

أثر النظام العام في استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق

"دراسة مقارنة في القانون الأردني"

The Effect of Public Order in Excluding Foreign Governing Law

A Comparative Study

محمد صالح ملفي القضاة*

الملخص

إذا ما أشارت قاعدة الإسناد الوطنية باختصاص قانون أجنبي ليطبق على علاقة قانونية مشوبة بعنصر أجنبي، فلا يعني أن القاضي الوطني ملزم بتطبيق هذا القانون، وإنما ينبغي أن يقوم بفحصه لكي لا يتعارض هذا القانون في مفهومه مع المبادئ الأساسية والأسس الجوهرية التي يقوم عليها كيان المجتمع، وإذا ما وجد إن هذا القانون يتعارض مع هذه الأسس -النظام العام في بلدة- عليه استبعاد هذا القانون ولو كان واجب التطبيق ومشار إليه ضمن قواعد الإسناد في قانونه الوطني، ويجب على القاضي المحافظة على الأسس الجوهرية والمفاهيم الاجتماعية والدينية وذلك من خلال الاستثناء الوارد في المادة (٢٩) من القانون المدني الأردني التي وجدت استثناء لاستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق وإحلال القانون الوطني بدلا منه. ويعدّ الدفع بالنظام العام مانعا من موانع تطبيق القانون الأجنبي الواجب التطبيق وسيلة فنية لاستبعاده، كما يعدّ وسيلة استثنائية لذلك الاستبعاد فلا يلجأ القاضي إليه ابتداء، بل يتم اللجوء إليه علاجا أخيرا لا مفر منه أو علاجا احتياطيا في مواجهه القانون الأجنبي.

الكلمات الدالة: النظام العام، القانون الدولي الخاص، استبعاد القانون الأجنبي.

Abstract

If the national attribution rule states that a foreign law is the governing law in a relation that involves foreign element, this does not mean that the national judge is bound to apply such law. Rather, the judge must determine if the choice of the foreign law and its application is appropriate and does not contradict with the public order of the country. Therefore, when the foreign law is found to be against the public policy and public order, then according to Article (29) of Jordan Civil Law, the judge has to reject its application and apply the national law instead.

Public order is considered as one of the exceptional technical means of excluding the application of the foreign governing law to protect the public order, it gives the national judge the discretionary powers to dismiss its application at any stage during the tribunal, and such decision is subject to the supreme court review at its own discretion or upon the parties to case request.

Keywords: Public Order, International Private Law, Foreign Law Rejection

المقدمة

إن فكرة النظام العام من أهم الأفكار في علم القانون، ففي القانون الداخلي توجد قواعد أمر لا يجوز للأطراف الخروج عليها أو الاتفاق على مخالفتها، فالنظام العام يعد قيماً على مبدأ سلطان الإرادة، كما يهدف النظام العام إلى حماية المبادئ والأسس العامة - اقتصادية واجتماعية وسياسية ودينية - للمجتمع في دولة القاضي، إلا أن النظام العام في مجال القانون الدولي الخاص يهدف إلى ذات الأهداف ولكن بطريقة مختلفة، فالنظام العام في القانون الداخلي يهتم بالقاعدة القانونية الوطنية، أما في القانون الدولي الخاص فيتحقق من خلال 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 داخلياً في بلد القاضي.

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

فقد نصت المادة (٢٩) 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 تشريعات عدة دول بهذا المبدأ منها عربية وأخرى أجنبية.^(١) فالدفع بالنظام العام هو في حقيقة الأمر تعطيل للأعمال الطبيعية لقواعد الإسناد الوطنية، بالرغم من هذا الدور السلبي للنظام العام إلا أنه يوجد مبرر لذلك، فعندما يتعين القانون الواجب التطبيق على نزاع مشوب بعنصر أجنبي قد يكون هذا القانون هو قانون القاضي الذي يحكم النزاع أو قانون آخر، وعندها يثور التساؤل التالي هل القاضي ملزم من خلال قانونه الداخلي بتطبيق القانون الذي تقرره قواعد الإسناد حتى لو كان مخالفاً للنظام العام في دولته؟

يتفق غالبية الفقه على عدم إمكانية تطبيق هذا القانون في حال مخالفته للنظام العام في دولة القاضي المقام أمامه النزاع، وإنما يطبق القاضي قانونه الداخلي بدلاً من القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد إذا تبين مخالفته للنظام العام في دولة القاضي، وفي هذه الحالة تصطدم أحكام القانون الأجنبي وتتعارض مع المفاهيم الأساسية التي يقوم عليها المجتمع في دولة القاضي وعندها يقوم القاضي برفض تطبيق القانون الأجنبي حفاظاً على نظامه العام الوطني، وحماية له من هذه الأحكام التي تتعارض ومفاهيمه الدينية والأساسية.

مشكلة البحث

من أجل تجسيد أهمية البحث لا بد من الإجابة على مجموعة من التساؤلات تمثل مشكلة البحث التي تعدّ

جوهر نظرية النظام العام، كفكرة لاستبعاد القانون الأجنبي بصفة كلية أو جزئية وهي على النحو التالي:

١. ما هي طبيعة النظام العام والآداب العامة التي قصدها المادة (٢٩) من القانون المدني الأردني؟ وهل يختلف النظام العام والآداب العامة في العلاقات الدولية الخاصة عنه في العلاقات الوطنية؟

(١) القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٨٤ في المادة (٢٨)، القانون المدني السوري رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٩ المادة (٣٠)، وقانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات رقم (٥) لسنة ١٩٧٩ المادة (٢٧)، والمادة (٣/١٢) الباب التمهيدي للقانون المدني الإسباني في خصوص القانون الدولي الخاص لعام ١٩٧٤.

٢. ما هو المقصود بالنظام العام في علاقات القانون الدولي الخاص وهل يختلف أثره عن النظام العام الداخلي؟

٣. ما هو دور القضاء الوطني بالأخذ بفكرة النظام العام لاستبعاد القانون الأجنبي وهل هو مطبق فعلياً؟

٤. كيف تعاملت القوانين المقارنة مع مفهوم النظام العام وأثره في العلاقات الخاصة الدولية؟

٥. بحث أثر الدفع للنظام العام فيما إذا كان يؤدي إلى استبعاد كلي أم جزئي للقانون الأجنبي وما هي البدائل المطروحة في حال استبعاد القانون الأجنبي؟

أهمية البحث

تكمن أهمية هذا البحث في أن أعمال موانع تطبيق القانون الأجنبي المختص للفصل في النزاع بموجب قواعد الإسناد الوطنية يهدف إلى حماية المصلحة الوطنية والنظام العام الداخلي، على اعتبار أن النظام العام هو صمام الأمان الذي يمنع تسلل وتطبيق أي قانون أجنبي يتعارض مع المبادئ الأساسية التي يقوم عليها المجتمع، كما أنها تقف بالمرصاد لكل محاولة للتلاعب في ضوابط الإسناد بقصد التهرب من أحكام القانون الواجب التطبيق، وإن الحالات التي يستبعد فيها تطبيق القانون الأجنبي المختص يكون عملاً ذا طابع استثنائي إذ يستبعد القانون الواجب التطبيق والمخالف للنظام العام ويحل محله قانون آخر بصفة استثنائية، وفي ذلك جانب كبير من الأهمية في مجال تنازع القوانين يتجلى في تغيير قواعد الإسناد وما يترتب عليه من تغيير في القانون المختص لحكم النزاع المطروح، كما أن أعمال موانع تطبيق القانون الأجنبي ينبغي أن يكون مقروناً بالحكمة والاعتدال بحيث لا يتم اللجوء إليه إلا في الحالات التي تستدعي حماية المبادئ العامة والأساسية في مجتمع دولة القاضي.

أهداف البحث

- معالجة بعض الصعوبات التي قد تواجه القاضي الوطني أثناء تطبيقه ومراقبته للقانون الأجنبي المختص، التي من شأنها التأثير على المقومات الأساسية والجوهرية التي يرتكز عليها كيان مجتمعه.
- كشف النقاب عن أهم حالات الاستبعاد للقانون الأجنبي المختص بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية ومدى تأثير ذلك على العلاقات الخاصة الدولية.
- إبراز مدى فاعلية المادة (٢٩) من المدني الأردني في الوصول إلى قصد المشرع من فكرة الدفع بالنظام العام.

منهجية البحث

اعتمد الباحث على المنهج التحليلي لنصوص القانون المدني الأردني ومقارنته بنصوص القوانين الأخرى، والمقارنة بين القانون المدني الأردني والقوانين الأجنبية كالقانون المصري والعراقي والفرنسي لمعرفة كيفية علاج مشكلة البحث في مختلف النظم القانونية والاستعانة بالأحكام القضائية إن وجدت لمعرفة التطبيق العملي للنقطة موضوع 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 أجد في -حدود بحثي- أي دراسة متخصصة في بيان الأثر للدفع بالنظام العام والشروط التي يجب توافرها لإثارة هذا الدفع، ولكن وجدت بعض الدراسات قد تضمنت هذا الدفع ضمن أحد مطالبها أو أجزائها وهي:
- علاقة الاختصاص القضائي الدولي بقواعد النظام العام، الدكتور طلال ياسين العيسى، بحث منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية المجلد ٢٥ العدد الأول لسنة ٢٠٠٩.
 - 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، ٢٠١٩.
 - الدفع بالنظام العام وأثره، د.سلطان عبدالله محمود، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق المجلد (١٢) العدد (٤٣) لسنة ٢٠١٠.

هيكلية البحث

تم تقسيم هذه الدراسة إلى مبحثين رئيسيين تمثل هذه الدراسة، جاء المبحث الأول بعنوان (طبيعة وشروط إعمال الدفع بالنظام العام) أما المبحث الثاني فكان بعنوان (الأثار المترتبة على الدفع بالنظام العام). فضلاً عن المقدمة والخاتمة.

المبحث الأول

طبيعة وشروط إعمال الدفع بالنظام العام

يؤكد الفقه الحديث على أهمية دور النظام العام كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق إذا ما تعارض مضمونه مع الأسس الجوهرية في المجتمع للقاضي الذي ينظر النزاع، وإن فكرة النظام العام فكرة مرنة ومتطورة ويكتنفها الغموض وعليه يصعب تحديدها على وجه دقيق، فهي فكرة ذات مفهوم متغير باختلاف المكان والزمان، فما يعتبر متعارضاً مع النظام العام في دولة لا يعد كذلك في دولة أخرى، وما يصطدم بالنظام العام في داخل نفس الدولة في فترة معينة قد لا يعد أمراً منافياً لهذه الفكرة في وقت آخر.^(١)

وعلى اعتبار أن الدفع بالنظام العام وسيلة لاستبعاد القانون الأجنبي المخالف له، فقد ثار خلاف بين فقهاء القانون الدولي الخاص حول طبيعة هذا الدفع وهل يتطلب القاضي شروطاً لإعمال هذا الدفع والأخذ به وإثبات أحقية مقدمه.

وعليه قمنا بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين على النحو التالي.

المطلب الأول: طبيعة فكرة النظام العام في مجال العلاقات الدولية الخاصة.

المطلب الثاني: شروط إعمال الدفع بالنظام العام في مجال العلاقات الدولية الخاصة.

(١) د.هشام علي صادق، المطول في القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، تنازع القوانين، دراسة مقارنة الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ٢٠٠٨، ص ٤٨٩.

المطلب الأول

طبيعة فكرة النظام العام في مجال العلاقات الدولية الخاصة

يعتبر النظام العام مانعا من موانع تطبيق القانون الأجنبي المختص بموجب قواعد الإسناد الوطنية إذا خالف هذا القانون المقومات والأسس الجوهرية التي يقوم عليها كيان مجتمع دولة القاضي، وهنا يثور التساؤل التالي: هل الدفع بالنظام العام تطبيق لمبدأ أصلي لقواعد القانون الدولي الخاص أو أنه مجرد استثناء؟^(١) وتكمن الأهمية في الإجابة على هذا التساؤل في تحديد نطاق النظام العام وتفسيره، فالقول بأنه مبدأ أصلي يفتح الباب للتوسع في تحديد وتفسير هذه الفكرة، وعليه يصبح الأصل عدم تطبيق القانون الأجنبي المختص بموجب قاعدة التنازع في دولة القاضي، أما مجرد القول بأنه استثناء يرتب نتائج عكسية لما سبق عرضه بحيث يكون التفسير ضيقا للنظام العام ويعدم التوسع في نطاقه ويعدم إثارته.^(٢) وقد اختلف الفقهاء في تحديد طبيعة النظام العام في مجال القانون الدولي الخاص، وبرز في ذلك اتجاهان، اتجاه قال بأن فكرة النظام العام تطبيق لمبدأ أصلي ولقاعدة عامة- الفقه التقليدي- واتجاه آخر قال بأن فكرة النظام العام ما هي إلا استثناء على القاعدة العامة- الفقه المعاصر.^(٣)

الفرع الأول

النظام العام تطبيق مبدأ أصلي

لقد نشأت هذه الفكرة في عهد مدرسة الأحوال الإيطالية، إذ استخدم الفقه التقليدي في تلك الفترة هذه القاعدة مبدأ أصليا وقاعدة عامة، فقد استخدم الفقيه "بييه" النظام العام أساسا لبناء قاعدة الإسناد لتطبيق القانون تطبيقاً إقليمياً كأصل وليس كاستثناء وإن النظام العام يعتبر قاعدة وضابطا للإسناد إلى جانب القوانين الممتدة التي يكون تطبيقها شخصياً.^(٤)

وعليه فإن قواعد النظام العام قواعد أصلية لا ينظر إليها على أنها قواعد استثنائية تمنع تطبيق القانون الأجنبي، فمثلا قانون الجنسية هو الذي يحكم علاقات الأشخاص، وهناك قواعد في القانون الوطني يجب أن تطبق على جميع العلاقات دون تمييز بين المواطنين والأجانب على حد سواء، ويقصد بذلك أن قانون الجنسية قد يتلاشى في هذا النوع من العلاقات لكي يترك المجال لقانون القاضي استناداً إلى ضرورة احترام سيادة الدول واستقلالها.^(٥) وقد وجهت مجموعة من الانتقادات لهذا الاتجاه ومن بينها، إن استخدام فكرة النظام العام بديلا للفكرة المسندة في التنظيم الحالي للتنازع من أجل تبرير تطبيق بعض القوانين إقليمياً هو تصور يخلط بين فكرتين مختلفتين تم

(١) د.صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص -الجنسية وتنازع القوانين -دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٨، ص ٣٢٨.

(٢) د.صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ١١٢.

(٣) د.أمين رضا رشيد دواس، تنازع القوانين في فلسطين، دراسة مقارنة، دار الشروق للنشر والتوزيع، عمان الأردن، ٢٠٠١، ص ٢٣٠.

(٤) د.أمين رضا رشيد دواس، تنازع القوانين في فلسطين، دراسة مقارنة، دار الشروق للنشر والتوزيع، عمان الأردن، ٢٠٠١، ص ٢٣٠.

(٥) د.صلاح الدين جمال الدين، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، الطبعة الثالثة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية مصر، ٢٠٠٧، ص ١١٢.

استعمالهما كمترادفين - فكرة النظام العام وفكرة الإقليمية - مع أن هناك فرقا واضحا بينهما حيث إنه وإن كانت قواعد النظام العام ذات صبغة وطنية وإقليمية تسري على الجميع سواء أكانوا مواطنين أم أجنبيا، إلا أن هناك حالات لا تكفي فيها القوانين الوطنية أو الإقليمية إن صح التعبير وحدها لاستبعاد القانون الأجنبي، كأن يتضمن القانون الأجنبي نظاما قانونيا مجهولا بالنسبة لقانون القاضي، وعليه يجب الاستعانة بفكرة النظام العام لاستبعاده.^(١) ومن جهة أخرى وجه الفقه المعاصر انتقاداً لاذعاً لهذا الاتجاه، لأنه يرى أن ذلك نظرة تعصبية للنظام العام من شأنها إحداث آثار بالغة بالتعاون القائم بين الدول وإطراد العلاقات الخاصة الدولية، بالإضافة إلى إنكار وظيفة قاعدة الإسناد.^(٢)

الفرع الثاني

النظام العام استثناء على المبدأ الأصلي

إن وجود الدولة في المجتمع الدولي يفرض على القاضي الوطني أن يفصل في النزاع المرتبط بأكثر من نظام قانوني وفقاً للقانون الأكثر ملائمة للتطبيق، إلا أنه يوجد استثناءات ترد على هذا الالتزام، ومن أبرز هذه الاستثناءات تعارض القانون الأجنبي مع النظام العام الداخلي الذي يقوم عليه كيان المجتمع، فيتعين على القاضي استبعاد هذا القانون ليتعطل على وجه الاستثناء التطبيق المعتاد لقاعدة الإسناد، بهدف تجنب النتائج غير المقبولة جراء تطبيق هذا القانون الذي تحدد اختصاصه بموجب قواعد الإسناد الوطنية.^(٣)

ينظر بوضوح تغير نظرة الفقه لطبيعة النظام العام، وذلك بعد ما تنبه الفقهاء المعاصرون لخطورة الوضع حيث أصبح النظر إلى النظام العام على أنه استثناء وليس أصلاً، ولا يتم اللجوء إليه إلا عند الضرورة التي تتطلبها المحافظة على الأسس الجوهرية والأخلاقية والاقتصادية والدينية للمجتمع، فقاعدة التنازع التي تمنح على سبيل المثال الاختصاص في مسائل الزواج إلى قانون الجنسية، وتبين أن هذا القانون المختص يمنع الزواج على أساس الاختلاف العرقي وتمسك به الزوجان من أجل إبطال هذا الزواج فإنه وهذه الحالة سيتم الدفع بالنظام العام الذي يعد صمام الأمان للمجتمع الذي قد يلحق الضرر بالمجتمع إذا تم إبطال هذا الزواج، وعليه يمكن للقاضي استبعاد هذا القانون ولكن الاستبعاد وهذه الحالة يكون استثنائياً وبمقدار التصادم أو التعارض مع النظام العام في دولة القاضي الذي يرفض العمل بالحكم القائم على أساس التمييز العنصري، وفيما عدا ذلك تبقى قاعدة الإسناد ذاتها والاختصاص في مسائل الزواج يبقى لجنسية الزوجين وقت انعقاد الزواج.^(٤)

يتضح مما سبق أن النظام العام هو صمام الأمان وشرط تحفظي يقف ضد القانون الأجنبي المختص إذا ما اصطدم مع مفاهيم الدولة القانونية والأخلاقية والدينية والاقتصادية، ويبرز عند الضرورة وبمقدار التعارض معها، أما إذا انحرف عن هذه الوظيفة أو بالغ القضاء في تقديره والأخذ به فإنه سينحرف عن الهدف الذي وجد من أجله، فالدفع بالنظام العام يجب أن يكون لأسباب جوهرية ومحقة وهو ما يحتاج إلى قضاة على اطلاع ومعرفة بالقانون

(١) د.صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ٣٣٠.

(٢) بلمامي عمر، الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة، بحث لنيل دبلوم الماجستير في العقود والمسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون جامعة الجزائر، ١٩٨٦، ص ١٥١.

(٣) د.صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص - الجنسية وتنازع القوانين، مرجع سابق، ص ٣٣٠.

(٤) بلمامي عمر، الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ١٥٢.

الدولي الخاص والأهداف التي رسمها المشرع الوطني لغايات التعاون الدولي وقيام العلاقات الدولية الخاصة من أجل تحقيق الانسجام بين مختلف الدول وتبادل الحلول القانونية.^(١) ولفهم هذه الطبيعة الاستثنائية لفكرة النظام العام بشكل واضح لا بد من تحديد شرط تطبيقها، هذا ما سنتناوله في المطلب الثاني.

المطلب الثاني

شروط إعمال الدفع بالنظام العام

سبق أن أشرنا في المطلب الأول إلى أن دور النظام العام استثنائي وليس أصليا ويجب أن يكون نطاق إثارته مقتصرًا على الحالات الضرورية وذلك بعد استفاد كافة الوسائل القانونية المتاحة لاستبعاد القانون الأجنبي، وعليه، يجب توافر مجموعة من الشروط لأجل إعمال هذا الدفع لكي لا يتمسك الأطراف والقضاة بالنظام العام في منازعة يشوبها عنصر أجنبي، ولكن يجب تقديم هذا الدفع مشفوعاً بأسباب حقيقية تستوجب استبعاد القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد، وسنقوم بذكر الشروط على النحو التالي مع العلم أنه لا يمكن حصرها كونها متغيرة بتغير مفهوم النظام العام:

• وجود قانون أجنبي واجب التطبيق وفقاً لقاعدة الإسناد الوطنية:

وجد النظام العام علاجاً لاستبعاد القانون الأجنبي المختص بموجب قواعد الإسناد الوطنية إذا ما أدى تطبيقه إلى تصادم مع الأسس الجوهرية والمقومات الأساسية في دولة القاضي، فإذا كان القانون الأجنبي غير مختص فلا داعٍ للتمسك بالنظام العام^(٢)، وهذا ما أخذت به محكمة التمييز الأردنية بالقرار الصادر عنها بتاريخ ٢٠١٩/٥/١٧ " ... وعن السبب الثالث الذي يقوم على تخطئة محكمة الاستئناف بعدم رد الدعوى لمخالفتها أحكام الشريعة الإسلامية والنظام العام والآداب العامة سند لنص المادة (٢٩) من القانون المدني، وفي ذلك تجد المحكمة أنه بالرجوع إلى نص الاتفاقية الموقعة لدى محكمة الأسرة والمجلس الحسبي فإننا لا نجد ما يخالف الشريعة أو الآداب العامة وبالتالي فإن الأخذ بما جاء فيها موافق للقانون وحيث توصل الحكم المميز لذلك فقد أصاب صحيح القانون وهذا السبب يتعين رده..."، فلا يتصور التمسك بالدفع بالنظام العام وإثارته إذا ما كان القانون الوطني هو الواجب التطبيق ولا يوجد تزامن بين القانون الوطني مع قانون أجنبي أو إذا كان التنازع داخلياً ضمن القوانين الوطنية في دولة القاضي، لأن الهدف من الدفع بالنظام العام هو تطبيق قانون القاضي وليس استبعاده ويستثنى من ذلك حالة الدولة الفدرالية التي يشكل فيها كل إقليم أو ولاية وحدة تشريعية مستقلة ويوجد فيها اختلاف لمفهوم الأسس يستند إليها النظام التشريعي في تلك الولاية، مما يبرر إعمال فكرة الدفع بالنظام العام بمفهومها المعروف بالقانون الدولي الخاص^(٣) كما أنه لا يتصور إثارة الدفع بالنظام العام لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي إذا وجد سبب آخر لاستبعاده

(١) بلمامي عمر، الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ١٥٢-١٥٤.

(٢) قرار محكمة التمييز الأردنية رقم ٢٠١٩/١٨٥٧ الصادر بتاريخ ٢٠٢٠/٣/١٧.

(٣) محمد المبروك اللاف، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع الليبي ١٩٩٤، منشورات الجامعة المفتوحة، ص ٨١.

كما لو تم اختيار قانون لا تربطه صلة بالعقد أو بأطرافه ولم يتحقق فيه أي شريط يوجب تطبيقه ضمن قواعد الإسناد. (١)

• أن تكون مخالفة النظام العام ذات أثر ملموس:

ويقصد بهذا الشرط ألا يكون التعارض بين أحكام القانون الأجنبي والنظام العام في دولة القاضي مجرد تعرض نظري بل يجب أن يكون له أثر فعلي على أرض الواقع وأن يؤثر على قيم ومبادئ المجتمع بشكل واضح وملموس^(٢)، إذ يجب النظر إلى الأثر الفعلي للقانون الأجنبي فإذا كانت نتائج تطبيقه تمس بشكل واضح القيم والمثل العليا يجب استبعاده أما إذا كان تطبيقه لا يشكل ضرراً ملموساً فلا عبرة بهذا الاختلاف ولا يتوجب استبعاده. (٣)

• توافر مقتضى من مقتضيات النظام العام:

يشترط لإعمال الدفع بالنظام العام توافر مقتضى من مقتضيات النظام العام للامتناع عن تطبيق القانون الأجنبي المختص، فالمشرع عندما أشار في قواعد الإسناد إلى تطبيق قانون أجنبي لم يقصد تطبيق هذا القانون على إطلاقه وإنما اشترط عدم اصطدام هذا القانون مع مقتضيات النظام العام في دولته، وقد قدر بعض الفقهاء أنه يمكن حصر هذه المقتضيات مقدماً وتنقسم القوانين إلى قوانين متعلقة بالنظام العام وأخرى غير متعلقة بالنظام العام، إلا أن ذلك لم يكتب له النجاح وفشلت هذه المحاولات وذلك لعدم ثبات هذه المقتضيات واختلافها باختلاف الزمان والمكان، فالزواج قد يكون نظاماً مدنياً في دولة ونظاماً دينياً في دولة أخرى، وقد يكون نظاماً دينياً في دولة ثم يصبح نظاماً مدنياً في مرحلة لاحقة في ذات الدولة. (٤)

ونظراً لكون هذه المقتضيات متغيرة وصعبة التحديد والحصر فقد اتجه الفقه السائد إلى ترك أمر تحديدها إلى القاضي المثار أمامه النزاع مع تقييد سلطته بهذا الشأن لكي لا يغلو في تطبيق قانونه الوطني على حساب القانون الأجنبي، وهذا التقييد يجب أن يحدد بمعيار موضوعي مجرد يلتزم به في إعمال الدفع بالنظام العام^(٥)، وتجدر الإشارة إلى أن القاضي يتمتع بسلطة واسعة في تقدير مدى التعارض بين أحكام الأجنبي مع مقتضيات النظام العام في دولته لدرجة أنه أصبح مشرعاً في هذه الدائرة المرنة كما يقول الفقيه عبد الرزاق السنهوري. (٦)

(١) علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر، ٢٠٠٨، ص ١٥٢-١٥٣.

(٢) فتحية قريقر، النظام العام والتحكيم التجاري الدولي، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق جامعة الجزائر ٢٠١٦-٢٠١٧، ص ٥٨.

(٣) د. محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص (دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي) الطبعة الأولى، دار الثقافة للتوزيع والنشر، عمان الأردن، ٢٠٠٩، ص ٢٦١-٢٦٢.

(٤) د. عز الدين عبدالله، القانون الدولي الخاص - الجزء الثاني - في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، الطبعة السادسة، دار النهضة العربية القاهرة مصر، ١٩٦٩، ص ٥٣٢.

(٥) سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، المضمون الواسع المتعدد الموضوعات، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت لبنان، ٢٠٠٩، ص ٧٣٨.

(٦) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي بيروت لبنان، ٢٠٠٩، ص ٤٣٧.

• وجود رابطة بين النزاع المطروح ودولة القاضي:

ذهب جانب من الفقه مدعوم بالقضاء في كل من ألمانيا وسويسرا إلى ضرورة توافر شرط وجود صلة أو رابطة كافية بين المنازعة المطروحة ودولة القاضي فمن غير المقبول أن يتمسك القاضي بفكرة النظام العام لاستبعاد القانون الأجنبي المختص في حال انعدام تلك الرابطة أو الصلة^(١) فكيف له أن يتذرع بهذه الفكرة في دولته لكي يعطل عمل قاعدة الإسناد بشأن مسألة لا تعنيه ولا يمكن لها إن حيل النزاع إلى قانونه الوطني حتى لو تم استبعاد القانون الأجنبي فانعدام المصلحة يؤثر على هذا الدفع، بالإضافة إلى أن هذا الحكم لا يكتسب أي صفة ولا يكون له فعالية في أرض الواقع لا داخلياً ولا خارجياً مما يجعل من الصعب تنفيذه.^(٢)

وقد عجز أنصار هذا الاتجاه عن إثبات مقصدهم من توافر تلك الرابطة أو الصلة بين النزاع المطروح ودولة القاضي، أهى الجنسية أم الموطن أم موقع المال؟ وإزاء تلك الحيرة التي وقعوا بها ذهب بعضهم إلى القول إنه في حال انعدام أي رابطة من تلك الروابط فإن مجرد طرح النزاع على الجهات القضائية في هذه الدولة يكفي لقيام تلك الرابطة.^(٣)

• أن تكون المخالفة للنظام العام حالية:

يتعين على القاضي استبعاد القانون الأجنبي المختص إذا كان يصطدم مع مقتضيات النظام العام في بلده، إلا أن هناك تساؤلاً مهماً يجب طرحه في هذا الصدد "في أي لحظة يجب أن يتقرر ما إذا كان هذا التصادم موجوداً أو لا؟"

استقر الرأي على أن القاضي يقدر توافر مقتضيات النظام العام من عدمه لحظة الفصل في الدعوى وليس وقت نشوء الحق أو المركز القانوني محل النزاع^(٤) وتجدر الإشارة إلى أن حالة النظام العام تعتبر مسألة في غاية الأهمية وقد انتبه القضاء والفقه إليه كثيراً على اعتبار أنها تصنع حداً فاصلاً بين المفهوم السابق لفكرة النظام العام والمفهوم الجديد في ظل التطور والتغير المستمر لهذه الفكرة.

وهذا الشرط يعتبر أثر لأنية النظام العام ونسبته من حيث الزمان، فالعبرة من تحديد ما يعد من النظام العام وما يعد مخالفاً له هو وقت نظر الدعوى وليس وقت نشوء الحق^(٥) وهو ما ذهب إليه القضاء الفرنسي في مجموعته من القضايا ومنها قضية "تيتي" سنة ١٩٣٦^(٦)، وقضية إثبات نسب.

ويترتب على شرط حالة النظام العام عدة آثار لعل من أبرزها، إذا كان المركز القانوني الذي نشأ طبقاً لقانون أجنبي مختص وكان مخالفاً للنظام العام في قانون القاضي عند نشوء النزاع ومن ثم تغير بعد ذلك قانون القاضي

(١) Paul lagarde,richer ches sur l'ordre puplic en droit international prive', the'se pour ie doctorat ,Universite' de (١) paris, facte' de droit, 1959, pp.56-59.

(٢) د.أحمد محمد الهواري، الوجيز في القانون الدولي الخاص الإماراتي، الطبعة الأولى، إثراء للنشر والتوزيع، عمان الأردن، ٢٠٠٨، ص ٣٨٧.

(٣) د.جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، ٢٠٠٥، ص ٢٠٠-٢٠١.

(٤) Lerbous, Ageonniere et loussouar, pre'cis de droit international prive, 8em edition, Dallo2, 1962, p.372.

(٥) بلمامي عمر، مرجع سابق، ص ١٤١.

(٦) تتلخص وقائع هذه القضية في أن فرنسيين تبنيوا طفلاً وهما خارج فرنسا قبل عام ١٩٢٣ وكان القانون الفرنسي يشترط في ذلك الوقت لصحة التبني أن يكون الزوجان قد بلغا من السن ما يجعلهما يائسين من الإنجاب، ولما صدر في عام ١٩٢٣ قانون يجيز التبني حتى لمن لم يبلغ سن اليأس من الإنجاب طعنا أمام محكمة باريس في صحته على أساس مخالفته للنظام العام في وقت التبني لأن الزوجين كانا شابيين، إلا أن المحكمة رفضت الطعن على أساس أن مثل هذا التبني لم يعد مخالفاً للنظام العام وقت رفع الدعوى - مشار للحكم في د.علي علي سليمان مرجع سابق، ص ١٥٣.

وأصبح ذلك المركز القانوني لا يصطدم ومقتضيات النظام العام عند النظر في النزاع فلا يمكن للقاضي أن يعتد بالمخالفة السابقة ويؤثر الدفع بالنظام العام، كذلك يترتب على هذا الشرط أن الروابط القانونية القائمة في ظل تغير مفهوم النظام العام تخضع للقانون الجديد. (1)

المبحث الثاني

الآثار المترتبة على الدفع بالنظام العام

إذا ظهر للقاضي أن القانون الأجنبي الواجب التطبيق بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية يصطدم ومقتضيات النظام العام في دولته وتمت إثارة هذا الدفع وتحققت كافة شروطه، فإنه يستبعد هذا القانون في أي مرحلة كانت عليها الدعوى حماية لنظامه القانوني الداخلي وهذا ما جرى العمل على تسميته بالأثر السلبي للنظام العام، ولا شك في أن هذا الاستبعاد سيوجد فراغاً تشريعياً مما يوجب على القاضي البحث عن قانون آخر ليحل محل القانون المستبعد وهو ما يطلق عليه بالأثر الإيجابي للنظام العام، ومن المتفق عليه وجوب التحقق من شدة وصرامة الدفع بالنظام العام إذا ما تعلق الأمر بحق اكتسب بالخارج وتم التمسك به في دولة القاضي. وعليه، قمنا بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول (الأثر السلبي للنظام العام).

المطلب الثاني (الأثر الإيجابي للنظام العام).

المطلب الأول

الأثر السلبي للنظام العام

يترتب على إعمال الدفع بالنظام العام أثر سلبي وهو استبعاد تطبيق أحكام القانون الأجنبي المتعارضة أحكامه مع النظام العام في دولة القاضي المثار أمامه النزاع، فالهدف الأساسي لإعمال الدفع بالنظام العام هو عدم السماح لقواعد القانون الأجنبي بالاندماج في النظام القانوني الوطني، نظراً للتناظر القائم بينها وبين أساس هذا النظام. ويثور التساؤل: هل يتم استبعاد القانون الأجنبي بجميع أحكامه وبشكل كلي أو يقتصر الاستبعاد على الجزء المتعارض مع النظام العام الوطني في هذا القانون؟

ولإجابة على هذا التساؤل قمنا بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين بحثنا في الأول (الاستبعاد الكلي للقانون الأجنبي المخالف للنظام العام) وفي الثاني (الاستبعاد الجزئي للقانون المخالف للنظام العام).

(1) زواتي الطيب، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص 302-303.

الفرع الأول

الاستبعاد الكلي للقانون الأجنبي المخالف للنظام العام

ذهب جانب من الفقه إلى ضرورة استبعاد القانون الأجنبي المخالف للنظام العام بشكل كلي وإلى تطبيق قانون القاضي بدلاً منه^(١) وقد استند هذا الجاني إلى قاعدة قد قررتها قاعدة الإسناد في بلد القاضي بحجة منع التعارض مع النظام العام وبتطبيق القواعد الأخرى في القانون المستبعد قد يؤدي إلى مسخ وتشويه القانون الأجنبي الذي يجب أن يتم التعامل معه كوحدة واحدة، مما قد يؤدي إلى تطبيق هذا القانون في غير الأحوال التي يجب تطبيقه فيها، فضلاً عن أن هذا التطبيق قد يخالف الغاية المرجوة من وجود قواعد الإسناد في بلد القاضي التي تهدف إلى تطبيق القانون الأجنبي برمته وكوحدة واحدة وليس اجتزاء أحكامه والأخذ ببعضها دون الآخر. وقد برر أصحاب هذا الاتجاه رأيهم بالحجج التالية:

- إنه يجب النظر في القانون الأجنبي المختص كوحدة واحدة وكل لا يتجزأ، وعليه فإن استبعاد الجزء المخالف وتطبيق أجزاء أخرى منه يؤدي إلى تشويه القانون ونقطة أوصاله مما يؤدي إلى تطبيقه تطبيقاً مخالفاً لإرادة المشرع الذي وضعه.^(٢)
- إن الأخذ بفكرة الاستبعاد الجزئي للقانون الأجنبي ينطوي على مخالفة لقاعدة الإسناد الوطنية التي تهدف إلى تطبيق أكثر القوانين اتصالاً بالعلاقة وأكثرها قدرة على تحقيق العدالة، وهو ما لا يتحقق إلا بتطبيق القانون الأجنبي كاملاً، إذ يكون الأمر على النقيض في حالة الاستبعاد الجزئي.^(٣) ومؤدى ذلك كله أن إعمال فكرة الاستبعاد الجزئي أمر يتناقض مع إرادة كل من المشرع الوطني واضح قاعدة التنازع وكذلك الأمر بالنسبة للمشرع الأجنبي في الدولة المختص قانونها بالانطباق، وأن قاعدة التنازع لا تتحقق إلا من خلال الاستبعاد الكلي وحده.^(٤)

الفرع الثاني

الاستبعاد الجزئي للقانون الأجنبي المخالف للنظام العام

أكد جانب من الفقه إلى أن الأثر السلبي لإعمال فكرة النظام العام ليس من شأنها استبعاد أحكام القانون الأجنبي المختص بموجب قاعدة الإسناد الوطنية بشكل كلي، وإنما ينحصر الاستبعاد على الجزء المخالف لهذه الفكرة في دولة القاضي دون بقية الأجزاء الأخرى من هذا القانون لعدم توافر العلة والمغزى من استبعادها، وتكون بذلك قد احتفظت للقانون الأجنبي ولقاعدة الإسناد بأكبر قدر من الفعالية^(٥) كما يسمح هذا الحل إلى تقادي عيوب قواعد التنازع دون أن يتم تعطيلها بشكل كامل.^(٦) ويبرر أصحاب هذا الاتجاه رأيهم بمجموعة من الحجج لعل من أهمها:

(١) NiBoyet(J.P.)Traite de droit international prive tomes III ,IV etv ,Paris 1994,P.522.
(٢) د.سلطان عبدالله محمود، الدفع بالنظام العام وأثره، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد ١٢، العدد ٤٣، ٢٠١٠، ص ٩٤.
(٣) عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، بيروت، ٢٠٠٨، ص ٢١٤.
(٤) د.عكاشة عبدالعال، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، ٢٠٠٧، ص ٥٩٨.
(٥) إعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، تنازع القوانين، الطبعة العاشرة، دار هومة الجزائر، ٢٠٠٨، ص ١٧٧.
(٦) د.محمد وليد المصري، محاولة لرسم معالم النظام العام الدولي العربي بمفهوم القانون الدولي الخاص، مجلة الحقوق جامعة الكويت العدد الرابع لسنة ٢٠٠٣، ص ١٦٦.

- يجب استخدام الأثر الاستبعادي للنظام العام بحذر شديد وبصورة استثنائية فلا ينبغي اللجوء إليه إلا بالقدر الذي يمس بالقواعد الأساسية لقانون القاضي، على أن يبقى ما دون ذلك محكوماً بالقانون الأجنبي المختص أصلاً. (١)
- لا يرمي الدفع بالنظام العام إلى إصدار حكم يقيم من خلاله القانون الأجنبي في ذاته وإنما يهدف إلى الحيلولة دون حدوث النتيجة المخالفة للنظام العام الناشئة عن تطبيق بعض أحكامه، فإن أمكن تلافي هذه النتيجة باستبعاد الجزء المخالف من هذه الأحكام فلن يكون هناك مبرر لعدم تطبيق أحكام القانون الأجنبي الأخرى غير المتعارضة مع النظام العام. (٢)
- الاستبعاد الجزئي للقانون الأجنبي هو وحده الذي يحقق المقصود من قاعدة التنازع والوظيفة التي وجدت لتحقيقها بالتصور الذي وضعه المشرع الوطني، كما يحفظ للقانون الأجنبي مكانته باعتباره صاحب الاختصاص الأصلي، أما من يقول باستبعاد القانون الأجنبي برمته فهو يهدد الهدف والغاية من قاعدة الإسناد ويعصف بروحها، كما أنه يعتدي على القانون الأجنبي صاحب الاختصاص الأصلي. (٣)
- إن استبعاد أحكام القانون الأجنبي كلياً وتطبيق قانون القاضي بدلاً منه يتعارض وحكمة المشرع كون القانون الأجنبي هو الواجب التطبيق بالأصل وهو الأكثر ملائمة لحل النزاع (٤) وإن الأثر السليبي يتمثل في استبعاد الجزء المخالف للنظام العام في القانون الأجنبي دون بقية الأجزاء الأخرى وعلى القاضي تطبيق أحكام القانون الأجنبي التي لا تتعارض ومفهوم فكرة النظام العام في دولته (٥).

إلا أنه في بعض الحالات يصعب تطبيق القانون الأجنبي المختص أو استبعاد جزئية منه للاختلاف الجوهرى بأساس النظام العام، ولعدم إمكانية فصل هذه الجزئية لارتباطها الوثيق بأحكام القانون الأجنبي مما يقتضي اللجوء إلى استبعاده كلياً. (٦)

المطلب الثاني

الأثر الإيجابي للنظام العام

لا يقتصر دور القاضي على استبعاد القانون الأجنبي المختص الذي تعارضت أحكامه مع النظام العام في دولته، بل يتوجب عليه التصدي للفراغ التشريعي الناتج عن هذا الاستبعاد للفصل في النزاع المعروض عليه فلا يتصور أن تبقى القضية دون قانون يحكمها، وذلك بإحلال قانون بديل عن القانون الأجنبي المستبعد، ويكون إحلال قانون آخر بديلاً عن القانون المستبعد هو الأثر الإيجابي للنظام العام، ويعتبر ذلك نتيجة طبيعية لنظرة الفقه إلى النظام العام على أنه دفع من الدفوع الموضوعية، وهو الأمر السائد في غالب التشريعات، إلا أن الأمر مختلف

(١) ختام عبد الحسن، موانع تطبيق القانون الأجنبي، مجلة الكلية الإسلامية الجامعية، النجف الأشرف، العراق مجلة علمية اقتصادية محكمة العدد ٦، ٢٠٠٩، ص ٢٨٧.

(٢) ختام عبد الحسن، موانع تطبيق القانون الأجنبي، مرجع سابق، ص ٢٨٧.

(٣) د. جمال محمود الكردي، مرجع سابق، ص ٢٠٤، د. عكاشة عبدالعال، مرجع سابق، ص ٦٠٢.

(٤) د. هشام علي صادق، مرجع سابق، ص ٢٦٦.

(٥) د. سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ٢١٣، د. عكاشة عبدالعال، مرجع سابق، ص ٤٣٢.

(٦) د. سعيد يوسف البستاني، مرجع سابق، ص ٢٢٦.

في البلاد الأنجلوسكسونية التي تعتبر الدفع بالنظام العام دفعا إجرائيا يستتبع في حال الحكم باستبعاد القانون الأجنبي المخالف أن تحكم المحكمة بعدم اختصاصها، ومن ثم لا تتور مسألة البحث عن بديل للقانون المستتبع.^(١)

ويثور تساؤل مهم في هذا الصدد عن ماهية القانون الذي سيطبق بعد استبعاد القانون الأجنبي على النزاع المعروض أمام القاضي؟

إن معظم القوانين ومنها القانون المدني الأردني في المادة (٢٩) والقانون المدني المصري في المادة (٢٨٠) والقانون المدني العراقي في المادة (٣٢) لم تنص إلا على الأثر السلبي للنظام العام، وعليه وجد الاختلاف للإجابة على هذا السؤال، وذهب الفقه في ذلك إلى عدة اتجاهات لعل من أبرزها أن الأثر السلبي للنظام العام لا بد أن يتبعه أثر إيجابي لسد الفراغ التشريعي وعدم اعتبار القاضي منكرًا للعدالة عندما لا يحكم في النزاع المعروض عليه بحجة عدم إمكان إعمال القانون الأجنبي المختص لتعارضه مع النظام العام.

وفي الواقع يوجد تلازم بين استبعاد القانون الأجنبي - الأثر السلبي - والبحث عن قانون بديل ليحل محل القانون المستبعد - الأثر الإيجابي - فالدفع بالنظام العام وجهان يتمثل أحدهما بالأثر السلبي والثاني بالأثر الإيجابي ، وعليه فإن جانبا من الفقه يرى أن استبعاد القانون الأجنبي المخالف لا يكون كافيا دون إحلال قانون بديل عنه، ويدللون على ذلك بالحالة التي يجيز فيها القانون الأجنبي نشوء علاقة لا يسمح بها قانون القاضي، وعليه يجب استبعاد هذا القانون الأجنبي وهذه الحالة دون الحاجة إلى إحلال قانون آخر بدلاً منه^(٢).

وقد انتقد هذا الرأي بشده واعتبر غير جدير بالتأييد لوجود ارتباط وتلازم بين الأثر الإيجابي والسلبي، والمتأمل الجيد للمسألة يجد أن استبعاد القانون الأجنبي يحدث فراغا قانونيا يجب سده بالبحث عن قانون بديل يحكم النزاع، وقد يحدث الأثر الإيجابي بحلول قانون محل القانون المستبعد بشكل ضمني أو صريح فلا يترك النزاع بدون قانون يحكمه.^(٣)

ومن كل ما تقدم يظهر التلازم بين استبعاد القانون الأجنبي وإحلال قانون بديل عنه، ففي جميع الأحوال يرتب الدفع بالنظام العام أثرين مترابطين أحدهما سلبي والآخر إيجابي، إلا أن المشكلة التي تواجه القاضي عند استبعاد القانون الأجنبي المختص تتمثل في تحديد القانون البديل الذي يملأ الفراغ التشريعي الناتج عن هذا الاستبعاد، ويوجد في هذه المسألة خلاف كبير بين الفقه والقضاء، إذ انقسموا إلى عدة اتجاهات لعل من أبرزها:

• البحث عن البديل في القانون الأجنبي ذاته - مذهب سافيني:

يتمثل مضمون هذا الحل أنه عند استبعاد القانون الأجنبي المخالف للنظام العام يتوجب البحث عن حل ضمن نطاق القانون المستبعد على اعتبار أن الاختصاص بالأصل يعود له ضمن قواعد الإسناد في بلد القاضي، وذلك من خلال البحث في القانون الأجنبي عن نص بديل ملائم يطبق على المسألة التي كان يحكمها النص المخالف للنظام العام، إلا أن هذا الحل مقيد بشرطين هما: وجود نص بديل يصلح للتطبيق على موضوع النزاع، وأن يكون هذا النص -البديل- غير مخالف للنظام العام الوطني^(٤).

(١) د.حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص المصري، تنازع القوانين، الاختصاص القضائي الدولي، دون دار نشر، ص ٣٠٥.

(٢) عبده جميل غصوب، مرجع سابق، ص ٢١٧.

(٣) د.عكاشة عبدالعال، مرجع سابق، ص ٦٠٦.

(٤) د.جمال محمود الكردي، مرجع سابق، ص ٢٠٦.

• تطبيق القانون الأقرب للعلاقة:

ذهب اتجاه من الفقه إلى أنه يجب تطبيق القانون الأقرب في أحكامه إلى القانون المستبعد، وذلك بموجب قاعدة إسناد احتياطية في قانون القاضي الوطني، ومثال ذلك تطبيق قانون محل الإقامة في مسائل الأحوال الشخصية عندما يكون قانون الجنسية مخالفاً في أحكامه للنظام العام في دولة القاضي، ويتم تطبيق القانون الذي يرتبط بالنزاع بأكثر الروابط صلة وقد يكون وقد يكون هذا القانون أجنبياً، وقد يكون قانون القاضي، إذ يطبق منه القاعدة الأقرب في مضمونها للقانون المستبعد. (١)

إلا أن هذا الاتجاه لم يسلم من الانتقاد ولعل أبرز هذه الانتقادات، هو أن اللجوء إلى الضوابط الاحتياطية في حال استبعاد القانون الأجنبي المختص تشير إلى قانون آخر له صفة البديل الملائم هو أمر غير مجدٍ في حال إذا ما رغب الأطراف بإنشاء علاقة غير مشروعة في دولة القاضي، وهنا تطبيق قانون دولة القاضي هو وحده من يحمي نظامه العام بمنع نشوء تلك العلاقة غير المشروعة، وأي قانون آخر بديل يعجز عن هذه الحماية (٢) وتظهر أيضاً في هذا الفرض مشكلة تتمثل في حال إشارة قاعدة الإسناد إلى تطبيق أكثر من قانون يصعب أو يستحيل معها المزج أو التوفيق فيما بينها.

• تطبيق قانون القاضي:

لا شك في أن إحلال قانون القاضي محل القانون الأجنبي المستبعد باسم النظام العام يعتبر أفضل الحلول كونه يعد أكثر الحلول ملائمة للاعتبارات العملية، على اعتبار أن القاضي الوطني هو أعرف الناس بقانون دولته فيتجنب بذلك كافة الصعوبات التي قد تعترض طريقه عند تطبيق القانون الأجنبي، وكذلك يحقق إحلال قانون القاضي مكان القانون المستبعد أكبر قدر من الحماية والمحافظة على المبادئ الجوهرية لقانونه الوطني، وإن هذا الحل يتماشى مع طبيعة وفكرة النظام العام باعتبارها فكرة وطنية بالإضافة إلى أنه صاحب اختصاص احتياطي عام. (٣)

وإن الأخذ بهذا الرأي يستوجب الأخذ بشرطين أساسيين هما: وجود قانون مختص بموجب قاعدة الإسناد في دولة القاضي، وكذلك توافر نص ملائم لطبيعة المسألة المعروضة في قانون القاضي. (٤)

وخلاصة القول، يترتب على إعمال فكرة الدفع بالنظام العام أضراراً مهمان ومباشران ومتلازمان هما الأثر السلبي والأثر الإيجابي للدفع بالنظام العام فلا يتصور أن يبقى النزاع دون قانون يحكمه، ويتمثل الأثر السلبي في استبعاد القانون الأجنبي المختص لمخالفته للنظام العام في دولة القاضي، وأثر إيجابي يعتبر نتيجة حتمية للأثر السلبي لسد الفراغ التشريعي الذي ينتج عن هذا الاستبعاد بإحلال قانون بديل (قانون القاضي حسب الرأي الراجح)، مع الإشارة إلى أنه في حال ما إذا كانت نصوص قانون القاضي غير ملائمة لطبيعة العلاقة محل البحث أو سكتت هذه النصوص تماماً عن إعطاء حل للمسألة فلا مناص عندئذ في قواعد العدالة والقانون الطبيعي وما استقر عليه من مبادئ القانون الدولي الخاص.

(١) د. عكاشة عبدالعال، مرجع سابق، ص ٦١٢.

(٢) عبده جميل غصوب، مرجع سابق ص ٢٢١، و د. عكاشة عبدالعال، مرجع سابق، ص ٦١٤.

(٣) د. هشام علي صادق، مرجع سابق، ص ٣٠٨.

(٤) د. عكاشة عبد العال، مرجع سابق، ص ٦٢٢.

الخاتمة

وبعد الانتهاء من هذا البحث فقد تم التوصل إلى النتائج والتوصيات التالية:

أولاً: النتائج.

- 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 والانحيار، ويمثل النظام العام صمام الأمان الذي يحمي هذه الأسس في مجتمع القاضي بمنع تسرب وانقلاب القوانين الأجنبية التي تتعارض جذرياً مع هذه المبادئ.
- يترتب على إعمال الدفع بالنظام العام أثراً سلبياً وهو وجوب استبعاد أحكام القانون الأجنبي المتعارضة مع أحكام القانون الداخلي أو الوطني للقاضي، وهذا لا يعني بقاء النزاع معلقاً بلا قانون يحكمه أو يتوقف القاضي عن السير في نظر النزاع، ويتوجب على القاضي أن يسد هذا الفراغ التشريعي بأن يبحث عن قانون آخر يصلح لحكم النزاع المعروض عليه وهذا ما يعرف بالأثر الإيجابي .
- يترتب على استبعاد القانون الأجنبي ثبوت الاختصاص لقانون القاضي لسد الفراغ التشريعي الناجم عن هذا الاستبعاد وهو الأثر الإيجابي .
- الاعتراف بالحقوق المكتسبة في الخارج وهو تطبيق لمفعول النظام العام ولا يعني استبعاد كلي لفكرة الدفع بالنظام العام في جميع الأحوال بالنسبة لأي حق اكتسب بالخارج وتم طرح النزاع المتعلق به أمام القاضي الوطني.
- 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 نظريته الخاصة لإعمال هذه الفكرة، بل يجب أن يلتزم في تقديره لفكرة النظام العام بالأفكار السائدة في مجتمعه والمتمشية مع مصالح أمنه، لذا نرى بأن تقدير القاضي لفكرة النظام العام تعتبر مسألة قانونية وتخضع لرقابة المحاكم العليا.
- القاعدة العامة تقتضي بتطبيق القانون المختص الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد سواء أكان قانون القاضي أم قانون أجنبي ولكن هذه القاعدة ليست مطلقة بل يرد عليها استثناءات تعرف بموانع تطبيق القانون الأجنبي (الدفع بالنظام العام).
- إن هذه الموانع هي عمل ذو طابع استثنائي يتعطل معها الأعمال الطبيعي لقواعد الإسناد الوطنية، وعليه يجب أن يكون استخدامها مقروناً بالحكمة والاعتدال ولا يتم اللجوء إليها إلا في الأحوال التي تستدعي ذلك وفي الفروض التي تستوجبها المصلحة العليا ولحماية المجتمع من تدخل القوانين الأجنبية.
- لم يشر المشرع 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.

ثانياً: التوصيات

- على الرغم من بذل محاولات عدة في سبيل الوصول إلى تعريف مشترك لفكرة النظام العام إلا أن المشرع الأردني التزم الصمت ،لذا نقترح على المشرع الأردني إيراد تعريف للنظام العام من خلال بيان أركانه وعناصره.
- كما نقترح على المشرع الأردني إضافة حلّ في حال استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق والمخالف للنظام العام ،كأن يقرر اختصاص القضاء الأردني في حل النزاع.
- ضرورة وجود نص في التشريع الأردني يخضع فيه الدفع بالنظام العام لرقابة محكمة التمييز في دولة القاضي شأنه في ذلك شأن القانون الوطني، لأن خبرة محكمة التمييز في فهم وتفسير القانون الأجنبي وفهمها لقصد المشرع الأجنبي أعمق من فهم القاضي المنفرد.
- معالجة الدفع بالنظام العام بنص قانوني على غرار الدفوع الأخرى الواردة في المادة (١٠٩) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني، وبيان الآلية المتبعة لذلك الدفع والشروط الواجب توافرها بهذا الدفع والمدة الواجب فيها تقديم طلب الدفع بالنظام العام وما هي البيانات المطلوبة لإثارة هذا الدفع وما هي الجهة المختصة بمراقبة القاضي مصدر القرار بهذا الشأن.
- بيان الآلية المتبعة والأسس المستند إليها في حال استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق والمخالف للنظام العام وهل يجب على القاضي الوطني إعمال قانونه الداخلي للنظر بهذا النزاع.
- نوصي بتعديل المادة (٢٩) من القانون المدني الأردني لتبني الأثر الإيجابي صراحة بإحلال القانون الأردني محل القانون المستبعد ويكون التعديل على النحو التالي " يطبق القانون الأردني محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام والآداب".
- ضرورة بيان طبيعة الدفع بالنظام العام هل هو دفع إجرائي حسب النظام المتبع بالدول الأنجلوسكسونية الذي يستتبع في حال الحكم باستبعاد القانون الأجنبي المخالف للنظام العام أن تحكم المحكمة بعدم اختصاصها، أو هو دفع موضوعي يستوجب على القاضي في حال استبعاد القانون الأجنبي البحث عن بديل للقانون الأجنبي الذي تم استبعاده.

المصادر والمراجع

أولاً : المراجع العربية:

- الهواري، أحمد محمد، الوجيز في القانون الدولي الخاص الإماراتي، الطبعة الأولى، إثراء للنشر والتوزيع، عمان الأردن، ٢٠٠٨.
- دواس، أمين رضا رشيد، تنازع القوانين في فلسطين، دراسة مقارنة، دار الشروق للنشر والتوزيع، عمان الأردن، ٢٠٠١.
- بوزينة، آمنة امحمدي بوزينة، تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية مصر، ٢٠٢٠.
- بلقاسم، إعراب، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، تنازع القوانين، الطبعة العاشرة، دار هومة الجزائر، ٢٠٠٨.
- السيد، السيد عبد المنعم حافظ، المختصر في أحكام تنظيم التنازع الدولي بين القوانين، مكتبة الوفاء القانونية الإسكندرية مصر الطبعة الأولى، ٢٠١٨.
- الكردي، جمال محمود، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، ٢٠٠٥.
- الحداد، حفيفة السيد، الموجز في القانون الدولي الخاص المصري، تنازع القوانين، الاختصاص القضائي الدولي، دون دار نشر.
- الصفار، ريا سامي سعيد، عقد الانتفاع بالعقار على وجه المشاركة الزمنية في القانون الدولي الخاص دراسة مقارنة، المركز القومي للإصدارات القانونية القاهرة مصر، ٢٠٢٠.
- البستاني، سعيد يوسف، الجامع في القانون الدولي الخاص، المضمون الواسع المتعدد الموضوعات، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت لبنان، ٢٠٠٩.
- جمال الدين، صلاح الدين، القانون الدولي الخاص - الجنسية وتنازع القوانين - دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٨.
- جمال الدين، صلاح الدين، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، الطبعة الثالثة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية مصر، ٢٠٠٧، ص ١١٢.
- السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي بيروت لبنان، ٢٠٠٩.
- غصوب، عبده جميل، دروس في القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، بيروت، ٢٠٠٨.
- عبدالله، عز الدين، القانون الدولي الخاص - الجزء الثاني - في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، الطبعة السادسة، دار النهضة العربية القاهرة مصر، ١٩٦٩.
- عبدالعال، عكاشة، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دارالجامعة الجديدة الإسكندرية، ٢٠٠٧.
- سليمان، علي علي، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر، ٢٠٠٨.
- المصري، محمد وليد، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص (دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي) الطبعة الأولى، دار الثقافة للتوزيع والنشر، عمان الأردن، ٢٠٠٩.

- اللافي، محمد المبروك، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع الليبي ١٩٩٤، منشورات الجامعة المفتوحة.
- صادق، هشام علي، المطول في القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، تنازع القوانين، دراسة مقارنة الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ٢٠٠٨.

ثانياً : الأبحاث والرسائل الجامعية:

- عمر بلمامي، الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة، بحث لنيل دبلوم الماجستير في العقود والمسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون جامعة الجزائر، ١٩٨٦.
- عبد الحسن ختام، موانع تطبيق القانون الأجنبي، مجلة الكلية الإسلامية الجامعية، النجف الأشرف، العراق مجلة علمية اقتصادية محكمة العدد ٦ ، ٢٠٠٩ .
- محمود، سلطان عبدالله، الدفع بالنظام العام وأثره، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد ١ العدد ٤٣ ، ٢٠١٠.
- قريقر، فتحية، النظام العام والتحكيم التجاري الدولي، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق جامعة الجزائر ٢٠١٦-٢٠١٧ .
- المصري، محمد وليد، محاولة لرسم معالم النظام العام الدولي العربي بمفهوم القانون الدولي الخاص، مجلة الحقوق جامعة الكويت العدد الرابع لسنة ٢٠٠٣.

ثالثاً :المراجع الأجنبية :

- Paul lagarde,richer ches sur l'ordre puplic en droit international prive' ,the'se pour ie doctorat ,Universite' de paris,faclte' de droit, 1959
- Lerbous,Ageonniere et loussouar,pre'cis de droit international prive,8em edition,Dallo2,1962,p.372.
- NiBoyet(J.P.)Traite de droit international prive tomes III ,IV etv ,Paris 1994,P.522.

رابعاً : القوانين :

- القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦.
- القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٨٤ في المادة (٢٨) .
- القانون المدني السوري رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٩ المادة (٣٠).
- قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات رقم (٥) لسنة ١٩٧٩ المادة (٢٧).
- الباب التمهيدي للقانون المدني الإسباني في خصوص القانون الدولي الخاص لعام ١٩٧٤ في المادة (٣/١٢).