AJRS
https://albalqajournal.ammanu.edu.jo/
المجلد (26) العدد (1) 2023
10.35875/1105-026-001-004
الاستلام: 26/8/2022
القبول: 8/12/2022

مجلة البلقاء للبحوث والدراسات

الدفع بالنظام العام لاستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق دراسة للأثر المخفف أو الملطف

محمد صالح ملفي القضاة
جامعة الزرقاء، كلية الحقوق، قسم القانون الخاص ،القانون المدني

Mohammadqudah84@yahoo.com 0786711111 /0798134010

الملخص

إذا ما أشارت قاعدة الإسناد الوطنية باختصاص قانون أجنبي، ليطبق على علاقة قانونية مشوبة بعنصر أجنبي؛ من المتصور أن يصطدم القاضي الوطني ببعض الحقوق والمراكز القانونية التي نشأت في الخارج بشكل صحيح ضمن قانون أجنبي، والتي يريد أصحابها التمسك بآثارها، ومن المتعارف علية أنّ الدفع بالنظام العام بالنسبة لإنشاء الحقوق في دولة القاضي يختلف عن الاحتجاج بآثارها القانونية، وإذا ما كان الدفع بالنظام العام يعمل بقوة في الحالة الأولى؛ فإنّه يتراجع كثيرًا في الحالة الثانية، وبالأخص أمام الحقوق المكتسبة والعلاقات المستقرة، رغم الاختلاف الذي نشأت هذه الحقوق في كنفه وقانون القاضي الوطني، وقد كان هذا الوضع وراء خلق فكرة النظام العام المخفف أو الأثر الملطف للنظام العام، وهو ما تبناه القضاء في العديد من الأحكام التي وافقت آراء الفقهاء بهذا الصدد؛ بهدف السماح في أحوال معينة بتطبيق القانون الأجنبي رغم مخالفته النظام العام الداخلي، وتهدف الدراسة إلى تخفيف أثر الدفع بالنظام العام في الحقوق التي اكتسبت بالخارج وتخفيف صرامته بشكل موافق للقانون الذي نشأت بموجبه، ولقد اتبعت المنهج الوصفي التحليلي المقارن، والذي من خلاله توصل الباحث إلى مجموعة من النتائج، بالإضافة إلى بعض التوصيات أبرزها الاعتراف بالحقوق المكتسبة في الخارج، وهو تلطيف لمفعول النظام العام، ولا يعني استبعادًا كليًا لفكرة الدفع بالنظام العام في جميع الأحوال بالنسبة لأي حق اكتسب بالخارج، وتم طرح النزاع المتعلق به أمام القاضي الوطني ، هناك ضرورة لوجود نص في التشريع الأردني يخضع فيه الدفع بالنظام العام لرقابة محكمة التمييز في دولة القاضي؛ لأنّ خبرة محكمة التمييز في فهم القانون الأجنبي وتفسيره، وفهمها لقصد المشرع الأجنبي أعمق من فهم القاضي المنفرد.

الكلمات المفتاحية

استبعاد القانون الأجنبي، الآثار المخففة، الأثر الانعكاسي، القانون الدولي الخاص، النظام العام، مقتضيات النظام العام.

/https://albalqajournal.ammanu.edu.jo
Vol.(26) No.(1) 2023
10.35875/1105-026-001-004
Received: 26/8/2022
Accepted: 8/12/2022

Al-Balqa Journal
for Research and Studies

The Effect of Public Order in Excluding Foreign Governing Law Comparative Study

Mohammad Saleh Al-Qudah
Zarqa University

0786711111 /0798134010 Mohammadqudah84@yahoo.com

Abstract

It is conceivable that the national judge will clash with some rights and legal positions that have properly originated abroad within a foreign law, and whose owners want to adhere to their effects and if the public order payment works strongly in the first case; In the second case, it regresses a lot, especially in the face of acquired rights and stable relations, despite the difference that these rights arose under its authority and the law of the national judge, and this situation was behind the creation of the idea of mitigating public order or the mitigating effect of public order, which was adopted by the judiciary in many rulings that agreed with the opinions of jurists in this regard. With the aim of allowing, in certain circumstances, the application of foreign law despite its violation of the internal public order the comparative analytical descriptive approach was followed, through which the researcher reached a set of results in addition to some recommendations, most notably the recognition of rights acquired abroad, which is a softening of the effect of public order, and does not mean a complete exclusion of the idea of advancing public order in all cases for any right acquired abroad. Dispute related to it before the national judge It is a softening of the effect of public order.

Key words

Exclusion of Foreign Law, Mitigating Effects, Private International Law, Public Order Requirements, Public Order, Reflexive Effect.

المقدمة

تعدّ فكرة النظام العام من أهم الأفكار في علم القانون، إذ توجد قواعد آمرة في القانون الداخلي؛ فلا يجوز للأطراف الخروج عليها أو الاتفاق على مخالفتها؛ إذ يعدّ النظام العام قيدًا على مبدأ سلطان الإرادة. كما يهدف النظام العام إلى حماية المبادئ والأسس العامة الاقتصادية والاجتماعية والسياسية والدينية، إلا أنّ النظام العام في مجال القانون الدولي الخاص يهدف إلى الأهداف ذاتها بطريقة مختلفة؛ فالنظام العام في القانون الداخلي يهتم بالقاعدة القانونية الوطنية، أما في القانون الدولي الخاص؛ فيتحقق عبر الدفع والاعتراض على تطبيق الأحكام الموضوعية في القانون الأجنبي الواجب التطبيق من خلال قواعد الإسناد الوطنية، وذلك عند وجود تعارض بين هذه الأحكام والأسس الجوهرية في دولة القاضي، فالنظام العام هو المراقب على القواعد القانونية في القانون الأجنبي الواجب التطبيق، بينما يمثل النظام العام في القانون الداخلي الحماية للقواعد القانونية ضمن نطاق أعمالها داخليا في بلد القاضي.

وعليه، سنتناول في هذه الدراسة فكرة النظام العام، وأثره في العلاقات الدولية الخاصة ضمن فكرة تنازع القوانين.

وقد نصت المادة (29) من القانون المدني الأردني على: "لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته النصوص السابقة؛ إذا كانت هذه الأحكام تخالف النظام العام، أو الآداب العامة في المملكة الأردنية الهاشمية"، وقد أخذت بهذا المبدأ تشريعات دول عديدة عربية وأجنبية .

فإذا كان النظام العام قد حظي بتعريفات عديدة ومختلفة؛ فإنّه من المتفق عليه أنّه يمثل مجموعة الأسس الدينية والسياسية والاقتصادية التي يقوم عليها المجتمع في زمن معيّن، بل إنّ مضمونه يختلف في المجتمع الواحد من زمن لآخر؛ الأمر الذي دفع بعضهم إلى القول: إنّه إذا كنا نجهل محتوى النظام العام؛ فإننا نعرف ما يرمي إليه.

ومن المتصور أن يصطدم القاضي الوطني ببعض الحقوق والمراكز القانونية التي نشأت في الخارج بشكل صحيح ضمن قانون أجنبي، والتي يريد أصحابها التمسك بآثارها، كأن يتمسك شخص بطلاق وقع بالخارج في بلد يحرم قانونه الداخلي فكرة الطلاق، فهل يعترف القاضي المثارة أمامه المسألة بآثار هذا الطلاق، أم يرفضه بحجة تعارضه مع النظام العامّ؟

إنّ الدفع بالنظام العام بالنسبة لإنشاء الحقوق في دولة القاضي يختلف عن الاحتجاج بآثارها القانونية، وإذا ما كان الدفع بالنظام العام يعمل بقوة في الحالة الأولى؛ فإنّه يتراجع كثيرًا في الحالة الثانية، وبالأخص أمام الحقوق المكتسبة والعلاقات المستقرة، رغم الاختلاف الذي نشأت هذه الحقوق في كنفه وقانون القاضي الوطني.

وقد كان هذا الوضع وراء خلق فكرة النّظام العام المخفف أو الأثر الملطف للنّظام العام، وهو ما تبناه القضاء في العديد من الأحكام التي وافقت آراء الفقهاء بهذا الصدد؛ بهدف السماح في أحوال معينة بتطبيق القانون الأجنبي رغم مخالفته النظام العام الداخلي.

أهمية البحث

تكمن أهمية هذا البحث في أنّ إعمال موانع تطبيق القانون الأجنبي المختص للفصل في النزاع بموجب قواعد الإسناد الوطنية؛على اعتبار أن النظام العام صمام الأمان الذي يمنع تسلل أي قانون أجنبي، يتعارض مع المبادئ الأساسية للقانون الوطني، كما أنّها تقف بالمرصاد لكل محاولة للتلاعب في ضوابط الإسناد بقصد التهرب من إحكام القانون الواجب التطبيق، وإنّ الحالات التي يستبعد فيها تطبيق القانون الأجنبي المختص تكون ذات طابع استثنائي؛ وفي ذلك جانب كبير من الأهمية في مجال تنازع القوانين، يتجلّى في تغيير قواعد الإسناد، وما يترتب عليه من تغيير في القانون المختص لحكم النزاع المطروح، كما أنّ إعمال موانع تطبيق القانون الأجنبي ينبغي أن يكون مقرونا بالحكمة والاعتدال؛ بحيث لا يلجأ إليه إلا في الحالات التي تستدعي حماية المبادئ العامة والأساسية في مجتمع دولة القاضي.

إنّ الإعمال المطلق لفكرة الدفع بالنظام العام، من أجل استبعاد القانون الأجنبي قد يمس بالمراكز القانونية والحقوق التي نشأت في ظل قانون يسمح بها وبشكل صحيح.

مشكلة البحث

يهتم الأثر المخفف للنظام العام بالمراكز القانونية التي نشأت في الخارج وامتد أثرها إلى دولة القاضي، وعليه، يجب أن نفرق بين نشوء الحق في دولة القاضي، وبين نشوء الحق ذاته خارج إقليم دولة القاضي، وقد امتد أثره إلى دولة القاضي، وهذا ما حدا ببعض الدول إلى التساهل في إعمال النظام العام كدفع لاستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق دعما للعلاقات الدولية.

وقد أخذ المشرّع الأردني صراحة بهذا المبدأ في المادة (12 /1) من القانون المدني، فقد تبنى المشرّع في هذه المادة امتداد آثار الحق الذي نشأ في الخارج إلى المملكة، وترتبت آثاره ضمن وجود نقص في الأهلية للطرف الأجنبي ضمن معيار محدد.

من أجل تجسيد أهمية البحث؛ لا بدّ من الإجابة عن مجموعة من التساؤلات التي تمثل مشكلة البحث أو إشكاليته، والتي تعد جوهر نظرية الدفع بالنظام العام لاستبعاد القانون الأجنبي بصفة كلية أو جزئية، وهي على النحو الآتي:

1. ما مدى إعمال فكرة الأثر المخفف للنظام العام؟ وهل يؤثر في الحقوق التي اكتسبت بشكل صحيح في الخارج؟
2. هل يمكن إعمال فكرة الأثر المخفف للنظام العام في اكتساب الحقوق التي تخالف الشريعة الإسلامية في البلدان العربية؟
3. كيف تعاملت القوانين المقارنة مع مفهوم النظام العام وأثره المخفف في العلاقات الخاصة الدولية؟
4. هل ينعكس أثر النظام العام الأجنبي؛ فيؤثر في الحلول المأخوذ بها في دولة القاضي، أم أنّه لا يعتد بهذه الفكرة، ويجري استبعاد القانون الأجنبي؛ لمخالفته قواعد النظام العام؟

أهداف الدراسة

- كشف النقاب عن أهم حالات الاستبعاد للقانون الأجنبي المختص، بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية، ومدى تأثير ذلك في العلاقات الخاصة الدولية.
- إبراز مدى فاعلية المادة (29) من المدني الأردني في الوصول إلى قصد المشرّع من فكرة الدفع بالنظام العام.
- تخفيف أثر الدفع بالنظام العام في الحقوق التي اكتسبت بالخارج، وتخفيف صرامته بشكل موافق للقانون الذي نشأت بموجبه.

منهجية الدراسة

اعتمد الباحث على المنهج التحليلي لنصوص القانون المدني الأردني، ومقارنته بنصوص القوانين الأخرى، والمقارنة بين القانون المدني الأردني والقوانين الأجنبية؛ كالقانون المصري، والفرنسي؛ لمعرفة كيفية علاج مشكلة البحث في مختلف النظم القانونية. والاستعانة بالأحكام القضائية إن وجدت؛ لمعرفة التطبيق العملي لموضوع البحث، مع الاستعانة بالشروحات الفقهية؛ للوقوف على الآراء التي تناولت فكرة النظام العام في مجال القانون الدولي الخاص، وأثره في استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق.

الدراسات السابقة

لم يجد الباحث في حدود بحثه في الدراسات السابقة أي دراسة متخصصة في بيان الأثر المخفف للدفع بالنظام العام، والشروط التي يجب توافرها لإثارة هذا الدفع، ولكنني وُجدت بعض الدراسات قد تضمنت هذا الدفع ضمن أحد مطالبها أو أجزائها، وهي:

1. نحو تضييق النظام العام لمصلحة القانون الأجنبي في سياق القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة، إبراهيم خالد يحيى، بحث منشور في مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية، 2019.
2. الدفع بالنظام العام وأثره، د.سلطان عبد الله محمود، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، المجلد (12)، العدد (43)، لسنة 2010.
3. الأثر المخفف للنظام العام في القانون الدولي الخاص، د.كمال كحيل، بحث منشور في مجلة الحقيقة، جامعة إدرار، الجزائر، العدد 29.

هيكلية البحث

تم تقسيم هذه الدراسة إلى مبحثين رئيسيين يمثلان هذه الدراسة، وأتى المبحث الأول بعنوان: (الآثار المخففة أو الملطفة للدفع بالنظام العام). أما المبحث الثاني؛ فكان بعنوان: (أثر النظام العام الأجنبي في دولة القاضي –الأثر الانعكاسي). فضلا عن المقدمة والخاتمة.

المبحث الأول

الآثار المخففة أو الملطفة للدفع بالنظام العام

يهتم الأثر المخفف للنظام العام بالمراكز القانونية التي نشأت في الخارج وامتد أثرها إلى دولة القاضي، وعليه، يجب أن نفرق بين نشوء الحق في دولة القاضي، وبين نشوء الحق ذاته خارج إقليم دولة القاضي وقد امتد أثره إلى دولة القاضي، وهذا ما حدا ببعض الدول إلى التساهل في إعمال النظام العام كدفع لاستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق دعمًا للعلاقات الدولية (دواس، 2001 ،245) ، ومثال ذلك القضية الإيرانية الفرنسية (Seyedi, 2014)

وقد أخذ القانون الدولي الخاص الفرنسي صراحة بهذا التوجه، وبصريح نص المادة 2/ 4، ومثال على هذا: كانت فرنسا تحظر الزواج

ذا الطابع الديني بين الأجانب؛ لأنّها تعتمد الزواج المدني، وإذا ما تزوج الأطراف خارج فرنسا بشكل ديني، وأرادوا الاعتراف بهذا الزواج داخل فرنسا؛ فيجب على القضاء الفرنسي إجازة هذا الزواج على اعتبار أن نشوء الحق قد تم خارج فرنسا، ولكن آثار هذا الزواج قد امتدت إلى الإقليم الفرنسي، مما أوجب تطبيقه، ولا توجد أي مشكلة في الاعتراف به (البلعاوي، 262،2003).

وهو ما أخذ به القضاء الفرنسي بالطلاق أيضا، إذ كان لا يسمح بالطلاق قبل عام 1448، وكان يرفض تطبيق القانون الذي يجيز التطليق، ورغم ذلك، حكمت محكمة النقض الفرنسية بجواز احتجاج الأجانب بالطلاق الذي تم خارج فرنسا(البلعاوي، 262،2003).

وقد أخذ المشرّع الأردني صراحة بهذا المبدأ في المادة (12/1) من القانون المدني بشأن النزاع المتعلق بالحالة المدنية للأشخاص، والتي ورد فيها: "يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم، ومع ذلك، ففي التصرفات المالية التي تعقد بالمملكة الأردنية الهاشمية، وتترتب آثارها فيها إذا كان أحد الطرفين أجنبيًا ناقص الأهلية، وكان نقص الأهلية يرجع لسبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الآخر تبيّنه؛ فإنّ هذا السبب لا يؤثر في أهليته"، فقد تبنى المُشرّع في هذه المادة امتداد آثار الحق الذي نشأ في الخارج إلى المملكة، وترتبت آثاره ضمن وجود نقص في الأهلية للطرف الأجنبي ضمن معيار محدد.

وعليه، قسّمنا هذا المبحث إلى مطلبين، على النحو الآتي:

المطلب الأول: مضمون فكرة الآثار المخففة أو الملطفة للنظام العام.

المطلب الثاني: مجال إعمال فكرة الأثر المخفف للنظام العام.

المطلب الأول: مضمون فكرة الآثار المخففة أو الملطفة للنظام العام

بداية، يجب أن نشير إلى أنّه عند إعمال فكرة الدفع بالنظام العام في مجال تنازع القوانين لاستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق؛ يجب أن نميّز بين فرضين؛ الأول: عندما يراد إنشاء حق أو مركز قانوني داخل دولة القاضي طبقا لقانون أجنبي مختص، تتعارض أحكامه كلها أو بعضها مع النظام العام لدولة القاضي. والثاني: عند مجرد الاحتجاج والتمسك بآثار الحق أو المركز القانوني الذي نشأ صحيحًا في الخارج وفقا لقانون أجنبي، تتعارض أحكامه مع النظام العام الداخلي لدولة القاضي (Batiffol & Lagarde, 1981, 424).

والأمر في كلا الفرضين مختلف، فعلى القاضي البحث بداية فيما إذا كان إنشاء الحق في دولته، وبحسب الفرض الأول، سيصطدم مع النظام العام أم لا، فإذا ما اصطدم هذا الحق بالنظام العام الداخلي؛ فعليه عدم إجازته ابتداء. أما بخصوص الفرض الثاني، فإنّ القاضي لا يبحث عن إنشاء الحق؛ كونه قد نشأ مسبقا في ظل قانون يجيزه، وكان يتوجب على القاضي البحث فيما إذا كان نفاذ هذا الحق والتمسك به قد يتعارض مع النظام العام في دولته (الحداد، 2005، 305).

ويمكن تفسير ذلك إذا ما كان التعارض بين القانون الأجنبي والنظام العام في دولة القاضي، عند إنشاء المراكز القانونية، يتطلب إجراءات أو يمر بظروف تتعارض مع مقتضيات النظام العام، وتكون هذه الإجراءات إجبارية لإنشاء هذا المركز القانوني أو الحق، فإذا ما تمت هذه الإجراءات في الخارج، ونشأ الحق صحيحا، وأريد التمسك به في دولة القاضي؛ فإنّه لا يخالف النظام العام، ولا يوجد مقتضى لإثارة الدفع بمخالفة النظام العام (عبدالله، 1969 ،540).

وعليه، قسّمنا هذا المطلب إلى فرعين، على النحو الآتي:

الفرع الأول: أسانيد فكرة الأثر المخفف للنظام العام ومبرراته.

الفرع الثاني: تطبيقات فكرة الأثر المخفف للنظام العام.

الفرع الأول: أسانيد فكرة الأثر المخفف للنظام العام ومبرراته

ترتكز فكرة التمسك بالأثر المخفف للدفع بالنظام العام، حول مركز قانوني نشأ في الخارج، وامتد أثره إلى دولة القاضي بالاستناد إلى قانون أجنبي واجب التطبيق على المركز القانوني وفقا لقاعدة الإسناد الداخلية، ومقتضيات العلاقات الدولية، والتعاون الدولي الذي يوجب على الدول التساهل في هذه المسألة؛ دعما لهذه العلاقات واستقرارها (عرفة، 1993، 153).

وقد استند من دافع عن هذه الفكرة إلى جملة من الأسانيد والمبررات، لعل من أبرزها:

- إنّ الشعور العام في دولة القاضي لا يتأثر بسبب إنشاء مركز قانوني في الخارج بالقدر نفسه والدرجة ذاتها فيما لو أنشئ هذا المركز في دولة القاضي، وهذا ما تبنته محكمة النقض الفرنسية في القضية

المعروفة بقضية "زيفر"(غصوب ،2008 ،224).

• إنّ الأخذ بفكرة الأثر المخفف للنظام العام يستند إلى فكرة الطابع الإقليمي للنظام العام، فإذا كانت المسألة أو الحق يضر بمصالح المجتمع، وقد اكتسب بالخارج؛ فإنّ خطرها سيزول بطبيعة الحال، ولا يوجد مانع في النظام العام الوطني من نفاذ هذا الحق (الكردي، 1995، 217).

فالمراكز القانونية، التي نشأت في الخارج في ظل قانون يسمح بها، أو يرتب لها أثرٌولو كانت تتعارض مع النظام العام في قانون القاضي، لا تتعارض آثارها بالضرورة مع النظام العام في بلده(ديب، 1995، 152). كما يرجع معيار هذا التمييز إلى درجه التسامح التي يقبل بها القاضي الوطني في مخالفة آثار المركز القانوني للنظام العام(المصري، 2003).

• إنّ الأخذ بهذه الفكرة يستند إلى أساس متين في مجال الأحوال الشخصية على وجه الخصوص، إذ تسمح هذه الفكرة باستقرار الحالة الشخصية للمواطنين والأجانب، واحترام المراكز القانونية التي تكونت بالفعل، والتي لا يمكن إهمالها أو إهدارها بأي حال من الأحوال(الكردي، 2008، 217).

• ويضيف الفقيه الفرنسي باتيفول (Batiffol) تبريرًا لفكرة الأثر المخفف للنظام العام؛ وذلك أنّها تستند إلى فكرة الحقوق المكتسبة، وأنّ الاعتراف بحق اكتسب نشأ خارج فرنسا يُعدّ أقل اصطداما مع المفاهيم الفرنسية بالمقارنة مع إنشاء الحق نفسه في فرنسا(دنيس لويد، 1956).

وتبرر محكمة النقض الفرنسية هذا الأثر، (Antoine Pillet est. ne a` Chambe`ry (Savoi) le 29 juillet 1857) الذي يعدّ مخففًا للنظام العام بوجود مستويات للتدخل ضد مخالفة النظام العام، فمستوى التدخل في إنشاء الحق في مجال الحقوق التي نشأت بالفعل يختلف عن مستوى التدخل في إنشاء الحق ابتداء.

• إنّ الأخذ بهذه الفكرة أمر تقتضيه طبيعة المعاملات الدولية، فإعمال صرامة الدفع بالنظام العام، بشأن مراكز قانونية تتم في الخارج، من شأنه الحد من قيام علاقات قانونية تمتد عبر الحدود بشكل قد يهدد العلاقات الخاصة الدولية، مما قد يصيب التجارة الدولية بأضرار بليغة (الكردي، 2008، 357).

الفرع الثاني: تطبيقات فكرة الأثر المخفف للنظام العام

أخذ القضاء الفرنسي في مسائل عديدة بفكرة الأثر المخفف للنظام العام بشأن التمسك بحق اكتسب في الخارج، كما رفض احترام هذا الحق إذا كان له أخطار مفرطة على النظام العام، وهذا ما يحتم رسم حدود لفكرة الأثر المخفف للنظام العام، وبفضل فكرة الأثر المخفف تمكّن القضاء الفرنسي والألماني من تبرير الاعتراف ببعض النظم المعروفة في الشريعة الإسلامية؛ مثل تعدد الزوجات والطلاق بالإرادة المنفردة، رغم عدم نشوئها داخل الإقليم الفرنسي، إلا أنّه لا يحول دون الاعتراف بآثارها إذا ما تمت صحيحة في الخارج، وفقا للقانون المختص بمقتضى قاعدة الإسناد الفرنسية، وقد تم الاعتراف للزوجة الثانية بالحق في طلب النفقة الزوجية، وحقها في الإرث والتعويض الذي طالبت به على أثر وفاة زوجها(غصوب، 2008 ،225).

كما حكم القضاء الفرنسي بتنفيذ حكم أجنبي بالتطليق بتراضي الزوجين، وفقا لما يقتضيه قانون جنسية الزوج، مع أنّ هذا الطلاق غير جائز في القانون الفرنسي انظر قرار محكمة السين بتاريخ 22اكتوبر 1956 (عبدالله، 1956، 552).

كما قضت المحاكم الفرنسية بأنّه: لا يجوز الاحتجاج في فرنسا بحق الملكية الذي يرد على المنقول، ولو اكتسب هذا الحق بالخارج وفقا لقانون الموقع المختص بموجب قواعد الإسناد الفرنسية؛ بحجة أنّ هذا القانون يجيز نزع الملكية دون تعويض حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في 17 يونيو 1985.(البستاني، 2004، 553).

وقد رفض القضاء الفرنسي الاعتراف بالطلاق الذي تم في الخارج بإرادة منفردة إذا كانت الزوجة المطلقة فرنسية أو مقيمة في فرنسا، ويبرر القضاء ذلك برغبته في حماية الفرنسيات أو المقيمات في فرنسا من حالة لجوء الأزواج إلى بلدانهم، ورفع دعوى الطلاق بإرادة منفردة (عبدالعال، 2004، 630).

كما رفضت محكمة النقض الفرنسية الطعن الذي قدمته الزوجة ضد قرار اعتراف بآثار حكم أجنبي، صادر عن محكمة برج بوعريريج بالجزائر في 16/5/1994(مريني، 2010).

وقد سار على هذا النهج القضاء الإنجليزي أيضا، إذ اعترف بآثار الزواج المتعدد والمعقود خارج إنجلترا، فاعترف بالأولاد من الزواج الثاني، وسلّم بحقهم في الإرث من والديهم، وحق الزوجات بالإرث من أزواجهنّ(المصري، 2009، 271).

وعليه، إذا كان الأثر المخفف للنظام العام يحد كثيرا من صرامة الدفع بالنظام العام، ويسمح للقانون الأجنبي بالامتداد إلى بلد القاضي بإقرار الحقوق المكتسبة في ظله، لاستقرار المراكز القانونية والعلاقات الدولية؛ فإنّ النظام العام قد يستعيد دوره وصرامته مجددا في الحالات الخطرة، مما يستوجب طرح التساؤل الآتي: ما المعيار أو المجال الذي يؤخذ به بالأثر المخفف للنظام العام؟ (زواتي، 2000، 275).

المطلب الثاني: مجال إعمال فكرة الأثر المخفف للنظام العام

إنّ فكرة الأثر المخفف للنظام العام فكرة مرنة ذات طابع عام، يتعيّن على القاضي اتباعها في كل قضية على حدة، وبحسب ظروف ومعطيات هذه القضية، ويتمتع القاضي فيها بسلطة واسعة في الاعتراف بآثار الحق الذي اكتسب في الخارج، كما أنّ الأخذ بفكرة النظام العام المخفف لا تعدّ إهدارا لآثار الحق المكتسب بالخارج، إذ يعدّ الاعتراف بهذا الأثر تلطيفا لمفعول النظام العام، وتخفيفا من شدته وصرامته. كما يتوجب على القاضي الموازنة بين هذه الآثار التي نتجت عن حق اكتسب بالخارج، وبين تقبل المجتمع المحلي لها (الهداوي، 2011، 193)، ولا يكون جزاء الاصطدام مع النظام العام في هذه الحالة بطلان العلاقة، إنّما عدم سريان أثرها في بلد القاضي (عبدالله، 1969، 541).

و لم يعترف القضاء الفرنسي بالحقوق المكتسبة في الخارج إذا لم تتفق مع مقتضيات النظام العام الفرنسي؛ إذ رفض الاعتراف بحق ملكية منقول اكتسب في الخارج وفقا لقانون يجيز نزع الملكية دون تعويض، وذلك يعرف بقضية التأمينات التي تحصل بالخارج ضد شركة أجنبية دون تحديد التعويضات مسبقا، "ومثال ذلك قضية الأسطول الروسي Laropit والمتمثل بإقدام روسيا على تأميم الأساطيل التجارية، إذ لجأ أحد الأساطيل إلى ميناء مرسيليا الفرنسي واسمه La ropit، وعندما طالبت روسيا بملكية بواخر هذا الأسطول مستندة إلى حقها المكتسب عليه وفقا للقانون السوفييتي (قانون الموقع السابق) رفض القضاء الفرنسي دعواها استنادا إلى أن تأميم هذه البواخر حصل بطريق نزع الملكية، وبطريقة غير عادلة وغير اعتيادية، فالحكومة السوفييتية لم تعوض المالكين عن هذا الإجراء، وهو ما يتنافى مع مبادئ احترام الملكية الخاصة، ولا يمكن الاعتراف به في فرنسا لتعارضه مع مقتضيات النظام العام الفرنسي" نقض فرنسي 14 مارس 1939 الجزء الأول المشار إلية في Batiffol المطول ص 416 مشار إلية في (صادق، 2014، 521).

كما رفض القضاء الفرنسي إعمال فكرة الأثر المخفف للنظام العام في العديد من الحالات، ومنها رفضه الاتفاق بشأن الحضانة المصاحب للانفصال، الذي تم صحيحه وفقا لقانون جنسية الزوجين المشتركة وهي المكسيكية، إلا أنّ أثره فيما يتعلق بعدم إمكان نقل حضانة الطفل إلى غيرهما يخالف مبدأ من مبادئ النظام العام الدولي في فرنسا، وهو تحقيق مصلحة الطفل التي تقتضي نقل حضانته إلى غير والديه (مريني، 2010).

وقد أخذ القضاء الفرنسي أيضا بهذا المبدأ الرافض لفكرة الأثر المخفف في العديد من القضايا، وبالأخص قضايا الأحوال الشخصية، فرفض الاعتراف ببعض آثار الزواج المتعدد، المنعقد في الخارج، كما رفض إجبار الزوج زوجته على مساكنته في بيت الزوجية، ورفض طلب الزوجة الثانية بالمطالبة بالمعونة الوطنية في فرنسا ما لم تكن الزوجة الأولى قد رحلت بصفة نهائية عن فرنسا، كما رفض الاعتراف بآثار الزواج الثاني إذا كانت الزوجة الأولى فرنسية أو مقيمة في فرنسا(المصري، 2009، 270).

ورفض أيضا إعمال فكرة الأثر المخفف في بعض المسائل المتعلقة بالطلاق بإرادة منفردة؛ مستندا إلى فكرة التحايل على الأثر المخفف، وعدم وجود رابطة بين النزاع وبين القانون الفرنسي انظر قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 01 مارس 1988(غصوب، 2008، 277).

ويتضح مما سبق، أنّه لا يوجد معيار ثابت يحدد أو يميز المجالات التي يتعين فيها على القاضي إعمال هذه الفكرة، إذ يملك القاضي سلطة واسعة وتقديرية في هذا المجال تختلف باختلاف الظروف، والسلطة التي أثير أمامها الدفع، وطبيعة الحق الذي اكتسب، ومكان اكتسابه، والآثار التي قد تنشأ عنه.

كما تجدر الإشارة إلى أنّ فكرة الأثر المخفف للنظام العام لم تلقَ قبولا في البلاد الإسلامية، التي تجعل الشريعة الإسلامية مصدرا عاما

لمسائل الأحوال الشخصية؛ إذ إنّ تطبيق الشريعة الإسلامية واجب على القاضي دون التمييز بين ما إذا نشأ الحق في الخارج ورتب أثرا داخل دولة القاضي، أم أنّه نشأ في دولة القاضي، فالإسلام ينكر إعمال فكرة الأثر المخفف للنظام العام، فلا يمكن للقاضي الاعتراف بآثار زواج نشأ صحيحا في الخارج بين شخصين من الجنس نفسه (المصري، 2003).

وقد حدد المُشرّع الأردني في المادة (13/ 2) من القانون المدني شرطًا صريحًا لصحة عقد الزواج ما بين الأجانب، أو بين أردني وأجنبي، وذلك عندما قال: "إذا رُوعِيْت فيه الأوضاع التي قررها قانون كل من الزوجين"؛ فيعد ذلك تطبيقا لفكرة الأثر المخفف للنظام العام، مع تمسكه الواضح بمبادئ الشريعة الإسلامية في هذا الصدد؛ لتعلقها بجوهر فكرة النظام العام، فقد وازن المُشرّع ، وأحسن بذلك، بين الفرضين، معللا ذلك بتمسكه بقواعد الشريعة الإسلامية من جهة، وحسن سير العلاقات الدولية من جهة أخرى، وهذا ما تبنته محكمة التمييز الأردنية في قراراتها(م 13/ 2القانون المدني الأردني).

المبحث الثاني: أثر النظام العام الأجنبي في دولة القاضي –الأثر الانعكاسي-

قد ينشأ الحق في دولة أجنبية وفقا لنظامها العام، ولكن قد يحكم هذا الحق قانون أجنبي، فإذا ما تطابق النظام العام الذي نشأ الحق في ظله مع النظام العام للبلد الذي رتب أثره، لا تثور أي إشكالية، أما إذا وجد اختلاف فهنا تبرز المشكلة.

وهنا، يبرز التساؤل الآتي: ما المقصود بالأثر الانعكاسي للنظام العام؟ وما موقف الفقه والقضاء من هذا الأثر؟

وبناء عليه، قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين، على النحو الآتي:

المطلب الأول: مفهوم الأثر الانعكاسي للنظام العام.

المطلب الثاني: موقف الفقه والقضاء من الأثر الانعكاسي للنظام العام.

المطلب الأول: مفهوم الأثر الانعكاسي للنظام العام

قد ينشأ الحق في دولة أجنبية نتيجة إعمال فكرة النظام العام في هذه الدولة، فهل يعترف بهذا الحق أمام القضاء الوطني؟، وبمعنى آخر؛ هل ينعكس أثر النظام العام الأجنبي؛ فيؤثر في الحلول المأخوذ بها في دولة القاضي؟

إن الحق الناشئ عن طريق إحلال قانون القاضي محل القانون الأجنبي المستبعد إعمالا للدفع بالنظام العام؛ يحتج به في دولة القاضي، ولكنه سوف يكون عديم الأثر في البلد المستبعد قانونه، أما الاحتجاج به في دولة ثالثة؛ فيتوقف على مدى موافقة مقتضيات النظام العام في هذه الدولة مع مقتضيات النظام العام في دولة القاضي (بالقاسم، 2008، 184).

ويذهب الفقه الحديث إلى التفرق بين الحالة التي يكون فيها النظام العام للدولة الأجنبية متطابقا مع النظام العام في دولة القاضي، والحالة التي لا يكون فيها متطابقا معه.

ففي الحالة الأولى يصح الاحتجاج في الدولة الأجنبية بآثار الحق المكتسب في دولة القاضي وفقا لمقتضيات النظام العام في دولته، وخلافا لما يقضي به القانون المختص. أما في الحالة الثانية؛ فإنّه لا يصح الاحتجاج بآثار الحق المكتسب في دولة القاضي طبقا لمقتضيات نظامه العام؛ لعدم تطابق هذه المقتضيات مع النظام العام للدولة الأجنبية، التي يراد الاحتجاج فيها بآثار هذا الحق(زواتي ،2000، 259).

فمثلا: لو أبرم زوجان يونانيان زواجهما في الجزائر بحسب الشكل المدني، وأرادا الاحتجاج بصحته في إحدى الدول العربية، فلا شك في أنّ لهما ذلك؛ لأنّ مقتضيات النظام العام بين الدول العربية في هذه المسألة متشابهة، والزواج فيها جميعا يتم وفقا لنظام مدني، ولكن هذه العلاقة سوف تكون عديمة الأثر في بلغاريا قبل قانون 1952؛ لأنّ قانونها السابق يستلزم الشكل الديني للزواج، ومن باب أولى؛ تكون العلاقة باطلة طبقا للقانون اليوناني الذي يستوجب، أيضا، الشكل الديني ولو كان الزواج قد أبرم في الخارج(زواتي ،2000، 259).

كما يقصد بالأثر الانعكاسي للنظام العام في مجال تنازع القوانين تطابق النظام العام الأجنبي مع النظام العام الوطني لدولة القاضي(صادق، 2014، 521 - 522) ، أو امتداد أثر النظام العام من دولة أجنبية إلى دولة القاضي؛ ما دام أنّ مفهوم النظام العام واحد في كلتا الدولتين(Paul Lagarde ,recherché sur l'order public en droit international prive1959-223) .

ولتوضيح هذه الفكرة، أشار الفقه الفرنسي إلى مثال الزواج الذي تم في بلجيكا بين بولنديين رغم اختلافهما في الدين، فبالرغم من أن قانون جنسيتهما المشترك هو القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية للزواج، وفقا لقواعد الإسناد البلجيكية التي تحظر الزواج في مثل هذه الحالة؛ إلا أنّ القضاء البلجيكي قد طبق قانونه الداخلي وسمح بهذا الزواج، مستبعدا أحكام القانون البولندي، محتجا في ذلك بالنظام العام؛ لكونه اعتد بالتفرقة الدينية بين الأزواج، وهنا، يثور التساؤل حول الاحتجاج بهذا الزواج في فرنسا، وبعبارة أخرى، هل يجوز الاعتراف بهذا الزواج، رغم أنّه تم بمقتضى إعمال فكرة النظام العام في دولة أجنبية (بلجيكا)؟ محكمة السين 15 فبراير 1922 Clu-net ص 397 المشار إليها في (صادق، 2014، 522).

لا توجد صعوبة في هذا الأمر إذا كان النظام العام الفرنسي لا يسمح بالاعتراف بالزواج الذي تم بين شخصين مختلفين دينيا؛ إذ يتعين في هذا الفرض أن ينظر إلى الزواج في فرنسا على أنّه باطل لمخالفته النظام العام، وأنّ الحق الناشئ في بلجيكا لا يحتج به في فرنسا؛ لكون القانون الفرنسي لا يعد الحق مكتسبا إلا إذا نشأ بشكل صحيح، وفقا للقانون الذي تشير إليه قواعد الإسناد الفرنسية، ويكون مختصا في حكم المسألة المثارة أمامه، وهو، هنا، قانون جنسية الزوجين، الذي رأينا أنّه يحظر الزواج في هذه الحالة (دواس، 2001، 522).

ويدقق في الأمر فيما لو اتحد مفهوم النظام العام في كل من فرنسا وبلجيكا؛ إذ يرى بعضهم أنّه لا يجوز الاعتراف بالزواج في فرنسا في هذه الحالة؛ لأنّ هذا الحق قد نشأ في بلجيكا نتيجة إعمال فكرة النظام العام، وهذه الفكرة فكرة وطنية بحتة، لا يجوز الاعتراف بآثارها خارج الإقليم (صادق، 2014، 522) .

بينما يرى بعضهم الآخر أنّه يجوز الاحتجاج بالزواج في فرنسا في هذه الحالة؛ إذ كيف نعيب على السلطات البلجيكية موافقتها على إبرام الزواج ما دام أنّ مسلكها في هذا الشأن يتفق مع المسلك الواجب الاتباع في فرنسا، فيما لو كان الزوجان قد طلبا إبرام زواجهما في فرنسا ابتداء، فطالما اتحدت فكرة النظام العام في كل من فرنسا وبلجيكا؛ جاز الاعتراف بالحق في فرنسا بمقتضى الأثر الانعكاسي للنظام العام البلجيكي(فهمي، 2008، 410).

ومع ذلك، فلا مفر في بعض الحالات من الاعتراف بالأثر الانعكاسي للنظام العام الأجنبي، حتى لو لم يتطابق هذا الأثر مع مضمون النظام العام في دولة القاضي، ويبدو ذلك جليا، وبصفة خاصة في العقود الدولية التي ينطبق بشأنها قانون إرادة الأطراف لأنّه من المتفق عليه أنّه لا يجوز للمتعاقدين الاتفاق، في العقود الدولية المبرمة فيما بينهم، على مخالفة القواعد الآمرة في القانون المختص، والذي وقع عليه اختيارهم؛ حتى لو كانت القواعد المماثلة في قانون القاضي لا تتعلق بالنظام العام، ولا شك في أنّ عدم اعتداد القاضي الوطني بأي اتفاق مخالف للنصوص الآمرة، في القانون الأجنبي المختص، يتضمن معنى الاعتراف بالأثر الانعكاسي للنظام العام الأجنبي(صادق، 2014، 523).

المطلب الثاني: موقف الفقه والقضاء من الأثر الانعكاسي للنظام العام

يترتب على إعمال فكرة الأثر الانعكاسي للنظام العام التخفيف من سطوته، والتمسك بالدفع به من أجل استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق، فالهدف الأساسي من إعمال هذا الأثر استقرار المعاملات الدولية، وتخفيف أثر الدفع بالنظام العام.

ويثور تساؤل مهم: هل ينعكس أثر النظام العام الأجنبي؛ فيؤثر في الحلول المأخوذ بها في دولة القاضي، أم أنّه لا يعتد بهذه الفكرة، ويجري استبعاد القانون الأجنبي لمخالفته قواعد النظام العام؟

وللإجابة عن هذا التساؤل؛ قسمنا هذا المطلب إلى فرعين، بحثنا في الأول موقف الفقه من الأثر الانعكاسي للنظام العام. وفي الثاني موقف القضاء من الأثر الانعكاسي للنظام العام.

المطلب الأول: موقف الفقه من الأثر الانعكاسي للنظام العام

انقسم الفقه بشأن هذه المسألة إلى عدة اتجاهات، فقد ذهب بعضهم (فهمي، 2008، 523) إلى القول بأنّ فكرة النظام العام فكرة وطنية بحتة، وعليه، فإنّ قانون الدولة الأجنبية، الذي يطبق الدفع بالنظام العام فيها، لا يتعدى أثره إلى إقليم دولة أخرى، حتى لو تطابق مفهوم النظام العام في كلتا الدولتين، وعليه، فإنّه لا يمكن بأي حال من الأحوال التمسك في بلد القاضي بآثار الحق الذي اكتسب في دولة أجنبية وفقا لمقتضيات النظام العام فيها، وخلافاً لما يقضي به القانون المختص بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية.

ويذهب جانب آخر من الفقه، ومنهم الفقيه "بيية"، الذي يعد أول من وضع اصطلاح الأثر الانعكاسي للنظام العام (Paul Lagarde,1960,223.)، وكذلك الأستاذ "نيوايية"، الذي اعترض على الاتجاه الأول المنكر للأثر الانعكاسي للنظام العام بصفة مطلقة؛ إلى أنّه يمكن اكتساب الحق في دولة القاضي إذا كانت فكرة النظام العام فيها مطابقة لفكرته في الدولة التي اكتسب فيها الحق، أو نشأ المركز القانوني ضمن قانونها، ولا يوجد أي مبرر لعدم الاعتراف بآثار الحق الذي نشأ في دولة أجنبية وفقا لمقتضيات النظام العام فيها، ومناط الاعتراف بالحق في دولة القاضي هو اتحاد فكرة النظام العام في دولة القاضي والدولة التي اكتسب بها الحق، وبناء عليه، إذا اتحدت فكرة النظام العام في تلك الدول نفذ الحق في دولة القاضي بمقتضى ما سماه الأستاذ "بيية" بالأثر الانعكاسي للنظام العام (فهمي، 2008، 521).

وقد ذهب الفقه الحديث إلى التمييز بين حالتين، هما:

الحالة الأولى: الحالة التي تتطابق أو تتشابه فيها مقتضيات النظام العام للدولة الأجنبية مع مقتضيات النظام العام في دولة القاضي، فهنا، يمكن الاحتجاج في دولة القاضي بآثار الحق المكتسب في الدولة الأجنبية، وفقا لمقتضيات نظامها العام، وخلافا لما يقضي به القانون المختص، إذ سيكون الأثر الانعكاسي للنظام العام مقبولا إذا كان الحل المتوصل إليه بمقتضى النظام العام الأجنبي؛ يتفق مع الحل الذي كان سيتم الوصول إليه بمقتضى النظام العام الوطني(سليمان، 2008، 157).

أما الحالة الثانية؛ فهي التي لا تتطابق فيها مقتضيات النظام العام الأجنبي مع مقتضيات النظام العام في دولة القاضي، وهنا، لا يصح الاحتجاج بآثار الحق المكتسب في الدولة الأجنبية أمام القاضي الوطني، ودليل ذلك أنّه عندما عرضت قضية زواج البولنديين، المشار إليها سابقا، على القضاء البولندي؛ قضى ببطلان الزواج مستندا في حكمه على التعارض الجوهري لفكرة النظام العام في بلجيكا عنه في بولندا(عبدالله، 1969، 158).

ويبرر الفقه الحديث رأيه في هذه المسألة بأنّ تطابق مقتضيات النظام العام في كل من دولة القاضي والدول الأجنبية ينتج عنه الوصول إلى النتيجة نفسها، فيما لو طرح النزاع ابتداء على القاضي الوطني، وعليه، فإنّه من غير المنطقي رفض الحل الذي قال به القاضي الأجنبي لمجرد أنّ هذا الحل قد تم الوصول إليه وفق مقتضيات النظام العام في دولته، إذا كانت هذه المقتضيات هي نفسها في دولة القاضي(بالقاسم ، 2008، 185) .

الفرع الثاني: موقف القضاء من الأثر الانعكاسي للنظام العام

في غياب معيار ثابت للتمييز بين حالات الأثر المخفف؛ منح القضاء سلطة تقديرية واسعة لتقدير هذه المقتضيات، فهو يقدر مقتضيات كل حالة على حدة، ومن خلال الموازنة بين الآثار التي سينتج عنها التمسك بالحق، أو المركز القانوني الذي نشأ بالخارج، وامتد أثره إلى دولة القاضي، ومدى تأثر الرأي العام الداخلي وتقبله لهذا الحق (وفا، 2004، 191) ؛ فإنّ الجزاء في هذه الحالة لا يكون إبطال هذه العلاقة القانونية، وإنّما يكون عدم نفاذها وسريانها في دولة القاضي(عبدالله، 1969، 553).

وقد جرت الكثير من التطبيقات القضائية على رفض الاعتراف بالحقوق المكتسبة إذا ما تعارضت بشكل كلي مع النظام العام الداخلي لدولة القاضي، ومن ذلك القرار الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 5 مارس 1928، الذي قضى بأنّه لا يجوز الاحتجاج في فرنسا بحق الملكية على منقول ولو اكتسب بالخارج وفقا لقانون الموقع إن كان يجيز نزع الملكية دون تعويض، والذي تمثل في إقدام روسيا على تأميم الأساطيل التجارية، إذ لجأ أحد هذه الأساطيل إلى ميناء مرسيليا الفرنسي واسمه La ropit، وعندما طالبت روسيا بملكية بواخر هذا الأسطول مستندة إلى حقها المكتسب عليه وفقا للقانون السوفييتي (قانون الموقع السابق)؛ رفض القضاء الفرنسي دعواها استنادا إلى أن تأميم هذه البواخر حصل بطريق نزع الملكية، وبطريقة غير عادلة وغير اعتيادية، فالحكومة السوفييتية لم تعوض المالكين عن هذا الإجراء، وهو ما يتنافى مع مبادئ احترام الملكية الخاصة، ولا يمكن الاعتراف به في فرنسا؛ لتعارضه مع مقتضيات النظام العام الفرنسي.

كما أقرت هذا المبدأ في قرار لها صدر بتاريخ 14 مارس 1939، حينما قضت مراعاة للنظام العام في فرنسا لصالح طالبي منقولات، تم نقلها من إسبانيا إلى فرنسا، بعد أن استولت عليها السلطات الإسبانية دون تعويض (عنان، 2016)؛ إذ عدّت أنّ نقل هذه الأموال إلى التراب الفرنسي يجعل من هذه القضية قضية وطنية بحتة، خاضعة للسيادة التشريعية الكاملة للدولة الفرنسية (Batiffol & Lagarde,1976, 169) .

إلا أنّ انتشار حركة التأمينات بعد الحرب العالمية الثانية، وما سببته من مشكلات اقتصادية وسياسية في مختلف الدول على اختلاف أنظمتها السياسية والاقتصادية؛ جعل الفقه يقول بعدم لزوم أداء تعويض كامل للاعتراف بهذه الآثار، وإنما يكفي تقديم تعويض عادل ومناسب وجدي، ولم يلزم بأن يكون التعويض حالا، وأجاز تأجيل دفع التعويض بشرط وجود ضمانات حقيقية له (عبدالله، 1969، 554) .

وبناء عليه، تم توجيه النقد لحكم محكمة النقض الفرنسية، القاضي بعدم الاعتراف بالتأميم الذي قامت به الحكومة الجزائرية على إحدى الشركات الفرنسية؛ على أساس أن القاضي لا يحق له النظر والبت في شرعية القرارات السياسية الأجنبية، وإنما يملك الحق في رفض آثار هذا التأميم في فرنسا (بلمامي، 1986).

وقد بررت محكمة النقض الفرنسية (Holleaux et al., 1987, 290) أخذها بفكرة الأثر المخفف للنظام العام بوجود مستويات للتدخل ضد مخالفة النظام العام، فمستوى التدخل في مواجهة الحقوق المكتسبة يختلف عن مستوى التدخل في مواجهة إنشاء الحق.

كما أمر القضاء الفرنسي بتنفيذ حكم أجنبي بالتطليق بتراضي الزوجين وفقا لما يقضي به قانون جنسية الزوج، ولو كان هذا النوع من الطلاق غير جائز في فرنسا(عبدالله، 1969، 552)، واعترف القضاء الفرنسي بآثار الزواج الثاني إذا كان قد تم صحيحا في الخارج، رغم أنّ مبدأ الزوجة الواحدة يُعدّ من النظام العام في فرنسا، ومن مبادئ الحضارة الفرنسية (بالقاسم، 2008، 182).

وقد ساير القضاء الإنجليزي ذلك؛ إذ قضى بشرعية الأولاد المولودين من علاقة زوجية يباح فيها التعدد، وأقرّ بحقهم من الميراث، وبحق الزوجات من الإرث من أزواجهنّ (الهداوي، 2011، 193).

وقد برر الفقه رأي القضاء في هذه المسائل بالقول: إنّ النظام العام في هذه الحالة يصاب بالشلل الجزئي؛ لأنّ القاضي الفرنسي الذي رفعت أمامه دعوى المطالبة بالنفقة، لا يملك أن يقضي ببطلان الزواج الثاني رغم مخالفته النظام العام الفرنسي، ولانتشار هذه الظاهر بين المواطنين الفرنسيين من أصول عربية (الكردي، 2008، 213) .

وقد أخذ القضاء الأردني بهذا المبدأ في القرار الصادر عن محكمة التمييز الأردنية رقم 1857/ 2019 تاريخ 17/3/2020 "...وعن السبب الأول، وحاصله النعي على محكمة الاستئناف بعدم تطبيق نص المادة (104) من القانون المدني، وعدت أنّ توقيع المميز عند محكمة الأسرة والمجلس الحسبي في الولايات المتحدة الأمريكية كان بإرادته، وذهبت إلى أنّ هذه العقود هي عقود إذعان، وهي التي تجبر الزوج في معاملات الطلاق على اقتسام أمواله مع طليقته حسب القوانين المعمول بها في أمريكا، حيث أخذ باتحاد الذمة المالية بين الزوجين بعكس القانون الأردني، وفي ذلك، وردا عليه، نجد أنّ العقد المبرم أمام محكمة الأسرة والمجلس الحسبي قد استند إلى عقد الزواج، والذي يبين أنّ الطرفين قد تزوجا بتاريخ 12/9/1994 في المملكة الأردنية الهاشمية، وبيّن أنّه نتيجة الخلافات والنزاعات بين الطرفين جعل هذا العقد ملزما لطرفيه، ولا يرد بأنّه عقد إذعان، حيث مثل الطرفان لدى محكمة الأسرة، ووقعا العقد، وبناء على ذلك، فإنّ من حق المدعية المطالبة بقيمة الشقة استنادا لهذا العقد، وحيث توصل القرار المميز إلى ذلك؛ فيكون قد أصاب صحيح القانون...، وعن السبب الثالث، والذي يقوم على تخطئة محكمة الاستئناف بعدم رد الدعوى لمخالفتها أحكام الشريعة الإسلامية والنظام العام والآداب؛ وذلك استنادا لنص المادة (29) من القانون المدني، فتجد المحكمة أنّه بالرجوع إلى نص الاتفاقية الموقعة لدى محكمة الأسرة والمجلس الحسبي؛ فإننا لا نجد ما يخالف الشريعة أو الآداب العامة، وبالتالي، فإنّ الأخذ بما جاء فيها موافقا للقانون، وحيث توصل الحكم المميز لذلك، فيكون أصاب صحيح القانون، وهذا السبب يتعين رده".

كما نجد ذلك في قرار محكمة التمييز الأردنية رقم 6403/ 2016 تاريخ 24/10/2018 " وفي ذلك تجد محكمتنا: أنّها وبموجب قرار محكمة التمييز رقم (3463/ 2017) تاريخ 26/12/2017 قد توصلت بقرارها إلى أن الاختصاص ينعقد للمحاكم الأردنية، طالما أنّ الطرفين يحملان الجنسية الأردنية، وأنّ القانون الواجب التطبيق هو القانون الإماراتي وفقا لأحكام المادة 20 من القانون المدني الأردني، ذلك أنّ الطرفين اتفقا على تطبيق أحكام قانون العمل الإماراتي رقم 8 لسنة 1980، وهو عقد (محلي) تم إبرامه في دولة الإمارات العربية المتحدة للعمل فيها، وأنّ تطبيق القانون المذكور ليس فيه مخالفة للنظام العام (تمييز حقوق 1836/ 2017) وعدل عليه رقم (74/ 2013)، وعليه، فإنّه والحالة هذه؛ لا يجوز إعادة طرح الموضوع ثانية أمام محكمتنا طالما أنّها فصلت فيه وبيّنت القانون الواجب التطبيق".

الخاتمة

وبعد الانتهاء من هذا البحث، فقد توصل الباحث إلى النتائج والتوصيات الآتية:

أولا: النتائج

1. يمكن تعريف النظام العام بأنه مجموعة المصالح الجوهرية الأساسية، والمثل العليا للدولة والجماعة، التي ترتضيها لنفسها، ويتأسس عليها كيان المجتمع كما يرسمه النظام القانوني، سواء أكانت هذه المصالح دينية، أم سياسية، أم اقتصادية، أم اجتماعية. ويعرض الإخلال بها كيان المجتمع إلى التصدع والانهيار.

2. يترتب على إعمال الدفع بالنظام العام أثر سلبي، وهو وجوب استبعاد أحكام القانون الأجنبي، وهذا لا يعني بقاء النزاع معلقا بلا قانون يحكمه، أو أن يتوقف القاضي عن السير في نظر النزاع، بل يتوجب على القاضي أن يسد هذا الفراغ التشريعي بأن يبحث عن قانون آخر يصلح لحكم النزاع المعروض عليه، وهذا ما يعرف بالأثر الإيجابي.

3. يترتب على استبعاد القانون الأجنبي ثبوت الاختصاص لقانون القاضي؛ لسد الفراغ التشريعي الناجم عن هذا الاستبعاد، وهو الأثر الإيجابي.

4. الاعتراف بالحقوق المكتسبة في الخارج، وهو تلطيف لمفعول النظام العام، ولا يعني استبعادا كليا لفكرة الدفع بالنظام العام في جميع الأحوال بالنسبة لأي حق اكتسب بالخارج، وتم طرح النزاع المتعلق به أمام القاضي الوطني.

5. يتمتع القاضي بسلطة تحديد مفهوم فكرة النظام العام، ولكن، يجب أن يتقيد بضوابط لكي لا يتوسع في إعمال هذه الفكرة، ولا يمكن له أن يفرض نظرته الخاصة لإعمال هذه الفكرة، لذا، نرى أن تقدير القاضي لفكرة النظام العام تعد مسألة قانونية، تخضع لرقابة المحاكم العليا.

6. تقضي القاعدة العامة بتطبيق القانون المختص، والذي أشارت إليه قاعدة الإسناد، سواء أكان قانون القاضي أم قانونا أجنبيا، ولكن هذه القاعدة ليست مطلقة، بل يرد عليها استثناءات تعرف بموانع تطبيق القانون الأجنبي (الدفع بالنظام العام).

7. إنّ هذه الموانع عمل ذو طابع استثنائي، يتعطل معها الإعمال الطبيعي لقواعد الإسناد الوطنية، وعليه، يجب أن يكون استخدامها مقرونا بالحكمة والاعتدال، ولا يتم اللجوء إليها إلا في الأحوال التي تستدعي ذلك.

8. لم يشر المُشرّع الأردني إلى ضرورة أن يكون القانون الأجنبي ذا صلة كافية بالنظام العام، أو ما يعرف بالرابطة الكافية بين النزاع ودولة القاضي، بخلاف موقف القانون الفرنسي والألماني.

ثانيا: التوصيات

1. على الرغم من بذل محاولات عديدة في سبيل الوصول إلى تعريف مشترك لفكرة النظام العام؛ إلا أن المُشرّع الأردني التزم الصمت، لذا، نقترح على المُشرّع الأردني إيراد تعريف للنظام العام من خلال بيان أركانه وعناصره.

2. نقترح على المُشرّع الأردني إضافة حل في حال استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق والمخالف للنظام العام، كأن يقرر اختصاص القضاء الأردني في حل النزاع.

3. هناك ضرورة لوجود نص في التشريع الأردني يخضع فيه الدفع بالنظام العام لرقابة محكمة التمييز في دولة القاضي؛ لأنّ خبرة محكمة التمييز في فهم القانون الأجنبي وتفسيره، وفهمها لقصد المشرع الأجنبي أعمق من فهم القاضي المنفرد.

4. معالجة الدفع بالنظام العام بنص قانوني على غرار الدفوع الأخرى، الواردة في المادة (109) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني، وبيان الآلية المتبعة لذلك الدفع، والشروط الواجب توافرها به، والجهة المختصة بمراقبة القاضي مصدر القرار بهذا الشأن.

5. نوصي بتعديل المادة (29) من القانون المدني الأردني لتبني الأثر الإيجابي صراحة بإحلال القانون الأردني محل القانون المستبعد، ويكون التعديل على النحو الآتي: "يطبق القانون الأردني محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام والآداب".

6. ضرورة بيان طبيعة الدفع بالنظام العام، وهل هو دفع إجرائي بحسب النظام المتبع بالدول الأنجلوسكسونية، والذي يستوجب في حال

الحكم باستبعاد القانون الأجنبي المخالف للنظام العام أن تحكم المحكمة بعدم اختصاصها؟، أم هو دفع موضوعي يستوجب على القاضي في حال استبعاد القانون الأجنبي البحث عن بديل للقانون الأجنبي الذي تم استبعاده.

إعلان عدم تضارب المصالح

يعلن ويتعهد الباحث أنّه لا يوجد أي تضارب للمصالح مع أي شخص أو مؤسسة. وإنّ هذا البحث لم يسبق نشره بأي طريقة سواء أكانت مكتوبة، أم مقروءة، أم منشورة، أم مرئية أم مسموعة.

إعلان الدعم المادي

لا يوجد دعم مادي

المراجع العربية

البستاني، سعيد يوسف. (2004). القانون الدولي الخاص (ط1). منشورات الحلبي الحقوقية.

البلعاوي، سيف الدين. (2003). النظام العام ومسألة استبعاد تطبيق القانون الأجنبي. مجلة جامعة الأقصى، 7(2)، 235 – 264.

الحداد، حفيظة السيد. (2005). الموجز في القانون الدولي الخاص المصري، تنازع القوانين، الاختصاص القضائي الدولي. منشورات الحلبي الحقوقية.

الكردي، جمال محمود. (1995). تنازع القوانين. دار النهضة العربية.

الكردي، صلاح الدين جمال الدين. (2008). القانون الدولي الخاص –الجنسية وتنازع القوانين. دراسة مقارنة (ط1). دار الفكر الجامعي.

المصري، محمد وليد. (2003). محاولة لرسم معالم النظام العام العربي بمفهوم القانون الدولي الخاص، مجلة الحقوق جامعة الكويت 27(4)، 143 - 176.

المصري، محمد وليد. (2009). الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي (ط1). دار الثقافة للنشر والتوزيع.

الهداوي، حسن. (2011). القانون الدولي الخاص –المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون. (ط6). دار الثقافة للنشر والتوزيع.

بالقاسم، إعراب. (2008). القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، تنازع القوانين (ط10). الجزائر- دار هومة.

بلمامي، عمر. (1986). الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة (رسالة ماجستير، جامعة الجزائر).

دنيس لويد. (1956). مفهوم النظام العام والآداب في القانون الإنجليزي والفرنسي، مجلة حقوق القضاء باريس، العدد 4، ص8.

دواس، أمين. (2001). تنازع القوانين في فلسطين، دراسة مقارنة. دار الشروق للنشر والتوزيع.

ديب، فؤاد. (1995). القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين (ط5). منشورات جامعة دمشق.

زواتي، الطيب. (2000). القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، الجزء الأول –تنازع القوانين –. مطبعة الكاهنة الجزائر.

سليمان، علي. (2008). مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري (ط5). ديوان المطبوعات الجامعية.

صادق، هشام علي. (2014). المطول في القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، تنازع القوانين. دار الفكر الجامعي.

عبدالعال، عكاشة. (2004). تنازع القوانين، دراسة مقارنة. منشورات الحلبي الحقوقية.

عبدالله، عز الدين. (1969). القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين (ط6). دار النهضة العربية.

عرفة، محمد السيد. (1993). القانون الدولي الخاص، الكتاب الثاني في تنازع القوانين. دار النهضة العربية.

عنان، جمال الدين. (2016). الأثر المخفف للنظام العام في القانون الدولي الخاص - دراسة مقارنة. مجلة الدراسات والبحوث القانونية، 1(2)، 115 - 135.

غصوب، عبدة جميل. (2008). دروس في القانون الدولي الخاص. مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر.

فهمي، محمد كمال. (2008). أصول القانون الدولي الخاص، الجنسية والموطن ومركز الأجانب، مادة التنازع. مؤسسة الثقافة الجامعية.

كحيل، كمال. (2014). الأثر المخفف للنظام العام في القانون الدولي الخاص. مجلة الحقيقة، 13(2)، 461 - 470.

مريني، فاطمة الزهراء. (2010). النظام العام كأداة لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي على ضوء تعديل 2005 للقانون المدني "دراسة مقارنة" (مذكرة لنيل درجة الماجستير، جامعة إمحمد

بوقرة بو مرداس).
وفاء، محمد أشرف. (2004). المبادئ العامة لتنازع القوانين في القانون المقارن (ط1). شركة ناس للطباعة.

سيرة ذاتية مختصرة للباحث

د. محمد صالح ملفي القضاة

أستاذ مساعد في جامعة الزرقاء، دكتوراه في القانون المدني محامٍ ومستشار قانوني.

English References

Batiffol, H. & Lagarde P. (1976). Droit international privé (sixiéme edition, tome 2). LGDJ.

Batiffol, H. & Lagarde, P. (1981). Droit international privé (Septiéme édition, tome 1) .Librairie générale de droit et de jurisprudence.

Holleaux, D., Foyer, J. & Pradelle, G. (1987). Droit international privé ,Masson, Paris.

Lagarde, P. (1959). Recherché sur l'order public en droit international privé [thése pour le doctorat, Université de Paris]

Lagarde, P. (1960). Recherché sur l'ordre public en droit in ternational privé. https://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_1960_num_12_4_12525

Seyedi,Nasim. (2014). The Results of Public order in Priv-et International Law ,International Science and Investigation Journal, 3(2), 2251-8576.