النظام العام
ومسألة استبعاد تطبيق القانون الأجنبي

* أ.د. سيف الدين البلعاوي

مقدمة :

في مفهوم النظام العام La notion de L'ordre publice

يقول الفقه إن البحث في تحديد مفهوم النظام العام هو المغامرة في رمال متحركة، وإرهاق الفكر، أو امتطاء لجواد جامح لا نعرف مسبقاً المكان الذي ينقلنا إليه، أو الدخول في مضيق محاط بالأشواك الحادة، كل ذلك يؤكد كم هي مخاطر دراسة النظام العام. فهو المادة الأكثر غموضاً في القانون، وتعريفات الفقهاء للنظام العام متعددة بعدد الفقهاء الذين بحثوا هذه المادة، إلا أن هناك اتفاقاً حول إظهار وإبراز الغموض الكامن في الفكرة – باعتباره في نظرهم الابن المخيف للقانون الدولي الخاص. بل إن البعض ينتقد حتى التسمية – فكيف يكون النظام العام.. دولياً وهو من إعداد وطني ؟؟ هو كائن أسطوري يصعب اختراقه ورغم ذلك جرت محاولات عدة لتعريف وتحديد مفهوم النظام العام لا مجال لاستعراضها في هذا الإطار. إذ تكفي العودة إلي المراجع العامة والدراسات في الموضوع لإظهار الاختلاف الظاهر في التعريف بين الفقهاء، وحول أهداف النظام العام، مصادره، أثاره وأبعاده القانونية. وهذا أمر طبيعي في وضع تحديد لمفهوم ملتبس وذي معنيين أو أكثر.. لذلك فإن أي محاولة وخاصة تشريعية أو قضائية للتعريف بالنظام العام تبقي في إطار المحاولة التي لا تكتمل، بل إن المحاولات التي وضعت هي عامة تحتاج إلي تحديد... فالبعض يعرفه بأنه القوانين التي تهم حقوق المجتمع.. والبعض الأخر بالمصلحة العامة. أو هو في العلاقات الدولية الخاصة، القواعد

*أستاذ القانون بجامعة القدس المفتوحة.

القانونية التي تتعلق بالركائز الأساسية لكيان البـــلاد الاجتمـــاعي أو السياســـي أو الاقتصادي والذي يحدث خرقها خللاً في هذه الركائز أو التي يقصد بـــها تحقيـــق مصلحة عامة سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية تتعلق بنظام المجتمع الأعلى وتعلو على مصلحة الأفراد. وفي العلاقات القانونية الداخلية، النظام العام هو الذي يمـــس كيان المجتمع السياسي والاقتصادي والخلقي.

من كل ما تقدم يلاحظ أنه يصعب وضع تعريف جامع للنظام العام، فـــهو فكرة يصعب ضبطها في إطار تعريف واضح ومحدد، لأنه يبتعد عن كل تحديد من هذا القبيل فما هو متفق عليه أن النظام العام يشكل التعبير عن سيادة الدولة، وهـــو أساس لحسن تنظيم المجتمع الذي يحكمه، ودوره يكمن فـــي الإبقـــاء الضـــروري للمصلحة العامة في المجتمع المادية والمعنوية وهو ما اعتمدته النصوص القانونيـــة في الموضوع لدى الدول المختلفة وكذلك الأحكام القضائية. ومن هنا يكون البحـــث في المسألة من خلال النظرة إلي النظام العام كفكرة وظيفية تهدف إلي تحقيق غاية معينة... وإذا كان النظام العام كما أشرنا هو النظام الأعلى للمجتمع، فإنه من جهة أخري نظام متعدد الجوانب من خلقية واجتماعية واقتصادية وسياســـية، لا يمكـــن حصره في دائرة معينة، فهو حالة تختلف من مكان إلى مكان، وهو يعـــد متغـــيرا على مر الزمان، فهو "بنيويًا" يهدف إلي حماية مؤسسات الدولة ومرافقها وأنظمتـــها وإلى حسن سير عملها. وهو "موضوعياً" يهدف إلى حماية الأسس التي يقوم عليها المجتمع والأسرة بالمحافظة على القواعد الجوهرية التي تحكمه، وهو "تقنيا" يهدف في العلاقات الداخلية إلى الحد من مبدأ سلطان الإرادة وفـــي العلاقـــات الدوليـــة الخاصة.. إما إلى الاستبعاد المسبق لكل قانون أجنبي بالإعمال المباشر للقوانيـــن الوطنية، وإما إلى الاستبعاد اللاحق للقانون الأجنبي عند إعمال قواعد التنازع...

وإذا كان ما تقدم بياناً لمفهوم النظام العام، إلا أن الذي يهمنا في هذه الدراسة. هو دور النظام وخصائصه في نطاق تنازع القوانين. وإذا كنا نريد أن نخلص إلي أن النظام العام الوطني للدولة في وقت معين هو واحد لا يتعدد، فلا يوجد نظام عام دولي ونظام عام داخلي في الدولة الواحدة، ولا محل لوصف بعض القوانين بالتعلق بالنظام العام، لأن كافة القوانين تنهض على خدمة النظام العلم. إذ ليس بمجد وصف القوانين الآمرة في العلاقات الخاصة الداخلية بالتعلق بالنظام العام، بل يكفي وصفها بكونها آمرة، ولتختص العلاقات الخاصة الدولية بفكرة النظام العام يحددها القاضي ليقيم حائلاً يمنع تطبيق أحكام القانون الأجنبي المختص اختصاصاً عادياً وفقاً لقواعد الإسناد في قانونه متى كانت هذه الأحكام " غير مقبولة " أي متعارضة مع النظام العام في بلده ويجري ذلك في صورة دفع هو الدفع بالنظام العام..

* تتوزع موضوعات هذه الدراسة حول الآتي:

١. المبحث الأول : دور النظام العام في نطاق تنازع القوانين.

٢. المبحث الثاني : خصائص النظام العام في نطاق تنازع القوانين.

٣. المبحث الثالث : أساس الدفع بالنظام العام وشروط إعماله وأثاره.

المبحث الأول

دور النظام العام في نطاق تنازع القوانين

بداية يمكننا القول وبالرغم مما أ شرنا إليه سابقاً (إن النظام العام ما هو إلا وسيلة قانونية يستبعد بها القاضي في النزاع المطروح أمامه، الاختصاص العادي المعقود للقانون الأجنبي، متى تعارضت أحكامه مع المبادئ الأساسية التي يقوم عليها نظام المجتمع في بلد القاضي...).

والدفع بالنظام العام أصبح الآن مسلماً به في مختلف بلاد العالم بما في ذلك البلاد الأنجلو أمريكية... وإن كان تحركه في هذه الأخيرة أقل منه في غيرها بالنظر إلي ما تجرى عليه من إسناد مسائل الأحوال الشخصية (وهي أوسع مجالا لتطبيق القانون الأجنبي)، إلى قانون الموطن وغالباً ما يكون قانون الموطن هو قانون القاضي[1].

وقد حذا مشروع القانون المدني الفلسطيني الجديد حذو ما سبقه من التشريعات[2]، فأورد به المادة "٤٠" التي تقضي بأن لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته النصوص السابقة، إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو الآداب في فلسطين " وظاهر من هذا النص كما يظهر أيضاً من مراجعة نصوص القوانين المختلفة ومثيلاتها في هذا الصدد، أن المشرع الفلسطيني أبرز فيه أن إعمال فكرة النظام العام في ميدان تنازع القوانين لا يكون في مرحلة وضع قواعد الإسناد، بل أنه يأتي في مرحلة إعمال هذه القواعد، وتطبيق أحكام القانون الأجنبي الذي تسند

---

[1] راجع في ذلك باتيفول (Batiffol)، الطبعة الرابعة سنة ١٩٦٧ فقرة ٤ شرح القانون الدولي الخاص، ويضيف الأستاذ بول لاجارد Paul Lagarede سببا آخر لقلة تحرك الدفع بالنظام العام في البلاد الأنجلو أمريكية وهو أن كثيرا من المسائل التي تدخل في مجال إعمال هو الدفع في غير هذه البلاد يدخلها قضاء البلاد الأنجلو أمريكية في نطاق مسائل المرافعات، ومن ثم يخضعها لقانون القاضي كما أنه يدخل الدفع بالنظام العام في هذا النطاق، بحيث يكون رفضه لدعوى نتيجة لإعمال هذا الدفع محمولا على عدم (ولايته) بنظرها، دون الفصل في موضوعها، راجع مؤلفة "أبحاث في النظام العام في القانون الدولي الخاص. طبعة ١٩٥٩ ص٦١، ص٢٠٢ (Recherches sur L'ordre puplic en.dro- prive).

[2] مدني مصري م٢٨، مدني إيطالي م٣١، مدني بولوني م٣٨، مدني سوفيتي م١٢٨، مدني يوناني م٣٣، مدني ياباني م٣٠ وهو نفس النص في مجمل القوانين المدنية العربية. ويطلق على النظام في البلاد الأنجلو أمريكية (public policy) وفي ألمانيا (Vorbehaltsclauset).

إليه، ويأخذ صورة دفع لاستبعاد تطبيق هذه الأحكام ثم تطبيق قانون القاضي، وتطبيق قانون القاضي في هذه الحالة يأتي على سبيل الاستثناء فيكون الاختصاص التشريعي اختصاصاً غير عادي. على أننا نلاحظ أن عدداً من التشريعات لا يظهر في نصوصها اصطلاح "النظام العام" وإنما ترد بها عبارات تدل على مضمونه كالقانون الألماني في المادة ١٣٨ منه، كما نلاحظ أن المشرع الفلسطيني متابعاً غيره من مشرعي بعض الدول الأخرى، لم يكتف في المادة "٤٠ " المتقدمة بالنص على مخالفة أحكام القانون الأجنبي " للنظام العام " بل نص أيضاً على مخالفتها " للآداب "، ونحن نعتقد أن الآداب تكون جانباً من جوانب " نظام المجتمع الأعلى " وبعبارة أخرى تكون جانباً من جوانب النظام العام، وبذلك يغنى ذكره بالنص عن ذكرها به[٣].

وللنظام العام في علاقته بالنظام القانوني دور حمائي، وفي علاقته تتنازع القوانين – دور مخل أو معطل.

أولاً: الدور الحمائي للنظام العام :

يقول الفقه: إن النظام العام هو بمثابة "صمام الأمان" الذي يحمي الأسس الجوهرية في مجتمع قاضي النزاع بمنع تسرب وإنفلات القوانين الأجنبية التي تتعارض

---

[٣] نلاحظ تأيداً لهذا المعنى ما ورد في المادة ٤٨ من قانون التحكيم الفلسطيني الجديد رقم ٣ لسنة ٢٠٠٠م في نصها مع مراعاة الإتفاقيات الدولية التي تكون فلسطين طرفاً فيها والقوانين المعمول بها في فلسطين، يجوز للمحكمة المختصة ولو من تلقاء نفسها رفض تنفيذ قرار تحكيم أجنبي في إحدى الحالتين التاليتين:

١. إذا كان القرار مخالفاً للنظام العام في فلسطين. (لم يشر إلى الآداب).
٢. إذا كان القرار لا يتفق والمعاهدات والإتفاقات الدولية المعمول بها في فلسطين.

جذريًا مع تلك الأسس. فالنظام العام من هذه الناحية يلعب وظائف ثلاث، فهو يهدف:

١) إلى رفض تطبيق القوانين الأجنبية التي يؤدي تطبيقها إلي نتائج غير عادلة في مواجهة الحق الطبيعي فلا يقبلها الشعور الإجتماعي. كالقوانين التي تحرم الإنسان من حقوقه لأسباب عرقية، أو التي تسمح للإنسان بخرق حرية إنسان آخر، وهي مبادئ طبيعية تبقى عالمية التطبيق، وإن كانت نسبية في تفاصيلها، مما لا يمكن قبوله هو كالرق والعبودية أو الموت المدني أو التفضيل المبني على العرق أو الدين أو الطائفة أو الجنس. فالقانون الفلسطيني لا يفرق بين مختلفي الأجناس أو اللون ومثله العادات والتقاليد في فلسطين لذلك لا يؤخذ بالقول الذي يرفض الاعتراف بالحقوق الأساسية للفرد كحق الدفاع في الدعوى. والحق في التعويض العادل للإستملاك أو المصادرة دون سبب قانوني أو دون تعويض، وقد يكون عامل العدالة والإنصاف هو الدافع في إستبعاد القانون الأجنبي مثال ذلك.. إن تحديد مهلة مرور الزمن لمصلحة القاصر الذي كان ضحية لحادث سير حصل في الخارج أو وقف مروره هو مؤسسة حماية فردية لا تتصل بالمصالح الأساسية في الدولة إلا أن محكمة النقض الفرنسية إستبعدت القانون الأجنبي الذي لا يأخذ بوقف مهلة مرور الزمن بسبب القصر لأن هذه المؤسسة تتعلق بالنظام العام الدولي الفرنسي. (م٢٢٧٨ مدني فرنسي، المادة ١١٤٢ فقرة ٢ من قانون التأمين الفرنسي).

٢) يهدف النظام العام إلى الدفاع عن المبادئ التي تشكل الأسس الجوهرية السياسية والاجتماعية والاقتصادية التي يرتكز إليها مجتمع قاضي النزاع وهذا النوع من الحماية هو حماية نسبية تتصل بمجتمع معين، كما أنها تتصل بطبيعة الدولة في ذلك المجتمع. فنلاحظ ابتداء أن القوانين التي تنص على تعدد الزوجات

أو الحرمان من الإرث بسبب اختلاف الدين إنما تتعارض من وجهة نظر القضاء الفرنسي مع القواعد الأساسية للحضارة الفرنسية ولكنها لا تتعارض مع النظام العام في فلسطين أو الدول العربية التي تنص قوانينها على تلك الأوضاع، كما أنه من جهة أخرى يلعب النظام العام دوراً يختلف فيه من دولة إلى أخرى بحسب طبيعة النظام القائم. فالدول التي تعتمد الدين أساسًا لها تختلف عن غيرها من الدول العلمانية في أخذها بالنظام العام من عدمه. والدول الطائفية التي تعتمد الديانة أساسًا لها يلاحظ أن دور النظام العام بها يتدرج بين أن يطلق تطبيق قوانين دينية مباشرة حصرية يستبعد مسبقًا كل إمكانية لتطبيق القانون الأجنبي، ويبقي إستبعاد القانون الأجنبي عندما يتعارض مع جوهر النظام الديني وقواعده الأساسية. أما النظام العلماني فلا يستبعد القانون الديني إلا عندما يقيم الدين تميزًا في الحقوق... مثل الدين كمانع للزواج، أو كمانع للإرث، أو عندما يتعارض مع حقوق أساسية للإنسان قد يكون لها مبرر ديني، ولكن دون أن نجد لها مكانًا في النظام العلماني لإختلاف النظرة والمنطلق – أي تبرير –. لذلك تعتمد الدولة التي تعتمد الدين أساسًا لها أو تقضي قوانينها الدستورية، قواعد دينية تكون قواعد آمرة تفرض نفسها حتى في العلاقات الدولية الخاصة، كما في العلاقات الداخلية. وفي هذا الإطار يوجد تفاوت في طريقة تطبيق تلك القواعد، فالبعض منها تطبق تلك القواعد تطبيقًا مباشرًا دون المرور بقواعد النزاع، فيكون للمحاكم الشرعية الصلاحية المطلقة في حل المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية والإرث عندما يكون المتنازعون من المسلمين وإن كانوا أجانب، وعلى تلك المحاكم إعمال قواعد الشريعة الإسلامية مباشرةً، والبعض الآخر يطبق تلك القواعد تطبيقًا غير مباشر عن طريق المرور بقواعد التنازع، وذلك بإستبعاد القانون الأجنبي الذي تعينه قواعد التنازع الوطنية عند التعارض مع قواعد أساسية وجوهرية في الشريعة

الإسلامية، من ذلك أن يسمح القانون الأجنبي بزواج المسلمة من غير المسلم، أو عدم تفضيل الذكور في الإرث بين المسلمين أو السماح للمسيحي بإرث المسلم، أو بمنع الطلاق بالإرادة المنفردة، أو بمنع تعدد الزوجات. وقد أثارت هذه الحلول بعضًا من التساؤلات لدى الفقه مضمونها عما إذا كان تعدد الزوجات أو الطلاق بالإرادة المنفردة هي من المسائل التي تتعلق بجوهر العقيدة...؟؟ يقيم البعض تميزًا بين نوعين من القواعد في الشريعة، القواعد المتصلة بجوهر الشريعة، وتحكم المسلمين مهما كانت جنسيتهم، وتفرض نفسها حتى على العلاقات الدولية الخاصة، فاختلاف الدين هو من القواعد الأولى، أما الطلاق بالإرادة المنفردة أو تعدد الزوجات فتعد من القواعد الثانية.

٣) يهدف النظام العام إلى حماية بعض السياسات التشريعية الوطنية[٤]. السياسة التشريعية قد تكون **داخلية** في المحافظة على حقوق المواطنين، مثال ذلك رفض تطبيق القانون الأجنبي الذي يلحق الضرر بكرامة المرأة الوطنية، أو المساواة في الحقوق أو في مفهوم العائلة وركائزها، أو حماية الضعفاء أو الملكية الفردية أو حرية التعاقد... وقد تكون **دولية** فبند الذهب الباطل في العقود الداخلية يصبح صحيحًا في العقود الدولية وذلك تحقيقًا لمصلحة التجارة الدولية[٥]. في المقابل يرفض القضاء في الدول المختلفة إعطاء أي مفعول للقوانين النقدية الأجنبية التي تتجاوز القانون العام، كذلك إلى تحدد عمله العقد أو تقرر إستبدال عمله بعمله، أو تخفيض الديون أو إزالة البنود العقدية عندما تكون تلك القوانين تحكمية، ولكن قد

[٤] باتيفول ولاجارد، الوسيط فقرة ٣٣٩ (Batiffol - et - Lagarde).

[٥] إعتبرت محكمة النقض الفرنسية في حكم لها أن القانون الكندي الذي خفض قيمة الدولار الكندي وألغى بشكل رجعي بنود الذهب (قانون ١٩٣٧) يخالف النظام العام الفرنسي المتمثل بالتعارض مع الفكرة الفرنسية لبنود الذهب في العقود الدولية – ١٩٥٠/٦/٢١ كلونه سنة ١٩٥٠ ص١١٩٦.

تبطل البنود العقدية وإن وردت في عقد دولي عندما تتعارض مع قاعدة أساسية في المجتمع ولو كان العقد بإرادة منفردة هو عقد صحيح وملزم[٦]. ومن جهة أخرى قد تهدف السياسة التشريعية إلى المحافظة على التقنية القانونية التي هي برأي الأستاذ روبير (Roubier) "صناعة الوسائل القانونية التي تسمح بالوصول إلى الغاية التي تسعى السياسة التشريعية إلى تحقيقها"[٧]. فالنظام العام قد يتدخل ليس عندما يتعارض القانون الأجنبي مع الهدف النهائي للسياسة التشريعية أو الغاية المباشرة، وإنما أيضًا عندما يعتمد القانون الأجنبي إجراءات تتناقض مع تلك التي يعتمدها قانون قاضي النزاع. مما دعا سافيني إلى القول أن ذلك هو أحد إستثناءات تطبيق القانون الأجنبي، والإستثناء الآخر هو النظام العام... كما إعتبر نبوييه Niboyet أن النظام العام يقف في مواجهة كل أثر لمؤسسة قانونية أجنبية مجهولة تمامًا من قانون قاضي النزاع[٨]، وتعتقد أن هذه النظرة تنطوي على تطرف واضح، فليس كل عدم معرفة للمؤسسة القانونية الأجنبية من قبل النظام القانوني لقاضي النزاع هو حكماا يخالف النظام العام، وإنما تلك التي تتنافر مطلقًا مع ذلك النظام القانوني، بمعنى أنه يقتضي إجراء عملية إختيار بين الإجراءات التي لا يعرفها قانون قاضي النزاع، وإعمال تلك التي تبدو مقبولة من ذلك القانون ظاهريًا، فعدم معرفة النظام القانوني الفرنسي على سبيل المثال للزواج بالشكل

---

[٦] راجع باتيفول – رسالته للدكتوراه في تنازع القوانين في مادة العقود فقرة ٤٩٠. وفي تطبيقات النظام العام لحماية القواعد الأخلاقية في العقد فقرة ٥ ص٥٩ – سنة ١٩٣٨ les contlits de lois-en matrer de contrat 1938.

[٧] Roubier: Theorie generale du droit 1951 p88

[٨] نبويه Niboyet: في دليل القانون الدولي تحت الحقوق المكتبية فقرة ٤٢.

الديني، لا يعني عدم الإعتراف بذلك الزواج عندما يبرم في الخارج حتى من فرنسيين[٩]، والنظام الفرنسي العام يستبعد الإتفاقات المنظمة في فرنسا، والتي لم تبرم وفقًا للشكل المفروض مهما تكون إرادة الفرقاء، ولكن ذلك لم يمنع القضاء الفرنسي من إقرار بعض تلك الأعمال التي نظمت من فرنسيين في الخارج دون أن تحتوي على الشكل المطلوب. ومن جهة أخرى يرى الفقه أن النظام العام من شأنه أن يحمي ثلاثة عوامل في التقنية القانونية، وهي **أولاً** ما يتعلق بالإجراءات التي تتطلبها ممارسة حق الدفاع في الدعوى، فالأحكام الأجنبية لا تعطي الصيغة التنفيذية إلا إذا إعتبرت الإجراءات الأساسية التي تؤمن ذلك الحق. **وثانيًا** يتعلق بالشكل المطلوب لتمكين القضاء الناظر في الصيغة التنفيذية من إجراء مراقبته على ذلك الحكم. فالصيغة التنفيذية لا تعطى إلا إذا تضمن الحكم الأجنبي عناصر كافية تمكن من إجراء تلك الرقابة. **وثالثًا** يتعلق بمخالفة قوة القضية المحكوم بها، "حجية الأمر المقضى به" فلا يعطى الحكم الأجنبي الصيغة التنفيذية إذا كان مخالفًا لتلك الحجية.

ثانيًا : الدور المخل (المعطل) للنظام العام:

يهدف النظام العام في مجال تنازع القوانين أساسًا كما تبين إلى إختيار القانون الأوثق صلة بالعلاقة القانونية من بين القوانين التي لها أيضًا إتصال مع تلك العلاقة، وذلك الهدف لا يتحقق إلا من التعامل الطبيعي بين قواعد النزاع الوطنية والأجنبية. في البداية تبدأ عملية التعيين وبعد ذلك تتابع عملية التعيين فإما أن تقبل بإختصاص قانونها، وإما أن ترفض ذلك الإختصاص، فتحيل إما إلى قانون قاضي النزاع، وإما إلى قانون آخر. بالنتيجة هناك قانون محدد تنتهي إليه كما يقول الفقه

[٩] أنظر باتيفول ولاجارد – الوسيط فقرة ٣٦٩ هامش ٧٨.

اللعبة بالتنازع. فالنظام العام يتدخل لمنع تطبيق القانون الذي إنتهت إليه عملية التنازع بحجة تناقض ذلك القانون مع قواعد أساسية يرتكز إليها مجتمع قاضي النزاع، على النحو الذي جرى بحثه، من هنا يبرز الدور المعطل للنظام العام. فالدفع بالنظام العام هو في حقيقته تعطيل للإعمال الطبيعي لقواعد الأسناد (النزاع)[١٠].

وهذا الدور الذي يبدو ظاهريًا أنه سلبي له ما يبرره، فإذا كان النظام العام يتدخل لمنع عملية التنازع من الوصول إلى غايتها، فإن طبيعة الأمور يقتضي بأنه إن لم يكن كل تعارض بين القانون الأجنبي والنظام القانوني لقاضي النزاع من شأنه أن يؤدي إلى إستبعاد وتطبيق ذلك القانون، وإلا لأدى إلى إنهاء نظرية التنازع بتطبيق القانون الأجنبي، كما تبين والذي هو في جوهر النظرية، إلا أنه عندما يصل هذا التعارض إلى حد التنافر بين النظامين بشكل يمس القانون الأجنبي بمضمونه أو آثاره – الركائز الأساسية التي يقوم عليها مجتمع قاضي النزاع، فإنه لابد عند ذلك من رفض تطبيق ذلك القانون محافظةً على المجتمع الوطني. كما يقول أحد الشراح الفرنسيين وهو " راب " ((عند الباب الذي يؤدي إلى الخارج يوجد المزلاج الذي يغلقه في حالة الضرورة...))، فعندما تنص قاعدة النزاع على تطبيق قانون معين "ولو كان أجنبيًا" لا نعلم مسبقًا بهوية هذا القانون ولا بمضمونه في أية لحظة زمنية، فالحالة التي تطرح على القضاء هي التي تثير مسألة تعيين هذا القانون بالذات وتطبق ذلك القانون بمضمونه. فمجرد تطبيق القانون الأجنبي لا يعني إبتداء اصطدامه بالنظام العام، كما أن إعتماد الحكم الأجنبي حلاً لتنازع

[١٠] د. هشام علي صادق: تنازع القوانين – الإسكندرية سنة ١٩٧٤ ص٣١٢، فقرة٨٥. وللمؤلف نفسه دراسات في القانون الدولي الخاص – بيروت سنة ١٩٨٥ ص٢٦٧، وأنظر باتيفول ولاجارد الوسيط المرجع السابق فقرة ٢٠٢.

القوانين غير الحل الذي يضعه المشرع الوطني لا يشكل بذاته أيضًا مخالفة للنظـلم العام – ولكن عند النقطة التي يبرر فيها الإختلاف الجوهري بين الأنظمة القانونية. فليس ثمة من مبرر عندئذ لتطبيق القانون الأجنبي. من هنا جاءت النظـــرة إلـــى النظام العام كإستثناء على صلاحية القانون الأجنبي، وإلى دور النظام العـــام فـــي القانون الدولي الخاص، بوصفه أداة إستثنائية لإستبعاد القانون الأجنبي المختـــص بموجب قواعد الإسناد. فإذا كان المشرع الوطني قد سمح بتطبيق القوانين الأجنبيـة على إقليمه تحقيقًا للعدالة، ومتطلبات الحياة الدولية الخاصة، فإن هذا لا يعني أنه قد منح توقيعًا على بياض لكافة مشرعي العالم، إذ من غير المقبول أن يطبق القاضي قانونًا أجنبيًا يتعارض مفهومه مع المثل العليا والمبادئ السائدة في دولته. فالنظـــام العام وإن كان كما لاحظنا كإستثناء فإنه يفرض نتيجتيـــن، **الأولى:** التشـــدد فـــي إستنتاجه – وهو ما يدخل في مسألة دور القضاء في إعلان النظام العام. **الثانيـــة:** التشدد في تحديد آثاره – وهو ما يدخل في مسألة أبعاد النظام العام.

المبحث الثاني

خصائص النظام العام في نطاق تنازع القوانين

أولا : لقد أشرنا إلى أن لفقه القانوني إستخدم إصطلاح النظام العام في لغة القانون، لتعطيل القانون الأجنبي عن التطبيق متى تعارضت أحكامه مع النظام العام في بلـد القاضي، على أن هذه الصياغة للإصطلاح أو للقاعدة، لم تخلص لدى هذا الفقه في يسر وسهولة، فقد استخدم فكرة أو إصطلاح النظام العام ليحقق معاني مختلفة، فـــي العلاقات الداخلية، وفي العلاقات الخاصة الدولية. ذلك أن المشرع الفرنسي طـــالع اللغة القانونية، ولأول مرة بإصطلاح (النظام العام) الذي ورد في بعض نصـــوص القانون المدني الفرنسي، وأعمها حكمًا هو نص المادة ٦ الذي يقضي بأنه لا يجوز

بالإتفاقات الخاصة مخالفة القوانين المتعلقة بالنظام العام والآداب. وقد رأى فقهاء القانون في حكم هذا النص قيدا على سلطان الإرادة في ترتيب أحكام الإلتزامات التعاقدية، ورأوا تقسيم القوانين إلى قوانين يجوز للأفراد الإتفاق على مخالفتها، وقوانين لا يجوز لهم الإتفاق على مخالفتها، وهذا القسم الثاني يضم القوانين المتعلقة بالنظام العام، وقصدوا بالقوانين المتعلقة بالنظام العام القوانين الآمرة، وذلك بالمقابلة للقوانين الإختيارية أو المفسرة((facuitatives)) ((imperatives)) وبدورهم التقط فقهاء القانون الدولي الخاص فكرة النظام العام، وأعملوها في ميدان تنازع القوانين على وجوه مختلفة، فلجأ بعض الفقهاء إلى فكرة النظام العام في صياغة قواعد الإسناد وذلك إما لإيجاد أساس للإستثناء من قاعدة إمتداد القوانين عند من يقول بها، وإما لتبرير كافة الحالات التي ينعقد فيها الإختصاص لقانون القاضي وكافة الحالات التي ينطبق فيها القانون في دائرة إقليمية معينة وبيان ذلك كالآتي:

(أ) إن الفقيه الإيطالي "مانشيني" وهو يقول بمبدأ شخصية القوانين (بمعنى إمتدادها) يورد على هذا المبدأ إستثناء يقضي بأن تكون القوانين المتعلقة بالنظام العام إقليمية لأنها لازمة للمحافظة على الدولة، ومثالها قوانين البوليس والأمن والقوانين الخاصة بالعقارات. أما الفقيه الفرنسي "بيليه" Pillet وهو معارض لفقه المدرسة الإيطالية، فإنه يعالج مشكلة تنازع القوانين بالنظر إلى الغرض الإجتماعي من القانون، وأن المصلحة التي يهدف إليها القانون إما أن تكون هي لحماية الفرد كالقوانين الخاصة بالأهلية وهنا يكون القانون ممتدا وإما أن تكون هي لحماية الجماعة، كالقوانين الخاصة بالعقارات وقوانين المرافعات وهنا يكون القانون إقليميا. وقد أطلق بيليه على القوانين التي يكون الغرض منها حماية الجماعة قوانين حماية الجماعة lois de garantie sociale أو قوانين النظام العام lois dordrepublic

فقوانين النظام العام عنده إقليمية ليست مقررة إستثناء وهو ما رآه مانشيني، بل مقررة بوصفها قاعدة تقف جنبا إلى جنب مع قاعدة امتداد القوانين التي يقوم الغرض منها على حماية الفرد، ولكن فيما عدا هذا الخلاف يتفق الفقيهان في إطلاق إصطلاح (قوانين النظام العام) على القوانين التي يريانها إقليمية[١١].

(ب) يذهب بعض الفقهاء، ممن لا يسلمون بأن الأصل العام هو إمتداد القوانين، إلى فكرة النظام العام لصياغة قاعدة إسناد للقوانين الإقليمية. فهم يطلقون إصطلاح "قوانين متعلقة بالنظام العام" على كافة الحالات التي ينطبق فيها قانون القاضي، وكافة الحالات التي ينطبق فيها القانون في دائرة إقليمية معينة، مثل قوانين الأمن المدني، والقوانين التي تبين مركز الأموال والقوانين التي تحكم المسئولية التقصيرية. وقد وضع هؤلاء الفقهاء مقابلة بين المادة ٣ فقرة ١ مدني فرنسي والتي تقضي بأن قوانين البوليس والأمن تسري على كافة من يسكنون إقليم فرنسا والمادة ٦ مدني فرنسي التي تقضي بأنه لا يجوز بالإتفاقات الخاصة مخالفة القوانين المتعلقة بالنظام العام والآداب، فكما أن فقهاء القانون المدني قد جروا إستناد إلى نص هذه المادة، على إطلاق القوانين المتعلقة بالنظام العام على كافة القوانين الآمرة، ومن هذا النص إستقوا تبرير كون هذه القوانين آمرة، فإن فقهاء القانون الدولي الخاص جروا أيضا على الإستناد إلى المادة ٣ المذكورة في تبرير كافة الحالات التي يطبق فيها قانون القاضي وأيضا الحالات التي يطبق فيها القانون في دائرة إقليمية معينة بفكرة النظام العام. فيكون هذا القانون وذاك من القوانين المتعلقة بالنظام العام... فعند هؤلاء الفقهاء يقوم النظام العام أساسا لإقليمية

[١١] راجع بيليه pillet ح١ فقرة ٣٦٠-٣٧، batiffol طبعة ٤ سنة ١٩٦٧ فقرة ٣٥٥، ويقال لدى الفقه أن مانشيني هو أول من إستخدم فكرة النظام العام في ميدان تنازع القوانين.

القوانين، ويكون الإختصاص الإقليمي للقوانين المتعلقة بالنظام العام إختصاصًا عاديًا (normale) ومبنيًا على قاعدة الإسناد ذاتها[١٢].

بعض الفقهاء الفرنسيين دعا إلى التفرقة ما بين النظام الداخلي أو النسبي أو الشخصي والنظام العام الدولي أو المطلق أو الإقليمي إستناداً إلى الفارق بين أثر تعلق القانون بالنظام العام في العلاقات الداخلية، وبين أثر تعلقه بالنظام العام في العلاقات الخاصة الدولية، بحيث يكون مفعول تعلق القانون بالنظام العام الداخلي هو عدم إستطاعة الأفراد الإتفاق على مخالفة أحكامه، ويكون مفعول تعلق القانون بالنظام العام الدولي هو تطبيقه في بلد القاضي أو في دائرة إقليمية معينة دونما الإلتفات إلى القانون الأجنبي، غير أن فريقًا منهم يرى أن تعلق القانون بالنظام العام في العلاقات الخاصة الدولية في بلد القاضي يؤدي إلى تطبيقه فيه حالاً محل القانون الأجنبي الواجب التطبيق أصلاً في النزاع المطروح على القاضي، بمعنى أن النظام العام يكون أساسًا إختصاص إستثنائي لقانون القاضي وليس أساسًا لإختصاص عادي له.

ثانيًا : إتخذ أصحاب مبدأ إمتداد القانون (بوصفة الأصل العام) وفريق من أصحاب مبدأ إقليمه القانوني (بوصفه الأصل العام) فكرة النظام العام أساسًا لصياغة قواعد الإسناد ومبرراً لجعل إختصاص القانون إقليميًا في بعض الحالات أو في أغلبها، وإستخدام فكرة النظام العام على هذا الوجه هو ما يراه رجال الفقه الفرنسي المعاصرون محلاً للنقد والمآخذ الآتية:

---

[١٢] راجع هذا النقد عند ليروبور بيجيونير Lerebours Pigeonniere في شرح القانون الدولي الخاص طبعة ١٩٥٤ فقرة٢٦٤ ، وأيضًا باتيفول Batiffol طبعة ١٩٦٧ فقرة ٢٥٥.

١) إن النظام العام فكرة غامضة لا تصلح بذاتها لتكون موضوع القانون أو الغرض منه، بل هي قد تتصل أحياناً بموضوعه وأحياناً أخرى بالغرض منه، وهذا هو ما حدا بالمشرع إلى أن يقول في المادة ٦ مدني المتقدمة "القوانين المتعلقة بالنظام العام"، ولم يقل قوانين النظام العام فليس بمجد في الحقيقة الإستناد إلى فكرة النظام العام، في بيان سلطان القوانين من حيث المكان وتقدير إقليمية القانون متى تعلقت بالنظام العام، ذلك لأنه توجد إعتبارات أخرى أكثر جلاء ودقة يمكن مراعاتها في تحديد هذا السلطان وتقدير إقليمية القوانين مثل موقع المال ومحل إرتكاب الفعل الضار[١٣].

٢) إن فكرة النظام العام كما استخدمها القضاء الفرنسي، أتخذت أساساً لتعطيل تطبيق القانون الشخصي الأجنبي كما أشرنا (وهو ممتد) كما إتخذت أساساً لتعطيل تطبيق القانون العيني الأجنبي أو قانون محل الفعل الضار الأجنبي (وهما إقليميان) وهي على هذا الوجه ليست أساساً لبيان سلطان القانون من حيث المكان، بل هي أساس لتعطيل القانون الأجنبي المختص في بعض الأحوال. وأن الذي غشى البصائر عند بعض رجال الفقه فحسبوا النظام العام أساساً لإقليمية القوانين، أنه كثيراً ما يندمج في قانون القاضي غيره من القوانين كما هو الشأن بالنسبة للعقار إذ أن القاضي المختص بالمنازعة فيه هو قاضي موقعه، كما أن القانون الذي يحكمه هو قانون موقعه، فيكون قانون القاضي هو عينة قانون موقع العقار.

٣) إن الذين عللوا إقليمية القوانين بفكرة النظام العام قد إستخدموا هذه الفكرة فوق ذلك لغرض آخر، ألا وهو تعطيل القانون الأجنبي الواجب التطبيق حسب

---

[١٣] راجع هذا النقد عند ليروبور بيجيونير Lerebours Pigeonniere في شرح القانون الدولي الخاص طبعة ٨ سنة ١٩٩٢ فقرة ٢٧٧.

قاعدة الإسناد في قانون القاضي، متى كان حكمه المطلوب الآخذ به في النزاع المطروح على القاضي "غير مقبول" في بلد القاضي، وهكذا صارت فكرة النظام العام مصدراً للخلط بين القانون الآمر (في العلاقات الداخلية) والقانون الإقليمي (في العلاقات الخاصة الدولية) ثم ما بين القانون المختص إختصاصًا عاديًا بحكم العلاقة (القانون الإقليمي) والقانون الذي يصير مختصًا إختصاصًا غير عادي بحكم العلاقة (قانون القاضي) لكون حكم القانون الأجنبي المختص إختصاصًا عاديًا بحكم هذه العلاقة (غير مقبول) في بلد القاضي، فوصفوا القانون الآمر والقانون الإقليمي وقانون القاضي (الحال محل القانون الأجنبي) بأنها قوانين متعلقة بالنظام العام.

٤) إن التفرقة ما بين النظام العام الدولي والنظام العام الداخلي هي تفرقة خادعة وخاطئة فهي خادعة لأن إصطلاح نظام عام دولي يحمله السامع على معنى نظام عام مشترك فيما بين الدول (ordre publique internationall commun) مع أن النظام في القانون الدولي الخاص يتميز بالوطنية، حقيقة أنه قد يتفق أن تكون مسألة معينة معتبرة من النظام العام في أكثر من دولة، ولكن هذا لا يتحقق إلا في أضيق الحدود، وهو على أية حال لا ينفي تميز النظام العام في جملته الوطنية، وهي أيضًا تفرقة خاطئة لأن ما يسمونه نظامًا عامًا دوليًا هو في الحقيقة نظام عام داخلي، فالنظام العام الدولي والنظام العام الداخلي هما (النظام العام للدولة) أو (النظام العام الوطني) ordre public national، مثل النظام العام الفرنسي، والنظام العام الفلسطيني، ولكن مقتضيات ذلك النظام العام ليست واحدة في العلاقات الداخلية، وفي العلاقات الخاصة الدولية، الأمر الذي يبين في مجال تطبيق فكرته وفي آثاره، وليست التفرقة ما بين النظام العام المطلق (المقابل

للدولي) والنظام العام النسبي (المقابل الداخلي) أوفر حظًا من سابقتها إذ أن النظام العام مطلق دائمًا[١٤].

٥) ترى الغالبية من رجال الفقه الفرنسيين المعاصرين أنه ليس ثمة ما يدعو إلى إعمال فكرة النظام العام في ميدان تنازع القوانين من حيث المكان لصياغة قواعد الإسناد، فهذه القواعد ترتكز على أسس أخرى غير النظام العام تفضله بالإنضباط والدقة، وإنما تبدو الحاجة ملحة لإعمال هذه الفكرة في هذا الميدان ليس لصوغ قواعد الإسناد وإنما لتعطيل تطبيق القانون الأجنبي الذي عينته هذه القواعد، متى كانت أحكامه غير مقبولة في بلد القاضي، ويأخذ إعمال هذه الفكرة صورة دفع هو "الدفع بالنظام العام".

ثالثًا : يصف الفقه النظام العام بالصفات الآتية بأنه وطني مستقل، نسبي وقضائي:

أ. **الصفة الوطنية للنظام العام** : ترتبط هذه الصفة بالطبيعة الوطنية للقانون الدولي الخاص وبالدور الحمائي الذي يلعبه النظام العام نفسه فالقانون الدولي الخاص هو في واقعه عمل من أعمال السيادة، فهو بتعريفه قانون يعالج علاقات فردية خاصة ذات طابع دولي، تنظر بها محاكم داخلية ويطبق الحل الذي يضعه النظام القانوني في الدولة. ففي كل دولة نظام قانوني متكامل يجمع قواعد للحل تسود مواضيع التنازع، والقاضي الداخلي يقوم بتطبيق تلك القواعد على العلاقات الخاصة الدولية، كما يقوم بتطبيق قواعد القانون الداخلي على العلاقات الداخلية المجردة، ينشأ عن ذلك أنه ليس هناك من قضاء مستقل أو متخصص للفصل في النزاعات الخاصة ذات الطابع الدولي، كما أن لكل دولة قانونها الدولي الخاص

[١٤] راجع في هذا Niboyet, Cours فقرة ٥٠٣، والمطول ٣٧ فقرة ١٠٢٠، Batiffol طبعة ٢ سنة ١٩٥٥ فقرة ٣٦٦، وهو يقترح إستعمال تعبيرين وهما النظام العام بمعناه في القانون الدولي الخاص والنظام بمعناه في القانون المدني الداخلي.

تضع قواعده وتهيمن عليه بقوانينها الداخلية، فليس هناك من مفهوم لنظام عام فوق الدول، وإنما هناك مفهوم خاص للنظام العام في كل دولة، قد توجد قواعد أساسية عامة بين الدول، أو قواعد موضوعة في معاهدات دولية، ولكن القضاء الداخلي، كما عبرت عن ذلك محكمة إستئناف باريس، يرفض البحث في نظام عام أرفع مرتبة ويسمو على القوانين الداخلية في كل دولة. فمثل هذا النظام العام غير معترف به من أي نظام قانوني وضعي، ويؤكد ذلك أن النظام العام الدولي يطرح فنيًا لإستبعاد القانون الأجنبي حماية لمجتمع قاضي النزاع، فالمسألة تتصل بمجرد دولة معينة وليس بالمجتمع الدولي ككل[١٥].

ب. **الصفة الاستقلالية للنظام العام:** وذلك لتميزه عن غيره من النظريات إما على مستوى نظرية التنازع، وإما على مستوى قواعد النزاع، فعلى مستوى نظرية التنازع، يطرح التميز نفسه من زاوية الإختلاف الجوهري بين النظرية وبين قواعد التطبيق المباشر. فقواعد التطبيق المباشر هي النقيض لنظرية التنازع، **الأولى** ترتكز إلى قواعد مادية تحكم النزاع مباشرة عندما تكون العلاقة هي من مجال تطبيقها. **الثانية** ترتكز إلى قواعد أداتية ترشد إلى القانون الذي يحكم النزاع عندما تخرج عن مجال قواعد التطبيق المباشر. الأولى تطرح إما قواعد مباشرة من أصل تعاهدي أو من إعداد مهني Lex Mereatoria أو من إعداد وطني، وإما قوانين مادية داخلية ذات تطبيق مباشر. بالنظام العام وإن يكن هو في أساس إعمال القوانين الوطنية ذات التطبيق المباشر إلا أنه نظام عام متشدد، مانع أو

[١٥] غير أن محكمة باريس بقرارها في ١٩٨٤/١٠/٣ قررت صراحة "أن أمن العلاقات التجارية والمالية الدولية يفترض الإعتراف بنظام عام، وإن لم يكن عالميًا، فعلى الأقل عام بالنسبة إلى مختلف الأنظمة القانونية التي تحمي مصالح الأسخاص المشاركين في حياة شركات الأموال". App paris 1:ch sect.A.30 oct 1984 chunet 1986 p.156.et.Rev. crit 1985 p.526.

واقي مما يجعل تطبيبق تلك القوانين مباشرة مسألة ضرورية وأساسية دون مقارنة أو مفاضلة بحيث يحدث مسبقًا كل إمكانية لتطبيق القانون الأجنبي، والنظام العام في نظرية التنازع يستبعد لاحقًا بعد إعمال قواعد النزاع تطبيق القانون الأجنبي، فهناك إمكانية دائمة في تطبيق ذلك القانون إلا أن تطبيقه يصبح أمرًا نافرًا عندما يخالف مضمونه قواعد أساسية في المجتمع، فالنظام العام في مجال العلاقات الخاصة الدولية يختلف عن نظرية التحايل في الأسس، نظرية التحايل على القانون هي إحدى تطبيقات قاعدة محاربة الغش في مختلف صوره، فالغش يفسد كل تصرف، والمسألة في التحايل تتصل بتغيير مصطنع لعنصر التعيين في قاعدة النزاع، وذلك للوصول إلى نتيجة لم يكن بالإمكان تحقيقها لولا ذلك التغيير كما أن الغاية من طرح هذه النظرية لا تتصل بحماية مصلحة أساسية في المجتمع وإنما بمحاربة التحايل بحد ذاته، بينما النظام العام ينطلق في أعماله بالسريان الطبيعي لقاعدة النزاع، فليس هناك من تحايل، ولكنه يهدف إلى حماية تلك المصلحة العليا برفض تطبيق أي قانون يتعارض مطلقًا مع قواعد أساسية في المجتمع ومن جهة أخرى يلاحظ في التحايل أنه يقوم في الأساس على النظرة الوضعية الخاصة لأطراف العلاقة والبحث في النية الكامنة لهم، بينما في النظام العام النظرة هي موضوعية تقوم على مدى التعارض بين مضمون القانون الأجنبي والقواعد الأساسية لقاضي النزاع.

ج. **الصفة النسبية للنظام العام:** يرتكز النظام العام كما أشرنا سابقًا على القواعد الأساسية التي يقوم عليها مجتمع ما، سياسية أو إقتصادية أو إجتماعية أو إلى سياسية تشريعية أساسية يسعى المشرع إلى تحقيقها ففي نواه أي من هذه المرتكزات يكمن مفهوم نسبي يصعب ضبطه، ليس بين الدول فحسب وأنها أيضًا في الدولة الواحدة. فطالما أن العقلية العامة والشعور العام في أي مجتمع هي

مسائل متحركة ونسبية فإن النظام العام وليد تلك العقلية وذلك الشعور وإن كان موضوعيًا يبقى أيضًا متحركًا ونسبيًا، فرغم أن بعض المحاكم العليا في الدول المختلفة تطلق في التحديد للنظام العام على أساس أنه التعبير عن مبادئ العدالة الشاملة التي ينظر إليها على أن لها قيمة مطلقة[١٦]. إلا أن الواقع يعكس ثابتًا أساسيًا هو أن المعطيات التي تتجاوز الحدود وتشكل مفاهيم عالمية هي معطيات محدودة ومقيدة، كما أن تحديد مضمون هذه المفاهيم ومحتواها قد يبرر مسائل خلافية، فالنظرة تختلف بإختلاف المجتمعات، حتى ضمن الجماعة الواحدة... فعندما يكون الشعور العام في الأمة منقسمًا حول الموضوع الواحد، وعندما تكون السياسة التشريعية أو التقنية القانونية موجهة بإرادة الأشخاص أو السلطة، فان النقاط البارزة في النظام العام تصبح مشتتة. ومن هنا الصعوبة في حالات تتعارض مع النظام العام في دولة تتعدد فيها الشرائع والطوائف حول المسألة القانونية الواحدة أمام صعوبة بروز نقاط إلتقاء أو تجانس.

النسبية على مستوى المكان والزمان :

ويعني ذلك أن ما يعتبر مخالفًا للنظام العام في دولة معينة لا يعد كذلك في دولة أخرى وما يصطدم بالنظام العام في داخل نفس الدولة في فترة معينة قد لا يعد أمرًا مخالفًا للفكرة في وقت آخر، وتحديد دائرة النظام لا يكون إلا في أمة معينة، وفي جيل معين[١٧].

---

[١٦] راجع محكمة النقض الفرنسية ١٩٤٨/٥/٢٥ J.C.P. ١٩٤٩ . ١١ . ٤٥٩٣ سيرى ١٩٤٩ .p.١ ٢١. واللوز ١٩٤٨,٢. ص ٥٦، المجلة الإقتصادية للقانون الدولي الخاص سنة ١٩٤٩ ص٨٩.

[١٧] راجع د. عبد الرازق السنهوري – الوسيط ح١ ص٤٣٧.

ففي فرنسا مثلاً يلاحظ أنه في الوقت الذي يعد فيها القضاء حكمه في النزاع إعمالاً لهذه القاعدة في مادة الطلاق، فما كان يعتبر مخالفًا للنظام العام الفرنسي قبل سنة ١٨٨٤ تطبيقًا لقانون أجنبي ينص عليه لم يعد كذلك بعد هذا التاريخ. فقد إعتبرت محكمة النقض الفرنسية بأن القوانين الأجنبية التي لا تعترف إلا بأحد السببين المنصوص عليهما في القانون الفرنسي لقطع الحياة الزوجية المشتركة (الطلاق أو الفصل بين الزوجين) لا تخالف النظام العام الفرنسي. وإن كانت نفس المحكمة قد قضت بتطليق أحد الفرنسيين بزواجه من أجنبية رغم أن الإقامة الزوجية لم تكن في فرنسا وهو ما يجهلها من حيث المبدأ غير خاضعين للقانون الفرنسي. ونفس الحكم في مادة البنوة ومادة النفقة، غير أن إطلاق هذه القاعدة والتي تسمى عصرانية النظام العام قد يؤثر سلبًا في مسألة إكتساب الحقوق الشخصية (حق الدائنية) عندما لا يتعارض تكون الحق، في لحظة تكوينه، مع مفهوم النظام العام، فكل تغير لاحق في ذلك المفهوم لا يقتضي أن ينعكس إيجابًا وبمفعول رجعي على صحة تلك العلاقة التي تكونت معيبة منذ البداية، ولكن هل يقتضي التوسع في هذا الحل ليشمل العلاقات القانونية الأخرى التي تتكون في ظل القانون..؟؟.

د. **الصفة القضائية للنظام العام:**

وهي مسألة ترتبط بطبيعة ومفهوم النظام العام مكونة فكرة وظيفية تبتعد عن كل تحديد، ومتغيرة تختلف في الزمان والمكان، يعطي القضاء الدور المحرك لذلك المفهوم، فإذا كان القانون قد إكتفى في مواد متفرقة بالنص على النظام العام إما كقيد على حرية التعاقد، وإما كشرط لمنع الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي. أو لإعطاء الصيغة التنفيذية للسندات الأجنبية القابلة للتنفيذ وبالنسبة للمعاهدات يكرس القانون فكرة النظام العام كقيد على قضاء الدول المتعاهدة بإستبعاد الأحكام

الموضوعية التي تتضمنها المعاهدات الدولية للفصل في المنازعات التي تلحظها بشكل مباشر، أو كمعطل لقواعد النزاع الموحدة التي تتضمنها تلك المعاهدات. ولكن يبقى أن وضع معيار عام يتحدد على أساسه الحالات التطبيقية للنظام العام هو مسألة غير واقعية، وعلى ضوء ذلك المفهوم وحقائقه المشار إليها، إذ ليس من الضروري دائمًا أن يكون النص متعلقًا بالأسس التي يقوم عليها كيان المجتمع السياسي أو الإقتصادي أو الخلقي ليكون بالتالي متعلقًا بالنظام العام، فمفهوم النظام العام مفهوم نسبي كما تبين، يستدل عليه بالقياس من أوضاع قريبة أو مماثلة.

فمن الواقع بمكان ترك الأمر للعمل القضائي يقدر حالات إعمال النظام العام وأبعاده من خلال الحالات التي تعرض عليه كلاً على حده، فيما إذا كان حكم القانون الأجنبي يتعارض مع النظام العام في دولته أم لا، مع الإشارة إلى أن ترك التقدير للقضاء لا يعني ذلك أن يكون مبنيًا على أراء شخصية ذاتية للقاضي وإنما على أساس موضوعي فيخضع

في تقديره لرقابة المحكمة العليا، الذي يبرر دورها في توحيد النظرة وضبط كل تجاوز، فالمحكمة العليا تعترف لنفسها بحق التحقق مما إذا كان قضاء الأساس قد أحسن أو أساء التطبيق في تفسيره للقانون الوطني ومقتضيات النظام القانوني. وذلك من خلال مراقبة عناصر القرار المطلوب نقضه، فالمسألة كإستثناء وكمعطل لإعمال نظرية تنازع القوانين بعدم تطبيق القانون الذي أشارت بتطبيقه ومن هنا ضرورة التشدد في إستنتاج الحالات التطبيقية للنظام العام والتشدد في مراقبة حالات ذلك التطبيق[١٨]. والجدير بالذكر أن قاضي الموضوع في إعماله

[١٨] راجع د. هشام علي صادق، دراسات في القانون الدولي الخاص المرجع السابق ص٢٧٤ وما بعدها.

للنظام العام يتبع أسلوبًا معينًا، فمركز النظام العام في نظرية تنازع القوانين هو منع تطبيق القانون الأجنبي الذي يتعارض قطعيًا مع قواعده، من هنا تتضح طريقة التقدير – تطبيق القانون الأجنبي – مرحلة أولى إصطدام هذا التطبيق بالنظام القانوني لقاضي النزاع (المرحلة الثانية) فلا يتسرب إلى هذا النظام إلا ما كان مقبولاً.

المبحث الثالث

أساس الدفع بالنظام العام وشروط إعماله وآثاره

أولاً: أساس الدفع بالنظام العام:

بدايةً وكما نعلم، إن تنازع القوانين الذي يعد من موضوعات القانون الدولي الخاص إنما هو التنازع فيما بين قوانين دول يقوم على المبادئ المسلمة في الدول التي تضمنها الجماعة الدولية وإن الصلة التي تحمل المشرع الوطني على السماح بتطبيق القانون الأجنبي هي إعتبار حاجة المعاملات الدولية، وإعتبار العدالة، الفقيه الألماني سافيني الذي مهد لفقه في تنازع القوانين بفكرة الإشتراك القانوني، التي تعني أن البلاد التي تربطها وحدة الثقافة القانونية والفكر القانوني، يرى أن فكرة العدالة لدى هذه البلاد تكون واحدة، وهذا الإشتراك القانوني هو وليد التطور التاريخي، رجال الفقه إلتقطوا هذه الفكرة وإتخذوا منها أساسًا للدفع بالنظام العام. عليه ينهض وبه يتمدد المجال الذي يعمل فيه المشرع الوطني وهو يسمح بتطبيق القانون الأجنبي مراعاة لحاجة المعاملات الدولية وإعتبار العدالة، إنما يسمح بتطبيقه مقدراً توافر الإشتراك القانوني ما بين هذا القانون والقانون الوطني. فإذا ما اتضح للقاضي الوطني أن حكم القانون الأجنبي الواجب التطبيق، حيث قاعدة الإسناد في قانونه، في النزاع المطروح عليه في حالة (عدم توافق مطلق) – أي عدم إشتراك قانوني – مع أحكام قانونه، امتنع عن تطبيق ذلك الحكم وطبق في

النزاع قانونه، لأن هذا الحكم يكون غير مقبول في قانونه (قانون القاضي) ولا شك أن حركة التقنين ونشاطها في القرنين التاسع عشر والعشرين وإختلاف التيارات الخلقية والإجتماعية والإقتصادية والسياسية التي يتأثر بها المشرع عند وضع التشريع من دولة إلى دولة، من شأنها إمكان إختلاف القواعد القانونية من دولة إلى أخرى، وهو ما من شأنه إمكان تحقق (عدم الإشتراك القانوني)، ما بين قانون الدولة وقانون دولة أخرى مما يوجب إعمال فكرة النظام العام، وأكثر ما يكون الخلاف ما بين قوانين مختلف الدول هو بالنسبة للمسائل الوثيقة الصلة بنظام المجتمع في الدولة، مثل روابط الأسرة والميراث[١٩]، وإنه لمما يساعد على تحرك هذه الفكرة أن المشرع الوطني في البلدان المختلفة وهو يسند إلى القوانين الأجنبية لا يتناولها واحدًا واحدًا باحثًا عن الأفكار الخلقية والإجتماعية والإقتصادية والسياسية التي ينهض عليها كل منها ليقرر مدى تعارضها أو توافقها مع الأفكار التي ينهض عليها القانون الوطني ليرفض السماح بتطبيقها في الحالة الأولى، وليسمح بتطبيقها في الحالة الثانية، بل إنه يسند إلى تلك القوانين مسائل قانونية معينة متى قضت بذلك حاجة المعاملات الدولية، وإعتبار العدالة دون النظر إلى أحكام هذه القوانين في مختلف الدول، ولذلك فإن تعارض هذه الأحكام مع قانون القاضي لا يتضح إلا عندما يطلب من القاضي تطبيقها في نزاع معين[٢٠]، على أن توافر الإشتراك القانوني ما بين عدة دول ليس معناه تماثل النظم القانونية المقررة فيها، وإلا لاختفت مشكلة النظام العام من البحث فقد يتوافر هذا الإشتراك فيما بين

---

[١٩] راجع نبوييه Niboyet ج٢ – المطول فقرة ١٠٢٢ والمختصر فقرة ٤٤٩، باتيفول طبعة ٤ سنة ١٩٦٧ فقرة ٢٥٨، ليروبورو بيجنيونير سنة ١٩٤٤ فقرة ٢٦٩، بارتان ج١ فقرة ٩٤، سافيني فقرة ٢١٨ .

[٢٠] راجع لربور بيجتوير المرجع السابق Lerebours Pigeonniere.

قوانين دول معينة رغم وجود قدر من الإختلاف فيما بين أحكامها مما يمكن معه أن يطبق القاضي القانون الأجنبي رغم إختلاف حكمه مع قانونه في النزاع المطروح عليه. ومن جهة أخرى ليس من الضروري أن يكون عدم الإشتراك القانوني ما بين دولتين شاملاً لكافة النظم القانونية فهو قد يتحقق بالنسبة لمسألة أو مسائل معينة دون غيرها. فقد ينعدم الإشتراك القانوني ما بين دولتين في أحكام الزواج مثلاً، بينما يتوافر الإشتراك القانوني فيما بينهما في أحكام البنوة الطبيعية.

ثانيًا: مجال إعمال الدفع بالنظام العام:

على ضوء ما تقدم من أن النظام العام ينهض على فكرة الإشتراك القانوني، ولما كان توافر هذا الإشتراك من عدم توافره بين دولتين يتوقف على ما يجري في كل منهما من التيارات الخلقية والإجتماعية والإقتصادية والسياسية، فإنه من المتعذر أن تحصر مقدمًا حدود المجال الذي يعمل فيه هذا الدفع وعليه كان من غير المجدي أن تقسم القوانين مقدمًا إلى قوانين متعلقة بالنظام العام، وأخرى غير متعلقة به، مادامت هذه التيارات جميعًا في حالة تغير، بعبارة أخرى مادام هذا النظام متغيرًا على مر الزمان، لذلك يلاحظ أن الغالبية من رجال الفقه في فرنسا ترى ترك أمر تحديد مجال إعمال هذا الدفع بيد القاضي، وترى الإكتفاء بمعيار مجرد يهتدي به القاضي، وهو عندهم (المصالح العليا للدولة) interets vitaux، أو المصلحة العامة العليا للدولة فتعارض أحكام القانون الأجنبي مع هذه المصلحة هو الذي يدعو النظام العام لمواجهته، ومن جهة أخرى وفيما يتعلق بمسألة الصياغة القانونية، فالملاحظ أن الفقه على خلاف بشأنها، فإذا تعارضت أحكام القانون الأجنبي مع قانون القاضي من حيث كون النظام القانوني الوارد في القانون الأجنبي مجهولاً في قانون القاضي، أو مبنيًا أساسًا على وجه غير الوجه المبني عليه في الثاني. فرأى

بعض الفقه أن هذا الأمر داخلاً في مجال إعمال الدفع بالنظام العام[٢١]، بينما رآه البعض الآخر غير داخل في هذا المجال، لأن عدم إمكان تطبيق القانون الأجنبي في هذه الحالة في الحقيقة هو التعذر من حيث الصياغة tecnique

وبعبارة أخرى مرجعه كون القانون الأجنبي (غير مقبول التطبيق شكلاً) وهو ما يوجب تطبيق قانون القاضي بناءً على قاعدة إسناد إحتياطية في قانونه[٢٢]، وإذا ما أخذنا بهذا الرأي الثاني – إقتصر مجال الدفع بالنظام العام على حالات تعارض القانون الأجنبي مع قانون القاضي المبنية على الملائمة - oppertunite .

ثالثًا: شروط إعمال الدفع بالنظام العام:

يفترض إعمال الدفع بالنظام العام أن يكون قانون أجنبي واجب التطبيق وفق قاعدة الإسناد في قانون القاضي، وهذا هو أول شرط من شروط إعمال هذا الدفع[٢٣]، أما الشرط الثاني فهو أن يتوافر مقتضى من مقتضيات النظام العام (exigenced) يستدعي الإمتناع عن تطبيق أحكام القانون الأجنبي الواجب التطبيق. وقد قدر بعض الفقهاء أنه يمكن تحديد هذه المقتضيات مقدمًا وتقسيم القوانين إلى متعلقة بالنظام العام وغير متعلقة به، وذلك خوفًا من تحكم القاضي، إلا أن هذا التقدير لم يلق النجاح[٢٤]، كما فشلت في سبيل تحقيق هذه الغاية جهود المؤتمرات الدولية

---

[٢١] ح٢ المطول فقرة ١٠٢٢، والمختصر فقرة ٥٠١.

[٢٢] طبعة سنة ١٩٥٤ Lerobours pigeonniere فقرة ٢٦٩ وكذلك طبعة ٨ سنة ١٩٦٢.

[٢٣] راجع نبوييه Niboyet المطول ح٣ فقرة ٢٦٩ وكذلك طبعة ٨ سنة ١٩٦٢.

[٢٤] من ذلك ما قام به الأستاذ pillet في وضع قائمة بقوانين النظام العام ح١ فقرة ٢٧، وقد سماها قوانين حماية الجماعة، وهو ما نقده الأستاذ نبوييه ح٣ فقرة ١٢٠٤.

وأخصها مؤتمر القانون الدولي[٢٥]، والذي إستقر عليه الفقه والقضاء هو أن مقتضيات النظام العام تختلف كما أشرنا سابقًا باختلاف المكان، وهي متغيرة على الزمان، فقد يكون الطلاق جائزًا في دولة وغير جائز في أخرى، وقد يكون التطليق جائزًا في دولة وغير جائز أو محظوراً في دولة أخرى. كما قد تكون أسباب التطبيق في دولة غيرها في الدول الأخرى، ومرجع كل ذلك هو إختلاف مقتضيات النظام العام من دولة إلى أخرى، وقد يحدث هذا الإختلاف في المقتضيات المتعلقة بالنظام العام في الدولة الواحدة من زمان إلى زمان فقد يكون التطليق محظوراً فيها في وقت ما، ثم يتقرر جوازه في وقت آخر. لذلك يرى الفقه أن النظام العام تسوده "فكرة المعيار" والمعيار هو كما أشرنا المصلحة العامة العليا، وهو معيار موضوعي كما تسوده أيضًا "فكرة النسبية" لذلك لا يمكن تحديد دائرة النظام العام إلا في أمة معينة وفي جيل معين[٢٦]، وقد أشرنا إلى ذلك سابقًا، وبناءً عليه فإنه لا محيص من أن يترك تحديد مقتضيات النظام العام بيد القاضي يقدرها وقت المنازعة au moment du litige [٢٧]، على أن يتحرر من إحلال آرائه

---

[٢٥] حاول مؤتمر القانون الدولي الخاص الذي إنعقد بلاهاي وضع إتفاقيات خاصة ببعض الموضوعات كموضوع المواريث إلا أن المؤتمرين لم يوفقوا في حصر وتعداد ما يتعلق بالنظام العام ومالا يتعلق به يراجع نبوييه Niboyet – المرجع السابق فقرة ٥٠٧.

[٢٦] راجع في ذلك السفهوري الوسيط فقرة ٢٢٨، بارتان Bartin ح١ ص٥٨، Niboyet ح٣ فقرة ١٠٢٠.

[٢٧] راجع ليربيور بييجيونير المرجع السابق الذي جاء بحكم محكمة النقض الفرنسية في ٢٤ مارس ١٩٤٤، إن تعريف النظام العام يتوقف إلى حد كبير على الفكرة التي تكون لها الغلبة في مختلف الأوقات.

الخاصة في العدل الإجتماعي محل ذلك التيار الجامع للنظام العام أو الآداب، فالواجب يقتضيه أن يطبق مذهبا عاما تدين به الجماعة بأسرها لامذهبا فرديا خاصا[٢٨]، وتقدير القاضي توافر مقتضيات النظام العام هو مسألة قانونية تخضع لرقابة المحكمة العليا[٢٩]، ويرى الفقه أن الدفع بالنظام العام دفع عام exceptio "generalis في القانون الدولي الخاص[٣٠].

النظام العام والقانون الأجنبي الواجب التطبيق باتفاق دولي:

قد يحدث أن تعقد معاهدة بين دولتين أو أكثر، ويتفق فيها على قواعد إسناد معينة، يكون من شأنها تطبيق القانون الأجنبي. وإذا فرض أن طرح نزاع ما لدى قاضي إحدى الدول المتعاقدة وكان القانون الواجب التطبيق حسب المعاهدة هو قانون دولة أخرى متعاقدة، واتضح له أيضا أن حكم القانون يتعارض مع النظام العام في بلد القاضي، فماذا يكون الحل.. ؟؟ إذا اتفق في المعاهدة على أن تطبيق القانون الأجنبي مقيد بمقتضيات النظام العام في الدولة المتعاقدة، فلا صعوبة في الأمر، ويكون لقاضي كل دولة من الدول المتعاقدة أن يمتنع عن تطبيق القانون الأجنبي

---

[٢٨] أنظر في ذلك المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري في مجموعة الإعمال التحضيرية ح٢ ص٢٢٢

[٢٩] يرى الفقه أن القاضي في هذه الحالة يكاد يكون مشرعا في هذه الدائرة المدنية دائرة النظام العام بل هو مشرع يتقيد بآداب عصره ونظم أمته الأساسية ومصالحها العامة، السنهوري المرجع السابق فقرة ٢٢٨، وأنظر أيضا ليربيور بييجيونير وباتيفول ونبوييه المراجع السابقة، وكذلك Savatie فقرة٢١٨ محكمة النقض المصرية في رقابتها على مقتضيات النظام العام ٥إبريل ١٩٦٧ مجموعة المحكمة س١٨ عدد٢ ص٧٩٨

[٣٠] أنظر بول لاجارد Paul Lagarde في مؤلفه "أبحاث في النظام العام في القانون الدولي الخاص" المرجع السابق سنة ١٩٥٩ ص١١ وما بعدها.

(قانون إحدى الدول المتعاقدة، متى تعارض مع النظام العام في بلده، وقد تحققت هذه الصورة في بعض المعاهدات. مثل معاهدة المودة والصداقة بين مصر وتركيا الموقعة في في ١٧ إبريل سنة ١٩٣٧ إذا جاء في الفقرة الثانية من المادة ومنها وتلزم محاكم كل من الطرفين المتعاقدين بأن تطبق في مسائل الأحوال الشخصية القانون الأهلي الخاص بالمتقاضين، مع عدم الإخلال بالقواعد المتعلقة بالنظام العام ويرى الفقه أن ليس ثمة ما يمنع من الاتفاق في المعاهدة على أن تطبيق القانون الأجنبي حسب أحكامها لا يتعطل بالدفع بالنظام العام، أما حالة ما تقضى المعاهدة بتطبيق القانون الأجنبي، ويكون غير منصوص بها في الإحتفاظ بمجال إعمال الدفع بالنظام العام أو عدم الإحتفاظ به. هنا يرى الفقه أن سكوت المعاهدة في هذه المسألة أو النص على تطبيق القانون الأجنبي ليس من شأنه أن تلزم الدولة بتطبيق القانون الأجنبي حتى في حالة تعارض أحكامه مع النظام العام فيها، بل أنه يكون لقضائها في حالة تحقق هذا التعارض الإمتناع عن تطبيق هذه الأحكام[٣١].

رابعًا : آثار الدفع بالنظام العام:

يفرق رجال الفقه فيما يتعلق بآثار الدفع بالنظام العام ما بين فرضين – أولهما – أن يثار الدفع أمام القاضي بشأن علاقة تمت في بلده. – وثانيهما – أن يثار الدفع أمام القاضي بشأن علاقة تمت في الخارج ويراد التمسك بآثارها في بلده، وبعبارة أخرى أن يثار الدفع بشأن حق أكتسب في الخارج.

الفرض الأول: أثر الدفع بالنظام العام – بشأن علاقة نشأت في بلد القاضي : في هذه الحالة يتم إستبعاد تطبيق القانون الأجنبي كأثر للدفع بالنظام العام، ولكن هل

[٣١] أنظر Niboyet ح٢ فقرة ١٠٢٦ وخاصة ص٥٢٢،٥٢٤ . Batiffol طبعة ٢ سنة ١٩٥٥ فقرة ٢٦٤.

يتم إمتداد أثر هذا الدفع فوق ذلك إلى تقرير إحلال Substitution قانون القاضي محل القانون الأجنبي المستبعد..؟؟ الجواب على ذلك هو أن التعارض ما بين القانون الأجنبي والنظام العام في بلد القاضي الذي يبرر إستبعاد القانون الأجنبي إما أن يأتي من ناحية جواز القانون الأجنبي آمرًا لا يقره النظام العام في بلد القاضي، وإما أن يأتي من ناحية أن يمنع القانون الأجنبي آمرًا ويكون هذا المنع مخالفًا للنظام العام في بلد القاضي لذلك رأى بعض الشراح أنه في الحالة الأولى يقتصر أثر الدفع على إستبعاد القانون الأجنبي، ويكون هنا الأثر إذن أثرًا سلبيًا، وأنه في الحالة الثانية يكون من أثر الدفع، فوق إستبعاد القانون الأجنبي، إحلال قانون القاضي محله ليحكم العلاقة، ويكون هذا الأثر إذن أثرًا إيجابيًا[٣٢]، وقد رأى البعض الآخر منهم – وهو المرجع لدى الفقه – أن إستبعاد القانون الأجنبي يستتبع في الحالتين إحلال قانون القاضي محل القانون الأجنبي، وذلك لأنه متى إستبعد القانون الأجنبي تعيين إخضاع العلاقة لقانون آخر غيره، وهو بالضرورة قانون القاضي، ويكون أثر إحلال هذا القانون في الحالة الأولى هو بطلان العلاقة بطلانًا

[٣٢]قال بالتفرقة بين الأثر السلبي والأثر الإيجابي للدفع بالنظام العام الأستاذ Niboyet في كتابه المختصر في القانون الدولي الخاص سنة ١٩٩٨. وفي كتابه المطول ح٣ فقرة ١٠٤٢ وهامش ص٥٦٥. إلا أنه في طبعة ١٩٤٤ عدل عن إستعمال هذين الإصطلاحين، لأن إصطلاح أثر سلبي قد يؤدي إلى سوء الفهم إذ يشعر أن النظام العام لا يحدث أثرًا ما في حالة ما يكون القاضي الأجنبي يحبذ أمرًا يمنعه النظام العام في بلد القاضي، ولأن حقيقة المراد بهذا الإصطلاح هو بيان أن أثر النظام العام في هذه الحالة هو رفض reget القانون الأجنبي دون إحلال قانون القاضي محله. غير أنه في كتابه دروس في القانون الدولي الخاص طبعة ١٩٤٧ يقرر بأنه متى إستبعد القانون الأجنبي وجب تطبيق قانون القاضي آخذًا بمبدأ إقليمية القانون الذي يجعلها الأصل العام في سلطان القانون من حيث الزمان راجع ص٥١٦ وخاصة ٥١٧.

مطلقًا، وكل ما في الأمر أن هذا البطلان قد لا يكون مقرراً صراحة في قانون القاضي بل مفهومًا ضمناً، مما يحمل على الظن بأن هذا القانون لا ينطبق في هذه الحالة بعد إستبعاد القانون الأجنبي، أما أثر إحلال قانون القاضي محل القانون الأجنبي في الحالة الثانية فهو أن يحكم الأول إنشاء العلاقة. مثال ذلك: عندما يطرح أمام القضاء الفلسطيني نزاع ما، وإتضح للقاضي أن أحكام القانون الأجنبي الواجب التطبيق حسب قاعدة الإسناد في القانون الفلسطيني تتعارض مع النظام العام الفلسطيني، استبعد القانون الأجنبي وأحل محله القانون الفلسطيني، فإذا كان القانون الأجنبي يجيز أمر يتعارض مع النظام العام الفلسطيني، كما لو أجاز زواج المسلمة بغير المسلم أو سوى ما بين الابن والبنت المسلمين في الميراث (بالنسبة للمسلمين) أو أجاز التوراث فيما بين المسلم وغير المسلم أو فيما بين القاتل والمقتول، استبعد القاضي القانون الأجنبي وطبق القانون الفلسطيني وهو يقضي ببطلان زواج المسلمة بغير المسلم، ويجعل ميراث الذكر مثل حظ الأنثيين، ويمنع التوارث ما بين المسلم وغير المسلم ويمنع القاتل من أن يرث المقتول.. وإذا اتضح للقاضي الفلسطيني أن القانون الأجنبي يمنع أمراً، ويكون هذا المنع مخالفاً للنظام العام الفلسطيني، كمنع الزواج المبني على الجنس أو اللون، ومنع الزواج المسلم من الطلاق، استبعد القانون الأجنبي وطبق القانون الفلسطيني، وهو يقضي بصحة الزواج وعدم الاعتداد بمانع الجنس أو اللون، كما يقضي بصحة الطلاق الواقع من الزوج المسلم. وقد أشرنا سابقاً أن استبعاد وتطبيق القانون الأجنبي وإحلال قانون القاضي محله لا يكون بالضرورة عامًا شاملاً بالنسبة للعلاقة المطروح النزاع فيها لدى القاضي، بل يكون في الحدود اللازمة للمحافظة على مقتضيات النظام العام، وعلى ذلك إذا طرح لدى القاضي الفلسطيني نزاع في زواج مسلمة بغير مسلم استبعد القاضي القانون الأجنبي الذي يقضي بصحة الزواج وأحل محله القانون

الفلسطيني وهو يقضي ببطلان الزواج. وهما استبعاد وحلول شاملان للعلاقة برمتها، إذ أن النظام العام الفلسطيني يستلزم عدم قيام هذه الرابطة أصلا، وإذا طرح لدى القاضي الفلسطيني نزاع في تصرف قانوني يتضمن شرط الذهب" مثلا وكان القانون الأجنبي الذي يحكم هذا التصرف يجيز هذا الشرط استبعد القاضي حكم القانون الأجنبي فيما يتعلق بالشرط وطبق بشأنه القانون الفلسطيني وقضي ببطلانه، ويظل التصرف فيما عدا ذلك محكوما بالقانون الأجنبي. " الاستبعاد الجزئي للقانون الأجنبي"[٣٣].

الفرض الثاني: أثر الدفع بالنظام العام بمناسبة التمسك في بلد القاضي بحق إكتسب في الخارج.

أثير هذا الفرض لدى الفقه والقضاء في فرنسا[٣٤]، وهو يقوم على أن أثر الدفع بالنظام العام ليس دائما واحدا بصدد إنشاء الحق في بلد القاضي، بصدد التمسك في

---

[٣٣] راجع رأي الأستاذ Lerebours Pigeonniere في هذه المسألة طبعة ١٩٥٤ فقرة٢٧١، ويخالفه في هذا النظر الأستاذ Loussouran طبعة ١٩٦٢ فقرة ٣٨١، حيث يرى أن إحلال قانون القاضي محل القانون الأجنبي لا يكون جزئيا عند تعارض مع النظام العام في بلد القاضي، بل أنه يكون إحلالا شاملا، لأن من شأن الإحلال الجزئي هدم وحدة الإختصاص التشريعي بحكم العلاقة الإسناد نبوييه Niboyet يؤيد فكرة الإستبعاد الجزئي فيقول"يستبعد القانون الأجنبي بالقدر الذي يلزم لحماية مقتضيات النظام العام وفيما عدا هذا القدر تظل العلاقة محكومة بالقانون الأجنبي وقد يستبعد القانون الأجنبي برمته إذا ما إقتضى النظام العام ذلك. ح٣ فقرة ١٠٤٣،١٠٤٦، وراجع في تحول محكمة النقض الفرنسية تدريجيا من الإجلال الشامل لقانون القاضي محل القانون الأجنبي إلى الإحلال الجزئي، J.c1, dr. int vol, ٥٣٤,٣ B. ص٣١.

[٣٤] راجع Niboyet, Cours فقرة ٥٢٠ والمطول ح٣ فقرة ١٠٥٠، Batiffol طبعة ٤ سنة ٩٦٧ فقرة ٣٦٧، محكمة السين في ٢٢ أكتوبر سنة ١٩٥٦ "المجلة الإقتصادية سنة ١٩٥٨ ص ١١٩ وإقرأ تعليق باتيفول على هذا الحكم، راجع حكم محكمة "روان" الصادر في ٢٠ مارس سنة

هذا البلد بحق أكتسب في الخارج، ففي مرحلة إنشاء الحق يبحث القاضي فيما إذا كان هذا الإنشاء يتعارض مع مقتضيات النظام العام أم لا يتعارض معها. أما إذا كان المطروح أمام القاضي هو الاحتجاج بحق اكتسب في الخارج، فالذي يبحثه القاضي هو هل نفاذ الحق أي التمسك بآثاره يتعارض مع النظام العام في بلده أم لا يتعارض. فالأمر لدى الفقه في الحالتين ليس على سواء، فقد يكون إنشاء الحق في بلد القاضي مخالفا لمقتضيات النظام العام فيه، ومع ذلك فانه لو نشأ هذا الحق عينه في الخارج وأريد التمسك بآثاره في بلد القاضي لما عد نفاذه متعارضا مع هذه المقتضيات، وذلك عندما يكون التعارض بين القانون الأجنبي والنظام العام في بلد القاضي في مرحلة إنشاء الحق مبناه أن الإجراءات أو الظروف الواجب توافرها لإنشاء الحق هي التي تتعارض مع النظام العام، فإذا ما تمت هذه الإجراءات وتوافرت هذه الظروف في الخارج ونشأ الحق هناك وأريد التمسك به في بلد القاضي، لما وجد مقتضى يحرك الدفع بالنظام العام. وعلى ذلك فإنه وإن كان لا يجوز في فرنسا للأجانب أن يتزوجوا زواجا دينيا، لأن الزواج فيها نظام مدني، إلا انه إذا ما تم في الخارج زواج ديني وكان هذا الزواج هو الشكل المحلي، أمكن الاحتجاج به في فرنسا، وقد أخذت المحاكم الفرنسية بالتفرقة بين أثر الدفع بالنظام العام في مرحلة إنشاء العلاقة في فرنسا وبين آثره في مرحلة التمسك فيها بعلاقة تمت في الخارج في مسألة التطليق. ذلك أن التطليق كان غير جائز في فرنسا إلي ما قبل سنة ١٨٨٤ وكان هذا الحظر يسري على الأجانب الذين يجيز لهم قانونهم الشخصي التطليق، ومع ذلك فقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه يجوز لهؤلاء

١٩٦٨ " المجلة الإنتقادية للقانون الدولي الخاص الفرنسي" سنة ١٩٧٠ عدد ١ ص٧٠" الذي قضى بأنه يجوز التمسك بحق إكتسب طبقا لتشريع من القانون العام الأجنبي مادام لا يتعارض مع النظام العام الفرنسي.

الأجانب أن يحتجوا في فرنسا بتطليق تم بينهم في الخارج... على أن الاعـــتراف في بلد القاضي بآثار الحق الذي اكتسب في الخارج ليس معنـــاه اســتبعاد الدفــع بالنظام العام كلية في هذا المجال بل واقع الحال هو أن الدفع يكون مخففًـــا

في بعض الحالات وهي التي لا يتعارض فيها نفاذ الحق مع مقتضيـــات النظام العام. ولذلك ما أن يتحقق هذا التعارض في الحالات الأخرى حتى يتحـــرك الدفع ويمنع التمسك بآثار الحق.

الخاتمة :

هكذا بدا لنا النظام العام، ودوره في إستيعاد تطبيق أحكام القانون الأجنبي، وإن كنا قد بدأنا في المقدمة في تصويره وكأنه صعب التحديد وصعب التوضيح. إلا أننـــا حاولنا طيلة فقرات البحث العمل على توضيحه وبيان دوره. وعلى الخصوص فـي مجال تنازع القوانين أو في مجال علاقات القانون الدولي الخاص حيث يســتخدمه القاضي ليقيم من خلاله حائلاً يمنع تطبيق أحكـــام القـــانون الأجنبـــي المختـــص إختصاصًا عاديًا وفقًا لقواعد الإسناد في قانونه متى كانت هذه الأحكام متعارضـــة مع النظام العام في بلده. فالنظام العام هو بمثابة صمام الأمان الذي يحمي الأســس الجوهرية في مجتمع قاضي النزاع ويمنع تشرب وإنفلات القوانين الأجنبية التـــي تتعارض جذريًا مع تلك الأسس. ثم توزيع موضوعات البحث على ثلاث مبـــاحث فضلاً عن المقدمة.

في **المبحث الأول** تكلمت عن دور النظام العام في نطاق تنازع القوانيـــن، وهـــذا الدور على نوعين، الأول حمائي والثاني، محل أو معطل، وكان الدور الحمـــائي على صور ثلاث وهي:

١) رفض تطبيق القوانين الأجنبية التي يؤدي تطبيقها إلى نتائج غير عادلة.
٢) الدفاع عن المبادئ التي تشكل الأسس الجوهرية في مجتمع قاضي النزاع.

٣) حماية بعض السياسات التشريعية الوطنية.

أما الدور المحل للنظام العام، فهو في حد ذاته منع تطبيق القانون الذي إنتهت إليه عملية التنازع بحجة تناقض هذا القانون مع قواعد أساسية يرتكز إليها مجتمع قاضي النزاع، أي تعطيل الأعمال الطبيعي لقواعد الإسناد.

وفي **المبحث الثاني** دار الكلام حول خصائص النظام العام في نطاق تنازع القوانين، أشرنا فيه إلى الصفات التي يميز بها هذا النظام وهي بأنه وطني، مستقل، نسبي وقضائي.

وفي **المبحث الثالث** كان الكلام حول أساس الدفع بالنظام العام وشروط إعماله وآثاره، هذا وقد ورد النص الخاص بمسألة النظام العام في مشروع القانون المدني الجديد في المادة "٤٠" منه حيث نصت "بأنه لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته النصوص السابقة، إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو الآداب في فلسطين". وقلنا في حينه أن المادة "٤٠" المشار إليها لم تكتف بالنص على مخالفة أحكام القانون الأجنبي للنظام العام، بل نصت أيضًا على مخالفتها "للآداب" ونحن نعتقد أن الآداب تكون جانبًا من جوانب "نظام المجتمع الأعلى" وبعبارة أخرى تكون جانبًا من جوانب النظام العام، وبذلك يغنى ذكره بالنص عن ذكرها به.