النظام العام كصمام أمان لكفالة احترام أحكام الشريعة الإسلامية في مجال العلاقات الخاصة الدولية

الدكتور/ أشرف وفا محمد
أستاذ بكلية الحقوق جامعة القاهرة

كلية الحقوق
جامعة القاهرة

كلية الحقوق
جامعة القاهرة

النظام العام كصمام أمان لكفالة احترام أحكام الشريعة الإسلامية في مجال العلاقات الخاصة الدولية

مقدمة

من يلقى نظرة فاحصة على واقع النظام القانوني المطبق في البلاد العربية والإسلامية يستطيع أن يستنتج بسهولة تامة أن الكثير من هذه الدول بدلا من أن تتجه الى اصدار قوانين مستمدة مباشرة من الشريعة الإسلامية – على نحو ما استقر عليه فقهاء المذاهب الإسلامية الكبرى – بدلا من ذلك اتجهت الى تبنى وتطبيق قوانين الدول الغربية فاستعاضت بذلك عن شريعة الخالق بشريعة المخلوق, وبعد أن زال الاستعمار زولا ماديا ظل جاثما على صدور العباد بواسطة القوانين التي ظلت مطبقة في الدول العربية والإسلامية ومن ثم ظل الاستعمار الفكرى والقانونى متواجدا ومستمرا في هذه الدول.

تجاه الوضع السابق والى حين أن يصل الأمر الى ما نصبوا إليه جميعا من إصدار قوانين مطابقة لأحكام الشريعة الإسلامية الغراء في مختلف المجالات وفى مختلف أفرع القانون تبرز فكرة النظام العام كصمام أمان لكفالة احترام أحكام الشريعة الإسلامية وهو ما يدور حوله موضوع البحث الحالي.

والبحث الحالي يدخل في إطار المحور الثانى من محاور المؤتمر والذى يتعلق بالاتجاهات المعاصرة في دراسة الأنظمة في كليات الشريعة وذلك على أساس أن هذا المحور يرصد الواقع المطبق أو ما هو كائن في التطبيق من القوانين والأنظمة. فمن بين الموضوعات التي يثار التساؤل بشأنها دائما بمناسبة دراسة الأنظمة المعمول بها موضوع فكرة النظام العام والى أي حد يمكن للقاضى اللجوء الى النظام العام في الحالة التي تشير فيها قاعدة تنازع القوانين الى تطبيق قانون أجنبى ويتبين للقاضى أن تطبيق القانون الأجنبي على النزاع المطروح أمامه يتضمن مخالفة لقواعد الشريعة الإسلامية على نحو ما هو سائد في بلد القاضي.

ويتضح من ذلك أن لجوء القاضي الى استخدام النظام العام – وهو أمر يسمح به القانون الوطنى – إنما يهدف في المقام الأول إلى كفالة احترام المبادئ الرئيسية السائدة في المجتمع الوطنى, ومما لاشك فيه أن هذه المبادئ الرئيسية إنما تتعلق باحترام القواعد الجوهرية المستقر عليها في الشريعة الإسلامية وذلك باستبعاد تطبيق القانون الأجنبي الذى يتضمن مخالفة لقواعد النظام العام المستمدة من الشريعة الإسلامية.

يمكن تصور قيام تنازع قوانين في الدولة الاسلامية في حالات محدوده جدا، حيث يطبق فيه القاضي المسلم احكام اهل الذمة أو المستامنين على العلاقات فيما بينهم وذلك من خلال تركهم واحكامهم، ما عدا ذلك يطبق القاضي المسلم الشريعة الاسلامية، للتلازم بين احكام الشريعة الاسلامية والقضاء الاسلامي، على العلاقة بين المسلمين أو على العلاقة التي تضم على الاقل طرفا مسلما، أو إذا اتفق غير المسلمين على تطبيق احكام القانون الاسلامي.

يذهب اتجاه في الفقه المعاصر إلى أن الشريعة الإسلامية لا تعرف فكرة تنازع القوانين، استناداً إلى الحجج الآتية:

1- مبدأ إقليمية الشريعة والتلازم بين الاختصاصين القضائي والتشريعي، وبالتالي لا تقبل الشريعة تطبيق قانون أجنبي على النزاع المطروح أمام القاضي المسلم.

2- انعدام التكافؤ النظامي بين الشريعة الإسلامية والقوانين الأجنبية (أو غير الأجنبية) بسبب الحروب التي كانت قائمة بين الإسلام والغرب المسيحي، ولأن الإسلام تحكمه شريعة دينية، بينما الغرب الإسلامي تحكمه قوانين وضعية. أي أن التبادل أو الاشتراك القانوني لا يوجد بين شريعة دينية، وشريعة وضعية[1].

(1) د. أحمد عبد الكريم سلامة: نحو نظرية عامة للقانون الدولي الخاص الإسلامي، المرجع السابق، ص145-152. انظر أيضاً ص31.
ويضيف – ردًّا على الحجج آنفة الذكر – أنه:

والواقع أن هذا الرأي لا يمكن قبوله لما يلى:

1- اعترف الإسلام بوجود قواعد تطبق على غير المسلمين في دار الإسلام دون أن تنتمي إلى شريعته (مثال ذلك شرائع أهل الكتاب الخاصة بالأصول الشخصية).

2- أكد الإسلام على وجود علاقات دولية خاصة مع أو بين غير المسلمين عابرة للإقليم الإسلامي، الأمر الذي يحتم وجود قواعد تحكمها.

3- اعتراف المسلمين بوجود بلاد غير إسلامية يعني ضرورة وجود قواعد تحكم العلاقات الخاصة الدولية التي تقوم بين المسلمين أو غير المسلمين، أو تلك التي تتعلق بأشياء موجودة عبر الحدود. وهذا هو أساس القانون الدولي الخاص ومشكلة تنازع القوانين: وجود عنصر أجنبي في العلاقة القانونية تتكالب على حكمه قوانين عدة.

من الثابت أن الزواج بالكتابيات غير المسلمات أمر أباحته الشريعة الإسلامية, ويعتبر الدين هو الأمر الذي يحكم مسائل الأحوال الشخصية في الفقه الإسلامى بصفة عامة وهو مايعد تطبيقًا لمبدأ شخصية القوانين[1] La personnalité . ويعد الزواج

«من التجاوز وتعدي الحقيقة، اتهام الفقه الإسلامي بجهله فكرة تنازع القوانين. فنستطيع أن نؤكد أن هذا الفقه قد عرف، في حدود، منهج قواعد الإسناد. فقد أجاز للخصوم الترافع أمام القضاء الإسلامي، وعندما كان يتعلق أمر بدعاوى فيما بين غير المسلمين من المستأمنين، وهم أجانب، فكان يطبق عليهم أحكام ديانتهم في خصوص مسائل الأحوال الشخصية. وكان ضابط الإسناد يستمد، هنا، من ديانة الخصوم. كما أن قانون هؤلاء، يطبق دائماً، عندما كان يتولى الفصل في المنازعة قضاة (محكمين) غير مسلمين. فقد أجيز لهم ذلك، باعتبار أنهم أكثر فهماً لأحكامه.

أما سائر المنازعات ذات العنصر الأجنبي، فقد واجهها الفقه الإسلامي بمنهج القواعد الموضوعية» (ذات المرجع، ص41).

1() انظر في خصوص أن مبدأ شخصية القوانين كان هو المبدأ الذي كان سائدا عند ظهور الإسلام في:

Sobhimahamassani the principles of international law in the light of Islamic doctrine Recueil des cours, acad dr. intern , la Haye ,1117 (1966.1), p252 et s.

من الحقوق الأساسية للإنسان [1]، مسلما أو غير مسلم الذي ورد في أكثر من آية من آيات القرآن الكريم : [وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ] {الرُّوم:21}. وقوله تعالى: [وَاللهُ جَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا وَجَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَزْوَاجِكُمْ بَنِينَ وَحَفَدَةً ...] {النحل:72} .

وسوف نقسم البحث الحالي – من حيث المبدأ – الى مطالب ثلاثة:

نتناول في أولهما بعض أنواع من النظام العام التي يتعين استبعادها وفى المطلب الثانى نتعرض لتحديد النظام العام المعتد به وفى المطلب الثالث نتعرض للآثار التي تترتب على إعمال النظام العام في مجال العلاقات الخاصة الدولية.

المطلب الأول

النظام العام المستبعد

استبعاد النظام العام الداخلى والنظام العام الدولى "الحقيقى"

نتعرض فيما يلى للحديث عن نوعين من النظام العام من الواجب استبعاد اعمالهما فى نطاق دراستنا.

1) استبعاد إعمال النظام العام الداخلى:

يمكن تعريف النظام العام بأنه عبارة عن مجموعة المبادئ الأساسية التى يقوم عليها المجتمع فى مكان ما وفى زمن ما. فالنظام العام يشكل وفقا لهذا التعريف قواعد آمرة يتعين تطبيقها على كل من يقيمون فى الدولة الوطنية. ولما كان المجتمع فى تطور مستمر وتختلف المبادئ والأسس التى يقوم عليها المجتمع من دولة إلى أخرى, كما تختلف تلك الأسس فى داخل الدولة الواحدة من زمن إلى آخر, كانت فكرة النظام العام فكرة غير ثابتة فهى عرضة للتغير بحسب الزمان

(1) قيل:«النكاح» لفظ مشترك بين العقد والوطء يرى الإباضية أنه حقيقة في العقد مجاز في الوطء ، فهو لم يرد في القرآن إلا للعقد ، والعرب تسمي العقد نكاحا لأنه يبيح النكاح فسمي السبب باسم المسبب » معجم مصطلحات الإباضية ،ج2 ، ص 1025 .

والمكان. فما يعد من النظام العام فى فرنسا ليس بالضرورة أن يكون كذلك فى انجلترا والعكس صحيح. كما أن ما يعد من النظام العام فى داخل الدولة الواحدة قد لا يعد كذلك فى زمن لاحق.

وتتسم قواعد النظام العام بأنه ليس فى مقدور الأفراد الاتفاق على ما يخالفها, فهى تشكل قواعد أساسية للمجتمع بأسره, بحيث أنه لا يمكن التسامح فى مخالفة هذه القواعد([1]).

على أن القول السابق لا يصدق إلا على الأنظمة القانونية الوضعية التى يقوم فيها البشر بتشريع القوانين بأنفسهم وفقا لحاجيات وتطورات المجتمع. أما فى النظام القانونى الاسلامى فإن فكرة النظام العام تتسم بالثبات والاستقرار حيث لا تتغير المبادئ والقواعد الأساسية نظرا لكون الشريعة صالحة لكل زمان ومكان, وما يمكن أن يتغير هو القواعد التفصيلية, أو وسائل تحقيق الغايات الكلية والمقاصد الرئيسية وهى قواعد تقبل الاجتهاد وفقا للتطور الواقع فى المجتمع الاسلامى.

غير أن المفهوم السابق للنظام العام يمكن تطبيقه فى مجال العلاقات الداخلية البحتة **l'ordre public interne**, حيث ينفرد القانون الوطنى بحكم الروابط القانونية نتيجة لأن الرابطة لاتهم سوى النظام القانونى الوطنى. غير أن هذا المفهوم لا يناسب العلاقات الخاصة الدولية تلك العلاقات التى تحتوى على عنصر أجنبى من شأن توفره فى الرابطة أن يجعل تلك الرابطة تتصل بأكثر من نظام قانونى وتهم أكثر من دولة واحدة. ولهذا يتعين أن يتخذ النظام العام فى المجال الدولى مفهوما آخر يتناسب مع طبيعة الروابط الخاصة الدولية ومع ما تتطلبه تلك الروابط من ضرورة وجود قدر كبير من التعاون بين الدول فى تطبيق قوانين بعضها البعض.

1( ) تنص فى هذا الشأن المادة السادسة من القانون المدنى الفرنسى علىأن :

"On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux Lois qui intéressnt l'ordre public et les bonnes moeurs".

2) استبعاد النظام العام الدولى "الحقيقى":

نقوم فيما يلى باستعراض الاتجاه الذى ينادى بأن النظام العام الذى يتعين تطبيقه فى مجال العلاقات الخاصة الدولية هو النظام العام الدولى الحقيقى, ثم نتعرض إلى تقدير هذا الاتجاه.

أ)عرض الاتجاه المؤيد لفكرة النظام العام الدولى "الحقيقى" :

يتجه بعض الفقه خاصة فى الدول الغربية إلى المناداة بضرورة أن يطبق فى مجال العلاقات الخاصة الدولية نظام عام لا يجد مصدره فى قوانين الدول الوطنية, لأن الأمر لا يتعلق بالفصل فى رابطة قانونية داخلية حتى يمكن الاستناد إلى النظام العام ذى المصدر الوطنى, بل يتعلق الأمر برابطة ذات طابع دولى تحتوى على عنصر أجنبى مما يبرر ضرورة البحث عن قواعد مشتركة بين مختلف الدول تكون بمثابة مبادئ وقواعد عامة مشتركة لا يمكن الحياد عنها ولا يمكن مخالفتها, وهذه القواعد والمبادئ المشتركة هى التى تشكل ما يعرف بقواعد النظام العام الدولى الحقيقى**l'ordre public véritablement international**.

ولا يمكن الفصل فى واقع الأمر بين النظام العام الذى ينادى به هذا الاتجاه وتحديده للقانون الواجب التطبيق فى مجال العلاقات الخاصة الدولية. ففى مجال القانون الواجب التطبيق خاصة فى نطاق عقود التجارة الدولية يرى هذا الاتجاه أنه يتعين تطبيق قواعد قانونية لا تجد أساسها فى قوانين مختلف الدول, لأن القوانين الوطنية لا تلائم – وفقا لهذا الاتجاه – حاجات ومتطلبات التجارة الدولية التى تتطلب قواعد قانونية ذات طبيعة خاصة بعيدة عن سيطرة الدول الوطنية وسطوتها. ولهذا ينادى هذا الرأى بوجود نظام قانونى جديد يحتوى على قواعد مادية متعلقة بعقود التجارة الدولية, وهو ما يطلقون عليه اصطلاح القانون التجارى الدولى أو قانون التجار **la *lex mercatoria***[1].

1( ) انظر فى تفصيل قواعد ومكونات هذا القانون الجديد المزعوم مؤلفنا : المبادئ العامة لتنازع القوانين فى القانون المقارن, المرجع السابق, ص 43 وما بعدها. وانظر كذلك :

وطالما أن هذا الاتجاه ينادى بفكرة القانون التجارى الدولى باعتباره هو القانون الواجب التطبيق فى مجال عقود التجارة الدولية, فإنه سيرا على ذات النهج ولتحقيق الاتساق مع النظرية فإنه يقرر أن النظام العام الذى يتعين الاعتداد به لا ينبغى أن يستمد من القوانين الوطنية, بل من قواعد ذات مصدر دولى, أى المبادئ المتفق عليها بين غالبية الدول فى الأمم المتمدينة حيث تشكل ما يعرف بالنظام العام الدولى الحقيقى. فكما يوجد نظام قانونى جديد يطبق على عقود التجارة الدولية هو القانون التجارى الدولى, يوجد نظام عام جديد هو النظام العام للقانون التجارى الدولى l'ordre public de la lex mercatoria.

ب)تقدير فكرة النظام العام الدولى الحقيقى :

كما ذكرنا يوجد ارتباط وثيق بين تحديد القانون الواجب التطبيق والنظام العام لدى أنصار الاتجاه السابق. فهناك نظام قانونى جديد هو القانون التجارى الدولى الذى لايستمد مصادره ولاتوجد قواعده فى قانون محدد بالذات, وهناك نظام عام جديد لحماية القانون التجارى الدولى. وكما أن القانون التجاربالدولى ذو طابع دولى كذلك فان النظام العام المتواجد لحمايته وكفالة تطبيقه يعد أيضا ذو طابع دولى ولا يستمد من أى قانون وطنى.

وقد تعرض الاتجاه السابق للعديد من الانتقادات التى حالت دون الأخذ به كقاعدة عامة سواء فى شقه المتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق أو فى شقه الخاص بالنظام العام. ولا يمكننا التعرض بالتفصيل إلى هذه الانتقادات لأن هذا

B. Goldman : Frontières due droid et lex mercatoria, Archives philosophique due droid, 1964, p. 157 et s. Ph. Cahn : L'essor due non-droid dans les relations commerciales internationals et le contrat sans loi, xxxe séminaire organize à la Faculté de droid de Liège, Liège,1977, p. 230 et s. E. Loquin : L'application de règles anationales dans l'arbitrage commercial international, Institut de droid et de pratique des affaires internationals de la CCI, 1986, p. 91 et s.

يخرجنا من نطاق دراستنا لموضوع التقادم([1]). ولهذا فإننا نكتفى هنا بملاحظتين إحداهما تتعلق بالقانون التجارى الدولى والأخرى بالنظام العام الدولى الحقيقى منظورا إليه على أنه النظام العام للقانون التجارى الدولى.

/ ففيما يتعلق بالقانون التجارى الدولى, هناك تساؤلا عن مدى إمكانية إسناد التقادم إلى قواعد قانونية غير وطنية, أو بمعنى آخر هل يمكن أن يخضع التقادم لقواعد قانونية غير وطنية كبديل للقانون الواجب التطبيق ؟

يتعلق الأمر هنا بالحديث عن إمكانية إسناد التقادم إلى قواعد القانون التجارى الدولى, أو قواعد قانون التجار la ***lex mercatoria***. ويتكون القانون التجارى الدولى من نوعين أساسيين من القواعد : النوع الأول هو عادات التجارة الدولية وهى عبارة عن القواعد التى يتوافق عليها المتعاملين فى مجال التجارة الدولية. والنوع الثانى هو المبادئ العامة للقانون وهى عبارة عن القواعد التى لا تجد مصدرها فى نظام قانونى وطنى على وجه التحديد, ولكن تستمد من المقارنة بين قوانين مختلف الدول, كما تستخلص من نصوص المعاهدات الدولية ومن القرارات التى تصدرها هيئات التحكيم الدولية([2]).

1( ) انظر فى تفصيل هذه الانتقادات : مؤلفنا : المبادئ العامة لتنازع القوانين فى القانون المقارن, المرجع السابق, ص 43 وما بعدها وكذلك ص202 وما بعدها.

2( ) من الملاحظ أن الاتجاه الحديث لدى أنصار القانون التجارى الدولى لا يقصر مكونات هذا القانون على النوعين من القواعد المشار اليهما فى المتن وانما يتبنى مدلولا أكثر اتساعا من شأنه ادخال بعض القواعد الأخرى. ووفقا لهذا المدلول الواسع يعتبر منتميا إلى قواعد القانون التجارى الدولى القواعد التى تضعها غرفة التجارة الدولية les Incoterms, وكذلك القواعد الواردة فى المعاهدات الدولية طالما أنها تتعلق بمعاملات التجارة الدولية. وفى ذلك يقرر الاستاذ فيليب فوشار ومن أشد أنصار القانون التجارى الدولى :

"Par cette expression, on désigne aujourd'hui un ensemble de règles applicables aux relations commerciales internationals qui ne trouvent pas leur source ni leur autorité dans le droid des Etats, mais qui ont été élaborées par et au sein de la communauté internationale des commercants, sous forme d'usages et de principes généraux dégagés notamment par les sentences arbitrales. On peut y

وفى واقع الأمر توجد صعوبات كبيرة للاعتراف بالقانون التجارى الدولى كقانون مستقل ومتكامل. ذلك أن هذا القانون توجد به بعض القواعد المتناثرة التى تتناول بالتنظيم بعض الجوانب القليلة من المسائل المتعلقة بعقود التجارة الدولية.

ajouter les règles édictées dans les conventions internationals, lorsqu'il s'agit de règles materielles propres au commerce international, exprimant ainsi ses besoins propres et consacrant le droid spontané qui a pu se former antérieurement hors de sources étatiques formelles".

ويستند بعض الفقه إلى القول السابق للتوصل إلى اعتبار قواعد غرفة التجارة الدولية les Incoterms من قبيل مكونات القانون التجارى الدولى, وذلك استنادا إلى أن هذه القواعد المعدة من قبل غرفة التجارة الدولية – وهى عبارة عن عادات للتجارة الدولية – قد اكتسبت وصف القواعد العرفية الدولية, ومن ثم فانه فى الحالة التى يقوم فيها الأطراف باختيار القانون التجارى الدولى لحكم موضوع النزاع تكون قواعد غرفة التجارة الدولية les Incoterms قابلة للتطبيق مباشرة على النزاع. أنظر فى تفصيل ذلك الرأى :

Emmanuel Jolivet : Les Incoterms, etude d'une norme due commerce international, Litec, Paris, 2003, p. 323 et s. et p.330 et s.

وبينما يرى الاتجاه السابق أن قواعد العادات المعدة من قبل غرفة التجارة الدولية قابلة للتطبيق على العقد طالما أن الأطراف قد اختاروا القانون التجارى الدولى لحكم العقد, نجد أن البعض الآخر من أنصار القانون التجارى الدولى يرون أن تطبيق قواعد غرفة التجارة الدولية يتوقف على الاختيار الصريح لها من قبل الأطراف.

'' En fin de compte, chaque Incoterms constitue un contrat type. Les Icccccncoterms forment une juxtaposition de contrats types qui deviennent la loi des parties à partir due moment où ces memes parties s'y referent dans leur contrat de base". V. Didier Le Masson et Sibille Stenay : Les Incoterms, in : La convention de Vienne sur la vente internationale et les Incoterms, Actes due Colloque des 1er et 2 décembre 1989, L.G.D.J., Paris, 1991, p.39.

ونحن نرد على الاتجاهات السابقة رد عملى لا نظرى مؤداه أن الواقع العملى يناقض ما يذهبون اليه من ندرة اختيار الأطراف لقواعد القانون التجارى الدولى أو لقواعد وأعراف غرفة التجارة الدولية لحكم النزاع. كما أنه حتى فى الحالات النادرة التى يختار فيها الأطراف مثل هذه القواعد يتعذر على الجهة التى تفصل فى النزاع – سواء أكانت محكمة وطنية أو هيئة تحكيم – أن تفصل فى النزاع بتطبيق القانون التجارى فقط, لعدم احتواء هذا القانون على قواعد تفصيلية كافية لحسم كل ما تثيره منازعات التجارة الدولية من مشاكل.

وهذا الذى يفسر لنا أن واقع أحكام القضاء وأحكام التحكيم الدولية يستفاد منها ندرة تطبيق قواعد القانون التجارى الدولى كقانون واجب تطبيق فى مجال موضوع النزاع. ونحن نرى أن قواعد القانون التجارى الدولى يتعين أن يكون لها *دورا ثانويا* بالمقارنة بقوانين الدول الوطنية, ومن ثم ينحصر دور قواعد هذا القانون فى تكملة النقص الذى قد يوجد فى قانون الدولة الواجب التطبيق, أو فى تفسير بعض شروط العقد, ولهذا لا يمكن أن يحل القانون التجارى الدولى محل القانون الواجب التطبيق.

ويرجع هذا إلى أن هناك نقصا شديدا فى قواعد القانون التجارى الدولى, ولا يحتوى على قواعد تفصيلية قادرة على حسم جميع المسائل التى تثيرها منازعات التجارة الدولية. ويفسر لنا هذا أنه فى الغالبية العظمى من الحالات يقوم أطراف العقد بإسناده إلى قانون وطنى صادر عن دولة معينة. كما أنه حتى فى الحالات النادرة التى يختار فيها الأطراف تطبيق القانون التجارى الدولى على موضوع النزاع يلجأ القاضى أو المحكم الدولى إلى قانون وطنى للبحث عن الحل الملائم فيما يتعلق بالأمور التى لا يوجد فى قواعد القانون التجارى الدولى حل لها([1]).

// وفيما يتعلق بالنظام العام الدولى الحقيقى أو النظام العام للقانون التجارى الدولى, من الملاحظ أنه لا يوجد تكريس لفكرة النظام العام الدولى الحقيقى فى الغالبية العظمى من أحكام القضاء الوطنى ومن الأحكام الصادرة عن هيئات التحكيم الدولية. كما أنه حتى فى الحالات التى يتم الاستناد فيها إلى النظام العام الدولى الحقيقى يقرر الحكم أولا أن الوضع المقضى به يتفق مع النظام العام لدولة ما, ثم يقرر أنه يتفق كذلك مع النظام العام الدولى الحقيقى, مما يعد فى واقع

1( ) انظر فى تفصيل ذلك رسالتنا: القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع فى مجال التحكيم فى الدول العربية, جامعة برجونى بفرنسا, 1997, ص 175 وما بعدها. وانظر كذلك كتابنا : المبادئ العامة لتنازع القوانين فى القانون المقارن, المرجع السابق, ص 43 وما بعدها وكذلك ص 43 ومابعدها.

الأمر تطبيقا للنظام العام الوطنى ذو الطابع الدولى([1]).

ويرى البعض مع ذلك أنه فى مجال التقادم توجد بعض الأحكام القضائية التى اعتدت بالنظام العام للقانون التجارى الدولى, كما هو الحال بالنسبة للحكم الصادر من محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 26 يناير 1984 والذى قضت فيه بأن : " لا تقادم فى مجال الجرائم التى ترتكب ضد الإنسانية, وأن هذا يستمد من مبادئ القانون المعترف بها من جميع الأمم"([2]).

غير أنه كما يسلم به الرأى السابق لا يمكن الاستناد إلى مثل الأحكام النادرة السابقة للقول بإمكانية تطبيق القانون التجارى الدولى على التقادم. ولا يوجد أى

1( ) من قبيل ذلك الحكم الصادر عن هيئة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية والذى قررت فيه أن:

" Attendu qu'il est effectivement de jurisprudence constante en droid international privet que les règles de l'ordre public due pays de la loi qui régit le contrat s'impose au juge ou à l'arbitre saisi pour autant que ces règles ne contreviennent pas à l'ordre public international qui régit notre civilization international". V. sentence cite par Ph. Fouchard : Arbitrage commercial international, these, Paris, 1964, p. 399 et s.

2( ) قضت محكمة النقض الفرنسية فى هذا الحكم بأن :

" En vertu des principes de droid reconnus par l'ensemble des nations les crimes contre l'humanité sont imprescriptibles, et le droid à l'acquisition de leur prescription ne saurait dès lors constituer un droid de l'homme ou une liberté fondamentale". V. Crim. 26 janvier 1984, Clunet, 1984, p. 308.

وفى تعليقه على هذا الحكم يقرر الاستاذ Edelman أن :

C'est dire, on ne peut mieux, que la seule source de droid, en la métier, reside dans des principes généraux don't l'existence et la reconnaissance sont, par definition meme, internationales. Ainsi, on peut parler, dès lors, d'une adéquation logique entre d'une part le concept d'humanité, et d'autre part la source juridique de ce concept".V. Bernard Edelman : Note sous Crim. 26 janvier 1984, Clunet, 1984, p. 319.

دليل على أن الأنظمة القانونية الوطنية يمكن أن تترك مسألة تنظيم التقادم لقواعد القانون التجارى الدولى. ولهذا فإننا نرى أن النظام العام المزعوم أنه نظام حقيقى, وهو النظام العام للقانون التجارى الدولى l'ordre public de la *lex mercatoria*, لا يمكن الاستناد إليه لاستبعاد تطبيق القانون المختص بحكم التقادم([1]).

المطلب الثانى
النظام العام الذى يعتد به فى مجال العلاقات الخاصة الدولية
(النظام العام الدولى)

نتعرض فيما يلى على التوالى لبحث المسائل التالية : مفهوم النظام العام فى مجال التقادم, ندرة اللجوء إلى النظام العام فى مجال التقادم, الحالات التى لا يجوز فيها استعمال النظام العام, قاعدة عدم سريان التقادم تجاه من لا يستطيع اللجوء إلى القضاء, مدى تأثير اختلاف النظام القانونى للتقادم على إعمال النظام العام, القانون الواجب تطبيقه بدلا من القانون الأجنبى المخالف للنظام العام.

1) مفهوم النظام النظام العام الدولى:

رأينا أنه يستبعد من إعمال النظام العام فى مجال العلاقات الخاصة الدولية نوعين من النظام العام : النظام العام الداخلى, والنظام العام المزعوم أنه نظام عام

1( ) لذلك يقرر بعض الفقه بحق فى هذا الشأن أن :

" Le principe de la prescription, c'est-à-dire la question de l'imprescriptibilité de l'obligation contractuelle, n'est pas abandonné par l'ordre public due for à la lex mercatoria. L'armature technique et la precision qui caractérisent la réglementation de la prescription (délai, point de depart, causes d'interruption et de suspension, ect.) ne peut qu'être l'oeuvre due législateur et elle est incompatible avec l'idée de règles sécrétés progressivement par des milieux professionnels". V. Fayez Hage-Chahine : La prescription extinctive en droid international privet, op cit., p. 337.

دولى حقيقى. أما فكرة النظام العام التى يعتد بها فهى فكرة النظام العام الدولى. ونعت هذا النظام بوصف الدولى لايعنى أنه يستمد مصدره من قواعد دولية, فقد سبق لنا رفض فكرة النظام العام المزعوم أنه دولى حقيقى لهذا السبب, وإنما يعنى أنه نظام عام ذو مصدر داخلى ولكن له بعد أو مفهوم دولى.

ذلك أن مقتضيات التعايش بين الدول فى الوقت المعاصر تتطلب التعاون فيما بينها فى تطبيق قوانين بعضها البعض, فلم يعد قيام القاضى الوطنى بتطبيق القوانين الأجنبية أمرا ماسا بسيادة الدولة وهى النظرة التى كانت سائدة فى الماضى. وطالما قبلت الدولة الوطنية تطبيق القوانين الأجنبية من قبل القاضى الوطنى فان الوسيلة التى تحقق هذا هى تبنى قواعد التنازع المزدوجة الجانب. وهى القواعد التى تضع معايير مجردة وتشير إلى القانون الواجب التطبيق والذى قد يكون هو قانون بلد القاضى كما قد يكون قانونا أجنبيا.

غير أنه فى الحالة التى تشير فيها قاعدة التنازع إلى تطبيق قانون أجنبى قد يتبين أن هذا القانون يخالف المبادئ الرئيسية فى دولة القاضى, ولهذا وجد النظام العام كوسيلة تمكن القاضى من استبعاد القانون الأجنبى الواجب التطبيق وفقا للأحوال العادية.

ولما كان القانون الأجنبى الذى أشارت إليه قاعدة التنازع الوطنية هو القانون الواجب التطبيق وفقا للمجرى العادى للأمور, كما أنه لما كانت العلاقة أو الرابطة القانونية محل النزاع تتصل بأكثر من نظام قانونى ولاتهم فحسب دولة القاضى, لما كان الأمر كذلك كان من الضرورى أن يتخلى القاضى الوطنى عن المفهوم الضيق لفكرة النظام العام فى مجال العلاقات الداخلية البحتة, وأن يتبنى بالتالى مفهوما أكثر تحررا يتناسب مع طبيعة العلاقة القانونية التى يتولى الفصل فى النزاع الناشئ عنها.

وتعد التفرقة السابقة أمرا أساسيا وجوهريا إذا لاحظنا أنه عندما يقوم القاضى بالفصل فى نزاع داخلى بحت فان نظامه القانونى ينفرد بحكم العلاقة, ولا

توجد أية مزاحمة من جانب أى قانون أجنبى, مما يكون معه سائغا ومقبولا أن يقوم القاضى بتطبيق قواعد قانونه الآمرة باعتبارها متعلقة بالنظام العام. أما فى مجال العلاقات الخاصة الدولية فان الأمر جد مختلف, ذلك أن القاضى يتولى الفصل فيها إعمالا لقواعد تنازع القوانين التى قد تشير عليه بتطبيق قانون أجنبى, ويلتزم القاضى حينئذ بتطبيق القواعد الوارد النص عليها فى القانون الأجنبى باعتباره هو الأنسب – وفقا لقاعدة التنازع الوطنية – لحكم العلاقة المعروضة على القاضى باعتباره هو القانون الأكثر صلة بها **la loi la plus étroite**.

وهذا هو الذى يفسر النص الوارد فى المادة 16 من معاهدة روما المبرمة سنة 1980 والمتعلقة بالقانون الواجب التطبيق فى مجال الالتزامات التعاقدية, حيث يقرر هذا النص أن " لا يمكن استبعاد القانون الأجنبى الواجب التطبيق فى مجال العقود الدولية إلا إذا كان مخالفا *بصفة أكيدة* للنظام العام فى دولة القاضى". والمراد من هذا النص أنه ليس أى تعارض مع النظام العام الداخلى مبررا لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبى, وإنما فقط التعارض مع قاعدة أساسية فى المجتمع الوطنى([1]).

واستنادا إلى ما تقدم يمكن القول أنه يوجد فى داخل كل نظام قانونى نوعين من قواعد النظام العام : الأول هو النظام العام الداخلى الذى يطبق فى مجال الروابط الداخلية البحتة, والثانى هو النظام العام الدولى الذى يقتصر تطبيقه على العلاقات الخاصة الدولية.

ويمكن أن يحدث نوع من التطابق بين النظام العام الداخلى والنظام العام الدولى بالنسبة لبعض القواعد, حيث تعد هذه الأخيرة من النظام العام فى كل من القانون الداخلى والقانون الدولى. غير أنه يمكن القول بصفة عامة أن النظام العام

1( ) تنص المادة 16 من معاهدة روما المبرمة سنة 1980 على أن :

"L'application d'une disposition de la loi designee par la présente convention ne peut être écartée que si cette application est manifestement incompatible avec l'ordre public due for".

الداخلى أوسع فى مجاله وقواعده من النظام العام الدولى, فما يعد من النظام العام الدولى هو بالضرورة من النظام العام الداخلى, أما العكس فهو غير صحيح, فما يعد من النظام العام فى مجال الروابط الداخلية البحتة لا يعد بالضرورة من النظام العام فى مجال العلاقات والروابط الخاصة الدولية([1]).

وهكذا فان النظام العام فى مجال العلاقات الخاصة الدولية هو النظام العام الدولى ذو المصدر الوطنى l'ordre public international فهو *وطنى المصدر ودولى المفهوم*, وكونه وطنى المصدر يستبعد إعمال النظام العام المزعوم أنه دولى حقيقى يستمد مصدره من قواعد دولية, كما أن كونه دولى المفهوم يستبعد إعمال النظام العام الداخلى البحت.

يمكن تعريف النظام العام بأنه عبارة عن مجموعة المبادئ الأساسية التى يقوم عليها المجتمع فى مكان ما وفى زمن ما. فالنظام العام يشكل وفقا لهذا التعريف قواعد آمرة يتعين تطبيقها على كل من يقيمون فى الدولة الوطنية. ولما كان المجتمع فى تطور مستمر وتختلف المبادئ والأسس التى يقوم عليها المجتمع من دولة إلى أخرى, كما تختلف تلك الأسس فى داخل الدولة الواحدة من زمن إلى آخر, كانت فكرة النظام العام فكرة غير ثابتة فهى عرضة للتغير بحسب الزمان والمكان. فما يعد من النظام العام فى فرنسا ليس بالضرورة أن يكون كذلك فى انجلترا والعكس صحيح. كما أن ما يعد من النظام العام فى داخل الدولة الواحدة قد لا يعد كذلك فى زمن لاحق.

1( ) قيل فى هذا الشأن أن :

" Si en effet toute loi d'ordre public en droid interne ne saurait être considérée comme étant d'ordre public en droid international privet, la réciproque n'est pas vraie, car on voit mal comment une disposition ne présentant en droid interne qu'un caractère supplétif pourrait être d'ordre public en droid international privet". V. Yvon Loussouarn et Pierre Bourel et Pascal de Vareilles-Sommières : Droid international privé,op cit., p.335 et s.

كلية الحقوق جامعة القاهرة

وتتسم قواعد النظام العام بأنه ليس فى مقدور الأفراد الاتفاق على ما يخالفها, فهى تشكل قواعد أساسية للمجتمع بأسره, بحيث أنه لا يمكن التسامح فى مخالفة هذه القواعد([1]).

على أن القول السابق لا يصدق إلا على الأنظمة القانونية الوضعية التى يقوم فيها البشر بتشريع القوانين بأنفسهم وفقا لحاجيات وتطورات المجتمع. أما فى النظام القانونى الاسلامى فإن فكرة النظام العام تتسم بالثبات والاستقرار حيث لا تتغير المبادئ والقواعد الأساسية نظرا لكون الشريعة صالحة لكل زمان ومكان, وما يمكن أن يتغير هو القواعد التفصيلية, أو وسائل تحقيق الغايات الكلية والمقاصد الرئيسية وهى قواعد تقبل الاجتهاد وفقا للتطور الواقع فى المجتمع الاسلامى.

غير أن المفهوم السابق للنظام العام يمكن تطبيقه فى مجال العلاقات الداخلية البحتة l'ordre public interne, حيث ينفرد القانون الوطنى بحكم الروابط القانونية نتيجة لأن الرابطة لاتهم سوى النظام القانونى الوطنى. غير أن هذا المفهوم لا يناسب العلاقات الخاصة الدولية تلك العلاقات التى تحتوى على عنصر أجنبى من شأن توفره فى الرابطة أن يجعل تلك الرابطة تتصل بأكثر من نظام قانونى وتهم أكثر من دولة واحدة. ولهذا يتعين أن يتخذ النظام العام فى المجال الدولى مفهوما آخر يتناسب مع طبيعة الروابط الخاصة الدولية ومع ما تتطلبه تلك الروابط من ضرورة وجود قدر كبير من التعاون بين الدول فى تطبيق قوانين بعضها البعض.

كلية الحقوق
جامعة القاهرة

1( ) تنص فى هذا الشأن المادة السادسة من القانون المدنى الفرنسى على أن :
" On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux Lois qui intéressnt l'ordre public et les bonnes moeurs".

المطلب الثالث

آثار النظام العام

يترتب على إعمال النظام العام ثلاثة أنواع من الآثار: الأول هو إحلال قانون آخر في التطبيق محل القانون المستبعد, والثانى هو الأثر المخفف والثالث هو الأثر المنعكس على النحو التالى:

1) القانون الواجب تطبيقه بدلا من القانون الأجنبى المخالف للنظام العام :

على أن التساؤل يثور فى هذه الحالة عن القانون الذى يتعين على القاضى تطبيقه بدلا من القانون الأجنبى المستبعد. يمكننا تصور عدة حلول فى هذا الشأن:

– تطبيق قانون القاضى بدلا من القانون الأجنبى المخالف للنظام العام: هذا هو الحل الذى تأخذ به غالبية الأنظمة القانونية فى الوقت المعاصر. فعندما يستبعد القاضى القانون الأجنبى المختص يقوم بصفة آلية بتطبيق القانون الوطنى مباشرة. غير أنه من الملاحظ أن تطبيق قانون القاضى قد لا يعد أمرا ملائما فى بعض الحالات, فقد لا تكون هناك أية صلة بين العلاقة المعروضة على القاضى وبين قانون دولته أو قد تتوافر صلة ضعيفة بينما توجد صلة أكثر توثقا بين تلك العلاقة وقانون آخر. ويعنى هذا أن الحرص على تطبيق قانون القاضى من شأنه تطبيق قانون غير مناسب لأن قواعد تنازع القوانين تهدف فى المقام الأول إلى إسناد الروابط القانونية إلى أوثق القوانين صلة بها.

فلو تصورنا أن عقدا من عقود القرض ابرم بين بنك يوجد مقره الرئيسى فى كندا وشركة مصرية واتفق الطرفان على تطبيق القانون الاسترالى على العقد, واتفق الطرفان على إخضاع النزاع الناشئ عن العقد إلى القضاء السويسرى, فلو افترضنا أن القانون الاسترالى لا يأخذ بتقادم العقود وأن القانون السويسرى يأخذ به فان تطبيق الاتجاه الحالى يقود إلى استبعاد القاضى السويسرى للقانون الاسترالى لمخالفته للنظام العام وتطبيق القانون السويسرى بدلا منه. غير أن القانون

السويسرى لا توجد بينه وبين الرابطة القانونية أية علاقة اللهم سوى اختيار مقر هيئة التحكيم فى سويسرا وهى صلة ضعيفة. وفى نفس الوقت توجد صلة أكثر توثقا بين الرابطة محل النزاع وقوانين أخرى كما هو الحال بالنسبة للقانون المصرى والقانون الكندى.

– *البحث فى القانون الأجنبى ذاته المخالف للنظام العام عن قاعدة أخرى قابلة للتطبيق بدلا من القاعدة المخالفة للنظام العام*: نظرا للعيوب السابقة المصاحبة لتطبيق قانون القاضى تتجه بعض الأنظمة القانونية إلى عدم استبعاد القانون الأجنبى برمته بل تستبعد فقط منه القاعدة المخالفة للنظام العام ويتم تطبيق قاعدة أخرى موجودة فى نفس القانون. وإذا كان هذا الرأى يتميز بحرصه على تطبيق ذات القانون المختص بحكم العلاقة القانونية إلا أنه يطبقه تطبيقا مشوها, حيث أن القاعدة البديلة التى يتم تطبيقها بدلا من القاعدة المخالفة للنظام العام لم تعد لحكم الرابطة محل النزاع بل لحكم رابطة قانونية أخرى مما يؤدى إلى تطبيق القانون الأجنبى خارج نطاق إعماله.

وقد لجأ القضاء الألمانى إلى هذا الأسلوب فى العديد من المناسبات. من قبيل ذلك قيام القضاء الألمانى باستبعاد تطبيق القاعدة المقررة فى القانون السويسرى والتى وفقا لها لا ينقضى الدين بالتقادم الأمر الذى يتعارض مع النظام العام فى القانون الألمانى, ثم قام القاضى بتطبيق أطول مدة للتقادم مقررة فى القانون السويسرى([1]). وقد انتقد هذا المسلك من قبل الفقه الألمانى استنادا إلى أنه يقود إلى تطبيق القانون الأجنبى ضد إرادة مشرعه, وذلك بتطبيق القاعدة المقررة بالنسبة لرابطة قانونية ما على التقادم المتعلق برابطة قانونية أخرى.

يثور التساؤل فى هذا الشأن عن مدى جواز استبعاد القانون الأجنبى

1( ) انظر هذا الحكم مشارا اليه فى :

Antoine Kassis: Le nouveau droid européen des contrats internationaux, L.G.D.J., Paris, 1993, p.441.

لمخالفته للنظام العام إذا كان لا يقرر المبدأ القانونى المعروف وهو أن: "لا يمكن أن يسرى التقادم تجاه من لا يستطيع اللجوء إلى القضاء" *Contra non valentem agere non currit prescriptio*(1).

تطبيقا للمبدأ السابق قضت محكمة النقض الفرنسية, فى حكمها الصادر بتاريخ 22 ديسمبر 1959 بأن " التقادم لا يسرى تجاه من يستحيل عليه اللجوء إلى القضاء استنادا إلى الأسباب التى يحددها القانون, أو لاتفاق الأطراف أو للقوة القاهرة"(2).

يرى البعض فى هذا الشأن أن الدفع بالنظام العام ليس هو الوسيلة المناسبة للتصدى لعدم اعتراف القانون الأجنبى بالمبدأ المشار إليه, وإنما الوسيلة المثلى لهذا هى قواعد العدالة **l'équité**. ذلك أنه مما يتعارض مع قواعد العدالة عدم إطالة مدة التقادم فى الحالة التى يستحيل فيها على صاحب الشأن, بسبب وجود عائق قانونى مادى أو معنوى, أن يلجأ إلى القضاء. وتعتبر قواعد العدالة على هذا النحو عائق يمنع من تطبيق القانون الأجنبى ولا حاجة إذن إلى اللجوء إلى الدفع بالنظام العام(3).

غير أننا نتفق مع الرأى السابق فقط فى النتيجة التى توصل إليها وهى

1( ) راجع :
Armand Colin : Locutions latines juridiques, Paris, 2004, p. 11.

2( ) قضت المحكمة فى هذا الحكم بأن :
" La prescription ne court pas contre celui qui est dans l'impossibilité absolue d'agir par suite d'un empechement resultant soit de la loi, soit de la convention ou de la force majeure". V. Civ. 22 décembre 1959, in : Alice Tisserand et al. : Code civil, cent-deuxième édition Dalloz, Paris, 2003, p. 1982.

3( ) أنظر :
Fayez Hage-Chahine : La prescription extinctive en droid international privet, op cit., p. 302 et s.

تمكين القاضى من إطالة مدة التقادم فى هذه الحالة وبالتالى عدم تطبيق الحكم الوارد فى القانون الأجنبى. غير أننا نختلف مع الرأى السابق فى الوسيلة أو السند القانونى لهذه النتيجة, فنحن نرى أن المبدأ السابق يتعلق بالنظام العام. فالقول بأن التقادم لا يسرى تجاه من لا يستطيع اللجوء إلى القضاء يعد من القواعد الأساسية التى ينبغى أن يرتكز عليها أى نظام قانونى, فإذا كان القانون الأجنبى المختص يجهل هذا المبدأ فمما لاشك فيه أنه يعد مخالفا للنظام العام ويتعين لهذا استبعاد تطبيقه.

غير أنه من الملاحظ أنه يتعين لتقدير مدى اتفاق أو اختلاف القانون الأجنبى مع النظام العام فى بلد القاضى, يتعين النظر إلى النتائج التى تترتب على تطبيق القانون الأجنبى , ولا نقتصر على النظر إلى القاعدة المقررة فى القانون الأجنبية. فقد تكون هذه القاعدة تخالف فعلا النظام العام فى بلد القاضى إلا أن تطبيق القانون الأجنبى فى مجمله يؤدى إلى نتائج لا تتعارض مع النظام العام, ومن ثم فلا يجوز استبعاد تطبيق القانون الأجنبى فى هذه الحالة.

وتطبيقا لهذا إذا كان القانون الأجنبى يجهل مبدأ عدم سريان التقادم تجاه من لا يستطيع اللجوء إلى القضاء , واتضح أن هناك قاعدة أخرى فى القانون الأجنبى ذاته من شأن إعمالها إطالة مدة التقادم على نحو يحقق نفس النتيجة فلا ينبغى فى هذه الحالة استخدام الدفع بالنظام العام. على أنه يشترط أن تكون القاعدة الأخرى التى تؤدى إلى إطالة مدة التقادم فى القانون الأجنبى قابلة للتطبيق على الحالة المعروضة, أما إن كانت غير قابلة له فان تطبيقها على هذه الحالة سيكون ضد إرادة المشرع الأجنبى. وفى هذه الحالة الأخيرة يمكن استبعاد تطبيق القانون الأجنبى لمخالفته للنظام العام.

القاعدة فى القانون الوضعى تطبيق القانون الشخصى لكل من الزوجين:

وتنص فى ذلك المادة 12 من قانون المعاملات المدنية العمانى على أن: "يرجع فى الشروط الموضوعية لصحة الزواج الى قانون كل من الزوجين".

ويطبق القانون الشخصى للزوجين على الشروط الموضوعية للزواج دون الشروط الشكلية. غير أنه يلاحظ أنه أحيانا يكون ابرام الزواج فى الشكل الدينى من قبيل الشروط الموضوعية اذا كانت شريعة غير المسلمين تعتبر الشكل أمرا موضوعيا لأن القاعدة أن نترك غير المسلمين وما يدينون فى مجال علاقات الأحوال الشخصية.

واذا عرض على القاضى المسلم أمر زواج بين رجل غير مسلم وامرأة مسلمة وكان الزوجان ينتميان بجنسيتهما الى دولة يجيز قانونها هذا الزواج وجب على القاضى المسلم استبعاد تطبيق القانون الشخصى للزوجين , لأن مانع اختلاف الديانة أمر يتعارض مع النظام العام فى الدول الاسلامية.

وتجدر الإشارة الى أنه يمكن استبعاد القانون الذى يحكم انحلال الزواج – وهو قانون جنسية الزوج – اذا تعارض مع النظام العام فى بلد القاضى: من الملاحظ أنه يندر اللجوء الى فكرة النظام العام اذا كان قانون جنسية الزوج وقانون بلد القاضى من قوانين الدول الاسلامية. ومن المتصور الدفع بالنظام العام أمام القاضى المسلم اذا كان قانون بلد الزوج ينتمى الى احدى الدول الغربية.

من تطبيقات ذلك قضت محكمة القاهرة الابتدائية سنة 1951 بصحة الطلاق بالارادة المنفردة الواقع من إيطالى اعتنق الاسلام وقام بتطليق زوجته الايطالية. وقد طالبت الزوجة بعدم اعتبار اعتناق زوجها الاسلام وتطليقه لها حجة عليها استنادا الى أن القانون الواجب التطبيق فى مجال انحلال الزواج هو قانون جنسية الزوج أى القانون الايطالى الذى لا يجيز الطلاق بالارادة المنفردة.غير أن المحكمة قضت بصحة الطلاق من الزوج الايطالى إعمالا لأحكام الشريعة الاسلامية التى تتعلق بالنظام العام, واستبعدت بالتالى تطبيق قانون جنسية الزوج([1]).

(1) انظر هذا حكم محكمة القاهرة الابتدائية بتاريخ 12 يونية 1951 مشارا إليه فى: د/ عز الدين عبد الله, القانون الدولى الخاص, الجزء الثانى تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائى الدوليين, الطبعة التاسعة, الهيئة المصرية العامة للكتاب, 1986, ص 312.

وفى قضية أخرى تتلخص وقائعها في أن امرأة اسرائيلية تزوجت من بريطانى مسيحى ثم اعتنقت الاسلام, ورفعت دعوى بطلان الزواج. اتضح أن الزوجة مجهولة الجنسية واعتبرت المحكمة أن القانون الشخصى لها هو قانون موطنها وهو القانون المصرى. قضت محكمة استئناف القاهرة بالتفريق بين الزوجين إعمالا لأحكام الشريعة الاسلامية تطبيقا للمادة 14 باعتبار أن القانون المصرى (قانون موطن الزوجة) هو الواجب التطبيق([1]).

البحث عن حل فى قانون أجنبى آخر يكون على صلة وثيقة بالرابطة القانونية: نعتقد أن هذا هو الحل الأكثر ملاءمة فى هذا الشأن, فهو يتفق مع ما تهدف إليه قواعد تنازع القوانين من ضرورة إسناد العلاقة إلى أكثر القوانين صلة بها من الناحية الموضوعية. وهو الأمر السائد فى الدول الانجلوسكسونية حيث يتاح للقاضى دائما الحق فى العدول عن تطبيق القانون المقرر فى قاعدة التنازع إذا تبين له اتصال الرابطة بعلاقة أكثر توثقا مع قانون آخر. فبعد استبعاد القانون الأجنبى المختص أصلا بحكم النزاع باعتباره هو القانون الأكثر صلة بالرابطة القانونية يمكن للقاضى تطبيق قانون آخر على صلة بتلك الرابطة – وان كانت صلة أقل توثقا من القانون الأجنبى المستبعد – فيكون تطبيقه أولى وأجدر من تطبيق قانون القاضى الذى قد لا توجد بينه وبين الرابطة أية صلة. وغنى عن البيان أن اعتناقنا لهذا الاتجاه لا يمنع من تطبيق قانون القاضى فى بعض الحالات إذا تبين أن هذا القانون هو الذى يتصل بالرابطة القانونية بصلة وثيقة([2]).

كلية الحقوق
جامعة القاهرة

(1) انظر هذا الحكم مشارا إليه فى: د/ عز الدين عبد الله, القانون الدولى الخاص, الجزء الثانى تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائى الدوليين, المرجع السابق, ص 319.

2( ) أنظر فى هذا المعنى :

Antoine Kassis : Le nouveau droid européen des contrats internationaux, op cit., p. 441 et s.

2) الأثر المخفف للنظام العام :

3) الأثر المنعكس للنظام العام :

خاتمة البحث

مما يدل على عدالة وسماحة الاسلام أنه سمح بتطبيق قانون آخر غير الشريعة الاسلامية على غير المسلمين أمام القاضى المسلم وذلك فى مجال مسائل الأحوال الشخصية. من قبيل ذلك أن يعتد القاضى المسلم بالزواج الذى يتم بين غير المسلمين وفقا لشريعتهم رغم عدم استيفاءه لشروط الصحة المقررة فى الشريعة الإسلامية.

على أنه من الملاحظ أن الدفع بالنظام العام لا يجوز اللجوء إليه إلا عند الاقتضاء, وذلك استنادا إلى أن النظام العام ليس إلا استثناء١, يحول دون تطبيق القانون الأجنبى المختص أصلا بحكم الرابطة القانونية, ومن ثم فانه من غير المسموح به أن يتم الإسراف فى استخدام الدفع بالنظام العام, فالاستثناء لا ينبغى التوسع فيه أو القياس عليه([1]).

كلية الحقوق
جامعة إسكندرية

1( ) لذلك فان بعض الفقه يشكك فى سلامة الحكم السابق الاشارة اليه والصادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 21 مارس 1979, حيث يتساءل عن مدى تأثر النظام العام الفرنسى لمجرد أن القانون الاسبانى الواجب التطبيق لا يقرر وقف التقادم لكون المضرور قاصرا, وأن هناك امكانية من رفع الدعوى باسم الممثل القانونى للقاصر للحفاظ على حق هذا الأخير. كما يضيف ذات الرأى بأن القانون الفرنسى قد استقرت أحكامه على تقادم الدعوى المدنية الناشئة عن جريمة جنائية تخضع لنفس أسباب الوقف والانقطاع المتعلقة بتقادم الدعوى الجنائية, ولا يعد من أسباب وقف التقادم حينئذ كون الضحية قاصرا حتى ولو رفعت الدعوى أمام القضاء المدنى لطلب التعويض. وقياسا على ذلك من المشكوك فيه قبول اعتبار القصر سببا لوقف التقادم يتعلق بالنظام العام الدولى. أنظر رأى الاستاذ André Huet فى تعليقه على حكم النقض الفرنسى السابق فى المجلة الانتقادية للقانون الدولى الخاص, 1980, ص 93 وما بعدها.