

النظام العام كسبب من أسباب استبعاد تطبيق القانون الأجنبي (قراءة شخصية)

بقلم الدكتور: قاسم العيد عبد القادر

تنص المادة 24 من القانون المدني الجزائري (الأمر 75 - 58) على أن " لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة، إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب في الجزائر"

وعدلت هذه المادة بموجب القانون 05 - 10، المعدل والمتمم للقانون المدني، إذ أصبحت على النحو التالي:

" لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذ كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر، أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون.

يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام أو الآداب العامة".

نستنتج من هذه النصوص، أن القانون الأجنبي، الذي يثبت له الاختصاص بموجب إعمال قواعد الإسناد في القانون الجزائري (وهي المواد من 9 إلى 24)، يطبق أمام القضاء الوطني، شريطة تجاوب الفكر القانوني بينه، وبين قانون القاضي. فإذا انقطع الاشتراك أو التجاوب بين القانونين (الجزائري والأجنبي) عطلت قواعد الإسناد عن أداء وظيفتها. وبعبارة أخرى، يستبعد تطبيق القانون الأجنبي ويحل محله القانون الجزائري، إذا كان هذا القانون الأجنبي يتعارض والنظام العام في الجزائر.

موضوع المداخلة سينصب حول النقاط التالية:

- مفهوم النظام العام
- شروط الدفع به
- آثاره وإحلال القانون الجزائري محله

■ وأخيرا الأثر المخفف لفكرة النظام العام.

أولا: مفهوم النظام العام:

لم يستقر رأي الفقه على تعريف جامع مانع للنظام العام، وإنما أستقر الأمر على صباغة مجموعات مسلمات نلخصها في الآتي:

1. يستحيل وضع قائمة تشمل تعدادا للحالات التي يمكن اعتبارها من النظام العام. ويرجع السبب في ذلك، إلى أن فكرة النظام العام هي انعكاس للرأي العام ولجملة الأفكار والقيم السائدة في مجتمع دولة القاضي في زمن معين. وهذه الأفكار أو تلك القيم، لا تثبت على حال فترة طويلة من الزمن. فهي قابلة للنظر والتغيير باستمرار، وهي ليست واحدة في الدول المختلفة، ومن ثم يصعب وضعها في قالب علمي واضح.

2. يجب على القاضي ألا يقف بالأمر عند البحث والتحري في مضمون القانون الأجنبي. إن عليه أن يبحث في الأثر المترتب عملا على أعمال القانون الأجنبي بشأن الحالة الماثلة أمامه. فقد يكون مضمون القانون الأجنبي في عمومته ليس فيه ما يتعارض مع النظام العام، ومع ذلك يظهر أن تطبيقه على مسألة بعينها قد يؤدي إلى نتائج تتعارض من الناحية العملية مع النظام العام في هذه الدولة.

3. يلزم في هذا المجال ترك الأمر للقاضي لبحث كل حالة على حدة للوقوف على ما إذا كان حكم القانون الأجنبي يخالف مقتضيات النظام العام في دولته أم لا. ويقدر ذلك بالنظر إلى وقت الفصل في الدعوى، خاضعا في شأن هذا التقدير لرقابة المحكمة العليا.

4. إن أقصى ما يمكن للفقه أن يقدمه من عون هنا، هو أن يرسم للقاضي الموجهات العامة التي يمكن له أن يستعين بها، وهو في سبيل اقتناء حكمه لتحديد ما يعد، وما لا يعد متعارضا مع النظام العام.

في ضوء هذه المواجهات، يكون القانون الأجنبي مخالفا للنظام العام في الجزائر، إذا كان يقرر حكما يتعارض مع المبادئ الجوهرية التي تتفق عليها معظم التشريعات، كمبدأ حرية الزواج، أو إذا كان يتعارض مع السياسة التشريعية التي يرصدها القاضي الجزائري في شأن بعض المسائل، أو كان يخالف مبدأ عاما تدين به الجماعة الجزائرية بمختلف طوائفها.

إذن النظام العام فكرة وظيفية معيارية، لها صبغة مرنة، وطنية الطابع، نسبية في الزمان والمكان، تخضع لتقدير القاضي، محكوما برقابة المحكمة العليا في هذا التقدير.

وهنا سؤال يطرح نفسه، خاصة في مسائل الأحوال الشخصية، وهو هل للنظام العام الإسلامي، ذي الطابع الديني أوصاف ومميزات مختلفة عند من يعرف ذلك من الأنظمة القانونية كالمصري والجزائري؟

الإجابة على السؤال تكتسي أهمية بالغة، خاصة وأن قانون الأسرة الجزائري (الأمر 84- 11، الصادر في 9 جوان 1984)، والمعدل في 27 فبراير 2005 بموجب الأمر 05- 02، مأخوذ بنسبة كبيرة من أحكام الشريعة الإسلامية الغراء. ولكن قبل الإجابة على هذا التساؤل، فإنه ثمة ملاحظات أولية ينبغي الإشارة إليها:

أ. لا يتصور أن تكون كل القواعد المقررة في قانون القاضي، أيا كان مصدرها وضعية كانت أم دينية متعلقة بالنظام العام. فهناك قواعد لها هذه الصفة وأخرى ينحسر عنها وصف النظام العام. والقول بغير ذلك يستتبع بالضرورة استبعاد القانون الأجنبي في معظم الحالات على نحو تتقوض معه نظرية التنازع من أصلها، وهو ما لا يمكن قبوله.

ب. إن الفقهاء المسلمين يميزون بين نوعين من القواعد؛ القواعد الأساسية أو الجوهرية للشريعة الإسلامية، وهو ما يسمى "بالأحكام السياسية". الأولى

لها وصف الثبات والديمومة، لا تقبل التغير ولا يلحقها التبديل، لا تختلف باختلاف الزمان والمكان. هذه القواعد هي التي جاء بها نص صريح قطعي الثبوت وقطعي الدلالة، بأن يكون مصدرها نص القرآن، أو سنة متواترة، أو إجماع الأمة.

هذه القواعد يمكن أن تتعت بأنها من النظام العام في الشريعة الإسلامية. أما الثانية، وهي الأحكام السياسية، فهي على النقيض تتميز بكونها مرنة ليس لها وصف الجمود والثبات. هي من النوع المتحرك، الذي يلبي متغيرات الزمان والمكان، بل الأشخاص بحسبان، أنها لا تتعلق بأحكام أساسية جوهرية في الشريعة الإسلامية. ويقولون إن هذه القواعد ليست من النظام العام.

والذي لا شك فيه، أن النظام الإسلامي، يعرف مفهوما آخر للنظام العام يكون فيه الحكم ذاته وليس دليله، هو المتعلق بالنظام العام. وهذا النوع من النظام العام يتماثل مع فكرة النظام العام بمعناها الوضعي، فتكون له صفة النسبية ويتباين دوره من حالة لأخرى، ومن وقت لآخر، ويكون له معنى وظيفي يقوم على صناعته وخلقه إما ولي الأمر (الحاكم)، أو من يفوضه في ذلك كالقاضي مثلا. النظام العام الذي نعنيه هنا، هو ذلك الذي تقضي إليه السياسة الشرعية.

ويلاحظ أن النظام العام الإسلامي نوعان:

نوع أول ثابت لا يتغير، حالاته محصورة، يستمد خلوده من دليله، وكونه قطعي الثبوت، قطعي الدلالة. الأحكام في هذا النوع، لا تختلف المصلحة فيها باختلاف الأحوال والزمان. ونوع ثان، يصوغه ولي الأمر، أو من يفوضه في المسائل التي عليه أن يملأها، مقيدا بالمبادئ الكلية والنصوص القطعية. هذا النوع متطور ومتغير، ومفرداته لا تدخل تحت حصر، والمصلحة فيه متغيرة تدور

مع العلة من تقرير الحكم المتمثلة في جلب المصلحة أو درء المفسدة. هذا النوع الثاني، ليس له أن يخالف النوع الأول أو يخرج عليه.

كما أن هناك من القواعد، ما يعد متعلقا بالنظام العام الإسلامي بالنسبة للمسلم وغير المسلم على السواء. هذه القواعد يمكن أن نعتها بالقواعد الملزمة للكافة. فهي تطبق بالنسبة لجميع من يوجد في دار الإسلام، قائما فيها أو عابرا بلا فارق. من ذلك حرمة زواج المسلمة بغير المسلم. وهناك قواعد تعد متعلقة بالنظام العام بالنسبة للمسلمين وحدهم دون غيرهم. فتعدد الزوجات مثلا، هو نظام متعلق بالنظام العام الديني الإسلامي بالنسبة للمسلم وحده.

ثانيا: شروط الدفع بالنظام العام:

إن الدفع بالنظام العام، هو دفع موضوعي، موجه إلى القانون الأجنبي، كله أو بعضه، بقصد استبعاده أو استبعاد الجزء المخالف. ويمكن لأي من أطراف الخصومة أن يتمسك به، في أي حالة تكون فيه الدعوى، ولو لأول مرة أمام المحكمة العليا. كما يكون للقاضي، أن يثيره من تلقاء نفسه. على أنه يلزم لإثاره توافر شرطان هما:

الشرط الأول، أن تشير قاعدة التنازع إلى تطبيق قانون أجنبي، أيا كانت طبيعة هذه القواعد، تشريعية أم عرفية، أم أحكام قضائية، يستقر العمل بها في الدولة الأجنبية. فلا محل لاستخدام هذا الدفع فيما لو أشارت قاعدة الإسناد إلى تطبيق قانون القاضي.

على أن يستثني من ذلك، حالة الدول الفيدرالية بحسبان أن كل ولاية فيها تعد وحدة تشريعية مستقلة، الأمر الذي يتصور معه وجود اختلاف في الأسس التي يقوم عليها النظام القانوني في كل وحدة من هذه الوحدات التشريعية.

الشرط الثاني، هو توافر مقتضى من مقتضيات النظام العام بالمعنى الذي حددناه يكون معه تطبيق القانون الأجنبي، غير مقبول. والسؤال هنا، هو انه هل يلزم وجود رابطة بين المنازعة المطروحة ودولة القاضي؟

نعتقد أنه لا محل لاشتراط هذه الصلة في القانون الجزائري. ويكفي لاستخدام الدفع أن يكون القضاء الوطني مختصا. فبمجرد رفع المنازعة أمام محاكم الدولة، كاف وحده للقول، بارتباطها بالإقليم الجزائري ربطا يبرر تحرك الدفع بالنظام العام لاستبعاد القانون الأجنبي المخالف للنظام العام.

وعن خصائص النظام العام، ما يلي:

أ. الصفة الوطنية للنظام العام:

فالنظام العام، هو فكرة ذات طابع وطني صرف. لذلك لا يحق القول بوجود نوعين من النظام العام؛ النظام العام الداخلي أو النسبي والنظام العام الدولي أو المطلق، قاصدين بذلك التمييز بين النظام العام في دائرة الحالات القانونية الوطنية والنظام العام في نطاق العلاقات الخاصة الدولية. فمثل هذه التفرقة غير سليمة، لأن النظام العام يتميز بطابعه الوطني، وله مدلول واحد لا يختلف، وكل ما هنالك أن مقتضيات النظام العام تتكتمش في نطاق العلاقات الخاصة الدولية عنها في نطاق العلاقات الوطنية. ليس ثمة إذن نظام عام فوق الدول، وإنما يوجد نظام عام خاص بكل دولة على حدة. ومن هنا جاءت فكرة نسبية النظام العام في المكان.

ومع ذلك نرى أن النظام العام واحد، هو النظام العام الوطني، وإن اختلفت درجة تمدده أو انكماشه حسب مقتضيات الحال، وما إذا كنا بصدد علاقات خاصة وطنية، أم علاقات تتجاوز الحدود.

وإذا رأى القاضي الأخذ بفكرة النظام العام الشامل أو الدولي بالمعنى الحقيقي، فإن عليه أن يبدأ بالبحث عن الطابع الوطني للمبدأ ليتأكد من أنه غير مخالف للقواعد الجوهرية والأساسية التي يقوم عليها قانونه.

يبقى أن نقرر أن فكرة النظام العام الدولي بالمعنى الحقيقي أو الشامل، يمكن أن تلعب دورا كبيرا بالنسبة للمحكم في مسائل التجارة الدولية. ويرجع ذلك إلى أنه ليس للمحكمين قانونا وطنيا يرجعون إليه. إنهم يستمدون سلطاتهم من إرادة أطراف النزاع التي عهدت إليهم باختصاصهم. والحال كذلك، فإنهم قد يحتاجون إلى نظام قانوني، له صفة العالمية، يرجعون إليه لاستبعاد القانون الواجب التطبيق على النزاعات التي يفصلون فيها، متى كان ذلك ضروريا.

نظام عام واقعي:

من الصعوبة إفراغ " فكرة النظام العام " في قالب معين، أو إعطائها تعريفا محددا ومنضبطا. السبب الأول يكمن في أن هذه الفكرة تستوحي صلبها ومضمونها من مجموع الركائز الأساسية من اجتماعية واقتصادية، والتي تسود كل مجتمع من المجتمعات. ولما كانت هذه الركائز متحركة ومتغيرة، من مجتمع لآخر، ومن وقت لآخر، فإنه من الطبيعي أن تتحرك هذه الفكرة في الزمان والمكان. أي أن النظام العام، له صفة الواقعية، إذ هو يعكس حال تقديره، واقع الحال في كل جماعة وطنية. هذه الواقعية التي يتصف بها النظام العام، هي التي تضي عليه مفهوما نسبيا زمانيا ومكانيا.

ب. إنه نظام قضائي:

إن القاضي هو الذي يقدر مدى تعارض القانون الأجنبي مع النظام العام في دولته. وترك الأمر لتقديره، لا يعني أبدا أنه يتمتع بسلطان مطلق، أو أن له أن يحل آراءه الشخصية في التقدير، وإنما يجب عليه أن يقدره على أسس موضوعية، خاضعا في ذلك لرقابة المحكمة العليا. حيث يتعين على القاضي أن

يتحرر من إحلال أراءه الخاصة في العدل الاجتماعي محل التيار الجامع للنظام العام والآداب. كما على القاضي أن يتحرر بشدة في استخدام هذا الدفع باعتباره دفعا استثنائيا.

كما أنه ليس من الموضوعية أن يتم استبعاد القانون الأجنبي لمجرد أنه ينظم المسألة بطريقة مغايرة للقانون الوطني، ما لم يكن في هذه المغايرة، ما يمثل مساسا صارخا بالمبادئ الأساسية والجوهرية في قانون القاضي.

ثالثا: آثار الدفع بالنظام العام:

استبعاد القانون الأجنبي المخالف استبعادا كلياً:

يستند هذا النظر عند القائلين به إلى اعتبارين أساسيين:

الاعتبار الأول، أنه يجب النظر إلى القانون الأجنبي كوحدة واحدة، ككل لا يتجزأ. فالحرص على استبعاد الجزء المخالف فقط من القانون الأجنبي وتطبيق أجزائه الأخرى غير المخالفة للنظام العام، أمر ينطوي على تشويه لهذا القانون الأجنبي، وتقطيع أوصاله، بما يؤدي إلى تطبيقه بصورة تتناقض إرادة المشرع الأجنبي مصدر هذا القانون.

الاعتبار الثاني، أنه في الأخذ بفكرة الاستبعاد الجزئي للقانون الأجنبي مخالفة لقاعدة الإسناد في قانون القاضي. ذلك أن المشرع الوطني حينما يضع قاعدة تنازع معينة، يكون هدفه، هو تطبيق أكثر القوانين إتصالا بالعلاقة، وأكثرها قدرة على تحقيق العدالة. مثل هذا الهدف لا يتحقق إلا بتطبيق القانون الأجنبي كاملاً. والأمر يكون على نقيض ذلك، في حالة الاستبعاد الجزئي.

يذهب الإتجاه المعتمد في القانون المقارن، إلى أنه إذا تم استبعاد القانون الأجنبي المخالف للنظام العام في دولة القاضي، فإن الإستبعاد يطول وحسب الجزء الذي يخالف النظام العام، دون بقية الأجزاء الأخرى.

وهذا الحل هو الرائج، وله تطبيقات عديدة في القضاء الفرنسي. كما يسوق الفقه أمثلة أخرى تكشف عن سلامته واتفاقه مع وظيفة قاعدة التنازع.

فقد قضت محكمة النقض الفرنسية، بأنه إذا لم يكن القانون الأجنبي، متعارضا مع النظام العام الفرنسي، في مسائل النسب الطبيعي، فإن استبعاد حكمه، يقتصر على تلك المسألة وحدها، دون أن يتعداها إلى آثار النسب. وهذا الحل هو السليم للاعتبارات الآتية:

- يجب استخدام الأثر الإستبعادي للنظام العام بحذر شديد وبصورة استثنائية بوصفه ضرورة تقدر بقدرها. فلا ينبغي الإسراف في استعماله إلا بالقدر الذي يمنع المساس بالقواعد الأساسية في قانون القاضي. على أن يبقى ما وراء هذا القدر محكوما بالقانون المختص أصلا.

- الدفع بالنظام العام، لا يرمي إلى إصدار حكم قيمي، على القانون الأجنبي في ذاته وفي جملته. إنه يهدف وحسب إلى منع حدوث النتيجة المخالفة للنظام العام والمرتبة بسبب تطبيق بعض أحكام القانون الأجنبي. وعليه متى أمكن تجنب هذه النتيجة، من خلال الاستبعاد الجزئي لهذا القانون، كان ذلك أمرا مقبولا ومعقولا، حيث سيظل الاختصاص معقودا للقانون الأجنبي المختص فيما وراء هذا الجزء المستبعد.

- الاستبعاد الجزئي للقانون الأجنبي، هو وحده الذي من خلاله تحقق قاعدة التنازع وظيفتها كما تصورها المشرع الوطني. ويحفظ للقانون الأجنبي

المختص مكانته، بوصفه صاحب الاختصاص الأصيل، وهو ما يستجيب وروح التشريع.

لكن ثمة فروض يتعذر فيها إجراء هذا الاستبعاد الجزئي. ويحدث ذلك عادة عندما يكون ثمة ارتباط بين أجزاء القانون الأجنبي بحيث يستعصي الفصل بينهما.

عند ذاك، يتعين الاستبعاد الكلي للقانون الأجنبي. وفي ذلك يقرر الفقه أنه إذا تبين أن بقية أجزاء القانون الأجنبي مرتبطة بالجزء المخالف للنظام العام ارتباط السبب بالنتيجة، على نحو يبدو فيه هذا الجزء المخالف بمثابة السبب الرئيسي لوجود القانون الأجنبي، فإن إقصاء هذا الجزء يستتبع لزوما إقصاء بقية أجزاء القانون الأجنبي المرتبطة به. وتظهر فكرة الاستبعاد الكلي أكثر في الفرض الذي يترتب فيه على الدفع بالنظام العام إباحة أمر يحظره القانون الأجنبي.

إحلال القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المستبعد:

وفي ذلك تنص الفقرة الثانية من المادة 24 من القانون المدني (الأمر 05-10) "...يطبق القانون الأجنبي، على إثر الدفع بالنظام العام أمام القاضي الجزائري، فهنا القاضي الجزائري عليه أن يفصل في النزاع نزولا على ما يأمره به مشرعه. فالدفع بالنظام العام يتحلل في نهاية المطاف إلى وضعية، لا يكون فيها ثمة قانون ينطبق على النزاع، ومن ثم يستحيل الفصل فيه. لذلك يجب البحث عن بديل يحكم النزاع. وهذا الأمر يتفق والنظر السائد عند غالبية التشريعات إلى اعتباره دفعا موضوعيا. وفي ذلك يفترق الوضع في الجزائر ومصر وفرنسا، كما هو مقر في النظام الإنجليزي الذي يرى في الدفع بالنظام العام دفعا إجرائيا يستتبع، في حالة استبعاد القانون الأجنبي المخالف أن تحكم المحكمة بعدم اختصاصها.

لكن ثمة تلازم بين استبعاد القانون الأجنبي (الأثر السلبي)، والبحث عن بديل يحل محل (الأثر الإيجابي). فالدفع بالنظام العام له وجهان على أحدهما ينطبع الأثر السلبي، وعلى الآخر يظهر الأثر الإيجابي. ولهذا نقرر عدم سلامة الرأي الذي يرى أن الأثر السلبي المتمثل في استبعاد القانون الأجنبي قد تكون فيه الكفاية، ولا توجد ثمة حاجة لإحلال قانون آخر بديل عن ذلك المستبعد.

وعليه نؤكد التلازم بين استبعاد القانون الأجنبي وإحلال قانون القاضي. ففي جميع الأحوال يرتب الدفع بالنظام العام أثرين أحدهما سلبي والآخر إيجابي.

رابعاً: الأثر المخفف للنظام العام:

ذهب القضاء الفرنسي إلى إقامة التفرقة بين وضعين:

الأول، وهو الوضع الذي يتم فيه نشوء حق أو مركز قانوني (مخالف للنظام العام الفرنسي) في الخارج نشوءاً صحيحاً وفقاً لقانون دولة تقره، ثم يراد بعد ذلك الاعتراف بآثار هذا الحق في دولة القاضي أو الاحتجاج بها.

الثاني، الوضع الذي يراد فيه إنشاء ذات الحق أو المركز في دولة القاضي فالأمر في الفرضين ليس على سواء. فقد يكون إنشاء الحق في دولة القاضي مخالف للنظام العام، بينما لو نشأ هذا الحق ذاته في الخارج وأريد الاحتجاج بآثاره كلها أو بعضها بعدئذ في بلد القاضي لأمكن الاعتراف به والتمسك بآثاره بحسبان أنها غير متعارضة مع مقتضيات النظام العام. ومصادمة القانون الأجنبي للنظام العام في بلد القاضي في مرحلة إنشاء الحق أو المركز مبناها " أن الإجراءات أو الظروف الواجب توافرها لإنشاء الحق " هي التي تتعارض مع النظام العام. فإن تمت هذه الإجراءات وتحققت هذه الظروف في الخارج ونشأ الحق هناك وأريد التمسك به بعد ذلك في دولة القاضي، فإن النظام العام لن يتأذى ولا محل للدفع عنه.

ويبرر الفقه الفرنسي هذا التباين في رد فعل النظام العام بين الإطلاق والتخفيف، على أساس أن هنالك حالات تكون فيها درجة تأثير الرأي العام الفرنسي إزاء المركز القانوني الذي نشأ في الخارج صحيحا وفق قانون يقره أقل حساسية منه فيما لو أريد إنشاءه في فرنسا.

ورغم التسليم بهذا التمييز، فإن الفقه يقرر أن فكرة الأثر المخفف لا تعني استبعاد الدفع بالنظام العام تماما بالنسبة للمراكز القانونية أو الحقوق التي نشأت صحيحة، أو تم اكتسابها في الخارج. أي أنه قد يحدث أن يتعارض نفاذ الحق الذي تم اكتسابه في الخارج مع اعتبارات النظام العام في دولة القاضي حتى في جانبها المخفف.