مفهوم النظام العام وانواعه :

ومن الجدير بالذكر ان النظام العام هو وسيلة للدفاع عن المجتمع وهذا هو الدور الحمائي للنظام العام، وهو لذلك يوصف بانه صمام الامان الذي من خلاله يسيطر على القوانين الاجنبية فيسمح بمرور الصالحة والملائمة للنظام العام لدولة قاضي النزاع ويطرح ما دون ذلك، وفي هذه الاطار ظهر للنظام العام مفهومان هما النظام العام الداخلي و النظام العام الدولي. فيعمل الاول على الحد من اجراء تصرفات تمثل خروج على القواعد الآمرة في اطار العلاقات الوطنية، اما الثاني فيمنع تطبيق القانون الاجنبي المختص عن طريق استبعاده في اطار العلاقات ذات البعد الدولي. ويذهب البعض الى عدم الاعتراف بهذه التفرقة ويرى ان النظام العام واحد مع اختلاف دوره في محيط القانون الداخلي عنه في محيط تنازع القوانين، ولا يوجد نظام عام دولي لان ذلك يعني وجود سلطة عليا فوق الدول تقرر ما يعتبر ضمن هذا المعنى.

مفهوم النظام العام وانواعه :

فالحال ان لكل دولة نظام قانوني من خلاله يمكن ان يستشف عن وجود النظام العام لان دوره يختلف كما قلنا حسب طبيعة العلاقة ففي اطار العلاقات الوطنية يكون دور النظام العام اشد، اما في اطار العلاقات ذات البعد الدولي يكون اخف وذلك لتشجيع حركة الاشخاص والاموال عبر الحدود، وهو ما يطرح نشوء علاقات ممتدة العناصر بين اكثر من دولة وحصول التنازع ما بين هذه القوانين. فالمرونة في تطبيق مفاهيم النظام العام في ظل التنازع تحقق حالة من التعايش بين الانظمة القانونية فالاتفاق بين الاطراف على سن بلوغ اقل او اكثر مما هو عليه قانونياً يعد باطلاً طالما انه يخالف قاعدة امرة في القانون الداخلي الا ان تقرير القانون الاجنبي سن اقل او اكثر مما هو مقرر في دولة قاضي النزاع لا يعد مخالف للنظام العام فهذا يكشف عن اختلاف دور النظام العام في الوضعين. .

ويظهر دور النظام العام كمانع لتطبيق القانون الاجنبي وقت تطبيق الاخير، لان في هذا الوقت سيعرف القاضي مدى انسجام القانون الاجنبي مع النظام العام في دولته

تلطيف مفعول النظام العام (الاثر المخفف للنظام العام):

واذا كان النظام العام يمنع تطبيق القوانين الاجنبية على العلاقات ذات البعد الدولي لمخالفة هذه القوانين للنظام العام في دولة قاضي النزاع. فالسؤال هو هل يكون للنظام العام نفس الدور في القوانين الحاكمة في علاقات تنشأ خارج محيط دولة قاضي النزاع؟ مثال ذلك اذا كان القانون الفرنسي يمنع تطبيق قانون جنسية الزوجين الذي يبيح تعدد الزوجات فهل يعترف القانون اعلاه بالزواج بأكثر من واحدة اذا تم خارج فرنسا، واريد الاحتجاج بآثاره في فرنسا. اجاب الفقه الغالب عن ذلك بالتفرقة بين نشوء الحق واثاره فاذا كان النظام العام لقانون القاضي يمنع نشوء الحق على اراضيه، فليس هناك ما يمنع من الاعتراف بآثاره اذا ما نشأ خارج دولة قاضي النزاع. فبحسب المثال السابق سيعترف القضاء الفرنسي بآثار الزواج الثاني والتي تتمثل بالبنوة والتوارث رغم انه لا يعترف بها ابتداءً اذا نشأت في فرنسا.

تلطيف مفعول النظام العام (الاثر المخفف للنظام العام):

وهو ما يصطلح عليه بتلطيف مفعول النظام العام او الاثر المخفف للنظام العام رغم انه لا يعترف للزوج بوحدة السكن مع الزوجة الثانية. ومع ذلك هناك بعض الحقوق لا يعترف لا بنشوئها ولا بآثارها ان تمت خارج محيط دولة قاضي النزاع، مثال ذلك عدم اعتراف القضاء الفرنسي مثلاً بحق ملكية منقول اكتسب عن طريق المصادرة بدون تعويض، اذا كان قد اكتسب في دولة تجيز نشوئه، فلا يعترف بمثل هذا الحق في فرنسا ولا بآثاره رغم انه نشأ خارج فرنسا .

ولا يمنع تطبيق النظام العام بوصفه مانع من موانع تطبيق القانون الاجنبي وان كانت تشير الى تطبيقه اتفاقية دولية ما بين دولة القاضي ودولة القانون الاجنبي لان عقد الاتفاقية ما بين الدولتين ليس معناه ان دولة القاضي تقر جميع قوانين الدولة الاجنبية انما يكون لها تحتفظ ضمني على القوانين المخالفة لنظامها العام.

اثر الدفع بالنظام العام:

1. الاثر السلبي: ويتمثل باستبعاد القانون الاجنبي وعلى وجه التحديد منع تطبيق القواعد الموضوعية التي تتعارض مع النظام العام لدولة قاضي النزاع واستبقاء ما دون ذلك، ويصطلح على ذلك بالأثر الاستبعادي للنظام العام لأنه يعبر عن استبعاد تطبيق القانون الاجنبي وهذا الاستبعاد اما ان يكون جزئي او كلي. فالاستبعاد الجزئي يتمثل في الحالة التي يقر فيها القانون الواجب التطبيق بالدين مع فوائده في حين ان الفوائد الربوية تتعارض مع النظام العام لدولة قاضي النزاع فالقاضي سوف يستبعد احكام الفائدة في القانون الاجنبي دون الاحكام المتعلقة بالدين هذا يعني ان القاضي قد استبعد جزئيا القانون الاجنبي. اما الاستبعاد الكلي فيتمثل في الحالة التي تكون فيها نصوص القانون الاجنبي في العلاقة موضوع النزاع لا تقبل التجزئة كما لو كان القانون الاجنبي الواجب التطبيق يجوز الزواج بين رجل مسيحي وامرأة مسلمة في حين يعد ذلك مخالف للنظام العام لدولة قاضي النزاع. فالقاضي هنا سوف يستبعد كليا القانون الاجنبي فلا يعترف بالأخير لا من حيث نشوئه ولا من حيث اثاره.

اثر الدفع بالنظام العام:

2. الاثر الايجابي: ويتمثل بحلول قواعد قانون اخر محل قواعد القانون الاجنبي المستبعد باسم النظام العام. ولكن يرد السؤال هنا اي قانون سيحل محل القانون المستبعد؟ .

الرأي الاول: يذهب الى حلول قواعد قاضي النزاع محل القواعد المستبعدة من القانون الاجنبي وهذا الاثر يصطلح عليه بالحلول، أي انه يعبر عن حلول قانون محل قانون اخر سداً للفراغ التشريعي الذي يخلفه الاثر السلبي (الاستبعادي). ويتمثل بإحلال قانون القاضي محل القانون الاجنبي وتعتمد طبيعة هذا الاثر على طبيعة الاثر الاستبعادي فاذا حصل الاثر الثاني بصورة كلية سيكون الحلول بصورة كلية واذا تم بصورة جزئية يكون الاثر الحلول بصورة جزئية، أي ان الاستبعاد الكلي لأحكام القانون الاجنبي يقابله حلول كلي لأحكام قانون القاضي والاستبعاد الجزئي لأحكام القانون الاجنبي يقابله حلول جزئي لأحكام قانون القاضي.

اثر الدفع بالنظام العام:

مثال الحلول الكلي اذا كان القانون الواجب التطبيق يقر بيع التركات المستقبلية او الزواج بين المحارم فيستبعد هنا كليا اذا كان مخالف للنظام العام للدولة قاضي النزاع ويحل قاضي النزاع محل القانون المستبعد كليا قانونه الوطني. اما الحلول الجزئي فيتحقق عندما يقرر القانون الواجب التطبيق بعض شروط للزواج تتعارض مع النظام العام لدولة قاضي النزاع كما لو كان يبيح للزوجة بان تشترط على الزوج بعدم الزواج الثاني، فهنا سوف يستبعد القانون الاول جزئياً فيطبق القانون الاجنبي على الشروط الموافقة لقانون القاضي، ويستبعد الشرط المتقدم، ويحل القاضي محله احكام قانونه، وهنا سوف يطبق القانون الاجنبي جزئياً أي ان القانونين سيطبقان جزئياً. وهذا الرأي هو الراجح والمعمول به.

اثر الدفع بالنظام العام:

الرأي الثاني: وهو منسوب الى الفقه الالماني الذي يذهب الى (البقاء في اطار القانون المختص) والامتناع عن تطبيق القواعد الموضوعية المخالفة للنظام العام لدولة قاضي النزاع، والقيام بتحويرها على نحو يجعلها اكثر انسجاماً وملائمة مع النظام العام واذا لم تكن تلك القواعد قابلة للتحوير فيصار الى اعتماد ما يقترب منها في الحكم. وقد انتقد ذلك الراي لأنه يجعل القاضي الوطني بمنزلة مشرع القانون الاجنبي بل انه يوسع صلاحيته على نحو يجعل له سلطة تحكمية.

الرأي الثالث: يذهب الى القول ايضاً بعدم الاستبعاد والبقاء في اطار القانون الاجنبي عن طريق ما يسمى بوجود قواعد احتياطية تعمل مكان القواعد الاصلية فاذا تم اسناد الاختصاص بواسطة الجنسية الى القانون الاجنبي اذا كان ذلك مخالف للنظام العام لدولة القاضي، فيصار الى اعتماد ضابط الموطن من ثم قانون الموطن كقاعدة احتياطية بدلاً من قانون الجنسية القاعدة الاصلية.