75) ما يستوجب وجود تسامح إزاء تطبيق القوانين الأجنبية فوق الأقاليم الدولية من خلال ربط العلاقة القانونية ببلد أجنبي أو ما يسمى بـ "الرابطة القانونية" التي اعتبرها "سافيني" أساس آلية التنازع. (محند إسعد، المرجع السابق، ص 246).

3) شروط قواعد الإسناد

- أن تكون العلاقة القانونية محل النزاع من علاقات القانون الخاص وذات العنصر الأجنبي: ونعني بالعلاقة القانونية، الرابطة التي تكون بين شخصين أو أكثر ومحكومة بقاعدة قانونية، أما العنصر الأجنبي إما أن يكون متمثلا في أشخاص العلاقة أو في موضوعها أو سببها، (د. الطيب زروتي، نفس المرجع، ص47) وهو الذي يفسح المجال للقانون الأجنبي أن يكون مختصا إذا كان الأصلح للعلاقة محل النزاع.

كما أن العلاقة القانونية يجب أن تكون من علاقات القانون الخاص، كأن تكون العلاقة من المعاملات المالية والتجارية والأحوال الشخصية(د. ممدوح عبد الكريم، المرجع السابق، ص16)...الخ، إلا أن هناك حالات قد يرجع فيها القاضي إلى أحكام القانون العام، كحالة النزاع حول عدم دستورية القانون الأجنبي. (نفس المرجع، ص: 29، 30).

- تزاحم قانونيين أو أكثر لحكم العلاقة القانونية وصادرة من طرف دولة ذات سيادة: إن الاختلاف بين قانونيين أو أكثر لحكم العلاقة القانونية محل النزاع يعد ضروريا وهذه القوانين يجب أن تكون صادرة من دول مستقلة وذات سيادة (د. محمد عبد العال عكاشة، المرجع السابق، ص33، ولمزيد من التفصيل راجع د. بلقاسم أعراب، المرجع السابق، ص: 43،44) وعليه فإن الرأي الغالب يستبعد التنازع التشريعي إذا كان داخليا في إطار التعدد الطائفي أو الإقليمي. (محمد عبد العال عكاشة، نفس المرجع، ص: 37،38).

- أن يفسح المشرع الوطني المجال لتطبيق القانون الأجنبي: كونه القانون الأكثر ملائمة للنزاع المطروح، (د. ممدوح عبد الكريم، نفس المرجع، ص20) وما هذه الاعتبارات إلا مراعاة للعلاقات الدولية التي تستدعي توزيع الاختصاص الدولي بصورة موضوعية، إضافة إلى ذلك أننا لا نكون أمام تنازع القوانين إذا ما تم تطبيق القانون الوطني على إطلاقه (مبدأ الإقليمية) أو امتداد القوانين الأجنبية على حساب القانون الوطني، وعليه وفقا للرأي الراجح فقها يجب تطبيق مبدأ الإقليمية النسبي للقانون. (د. الطيب زروتي، المرجع السابق، ص: 48، 49 وكذلك د. علي علي سليمان، المرجع السابق، ص25). وفي هذا ما يخدم آلية التنازع بصورة فعالة كمبدأ عام، إلا أن دورها يبقى مقيّدا بما يتماشى والمصلحة الوطنية.

ثانيا- مفهوم النظام العام (L'ordre public):

1) التطور التاريخي لفكرة النظام العام:

يرجع تاريخ فكرة النظام العام إلى المدرسة الإيطالية القديمة والتي كان لها الفضل في وضع أساسها الأول والتي عبّر عنها زعيمها "بارتول" باسم الأحوال المستهجنة الغير قابلة للامتداد كونها إقليمية بحتة. (د. الطيب زروتي، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2011، ص 106)، ولقد تطورت فكرة النظام العام في القرن التاسع عشر عن طريق الفقيه الإيطالي "مانشيني" وذلك عند استثنائه من مبدأ شخصية القوانين، القوانين المتعلقة بالنظام العام والتي يتطلب تطبيقها إقليميا. (د. بلقاسم أعراب، المرجع السابق، ص 156).

كما يرجع الفضل أيضا للفقيه الألماني "سافيني" في تطوير فكرة النظام العام من خلال تبنيه فكرة الاشتراك القانوني التي لا تسمح للقاضي بتطبيق قانون لا يتوافق مع الأفكار القانونية والدينية السائدة في بلده. (علي علي سليمان، المرجع السابق، ص148)

وما أن أصبح التنازع ما بين قوانين دولية مختلفة السيادات، زاد ذلك من استبعاد تطبيق القانون الأجنبي الذي يكون مخالفا للمبادئ الأساسية السائدة في قوانين الدول. (د. عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص529).

وعليه أصبحت فكرة النظام العام سائدة لدى غالبية القوانين الدولية الحديثة جاعلة منها استثناءا على تطبيق القانون الأجنبي المختص، ومنفذا لتبرير الاختصاص التشريعي للقضاء الوطني، (د.الطيب زروتي، نفس المرجع، ص106) ومن بين هذه القوانين القانون البولوني في المادة 6 من القانون الدولي الخاص لسنة 1965، والقانون الألماني المادة 6 من القانون الدولي الخاص الفيدرالي لسنة 1986، والقانون المدني المصري المادة 28 والقانون المدني الأردني المادة 29، (د. الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص491) وكذلك القانون المدني الجزائري في المادة 24 سالفة الذكر، وما هذا إلا مساسا بالأصل العام لقاعدة الإسناد الذي يقضي بتطبيق القانون المختار من طرفها، وعليه يمكن القول أن فكرة النظام العام الاستثنائية تُعد قيدا على مضمونها.

2) طبيعة النظام العام وعلاقتها بقاعدة الإسناد:

اختلفت الاتجاهات الفقهية حول طبيعة أو الأساس الذي تقوم عليه فكرة النظام العام، فهل يطبّق على أساس مبدأ أصلي لحل تنازع القوانين في مجال العلاقات الخاصة الدولية أو مجرد استثناء يرد على قاعدة الإسناد ويقيّد من وظيفتها وهذا كما يلي:

أ- الاتجاه الفقهي الأول

نظر أصحاب هذا الاتجاه إلى النظام العام كفئة ربط بغية التخفيف من تدخله، ويعد الفقيه "مانشيني" زعيم هذا الاتجاه ويرجع له الفضل في وضع مفهوم "قوانين النظام العام" والتي تسري إلا داخل إقليم الدولة (د. محند اسعد، المرجع السابق، ص133)، وتُعد استثناءا على مبدأ شخصية القوانين، ومن بين هذه القوانين القوانين الجزائية والقوانين العينية، (نفس المرجع، ص243) وعليه تعد قاعدة الإسناد إقليمية احتياطية لتبرير استبعاد القانون الأجنبي المختص. (د. الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، نفس المرجع، ص243).

وحسب الفقيهين "سافيني" و"بييه" أن النظام العام يشكل قاعدة إسناد رئيسية تمنح الاختصاص للقانون المحلي كونها قوانين تمثل السيادة الإقليمية. (نفس المرجع، ص243، راجع أيضا د. عبد الرحمن جابر جاد، المرجع السابق، ص572).

إلا أن هذا الاتجاه أخلط بين إقليمية القوانين التي تعد أساس النظام العام وبين الحالات الأخرى التي يستبعد بها القانون الأجنبي في نطاق تطبيق قواعد الإسناد. فالقانون الأجنبي قد يستبعد ليس فقط على كون القوانين إقليمية، بل قد يستبعد إذا كان ينص على نظام مجهول في قانون القاضي أو يتعارض مع مضمونه تعارضا صارخا. (د. عبد الرحمن جابر جاد، نفس المرجع، ص: 572، 573).

وعليه هجر الفقه الفرنسي المعاصر هذا الاتجاه مستندين على أسس أخرى لتوزيع الاختصاص التشريعي بصورة موضوعية بعيدا عن مفهوم النظام العام، مثال ذلك قاعدة خضوع العقار لقانون موقعه، كما أن قاعدة الإسناد يُعتد بتطبيقها وقت نشوء المركز القانوني، أما النظام العام يكون ساري المفعول وقت رفع الدعوى ووقت النطق بالحكم. (الطيب زروتي، نفس المرجع، ص: 244، 245).

ب- الاتجاه الفقهي الثاني

نادى أصحابه وهم البعض من الفقه الحديث بإعادة تطبيق المنهج التقليدي في بعض الأحوال الخاصة بالنظام العام، بعيدا عن فكرة تحديد طبيعة العلاقة محل النزاع، (د. هشام علي صادق، تنازع القوانين، دراسة مقارنة مع المبادئ العامة والحلول، الوضعية المقررة في التشريع المصري، ط3، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1974، ص305) ولقد تمثل هذا في قواعد إسناد تم وضعها من طرف العديد من الفقهاء في القرن التاسع عشر، في مجال الحقوق الخاصة الدولية، واعتبروها من النظام العام ويسري عليها قانون القاضي، كونها قوانين آمرة تشكل قاعدة إسناد رئيسية في إطار ما يسمى بـ "قوانين النظام العام"، (د. الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص295) وهذا خلافا للقوانين الخاصة بحالة الأشخاص وأهليتهم، ورغم كونها حقوقا مدنية ومن النظام العام في مجال الحقوق الدولية الخاصة، إلا أنها لا تكون خاضعة لقانون القاضي، بل تخضع لقانون الجنسية أو الموطن وهذا ما هو سائدا في غالبية قوانين العالم، (د. نعوم سيوفي، الحقوق الدولية الخاصة، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، دمشق، 1967، ص858)، وبالتالي نكون أمام نظام عام في شكل قاعدة إسناد استثنائية مرنة، غرضه تقييد مجال تطبيق القانون الأجنبي المختص. (الطيب زروتي، نفس المرجع، ص295).

إلا أنه اتجاها وصف بالخلط أيضا، لأنه اعتبر القوانين الآمرة "قوانين النظام العام"، رغم أنها كفيلة باستبعاد القانون الأجنبي دون تدخل النظام العام، وهذا الأخير يتدخل بدوره حتى عند عدم وجود قوانين آمرة. (محند اسعد، المرجع السابق، ص244).

ج- الاتجاه الفقهي الثالث

يرى أصحاب هذا الاتجاه الفقهي الحديث أن فكرة النظام العام في مجال الحقوق الدولية الخاصة ما هي إلا أداة استثنائية ضد تطبيق القانون الأجنبي المختص من طرف قاعدة الإسناد الوطنية، إذا كان يخالف الأسس الجوهرية لدولة القاضي، ولقد أطلق أنصار هذا الاتجاه على فكرة النظام العام اسم "الدفع بالنظام العام" (Exception d'ordre public)، على افتراض أن المشرع الوطني عندما يفسح الاختصاص للقانون الأجنبي يفترض فيه وجود اشتراك قانوني بينه وبين قانون القاضي، وعليه يستبعد باسم النظام العام إذا كان مخالفا لهذا الافتراض، وهذا ما أكد عليه الفقيه "سافيني"بقوله: "إن التمسك بالنظام العام يرجع إلى عدم وجود اتحاد

قانوني بين بلد القانون الأجنبي الواجب التطبيق وبين البلد الذي يحول فيه ذلك النظام دون هذا التطبيق".(د. عبد الرحمن جابر جاد، المرجع السابق، ص: 560، 561).

وللإشارة أن هذا الاتحاد القانوني لا وجود له في العديد من التشريعات الدولية، نظرا للاختلاف فيما بينها حول الأسس الجوهرية السائدة في مجتمعاتها. (نفس المرجع، ص561). وعليه يمكننا التساؤل عن نجاعة الدفع بالنظام العام بصورة استثنائية وفقا للرأي الراجح أمام عدم وجود اشتراك قانوني دولي خاصة في مجال الأحوال الشخصية، كون قواعد الإسناد تفيض من المصلحة الوطنية المتطلّب الدفاع عنها، وهذا ما سنحاول الإجابة عنه لاحقا.

وعموما يعد هذا الاتجاه الفقهي الثالث هو الاتجاه المستقر عليه حديثا. (علي علي سليمان، المرجع السابق، ص149)، وبناءا عليه لا وجود لقاعدة إسناد رئيسية ولا احتياطية، وما قوانين النظام العام أو ما يعرف بقوانين التطبيق الآني إلا قوانين آمرة تمنح الاختصاص لقانون القاضي بصورة أصلية كونها نابعة من السيادة الإقليمية والتي تعد أساس النظام العام، وما الدفع بهذا الأخير في العلاقات الدولية الخاصة ضد القوانين الأجنبية المختصة إلا حماية لها في حالة مخالفتها من طرف هذه القوانين بصورة صارخة وخطيرة.

3) دور النظام العام في القانون الدولي الخاص ودوره في القانون الداخلي

على ضوء الاتجاه الفقهي الراجح والمعمول به لدى غالبية الأنظمة القانونية الدولية يمكننا أن نجري عملية التفرقة بين دور النظام العام في كل من القانون الدولي الخاص والنظام العام في القانون الداخلي.

إن مفهوم النظام العام يبقى متسما بالوطنية في كلا القانونين، فلا يتصوّر وجود نظامين عامين في كلاهما لدولة واحدة، على اعتبار أن النظام العام مبنيا على وجود مجتمع واحد يشترك في مبادئ وتقاليد واحدة، ما يوحي بعدم وجود نظام عام دولي تسعى الدولة لحمايته أمام هيئات القضاء الدولي، (علي علي سليمان، المرجع السابق، ص150، وكذلك د. الطيب زروتي، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص295)، فكلا النظامين يسعيان إلى حماية المبادئ السامية الجوهرية التي يقوم عليها أي مجتمع في العالم، (د. محمد وليد هاشم المصري، "محاولة لرسم معالم النظام العام الدولي

العربي بمفهوم القانون الدولي الخاص"، في مجلة الحقوق للدراسات القانونية والشرعية، علمية محكمة، سنوية، ع4، س27، ديسمبر 2003، ص152)، ويشكلان معا ما يعرف بـ "النظام العام للدولة"، وكل ما في الأمر أن مقتضيات النظامين ليست نفسها سواء على مستوى العلاقات الداخلية أو على مستوى العلاقات الخاصة الدولية، ويتجلى ذلك على سبيل المثال في النقاط التالية: يهدف النظام العام في القانون الداخلي إلى الحّد من مبدأ سلطان الإرادة، وهذا بعدم مخالف النصوص الآمرة أو الناهية، بينما يهدف النظام العام في القانون الدولي الخاص باستبعاد القانون الأجنبي المختص الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد الوطنية من طرف القاضي، نظرا لاختلافه مع النظام العام لدولته. (نفس المرجع، ص153). إن دور النظام العام في القانون الداخلي يؤكد الاختصاص للقانون الوطني، خلافا لدور النظام العام في العلاقات الخاصة الدولية يفرض اختصاص قانون القاضي مكان القانون الذي أشارت إلى اختصاصه قاعدة التنازع. (نفس المرجع، ص154)، وعليه فإن اختصاص القاضي في الدور الأول اختصاصا أصليا بينما في الدور الثاني هو اختصاص احتياطي لا غير، إلا أن هذا يشكل تعديا على دور قاعدة الإسناد حماية لسياسة تشريعية ما.

تسري فكرة النظام العام في القانون الداخلي، إلا على العلاقات القانونية التي ينعدم فيها العنصر الأجنبي، خلافا في القانون الدولي الخاص يتدخل النظام العام في العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي. (د. علي علي سليمان، نفس المرجع، ص151).

ثالثا- نطاق النظام العام وكيفية إعمال الدفع به في العلاقات الدولية الخاصة

1) نطاق النظام العام في العلاقات الدولية الخاصة:

تبين أن وظيفة النظام العام في القانون الدولي الخاص، هو استبعاد القوانين الأجنبية الغير عادلة، لمخالفتها الحقوق الطبيعية للإنسان، كالتي تمنع الإنسان من بعض حقوقه لأسباب عرقية أو مؤيدة لنظام الرّق، وعليه اعتبرته محكمة النقض الفرنسية: "مجموعة من مبادئ العدالة العالمية التي تتمتع بنظر الرأي العام الفرنسي بقيمة دولية مطلقة". (د. محمد وليد هاشم المصري، نفس المرجع، ص147) فهي مبادئ سامية جوهرية عالمية وتعد جزءا من النظام العام الداخلي لكل دولة. (د. محمد وليد هاشم المصري، "محاولة لرسم معالم النظام العام الدولي العربي، المرجع السابق، ص152). إضافة

إلى ذلك يعمل النظام العام على تثبيت وحماية سياسة تشريعية معنية كما سبق ذكره وذلك بدفاعه عن المبادئ السياسية والاجتماعية الجوهرية السائدة في دولة القاضي. (نفس المرجع، ص148).

وبالرغم من تحديد وظائفه، إلا أن الفقه يرى صعوبة منح تعريفا شاملا له محددا من خلاله نطاق تدخله، وسبب ذلك راجعا كونه فكرة مرنة نسبية تختلف باختلاف المكان والزمان، وفقا لتطور معايير المصلحة العامة لمجتمع ما، (د. الطيب زروتي، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص293)، وما يجسد لنا هذا القول أن مؤتمر لاهاي أخفق في إطار الاتفاق الدولي بشأن المواريث من وضعه لبروتوكول محددا فيه المسائل التي تعدّ من النظام العام داخل كل دولة. (راجع د. عبد الرحمن جابر جاد، المرجع السابق، ص565).

ونظرا لنسبية النظام العام، امتنعت حتى القوانين الداخلية الدولية من وضع تعريفا شاملا له، بل اكتفت بالإشارة فقط في قوانينها إلى عدم مخالفة النظام العام والآداب، مثال ذلك نص المادتين 163 و165 من القانون المدني الأردني وبالمثل في القانون المصري، (د. محمد وليد هاشم المصري، نفس المرجع، ص151)، وكذلك القانون المدني الجزائري في المادتين 93 و97.

وما يمكن استنتاجه أن فكرة النظام العام فكرة نسبية متطورة عبر المكان، فالنظام العام في الدول الغربية المسيحية يختلف عن مضمون النظام العام في الدول العربية الإسلامية، (د. محمد عبد العال عكاشة، المرجع السابق، ص: 520، 521)، وعليه يتسع فيما بين هذه الدول في الأحوال الشخصية كونها تشكل عندها الرباط الديني والقومي للانتماء، (Henri Batiffot et Paul Lagarde، المرجع السابق، ص352) وما يؤكد لنا ذلك أن تعدد الزوجات يعد مخالف للنظام العام عند هذه الدول الغربية بينما لا يعد مخالفا للنظام العام عند الدول العربية الإسلامية ومن بينها الجزائر. وإن دل هذا على شيء إنّما يدل أن قواعد الإسناد تفيض من السيادة الوطنية وعليه فإن علاقتها بالنظام العام علاقة وطيدة في هذا المجال بالخصوص.

كما أنها فكرة نسبية عبر الزمان داخل الدولة الواحدة، ودليل ذلك أن القانون الفرنسي كان يمنع الطلاق حتى سنة 1884، وبعدها أصبح الطلاق غير مخالف للنظام

العام. (د. محمد عبد العال عكاشة، نفس المرجع، ص521 وكذلك د. عبد الرحمن جابر جاد، نفس المرجع، ص566). وعليه ورغم صعوبة وضع النظام العام في إطار علمي محدد، إلا أنه يبقى "صمّام الأمن" المستعمل من قبل القاضي يستبعد به القانون الأجنبي المختص المشار إليه من قبل قاعدة الإسناد الوطنية (د. محمد وليد هاشم المصري، نفس المرجع، ص149)، من خلال استعمال سلطته التقديرية ورقابته الفعلية للقانون الأجنبي إذا كان يصطدم فعلا مع الشعور العام في بلاده وهذا في ظل رقابة محكمة النقض.(د. عبد الرحمن جابر جاد، نفس المرجع، ص: 566، 567، د. علي علي سليمان، المرجع السابق، ص150).

2) كيفية إعمال الدفع بالنظام العام في العلاقات الدولية الخاصة

حتى يمكن إعمال الدفع بالنظام العام في العلاقات الدولية الخاصة لابدّ من توافر الشروط التالية:

أن يكون الدفع بالنظام العام ضد القانون الأجنبي الذي أشارت إلى اختصاصه قاعدة الإسناد الوطنية، وعليه لا يمكن استعماله إذا كان القانون الأجنبي يستبعد اختصاصه في حالات أخرى، مثال ذلك حالة عدم وجود صلة بين القانون المختار والمتعاقدين أو بالعقد، (د. علي علي سليمان، المرجع السابق، ص: 152، 153) أو ثبت الاختصاص للقاضي على أساس الإحالة. (د. الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص250)، فهذه الحالات تندرج عادة في إطار الدفع بالمصلحة الوطنية لتطبيق قانون القاضي. يدفع بالنظام العام ضد القانون الأجنبي المختص المخالف في مضمونه مع مقتضيات النظام العام في دولة القاضي بصورة جزئية أو كلية. (راجع بالتفصيل، نفس المرجع، ص251).

يجب أن يدفع بالنظام العام عند رفع الدعوى، لأن الحق قد يكون مخالفا للنظام العام السائد في مجتمع القاضي، ثم يصبح غير ذلك في القانون المعدل للقاضي ساعة تقديم الدعوى، (د. علي علي سليمان، نفس المرجع، ص: 153، 154) وكذلك أن مقتضيات النظام العام تتغير عبر المكان والزمان. (د. الطيب زروتي، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص251).

كما عملت العديد من التشريعات على الدفع بالنظام العام إذا توافرت الصفة الوطنية في أحد أطراف العلاقة، خاصة إذا تعلق الأمر بمسائل الأحوال الشخصية

المرتبطة عادة بالجانب الديني، كما سبق القول، وعليه يتم عادة تطبيق قانون القاضي من خلال وضع قاعدة الإسناد منفردة الجانب، وهذا ما نجده مثلا في القانون المصري المادة14 مدني، والقانون الأردني المادة 15 مدني، (د. محمد عبد العال عكاشة، المرجع السابق، ص:513،514) والقانون الجزائري المادة 13 مدني. (نصت المادة على ما يلي: "يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و12 إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج، إلا فيما يخص أهلية الزواج")، على الرغم من أن المشرع يهدف من خلال قواعد الإسناد إلى تواجد رابطة بين العلاقة محل النزاع والبلد الأجنبي، تلك الرابطة سالفة الذكر التي أكد عليها الفقيه "سافيني" في قاعدة الإسناد.

رابعا- أثر الدفع بالنظام العام ودور قاعدة الإسناد من ذلك:

ينتج عن تطبيق القاضي الوطني الدفع بالنظام العام أثرين هامين هما:

1) أثر الدفع بالنظام العام بشأن نشأة الحق في بلد القاضي

ينجر عن الحق المراد إنشاؤه في دولة القاضي حالتين:

أ- حالة الأثر السلبي للنظام العام (Effet négatif):

ونعني بهذا الأثر استبعاد القانون الأجنبي المختص المعارض للمبادئ الجوهرية لدولة القاضي بشأن إنشاء حق في دولته، وعليه يكون دور القاضي سلبيا باستبعاده للقانون الذي يسمح بأمر ينهى عنه قانونه، وهذه تعد حالة الأثر السلبي للنظام العام، (د. عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص547)، مثال ذلك: إذا رفع فرنسي مسيحي دعوى أمام القضاء الجزائري يطالب بنصيبه من الميراث من قريبه الفرنسي المسلم، فيرفض القاضي دعواه لأنه حق يحظره قانونه.(الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، نفس المرجع، ص253).

إن هذا الأثر السلبي للنظام العام سيؤدي دون شك إلى تعطيل دور قاعدة الإسناد التي منحت الاختصاص للقانون الأجنبي، لذا يجب العمل بهذا الدفع إلا في حدود تستدعي الحماية التشريعية، فيما يخص الجزء المعارض للأسس الجوهرية لدولة القاضي خاصة وأن الدفع بالنظام العام يعد إلا استثناء لا يستوجب التوسع فيه، (د. محمد وليد هاشم المصري، محاولة لرسم معالم النظام العام الدولي العربي...، المرجع السابق، ص: 166، 167) وهذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية عندما استبعدت القانون

الأجنبي المختص الذي يمنع توريث غير المسلم من المسلم وأبقت فيما تعلق بمراتب الورثة وأنصبتهم (نفس المرجع، ص167).

ورغم ذلك أثبت الواقع صعوبة فصل الجزء المخالف للنظام العام عن الأجزاء الأخرى في الحالات التي تكون هذه الأخيرة مرتبطة ببعضها البعض ودليل ذلك قضية "باتينو" (Patino) (نفس المرجع، ص167).

ب- حالة الأثر الإيجابي للنظام العام (Effet positif):

يكون هنا دور القاضي إيجابيا إذا استبعد القانون الأجنبي المخالف لقاعدة النظام العام الآمرة في بلده، ليصبح هو المختص في النزاع (عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص547)، وهذا ما عمل به القانون التونسي والإماراتي (د. محمد وليد هاشم المصري، نفس المرجع، ص169)، وكذلك القانون الجزائري في نص المادة 24 ف 2 (نصت المادة: "يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام والآداب العامة").

وخلافا لهذا الموقف ذهب القضاء الألماني إلى تمسكه باختصاص القانون الأجنبي الذي عينته قاعدة التنازع، وهذا ببحث القاضي عن نص في القانون المختص مكان النص المعارض لنظامه العام، وفي حالة الاستحالة طبق قانونه، (نفس المرج، ص168) وهذا الموقف تعرض للنقد كون القضاء طبق قانونا مخالفا لمضمونه الذي قرره له مشرعه، (د. بلقاسم أعراب، المرجع السابق،ص: 166، 167) وعليه فهو تحريفا ومسخا لهذا القانون. (الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص254). وللإشارة أن في كلتا الأثرين السلبي والإيجابي سيعقد الاختصاص لقانون القاضي.

ويبدو لنا من خلال المادة 24 مدني سابقة الذكر أن المشرع الجزائري نص على الأثرين معا، ورغم اعتباره أن الدفع بالنظام العام يعد قاعدة عامة استثنائية، إلا أن تحريكه في هذا الصدد يكون واسعا، كونه يمنح الاختصاص المباشر لقانون القاضي خاصة إذا ما تعلق الأمر بالأحوال الشخصية التي ينعدم فيها الاشتراك القانوني غالبا بين الدول العربية الإسلامية والدول الغربية المسيحية، ما يجعل النظام العام حجرة عثرة أمام فعالية اعتبار الملائمة لقاعدة الإسناد، ليصبح دفعا أصليا لا استثنائيا نزولا عند الوظيفة الأولى لقاعدة الإسناد ألا وهي حماية السيادة والمصلحة العامة الجزائرية.

وتجنبا لهذا الاستعمال الواسع للنظام العام فيما تعلق بهذه الحقوق، وجب على القاضي أن تكون سلطته التقديرية مبنية على أسس موضوعية وتكون خاضعة لرقابة المحكمة العليا.(د. محمد عبد العال عكاشة، المرجع السابق، ص524).

2) الأثر المخفف بالدفع بالنظام العام بشأن الحق المكتسب في الخارج

تعني فكرة "الأثر المخفف للنظام العام" أو "النفاذ الدولي للحقوق" (Jean – Derrupé, Droit international privé, Dalloz, Paris, 1999, p77) الاحتجاج بآثار الحقوق المكتسبة في الخارج في دولة القاضي إذا كانت لا تؤثر على الشعور العام لدولته كونها نشأت في الخارج، (د. بلقاسم أعراب، المرجع السابق، ص168) وعليه اعترف القضاء الفرنسي بعدة آثار قانونية لأنظمة لا يجيزها النظام العام الفرنسي، حيث مكن الزوجة الثانية من زواج حصل في الخارج من حقها في التعويض أو في الميراث إثر وفاة زوجها. (د. محمد وليد هاشم المصري، محاولة لرسم معالم النظام العام العربي...،المرجع السابق، ص172). إلا أن إمكانية الاحتجاج بالحق المكتسب ونفاذه دوليا يتطلب شروطا لصحته.(راجع هذه الشروط، الطيب زروتي، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص310).

ويبدو أن فكرة الأثر المخفف أو الملطّف للنظام العام تخضع لتقدير القاضي، ودليل ذلك أن القضاء الفرنسي رفض تطبيق هذا الأثر بالنسبة لآثار الزواج الثاني في فرنسا إذا كانت الزوجة الأولى فرنسية أو مقيمة في فرنسا، (أكثر تفصيل، د. محمد وليد هاشم المصري، نفس المرجع، ص173، راجع أيضا Jean Derrupé، المرجع السابق، ص85) طالما هذه الآثار مخالفة للمبادئ الاجتماعية السائدة في فرنسا. (Jacks Mestre, Droit international privé, conditions de fond, 1992, p28).

كما أن تطبيق هذا الأثر الملطّف في التشريعات التي أخذت أحكام الأحوال الشخصية من الشريعة الإسلامية يكون جدُّ محدودا دون تمييز بين مركز قانوني نشأ في الخارج أو الاحتجاج به في دولتها. (د. محمد عبد العال عكاشة، المرجع السابق، ص556) يفهم من هذا أن الدفع بالنظام العام قد يتراجع دوره بأقل فعالية في أثره الملطّف للحقوق المكتسبة في الخارج ومنها الحقوق المتعلقة بالأحوال الشخصية إذا ما نشأت صحيحة ولا تمس بالمبادئ الجوهرية لدولة القاضي –وهذا تقييما لدور آلية التنازع–

وخلاف ذلك يدفع به كليا، أما بالنسبة للحقوق المطالب إنشاؤها في دولة القاضي، فدوره يكون واسعا وبأكثر فعالية على آلية التنازع.

خاتمة

إن كانت الأنظمة القانونية قد فسحت المجال للقانون الأجنبي أن يكون مختصا من خلال قواعد الإسناد في مجال العلاقات الدولية الخاصة، إلا أنها تحفظت في تطبيقه عن طريق الدفع بالنظام العام من طرف القاضي الوطني إذا كان يخالف القيم والمبادئ الجوهرية لدولته، وعليه يعد النظام العام أداة رقابة يستعملها القاضي محافظا على سيادته الوطنية وعدم مخالفة قيمها من طرف القانون المختص، ويكون هذا وفق تقديره ساعة رفع الدعوى أمام القضاء (L'actualité de l'ordre public)

إلا أن على القاضي وهو يستعمل سلطته التقديرية هذه، أن تكون بطريقة جيدة متقنا ترويض الدفع بالنظام العام دون التوسع فيه وتحت رقابة المحكمة العليا أو محكمة النقض وإلا ترتب عنه انتفاء كلّي لاختصاص القانون الأجنبي ليحل محله القانون الوطني، وفي ذلك إهدار أو شلّ لوظيفة آلية التنازع القائمة على اعتبارات الملائمة هذا من جهة، ومن جهة أخرى أن يسعى جاهدا في جعل الدفع بالنظام العام سلاحا احتياطيا لا أصليا إذا كان هناك تعارضا صارخا بين القانون الأجنبي المختص وقانونه، حاميا بذلك سيادته الوطنية التي تعد كذلك أساس قاعدة الإسناد، ومن هنا يكون قد وفق بين النزعة العالمية والوطنية (الملاءمة) التي تهدف لها قاعدة الإسناد.

المراجع

1. د. ممدوح عبد الكريم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005.

2. د. زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنة بالقوانين العربية، تنازع القوانين، ج1، مطبعة الكاهنة، الجزائر، سنة 2000.

3. د. علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، لطلبة الفصلين الدراسيين السابع والثامن، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2000.

4. د. بلمامي (عمر)، دراسات في القانون الدولي الخاص المعاصر، نظرية التكييف (دراسة تحليلية ونقدية)، دار هومة، الجزائر، سنة 2010.

5. د. محمد وليد هاشم المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009.

6. د. أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، الزيتونة للإعلام والنشر، باتنة، (بدون سنة).

7. د. جابر جاد عبد الرحمن، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، 1969.

8. د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، ج2، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، ط9، الهيئة المصرية العامة للكتابة، سنة 1986.

9. د. عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، سنة 2002.

10.د. زروتي الطيب، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري،دار هومة، الجزائر، 2011.

11. د. هشام علي صادق، تنازع القوانين، دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري، ط3، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة 1974.

12. سيوفي نعوم، الحقوق الدولية الخاصة، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، دمشق، 1967.

13. د. محمد وليد هاشم المصري، "محاولة لرسم معالم النظام العام الدولي العربي بمفهوم القانون الدولي الخاص"، مجلة الحقوق للدراسات القانونية والشرعية، علمية محكمة، سنوية، ع4، س27، ديسمبر 2003.

14. القانون رقم 05-10 المؤرخ في يونيو 2005 المعدل للقانون المدني رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975.

1- Paul Lerebourg pigeonnière et Yvon Loussouam, Droit international privé, 8ème éd, Dalloz, 1970.
2- Henri Batiffol et Paul Lagarde, droit international privé, T1, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1974.
3- Jean Derrupé, Droit international privé, Dalloz, 1999.
4- Jackes Mestre, Droit international privé, conditions de fond, 1992.