أثر الدفع بالنظام العام في تطبيق القانون الأجنبي

م.د خالد جاسم خلف
وزارة التربية/ مديرية الشؤون القانونية
Sajadkhaledps3@gmail. com.

The Effect of Public Policy on the Application of Foreign Law

Khalid Jassim Khalaf
Ministry of Education/ Directorate of Legal Affairs

المستخلص

تعدّ فكرة النظام العام من أكثر أفكار القانون الدولي الخاص إثارة للجدل، فهي فكرة مرنة تتغير زمنياً ومكانياً، فما يكون من النظام العام حالياً لا يعدّ كذلك مع مدة من الزمن، وكذلك ما يكون من النظام العام في مكان مختلف عنه في مكان آخر، فالنظام العام هو مجموعة من القيم والمبادئ العليا في مجتمع ما. وقد تم بحث هذا الموضوع القيم في ثلاث مباحث تناولت في الأول ماهية النظام العام، وفي المبحث الثاني آليات أعمال الدفع بالنظام العام، وفي المبحث الثالث نتناول موقف التشريعات العربية المعاصرة من هذا الموضوع ، وقد تم التوصل إلى نتائج ومقترحات وصولاً للصيغة المثلى لهذه الفكرة وتحقيقاً للتعاون الدولي المعاصر.

الكلمات المفتاحية: النظام العام، قانون القاضي، الأثر السلبي، الأثر الإيجابي، النظام الجنائي.

Abstract

The concept of public policy is one of the most controversial ideas in private international law. It is a flexible concept that changes over time and place. What is considered public policy today may not be so after a period of time, and what is considered public policy in one place differs from another. Public policy is a set of supreme values and principles in a given society. This important topic has been examined in three sections: the first section addresses the nature of public policy, the second section deals with the mechanisms for invoking public policy, and the third section discusses the position of contemporary Arab legislation on this subject. Conclusions and recommendations have been reached to formulate the optimal framework for this concept and achieve contemporary international cooperation.

Keywords: Public Policy, The Law of the Judge, Negative Effect, Positive Effect, Criminal Law.

المقدمة

تعدّ فكرة النظام العام أكثر أفكار القانون الدولي الخاص إثارة للجدل في الفقه، فهي صمام الأمان لكل تشريع وطني من تطبيق القانون الأجنبي لاسيما في العلاقات الدولية المعاصرة والتدفق الكبير للعلاقات الإنسانية والتجارية والانتقال الواسع للأفراد بين حدود الدول واصبح ضرورة تطبيق القانون الأجنبي.

أهمية الدراسة:

تظهر أهمية البحث بهذا الموضوع نتيجة التصادم التشريعي للتشريعات المختلفة، فعندما تشير قاعدة الإسناد الوطنية بتطبيق القانون الأجنبي، تبرز فكرة النظام العام تمنع من تطبيق ذلك القانون لأسباب أخلاقية أو سياسية أو دينية للدولة، وشهد هذا الموضوع أهمية كبيرة في الآونة الأخيرة لاسيما في المجتمعات العربية والإسلامية ومحاولة التوفيق بين المعايير الدولية وقيم تلك المجتمعات.

إشكالية البحث:

تتركز الإشكالية الرئيسة لهذا البحث بالإجابة عن التساؤل المهم كيف يمكننا التوفيق بين مرونة القانون الدولي الخاص التي تشير بتطبيق القانون الأجنبي في بعض المنازعات وضرورة الحفاظ على القيم والتقاليد السائدة في المجتمع، ومن هذا تتفرع تساؤلات عدة منها ما هي خصائص النظام العام التي تجعله متغيراً من حيث الزمان والمكان، وكذلك السقف الذي يقف عنده النظام العام في التشريعات العربية والإسلامية لاسيما في مسائل الأحوال الشخصية والمالية للأفراد.

ولابد لنا الإجابة على سؤال منح القاضي الوطني سلطة ابعاد القانون الأجنبي وتطبيق قانون آخر قد يكون قانونه الوطني، وهل ينجح هذا الأخير في حكم المسألة تحقيقاً للعدالة.

من هنا تبرز إشكالية البحث التي نحاول من خلاله إلقاء الضوء عليه والإجابة على تلك التساؤلات منتهجين المنهج التحليلي المقارن من حيث تحليل الآراء الفقهية وما استقر عليه القضاء من أحكام لاسيما في بعض الدول العربية للوصول إلى نتائج وتوصيات تحاول الإجابة على التساؤلات آنفة الذكر، وعليه سنتناول هذا البحث في ثلاث مباحث نبحث في الأول ماهية النظام العام، وفي المبحث الثاني آليات أعمال الدفع بالنظام، وفي المبحث الثالث نتناول موقف التشريعات العربية المعاصرة من هذا الموضوع.

المبحث الأول

ماهية النظام العام

تعدّ فكرة النظام العام الحصن القانوني الذي تلجأ إليه التشريعات الوطنية لمنع أي قانون أجنبي قد يهدد السلم الأخلاقي أو الاجتماعي أو الاقتصادي للدولة، فالنظام العام هو مفهوم فلسفي وقانوني وسنبحث في هذا المبحث مفهوم هذه الفكرة من خلال مطلبين الأول تعريف النظام العام وخصائصه، وفي الثاني الأساس القانوني لاستبعاد القانون الأجنبي.

المطلب الدول

تعريف النظام العام وخصائصه

من الصعوبات التي واجهت الفقه القانوني والقضاء هي عملية وضع تعريف جامع مانع لفكرة النظام العام على أساس تغير هذه الفكرة من حيث الزمان والمكان (عبدالله، د.ت، ص٣٤٢)، بينما ترك المشرع هذه المهمة للفقه والقضاء لضمان مرونة النص ومواكبة التطورات الاجتماعية وسنأتي في الفرع الأول لبحث تعريف النظام العام وفي الفرع الثاني لخصائص النظام العام .

الفرع الأول

تعريف النظام العام

ظهرت عدة اتجاهات بالنسبة لإعطاء تعريف لهذه الفكرة وصولاً لحصد مفاهيم معينة ضمن هذه الفكرة وإخراج كل ما يدخل ضمن هذا المفهوم.

أولاً : المدرسة التقليدية:

يرى أنصار هذه المدرسة أن النظام العام هو عبارة عن مجموعة المصالح الحيوية التي يرتكز عليها كيان الدولة في لحظة معنية، وإن النظام العام في القانون الخاص يمثل القيد الموضوعي الذي يحد من مبدأ سلطان الإرادة، فالأفراد يملكون الحرية في التعاقد بشرط عدم اصطدام تلك الحرية بالقواعد التي تمس أمن المجتمع وأخلاقه(صادق، ٢٠٠١، ص٤١٠).

وعلى نفس النهج يؤكد الفقيه الفرنسي سافيني بأن القوانين تمثل الروح الجماعية للشعب، وان فكرة النظام العام هي حقيقة حماية لهذه الروح من القوانين الأجنبية التي لا تتفق مع نسيج المجتمع (عبد الكريم، د.ت، ص١٨٨).

ثانياً: لمدرسة الموضوعية:

عند تحليل فكرة النظام العام نجد أنها تقوم على ركنين أساسيين الأول هو المصلحة العامة التي تتفوق على المصالح الفردية للخصوم، والركن الثاني هو الإلزام التشريعي الذي لا يجوز الاتفاق على مخالفته (سلامة، د.ت، ص٥٨٢)، وهذا المفهوم يزداد صعوبة في القانون الدولي الخاص، حيث يكون النظام العام كاحتجاج موجه ضد القانون الأجنبي المختص أصلاً بموجب قواعد الإسناد الوطنية، لكنه مستبعد من التطبيق لأنه

يصطدم بالمقيم العليا في دولة القاضي(Battifolel.opc, P 455.).

ثالثاً: الاتجاهات الحديثة لفكرة النظام العام

وقامت تلك الاتجاهات بتقسيم النظام العام إلى عدة مفاهيم فهناك النظام العام السياسي الذي يعنى بتنظيم الدولة وسلطاتها والنظام العام الأخلاقي الذي يحمي الأسرة والآداب العامة والنظام العام الاقتصادي لحماية المنافسة والمستهلك ومنع الاحتكار(عبد الرحمن، د.ت، ص٢١٠).

وهذا التقسيم له المساهمة في إعطاء دور للقاضي في تحديد نوع المخالفة قبل إصدار القرار باستبعاد القانون الأجنبي، وعلى هذا المسار أشار د. هشام علي صادق بأن فكرة النظام العام تنبع من وجدان القاضي الذي يشعر بأن تطبيق القانون الأجنبي سيؤدي إلى نتيجة لا يتسامح معها القانون الوطني(صادق، د.ت، ص٤١٥) (الزاملي، ٢٠٢٢، ص١٢٥).

وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى أبعد من ذلك باعتبار أنَّ فكرة النظام العام هي أداة لحماية القيم العالية المتبناة من قبل الدولة، وفي هذا إشارة إلى إيجاد فكرة النظام العام العالمي تشترك فيه كل الدول المتمدنة(عبد الرحمن، د.ت، ص٢٢٠)، وعلى نفس النهج ذهبت محكمة النقض المصرية إلى أنَّ فكرة النظام العام هي قواعد تهدف إلى تحقيق مصلحة عامة سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية تتعلق بالنظام الأعلى للمجتمع(صادق، د.ت، ص٤٢٠).

ونرى أنه من الصعوبة وضع تعريف مانع وجامع له لفكرة النظام العام فما يعتبر من النظام العام اليوم قد لا يعتبر كذلك غدا، فمثلاً تأميم الملكية الخاصة يعتبر في وقت ما مخالفة للنظام العام في الدول الرأسمالية لكن مع تطور الوظيفة الاجتماعية للملكية تغير هذا المفهوم وأصبح من الممكن تأميم تلك الملكية دون تعارضها مع النظام العام، وعليه فإن تعريف النظام العام هي عملية متجددة ومستمرة مع تطور القيم والمبادئ للمجتمعات.

الفرع الثاني

خصائص نص الدفع بالنظام العام

إنَّ الدفع بالنظام العام ليس مجرد إجراء روتيني بل هو أداة استثنائية تتمتع بخصائص ذاتية تجعلها تختلف عن سائر الدفوع القانونية الأخرى، بينما القواعد القانونية العادية تتسم بالثبات والاستقرار النسبي، فنجد أنَّ الدفع بالنظام

العام يتسم بالحركية بالمرونة، وعليه فإن خصائص هذا الدفع تتمثل بـ:

أولاً: خاصية المرونة:

وهذه الخاصية تعني بعدم إمكانية الحصر التشريعي الجامد لهذا الدفع، فالنظام العام هو مرآة يعكس قيم المجتمع في لحظة تاريخية معينة، وبما أن المجتمعات في حالة تطور مستمر فإن المرآة تغير ملامحها بالضرورة موازاة لهذا التطور(سلامة، د.ت، ص٦٢٠)، وتتلخص هذه المرونة من خلال النسبية من حيث الزمان والمكان .

١- <u>خاصية النسبية من حيث الزمان</u> :

إنَّ ما كان يعتبر من النظام العام في الوقت السابق، قد لا يعدّ كذلك في الوقت الحالي والعكس صحيح ففكرة النظام العام تتطور بتطور الضمير الاجتماعي، فمثلاً بعض القوانين كانت تمنع الطلاق منعاً باتاً ونعتبره من النظام العام لكن مع تغير النظرة الاجتماعية، أصبح الطلاق حقاً مكفولاً ولم يتم استبعاد قانون أجنبي يبيحه، هذا الأمر يجعل القاضي لا يأخذ بمعايير الماضي بل بمعيار الوقت الذي يعرض فيه النزاع (عبد الرحمن، د.ت، ص٣٥٠).

٢- <u>النسبية من حيث المكان</u>:

لا يعدّ النظام العام نظاماً عالمياً موحداً، بل هو مفهوم إقليمي تتغير من مكان لآخر، فالدول الإسلامية تحرم الربا ولعب القمار، بينما الدول الغربية تعتبر ذلك نشاطاً مشروعاً(صادق، د.ت، ص٤٢٥)، فكل دولة لها الحرية في رسم حدودها الأخلاقية والاجتماعية، بحيث لا يمكن للقانون الأجنبي أن يتعداها.

ويثار تساؤل حول تعارض هذه المرونة مع توقع الحلول القانونية، ويرى بعض الفقه أنَّ المرونة هنا ليست فوضى، بل هي ملائمة ضرورية، فالقاضي لا يخلق النظام العام من العدم، بل يستنبطه من روح التشريع السائد للحفاظ على التوازن بين استقرار المعاملات الدولية وحماية القيم الوطنية (عبد الله، د.ت، ص٣٥٠).

ثانياً: <u>خاصية الاستثنائية في التطبيق</u>:

من المسلمات في القانون الدولي الخاص أن الأصل هو تطبيق القانون الأجنبي الذي تشير إليه قاعدة الإسناد الوطنية، أما استبعاده بموجب النظام العام فهو استثناء، وبالتالي تفرض على القاضي الوطني قيوداً صارمة لضمان عدم الانزلاق في العزلة التشريعية (الناهي، د.ت، ص١٢٠). مت الأجنبي وعدم استخدام فكرة النظام العام كشماعة لإبعاد تطبيق القانون الأجنبي لاسيما أنَّ قاعدة الإسناد الوطنية أشارت بتطبيقه.

المطلب الثاني

الأساس القانوني لاستبعاد القانون الأجنبي

إنَّ البحث في الأساس القانون لاستبعاد القانون الأجنبي هو في حقيقته بحث عن شرعية الخروج عن قواعد الإسناد، فاذا كانت قاعدة الإسناد هي التي أمرت بتطبيق القانون الأجنبي فبأي حق يعود القاضي ليستبعد القانون الأجنبي

الفرع الأول

نظرية السيادة التشريعية

أولاً : <u>حق الدولة في حماية قيمها الأساسية</u>:

تعدّ فكرة السيادة هي المنطلق الأول والأساس الذي قامت عليه فكرة استبعاد القانون الأجنبي، فالدولة تمتلك سلطة مطلقة في تنظيم الروابط الاجتماعية داخل إقليمها، وهذه السلطة ليست مجرد حق، بل هي واجب لحماية النظام العام الذي قامت الدولة من أجله(زكي، د.ت، ص٣٢٠) (خلف، ٢٠٢٢، ص٥٤٦)

ويروي الفقيه الإيطالي مانشيني أنَّ القوانين هي نتاج تاريخي وثقافي لكل أمة ، فخضوع القاضي الوطني للقانون الأجنبي هو تنازل اختياري عن السيادة تمليه مقتضيات التعاون الدولي، أما إذا مس القانون الأجنبي المصالح الأساسية للدولة فإن سيادة الدولة توقف عمل القانون الأجنبي ، فالدولة لا تسمح بتطبيق قواعد قانونية تهدم ما بناه المشرع الوطني من قيم أخلاقية أو دينية أو سياسية؛ لأن في ذلك انتقاصاً من هيبة الدولة (عبد الله، د.ت، ص٢٦٠).

وشبه بعض الفقهاء عمل النظام العام بعمل الدفاع الشرعي عن النظام القانوني الوطني، فالسيادة لا تعني الانفلات بل تعني تنقية البيئة القانونية من أي شوائب أجنبية لا تتفق مع النسيج الوطني (عبد الله ، د.ت، ص٣٦٥).

ويذهب جانب آخر من الفقه إلى أنَّ أساس استبعاد القانون الأجنبي يكمن في السمو الدستوري، فالدستور هو الذي حدد هوية الدولة، والقاضي ملزم بحماية هذه الهوية ، فاذا كان القانون الأجنبي يبيح ما حرمه الدستور صراحة أو ضمناً، كان استبعاده يصبح واجباً دستورياً قبل أن يكون واجباً قانونياً للحفاظ على المصدر القيمي في الدولة(حافظ ، د.ت، ص٢١٥).

ثانياً : <u>دور القاضي في حماية التناسق القانوني الوطني</u>:

تقع على عاتق القاضي الوطني منع التنافر بين الأحكام الصادرة باسم الدولة والقيم التي تؤمن بها، فمن غير المعقول أن تمنع الدولة (تعدد الزوجات) وتجرمه في قوانينها العقابية ثم يضطر القاضي الوطني بناءً على قاعدة الإسناد أن يصدر حكماً بالاعتراف بصحة زواج ثان لأجنبي

على إقليمها استناداً لقانون الأجنبي الوطني (عبد الرحمن، د.ت، ص٢٤٥) عليه فالقاضي الوطني يستخدم فكرة النظام العام لمنع نفاذ أي قاعدة في القانون الأجنبي لا يتعايش معها القانون الوطني (صادق، د.ت، ص٤٤٥).

ويرى بعض الفقه أنَّ القاضي الوطني يوازن بين مصلحتين، مصلحة الفرد في تطبيق القانون الشخصي (الأجنبي) ومصلحة الدولة في استقرار قيمها وتغليب مصلحة الدولة هو تطبيق لمنطق الضرورة القانونية التي تبيح المحظورات التقنية (الخروج على قاعدة الإسناد) لحماية المبادئ الجوهرية.

الفرع الثاني

الطبيعة القانونية للدفع بالنظام العام

إنَّ تحديد الطبيعة القانونية للدفع بالنظام العام ليس ترفاً فكرياً بل هو عملية ضرورية تترتب عليها آثار إجرائية بالغة الأهمية، هل هذا الدفع إجرائي يتوقف على إرادة الخصوم أم أننا أمام قيد موضوعي يتصل بالنظام العام القضائي.

أولاً : <u>الاتجاه الإجرائي (الدفع كأداة منع)</u> .

يرى جانب من الفقه أن الدفع بالنظام العام هو دفع إجرائي يهدف إلى منع القاضي من المضي قدماً بتطبيق القانون الأجنبي، وبناء على ذلك فإن الطبيعة الإجرائية للدفع تعني أنه يتوجه إلى صلاحية تطبيق القانون وليس إلى اصل الحق المتنازع عليه (عبد الرحمن، د.ت، ص٢٥٥)، وقد جوبه هذا الاتجاه بانتقادات متمثلة بأن الدفع بالنظام العام يؤدي في النهاية إلى تغيير الحكم في موضوع النزاع من خلال استبدال القانون الأجنبي بقانون القاضي ما يمنحه صفة موضوعية.

ثانياً: <u>الاتجاه الموضوعي (الدفع كقاعدة قانونية)</u>:

يذهب الفقه الحديث – إلى أنَّ الدفع بالنظام العام ذو طبيعة موضوعية بامتياز، فهو ليس مجرد وسيلة فنية بل هو أعمال لقاعدة قانونية وطنية عليا آمرة، فالنظام العام مثل قاعدة إسناد سلبية أو مضادة تعمل على هدم اختصاص القانون الأجنبي لصالح القانون الوطني ومن ثم طبيعته تتبع من كونه قيداً على أعمال النهج التنازعي ككل مما يجعله جزءاً لا يتجزأ من الموضوع القانوني المعروض على القضاء (زكي، د.ت، ص٣٣٥).

ثالثاً : الطبيعة المختلطة وخصوصية النظام العام:

يرى بعض الفقه أنَّ محاولة حصر النظام العام في القالب الإجرائي أو الموضوعي هي محاولة

قاصرة، فالنظام العام يتمتع بطبيعة خاصة فهو إجرائي من حيث وسيلة إثارته أمام القضاء، وموضوعي من حيث أثره الذي يؤدي إلى تنمية القانون الأجنبي، بالإضافة إلى أنَّ هذه الطبيعة المختلطة هي التي تبرر الوجوب الإلزامي للقاضي بإثارته من تلقاء نفسه حتى لو لم يتمسك به الخصوم، لأنه يمس مصلحة المجتمع لا مصلحة الأفراد (عبد الله، د.ت، ص ٣٧٥).

ونحن نذهب مع الرأي الأخير للمبررات التي جاء بها وحماية لمصلحة المجتمع والقيم الموجودة به.

ويظهر السؤال حول سلطة القاضي في إثارة هذا الدفع هل أنَّ سلطته مقيدة أم تقديرية . فالرأي الأول يقول أن الدفع بالنظام العام يتعلق بالنظام الإجرائي، فالقاضي ملزم قانوناً بالبحث عن مدى موائمة القانون الأجنبي للنظام العام الوطني دون انتظار طلب من الخصوم، واذا اغفل القاضي فإن حكمه يكون معيباً بمخالفة القانون وهذا الالتزام هو يعطي للنظام العام قوته كرقيب تشريعي يضمن عدم تسرب مبادئ غريبة للنظام العام للدولة (سلامة، د.ت، ص٦٥).

والرأي الآخر من الفقه يرى بأن النظام العام مرن ونسبي والقاضي يتمتع بسلطة تقديرية واسعة في تحديد ما إذا كان القانون الأجنبي يصطدم بالنظام العام أم لا، لكن هذه السلطة ليست تحكمية فليس للقاضي أن يستبعد قانون أجنبي لمجرد أنه يفضل القانون الوطني، بل يجب أن يكون الاستبعاد مبرراً بوجود خطر حقيقي وجسيم يهدد مصلحة وطنية عليا، وكان تطبيق القانون الأجنبي سيؤدي إلى نتيجة تثير حفيظة العدالة في دولة القاضي (رياض ، د.ت، ص٣١٠).

ونحن مع هذا الرأي وضرورة إعطاء القاضي السلطة الواسعة في استبعاد أو تطبيق القانون الأجنبي ومدى مخالفة تطبيق القانون الأجنبي لمبادئ العدالة الوطنية أو يهدد مصالحة وطنية.

٢- **<u>الرقابة على سلطة القاضي</u>:**

لضمان عدم انحراف القاضي في استخدام فكرة النظام ، تخضع سلطته لرقابة محكمة النقض أو التمييز، فالنظام العام هو مسألة قانونية وليست مسألة واقعية صرفة ، لذا يجب على القاضي تسبيب الحكم الصادر منه وبيان القاعدة الوطنية التي تم المساس بها وكيف أن القانون الأجنبي يتعارض معها ، فاذا توسع القاضي بالتفسير ويخرج عن المفهوم الضيق للنظام العام الدولي، فإن محكمة النقض تتدخل لإلغاء الحكم حفاظاً على التزامات الدولة الدولية واستقرار المراكز القانونية للأجانب (عبد العزيز، د.ت، ص١٤٥).

من هذا يتبين أنَّ النظام العام هو دفع لحماية النظام الوطني وليس أداة عداء للقانون الأجنبي، فيسمح بمرور وتطبيق القانون الأجنبي المتوافق مع النظام الوطني وتمنع من تطبيق القانون الذي يسبب الاضطراب، وفي هذا التوازن يتم الحفاظ على خصوصية القانون الدولي الخاص هو قانوناً دوليا فعلاً ويحترم خصوصية القانون الأجنبي بما لا يهدم الكيان الوطني.

المبحث الثاني

آليات أعمال الدفع بالنظام العام وآثاره

بعد أن بحثنا في المبحث الأول تأصيل فكرة النظام العام فلسفياً وفقهياً فإن هذا المبحث سيخوض في موضوع التشغيل الإجرائي لهذه الفكرة، فالدفع بالنظام ليس دفعاً مطلقاً بلا قيود بل هو محكوم بشروط موضوعية دقيقة وتترتب عليه آثار تمس كيان التنازع الدولي، فسنبحث في المطلب الأول الشروط التي تبيح للقاضي الوطني تنحية القانون الأجنبي، في المطلب الثاني الآثار السلبية والإيجابية التي تترتب على استبعاد القانون الأجنبي.

المطالب الأول

شروط استبعاد القانون الأجنبي بموجب النظام العام

لا يكفي مجرد شعور القاضي بعدم الرضا عن القانون الأجنبي لكي يستبعده، بل لابد من توافر شروط قانونية تجعل من هذا الاستبعاد إجراء مشروع لا يعرض الحكم للنقض.

الفرع الأول

وجود نص قانوني أو قاعدة جوهرية مهددة

يتمثل الشرط الأول في جسامة المخالفة حيث يجب أن يكون القانون الأجنبي في تضاد صارخ مع الأسس التي يقوم عليها البنيان القانوني لدولة القاضي، وينقسم هذا التعارض إلى مظهرين أساسيين:

أولاً : <u>مخالفة القانون الأجنبي للمبادئ الأساسية في دستور الدولة</u>:

يعد الدستور الوثيقة العليا التي تجسد خيارات الأمة الكبرى، وبالتالي فإنَّ أي قانون أجنبي يصطدم بمبدأ دستوري يعتبر مخالفاً للنظام العالم(عبد الله، د.ت، ص٢٤٥).

١- **<u>حماية الحقوق والحريات الأساسية</u>:**

وإذا كان القانون الأجنبي المختار سواء أكان قانون الموطن أو الجنسية يتضمن تمييزاً عنصرياً أو حرمان المرأة من حقوقها الأساسية المعترف بها دستورياً أو إباحة الرق، فالقاضي الوطني لا يقبل بإنفاذ القانون الأجنبي هذا، فالقيم

الدستورية هي النواة الصلبة للنظام العام، وإن القاضي حين يحمي الدستور فإنه يحمي شرعية وجوده ذاتها، مثلاً إذا كان دستور الدولة يقرر مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في الأهلية القانونية، وجاء قانون أجنبي يجعل للمرأة أهلية منقوصة لمجرد جنسها، وجب استبعاده فوراً لمخالفته للنظام العام الدستوري (سلامة،د.ت، ص٦٤٠).

٢- <u>النظام الديني والسياسي للدولة</u>:

في الدول التي تتبنى نظاماً معيناً كالشرعية الإسلامية كمصدر رئيسي للتشريع، فإن القواعد الدستورية المرتبطة بالهوية الدينية جزءاً لا يتجزأ من النظام العام، فالقوانين الأجنبية التي تبيح ما هو محرم قطعاً في النظام الدستوري والشرعي للدولة (مثل زواج المثليين، أو التبني تصطدم بجدار النظام العام المنيع، فالسيادة الدستورية هنا تعمل كحارس للقيم المجتمعية التي صهرها المشرع الدستوري في نصوصه العليا (زكي، د.ت، ص٣٤٠).

٣- <u>الرقابة على دستورية القانون الأجنبي</u>:

اختلف الفقهاء حول ما إذا كان القاضي يمارس رقابة دستورية على القانون الأجنبي أم لا، إن القاضي الوطني لا يلغي القانون الأجنبي، بل يشل أثره داخل الإقليم الوطني(رياض، د.ت، ص٣٢٠)، ويرى جانب آخر من الفقه أنَّ هذه الرقابة هي جوهر النظام العام الدولي حيث يتم قياس مدى صلاحية القاعدة الأجنبية للتعايش مع المبادئ الدستورية الوطنية، فإذا وجد القاضي أن القاعدة الأمنية تهدد السلم الاجتماعي أو تهدم ركناً دستوريا وجب عليه استبعاده(Battifol.opc, P.485).

ثانياً: <u>تعارض القانون الأجنبي مع الآداب العامة</u>:

تعدّ الآداب العامة هي الجزء الأخلاقي من النظام العام، هي مجموعة القواعد التي يجمع المجتمع على ضرورة الالتزام بها للحفاظ على طهارته وأخلاقياته(صادق، د.ت، ص٤٧٠).

١- <u>المعايير الأخلاقية والضمير القضائي</u>:

تتميز الآداب العامة بأنها أكثر مرونة من النصوص القانونية المكتوبة فهي تعتمد على الحس الأخلاقي للقاضي المستمد من بيئة (عبد العزيز، د.ت، ص١٦٠)، فإذا كان القانون الأجنبي يشرعن القمار في دولة تحرمه، فالقاضي يستبعد القانون الأجنبي حماية للآداب العامة، فيعمل النظام العام كفلتر يمنع نفاذ الممارسات التي تستهجنها الجماعة الوطنية.

وبما أنَّ الآداب العامة هي نسبية أي تختلف من دولة لأخرى، فالذي يعتبر أخلاقياً في

دولة ما قد لا يكون كذلك في دولة أخرى، وعلى ذلك فالقاضي الوطني له أن يتريث قبل إبعاد القانون الأجنبي، والذي يؤيد هذا الرأي الفقيه الفرنسي سافيني ويضيف أنَّ القاضي الوطني يتسامح مع الاختلافات البسيطة ويمكنه تطبيق ذلك القانون ويمتنع عن تطبيقه في حالة الاختلافات الجسيمة(عبد الله، د.ت، ص٣٨٥)، فمثلاً تعدد الزوجات لا يعدّ مخالفاً للآداب العامة في العراق لكنه ليس كذلك في فرنسا، وكذلك لعب المقار يقبل به في لندن لكن غير مقبول في مصر.

وفي العصر الحديث تداخلت الآداب العامة مع الأخلاقيات الاقتصادية فأصبحت الرشوة الدولية وغسيل الأموال والإتجار بالبشر مخالفات صارخة للآداب العامة والنظام العام، حتى أن بعض الفقهاء اطلق عليها الآداب العامة الدولية وهي تقتل الحد الأدنى من الأخلاقيات المشتركة في الأمم المتمدنة، وهذا يسهل المهمة على القاضي الوطني في حالة مخالفة القانون الأجنبي لتلك المبادئ (سلامة، د.ت، ص٦٥٠).

الفرع الثاني

شرط وجود صلة بين النزاع ودولة القاضي

لا يكفي لاستبعاد القانون الأجنبي أن يكون محتواه مخالفاً للنظام العام أو الآداب في دولة القاضي، بل يشترط أن يكون لهذا النزاع صلة بإقليم دولة القاضي يجعل موقف القاضي الوطني مبرراً في التدخل، وهذا يسمى بالفقه بنظرية الأثر المخفف للنظام العام.

أولاً : <u>نظرية الأثر المخفف للنظام العام</u>:

تعدّ هذه النظرية من أروع ما أنتجه الفقه والقضاء الفرنسي في قضية ريفير الشهيرة وتقوم على التمييز بين حالتين لأعمال النظام العام (عبد الله، د.ت، ص٣٩٥).

١- في حالة إنشاء الحق في دولة القاضي (الأثر الكامل) :

إذا كان المطلوب من القاضي هو إنشاء مركز قانوني جديد على إقليمه استناداً للقانون الأجنبي، فإن النظام العام يتدخل بشكل كامل (عبد الله، د.ت، ص٣٩٨)، مثلاً طلب أجنبيان من القاضي الوطني إتمام مراسيم زواج يبيحه قانونهما الأجنبي لكنه يصطدم بالنظام العام الوطني فيمنع القاضي ذلك بشكل كامل فيكون النظام العام مانعاً من نشوء الحق ابتداءً؛ لأنَّ الصلة بالإقليم قوية فلا يمكن للسيادة الوطنية أن

يولد على أرضها مركز قانوني مشوه وفقاً لمعاييرها.

٢- <u>حالة الاحتجاج بحق تم إنشاؤه في الخارج (الأثر المخفف)</u>:

تتغير الصورة عندما يكون المركز القانوني قد تنشأ وتكتمل في الخارج وفقاً لقانون أجنبي مختص، ثم يطلب من القاضي الوطني فقط ترتيب بعض الآثار لهذا الحق يتدخل هنا النظام العام بشكل مخفف، فالقاضي الوطني يعترف بأثار حق لا يسمح بإنشائه على أرضه(صادق، د.ت، ص٤٨٥)، ويمكن ضرب مثال على ذلك بخصوص تعدد الزوجات، فالدول التي لا تقره تمنع عقده على أراضيها ولكنها تعترف بآثار الزواج الثاني إذا تم صحيحاً في الخارج ، مثل الحق في النفقة أو الميراث وذلك رعاية للحقوق المكتسبة وتحقيقاً للعدالة الدولية، ويذهب إلى ذلك بعض الفقهاء؛ لأنَّ عدم الاعتراف بتلك الآثار يلحق الضرر بالأبرياء والمراكز القانونية الدولية المستقرة (Battifol.opc, P.492).

وأشار البعض الآخر من الفقهاء إلى الموازنة بين حماية القيم الوطنية والتعاون الدولي، فالنظام العام لا يشير إلى تطهير العالم من القوانين المخالفة، بل يهدف إلى حماية البيئة الوطنية فإذا نشأ الحق بعيداً عن إقليم الدولة الذي لا يتأثر بذلك الحق مما يسمح للقاضي الوطني بالاعتراف ببعض آثاره (صادق، د.ت، ص٤٩٠).

ثانياً: <u>مدى تأثير جنسيه الخصوم أو موطنهم في تقدير الصلة</u>:

إن قوة النظام العام تتناسب طردياً مع قوة الروابط التي تربط أطراف النزاع بدولة القاضي.

١ – ارتباط النزاع بالمواطنين (الصلة الشخصية).

يكون النظام العام في ذروة قوته عندما يكون أحد أطراف النزاع مواطناً يحمل جنسية دولة القاضي، فالدولة تحرص على حماية رعاياها من تطبيق قوانين أجنبية تصطدم قيمهم حتى لو كان النزاع يخص حياتهم الشخصية.

وبرى بعض الفقه أنَّ الجنسية هي الرابطة التي تجعل النظام العام ملازماً للمواطن أينما حل، فلا يجوز للقاضي أن يطبق على مواطنه قانوناً أجنبياً يمس كرامته أو حقوقه الأساسية كما يراها مشرعه الوطني (سلامة، د.ت، ص ٦٦٥).

٢- <u>ارتباط النزاع بالإقليم – (الصلة المكانية)</u>

يلعب محل الإقامة دوراً حاسماً في تقدير الحاجة لاستبعاد القانون الأجنبي، فإذا كان

الأطراف أجانب، ولكنهم مقيمون بصفة دائمة في دولة القاضي، فالنظام العام يتدخل بقوة كبيرة(حافظ، د.ت، ص٢٧٠).

ونرى أن السبب في ذلك أنَّ المقيم على أراضي دولة ينخرط في النسيج الاجتماعي للدولة، وتأثرهم بقوانين أجنبية قد يؤدي إلى اضطراب في السلم الاجتماعي المحلي.

٣ – **النزاعات العابرة:**

في الحالات التي يكون فيها اطراف النزاع أجانب، والنزاع نشأ في الخارج والموضوع لا يمس الإقليم إلا بشكل عرضي، يميل الفقه والقضاء إلى تضييق نطاق النظام العام إلى اقصى حد(رياض، د.ت، ص٢٣٥)، ونجد أنه في هذه الحالة لا توجد مصلحة وطنية حقيقة في حماية النظام القانوني الوطني الذي لا يتأثر بالواقعة، ومبرر ذلك هو ضمان تدفق التجار وحركة الإفراد بين الدول.

لذلك فإن هنالك تأثير درجة المخالفة على شرط الصلة فإذا كانت مخالفة القانون الأجنبي للنظام العام جسيمة جداً كما في حالة إباحة الرق، فالقاضي الوطني يستبعد تطبق القانون الأجنبي لوجود مخالفة للنظام العام العالمي أو القيم الإنسانية العليا التي يفترض على كل قاضي حمايتها بصرف النظر على جنسية الخصوم أو مواطنهم.

المطلب الثاني

الآثار المترتبة على أعمال الدفع بالنظام العام

في حالة تقرير القاضي الوطني أنَّ القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد الوطنية مخالف للنظام العام، يقوم باستبعاد ذلك القانون من حكم النزاع، وهذا الأمر يترتب عليه أثرين متلازمين أثر سلبي متمثل بالاستبعاد، وأثر إيجابي تتمثل بإحلال قانون آخر محل ذلك القانون، وسنتناول كل منهما بفرع مستقل.

الفرع الأول

الأثر السلبي للاستبعاد

يقصد بالأثر السلبي هو تنحية القانون الأجنبي المخالف للنظام العام ومنعه من حكم العلاقة القانونية محل النزاع (عبد الله، د.ت، ص٤١٠).

وهذا الاستبعاد ليس عشوائياً فلا بد من الموازنة بين ضرورة الاستبعاد والحفاظ على جوهر الحق، ويثار التساؤل هنا هل أن الاستبعاد كلي أم جزئي؟

أولاً: <u>الاستبعاد الكلي للقانون الزمني</u>:

في بعض الأحيان يجد القاضي الوطني نفسه أمام قاعدة قانونية أجنبية لا يمكن تجزئتها أو أن روح القانون الأجنبي يصطدم بالضمير القانوني الوطني مما يحتم استبعاده بالكامل.

١ – <u>في حالة التعارض الجوهري مع المبادئ العليا</u>:

فالقانون الأجنبي المراد تطبيقه يقوم على فلسفة سياسية أو اجتماعية تتعارض كلياً مع فلسفة دولة القاضي، فالاستبعاد هنا يطال المنظومة التي أنتجت هذا القانون، فهو إجراء وقائي لحماية التناسق التشريعي، فالقاعدة القانونية الأجنبية هي قلب النظام القانوني الأجنبي المختار، فاستبعاد تلك القاعدة تقتضي بالضرورة استبعاد باقي أجزاء ذلك القانون (زكي، د.ت، ص٣٥٥).

٢ – <u>استبعاد القانون الأجنبي ككتلة واحدة في مسائل الهوية</u>:

إذا كان القانون الأجنبي يتبنى مفاهيم مجهولة أو محرمة في دولة القاضي لاسيما في مسائل الأحوال الشخصية فنكون هنا أمام الاستبعاد الكلي لذلك القانون كما هو الحال في مسألة التبني إذا كانت الدولة تمنعه لأسباب دينية أو دستورية، فالقاضي الوطني هنا يستبعد المادة الخاصة بالتبني والآثار المترتبة عليها، مما يؤدي إلى استبعاد ذلك القانون كله (عبد الرحمن، د.ت، ص٢٩٠)، ونجد أنَّ هذا الاتجاه يتوافق مع السيادة المطلقة للدولة في مواجهة القوانين الأجنبية التي تهدد أركان الدولة الاجتماعية.

وقد انتقد بعض الفقه هذا التوجه من خلال أنَّ القانون الدولي الخاص مبني على التسامح، وان الاستبعاد الكلي يجب أن يكون الملجأ الأخير والاستيفاء يتم اللجوء إليه في حالة استحالة تطبيق القانون الأجنبي وبمبرر قوي وذلك للحفاظ على الحقوق التي نشأت في ظل ذلك القانون (صادق، د.ت، ص٥١٠).

ثانياً: <u>الاستبعاد الجزئي في حدود المخالفة فقط</u>:

تبنى الفكر القانوني الحديث هذا التوجه الذي يعدّ أكثر رصانة وقبولاً من المنهج الأول المتمثل بالاستبعاد الكلي.

١– <u>تطبق نظرية القابلية للتجزئة</u>.

تقوم هذه النظرية باستئصال الجزء المخالف من القانون الأجنبي والإبقاء على الأجزاء الأخرى التي لا تصطدم بالنظام العام(حافظ، د.ت، ص٢٩٥).

مثل القانون الأجنبي يحكم عقداً مالياً يبيح الربا الفاحش بينما باقي الفقرات مثل الثمن والتسلم

والمواصفات تتفق مع النظام العام، فالقاضي الوطني يستبعد الفقرة المتعلقة بالفائدة الربوية، ويبقى على سائر الفقرات في القانون الأجنبي، ونرى أن هذا النهج يضمن الحد الأدنى من احترام القانون الأجنبي ويحافظ على توقعات الخصوم لبنود العقد.

٢- **الموازنة بين النظام العام وحقوق الأفراد:**

يهدف الاستبعاد الجزئي إلى حماية النظام العام دون هدم المركز القانوني للفرد بشكل كامل, فالقاضي الوطني يخرج كل ما يمس السيادة والأخلاق وترك القواعد الفنية والتنظيمية للقانون الأجنبي ويجعل فكرة النظام العام فكرة مرنة تتدخل بالقدر الذي تقتضيه الضرورة(حافظ، د.ت ، ص٣٠٥).

نرى أن القاضي الوطني يتمتع بسلطة تقديرية واسعة في تحديد إذا كانت المخالفة قابلة للتجزئة أم لا، فإذا وجد القاضي أن الجزء المخالف يرتبط ارتباطاً عضوياً مع الأجزاء الأخرى في القانون الأجنبي فإنه يقوم باستبعاد ذلك القانون كلياً، أما إذا رأى أنَّ الانفصال جائز فإنه يقوم باستبعاد الجزء المخالف فقط.

وتخضع سلطة القاضي بهذا الصدد لرقابة محكمة النقض أو التمييز لضمان عدم تعسف القاضي في تلك السلطة.

ونرى أنَّ هذا الأمر يتجلى في قضايا التعويض عن الأضرار، فالقاضي يستبعد قاعدة أجنبية تحدد حد منخفض للتعويض يعتبره القاضي الوطني مخالف للنظام العام، ولكنه يطبق القانون الأجنبي في إثبات الخطأ والضرر، ونرى أنَّ عمل القاضي وازن بين مفهوم العدالة والحفاظ على النظام العام.

وعند استبعاد القانون الأجنبي كلاً أو جزءاً فنكون في فراغ تشريعي، ومن هنا تبرز الحاجة إلى إيجاد قاعدة قانونية تحكم النزاع، وهذا يسمى بالأثر الإيجابي الذي سنبحثه في الفرع الثاني.

الفرع الثاني

الأثر الإيجابي (الإحلال)

عند استبعاد القانون الأجنبي كلاً أو جزءاً ينشأ ما يسمى بالفراغ التشريعي، فالقاضي الوطني لا يمكن أن يمتنع عن الفصل بالخصومة فلا بد له البحث عن قانون بديل يحل محل القانون المستبعد، وهذا ما يسمى بالأثر الإيجابي الذي يتمثل بصوريتين:

أولاً : تطبيق قانون القاضي:

القاعد العامة والمستقرة في القانون الدولي الخاص هو أن قانون القاضي هو صاحب الاختصاص الاحتياطي عند استبعا القانون الأجنبي بموجب النظام العام (عبدالله، د.ت، ص٤٢٥).

ويرى بعض الفقه أنَّ قانون القاضي هو القانون الطبيعي لحكم النزاع بمجرد خروج القانون الأجنبي من الساحة، فالقاضي الوطني عندما يستبعد قانون أجنبي لاصطدامه بالنظام العام فإنه يفعل ذلك انتصاراً لقيمة الوطنية، فلابد أن يملأ الفراغ بقواعده الوطنية التي تجسد تلك القيم، وكذلك القاضي الوطني يطمئن لقانونه ويعرف خفاياه وهو الأقدر على تحقيق التوازن الذي اختل بسبب استبعاد القانون الأجنبي(صادق، د.ت، ص٥٢٠).

ولا يتوسع القاضي في تطبيق قانونه إلا في حدود ما تقتضيه الضرورة لملء الفراغ الناتج من استبعاد القانون الأجنبي، فإذا كان الاستبعاد جزئياً فإن الإحلال يكون جزئياً.

وانتقد بعض الفقه هذا الرأي حيث يشير إلى ضرورة بحث القاضي عن اقرب قانون أجنبي يتفق مع النظام العام بدل من تطبيق قانونه مباشرة عن النزاع، وذلك احتراماً لإرادة الأطراف أو الطبيعة القانونية(عبد الرحمن، د.ت، ص٣١٠).

ثانياً: إمكانية تطبيق قانون أجنبي آخر:

رغم أنَّ الأصل هو تطبيق قانون القاضي إلا أنَّ هناك حالات استثنائية تسمح بالبحث عن قانون أجنبي آخر لملء الفراغ ، فإذا كان القانون الأجنبي يشير حسب قواعد الأسناد فيه إلى تطبيق قانون دولة ثالثة، وكان هذا القانون لا يخالف النظام العام في دولة القاضي فعلى القاضي أن يطبق هذا القانون، ويتطلب هذا الأمر مجهوداً من القاضي للبحث عن ذلك القانون ومدى توافقه مع النظام العام لدولته.

وفي بعض النزاعات يحل محل القانون الأجنبي ما يسمى بقواعد التطبيق المباشر في دولة القاضي أو دولة أخرى، ويرى بعض الفقه أنَّ هذه القواعد تصبح المرجع الوحيد لتنظيم العلاقة خاصة في منازعات التجارة الدولية والتحكيم(زكي، د.ت، ص١٨٥).

ويشير البعض الآخر من الفقه إلى تطبيق مبادئ القانون الطبيعي ومبادئ العدالة، فالقاضي هنا يستلهم من روح النظام العام حلاً عادلاً يملأ به الفراغ ولا يخرج عن الإطار القيمي للدولة (رياض، د.ت، ص٣٧٠).

ونحن نرى إعطاء القاضي الوطني السلطة الواسعة في تحديد القانون الواجب على النزاع في حالة استبعاد القانون الأجنبي كلاً أو جزءاً،

ويطبق في هذه الحالة إما قانونه الوطني أو قانون دولة أخرى لا تتقاطع مع النظام العام لدولة القاضي، وهذا الرأي ينسجم مع مبادئ العدالة ومع النظام العام.

المبحث الثالث

موقف التشريعات العربية المعاصرة من هذا الموضوع

لا تكتمل الدراسة التأصيلية للنظام العام إلا بالوقوف على كيفية إنزال هذه الفلسفة على ارض الواقع العملي، أما لتشريعات العربية رغم استقاتها من مصادر مشابهة إلا أنها تتفاوت في درجة التشدد والانفتاح حيال القانون الأجنبي بناءً على موروثها الثقافي والقانوني، وسنسلط في هذا المبحث الضوء على التشريعات الحديثة في القوانين العربية (مصر، العراق، دول الخليج) وكيفية موازنة القضاء بين مقتضيات النظام العام والالتزامات الدولية.

المطلب الأول

النظام العام في القوانين العربية والغربية

الفرع الأول

الاتجاهات الحديثة في التشريعات العربية

تميزت التشريعات العربية بوضع النظام العام كحارس قيمي لاسيما في المسائل التي تمس الهوية الدينية والاجتماعية.

أولاً: ملاح النظام العام في الأحوال الشخصية :

تعدّ مسائل الأحوال الشخصية (الزواج، الطلاق، النسب، المواريث) هي الميدان الخصب لأعمال الدفع بالنظام العام في الدول العربية نظراً لارتباط هذه المسائل الوثيق بالشريعة الإسلامية .

١ – <u>الموقف من الاختلاف في الدين والجنس</u> :

أكدت التشريعات العربية مثل المادة (٣٢) من القانون المدني العراقي والمادة (٢٨) من القانون المدني المصري أن القانون الأجنبي لا يجوز تطبقه إذا خالف النظام العام وفي تطبيقات القضاء العربي، استقر الرأي على أن القانون الأجنبي الذى يبيح زواج المسلمة من غير المسلم يعدّ مخالفاً للنظام العام بصفة قطعية وتم استبعاده دون تردد، ويرى الفقه (عبد الله، د.ت، ص٤٥٥)، أنَّ الإبعاد ليس عداء للقانون الأجنبي، بل هو حماية لتماسك الأسرة الذي يقوم في الدول على أساس ديني ودستوري.

٢– <u>إشكالية تعدد الزوجات والطلاق</u> :

بينما تعتبر الدول العربية تعدد الزوجات والطلاق بالإرادة المنفردة من المبادئ المقبولة، فإن القوانين الأجنبية التي تحظر التعدد أو تمنع

الطلاق تعتبر أحياناً مخالفة للنظام العام إذا طبقت على مواطنين عرب في الخارج أو أجانب مسلمين في الداخل (عبد الرحمن، د.ت، ص٣٢٠).

وأشار بعض الفقه(سلامة، د.ت، ص٧٥٠)، أنَّ القضاء العراقي والمصري قد توسعا في مفهوم النظام العام ليشمل الآثار المالية المترتبة على الانفصال، فإذا كان القانون الأجنبي يقرر نفقة مدى الحياة للمطلقة بشكل يتجاوز مفهوم النفقة في الشريعة ، قد يتدخل النظام العام للحد من هذا الأثر.

٣- <u>النسب والتبني</u>:

يعدّ التبني من أوضح الأمثلة للتصادم بين القوانين العربية والأجنبية، فالدول العربية (باستثناء تونس) (الناهي، د.ت، ص٢٢٠) لا تقر التبني كسبب للنسب، لذا فإن أي قانون أجنبي يرتب آثار للتبني (كالميراث أو ثبوت النسب كامل) يجابه بسد منيع من النظام العام، وقد قضت محكمة التمييز في عدة دول خليجية بان الاعتراف بالتبني الصادر بموجب قانون أجنبي هو المساس بجوهر العقيدة الاجتماعية والقانونية للدولة، ومن ثم لا يجوز الاعتراف بآثاره على إقليمها(حكم محكمة التمييز الكويتية الطعن رقم ١٢ لسنة ١٩٩٠ / أحوال شخصية) (عبد الكريم، د.ت، ص٣٣٥).

ثانياً: <u>ملامح النظام العام في المعاملات المالية والتجارة الدولية</u>:

نجد أنَّ النظام العام في المعاملات المالية يتسم بمرونة أكبر (نظام عام مخفف) لتشجيع الاستثمار والتبادل التجاري.

١ - <u>التعامل مع الفوائد الربوية</u>:

هذه من أدق المسائل، فبينما تحرم الشريعة الربا، نجد أنَّ قوانين التجارة العربية (خاصة في مصر والأمارات) أجازت الفوائد البنكية ضمن حدود معينة (المادة (٢٢٦) من القانون المدني المصري).

ويثار التساؤل، هل القانون الأجنبي الذي يقرر فوائد عالية مخالف للنظام العام ؟

يرى القضاء الإماراتي والكويتي أنَّ أصل الفائدة ليس مخالفاً للنظام العام التجاري، ولكن الفائدة الفاحشة أو القائدة على متجمد الفوائد هي التي تستبعد لمخالتها النظام العام الاقتصادي، وهذا التوجه يعكس رغبة المشرع العربي في الانخراط في النظام المالي العالمي مع الحفاظ على العدالة التعاقدية (صادق، د.ت، ص٥٥٥).

٢- <u>النظام العام وعقود العمل والاستهلاك</u>:

ظهر في القوانين العربية الحديثة (مثل قانون العمل الإماراتي الجديد وقانون الاستهلاك المصري) نوع جديد من النظام العام هو النظام

العام الحمائي والذي بموجبه لا يجوز تطبق قانون أجنبي ينتقص من حقوق العامل أو المستهلك المقررة في قانون القاضي، وإن هذا النوع من النظام العام هو نظام عام إيجابي يفرض قواعده الوطنية كقواعد تطبيق مباشر لا يجوز الالتفاف عليها باختبار قانون أجنبي أقل حماية (حافظ، د.ت، ص٣٤٠).

٣- التحكيم التجاري الدولي وحماية الأحكام الأجنبية:

في إطار اتفاقية نيويورك ١٩٥٨ أصبحت الدول ملزمة تنفيذ أحكام التحكم الأجنبية ما لم تخالف النظام العام واقتصرت قرارات المحاكم السعودية والقطرية على المبادئ الكلية للنظام العام في مواضيع التحكيم دون الدخول بالتفاصيل الإجرائية، وذلك كدعم لبيئة الدولة الاستثمارية، ويؤكد بعض الفقه أنَّ التوسع في الدفع بالنظام العام لعرقلة تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية يضر بالسمعة الائتمانية للدولة لذلك يميل القضاء لتقييده بأضيق الحدود (والي، د.ت، ص٦٠٠).

وأخيراً نلاحظ أنَّ التشريعات العربية المعاصرة بدأت تفرق بين النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي، ويمنع الأفراد من الاتفاق عليه في عقودهم الداخلية، وقد يتسامح به إذا كان العقد دولياً، وكان القانون الأجنبي هو المطبق طالما لم يمس السيادة أو الأخلاق العامة، وهذا يؤدي إلى استقرار العاملات الدولية.

الخاتمة

في ختام دراستنا هذه حول ماهية النظام العام ودوره في التنازع الدولي، وقد حاولنا عبر المباحث الثلاث تحليل هذا المفهوم للوصول إلى نتائج معينة نلخصها بما يلي :

١- مرونة هذا المفهوم وصعوبة حصره، وبالتالي لم يتم وضع تعريف جامع مانع له، وذلك حتى يتمكن القضاء من مواكبة التطورات والتحولات الاجتماعية والاقتصادية.

٢- هناك تفرقة بين النظام العام الداخلي والدولي، وهي حجر الزاوية في استقرار المعاملات الدولية، فلا يمكن للدولة أن تستخدم النظام العام الداخلي لاستبعاد القوانين الأجنبية؛ لأنَّ الدولة تكون في عزلة دولية، فالنظام العام الدولي هو النسخة الأكثر تسامحاً التي تضمن الحد الأدنى من الحماية دون الإخلال بالتعاون الدولي.

٣- الأثر المزدوج للنظام العام، فالنظام العام لا يكتفي بالأثر السلبي، بل يذهب إلى الأثر الإيجابي عبر إحلال قانون القاضي أو قانون آخر، وذلك لعدم حدوث الفراغ التشريعي لعدم ضياع الحقوق.

٤ – التحول نحو النظام العام الاقتصادي والحمائي، فبعد أن كان التركيز على الأخلاق والآداب أصبح النظام العام يسري لحماية المنافسة والمستهلك ومنع الاحتكار، وهذا النظام يرسم ملامح العلاقات الدولية المعاصرة

٥– خصوصية النظام العام في التحكيم التجاري الدولي وأصبح نظاماً عابراً للحدود، وهذا النظام يفرض على المحكمين واجبات تتجاوز حدود الدولة الواحدة مثل محاربة الفساد والرشوة الدولية.

التوصيات والمقترحات:

بناءً على النتائج السابقة نقدم مقترحات وتوصيات لتعزيز فعالية النظام العام وتحقيق التوازن المنشود وهي:

١– ضرورة النص في قوانين المرافعات من التفرقة بين النظام العام الداخلي والدولي لتقيد سلطة القاضي في استبعاد القانون الأجنبي في المسائل المالية والتجارية مع الاحتفاظ بالتشدد في مسائل الأحوال الشخصية.

٢– على القاضي الوطني التحري عن الضرر البالغ من تطبيق القانون الأجنبي فلا يكفي أن يخالف هذا الأخير النظام العام، لكي يستبعد بل يجب أن تكون النتيجة من تطبيقه لا يمكن التغاضي عنها بالإضافة إلى ضرورة تسبيب الدفع بالنظام العام تسبيباً دقيقاً.

٣ – نقترح التوسع في أعمال نظرية الأثر المخفف للنظام العام خاصة بالاعتراف بالحقوق المكتسبة في الخارج، فلا يمكن حرمان الأفراد من الحقوق التي اكتسبوها في الخارج.

٤– ضرورة عقد دورات تدريسية للقضاة حول فلسفة القانون الدولي الخاص والاتجاهات الحديثة في القضاء المقارن تمكنهم من الموازنة الدقيقة بين التزامات الدولة الدولية وحماية المصلحة الوطنية العليا.

وأخيراً عسى أن أكون قد وفقت في بحثي هذا والله الموفق .

المصادر

١. خلف(2022) ، أرميض عبيد ، نظرية الإحالة في القانون الدولي الخاص بين القبول والرفض :نظرة في القوانين المقارنة وآراء الفقه وأحكام القضاء، مجلة كلية القلم الجامعة.

٢. رياض (د.ت)، فؤاد ، مبادئ القانون الدولي الخاص ، دار النهضة العربية، القاهرة.

٣. الزاملي (2021)، إلهام فاهم نغيش حسن العلاقة التكاملية بين القواعد الموضوعية وقواعد الإسناد في نطاق القانون الدولي الخاص، مجلة كلية القلم الجامعة.

٤. زكي (د.ت)، حامد ، القانون الدولي الخاص المصري والمقارن، القاهرة.

٥. سلامة (د.ت)، أحمد عبد الكريم ، علم التنازع في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة

٦. صادق (٢٠٠١) هشام علي، تنازع القوانين، منشأة المعارف، الإسكندرية.

٧. عبد الرحمن(د.ت) ، جابر جاد ، القانون الدولي الخاص العربي، ج٢، منشأة المعارف، الإسكندرية.

٨. عبدالعزيز (د.ت)، محمد كمال، التقنين المدني في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف، الإسكندرية.

٩. عبدالكريم (د.ت) ممدوح ، القانون الدولي الخاص، بغداد.

١٠. عبدالله (د.ت)، عز الدين ، القانون الدولي الخاص، ج٢، دار النهضة العربية، القاهرة.

١١. النهاي (د.ت)، صلاح الدين الناهي، مبادئ القانون الدول الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة.

١٢. والي (د.ت)، فتحي ، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، الإسكندرية.

13. Battifolel lagarde, Droit international prive L.G.D. J, ParisL.G.D.J.