الأثر المخفف للنظام العام في القانون الدولي الخاص
(دراسة مقارنة)

د / جمال الدين عنان

كلية الحقوق – جامعة محمد بوضياف - المسيلة

الملخص

بموجب قواعد التنازع فسح المشرع المجال لإمكانية تطبيق التشريعات الأجنبية على إقليمه، وذلك عندما يتعلق الأمر بالعلاقات القانونية التي ينشئها الأفراد فيما بين بعضهم البعض، غير أنه يمكن للقاضي الوطني استبعاد تطبيق هذه التشريعات إذا قدر بأنها تتعارض مع فكرة النظام العام في دولته.

إن التطبيق الحرفي لفكرة النظام العام (والمقصود هنا النظام العام في مجال القانون الدولي الخاص)، قد يترتب عليه إصابة هذه العلاقات القانونية بالشلل نتيجة إحجام الأفراد عن إنشائها، لذلك عمد القضاء الفرنسي إلى استحداث فكرة الأثر المخفف للنظام العام، التي سرعان ما تم استحسانها واعتناقها من قبل مختلف الجهات القضائية الأجنبية، والتي تهدف إلى التخفيف من حدة الدفع بالنظام العام، عن طريق الاعتداد إلى حد كبير بآثار الحقوق والمراكز القانونية المنشأة بالخارج وليس بدولة القاضي الوطني.

الكلمات المفتاحية: الأثر المخفف، النظام العام، القانون الدولي الخاص

Résumé

En fonction des règles de conflit de loi, le législateur a ouvert le champ à la possibilité d'appliquer les législations étrangère sur son territoire, notamment lorsqu'il s'agit de relations légales créées par les individus eux mêmes. Cependant, le juge national peut ne pas recourir à l'application des ces législations lorsqu'il estime qu'elles sont en contradiction avec l'ordre public dans son Etat.

L'application à la lettre du concept d'ordre public (Il s'agit ici de l'ordre public en droit international privé) peut causer une paralysie des relations légales créées entre individus.
C'est pour cela que la jurisprudence Française, notamment a procédé à la création de l'idée de l'effet atténué de l'ordre public, qui vise d'atténuer un tant soit peu de la sévérité de l'ordre public, juste pour prendre en considération les effets des droits et des statuts juridiques crées à l'étranger, et non pas au territoire de l'Etat du juge national.
Mots clés: ordre public, droit international privé.

مقدمة:

بموجب قواعد التنازع فسح كل من المشرع الوطني والأجنبي المجال لامتداد القوانين الأجنبية، بمعنى إمكانية تطبيق هذه القوانين على إقليمه، وذلك حتى لا تصاب العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي التي ينشئها الأفراد بالشلل، مشترطا فقط عدم تعارضها مع نظامه العام الذي يعتبر نقطة تفتيش أو صمام أمان، الغرض منه استبعاد تطبيق قواعد قانونية أجنبية تتعارض مع الأسس العامة التي يقوم عليها المجتمع.

فالمشرع الوطني وإن سمح بتطبيق قانون أجنبي على إقليمه فإنه لا يقبل بتطبيق قانون يتعارض كلية مع نظامه العام، هذا القيد تضمنته المادة 1/24 من القانون المدني الجزائري بنصها على:[1]" لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر، أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون".[2]

وإذا كان النظام العام قد حظي بتعريفات عديدة ومختلفة، إلا أن المتفق عليه أنه يمثل مجموع الأسس السياسية والاقتصادية والثقافية والدينية التي يقوم عليها مجتمع معين في زمن معين، بل أن مضمونه يختلف في المجتمع الواحد من زمن إلى آخر. الأمر الذي جعل الأستاذ محند إسعد يقول بأنه إذا كنا نجهل محتوى النظام العام فإننا نعرف ما يرمي إليه.

ومن هذا المنطلق فإن ما يرمي إليه النظام العام يختلف باختلاف مفهومه، وعليه ستقتصر دراستنا هذه حول النظام العام في القانون الدولي الخاص الذي وإن اتحد في مفهومه مع النظام العام الداخلي، إلا أن الاختلاف حاصل حول وظيفة كل منهما، فهذا الأخير (أي النظام العام الداخلي) يتدخل طبقا للمواد 96-97 من القانون المدني لأجل إبطال التصرفات التي يبرمها الأفراد داخل إقليم الدولة والخالية من العنصر الأجنبي، والتي يكون موضوعها أو سببها مخالفا للأسس التي يقوم عليها النظام الوطني، ومن المتصور أن يبدي القاضي هذا الدفع من تلقاء نفسه، كما يسوغ ذلك للنيابة العامة في القضايا التي تكون طرفا فيها ولو تعلقت بقضايا شخصية.

أما الثاني (أي النظام العام في القانون الدولي الخاص) فيتدخل لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي، الذي أشارت بتطبيقه قواعد التنازع الداخلية لحكم العلاقة القانونية المشتملة على عنصر أجنبي (سواء تعلق الأمر بأطرافه أو موضوعه أو سببه).

لكن عمليا من المتصور أحيانا أن يصطدم القاضي الوطني ببعض الحقوق والمراكز القانونية المنشأة والمكتسبة بالخارج اكتسابا سليما، والتي يريد أصحابها التمسك بآثارها في بلد القاضي رغم تعارضها مع النظام العام في دولته، كأن يتمسك مثلا شخص بطلاق وقعه بالخارج لأجل إعادة الزواج في بلد يحرم قانونه الداخلي الطلاق، فهل يعترف القاضي الوطني بهذا الطلاق أم يرفضه بحجة أن ذلك يتعارض مع النظام العام في دولته؟

لا شك أن اعتماد الموقف الثاني أي عدم الاعتراف بواقعة الطلاق الموقعة بالخارج، أو عدم السماح بتنفيذ حكمه على إقليم دولة القاضي، سيجعل من هذا الشخص ذا حالة شخصية مزدوجة، فهو مطلق عند دولته ومتزوج في نظر دولة أخرى، واعتباره كذلك سيؤدي إلى إهدار نظرية الحقوق أو المراكز القانونية المكتسبة بالخارج وإفراغها من محتواها ، وبالتالي تعطيل نفاذها الدولي.

إزاء هذا الوضع اتجهت التطبيقات القضائية خاصة الفرنسية إلى تخفيف وتقليص المفعول الكلي والمطلق لفكرة النظام العام، والقول بأنه يمكن الاحتجاج بآثار حقوق أو مراكز قانونية أنشئت صحيحة بالخارج على الإقليم الفرنسي، شريطة توفر شروط معينة حتى يتم ذلك.

لذلك فإن الدفع بالنظام العام بالنسبة لإنشاء الحقوق في دولة القاضي يختلف عن الاحتجاج بترتيب آثار قانونية لحقوق أو مراكز قانونية نشأت بالخارج، فإذا كان الدفع به (أي النظام العام) يعمل بقوة في الحالة الأولى، فإنه يتراجع كثيرا أو قليلا أمام الحق المكتسب والعلاقات المستقرة، رغم الاختلاف الذي يلاحظه القاضي بين القانون الأجنبي المختص وقانونه.

هذا الوضع كان وراء خلق فكرة النظام العام المخفف، أو الأثر المخفف أو الملطف للنظام العام، وهي اجتهاد قضائي وافقه الفقه وحاول التوسيع من مجاله، الهدف منه السماح وفي أحوال معينة بتطبيق القانون الأجنبي رغم مخالفته لمقتضيات النظام العام في دولة القاضي.

من خلال التقديم السابق ستتمحور دراستنا هذه حول فكرة الأثر المخفف Leffet atténué de l’ordre public كاستثناء لإعمال الدفع بالنظام العام في مجال القانون الدولي الخاص، و هو ما يجعلنا نطرح التساؤل الآتي: ما هو مفهوم فكرة الأثر المخفف للنظام العام، وإلى أي مدى يتحدد نطاق العمل به في دولة القاضي؟

إجابة عن ذلك ارتأينا التطرق إلى عدة نقاط أولها هو ضرورة التمييز بين إنشاء الحقوق في دولة القاضي والاحتجاج بآثارها أمامه، ودور النظام العام والقاضي في كليهما، مستعرضين مفهوم فكرة الأثر المخفف للنظام العام والأسس التي تقوم عليها والتبريرات المقدمة بشأنها للعمل بها، لنتعرض في الأخير إلى نطاق أو مجال العمل به مدعمين ذلك بمختلف الاجتهادات والقرارات القضائية الوطنية والأجنبية القائلة به أو الرافضة له.

أولا : التمييز بين إنشاء الحقوق والاحتجاج بآثارها[3]

حول مفهوم الأثر المخفف للنظام العام يتفق الفقه والقضاء على وجوب التمييز عند إعمال الدفع بالنظام العام في مجال تنازع القوانين بين حالتين لاختلاف أثر الدفع به في كليهما:[4]

الحالة الأولى: وهي الحالة التي يراد فيها تكوين مركز قانوني في دولة القاضي **La création du droit**

الحالة الثانية: وهي التي يراد فيها ترتيب أو الاحتجاج داخل دولة القاضي بآثار ناتجة عن مركز قانوني نشأ بالخارج **L'effet du droit**.

ففي مرحلة الإنشاء يتمحور دور القاضي في البحث عما إذا كان هذا الإنشاء يتعارض أم لا يتعارض مع مقتضيات النظام العام في دولته، وهنا يتصدى النظام العام لعدم إنشائها أصلا لتعارضها مع مقتضياته.[5] هذا التعارض بين القانون الأجنبي والنظام العام في بلد القاضي في مرحلة الإنشاء مبناه أن الإجراءات أو الظروف الواجب توافرها هي التي تتعارض مع النظام العام.[6]

فالقاضي الفرنسي لا يسمح بإنشاء علاقة لا يبيحها القانون الفرنسي كالزواج بأكثر من واحدة نظرا لما يؤدي إليه ذلك من مساس واضح بالأسس التي يقوم عليها نظام الأسرة في فرنسا، وقبل سنة 1884 وهي السنة التي أباح فيها المشرع الفرنسي توقيع الطلاق فقد كان يحظر توقيعه ولو من قبل الأجانب الذين يبيحه قانونهم الشخصي، أو لأسباب غير منصوص عليها في القانون الفرنسي.

أما الحالة الثانية وهي التي يراد فيها التمسك بآثار حق مكتسب أو مركز قانوني نشأ خارج إقليم دولة القاضي نشأة صحيحة واستنفذ جميع مراحل تكوينه، ففي هذه الحالة لا يكون للدفع بالنظام العام نفس الأثر نحو هذا الحق الذي ليس من شأنه المساس به في جميع الأحوال، بل أن نظرة القاضي تختلف إليه، حيث ينحصر دوره فقط في البحث فليما إذا كان نفاذ هذا الحق أو التمسك بآثاره، يتعارض مع

اعتبارات النظام العام في دولته أم لا، أي أن المطلوب هو مجرد التسامح بعض الشيء في الاعتراف بهذا المركز القانوني.

وإذا حدث هذا التعارض فيكون دور النظام العام هو التصدي بعدم الاعتراف بآثاره وعدم السماح بسريانها في بلد القاضي، ومن أمثلة ذلك الاعتراف بصحة الزواج الديني المبرم في الخارج والاعتداد بكافة آثاره القانونية في فرنسا رغم أن نظام الزواج فيها مدني، وكذلك الاعتراف بآثار تعدد الزوجات الإسلامي **la polygamie** كحق النفقة والإرث وقسمة المنح العائلية بين الزوجين نتيجة حوادث العمل،[7] مع أن نظام تعدد الزوجات محظور في الدول الغربية، لكن بالمقابل يمنع على الزوج إجبار زوجته الثانية على الإقامة مع زوجته الأولى، لما في ذلك من تعارض مع مقتضيات النظام العام الفرنسي حتى ولو كان قانونه الشخصي يجيزه.[8]

وقد أجازت محكمة النقض الفرنسية الاعتراف بالطلاق الموقع بالخارج قبل إباحته سنة 1884 وذلك بموجب قرار لها صادر بتاريخ 28 فيفري 1860 في قضية **Bulkley** [9] وهي المرة الأولى التي يكرس فيها القضاء الفرنسي فكرة الأثر المخفف للنظام العام، معتبرا أن الأجنبي المطلق بالخارج بإمكانه إعادة الزواج في فرنسا دون الحاجة إلى تنفيذ حكم الطلاق، وكان تبرير هذا القرار هو ضمان استقرار العلاقات الاجتماعية على الصعيد الدولي وتوحيد الحالة الشخصية للفرد لتفادي اعتباره مطلقا بموجب قانون دولة ومتزوجا بموجب قانون دولة أخرى.[10]

وإلى وقت قريب لم تكن فرنسا تعترف بأحكام الطلاق الموقعة بالخارج بإرادة الزوج la répudiation unilatéral، فمنح الصيغة التنفيذية لهذا النوع من الأحكام على التراب الفرنسي يتعارض مع مقتضيات النظام العام، المؤسسة على مبدأ المساواة بين الزوجين المنصوص عليه في المادة الخامسة من البروتوكول الإضافي السابع الصادر بتاريخ 22 نوفمبر 1984 للاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، التي تضمن المساواة بين الزوجين في الحقوق والواجبات عند فك الرابطة

الزوجية،[11] وهو الموقف الذي سارت عليه محكمة النقض إلى غاية 3 جويلية 2001 عندما أصدرت قرارا لوحظ فيه نوع من الليونة حيث جاء فيه: "إن مضمون النظام العام الفرنسي لا يتعارض عند الاعتراف بفرنسا بطلاق تم بالخارج بإرادة الزوج المنفردة، إذا كان اختصاص الجهة القضائية الأجنبية التي حكمت بالطلاق لم ينعقد بطريق الغش حيث تم تمكين كل طرف من إبداء طلباته و دفوعه، كما تم الحكم للزوجة بامتيازات مالية معتبرة".[12]

ويعتبر القرار الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 17 أفريل 1953 في قضية **Rivière** المرجع الذي يعتمد عليه لبيان قبول القضاء الأخذ بفكرة الأثر المخفف للنظام العام حيث قرر أنه:

"La réaction à l'encontre d'une disposition contraire à l'ordre public n'est pas la même suivant qu'elle met obstacle à l'acquisition d'un droit en France ou suivant qu'il s'agit de laisser se produire en France les effets d'un droit acquis, sans fraude, à l'étranger et en conformité de la loi ayant compétence en vertu du droit international privé Français".[13]

ثانيا :تبرير فكرة الأثر المخفف وشروطها

تبريرا لفكرة الأثر المخفف للنظام العام، يقول أنصار نظرية الحقوق المكتسبة بأنه عند إعمال الدفع بالنظام العام، يجب التمييز بين مسألة اكتساب الحقوق ومسألة الاحترام الدولي للحقوق المكتسبة، أي بين إنشاء الحق ونفاذه دوليا. فإذا نشأ الحق في الخارج وأريد التمسك بآثاره في بلد القاضي فإن نفاذه دوليا أي الاعتراف بآثاره لا يعد متعارضا مع النظام العام لأن شروط وإجراءات اكتساب هذا الحق قد تمت في الخارج.[14]

لكننا نعتقد بأنه وإن كان الأمر كذلك فالتسليم بالحق المكتسب بالخارج لا يكون بصفة تامة وآلية، لأنه من المتصور وجود بعض الحقوق التي تبلغ درجة من الشذوذ حيث يتعارض التمسك بها تعارضا صارخا مع أسس المجتمع المتمدن الذي سوف يحتج بآثاره على إقليمه، كتمسك شخص بآثار ملكية رقيق مثلا.[15]

ويرى البعض بأن الدفع بالنظام العام في الحالتين لا يكون له نفس السبب لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص بموجب قواعد التنازع في دولة القاضي، فأسباب التعارض في مرحلة الإنشاء مبناها أن الظروف والإجراءات الواجب توافرها لإنشاء هذا الحق هي التي تتعارض مع النظام العام.

فإذا ما تمت هذه الإجراءات وتوافرت هذه الظروف في الخارج ونشأ الحق هناك، وأريد التمسك به أو الاحتجاج بآثاره في بلد القاضي، فإن هذا الوضع لا يدعو إلى إعمال هذا الدفع من طرف القاضي الوطني تجاهه،[16] إذ باستطاعته قبول حق أو وضع قانوني نشأ بالخارج كون آثاره لا تتعارض مع اعتبارات النظام العام السائد في دولته، تأسيسا على أن الحق المكتسب في الخارج يعد واقعة من الصعب إنكارها أو تجاهلها، استنادا إلى مقتضيات النظام العام،[17] كما أن درجة تأثر شعور الرأي العامL'opinion public إزاء هذه الآثار ليست بنفس القدر فيما لو تم إنشاء هذا المركز القانوني في بلد القاضي .[18]

وقد سبق لمحكمة روان Rouen أن قضت في حكمها الصادر بتاريخ 20 مارس 1968 بجواز التمسك بحق اكتسب طبقا للقانون الأجنبي ما دام لا يتعارض مع النظام العام الفرنسي، وهو المبدأ الذي كرسته محكمة النقض، حين قررت وجوب التفرقة بين الحق الذي يراد إنشاؤه بدولة القاضي والتمسك بآثار حق نشأ بالخارج، حيث أكدت صراحة ضرورة الأخذ بالتفرقة السابقة على أساس أن الدفع بالنظام العام كأداة لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي الواجب التطبيق يختلف في كلا الفرضين.

ولا يفوتنا هنا الإشارة إلى حكم محكمة السين الفرنسية، التي قضت بتاريخ 22 أكتوبر1956 بالأمر بتنفيذ حكم أجنبي يقضي بالتطليق بناء على تراضي الزوجين، وفقا لما يقضي به قانون جنسية الزوج، ولو أن التطليق على هذا النحو كان غير جائز في فرنسا.[19]

وإجمالا لما قيل نعتقد بأنه لإعمال فكرة الأثر المخفف لنظام العام يتعين توافر الشروط التالية:

1- أن يكون المراد هو الاحتجاج في دولة القاضي بآثار حق أو مركز قانوني اكتسب بالخارج واستكمل جميع مراحل تكوينه وليس إنشاؤه.

2-عدم نشوء حق مضاد في دولة القاضي .

3- أن يكون هذا الحق قد اكتسب بطريقة صحيحة وسليمة وليس بطريق الغش نحو القانون.

4- أن لا يكون من شأن نفاذه و الاحتجاج بآثاره المساس بصورة واضحة جلية بمقتضيات النظام العام في دولة القاضي.

5- أن يكون هذا الحق معروفا في النظام القانوني في هذه الدولة، إذ أنه لا يمكن التمسك بحق في دولة يجهل نظامها القانوني مثله، كالتمسك في الجزائر أو فرنسا بحق رهن حيازي على منقول دون انتقال الحيازة إلى الدائن رغم أن هذا النظام معروف في الدول الأنجلوسكسونية،[20] أو إجازة التصرف المجرد من السبب، أو الانفصال الجسماني قبل إقراره في التعديل الأخير للقانون المدني.[21]

ثالثا: نطاق تطبيق الآثار المخففة للنظام العام

من أهم مميزات الأثر المخفف للنظام العام أنه ليس ذا طابع عام يتعين على القاضي اتباعه كلما عرضت عليه مسألة من هذا النوع، فقبول الاحتجاج بآثار حقوق مكتسبة لا يتم اعتماده بصورة آلية كلما تكون المركز القانوني بالخارج، واستبعاد الدفع بالنظام العام بصفة مطلقة والتسليم بها كما هي.[22] فالأثر المخفف وإن كان يحد من صرامة الدفع بالنظام العام، فاسحا المجال للقانون الأجنبي بالامتداد إلى بلد القاضي والإقرار بالحقوق المكتسبة، أخذا بعين الاعتبار استقرار المراكز القانونية والمعاملات الدولية، لكنه يستعيد دوره مجددا للتصدي بشدة

للحقوق المكتسبة بالخارج إذا تبين بأن نفاذها يتعارض كلية مع أسس النظام العام في بلد القاضي.

ومع غياب معيار ثابت للتمييز بين حالات الأثر المخفف وسواها من الأحوال، تمنح سلطة تقديرية واسعة للقاضي لتقدير مقتضيات النظام العام، فهو يقدر على ضوء دراسة كل حالة على حدة مدى تعارض الاعتراف بهذا المركز مع المبادئ الرئيسية في دولته، من خلال الموازنة بين الآثار الناتجة عن التمسك بمركز أو علاقة قانونية نشأت بالخارج، ومدى تأثر الرأي العام بها وتقبله لها.[23]

فإذا لاحظ أن الرأي العام لا يصطدم بهذه الآثار اعترف به على أساس أنها بعيدة عن مجتمعه ولا تمس مبادئه الأساسية، وإذا رأى أن هذه الآثار من شأنها الإضرار بالسياسة التشريعية والأسس الجوهرية التي يقوم عليها مجتمعه كأن تخدش شعور الرأي العام، تعين عليه عدم الاعتراف بها ورفض التمسك بآثارها على دولته.

و عليه فالجزاء المترتب ليس إبطال هذه العلاقة القانونية، وإنما عدم نفاذها وسريانها inopposabilité ورفض التمسك بآثارها،[24] وقد جرت الكثير من التطبيقات القضائية على رفض الاعتراف بالحقوق المكتسبة بالخارج إذا كانت متعارضة كلية مع أسس النظام العام فيها، ومن ذلك القرار الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 5 مارس 1928، الذي قضى بأنه لا يجوز الاحتجاج في فرنسا بحق الملكية على منقول ولو أنه اكتسب بالخارج وفقا لقانون الموقع، الذي يجيز نزع الملكية expropriation دون تعويض عنه، وأبرز مثال على ذلك ما حينما أقدمت روسيا السوفيتية على تأميم nationalisation الأساطيل التجارية، إذ لجأ أحد الأساطيل إلى ميناء مرسيليا بفرنسا واسمه La ropit، وعندما طالبت روسيا بملكية بواخر هذا الأسطول استنادا إلى حقها المكتسب عليها وفقا للقانون السوفيتي (قانون الموقع السابق) رفض القضاء الفرنسي دعواها استنادا إلى أن : تأميم هذه البواخر حصل بطريق نزع الملكية بطريق غير عادي وغير عادل،

فالحكومة السوفيتية لم تعوض المالكين وهذا يتجافى مع مبدأ احترام الملكية، وهو ما لا يمكن الاعتراف به في فرنسا لتعارضه مع مقتضيات النظام العام الفرنسي.
وهو المبدأ ذاته الذي تم إقراره في قرار لها صادر بتاريخ 14 مارس 1939، حينما قضت ومراعاة للنظام العام في فرنسا لصالح طالبي منقولات نقلت من إسبانيا إلى فرنسا بعد أن استولت عليها السلطات الإسبانية دون تعويض،[25] حيث اعتبرت بأن نقل المنقولات إلى التراب الفرنسي يجعل من القضية ذات طابع وطني بحت و خاضعة للسيادة التشريعية الكاملة للدولة.[26]
غير أن انتشار حركة التأميمات بعد الحرب العالمية الثانية مع ما سببه الالتجاء إليه من مشاكل اقتصادية وسياسية في مختلف الدول باختلاف نظمها السياسية والاقتصادية، جعل الفقه يقول بعدم استلزام أداء التعويض الكامل للاعتراف بهذه الآثار وإنما يكفي تقديم بالتعويض العادلequitable أو المناسب convenable أو الجدي sérieux، بل لم يستلزم أن يكون التعويض حالا أي يؤدى مقدما préalable، فيصح أن يكون أداؤه مؤجلا إذا كان مصحوبا بضمانات جدية.[27]
وعليه انتقد حكم محكمة النقض الفرنسية القاضي بعدم اعترافه بالتأميم الذي أجرته الحكومة الجزائرية على إحدى الشركات الفرنسية، على أساس أن القاضي لا يحق له النظر والبت في شرعية القرارات السياسية الأجنبية، وإنما كل ما له هو رفض آثار هذا التأميم في فرنسا.[28]
وعلى مستوى القضاء الجزائري فقد سبق للمحكمة العليا أن رفضت التمسك بآثار حقوق اكتسبت بالخارج لتعارضها مع مقتضيات النظام العام في الجزائر وذلك في قرارها الصادر بتاريخ 1984/06/23،[29] حينما نقضت بصفة جزئية القرار الصادر عن مجلس قضاء تيزي وزو بتاريخ 1982/04/19 والذي وافق حكم محكمة الدرجة الأولى التي منحت الصيغة التنفيذية لحكم فرنسي منح تعويضات للمدعى عليها، من غير تمييز بين التعويض المستحق عن أصل الحق المطالب

به طبقا لاتفاق الطرفين، ومبلغ الفائدة المتفق عليها المقدرة باثني عشرة بالمائة، والتي حكمها الجواز في القانون الأجنبي والحظر في القانون الجزائري بنص المادة 454 مدني التي تمنع تقاضي فوائد ربوية بين الأشخاص الطبيعية.

لذا عمدت المحكمة العليا إلى نقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يخص الحق المدعى اكتسابه طبقا للحكم الأجنبي، المتضمن مبلغ الفائدة وحده، تأسيسا على أن الحكم الأجنبي المراد تنفيذه في الجزائر بهذا الشكل مخالف للنظام العام الجزائري في هذه المسألة.(30)

وفي قرار آخر نقضت المحكمة العليا بتاريخ 1990/10/17 القرار الصادر عن مجلس قضاء بجاية، حول وصية كان قد حررها زوج مسلم إلى زوجته المسلمة سنة 1952 موصيا لها بكامل تركته معلنا في وصيته اختياره تطبيق القانون الفرنسي محل أحكام الشريعة الإسلامية المطبقة على الجزائريين آنذاك في أحوالهم الشخصية، مؤسسة قرارها الذي أبطل هذه الوصية على مخالفته أحكام المادة 189 من قانون الأسرة التي تقضي ببطلان الوصية لوارث.

ونحن بصدد إعداد هذا البحث لاحظنا عدم استقرار قرارات محكمة النقض الفرنسية، خاصة المتعلقة منها بمسألة تنفيذ أحكام الطلاق الموقع بإرادة الزوج بالخارج، وكذا آثار تعدد الزوجات، ما يجعلنا نفهم بأن الدفع بالنظام العام إزاء الحقوق المكتسبة بالخارج والمراد الاحتجاج بآثارها على التراب الفرنسي يتغير بتغير الظروف والأحوال .

ففيما يخص التمسك بآثار تعدد الزوجات وتأسيسا على الاتفاقية الجزائرية الفرنسية الخاصة بالضمان الاجتماعي التي تنص على استفادة العمال الجزائريين والفرنسيين على حد سواء في الجزائر وفرنسا من الضمان الاجتماعي، وباعتبار أن النظام العام الفرنسي لا يعترض على تعدد الزوجات شريطة أن يرخص به قانون الأحوال الشخصية للزوجين وإشهاره في الخارج، قضت محكمة النقض

الفرنسية بمنح الزوج منحة التأمين المرضي لزوجته الثانية، الطلب الذي رفضه صندوق التأمين الفرنسي بحجة سبق تقديم نفس الطلب لزوجته الأولى.

لكن بالمقابل رفضت محكمة النقض دعوى الزوجة الثانية التي تطلب فيها المنح المرضية الخاصة بالولادة من صندوق الضمان الاجتماعي، بحجة أن القانون الفرنسي لا يعترف بنظام تعدد الزوجات بل يعتبره مخالفا للنظام العام، هذا التناقض جعل بعض الفقه يقدم اقتراحا مفاده إمكانية الاعتراف بآثار تعدد الزوجات بإعطاء تعويض وحيد مهما كان نوعه للزوج وما عليه سوى قسمته بالتساوي بين أزواجه، وبهذه الطريقة يمكن لصندوق الضمان الاجتماعي المحافظة على توازناته المالية.[31]

أما مسألة الاعتراف بتنفيذ أحكام الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج الموقعة بالخارج فقد تباين موقفها بين الرفض والقبول، ففي المرحلة السابقة واللاحقة مباشرة على صدور قانون 11 جويلية 1975 اعتبرت أحكام فك الرابطة الزوجية بتراضي الزوجين طلاقا، وما لبث أن توسع هذا المفهوم ليشمل أحكام الطلاق الموقعة بالخارج التي ينعدم فيها رضا الزوجة، شريطة تمكين هذه الأخيرة من جميع حقوقها خاصة ما يتعلق بحقها في إبداء دفوعها وطلباتها أثناء سريان الدعوى.

بعد ذلك و استنادا إلى الاتفاقيات الثنائية المبرمة بين فرنسا وعديد الدول والمادة الخامسة من البروتوكول السابع الإضافي للاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية، تميز موقف القضاء الفرنسي بنوع من الصرامة، فاتجه بموجب القرار الصادر بتاريخ 11 مارس 1997 إلى تشديد رقابته على تنفيذ أحكام الطلاق الأجنبية خصوصا ما يتعلق بالغش في اختيار الجهة القضائية وضمان حقوق الدفاع وتقرير امتيازات مالية هامة للزوجة، مع اشتراط عدم تعارض التنفيذ مع مقتضيات النظام العام.

وظل الوضع على حاله إلى غاية 3 جويلية 2001 حيث صدر قرار عن محكمة النقض لوحظ عليه بعض الليونة وعدم الإشارة إلى البروتوكول السابق، مانحا الصيغة التنفيذية لحكم طلاق صدر بالجزائر على أساس المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري، ومما جاء في قرار محكمة النقض:

"La conception Française de l'ordre public international ne s'oppose pas à la reconnaissance en France d'un divorce étranger par répudiation unilatéral par le mari dés lors que le choix du tribunal par celui-ci na pas été frauduleux, que la répudiation a ouvert une procédure en faveur de laquelle chaque partie a fait valoir ses prétentions et défenses et que le jugement Algérien ,passé en force de chose jugée et susceptible d'exécution ,a garanti les avantages financiers à l'épouse en condamnant le mari à lui payer des dommages- intérêts pour divorce abusif ,une pension de retraite légale et une pension alimentaire d'abandon".

لكن وبتاريخ 17 فيفري 2004 صدرت خمس قرارات اثنان منها خاصين بتنفيذ أحكام طلاق صادرة بالجزائر، استندت فيها مجددا على المادة 5 من البروتوكول السالف الذكر وكذا المادة الأولى من الاتفاقية الجزائرية الفرنسية التي تحدد مفهوم النظام العام الدولي، رفضت من خلالها تنفيذ أحكام الطلاق الأجنبية ما لم تتوافر في الحكم أربعة شروط كانت مرجعيتها قراري **Muntzer** و**Bachir** الصادرين سنتي (1964-1967) ويتعين على القاضي وجوبا التأكد من تواجدها وهي:

- اختصاص الجهة القضائية الأجنبية التي أصدرت الحكم.
- تطبيق القانون المختص حسب قواعد التنازع الأجنبية.
- عدم تعارض الحكم مع مقتضيات النظام العام الدولي (على مستوى الشكل والموضوع)
- عدم وجود أي غش نحو القانون.[32]

الخاتمة:

إجمالا لما قيل نستخلص أن فكرة الأثر المخفف للنظام العام هي نظرية من وضع محكمة النقض الفرنسية، التي أسست لها من خلال تطبيقاتها على مختلف

القضايا المعروضة عليها، هذا ما يجعلنا نشير إلى الدور الذي تلعبه على غرار باقي محاكم النقض في العالم كهيئات قضائية مقومة لأعمال الجهات القضائية الأدنى درجة، تسعى إلى بيان التطبيق السليم للقانون وتوحيد الاجتهاد القضائي، لتفادي صدور أحكام قضائية متناقضة سواء من جهات قضائية من نفس الدرجة أو من درجات مختلفة، وهو المبدأ الذي كرسه المشرع الدستوري الجزائري بموجب المادة 3/171 من دستور 2016 التي تنص على:" تضمن المحكمة العليا ومجلس الدولة توحيد الاجتهاد القضائي في جميع أنحاء البلاد ويسهران على احترام القانون". (33)

وفي تبريرها لفكرة الأثر المخفف للنظام العام ميزت محكمة النقض الفرنسية بين فرضين اثنينهما: إنشاء الحق في بلد القاضي، والاحتجاج بآثاره بعد اكتسابه بالخارج بدون غش وموافقته للنظام العام بمقتضى القانون الدولي الخاص الفرنسي، حيث اعتبرت بأن رد الفعل في مواجهتهما ليس واحدا.

فالنظام العام يعتبر بمثابة صمام أمان للمجتمع يستبعد بإعماله القانون الواجب التطبيق المشار إليه بموجب قواعد التنازع الوطنية المخالف لمقتضياته، لكن اعتبارات الحياة العملية واحتراما للحقوق المكتسبة بالخارج ونفاذها دوليا، جعل محكمة النقض تتدخل للتخفيف من حدته، على اعتبار أن درجة تأثر الشعور العام تكون أقل في حالة التمسك بآثار حق اكتسب بالخارج، ما لم يكن هذا الحق قد بلغ درجة من الشذوذ تجعل القاضي يدفع بالنظام العام لمواجهة الاحتجاج بآثاره.

وعليه لا تخرج نظرية الأثر المخفف للعمل بها أو استبعادها عن فروض أربعة قمنا بإيجازها على النحو الآتي:

- وجود حالات يتعارض فيها النظام العام بالمعنى الدولي مع وجود الحق في كافة مظاهره، سواء أريد إنشاؤه في دولة القاضي أو في الخارج، ولم يكن المطلوب سوى الاحتجاج ببعض آثاره داخل هذه الدولة (قضية التأميمات).

- حالات يتعارض فيها النظام العام بالمعنى الدولي مع إنشاء الحق في دولة القاضي، فلو نشأ بالخارج أمكن الاعتراف به والاحتجاج بآثاره.(الزواج المتعدد).

- حالات ذهب فيها القضاء الفرنسي إلى رفض الاعتراف بالحق المكتسب بالخارج بحجة تعارضه مع النظام العام، متى أشارت قواعد التنازع باختصاص القانون الفرنسي، أو كانت المنازعة على صلة بالإقليم الفرنسي. (إقامة الزوجة المطلقة على الإقليم الفرنسي، رفض تعويضات التأمين الاجتماعي للزوجة الثانية بحجة سبق تقديم ذلك للزوجة الأولى).

- حالات يحول فيها النظام العام دون الاعتراف ببعض (وليس كل) آثار حق تم إنشاؤه بالخارج (عدم إمكان إقدام الزوج على إجبار زوجته الثانية على الإقامة مع زوجته الأولى المتواجدة على التراب الفرنسي).

ولا يفوتنا في هذا المقام الإشارة إلى فرضية إمكانية اكتساب حق بالخارج بطريق الغش، وذلك بتغيير ضابط الإسناد للإفلات من الخضوع لأحكام القانون الذي كان من المفترض أن يكون مختصا بحكم المسألة، فأي دفع سيقدم لاستبعاد هذا القانون، أهو تعارضه مع مقتضيات النظام العام أم الغش نحو القانون ؟

برجوعنا إلى نص المادة 1/24 مدني جزائري في صياغتها الحالية والتي رتبت الدفع بالنظام العام قبل الغش نحو القانون فالمفترض هو لجوء القاضي إلى إعمال الدفع بالنظام العام، فإذا وجد عدم تعارض القانون الأجنبي يتحرى على مدى توافر أركان الغش للدفع به.

غير أننا نرى بأنه يتعين على القاضي وعملا بقاعدة (الغش يفسد كل شيء) أن يلجأ إلى البحث عن إمكانية الدفع بالغش من خلال التحقق من توافر أركانه، فإذا لم يتوصل إلى ذلك رجع إلى الدفع بالنظام العام كدفع استثنائي، للحيلولة دون التمسك بآثار هدا الحق.

وفي الأخير فإن فكرة الأثر المخفف وإن كانت سببا لعدم إعمال الدفع بالنظام العام، فلا ينبغي التوسع في مضمونها، لأن في هذا إفراغ لفكرة النظام العام من محتواها فيتحول بذلك الاستثناء إلى قاعدة.

الهوامش:

1- الصياغة الحالية لهذه المادة استحدثت بموجب القانون 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005 المعدل والمتمم للقانون المدني، الجريدة الرسمية لسنة 2005 العدد 44، ووجه الاختلاف قبل تعديلها يكمن في إضافة عيب الغش نحو القانون كسبب لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي.

2- وتقابلها المادة 6 مدني فرنسي والمادة 28 مدني مصري.

3- ينتقد الأستاذ فرانس كاكيس Francekakis اصطلاح التمييز بين إنشاء الحقوق وآثارها كونها تسمية معيبة، ذلك أنه يصعب الفصل بين الحق وآثاره كالأبوة التي تفرض على الشخص الإنفاق على عائلته. هنا لا يمكن الفصل بين الأبوة كحق وآثارها فهي نفسها أي الحق وآثاره معا. أنظر: بلمامي عمر، الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر 1988، ص: 197 الهامش الأول.

4- محند إسعد، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، قواعد التنازل، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1989، ص: 253. وكذلك:

Yvon Loussouarn-Pierre Bourel, Droit international privé, Dalloz 1976, p: 355, No: 259.

ويفسر هذا الفقيه فكرة استبعاد القوانين الأجنبية بكونها مخالفة للمبادئ العامة للقانون في الأمم المتمدينة أو عند انقسام الرأي العام حولها أو لضمان احترام سياسة تشريعية معينة.

5- الطيب زروتي: القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، الجزء الأول تنازع القوانين، مطبعة الكاهنة، الجزائر 2002، ص: 256، أشرف وفا محمد، المبادئ العامة لتنازع القوانين في القانون المقارن، الطبعة الأولى، شركة ناس للطباعة، القاهرة 2004، ص: 190.

6- عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الطبعة التاسعة، الجزء الثاني، الهيئة المصرية العامة للكتاب، جمهورية مصر 1986، ص 552.

7- الطيب زروتي، المرجع السابق، ص 257، وكذلك :

Edwige Rude-Antoine Dans le dédale des lois nationales, Le monde diplomatique, Novembre 2005 page : 30

8- François Mélin, Droit international privé, édition Casbah Alger 2004, p 134

9- Bertrand Ancel et Yves Lequette, Les grands arrêts de la jurisprudence Française de droit international privé, Dalloz 2001 4 ème éd, arrêt no : 4.

10- François Mélin, op cit, P67.

11- تنص المادة الخامسة من البروتوكول الإضافي للاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان على أن:

"Les époux jouissent de l'égalité de droits et de responsabilités de caractère civil entre eux et dans leurs relations avec leurs enfants au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution.

Le présent article n'empêche pas les états de prendre les mesures nécessaires dans l'intérêt des enfants."

12- Francois Mélin, op cit , p 71.

لكن يبدو أن محكمة النقض الفرنسية وتأسيسا على مبدأ المساواة بين الجنسين وبالأحرى بين الزوجين، المكفول بموجب المادة الخامسة السابق الإشارة إليها، قد تراجعت عن موقفها هذا بموجب خمس قرارات صادرة بتاريخ 17 فيفري 2004 حيث ميزت بين كون الزوجة مقيمة أو غير مقيمة على التراب الفرنسي، فيعتبر عديم الأثر حكم الطلاق بإرادة الزوج المنفردة الصادر بالخارج في حق الزوجة، وبصفة أخص الوحيدة المقيمة بفرنسا، على عكس ما إذا كانت الزوجة مقيمة بالخارج فيمكن الاعتراف بهذا الطلاق إذا ما كان قانونه الشخصي يجيزه . أنظر:

Edwige Rude-Antoine, Op cit, p : 30

13- Bertrand Ancel et Yves Lequette, op cit, arrêt no: 26.

14- محمد السيد عرفة، القانون الدولي الخاص، الكتاب الثاني في تنازع القوانين، دار النهضة العربية 1993، القاهرة، ص: 153، أشرف وفا محمد، المرجع السابق، ص: 191.

15- علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائري 1993 ص: 156.

16- عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 552، بلمامي عمر، المرجع السابق، ص: 199 .

17- نادية فضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني، دار هومة، الجزائر 2002، ص:128 .

18- بلقاسم أعراب، القانون الدولي الخاص الجزائري، دار هومة، الجزائر، طبعة 2002، ص:182، بلمامي عمر، ص:200، محمد السيد عرفة، ص : 153،
Yvon Loussouarn-Pierre Bourel, op cit, p 355.

19- بلمامي عمر، المرجع السابق، ص: 201.

20- نادية فضيل، ص: 128، وهو ما يعبر عنه الفقيه Niboyet بالصياغة القانونية Raison de technique، عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص: 553 الهامش الثاني.

21- المادة 2/12 من القانون المدني جزائري.

22- بلمامي عمر، ص:202، بلقاسم أعراب، ص: 183، محمد السيد عرفة، ص: 154، أشرف وفا محمد، ص: 191، عز الدين عبد الله، ص: 552-553.-Yvon Loussouarn-Pierre Bourel, op cit, p: 359, No: 260 23- الطيب زروتي، مرجع سابق، ص: 257، أشرف وفا محمد، مرجع سابق، ص: 191.

24- عز الدين عبد الله، ص: 553، محمد السيد عرفة، ص 154.

25- اعترض على هذا الحكم على أساس أنه ليس للقضاء النظر في صحة أعمال الحكومة احتراما لسيدة الدولة، لكن يدفع الفقه هذا الاعتراض بقوله أن ما يفعله القضاء في شأن هذه الأعمال ليس النظر في صحتها، وإنما هو مجرد رفض التمسك بآثارها في بلد القاضي، لتعارض هذه الآثار مع الأفكار الأساسية الواجبة الحماية في هذا البلد.

ويذهب القضاء في الولايات المتحدة الأمريكية حال فصله في قضية sabbatino بتاريخ 23 مارس 1964، إلى أن ضرورة احترام عمل الحكومة الأجنبية يقتضي امتناع النظر في صحة نزع الملكية الذي أجرته حكومة أجنبية، دون تعويض على مال واقع على إقليمها.

26- Henri Batiffol-Paul Lagarde, Droit international privé, sixième édition, tome2, LGDJ 1976, p: 169.

27- عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص: 554، ويرى بعض الفقه أن تأميم المشروع الذي تجريه الدولة التي يوجد بها مركز إدارته الرئيسي، لا يشمل أمواله الموجودة خارج إقليم هذه الدولة، تأسيسا على إقليمية التأميم نظرا لإقليمية سيادة الدولة وكذا تعارضه مع النظام العام في الدولة الواقعة بها تلك الأموال، بينما يذهب البعض الآخر إلى أن إنكار آثار التأميم على هذا الوجه إنما يقوم على الخلط بين المصادرة والتأميم، وهو لا يعدو أن يكون وسيلة دفاع إزاء التأميم الذي يهدر العدالة، كما لو كان بغير تعويض. ومما ييسر الاعتراف بالآثار الدولية للتأميم تطور العلاقات الدولية ووصولها إلى إيجاد مفهوم دولي للتأميم يوفق بين مقتضيات الحياة القانونية الداخلية وبين النظام الدولي .

28- بلمامي عمر، ص : 204-205.

29- قرار صادر بتاريخ 23 / 06 / 1984 ملف رقم 32463 منشور في المجلة القضائية لسنة 1989، العدد الأول ص: 149.

30- الطيب زروتي ، المرجع السابق ،ص : 257-258 .

31- عمر بلمامي ، المرجع السابق ،ص : 211-212 .

32- حول هذه القرارات وغيرها راجع تفصيلا موقع محكمة النقض الفرنسية : www.courdecassation.fr

33- وتقابلها المادة 2/152 من دستور 1996.

المراجع:

أولا: باللغة العربية

1- أشرف وفا محمد، المبادئ العامة لتنازع القوانين في القانون المقارن، الطبعة الأولى، شركة ناس للطباعة، القاهرة 2004.

2- الطيب زروتي: القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية ، الجزء الأول تنازع القوانين، مطبعة الكاهنة ،الجزائر 2002.

3- بلقاسم أعراب، القانون الدولي الخاص الجزائري، دار هومة، الجزائر، طبعة 2002.

4- عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الطبعة التاسعة، الهيئة المصرية العامة للكتاب، جمهورية مصر 1986.

5- علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1993.

6- عمر بلمامي، الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر 1988.

7- محمد السيد عرفة، القانون الدولي الخاص، الكتاب الثاني في تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة 1993.

8- محند إسعد، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، قواعد التنازل، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1989.

9- نادية فضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني، الناشر: دار هومة، الجزائر 2002.

10- القانون المدني الجزائري الصادر بالأمر رقم 75 / 58، بتاريخ 26 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05 / 10، المؤرخ في 20 يونيو 2005، الجريدة الرسمية لسنة 2005، العدد 44.

ثانيا: باللغة الفرنسية

1- Bertrand Ancel et Yves Lequette, Les grands arrêts de la jurisprudence Française de droit international privé, 4 ème éd, Dalloz 2001.

2- Edwige Rude-Antoine Dans le dédale des lois nationales, Le monde diplomatique, Novembre 2005.

3- François Mélin, Droit international privé, édition Casbah Alger 2004.

4- Henri Batiffol-Paul Lagarde, Droit international privé, sixième édition, tome II, LGDJ 1976.

5- Yvon Loussouarn-Pierre Bourel, Droit international privé, Dalloz 1976.