

اثر الإتفاقيات الدولية في أعمال

فكرة النظام العام في الجزائر

الدكتور بلمامي عمر

معهد الحقوق والعلوم الادارية

جامعة فرحات عباس - سطيف

تمهيد :

من السمات البارزة التي يتميز بها المجتمع الدولي المعاصر، قيامه على فكرة التعاون في مختلف المجالات، سواء كانت هذه المجالات سياسية أم إقتصادية أم إجتماعية وغيرها. وهذا التعاون القائم حاليا بين مختلف الدول، ليس وليد الصدفة أو نشأ تلقائيا، وإنما وجد نتيجة للتطور السريع في مختلف الميادين المشار إليها أعلاه، نظرا لحاجة الدول المتنامية إلى التعامل فيما بينها باستمرار. وينظم هذا التعاون بين الدول عادة عن طريق إقامة العلاقات الدبلوماسية، وإبرام معاهدات أو إتفاقيات دولية.

وما نريد معالجته في هذا الموضوع ليس التعرض لبحث طبيعة هذه المعاهدات أو الإتفاقيات والقضايا التي تنظمها، بل ما تهدف إليه، هو عرض بعض الإتفاقيات التي قد تطرح فيها إشكالية النظام العام بين الدول الموقعة على تلك المعاهدات والإتفاقيات، وما موقف القضاء الوطني من مسألة النظام العام. وبعبارة أخرى، ما هو الحكم إذا كانت قاعدة

الإسناد المطلوب من القاضي تطبيقها، قد تقرر بمقتضى إتفاقية دولية تخالف النظام العام السائد في دولته؟ هل يستطيع استبعاد تلك القاعدة بحجة تعارضها مع إعتبرات النظام العام لدولته أو يطبق القانون الأجنبي أعمالا لأحكام الإتفاقية؟ لقد اختلف الفقهاء حول الإجابة عن هذه المسألة، ويرجع سبب هذا الاختلاف أساسا إلى صعوبة التوفيق بين مبدأين متعارضين هما:

المبدأ الأول: يتمثل في التزام القاضي بمقتضى الإتفاقية الدولية التي وقعت عليها دولته بشأن قاعدة الإسناد المنصوص عليها في الإتفاقية.

المبدأ الثاني: هو عدم إمكان تطبيق القاضي الوطني لقانون أجنبي، إذا كان هذا القانون يتعارض مع إعتبرات النظام العام في دولته.

ولبحث هذه المسألة يتعين التعرض للفروض التالية التي يمكن أن تقوم عند التوقيع على الإتفاقية أو المعاهدة. وتتناول هذه الفروض ضمن أربعة مباحث:

أولا: حالة إستثناء النظام العام من الإتفاقية.

ثانيا: حالة النص صراحة في الإتفاقية على عدم إستبعاد القانون الأجنبي من إعتبرات النظام العام لدولته. ولو كان هذا القانون يتعارض مع مفهوم النظام العام لدولته.

ثالثا: حالة سكوت الإتفاقية أو المعاهدة عن النص على أعمال الدفع بالنظام العام ضد القانون الأجنبي الذي تشير به قاعدة الإسناد في الإتفاقية.

إذا ما تعارضت أحكامها مع النظام العام لدولة القاضي.

رابعا: حالة النص في الإتفاقية في حالات محددة يحق فيها للقاضي في الدول المتعاقدة على أعمال الدفع بالنظام العام.

اولا : حالة استثناء النظام العام من الاتفاقية او المعاهدة :

مفهوم النظام العام:

لم يختلف الشراح في أمر كاختلافهم في تعريف النظام العام، فتعددت التعريفات تعددا يكاد لا ينتهي، وتباينت بالتالي فكرة النظام العام من حيث نطاقها، تبعا للنزعة التي انبعثت منها هذه التعريفات، إلا أن هذه التعريفات وإن اختلفت في التفاصيل، إلا أنها تكاد تجمع على فكرة جوهرية ينصب عليها النظام العام في كل دولة، وإن كان مفهوم هذه الفكرة ومضمونها يختلف من دولة لأخرى، ويعبر عن هذه الفكرة بما يعرف بالمصلحة العامة أو المصلحة الوطنية، سواء كانت هذه المصلحة سياسية أم اقتصادية أم اجتماعية، أم أدبية ومعلوم أن هذه الافكار التي يرتبط بها النظام العام، نسبية ومتغيرة ينظر إليها في مجتمع معين وفي زمن محدد، مما ينجم عن ذلك اختلافات من دولة لأخرى في تحديدها وتصورها لفكرة النظام العام، وقد انعكس الاختلاف في تصور فكرة النظام العام سلبا على التعاون الدولي أحيانا، وأصبح يلجأ إلى النظام العام في كل مرة تخالف الاتفاقية اعتبارات النظام العام من منظور هذه الدولة أو تلك، مما يعرض هذه الاتفاقية أحيانا إلى خطر عدم تطبيقها بسبب مخالفتها للنظام العام.

ولذلك عادة ما تحتاط الدول عند ابرامها للاتفاقيات الدولية لفكرة النظام العام وتتخذ موقفا صريحا منها.

قد يتنبه واضعو الاتفاقية منذ الوهلة الأولى إلى تلاقي هذه المشكلة مسبقا، وذلك بادراج نص صريح في الاتفاقية يقضي بتغليب أحد المبدأين على الآخر (النظام العام أو الاتفاقية) فإذا اتفق على تغليب النظام العام، فانه في هذه الحالة يمكن لكل دولة من الدول الاعضاء في الاتفاقية أو المعاهدة استبعاد تطبيق القانون الذي تشير بتطبيقه قاعة الاسناد الواردة في الاتفاقية إذا تعارض أحد نصوصها مع اعتبارات النظام العام لدولة القاضي المعروض عليه النزاع. وفي هذا الفرض لا تكون هناك مشكلة بين الدولتين أو

الدول الموقعة على الاتفاقية أو المعاهدة. إذ من حق كل دولة تقدير ما يعتبر من النظام العام، فتستبعد أي نص من نصوص الاتفاقية، إذا رأت أنه يتعارض مع اعتبارات النظام العام في دولتها. وأغلب الاتفاقيات الحديثة تشير إلى تحفظها على النظام العام عند التوقيع أو الانضمام إليها، ويمكن أن نورد عدة تطبيقات لهذه الحالة أو هذا الفرض. فهناك اتفاقيات عديدة أشارت صراحة على ترك الحرية للدول الموقعة على الاتفاقية أو المعاهدة بحقتها في الاحتفاظ بالدفع بالنظام العام، إذا تعارضت نصوصها مع المبادئ الأساسية لها. ومن هذه الاتفاقيات نذكر على سبيل المثال، اتفاقية مشروع تسوية المنازعات المتعلقة بالميراث (La succession) التي انعقدت في "لاهاي" سنة 1925 و 1928، حيث أشارت هذه الاتفاقية إلى (الشرط التحفظي العام) (Clause de reserve generale) أو النظام العام، فأعطت الحق لكل دولة عضو في هذه الاتفاقية أن تحتفظ بما يعتبر من النظام العام، أي جعلت الحق لكل دولة في الدفع بالنظام العام إذا رأت أن نصوص الاتفاقية تتعارض مع النظام العام.¹ كما أدرج (شرط الاحتفاظ بالنظام العام) في اتفاقية لاهاي "المبرمة في سنة 1976

والمعلقة (باشهار الزواج الصحيح والاعتراف به). عند ما بدأ الحديث في هذه المادة، ومن المعروف أن مثل هذه المواضيع يكثر فيها التمسك بالدفع بالنظام العام من قبل المحاكم الوطنية، نظرا لاختلاف مفاهيم الزواج وتباين أنظمتها في الدول، فهناك الزواج الذي يتم في شكل ديني، وهناك الزواج المدني ولكل من هذين النوعين عادات وتقاليده تؤدي إلى اختلافات في تحديد القانون الواجب التطبيق عندما يتعلق الأمر بتنازع القوانين

1) Jacques Maury: L'éviction de la loi normalement competente: l'ordre public international et la fraude à la loi Ed. 1952, p.99.

كما أشارت اتفاقية المجلس الأوروبي "المؤرخة في: 17/جوان/1968، المتضمنة الاتفاق على طلب الاطلاع على القانون الأجنبي.

فنصت المادة 11 منها على أن الدولة المطلوب منها إعطاء المعلومات عن قانونها، يمكن أن ترفض ذلك إذا رأت أنه من شأن إعطائها معلومات تتعلق بالمنازعة المطروحة أمامها يمس بمصالحها... أو إذا رأت الإجابة على ذلك من شأنها أن تخل بسيادتها وأمنها.

ومن صور الاتفاقيات التي احتفظت كذلك لكل دولة موقعه على المعاهدة بحقها في أعمال الدفع بالنظام العام، متى تعارض تطبيق هذه المعاهدة مع اعتبارات النظام العام للدولة القاضي، معاهدة الصداقة والاقامة بين مصر، وتركيا والمبرمة سنة 1937.

وقد نص في المعاهدتين على أن تطبيق في مسائل الأحوال الشخصية أحكام المتقاضين في كل من الدولتين، مع عدم الإخلال بالقواعد المتعلقة بالنظام العام.

وقد أصدرت المحكمة العليا الشرعية في مصر سنة 1946 حكماً امتنعت فيه عن تطبيق القانون التركي الذي يقضي بتوريث ذوي الأرحام والعصابات لمخالفة ذلك النظام العام المصري وجاء في حيثيات هذا الحكم مايلي:

(مصر ودينها الرسمي بنص الدستور وغالب الأمة من المسلمين، ولا يمكن أن يتفق مع ما جاء في الاتفاقية المذكورة آنفاً لما فيها من انتهاك واضح لحرمة الدين والخروج من قواعد ومخالفة أحكامه الثابتة بدليل قطعي الثبوت بالاجماع ولم يخالفه أحد من أئمة المسلمين).²

كما تضمنت الاتفاقية المبرمة بين الجزائر وفرنسا المؤرخة في 28 أوت 1962م، والمصادق عليها بالأمر رقم 65 - 194 المؤرخ في 29 يونيو 1969، المتضمن المصادقة على

(2) د. عبد الوهاب خلاف تفسير النصوص القانونية وتوليدها، مقال منشور في مجلة القانون

الاتفاقية المتعلقة بتنفيذ الأحكام وتسليم المجرمين، المبرمة بين الجزائر وفرنسا، شرط الاحتفاظ بالنظام العام في البلدين. حيث تضمنت هذه الاتفاقية في الفقرة الرابعة منها هذا الاحتفاظ وجاء فيها "ألا يتضمن القرار ما يخالف النظام العام الخاص بالدولة المناة لتنفيذ القرار أو لمبادئ الحقوق العمومية المطبقة في تلك الدولة".

ونصت الاتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة في نيويورك بتاريخ 10 يونيو 1958 والخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها في المادة الخامسة الفقرة الثانية "أن اعتماد القرار أو تنفيذه قد يخالف النظام العام في هذا البلد".³ ويستخلص من هذه المادة أن الجزائر قد وافقت على الانضمام في هذه الاتفاقية بتحفظات، ومن هذه التحفظات، عدم مخالفة نصوص هذه الاتفاقية النظام العام السائد في الجزائر فإذا خالف بند من بنود هذه الاتفاقية النظام العام الجزائري، فإنه يعتبر غير ملزم للقاضي وعلى هذا الأخير أن يستبعد هذا البند من ميدان التطبيق باسم النظام العام. كما نصت الاتفاقية المبرمة بين مصر، والجزائر المنعقدة في سنة 1964 والمتعلقة بالمساعدة المتبادلة والتعاون القانوني والقضائي في المادة 17 الفقرة (د) ألا يتضمن الحكم أو الأمر ما يخالف النظام العام في البلد المطلوب إليه التنفيذ... كما نصت الاتفاقية المبرمة بين مصر والعراق في سنة 1964 والمتعلقة بشأن المساعدة المتبادلة والتعاون القانوني والقضائي في المادة 19 الفقرة الثانية "ألا يكون الحكم متضمن ما يخالف الآداب أو قواعد النظام العام في الدولة التي يحتاج به أمام محاكمها أو سلطاتها".⁴

كما ورد في اتفاقية جامعة الدول العربية الخاصة بتنفيذ الأحكام النص على النظام

3) Andre Chappelle: Les fonctions de l'ordre public en droit international prive these 1976, p.396.

4) د. عز الدين عبد الله: الآثار الدولية للأحكام القضائية في القانون الخاص مع دراسة بعض الاتفاقات الدولية الخاصة بتنفيذ الأحكام الأجنبية والمبرمة بين الدول العربية، مقال منشور في المجلة المغربية للقانون المقارن، العدد الرابع، 1984، ص 37.

العام والآداب العامة في الدولة المطلوب اليها التنفيذ وهي صاحبة السلطة في تقدير كونه كذلك وعدم تنفيذ ما يتعارض منه مع النظام العام أو الآداب العامة فيها، أو إذا كان الحكم مناقضا لمبدأ مقيد كقاعدة عمومية دولية.

ويراد بذلك ألا يتضمن الحكم ما يتعارض مع مقتضيات النظام العام أو الآداب العامة في هذه الدولة، والقاضي المطلوب منه الأمر بالتنفيذ هو الذي يقدر هذا التعارض أو عدم جوده مراعيًا منطوق الحكم وما جاء في أسبابه.

ونصت المادة 14 من اتفاقية التعاون المتبادل في الميدان القضائي بين الجزائر، والمغرب المؤرخة في 15 مارس 1963 والمصادق عليها بأمر رقم 68 - 69 ليوم 02 ديسمبر 1969 على مايلي: "يجوز للسلطة المقدم اليها الطلب أن ترفض تنفيذ الانابة القضائية إذا كانت هذه الانابة حسب قانون البلد المقدم اليه الطلب غير مختصة، أو كان من شأنها أن تخل بالسيادة أو الأمن أو النظام العام للبلد الذي يجب أن يتم فيه التنفيذ. ونصت المادة 20/د من نفس الاتفاقية "عدم احتواء الحكم على أي شيء يعتبر مخالفا للنظام العام للبلد المطلوب فيه التنفيذ..."

وكذا المادة 3/37 من نفس الاتفاقية "تكتفي السلطة المختصة بأ تنظر فيما إذا كانت في العقود الشروط اللازمة لاثبات صحتها في البلد الذي تسلمها، وفيما إذا كانت الأحكام المطلوب تنفيذها لا تحتوي على شيء مخالف للنظام العام للبلد المطلوب تنفيذ الأمر فيه أو لمبادئ القانون العام المطبق في هذا البلد".

ونصت المادة 13 من اتفاقية المساعدة المتبادلة والتعاون القانوني والقضائي بين الجزائر وتونس المصادق عليها بموجب مرسوم رقم 63 - 450 المؤرخ في 14 فيفري 1963 "يجوز للسلطة المقدم اليها الطلب أن ترفض تنفيذ الانابة القضائية إذا كانت هذه الانابة حسب قانون البلد المقدم اليه الطلب غير تابعة لاختصاص السلطة المذكورة أو كان من شأنها أن تخل بالسيادة أو الأمن أو النظام العام للبلد الذي يجب أن يتم فيه التنفيذ"

ونصت المادة 19 / من الاتفاقية المتعلقة بالتعاون القضائي المبرمة في 15 يناير 1970 "عدم احتواء الحكم على أي شيء يعتبر مخالفا للنظام العام للبلد المطلوب فيه التنفيذ ولا لمبادئ القانون العام المطبق في ذلك البلد، ولا لحكم قضائي صدر في نفس البلد وأكتسب بالنسبة إليه قوة الشيء المحكوم فيه".

وكذا المادة 3/26 من نفس الاتفاقية التي نصت: "تكتفي السلطة المختصة بأن تنظر فيما إذا كانت العقود تتوفر فيها الشروط اللازمة لاثبات صحتها في البلد الذي تسلمها وفيما إذا كانت الأحكام المطلوب تنفيذها لا تحتوي على شيء مخالف للنظام العام للبلد المطلوب تنفيذ الأمر فيه ولمبادئ القانون العام المطبق في هذا البلد". ونصت المادة 14 / ح من الاتفاقية القضائية بين المملكة البلجيكية والجمهورية الجزائرية المصادق عليها بأمر 70 - 60 المؤرخ في 18 أكتوبر 1970 "إذا كان التنفيذ من شأنه أن يخل بالنظام العام للدولة المقدم إليها الطلب"⁵.

ونصت المادة 13 من اتفاقية حقوق الطفل "على ما يلي:

- 1 - يكون للطفل الحق في حرية التعبير، ويشمل هذا الحق حرية طلب جميع أنواع المعلومات والأفكار وتلقيها وإذاعتها، دون أي اعتبار للحدود، سواء بالقول، أو بالكتابة، أو الطباعة، أو الفن، أو أية وسيلة أخرى يختارها الطفل.
- 2 - يجوز إخضاع ممارسة هذا الحق لبعض القيود، بشرط أن ينص القانون عليها، وأن تكون لازمة لتأمين ما يلي:

أ - احترام حقوق الغير وسمعتهم.

ب - حماية الأمن الوطني أو النظام العام أو الصحة العامة أو الآداب العامة

(5) انضمت الجزائر رلى هذه الاتفاقية بالمسردم رقم 88 - 233 المؤرخ في 05 نوفمبر 1988

المتضمن الإنضمام بتحفظ إلى إتفاقية نيويورك الموقع عليها في سنة 1958.

ونصت المادة 15 من نفس الاتفاقية:

1 - تعترف الدول الأطراف بحقوق الطفل في حرية تكوين الجمعيات وفي

حرية الاجتماع السلمي.

2 - لا يجوز ممارسة هذه الحقوق بأية قيود غير القيود المفروضة طبقاً

للقانون والتي تقتضيها الضرورة في مجتمع ديمقراطي لصيانة الأمن

الوطني أو السلامة العامة أو النظام العام أو لحماية الصحة العامة أو

الأداب العامة أو لحماية حقوق الغير وحررياتهم . وفي هذا المعنى أقرت

الأمم المتحدة بالاجماع في 16 ديسمبر 1966 اتفاقيتين للحقوق الدولية

للإنسان، الأولى خاصة بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية،

والثانية خاصة بالحقوق المدنية والسياسية.

فأي عمل تقوم به دولة ما فيه خروج عن مبادئ حقوق الإنسان الأساسية أو

الجمهورية، يجب بالضرورة ألا يلاقي أي احترام أو اعتراف من قبل الدول الأخرى سواء

أكان ذلك من السلطة القضائية أو السلطة السياسية.”

ونفس الأمر بالنسبة لاتفاقية حقوق الطفل، إذ تلزم احكامها كل الدول التي وقعت

أو انضمت اليها ولا يسمح بأي اتفاقية من شأنها المساس بها أو تجاهلها، إذ في ذلك يعد

انتهاكاً صارخاً للنظام العام في الدولة التي يقع فيها هذا الانتهاك.

ويستخلص من هذه الاتفاقيات التي تم التوقيع عليها أمرين:

(6) د. ممدوح عبد الكريم حافظ : مبدأ النظام العام وتنازع القوانين، مجلة القانون

والاقتصادي العدد الاول والثاني - 1971 - جامع البصرة ص 124 .

وانظر كذلك مؤلف الدكتور : جابر جاد عبد الرحمان: تنازع القوانين، ط 1970 ص 565.

الأمر الأول: ان الدول الموقعة عليها حرصت عن النص على أعمال فكرة الدفع بالنظام العام ضد أي اتفاقية التي من شأنها أن تتعارض مع الأسس أو المبادئ التي ينهض عليها كيان مجتمع هذه الدولة، سواء كانت هذه الأسس أو المبادئ سياسة أم اقتصادية أم اجتماعية أم دينية.

الأمر الثاني: ان هذه الاتفاقيات تركت أمر تقدير ما يعتبر من النظام العام للسلطات المختصة.

ثانيا: حالة النص في الاتفاقية صراحة على عدم استبعاد القانون الأجنبي من طرف القاض في الدولة الموقعة على الاتفاقية حتى لو كانت أحكام هذه الاتفاقية تتعارض مع اعتبارات النظام العام لدولته:

إذا كانت بعض الاتفاقيات تنص على ترك الاحتفاظ بالنظام العام لكل دولة موقعة على الاتفاقية فاننا نجد بعض الاتفاقيات على العكس من ذلك تنص على عدم أعمال الدفع بالنظام العام ضد أحكام الاتفاقية، ولو كانت أحكامها تتعارض مع النظام العام لدولة القاضي فقد تتضمن الاتفاقية النص صراحة على عدم إمكان لجوء القاضي في الدول الأعضاء في الاتفاقية الى استخدام فكرة النظام العام لاستبعاد القانون الذي تقضي الاتفاقية بتطبيقه، وحينئذ لا يجوز للقاضي الوطني الامتناع عن تطبيق القانون الأجنبي بحجة أنه يتعارض مع اعتبارات النظام العام لدولته. ومن هذه الاتفاقيات التي نصت على تغليب أحكام الاتفاقية ولو كانت تتعارض مع النظام العام لدولة القاضي، اتفاقية "بروسكل" المؤرخة في 28 أفريل 1968 المتعلقة بالاعتراف المتبادل للشركات والأشخاص المعنوية والتي وضعت تطبيقا للمادة 220 من معاهدة "روما" فبعد أن ذكرت هذه الاتفاقية بالمادة التاسعة التي تنص على الشرط التحفظي التقليدي للنظام العام، حيث حددت حالة

لا يمكن للنظام العام أن يتدخل فيها، فنصت كما يلي:

(إذا تكونت شركة بمقتضى قانون يسمح بتأسيسها بشريك أو مساهم واحد، فانه لا يمكن اعتبار هذه الشركة لنفس السبب متناقضة مع النظام العام بمفهومه في القانون الدولي الخاص)⁷ ففي حالة نشوب نزاع بين الاتفاقية المذكورة والمبادئ والقواعد لاحد الدول المتعاقدة فان أحكام الاتفاقية هي التي تغلب ولا يمكن التذرع بالنظام العام في احدى هذه الدول". ومعنى أوضح فانه لا يعتد بالنظام العام الداخلي لهذه الدولة. ويمكن الاشارة هنا كذلك الى الاتفاقية المبرمة بين المغرب وفرنسا المؤرخة في 10 أوت 1981 والمتضمنة الاحوال الشخصية والعائلية، والتعاون القضائي. فقد نصت المادة الرابعة من هذه الاتفاقية على مايلي:

"ان قانون البلدين المعين بواسطة هذه الاتفاقية، لا يمكن استبعاده من طرف السلطة القضائية للبلدين إذا كان يظهر عدم توافقه مع النظام العام. ويعلق الاستاذ: (François Monger) على شرط النظام العام في هذه الاتفاقية بقوله: " انه يتعين على قضاة البلدين بذل مجهودات معتبرة من أجل قبول اختلافات البلدين التي قد تتنافى مع النظام العام لكليهما"، وينتهي الى القول بأن هذه المجهودات لاشك في أنها تكون صعبة من الطرفين، نظرا للاختلافات المتباينة في الاحوال الشخصية للبلدين. فالمغرب يطبق الاحوال الشخصية التي يخضعها للشريعة الاسلامية التي تفرض التكامل والاحترام وهو اختلاف يبدو كبيرا بين نظام الاحوال الشخصية في البلدين.⁸

غير أن هذا الفرض لم ينل اجماعا فقهيًا، بل يعارضه جانب كبير من الفقه بالرغم من الاتفاق الصريح على عدم الالتجاء الى استخدام الدفع بالنظام العام ضد قوانينها.

(7) انظر Andre Chappelle : المرجع السابق ص 396 .

(8) Revue Critique de droit int. privé. N°1, 1984. p.01.

ويرى الجانب الفقهي⁹ الذي يرفض هذا الفرض، أنه بالرغم من النص صراحة في الاتفاقية على عدم التجاء القاضي الى الدفع بالنظام العام، فإنه رغم ذلك يحق له باعتباره ممثلاً للمجتمع ومدركا في نفس الوقت للمفاهيم الاساسية والجوهرية التي لا يمكن المساس بها بأي حال من الأحوال بل للقاضي إذا تبين له من تطبيق الاتفاقية انها تتعارض مع النظام العام للمجتمع الدولي المعاصر الذي يعبر عنه (بالنظام العام العالمي). ان يستبعدا من ميدان التطبيق، مثل القوانين التي تنهض على اعتبارات عنصرية، كقوانين جنوب افريقيا، وكذلك القوانين التي تتعارض مع كرامة الانسان وأدميته بصفة عامة، أو إذا كانت احكام الاتفاقية تنطوي على مخالفة لمبادئ العدالة الدولية، أو تصطدم بمبادئ القانون الطبيعي.¹⁰

وفي اعتقادي أن غض النظر عن مسألة النظام العام في الاتفاقية الدولية، يشكل خطرا ليس فقط على السيادة الوطنية فحسب، بل ومساسا بالمبادئ الأساسية التي يقوم عليها كيانها. إضافة إلى ذلك أن الدولة التي تسمح للنظم الاجنبية بانتهاك أسس النظام العام فيها تفقد مصداقيتها بين الدول، في نظرتها لما يعتبر وما لا يعتبر من النظام العام.

(9) د/فؤاد عبد المنعم رياض والدكتورة سامية راشد: الوسيط في القانون الدولي الخاص ط 1974، ص 209.

(10) د/ فؤاد عبد المنعم رياض والدكتورة سامية راشد: المرجع السابق، ص 210.

ثالثاً: حالة سكوت الاتفاقية عن النص على امكان امتناع القاضي في الدولة الموقعة على الاتفاقية عن تطبيق القانون الأجنبي الذي تشير اليه قاعدة الاسناد في الاتفاقية إذا ما تعارضت احكامها مع النظام العام لدولة القاضي.

ما هو الحل الذي يتعين اتباعه إذا كانت الاتفاقية الموقعة عليها لا تشير إلى حق الاحتفاظ لكل دولة من دول الاتفاق بحقها في أعمال الدفع بالنظام العام؟ ذهب رأي من الفقه إلى القول بعدم امكان التجاء القاضي إلى استخدام فكرة النظام العام في هذه الحالة (سكوت الاتفاقية عن الإشارة إلى النظام العام) لاستبعاد القانون الواجب التطبيق وفقاً لأحكام الاتفاقية، لأن الاتفاقية قد تفقد فعاليتها إذا ما سمحنا لكل دولة من الدول الموقعة عليها برفض تطبيق أحكام الاتفاقية حين تشاء، وبمحض إرادتها، بحجة تعارض أحكام الاتفاقية مع اعتبارات النظام العام.

وعليه وحفاظاً على روح الاتفاقية والهدف الذي أبرمت من أجله يتعين على الدول المتعاقدة أو الموقعة على الاتفاقية عدم ترجيح مفهوم النظام العام السائد في دولتها على أحكام الاتفاقية وبالتالي يتعين تطبيق أحكام الاتفاقية.

ويرى الاستاذ (Lewald) الذي يتزعم هذا الرأي، انه إذا تركنا الأمر إلى حرية تقدير الدول الموقعة على الاتفاقية في أعمال فكرة النظام العام، حسب تقديراتها، فلماذا تتبع قاعدة تنازع معينة إذا كان للدولة المتعاقدة الحق في ترجيح نظامها العام.¹¹

غير أن غالبية الفقهاء لا تشاطر الاستاذ (Lewald) رأيه هذا، فيرى الفقيه

(Niboyet) في هذا المعنى، أن سكوت الاتفاقية في هذه الحالة، يجب ألا يفسر على أنه حرمان للدول المتعاقدة أو الموقعة على الاتفاقية من الأخذ بحقوقها في الدفع بالنظام العام، ذلك أن حرمان الدول الموقعة على الاتفاقية من أعمال الدفع بالنظام العام، من شأنه أن يجعل تطبيق الاتفاقية شديد الوطأة على الدول الأطراف في الاتفاقية.

ويرى الاستاذ (Noboyet) في الأخير أن أطراف الاتفاقية لا ينتبهون أثناء التوقيع على الاتفاقية إلى مسألة النظام العام، نظرا لاختلاف كل دولة عن الأخرى في تصورهما لفكرة النظام العام. فإذا استثنينا اعتبارات النظام العام من المعاهدة فإن تطبيقها يصبح صعبا، وتفاديا لاثارة مثل هذه الصعوبات في المستقبل، يجب النظر إلى النظام العام على أنه مسألة ضمنية في كل دولة من الدول الموقعة على المعاهدة، وبالتالي لا يحتاج إلى النص عليه في المعاهدة.¹² والواقع أن هذا الرأي يتمشى ووظيفة النظام العام في المجتمع فهو يعتبر من المبادئ العامة المستقرة في القانون والمعاهدات والاتفاقيات وأحكام القضاء، ولهذا لا يتشترط الإشارة إلى تطبيقه من وقت لآخر وفي كل حالة، فهو يعتبر شرط ضمني إذا لم ينص على استثنائه في الاتفاقية أو المعاهدة.

رابعاً: حالة النص في الاتفاقية على اعمال الدفع بالنظام العام في حالات محددة بالنسبة للدول الموقعة على المعاهدة.

قد يحدث أن تنص الاتفاقية في بعض الحالات على استخدام الدفع بالنظام العام في حالات محددة تجاه احكام الاتفاقية، إلا أن السؤال يبقى مطروحا فيما إذا كان يتعين عدم اعمال الدفع بالنظام العام في غير هذه الحالات المنصوص عليها في هذه الاتفاقية ؟

ذهب رأي من الفقه الى القول بأن الاتفاق على عدم اعمال الدفع بالنظام العام بشأن مسألة أو مسائل معينة جائز، ذلك أن الهدف من ذكر مثل هذه المسائل والاتفاق عليها مسبقا هو تفادي اثاره مشاكل في المستقبل، وهذا ما تهدف اليه الاتفاقية في أغلب الاحيان.

غير أن ما تجدر الاشارة اليه هنا هو، معرفة ما إذا كان الاتفاق بين الدول الموقعة على الاتفاقية بشأن عدم أعمال الدفع بالنظام العام يقتصر أثره على الدول الأطراف في الاتفاقية أم أنه يترتب على هذا عدم امكان اعمال الدفع بالنظام العام بصدد هذه المسألة بشكل مطلق أي يتعين عدم اعمال الدفع بالنظام العام حتى في مواجهة الدول الغير أطراف في الاتفاقية؟ يجيب الاستاذ: "فؤاد عبد المنعم رياض" على هذا السؤال بقوله «لاشك أن تنازل احدى الدول المتعاقدة عن تمسكها بحق معين انما هو امتياز تمنحه الدولة الى الدول الاخرى الاطراف في المعاهدة مقابل حصولها على حق بمشال، لذلك كان من المنطقي بأن تنازل الدولة عن التمسك بحق معين في مواجهة الدول الأطراف في الاتفاقية لا يعني، تنازلها عن هذا الحق بالنسبة لكافة الدول الأخرى.»

إلا أنه يستدرك قائلا: " ان اعمال هذا المنطق في مجال النظام العام بوصفه تعبيراً

عن الأسس التي يقوم عليها النظام القانوني في مجتمع القاضي لا يمكن أن يتجزأ ويختلف باختلاف الدولة المراد تطبيق قانونها، فهو يتسم بطابع العمومية والوحدة¹³. وعلى هذا الأساس، فإنه لا يمكن تجزئة الدفع بالنظام العام تجاه القوانين الأجنبية الواجبة التطبيق بالنسبة لمسألة أو مسائل معينة، فأما أن يعتبر المساس بها في دولة القاضي مخالفا للنظام العام وأما أن يعتبر غير مخالف للنظام العام تجاه جميع الدول حتى ولو كانت غير موقعة على الاتفاقية، ذلك أن تجزئة النظام العام يعتبر بلاشك تلاعبا بالأسس والمبادئ، التي ينهض عليها كيان مجتمع القاضي، فالنظام العام كما مر بنا يتسم بطابع العمومية والوحدة.

وما تقدم يتبين أنه، إذا قامت دولة من الدول التي تعتبر التطبيق فيها مخالفا للنظام العام لا يجوز القيام به أو الدفع به في دولتهما، ولكنها بإبرامها معاهدة مع دول معينة تلتزم فيها بالاعتراف باحكام التطبيق الصادرة عن محاكم الاطراف في المعاهدة، فإذا فعلت ذلك، فإنه يفيد ان احكام التطبيق الصادرة في الخارج لم تعد مخالفة للنظام العام في هذه الدولة كما هي الحال بالنسبة لاسبانيا بعد تراجعها عن تحريم الطلاق مؤخرا وقد كانت تعتبره فيما مضى مخالفا للنظام العام.

وهذا ما توصلت اليه بالفعل معاهدة (لاهاي) المؤرخة في 07 جويلية 1905 المتعلقة بالاعتراف بالطلاق بعد أن أخذت هذه المسألة نصيبها من النقاش وبعد دراسة مستفيضة حولها، إذ طرحت هذه المسألة لأول مرة في مؤتمر (لاهاي) بقصد الاعتراف بالطلاق على أن يسري هذا الاعتراف ابتداء من يوم الشروع في تطبيق هذه المعاهدة، فإذا كان المشكل قد سوى بالنسبة للدول الموقعة على المعاهدة، فما هو الحل بالنسبة للدول غير الموقعة على المعاهدة، بشأن طرح تلك الاحكام والمنازعات أمام محاكمها؟ لقد أوضحت المادة السابعة

من معاهدة (لاهاي) المذكورة أنه فيما يتعلق بمسائل الطلاق والانفصال الجسماني فانها تصبح سارية المفعول بمجرد النطق بها أمام محكمة مختصة وبالتالي تعد هذه الأحكام مقبولة ومعترفا بها في كل دول العالم مع مراعاة الشروط الواردة في المعاهدة.

ويلاحظ أن إبرام مثل هذه الاتفاقية وغيرها قصد ايجاد حلول موحدة تستجيب ورغبات الدول في التعاون فيما بينها، وهذا على الأقل من الناحية النظرية، بالرغم من أن هذه الفكرة لم تطبق في المحاكم بشكل واسع، لكون هذه الاخيرة تتمتع دائما بسلطة تقديرية في اعمال الدفع بالنظام العام تجاه القوانين الاجنبية.

وعلى كل ومهما كانت تحفظات المحاكم بشأن مسألة النظام العام فان التعاون بين الدول أصبح ملموسا على الأقل فيما يخص هذا الجانب (جانب النظام العام) ولو أنه مقصور على اطراف الاتفاقية، إلا أن الأمل معقود على تعميم هذا الحل في المستقبل، اما بانضمام عدد أكبر من الدول الى هذه الاتفاقية، وإما بتعميم هذا الحل بالنسبة لباقي الدول غير الاعضاء في الاتفاقية كحل نموذجي يشجع على التعاون واقامة الاتحادات المهنية والاقتصادية.

وإذا تحقق هذا بشكل واسع، فان ظاهرة النظام العام قد تزول تماما، أو على الأقل تخف حدتها في المجال الدولي، وذلك عن طريق التقارب بين الدول في مختلف مجالاتالتعاون، إلا أن نجاح هذه الفكرة مرهون بمدى توفر عنصر (الاشتراك القانوني) بين الدول.

الخلاصة:

ان ما يمكن ملاحظته بشكل عام حول ادراج شرط الدفع بالنظام العام، او عدم ادراجه في المعاهدات أو الاتفاقات الدولية، هو أن النظام العام يعد سلاحا ذو حدين يجب الاعتدال في استخدامه، لكي يضمن من جهة حماية المبادئ الأساسية التي يقوم عليها كيان مجتمع القاضي، ومن جهة أخرى، يجب لا يتحول استخدام النظام العام من طرف القاضي كوسيلة لمنع تطبيق القوانين الاجنبية، دون فحصها، والتأكد من أنها فعلا تنتهك النظام العام في دولته، انطلاقا من معتقدات القاضي السياسية والاجتماعية الخاصة.

فاستبعاد احكام الاتفاقية باسم النظام العام، يجب أن يكون مبني على المنطق ومفاهيم العدالة الاجتماعية والنظم الأساسية التي ينهض عليها كيان مجتمعه. ولاشك أن هذا يتطلب من القاضي أن يكون متفتحا ومتفهما لحاجات القانون الدولي الخاص واعيا ومدركا لواقع مجتمعه والمجتمع الدولي حوله بصفة عامة. ولتحقيق هذا الهدف، يجب على القاضي أن ينظر إلى الأثر الذي يترتب من الناحية العلمية على تطبيق الاتفاقية.

ويعني أدق فان دور القاضي يجب ألا يتوقف عند حد التحقق من كون الاتفاقية تتنافى مع النظام العام أم لا من الناحية المجردة، بل أن دوره يمتد أيضا الى بحث النتيجة العملية التي تترتب على تطبيق الاتفاقية ومدى تعارضها مع النظام العام السائد في دولته.

ويجدر بالذكر أن نشير هنا الى أن القاضي غير مقيد عند اعماله لفكره النظام العام في مجال الاتفاقات الدولية بنفس الاعتبار التي يلتزم بها عند تحديده لما يعتبر من النظام العام في المجال الداخلي.

والسبب في ذلك يرجع الى كون اعمال النظام العام في مجال القانون الدولي الخاص يؤدي الى نتائج بالغة الخطورة، إذ أنها تقطع المجرى الطبيعي للمعاملات الدولية ولعلاقات الافراد المختلفة في المجال الدولي، وذلك بتعطيله لقاعدة الاسناد التي تتكفل بتنظيم هذه المعاملات، وبالتالي مانعا لتطبيق وازدهار القانون الدولي الخاص بوجه عام، وتنازع القوانين بوجه خاص، لذلك فانه من الطبيعي أن يكون مجال فكرة النظام العام في القانون الدولي الخاص أضيق من مجال اعمالها في علاقات القانون الداخلي.

لكن هذا لا يعني هنا كما يقول الاستاذ: (Batiffol) أن المشرع الوطني في دولة ما قد منح توقيعاً على بياض لكل مشرعي دول العالم بتطبيق القانون الأجنبي وتفضيله على القانون الوطني حتى ولو كان الأول يتعارض مع المثل والمصالح العليا والمبادئ الأساسية السائدة في دولة الثاني.

ولما كانت فكرة النظام العام نسبية تتغير من حيث الزمان والمكان، نظراً لارتباطها بالأفكار الأساسية السائدة في وقت معين في مجتمع محدد، فانه يتعين على القاضي ان يتقيد بمفهوم النظام العام السائدة في دولته وقت فصله للنزاع المطروح أمامه عملاً بمبدأ "حالية النظام العام".