مجلة جامعة دمشق للعلوم القانونية

اسم المقال: النظام العام في القانون الدولي الخاص "دراسة تحليلية لنص المادة (30) من القانون المدني السوري"
اسم الكاتب: د. وفاء مزيد فلحوط
رابط ثابت: https://political-encyclopedia.org/index.php/library/1871
تاريخ الاسترداد: 2026/11/02 02:07 +03

الموسوعة السياسيّة هي مبادرة أكاديمية غير هادفة للربح، تساعد الباحثين والطلاب على الوصول واستخدام وبناء مجموعات أوسع من المحتوى العلمي العربي في مجال علم السياسة واستخدامها في الأرشيف الرقمي الموثوق به لإغناء المحتوى العربي على الإنترنت.
لمزيد من المعلومات حول الموسوعة السياسيّة – Encyclopedia Political، يرجى التواصل على info@political-encyclopedia.org

استخدامكم لأرشيف مكتبة الموسوعة السياسيّة – Encyclopedia Political يعني موافقتك على شروط وأحكام الاستخدام المتاحة على الموقع https://political-encyclopedia.org/terms-of-use

تم الحصول على هذا المقال من موقع مجلة جامعة دمشق للعلوم القانونية ورفده في مكتبة الموسوعة السياسيّة مستوفياً شروط حقوق الملكية الفكريّة ومتطلبات رخصة المشاع الإبداعي التي ينضوي المقال تحتها.

النظام العام في القانون الدولي الخاص
"دراسة تحليلية لنص المادة (30) من القانون المدني السوري"

د. وفاء مزيد فلحوط*

الملخص

يعدّ النظام العام في القانون الدولي الخاص أحد أهم أسباب استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق بموجب قواعد تنازع القوانين في بلد القاضي الناظر في النزاع على اعتباره صمام الأمان المسؤول عن حماية المبادئ والأسس الجوهرية السائدة في ذلك البلد.

ويكشف لنا الواقع العملي عن العديد من الإشكاليات في معرض الدفع بالنظام العام، منها ما يتعلق بغموضه وبصعوبة تحديد مضمونه على نحو جامع ودقيق، ومنها ما يتعلق باختلاف مفهومه من دولة إلى أخرى، ومن زمن إلى أخر في الدولة الواحدة، ومنها ما يتعلق باختلاف نطاق تدخله في العلاقات الدولية الخاصة عما هو عليه في نطاق العلاقات الوطنية البحتة.

ومن جهتها تكشف آثار الدفع بالنظام العام عن العديد من الإشكاليات القانونية، منها ما يتعلق بتحديد نطاق استبعاد القانون الأجنبي المختص فيما لو تعارض على نحو جزئي مع مقتضيات النظام العام في بلد القاضي، ومنها ما يتعلق بتحديد أفضل الخيارات لملء الفراغ التشريعي الناتج عن ذلك الاستبعاد، ولعل أكثرها جدلاً تلك المتعلقة بإمكانية الاعتراف بآثار الحقوق المكتسبة أصولاً خارج بلد القاضي رغم منع إنشاء الحق في هذا البلد.

* أستاذ مساعد في قسم القانون الدولي – كلية الحقوق – جامعة دمشق.

وقد تصورنا ما لإشكاليات البحث السابقة من أهمية خاصة على المستوى الوطني، وذلك على الأقل لسببين: **أولهما**: تقلص دائرة النظام العام في سورية نتيجة لتعدد الشرائع فيها فيما يتعلق بمسائل الأحوال الشخصية، أما **الثاني**: فمرده غياب النص التشريعي الشامل لمقتضيات ولآثار الدفع بالنظام العام، مما استوجب اقتراح ما يلزم من تعديلات للنص التشريعي النافذ حالياً.

Public Order in the Private International Law "An Analytical Study of the Article (30) of the Civil Syrian Law"

Dr. wafaa falhout*

Abstract

The public order of the private international law, as it is responsible for protecting the essential basis in the country of the judge hearing the conflict, is one of the most important reasons for excluding the applicable foreign law under the rules of laws conflict in that country.

There are many problems in applying the public order, some of these problems are related to its ambiguity and the difficulty of determining its content in a comprehensive and accurate manner, and some of them are related to the difference of its concept from one country to another, and from time to time within one country, or the difference in the range of its inclusion within the private international relations than it is within the purely national relations.

From another side, the effects of applying the public order reveal many legal problems, some of them are related to determining the range of exclusion of the relevant foreign law in case it partially contradicts the requirements of the public order in the judge's country, and some of them are related to determining the best options to fill the legislative gap resulting from that exclusion, and the most controversial of them relates to the possibility of recognizing the effects of the rights duly acquired outside the judge's country despite the prohibition of creation the right in this country.

* Department of International Law-Faculty of law- Damascus university.

The previous problems of the research have a particular significance at the national level, this is due to at least two reasons:

First: It is due to reduction the range of the public order in Syria because of the multiplicity of laws regarding the personal status issues

Second: It is due to the absence of the comprehensive legislative text of the requirements and effects of applying the public order, which necessitates proposing the necessary amendments to the legislative text currently in force.

المقدمة:

يعدّ النظام العام من أهم مواضيع تنازع القوانين لجهة ما يمثله من استثناء على القانون الواجب التطبيق بموجب قواعد الإسناد الوطنية في دولة القاضي في النزاع، على اعتباره صمام الأمان المسؤول عن حماية المبادئ والأسس الجوهرية في تلك الدولة.

وللنظام العام في القانون الدولي الخاص السوري خصوصيته في مسائل الأحوال الشخصية على وجه التحديد، نظراً لأن سورية من الدول التي تتعدد فيها الشرائع تعدداً شخصياً بتعدد الأديان والمذاهب، مما ينعكس على فاعلية دوره في مواجهة القوانين الأجنبية واجبة التطبيق.

*** ويثير الدفع بالنظام العام سواء في سورية أم في سائر الدول الأخرى عدة إشكاليات، لعل أهمها:**

- صعوبة تحديد مفهوم النظام العام على نحو واضح ودقيق.
- غموض النظام العام على نحو يدفع بالمشرع الوطني للقفز في الظلام في معرض إسناده للقوانين المختصة، إذ لو أمكن للمشرع العلم بما تحمله تلك القوانين في طياتها من أحكام قد تعارض نظامه العام لامتنع أصلاً عن الإسناد إليها.
- تحديد منهج التعامل مع قواعد الإسناد أحادية الجانب فيما لو كان منهجاً تنازعياً، أم منهج التطبيق الفوري المباشر لقانون القاضي على نحو يؤدي لاستبعاد الدفع بالنظام العام بمفهومه الحديث القائم على استثناء القانون الأجنبي المختص من التطبيق.
- ضبط المخرجات العملية لبعض آثار الدفع بالنظام العام، وخاصة لجهة: الاستبعاد الكلي للقانون الأجنبي المختص رغم تعارض بعض من أحكامه مع مقتضيات النظام العام دون باقي الأحكام، وكيفية ملء الفراغ التشريعي الناجم عن استبعاد ذلك القانون استبعاداً كلياً أم جزئياً.

– تباين ردود فعل النظام العام في معرض إنشاء حق في بلد القاضي عما هو عليه في معرض التمسك بآثار الحقوق المكتسبة أصولاً في الخارج رغم منع إنشاء مثل تلك الحقوق في بلد القاضي.

* لذا تركزت أهداف البحث في محاولة ضبط سلطة القاضي التقديرية في معرض إعمال الدفع بالنظام العام، كي لا يتحول هذا الأخير إلى سلاح يوجه ضد القانون الأجنبي بغير حق ،على أن يتم ذلك الضبط دون المساس بفاعلية وجود هذه السلطة، وإلا لانتهى الأمر بمنح المشرع الوطني مشرعي دول العالم توقيعاً على بياض بغض النظر عن مضمون قوانينهم.

– كما يهدف البحث إلى ترتيب آثار النظام العام بالشكل الذي يضمن الدفاع عن الأسس الجوهرية في بلد القاضي، وخاصة لجهة تقييد استبعاد القانون الأجنبي المختص بقدر تعارضه مع النظام العام، وتبرير الأخذ بقانون القاضي لملء الفراغ التشريعي الناتج عن ذلك الاستبعاد. عدا عن ترتيب تلك الآثار بالشكل الذي يضمن التخفيف من حدة خاصية الطابع الإقليمي للنظام العام، وخاصة لجهة تعزيز دور الأثر المخفف له قضائياً وتشريعياً.

* وللوقوف على أهم إشكاليات النظام العام بغرض تحقيق الأهداف المرجوة من إعمال الدفع به، يتّبع البحث المخطط التالي: **المطلب الأول: ماهية النظام العام**

أولاً: مفهوم النظام العام، وكيفية الكشف عنه.

ثانياً: شروط إعمال الدفع بالنظام العام.

ثالثاً: خصائص النظام العام.

المطلب الثاني: آثار الدفع بالنظام العام

أولاً: الأثر الإيجابي والأثر السلبي للنظام العام.

ثانياً: الأثر المطلق والأثر المخفف للنظام العام.

ثالثاً: الأثر الانعكاسي للنظام العام.

المطلب الأول: ماهية النظام العام:

يتم تناول النظام العام في نطاق تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص باعتباره أحد الاستثناءات التي ترد على القانون المسند إليه بموجب قاعدة الإسناد الوطنية، بما يعنيه هذا الاستثناء من استبعاد لتطبيق أحكام القانون فيما لو تبين مخالفتها للنظام العام في بلد القاضي الناظر في النزاع.

ويرجع أصل فكرة النظام العام إلى عهد الفقه الإيطالي القديم، حينما ميزّ الفقيه (Bartole) مابين الأحوال المستحسنة والأحوال المستهجنة، وقصر إمكانية تطبيق الأحوال خارج حدود الإقليم الذي صدرت فيه على الأحوال المستحسنة دون المستهجنة [1]، إلا أن الفضل في إبراز النظام العام بمفهومه الحديث يرجع للفقيه الألماني (سافيني) من خلال نظريته الشهيرة المعروفة (بالاشتراك القانوني)، والتي مؤداها عدم تطبيق القانون الأجنبي إلاّ إذا كان بينه وبين قانون القاضي اشتراك قانوني، وهذا الاشتراك يتحقق بطبيعة الحال ما بين الدول المسيحية التي اشتقت قوانينها من القانون الروماني، أما في حالة عدم الاشتراك فعلى القاضي استبعاد القانون الأجنبي من التطبيق [2].

وللوقوف على ماهية النظام العام كأحد الاستثناءات على القانون الواجب التطبيق في إطار القانون الدولي الخاص لابد من محاولة ضبط مفهومه، وبيان المعايير والآليات المعتمدة للكشف عن مضمونه، بالإضافة إلى بيان أهم ما يشترط للدفع به، وأهم ما يمتاز به من خصائص.

---

[1]– استخدم من جانبه الفقيه مانشيني– عميد نظرية شخصية القوانين – فكرة النظام العام ليس بوصفها الاستبعادي إنما كبديل للفكرة المسندة في التنظيم الحالي للتنازع، وذلك لتبرير تطبيق بعض القوانين تطبيقاً إقليميا باعتبارها متعلقة بالنظام العام ، ومثالها قواعد القانون العام والقوانين الخاصة بالملكية العقارية– د. عكاشة عبد العال – تنازع القوانين (دراسة مقارنة) – منشورات الحلبي الحقوقية – لبنان –2007– ص 531.

[2]– د.أحمد الهواري: الوجيز في القانون الدولي الخاص الإماراتي، دراسة لأحكام الجنسية الإماراتية ولحلول مشكلات تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين في القانون الإماراتي – إثراء للنشر والتوزيع – الأردن – 2008م – ص 382

أولاً: مفهوم النظام العام، وكيفية الكشف عنه:

– لا يمكن من حيث المبدأ وضع تعريف جامع ودقيق لمفهوم النظام العام ، كما يستعصى وضع قائمة تشمل تعداداً لجملة ما يمثّله من حالات، إلاّ أن أقرب تعريف يمكنه الدلالة عليه في مجال العلاقات الدولية الخاصة ، هو ما يعتبره مجموعة المبادئ والأسس الجوهرية السياسية والاقتصادية والاجتماعية والدينية التي يقوم عليها مجتمع معين في لحظة معنية، والتي لا يسمح بمخالفتها من قبل القانون الواجب التطبيق. سواءً أكانت تلك المبادئ مجسده بنصوص تشريعية، أم لم تكن كذلك. ومن خلال التعريف السابق تظهر لنا الآداب العامة بما تعنيه من معتقدات موروثة وعادات متأصلة في الجماعة كأحد أوجه النظام العام.

– أما عن كيفية الكشف عن المبادئ الأساسية التي تجسد النظام العام في بلد القاضي فتترك لسلطة القاضي التقديرية، إلا أن سلطة القاضي مقيدة في هذا الشأن بمعيار موضوعي مجرّد يلزمه بالتقصي عن المذهب العام الذي تدين به الجماعة بأسرها، لا تبنيه مذهباً فردياً خاصاً، أو مذهباً يترك لتقديره الشخصي وفقاً لمعتقداته وقناعاته الذاتية البحتة، لهذا فقد استقر الرأي على إخضاع تقدير القاضي في هذا المجال لرقابة محكمة النقض. خاصة وأن النظام العام سلاح ذو حدين، فإذا كان القصد منه (صمام الأمان) الذي يلعب دور المزلاج على الباب الناظم لعبور القوانين الأجنبية على النحو الذي يحمي المبادئ الأساسية في بلد القاضي بإغلاق الباب في وجه ما يعارضها من أحكام، فإن سوء استخدامه بالمقابل ينطوي على إساءة لنظام تنازع القوانين في ذلك البلد، كما أن الغلو في اللجوء إليه من شأنه أن يضرُّ بالتعايش المشترك بين النظم القانونية، والذي يُعدُّ الهدف الرئيسي لعلم تنازع القوانين، عدا أنه يخلُّ بالتوقعات

المشرعة للأفراد في العلاقات الدولية الخاصة لأنه يحول دون إعمال القانون الذي يحفظ تلك التوقعات[1].

– ويجب على القاضي في معرض الكشف عن مدى تعارض القانون الأجنبي مع النظام العام في دولته التدقيق إلى ما بعد ظاهر مضمونه، فقد ينطوي مضمون القانون الأجنبي على ما يتطابق بظاهره مع متطلبات النظام العام في بلد القاضي إلاَّ أن التدقيق في الأثر المترتب عملاً على تطبيقه يظهر خلاف ذلك، كما لو كان القانون الأجنبي يجيز تعدد الزوجات، فإن عموم مضمون هذا القانون لا يخالف النظام العام في دول كسورية، أو مصر مثلاً، باعتبار ما تقرّه الشريعة الإسلامية في تلك الدول، إلا أنه قد ينكشف لدى تدقيق القاضي بأن القانون الأجنبي لا يضع الزوجات على قِدم المساواة، مما يستوجب الدفع الاستبعادي بالنظام العام في مواجهة ذلك القانون، والعكس بالعكس، أي قد تبدو قواعد القانون الأجنبي في ظاهرها مخالفة للنظام العام، ولكن عند تطبيقها والنظر إليها في ضوء مجمل قواعد قانون القاضي قد يظهر العكس، كما لو كان القانون الأجنبي يجيز التبني، وأسند إليه في دول لا تقبل التبني، ومع ذلك يتكشف للقاضي عدم مخالفة الحالة المطروحة عليه للنظام العام في دولته لأنها أدخلت في فكرة الإقرار بالنسب التي تعرفها الشريعة الإسلامية، لكون المتبني أقرَّ صراحة ببنوة الولد ، وأن المُقرّ ببنوته يولد لمثل المقر وإن المقر له مجهول النسب، ولم يصدر عن المُقِر ما يفيد أن المقر له نتاج علاقة غير مشروعة [2].

ثانياً: شروط إعمال الدفع بالنظام العام

1– يشترط لإعمال الدفع بالنظام العام أن يكون القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع قانونا أجنبيا، إذ لا يفترض إثارة الدفع بمخالفة النظام العام في مواجهة القانون الوطني للقاضي. غير أنه ثمة من أشار بحق إلى إمكانية ذلك في

[1]– د. فؤاد ديب : القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين) – جامعة دمشق – 1997 – 1998– ص 138و د. أحمد الهواري – مرجع سابق– ص 385

[2]– د. عكاشة عبد العال – مرجع سابق ص 556.

حالة الدول المتعددة تعداداً إقليميا [1] انطلاقاً من إمكانية إثارة الدفع بالنظام العام من جانب قاضي إحدى التقسيمات الإقليمية في تلك الدول على اختلاف مسمياتها (ولاية- مقاطعة -إمارة...) في مواجهة قانون تقسيم إقليمي أخر في ذات الدولة، نظراً لاحتمال اختلاف متطلبات النظام العام في كل وحدة إقليمية من الوحدات المشكلة للدول المركبة.

ويمكن أن نذكر مثالاً على ذلك فيما لو كان الزواج مع اختلاف اللون يتعارض مع النظام العام السائد في إحدى الولايات الأمريكية، بينما لا يعد كذلك حسب مقتضيات النظام العام في ولاية أمريكية أخرى.

2- يشترط كذلك لإعمال الدفع بالنظام العام أن تكون أحكام القانون الواجب التطبيق متعارضة كلياً أو جزئياً مع المبادئ الأساسية التي تقوم عليها دولة القاضي الناظر في النزاع، وفي هذا الصدد ثمة من لاحظ بحق عدم كفاية مجرد رفض تقبل مجتمع القاضي لأحكام القانون الأجنبي، لما ينطوي عليه ذلك من توسيع غير مبرر لدائرة النظام العام[2].

3- تضع بعض التشريعات شروطاً خاصة للخروج من دائرة الغموض التي يتصف بها النظام العام نتيجة الإسناد التشريعي المجرد، أو لمعرفة بعض حالات الدفع به بصورة مسبقة، وذلك ما يتم عادة لحماية بعض العلاقات، كالتي يكون أحد أطرافها وطنياً أو متوطناً في الدولة المعنية، وفي هذا السياق تصلح إشارتنا إلى المادة (15) من القانون المدني السوري، باعتبارها قاعدة إسناد أحادية الجانب تستلزم تطبيق القانون السوري على الشروط الموضوعية للزواج وعلى أثاره وانحلاله ، فيما لو كان أحد الزوجين سورياً وقت الزواج.

---

[1]- يعدّ الدفع بالنظام العام من الدفوع المتعلقة بالنظام العام، وبناء على ذلك يمكن لأي طرف في الدعوى سواء أكان مدعيا أم مدعى عليه إثارته، كما يتوجب على القاضي إثارته من تلقاء نفسه . د. فؤاد ديب -مرجع سابق -ص 147-148.

[2]- د. أحمد الهواري – مرجع سابق- ص 385.

وفي الحقيقة أثارت قواعد الإسناد التي تمنح الاختصاص لقانون القاضي جدلاً واسعاً وهاماً، وتحديداً حول مسألة كيفية التعامل مع موضوعها، فيما لو كان من الأفضل التعامل معه من خلال منهج تنازع القوانين، أم التعامل معه خارج نطاق المنهج التنازعي، باعتبار تلك القواعد من القواعد ذات التطبيق الفوري والمباشر لقانون القاضي، منظوراً إليها في طبيعة ما تهدف إليه، أو من أهمية الاعتبارات الآمرة التي تقوم عليها، على نحو يستوجب تطبيقها تطبيقاً إقليميا مباشراً باسم النظام العام والأمن المدني. ويبرر أصحاب الرأي الأخير حجتهم باستبعاد المنهج التنازعي، بأن كل نظم القانون الدولي الخاص تشعر بضرورة إخضاع بعض المسائل لقانون القاضي، لذا يغدو من الأفضل تطبيق هذا القانون عليها تطبيقاً فورياً مباشراً دون محاولة إدراجها في فكرة من الفكر المسندة التي تخضع لقانون القاضي، كفكرة قوانين البوليس والأمن المدني، تمهيداً لإسنادها إلى ذلك القانون.

– كما يرفض أصحاب هذا الرأي الاستناد إلى فكرة النظام العام وفقاً لمفهومه الحديث كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي لتبرير تطبيق قانون القاضي ، وذهب جانب منهم لتبرير رأيه بالقول: ليس من المقبول أن يطبق القانون الأجنبي الذي أشارت إليه إرادة الأطراف لحكم عقد إيجار عقار مثلا في دولة ما ثم يستبعد ذلك القانون باسم النظام العام لتعارض أحكامه مع القواعد الآمرة الناظمة لإيجار العقارات في تلك الدولة، إذا من الأفضل في مثل تلك الحالات أن يقرر التطبيق الفوري المباشر لتلك القواعد[1].

ومن جانبنا لنا في الآراء السابقة وجهة نظر مفادها التالي: رغم الجدل القانوني الجاد في المسألة قيد النقاش من منظوريّ كل من: مؤيدي منهج التنازع بما يترتب عليه من إقرارهم بقواعد إسناد أحادية وغير حيادية، وداعمي منهج التطبيق الفوري والمباشر للقواعد الآمرة في قانون القاضي، إلاَّ إننا نعتقد إنَّ هذا الجدل قد ثار في غير مكانه.

[1]– راجع حول ذلك الجدل د. حفيظة السيد الحداد – الموجز في القانون الدولي الخاص – الكتاب الأول (المبادئ العامة في تنازع القوانين) منشورات الحلبي الحقوقية – لبنان – 2007– ص 294. و د. عكاشة عبد العال – مرجع سابق ص 580 وما بعد، إذ يرجّح من جانبه طبيعة قواعد الإسناد مفردة الجانب على قواعد التطبيق الضروري.

بمعنى ما سبق قوله يمكن أن يثار في سياق الحديث عن الخصائص العامة لقواعد الإسناد لبيان ما استعصى منها– استثناءً – عن تلك الخصائص، لا في معرض الحديث عن النظام العام كأحد موضوعات القانون الدولي الخاص، بما يعنيه من استبعاد للقوانين الأجنبية، وهذا المعنى تحديداً – أي المعنى الاستبعادي للقانون الأجنبي – هو ما أشارت إليه صراحة المادة (30) من القانون المدني السوري. حيث نصت على أنه: ((لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته النصوص السابقة، إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو للآداب في سورية)). ولما كانت المادة (15) باعتبارها من جملة المقصود بـ (النصوص السابقة) قد استبعدت أي احتمال لظهور قانون أجنبي بتعيينها القانون السوري صراحة كقانون واجب التطبيق، فهذا يعني ببساطة شديدة أنه لا مجال أصلاً للحديث هنا عن الدفع بالنظام العام من منظور المادة (30)، أي الدفع الاستبعادي للقوانين الأجنبية وفقاً لمفهومه السائد في نطاق القانون الدولي الخاص.

ثالثاً: خصائص النظام العام:

من أهم خصائص النظام العام كأحد الاستثناءات على القانون الواجب التطبيق:

1–الصفة الوطنية:

يقصد بالصفة الوطنية أن النظام العام الذي يمنع تطبيق القانون الأجنبي هو النظام العام الوطني السائد في دولة القاضي الناظر في النزاع، والنظام العام بهذا التصور يختلف من دولة إلى أخرى، إذا يبقى لكل دولة نظامها العام الخاص بها، الذي يعكس خصوصية أفكارها الأساسية وتقاليدها السائدة.

– وإذا ما أردنا توخي الدقة في صدد بيان الصفة الوطنية للنظام العام، فيمكننا القول إن تدخل النظام العام في العلاقات الوطنية البحتة يختلف من حيث المبدأ عن تدخله في العلاقات الدولية الخاصة بحكم حتمية وجود العنصر الأجنبي في العلاقات الأخيرة. ذلك أن نطاق تدخل النظام العام في العلاقات الداخلية أوسع بكثير من نطاق تدخله في

العلاقات الدولية الخاصة[1] ، فالقاعدة التي تحدد سن الرشد مثلاً قد تُعدُّ من النظام العام فيما لو أثيرت بصدد العلاقات الوطنية البحتة بينما لا يُعدُّ مخالفاً للنظام العام القانون الأجنبي الذي يجعل مناط الرشد يتجاوز ذلك السن، وكذلك الأمر بالنسبة لبعض الشروط، كشرط الوفاء بالذهب، إذ قد يُعد هذا الشرط شرطاً مخالفاً للنظام العام الاقتصادي فيما لو ورد في عقد وطني بحت لما ينطوي عليه من مساس بالثقة في العملة الوطنية، بينما لا يُعدُّ كذلك فيما لو ورد في عقد دولي خاص.

– ومن جهة أخرى إن إعمال الدفع بالنظام العام في نطاق العلاقات الداخلية ينتهي بتأكيد اختصاص قانون القاضي دون إحلال لقانون محل قانون أخر، كما في الدفع به في نطاق العلاقات الدولية الخاصة، والذي ينتهي إلى استبعاد القانون الأجنبي وإحلال قانون القاضي عوضاً عنه بمقدار تعارض القانون الأجنبي مع النظام العام في بلد القاضي.

وفي ذات السياق يمكن القول إنَّ الحكم النهائي يظهر في معرض تدخل النظام العام في العلاقات الوطنية بذات الدرجة، وذلك إما بإقرار صحة التصرف أم بالحكم ببطلانه، مثال ذلك سماح سورية بإبرام زواج فيها مابين مسلم سوري وسورية غير مسلمة، أو منع زواجهما إن كانت الزوجة مسلمة والزوج غير مسلم، وذلك تطبيقاً لما ورد من أحكام صريحة بهذا الشأن في قانون الأحوال الشخصية السوري.

بينما قد يؤدي تدخل النظام العام في سياق العلاقات الدولية الخاصة إلى قلب العلاقة من باطلة إلى صحيحة، أو العكس، وذلك تبعاً لاختلاف مقتضيات النظام العام من دولة إلى أخرى. كحالة توافق زواج المسلم من غير مسلمة حسب النظام العام في سورية رغم مخالفة هذا الزواج للنظام العام في الدول التي تمنع الزواج مع اختلاف الدين على إطلاقه، مقابل تعارض زواج المسلمة من غير المسلم حسب النظام العام السوري رغم توافقه مع النظام العام في بعض الدول الأجنبية.

[1]–د. فؤاد ديب – مرجع سابق– ص 144.

وبالنتيجة يمكن القول إنه إذا كان النظام العام يتكفل في القانون الداخلي بإبطال اتفاقات الأفراد المخالفة للقواعد الآمرة، ليظهر كحام للقاعدة القانونية الوطنية، فانه يتكفل في القانون الدولي الخاص باستبعاد القانون الأجنبي ليظهر كرقيب على تطبيق القاعدة القانونية الأجنبية [1].

2- الصفة الغامضة:

يتسم النظام العام بالصفة الغامضة على الأقل لسببين: أولهما صعوبة وضع تعريف دقيق له، كما أسلفنا سابقاً، أما السبب الثاني فلأنَّ إعمال الدفع بالنظام العام لا يكون في مرحلة صياغة قواعد الإسناد، لعدم معرفة المشرع الوطني مقدماً بمضمون القوانين الأجنبية التي تشير لها تلك القواعد، فهو لا يقرأ الغيب، ولا يتنبأ بالمستقبل، لذا قيل أن القاضي الوطني يقفز في الظلام عندما تشير عليه قاعدة الإسناد إلى تطبيق قانون أجنبي، لأن إحاطته بهذا القانون تتراخى إلى حين لحظة تطبيقه، وفي هذه المرحلة فقط– أي المرحلة القضائية – يتمكن القاضي من الدفع بمقتضيات النظام العام تكريساً لحقيقة إن سماح مشرعه بتطبيق قانون أجنبي لا يعني منحه مشرعي دول العالم توقيعاً على بياض[2].

وفي اعتقادنا ربما المشرع هو مَنْ قرر القفز في الظلام، لعدم وجود خيار أخر لديه، إذ لو وصل لعلمه أن القانون المسند إليه سيحمل بين طياته ما يعارض مقتضيات النظام العام في دولته لامتنع أصلاً، و منذ البداية، عن الإسناد التشريعي إليه.

كما نعتقد بانسجام قولنا السابق في الصفة الغامضة للنظام العام مع خاصية التجرد والحياد التي تتسم بها قواعد الإسناد الوطنية، ذلك أن الإسناد المُعصب العينين للقانون الواجب التطبيق باعتباره القانون الأكثر ملاءمة، هو من جملة ما يهدد لاحقاً بظهور القوانين المخالفة للنظام العام الوطني، وتوضيحاً لذلك أن الأخذ المجرد بقانون الدولة

[1]– د. أحمد الهواري – مرجع سابق ص 380.
– د. عكاشة عبد العال – مرجع سابق ص 574.
[2]– د. عكاشة عبد العال – مرجع سابق ص 522.

التي ينتمي إليها المورث بجنسيتُه، في معرض صياغة قاعدة الإسناد الواردة في م(1/18) من القانون المدني السوري، باعتباره القانون الأكثر ملاءمة لحكم مسائل الميراث دون معرفة مسبقة بذلك القانون، هو ما يجبر المشرع السوري على القفز في المجهول، وترك المراهنة في مسألة التعارض مع النظام العام من عدمه إلى المرحلة القضائية، حيث تتكشف معطيات النزاع ليتم الإسناد على أساسها إما إلى القانون الوطني، أو إلى ما يأخذ حكمه في هذا السياق، أي الإسناد إلى قانون أجنبي منسجم مع النظام العام، أو ليتم الإسناد إلى قانون أجنبي يتضح للقاضي مخالفة أحكامه للنظام العام السائد في سورية، مما يستوجب الامتناع عن تطبيقها بموجب الأمر التشريعي الصريح الموجه إليه بنص المادة (30) من القانون المدني السوري [1].

3– الصفة المتغيرة: أو ما يشار إليها بالصفة النسبية، وتعني هذه الصفة أن النظام العام ليس فكرة ثابتة أو مستقرة إلى الأبد، بل هو نظام عام واقعي باعتباره يعكس واقع الحال في كل جماعة وطنية، وهذه الواقعية التي يتصف بها النظام العام هي التي تضفي عليه مفهوماً نسبياً لجهتي المكان والزمان: فمن جهة المكان يختلف النظام العام –كما لاحظنا سابقاً– من دولة إلى أخرى، فزواج المسلمة من غير المسلم مثلاً يعدُّ مخالفاً للنظام العام في سورية، خلافاً لزواج المسلم من غير المسلمة، بينما يعد الزواج الأول في دولٍ أخرى موافقاً للنظام العام، خلافاً للزواج الثاني.

وكذلك الأمر بالنسبة لتعدد الزوجات، إذ قد يعدُّ مخالفاً للنظام العام في دولة من دول الحضارة المسيحية، بينما لا يعدُّ كذلك في دولة من الدول ذات النظم الإسلامية.

وأما نسبية النظام العام لجهة الزمان، فتظهر من خلال احتمال تغيره من فترة زمنية إلى أخرى داخل الدولة ذاتها، كما لو كانت الدولة تجيز التبني مثلاً ثم أصبح التبني مخالفاً لنظامها العام، أو كما لو كان قانون القاضي يمنع الزواج بين الأقارب لدرجة

[1] – كما لو كان ذلك القانون يجيز الميراث لقاتل مورثه عمداً، أو يقرر الميراث لولد الزنى من أبيه، أو يمنع الميراث لسبب اختلاف اللون.

معينة لاعتبارات صحية، وكان يعتبر ذلك من النظام العام، ثم صدر تشريع يجيز مثل ذلك الزواج، أو كما لو كانت القوانين الوطنية في دولة ما تمنع الطلاق وتعتبر كل قانون أجنبي يجيزه مخالفاً للنظام العام، وبعد فترة زمنية أصبحت تجيزه ليغدو القانون الذي يحظره مخالفاً للنظام العام، كما حصل في فرنسا[1].

– ويترتب على الصفة المتغيرة للنظام العام ضرورة تقدير تعارض القانون الأجنبي مع النظام العام في بلد القاضي بوقت نظر النزاع لا بوقت نشوء العلاقة، وهذا ما يعرف بمبدأ ((حالية النظام العام)) بما يعنيه من ضرورة تحديد الوقت المعتبر في تقدير وجود التعارض من عدمه بما يكون عليه الحال وقت الفصل في النزاع .

– ومن جهتنا نعتقد فيما لو استبعدنا وقت نشوء العلاقة سيبقى الوقت المعتد به محل خلاف ما بين وقتي: نظر النزاع والفصل فيه، ذلك أن الفصل في النزاع يتراخى زمنياً ليضعنا في موقع التساؤل من جديد عن تحديد أي من الوقتين أقدر على مواجهة الصفة النسبية للنظام العام، وهل هو: وقت نظر النزاع؟ أم وقت الفصل فيه؟.

4– صفة اللاعلمانية في الدول المتعددة تعدداً شخصياً:

يقصد بهذه الصفة أن النظام العام في القانون الدولي الخاص في الدول التي تتعدد فيها الشرائع في مسائل الأحوال الشخصية هو نظام عام ديني لا علماني، بما ينتج عن ذلك من تضييق لدائرته في هذه المسائل مقارنةً بما هو عليه في البلاد ذات الشريعة الواحدة، فيظهر في الدول المتعددة – على حد قول البعض– كنظام عام شديد المرونة

[1]– كان الطلاق غير جائز في فرنسا قبل عام 1884 ، ولكن بعد هذا التاريخ أصبح الطلاق لا يتعارض مع النظام العام الفرنسي، بل أن محكمة النقض الفرنسية ذهبت في حكم لها بتاريخ 1981 إلى اعتبار حظر الطلاق الذي تضمنه القانون الاسباني المطبق حينها يتعارض مع المفهوم الفرنسي للنظام العام في مجال القانون الدولي الخاص – د. أحمد الهواري – مرجع سابق ص384.

وكذلك الأمر فيما يتعلق بإثبات النسب الطبيعي، إذ كان محظوراً في فرنسا إلى ما قبل عام 1912، واعتباراً من هذا التاريخ سمح بإثبات النسب الطبيعي. د. عكاشة عبد العال – مرجع سابق ص 591.

والتسامح لتواضع دوره في مواجهة النظم الأجنبية[1]، ومرد ذلك عدم إمكانية إثارة الدفع به في مواجهة القانون الأجنبي إذا كان هذا القانون مخالفاً للشريعة العامة في تلك الدول طالما أن أحكامه وافقت الأحكام الواردة في إحدى الشرائع الداخلية [2].

– وجملة ما سبق ينطبق على الدولة السورية باعتبارها من الدول المتعددة تعدداً شخصياً، ولبيان ذلك نستشهد بمثالٍ يعكس في قسمه الأول تطبيقاً لقضية من محاكم القضاء الإماراتي، بينما نفترض في قسمه الأخر مجرى الأحداث أمام القضاء السوري، وذلك بغرض التأكيد على حقيقة تقلص دائرة النظام العام في الدول التي تتعدد فيها الشرائع (كسورية) مقارنة بالدول ذات الشريعة الواحدة (كالإمارات)، كما ونعتقد أن في هذا المثال ما يكشف لنا عن أحد مبررات اختلاف الصياغة التشريعية مابين المادتين الناظمتين للدفع بالنظام العام في هاتين الدولتين، ذلك أن المادة (27) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي نصت على عدم تطبيق أحكام القانون الأجنبي إذا كانت تلك الأحكام مخالفة للشريعة الإسلامية أو للنظام العام أو الآداب في دولة الإمارات العربية المتحدة، في الوقت الذي اكتفت فيه المادة (30) من القانون المدني السوري بالإشارة إلى مخالفة النظام العام والآداب دون ذكرٍ لمخالفة الشريعة الإسلامية.

– وتتلخص وقائع القضية في إن نزاعاً رفع أمام القضاء الإماراتي تعلق بطلاق تمّ بإرادة الزوج المنفردة، وكان الزوجان لبنانيين من الطائفة الدرزية، وفي معرض الإسناد إلى القانون الواجب التطبيق ظهر القانون اللبناني كقانون مختص، ولما كانت لبنان من الدول التي تتعدد فيها الشرائع تعدداً شخصياً، كان على القاضي الإماراتي بموجب نظام التنازع المقرر لديه، العودة إلى قواعد التنازع الداخلي اللبنانية، والتي تذهب إلى عدم انحلال عقد الزواج إلاَّ بحكم من قاضي المذهب الدرزي، وهذا ما وجد فيه القاضي الإماراتي إخلالاً بأحكام الشريعة الإسلامية لجهة إمكانية الطلاق بإرادة الزوج المنفردة،

[1]– فمثلا النظام العام اللبناني في نطاق القانون الدولي الخاص ليس نظاما عاما إسلاميا، أو نظاماً عاماً مسيحياً، بل هو نظام عام وطني يستمد من التعدد التشريعي الموجود في لبنان، د. عكاشة عبد العال– مرجع سابق ص526.

[2]– د. فؤاد ديب – مرجع سابق ص 146.

مما دفعه لاستبعاد القانون اللبناني المختص، وتطبيق القانون الإماراتي عوضاً عنه، وبالتالي الحكم بصحة الطلاق[1]، ولو افترضنا– جدلاً– أن هذا النزاع قد عرض على القضاء السوري بدلاً من القضاء الإماراتي، وتخيلنا مجرى الأمور، لظهر لنا قيام القاضي السوري بالإسناد إلى القانون اللبناني باعتباره القانون المختص، وفقاً للمادة (2/14) من القانون المدني السوري، ومن ثم العودة إلى قواعد التنازع الداخلي في لبنان تطبيقاً لنص المادة (28) من القانون ذاته، ولما كانت هذه القواعد تماثل ما ذهبت إليه الأحكام الخاصة بأبناء الطائفة الدرزية في سورية المنصوص عليها في قانون الأحوال الشخصية؛ فهذا يعني عدم إمكانية إثارة القاضي للدفع بالنظام العام السوري في مواجهة القانون اللبناني رغم مخالفته لأحكام الشريعة العامة في سورية، وبالتالي الحكم بعدم صحة الطلاق.

المطلب الثاني: آثار النظام العام:

يترتب على إعمال القاضي الوطني للدفع بالنظام العام استبعاد القانون الأجنبي المخالف له، ومن ثم تطبيق قانون القاضي عوضاً عنه بمقدار الفراغ التشريعي الذي تركه ذلك الاستبعاد. ويعرف الإجراء الأول، أي استبعاد القانون الأجنبي، بالأثر السلبي للنظام العام، بينما يعرف الإجراء الثاني، أي تطبيق قانون القاضي بالأثر الايجابي. كما ان الدفع بالنظام العام يختلف فيما لو كان بصدد حق يراد إنشاؤه في بلد القاضي عما هو عليه بصدد آثار حق نشأ صحيحا خارج بلد القاضي، مما يفسح المجال للحديث عن الأثر العادي والأثر المخفف للنظام العام . كما أن السؤال عن امتداد أثار النظام العام الوطني خارج دولة القاضي يضعنا أمام ما اصطلح عليه جانب من الفقه بالأثر الانعكاسي للنظام العام. وفيما يلي بيان لمختلف تلك الآثار:

[1] – حكم محكمة تمييز دبي 16/آذار/1996 أشار إليه – د. أحمد الهواري – مرجع سابق –ص 386.

أولاً: الأثر الإيجابي والأثر السلبي للدفع بالنظام العام

يترتب على إعمال الدفع بالنظام العام أثران، أثر سلبي بالنسبة للقانون الواجب التطبيق لأنه ينطوي على استبعاده، وأثر إيجابي بالنسبة لقانون القاضي لأنه يفيد بحلوله عوضاً عن القانون الأجنبي المستبعد.

1–الأثر السلبي للدفع بالنظام العام:

يقصد بالأثر السلبي للنظام العام استبعاد القانون المسند إليه بموجب قواعد الإسناد الوطنية نظراً لتعارض أحكامه مع النظام العام في بلد القاضي الناظر في النزاع، وبالمفهوم السابق نعتقد أن الأثر السلبي للنظام العام ما هو حقيقة إلا انعكاس لتصنيف النظام العام لجهة اعتباره أحد الاستثناءات على القانون الواجب التطبيق.

– وقد ثار جدل واسع حول مسألة نطاق استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق فيما لو خالف في جزء منه فقط مقتضيات النظام العام في بلد القاضي الناظر في النزاع، حيث ذهب جانب من الفقه إلى ضرورة استبعاده بمجمله على اعتباره وحدة متكاملة، أما استبعاد الجزء المخالف منه فقط فانه ينطوي على تقطيع أوصال ذلك القانون، وبالتالي تطبيقه تطبيقاً مناقضاً لإرادة مشرعه، ما لم يكن تطبيقاً مناقضاً أيضاً لإرادة المشرع الوطني نفسه، ذلك أن قواعد الإسناد الوطنية أشارت إلى تطبيقه برمته، وبتلك الصورة فقط تعتبره القانون الأكثر ملاءمة[1].

إلا أن الرأي الفقهي الراجح ذهب إلى خلاف ذلك، إذ دعا إلى قصر الاستبعاد على الجزء المخالف للنظام العام دون سواه، كما لو كان القانون الأجنبي الواجب التطبيق على التركة مثلاً يجيز التوارث مع اختلاف الدين بين الوارث والمورث، ولان هذا النص يخالف النظام العام السوري، فيمكن أن يقتصر إعمال الدفع بالنظام العام على استبعاد الوارث المختلف في ديانته عن ديانة المورث، دون الأحكام الأخرى المتعلقة مثلاً بنصيب الورثة، أو حالات المنع، أو الحجب، متى كانت تلك الأحكام لا تتعارض مع

[1]– د. عكاشة عبد العال – مرجع سابق ص 598.

النظام العام في سورية [1]. أو كما لو كان قانون جنسية المتوفى باعتباره القانون الواجب التطبيق على مسائل الميراث يجيز الميراث لقاتل مورثه، فيبدو مقبولاً استبعاد هذا الحكم فقط دون باقي أحكام الميراث متى كانت موافقة للنظام العام.

وكان قد أورد الجانب الفقهي المناصر لاستبعاد القانون المختص استبعاداً جزئياً العديد من الحجج الكفيلة برجحانه في سياق الأخذ بالأثر السلبي للنظام العام، ومن بين تلك الحجج ما تحدث عن عدم جواز ترتيب النظام العام لأثارٍ أبعد من تلك التي تتطلبها ضرورات الدفاع عن الأسس الجوهرية في قانون القاضي، وعن إن الدفع بالنظام العام لا يهدف لإصدار حكم قيمي على مجمل القانون الأجنبي، إنما يهدف لمنع حدوث النتيجة المخالفة له، عدا أن الاستبعاد الكلي للقانون الأجنبي في حال التعارض الجزئي يعد أكثر تعارضاً مع حكمة التشريع الوطني. إذا مادام القانون الأجنبي الواجب التطبيق يعدّ في نظر المشرع الوطني القانون الأكثر ملاءمة لحكم المسألة محل النزاع، فيغدو من الأقرب لحكمة التشريع ألا يستبعد من أحكامه إلا ما كان متعارضاً منها مع مقتضيات النظام العام فحسب[2].

ومن جهتنا نؤمن بالرأي القائل بالاستبعاد الجزئي للقانون المختص كلما كان ذلك ممكناً، انطلاقاً من النظر للنظام العام كسلاح له حدين، لجهة ما ينطوي عليه التوسع غير المبرر في إعماله من إساءة لنظام تنازع القوانين الوطني.

بل نعتقد إن الرأي خلاف ذلك يحمل في طياته رغبة دفينة للتخلص من القانون الأجنبي بافتعال الذرائع لا بملاحظتها حين وجودها. على نحو يُظهر القاضي الوطني كما لو كان مكرهاً على تطبيق القانون الأجنبي الواجب التطبيق، ويتحين الفرص للتخلص منه على أهون سبب، فيما لو وجد السبب من أصله!.

---

[1]– د. فؤاد ديب – مرجع سابق ص 149.

[2]– راجع حول مختلف تلك الآراء د. حفيظة الحداد– مرجع سابق ص304، د. عكاشة عبد العال– مرجع سابق ص602.

– ومن جانبها تبنت العديد من الاجتهادات القضائية التوجه الفقهي الراجح في استبعاد القانون المختص، ومن أمثلتها ما قضت به محكمة النقض الفرنسية من أنه: " إذا كان القانون الأجنبي متعارضاً مع النظام العام الفرنسي في مسائل النسب الطبيعي، فإن استبعاد حكمه يقتصر على هذه المسألة وحدها دون أن يتعداها إلى أثار النسب" [1]، كما قضت محكمة استئناف الإسكندرية أنه: " ليس صحيحاً ان مطلق وجود حكم في القانون الأجنبي يخالف النظام العام في مصر يرتب إبطال العمل بالقانون المذكور برمته، وإحلال القانون المصري محله، فإن هذا المذهب ليس له من القانون المصري سند، بل هو متعارض مع نص المادة (28) من القانون المدني الذي يجري بأنه (لا يجوز تطبيق أحكام قانون عينته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو الآداب في مصر) وظاهر أن هذا النص هكذا يقصد عدم جواز التطبيق على الأحكام التي تخالف النظام العام وليس على القانون ذاته" [2].

– وبالإضافة إلى التوجهات القضائية وجد الاستبعاد الجزئي تطبيقاً تشريعياً له في قوانين بعض الدول العربية، ومنها ما ورد صراحةً في الفصل (36) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية الصادرة في 1998/11/27م، والذي جاء فيه ((... ولا يستبعد من القانون الأجنبي عند العمل بالنظام العام سوى أحكامه المخالفة للنظام العام في مفهوم القانون الدولي الخاص التونسي ...)).[3]

وفي سياق النص التشريعي السوري نأمل– من جانبنا– إن لم يطرأ تعديل على نص المادة(30) بما يفيد إضافة ما يشبه منحى المشرع التونسي المذكور أعلاه، أن يتم

---

[1]– نقض مدني 8 نوفمبر 1943 في قضية "Fayeulle" المجلة الانتقادية 1946 (ص 273) مشار إليه لدى د عكاشة عبد العال –المرجع السابق –ص600 هامش(1)

[2]– استئناف الإسكندرية، دائرة الأحوال الشخصية للأجانب 17 –مارس–1963. مشار إليه في المرجع السابق– ص601 هامش(1)

[3]– مجلة القانون الدولي الخاص / الجمهورية التونسية منشورة على الموقع الالكتروني (مجلة القانون الدولي الخاص – جوريسبيديا) ar. Jurispedia.org– تاريخ الزيارة 2021/2/15م.

تفسير النص الحالي بما يفيد الاستبعاد الجزئي كلما أمكن ذلك. نظراً لان الصياغة الحالية للمادة ذهبت للقول: ((لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام...)) بدلاً من قولها: ((لا يجوز تطبيق قانون أجنبي عينته النصوص السابقة، إذا كانت أحكامه مخالفة للنظام العام)) فإذا كان في مثل هذه الصياغة ما قد يوحي باستبعاد القانون الأجنبي برمته، فإننا نرى في الصياغة الحالية لنص المادة (30) ما يعكس رغبة المشرع في التمييز داخل القانون الأجنبي ما بين أحكامه الموافقة للنظام العام الوطني، وأحكامه المعارضة له.

–على أن مجمل ما سبق قوله في معرض استبعاد القانون المختص استبعاداً جزئياً يبقى مقيداً بإمكانية ذلك أصلاً، فإن تعذر الاستبعاد الجزئي نظراً لارتباط أجزاء القانون ارتباطا يستعصي الفصل فيما بينها، فلا مناص حينها من استبعاد القانون المختص استبعاداً كلياً، ومثال على ذلك حالة العقد الذي يتضمن شرطاً غير مشروع يكون بمثابة الباعث الدافع إلى التعاقد.

إلا أن أكثر الفروض التي تظهر فيها حالة الاستبعاد الكلي عادة هي الفرض الذي يترتب فيه على الدفع بالنظام العام إباحة أثر يحظره القانون الأجنبي، كما لو رغب أجنبيان مختلفا اللون في الزواج في دولة لا تمنع ذلك كسورية مثلاً رغم أن قانونهما الشخصي يمنع هذا الزواج، إذا يترتب على تدخل النظام العام إخضاع العلاقة وأثارها للقانون الوطني [1].

[1]– ومن التطبيقات القضائية ما ذهبت إليه محكمة التمييز الفرنسية لجهة إحلال القانون الفرنسي بدلاً من القانون البوليفي المسند إليه حسب قواعد التنازع لفرنسية لمخالفته النظام العام، كونه يحظر الانفصال الجسماني بين الزوجين، بالإضافة إلى إحلال القانون الفرنسي ليطبق أيضاً على مسألة تصفية النظام المالي بين الزوجين، نقض مدني، 15/أيار/1963، المجلة الانتقادية 1964ص 532 مشار إليه مع التعليق في مؤلف د. عكاشة عبد العال –المرجع السابق– ص 604.

وبقي أن نشير في ختام الحديث عن الأثر السلبي للنظام العام إلى ما تداولته الأوساط الفقهية عن هذا الأثر في حال وجود معاهدة دولية، كما لو أبرمت معاهدة بين دولتين أو أكثر، وكان من المتفق فيها إعمال قواعد إسناد معنية تشير إلى تطبيق قانون أجنبي، ثم تبين أن القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة أخرى متعاقدة، وان أحكامه مخالفة للنظام العام في بلد القاضي، حيث ميز الفقهاء هنا بين حالتين: الأولى منهما فيما لو نصت المعاهدة على تقييد تطبيق القانون الأجنبي بمقتضيات النظام العام في الدول المتعاقدة، ووجدوا بحق أنه لا صعوبة تذكر هنا، أما الحالة الثانية أي حالة غياب مثل ذلك النص، فقد رجّحوا حقيقة أن سكوت المعاهدة في مثل هذه الفرض لا يلزم الدول بتطبيق ما يخالف النظام العام فيها.[1]

2–الأثر الإيجابي للدفع بالنظام العام:

إن استبعاد القانون المختص نتيجة إعمال الدفع بالنظام العام يستتبع البحث عن قانون بديل لحكم النزاع، إذ أن إنهاء المهمة عند استبعاد القانون الأجنبي وإعلان عدم الاختصاص فيه ما ينطوي على إنكارٍ للعدالة [2] لذا وجب البحث عن القانون المنتظر منه ملء الفراغ التشريعي الناتج عن استبعاد القانون الأجنبي، ولسد ذلك الفراغ اقترح الفقه عدة خيارات، كان منها البحث عن نص بديل في القانون الأجنبي ذاته [3] ، وقد انتقد هذا الرأي لأنه يؤدي إلى إخضاع المسألة محل النظر إلى نصوص غير موضوعة لها أصلاً. بينما ذهب رأي فقهي أخر إلى تطبيق القانون الأقرب للعلاقة، كأن يتم مثلاً تطبيق قانون موطن الشخص في مسائل الأحوال الشخصية في الحالة التي يكون فيها

---

[1]– راجع حول هذا الموضوع د. عز الدين عبد الله: القانون الدولي الخاص – الجزء الثاني في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي – الطبعة التاسعة – الهيئة المصرية العامة للكتاب – عام1986م– ص 546.

[2]– بينما يرى النظام الانكليزي في الدفع بالنظام العام دفعاً إجرائياً لا موضوعياً، مما يعني حكم المحكمة في حالة استبعاد القانون الأجنبي المخالف بعدم اختصاصها وعدم إثارة مسألة البحث عن بديل للقانون المستبعد– د. عكاشة عبد العال – مرجع سبق ذكره – ص 606.

[3]– د. أحمد الهواري – مرجع سابق– ص 389.

قانون جنسيته مخالفاً للنظام العام، وقد انتقد هذا الحل أيضاً لعدم جدواه، خاصة في الفرض الذي يرغب فيه المعنيون في إنشاء علاقة غير مشروعة في نظر النظام العام في بلد القاضي، كما لو رغب مثلاً أجنبيان بالاعتراف بشرعية ابن هو نتاج علاقة زنى في دولة تمنع ذلك، فإنه من غير المتصور أن يتمكن أي قانون بديل أخر، ولو كان القانون الأقرب للعلاقة، من جعل هذه العلاقة مشروعة من وجهة نظر قانون القاضي، أما إن كان القانون البديل سيجعلها علاقة غير مشروعة كما هي عليه في قانون القاضي، فهذا ما يثير التساؤل عن سبب عدم الأخذ بقانون القاضي مباشرة كقانون بديل!.

– وفي معرض استعراض مختلف الآراء الفقهية ذات الصلة ببيان القانون البديل يظهر الرأي القائل بالأخذ بقانون القاضي كرأي راجح، وذلك لجهة ما لقانون القاضي من اختصاص احتياطي عام في كل حالة يتعذر فيها تطبيق القانون المختص، سواءً أكان التعذر مادياً بإثبات موضوعه، أم قانونياً بمخالفته لمقتضيات النظام العام.

كما ينسجم الأخذ بهذا الحل في رأي غالبية الفقه مع مفهوم الدفع بالنظام العام نفسه، وذلك لجهة استبعاد القانون الأجنبي إعمالاً للقواعد الموضوعية المتعلقة بالنظام العام في قانون القاضي على نحو يستوجب احترام المقتضيات ذاتها التي تمت مخالفتها، أو التي وقع عليها الاعتداء، أي بعبارة أخرى مختصرة ينسجم هذا الحل مع طبيعة فكرة النظام العام باعتبارها فكرة وطنية بالدرجة الأولى.[1]

– وقد أيد التوجه القضائي من جانبه ما انتهى إليه الفقه الراجح من ضرورة إحلال قانون القاضي مكان القانون الأجنبي المستبعد، فسار على ذلك القضاء الفرنسي، وقضاء العديد من الدول العربية، ولعل خير مثال على هذا الأخير حكم محكمة تمييز

[1]– "lagarde، موسوعة القانون الدولي، فقرة 69 " أشار إليه د. عكاشة عبد العال – في مرجعه السابق – ص 622 – د. حفيظة الحداد – مرجع سابق –ص 307.

دبـي بتـاريخ 16/آذار/1996 السـابق الإشـارة إليـه فـي معـرض بيـان صـفة اللاعلمانيـة للنظام العام في الدول المتعددة تعدداً شخصياً.

– كما تبنى الحل السائد فقهاً وقضاءً والقائم على الأخذ بقانون القاضي العديد من النصوص التشريعية في القوانين المقارنة، ونذكر منها على سبيل المثال: نص المادة (73) من القانون الكويتي رقم 5 لعام 1961، حيث ورد فيه ((لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته النصوص الواردة في هذا الباب إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو للآداب في الكويت، ويتعين في هذه الحالة تطبيق القانون الكويتي))، وأيضاً نص الفصل (36) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية لعام 1998، والذي اختتم بالقول ((...، ويطبق القاضي أحكام القانون التونسي بدلاً عن أحكام القانون الأجنبي التي استبعد تطبيقها))

– ومن مقارنة النصين السابقين –وكل نص انتهج مسلكهما– مع النص الوارد في المادة(30) من القانون المدني السوري، نعتقد أنه كان من الأفضل لو تناول المشرع السوري الأثر الإيجابي للنظام العام بالتنظيم ، وذلك بمنح الاختصاص صراحة للقانون السوري في معرض إعمال هذا الأثر.

– وإذا كان الأثر الإيجابي يتجسد لجهة المبدأ بتطبيق قانون القاضي، فإن إحلال هذا القانون بدلاً عن القانون المستبعد قد يكون صريحاً أو ضمنياً من جهة، وقد يكون كاملاً أو جزئياً من جهة أخرى.

– فقد يتدخل قانون القاضي بصورة ضمنية، وعادة ما يتم ذلك بصدد علاقة يمنع قيامها خلافاً للقانون الأجنبي، كما لو كان القانون الأجنبي يسمح بزواج الخال من ابنة أخته، أو زواج مثيلي الجنس، أو بيع أعضاء الجسد لسداد دين، إذ يستبعد في مثل هذه الحالات القانون الأجنبي ليحل محله قانون القاضي لمنع قيام تلك العلاقات، وبالمقابل عادة ما يتدخل قانون القاضي بصورة صريحة فيما لو كان

يترتب على إعماله نشوء علاقة يمنع قيامها القانون الأجنبي المستبعد، كما لو كان القانون الأجنبي يمنع الزواج بسبب اختلاف اللون[1]

– كما أن إحلال قانون القاضي محل القانون الأجنبي الواجب تطبيقه عادةً ما يتم بمقدار الاستبعاد، فإن كان الاستبعاد كلياً يستقل قانون القاضي بحكم النزاع، أما إذ كان الاستبعاد جزئياً فيظهر نوع من المشاركة مابين قانون القاضي والقانون الأجنبي لحكم النزاع [2].

وبقي أن نشير في ختام الحديث عن الأثر الإيجابي للنظام العام إلى ما يظهر من صعوبات في معرض الأخذ بقانون القاضي كقانون بديل عن القانون الأجنبي المستبعد، كما لو كان قانون القاضي يخلو من نص بديل، أو نص ملائم لحكم المسألة محل النزاع، ويبدو أن الحل الأكثر قبولاً فقهاً وقضاءً في مثل تلك الحالات يتمثل بالعودة إلى المبادئ العامة للقانون، أو على حد قول البعض، بالتصدي للنزاع في ضوء القواعد المستقرة في القانون الطبيعي [3]، وقد سبق أن واجه القضاء المغربي مثل تلك الصعوبة بشأن منازعات متعلقة بالأحوال الشخصية للأجانب، حيث استعان لتجاوزها بمبادئ القانون الطبيعي، فقرر تطبيقها بدلاً من القانون الأجنبي الذي تمَّ استبعاده.[4]

ثانياً: الأثر المطلق والأثر المخفف للنظام العام

انطلاقاً من فكرة الحقوق المكتسبة يذهب جانب من الفقه للتفرقة مابين مسألة اكتساب الحقوق ومسألة الاحترام الدولي للحقوق المكتسبة، مما يستتبع التمييز في صدد إعمال النظام العام، مابين الحالة التي يراد فيها إنشاء حق معين في دولة القاضي، وبين

---

[1]– د. عكاشة عبد العال– مرجع سابق – ص 608.

[2] – د. فؤاد ديب – مرجع سابق – ص 152.

[3]– د. حفيظة الحداد – مرجع سابق – ص 308. – د. أحمد الهواري – مرجع سابق – ص 391.
– د. عكاشة عبد العال – مرجع سابق – ص 617 و ص 623.

[4]– د. فؤاد عبد المنعم رياض ود. سامية راشد بالاشتراك مع د. محمد خالد الترجمان: تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي – دار النهضة العربية – القاهرة – 1995– ص 156.

الحالة التي يراد التمسك فيها بآثار حق نشأ صحيحاً خارج دولة القاضي التي لا تسمح بقيام مثيله. بحيث تمثل الحالة الأولى ما يسمى بالأثر العادي للنظام العام، بينما تشير الحالة الثانية إلى ما اصطلح عليه بالأثر المخفف أو الملطف للنظام العام.

1–الأثر العادي أو المطلق للنظام العام:

يظهر الأثر العادي أو المطلق للنظام العام بصدد حق يراد إنشاؤه في بلد القاضي ، حيث يذهب القاضي للبحث عما إذا كان إنشاء مثل هذا الحق وفقاً للقانون الأجنبي المسند إليه يتعارض مع مقتضيات النظام العام في دولته أم لا، فإذا ما تبين له عدم التعارض فإنه يسمح بنشوء الحق أو العلاقة، أما إذا ظهر له مخالفة أحكام القانون الأجنبي المختص لمقتضيات النظام العام في دولته كان عليه عدم السماح بإنشاء هذا الحق [1]. كما لو كان القانون الأجنبي يجيز زواج المسلمة من غير المسلم، إذ لا يمكن للقاضي في دولة كسورية مثلاً السماح بقيام مثل هذه العلاقة، لمخالفة نشوء هذا الحق للنظام العام السائد فيها.

2–الأثر المخفف أو الملطف للنظام العام

يراد بالأثر المخفف أو الملطف للنظام العام – حسب ما درج عليه كل من الفقه والقضاء– التمسك في دولة القاضي بمجمل أو ببعض أثار حق اكُتسب بشكل أصولي في الخارج، متى كانت تلك الآثار غير مخالفة للنظام العام في بلد القاضي، وكان إنشاء مثل ذلك الحق محظوراً بموجب النظام العام السائد في هذا البلد[2].

كما لو طالبت زوجة مسلمة بنفقة زوجية من زوجها غير المسلم في دولة تمنع بموجب نظامها العام زواج المسلمة من غير المسلم، ولكنها تسمح بالنفقة مع اختلاف الدين.

---

[1]– د. محمد كمال فهمي: أصول القانون الدولي الخاص، الطبعة الثانية، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية – 1992– ص 517.– د. فؤاد ديب – مرجع سابق – ص 152.

[2]– في معنى قريب د. فؤاد ديب – مرجع سابق – ص 153.

- وقد وجد الأثر المخفف للنظام العام تبريره في عدة أفكارٍ، كان أهمها: فكرة احترام الحقوق المكتسبة بطريقة صحيحة في الخارج وفقاً لقانون أجنبي [1]، وفكرة رد فعل النظام العام مابين الإطلاق والتخفيف، حسب ما تواترت على بيانه محكمة النقض الفرنسية، ومن ذلك البيان قولها ((إنَّ رد الفعل في مواجهة نص في القانون الأجنبي مخالف للنظام العام الفرنسي ليس واحداً بحسب ما إذا كان الأمر يتعلق بمنع نشوء حق في فرنسا، أو بتركه يرتب أثاراً لحق اكتسب في الخارج بدون غش، وكان موافقاً للقانون الواجب التطبيق بمقتضى القانون الدولي الخاص الفرنسي))[2].

كما وجد البعض تبرير الأثر المخفف للنظام العام من خلال أهم خصائص النظام العام المتمثلة بطابعه الإقليمي، وذلك اعتباراً من أن الخطر الذي كان منحصراً في مرحلة إنشاء الحق قد زال بحدوث الواقعة في الخارج، مما ينفي مبرر تدخل النظام العام بعد ذلك [3] .

- ومن الأمثلة التقليدية لإعمال الأثر الملطف للنظام العام، ما كان من وضع الطلاق بموجب القانون الفرنسي قبل عام 1884 على نحو يمنع التطليق في فرنسا، إلا أن الطلاق المقضي به في الخارج كان يعترف له بآثاره في فرنسا، وبالمثل فيما يتعلق بمنع إثبات النسب الطبيعي بطريقة التقاضي قبل عام 1912، إلا أن النسب الطبيعي الذي أثبت في قضاء خارج الدولة الفرنسية كان منتجاً لأثاره في فرنسا [4].
- وإذا كان تعارض النظام العام في الأمثلة السابقة قد وقع في مواجهة إنشاء الحق ذاته دون أثاره بما يخدم التحديد العام لمفهوم الأثر المخفف، إلاَّ أن الدخول في

---

[1]- د. أحمد الهواري – مرجع سابق – ص 392.

[2]- تمييز فرنسي 11/ابريل/1945، وتمييز مدني 17/ابريل /1953، وتمييز مدني 20/ مايو/1967 أشار إليهم – د. عكاشة عبد العال في مرجعه السابق – ص 626.

[3]- د. محمد كمال فهمي – مرجع سابق – ص 530.

[4]- المرجع سابق – ص 517.

تفاصيل الأثر المخفف للنظام العام يستوجب علينا بيان المزيد من صور ذلك التعارض، كأن يقع التعارض مع إنشاء الحق وبعض من أثاره دون بعضها الأخر، أو لا يقع التعارض مع إنشاء الحق في ذاته، ولكنه يحول دون نفاذ بعض من أثاره.

– إذا من المتصور أن يقع تعارض النظام العام مع إنشاء الحق وبعض من أثاره دون بعضها الأخر، ومثال ذلك ما ذهب إليه النظام الفرنسي من منع تعدد الزوجات على نحو لا يسمح بإنشاء زواج ثاني في فرنسا مع قيام الزواج الأول، ومع ذلك إن إبرام الزواج الثاني في الخارج كان يرتب في فرنسا بعضاً من أثاره، كثبوت النسب وحق التوارث، دون أثاره الأخرى، كالآثار الشخصية من قبيل الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين [1] ومن هذا المنطلق رفض القضاء الفرنسي في أحد أحكامه أن يجبر الزوج زوجته الثانية على مساكنته في مقام الزوجية، كما قرر في حكم أخر عدم أحقية الزوجة الثانية في طلب المساعدة الاجتماعية في فرنسا ما لم تكن الزوجة الأولى قد رحلت بصفة نهائية إلى الخارج وبدون عودة [2].

– وقد لا يتعارض النظام العام مع إنشاء الحق ذاته، ولكنه يحول دون ترتيب بعض أثار الحق التي تنافيه، فتعدل تلك الآثار بما يتفق مع مقتضيات النظام العام، ومثالها ما ذهب إليه القضاء الفرنسي في قضية تتلخص وقائعها بأنَّ ثرياً أمريكياً تزوج راقصة فرنسية وأقاما في أمريكا، وحينما عادت الزوجة للظهور على أحد مسارح باريس رغم معارضة زوجها طالب الزوج صاحب العمل بمنع زوجته من العمل تحت طائلة إلزامه بالتعويض. فدفعت الزوجة بأن قانون زوجها الذي يحكم أثار الزواج يمنحها حرية ممارسة المهنة، ومع ذلك قضت المحكمة للزوج بالتعويض على أساس أن عصيان

[1]– المرجع سابق – ص 517 وص 519.

[2]– د. عكاشة عبد العال – مرجع سابق – ص628.

الزوجة لزوجها بما يخلُّ بحقوقه كرب الأسرة فيه ما ينطوي على مخالفة للنظام العام الفرنسي[1].

وبالنتيجة يتبين لنا من تعقب الاجتهاد القضائي المضطرد على الأخذ بالأثر الملطف للنظام العام في قضاء العديد من الدول[2] ضرورة تبني القضاء السوري لهذا الأثر كلما أتيحت له فرصة إعماله، هذا ما لم يتبناه المشرع مستقبلاً بالتنظيم، كما فعلت بعض التشريعات الحديثة ممن أتت على ذكره بنص صريح، كمجلة القانون الدولي الخاص للجمهورية التونسية، والتي قبلت في الفصل(37) منها أن: ((يتم الاعتراف بالبلاد التونسية بآثار وضعيات نشأت بصفة شرعية بالخارج وفق القانون الذي عينته قاعدة التنازع التونسية، ما لم تكن هذه الآثار ذاتها متعارضة مع النظام العام الدولي التونسي)).

ونعتقد أن الأخذ بالأثر الملطف على نحو تبادلي بين أعضاء الأسرة الدولية ككل، من شأنه أن يخفف من حدة خاصية الطابع الإقليمي للنظام العام بالقدر الذي يمنح العلاقات الدولية الخاصة المرونة اللازمة لتطورها، وذلك دون المساس بجوهر تلك الخاصية.

ثالثاً: الأثر الانعكاسي للنظام العام

ذهب جانب من الفقه للحديث عن أثر انعكاسي للنظام العام يظهر عادة في رأي أنصاره في حال توافق مقتضيات النظام العام ما بين دولتين، وذلك فيما لو أريد إنشاء حق في دولة معنية، وكان القانون المختص وفقاً لقواعد الإسناد في تلك الدولة يحظر إنشاؤه، فيستبعد هذا القانون بناء على مقتضيات النظام العام، ويكتسب الحق طبقاً للقانون الإقليمي، فإذا ما تم الاعتراف بهذا الحق في دولة ثالثة لاتحاد مقتضيات النظام

---

[1]-محكمة السين 8/ابريل /1930 أشار للحكم ولتفاصيل القضية د. محمد كمال فهمي – مرجع سابق – ص519(هامش ومتن).

[2]- أخذت أحكام كل من القضاء الفرنسي الانكليزي والألماني بالأثر المخفف للنظام العام ، وذلك للاعتراف ببعض النظم المعروفة في الشريعة الإسلامية، مثل تعدد الزوجات، والطلاق بإرادة منفردة ، رغم عدم إمكانية نشوء هذين الحقين في تلك الدول. د. عكاشة عبد العال – مرجع سابق – ص 627.

العام في هذه الدولة مع الدولة التي اكتسب فيها الحق، في مثل هذا الفرض يمكن القول إن نفاذ الحق في الدولة الثالثة قد تمَّ بمقتضى ما يسمى بالأثر الانعكاسي للنظام العام على حسب قول جانب من الفقه، وعلى رأسهم الأستاذ نيبوابيه[1] .

– ويمكن أن نطرح مثالاً على ذلك: فيما لو أريد إبرام زواج ما بين أجنبي مسلم من أجنبية غير مسلمة في سورية، وكان القانون المختص، وهو قانون جنسية الزوجين طبقاً للمادة (13) من القانون المدني السوري، يمنع الزواج بسبب اختلاف الدين، مما اقتضى استبعاده، وتطبيق القانون السوري عنه، بما ترتب على ذلك من اكتساب الحق طبقاً للقانون السوري، فإن الاعتراف بصحة هذا الزواج في دولة أخرى تتوافق مقتضيات النظام العام فيها مع الدولة السورية التي نشأ فيها الحق هو ما يمثل في نظر جانب من الفقه ما اصطلح عليه بالأثر الانعكاسي للنظام العام.

– وفي الحقيقة يشار في الأوساط الفقهية إلى عدة أمثلة للأثر الانعكاسي، نذكر منها: فيما لو أراد أمريكي ملون الزواج بأمريكية بيضاء في فرنسا، وكان قانون جنسيتهما يمنع عقد هذا الزواج، وأُبرِمَ مع ذلك طبقاً للقانون الفرنسي بمقتضى النظام العام، فإن الاعتراف بهذا الزواج خارج فرنسا من شأنه الكشف عما يسمى بالأثر الانعكاسي.

ويبدو أن الأثر الانعكاسي للنظام العام لم يحظَ باهتمام مماثل لأثار النظام العام الأخرى، كالأثرين السلبي والايجابي، أو العادي والمخفف، بل ذهب جانب هام من الفقه وعلى رأسهم الفقيه ((بارتان)) لإنكار وجوده بذريعة ما للنظام العام من طابع إقليمي يستوجب عدم تخطي أثار الحق لإقليم الدولة التي اكتُسب فيها [2].

* ومن جهتنا نتحفظ على ما اصطلح عليه بالأثر الانعكاسي لجهة دقة دلالته، فبناء على ما ورد إلى علمنا حول مفهوم الأثر الانعكاسي للنظام العام، وجدنا ما يشير لتقييد ذلك المفهوم بحالة امتداد أثار النظام العام على ما يتعلق بإنشاء الحق، فيما لو كانت

[1] – راجع حول ذلك: د. محمد كمال فهمي – مرجع سابق – ص530.

[2]– المرجع السابق – ص531.

مقتضيات النظام العام في الدولة المراد التمسك فيها بالحق تسمح بنشأته على غرار الدولة التي نشأ فيها فعلاً، إلا إننا نرى ان اختلاف مقتضيات النظام العام بين هاتين الدولتين ليس من شأنه تغييب الحديث عن الأثر الانعكاسي بالمفهوم الذي تصوره أنصاره، وذلك فيما لو تمت المقارنة ما بين : الدولة المراد التمسك فيها بالحق، ودولة القانون المختص الذي أشارت له قواعد الإسناد في الدولة التي نشأ فيها الحق.

لذا نميل من جانبنا لرأي الفقيه بارتان، ومَن ناصره، لجهة عدم الاعتداد بامتداد أثار النظام العام خارج حدود الدول، لعلة طابعه الإقليمي، ونرى ان وحدة متطلبات النظام العام بين الدولة التي نشأ فيها الحق والدولة المراد التمسك فيها بذلك الحق لا تعني إقراراً تلقائياً بالحل من قاضي الدولة الأخيرة استناداً إلى ما يُعرف بالأثر الانعكاسي للنظام العام. إذ يبقى لزاماً عليه بناء على الطابع الإقليمي للنظام العام التصدي للحل وفقاً لنظامه العام، والذي قد يظهر على توافق أو على تعارض مع النظام العام في دولة نشوء الحق، أو في دولة القانون المختص حسب قواعد الإسناد في تلك الدولة، وهذا ما يمثل بتقديرنا انعكاساً لخاصية الصفة الوطنية للنظام العام أكثر مما يمثل أثراً انعكاسياً للنظام العام بين الدول، ذلك أن نسبية النظام العام لجهة المكان هي في الحقيقة من تبرر الأثر الانعكاسي – حسب تصور أنصاره– ما بين الدولة التي نشأ فيها الحق والدولة المراد التمسك فيها بالحق فيما لو سمحت بذلك، وهي مَن تبرر أيضاً– حسب تصورنا للأثر الانعكاسي – إمكانية قيامه ما بين دولة القانون المختص بموجب قواعد الإسناد في الدولة التي نشأ فيها الحق والدولة المراد التمسك فيها بالحق فيما لو كانت تمنع قيامه.

الخاتمة:

في ختام حديثنا عن النظام العام كأحد الاستثناءات على القانون الواجب التطبيق بموجب قواعد الإسناد الوطنية في دولة القاضي عموماً، وفي الدولة السورية خصوصاً، يمكن الإشارة إلى أهم ما انتهى إليه بحثنا من نتائج:

أولاً: إن خاصية التجرد والحياد التي تتسم بها قواعد الإسناد الوطنية، بما تعنيه من إسناد مُعصب العينين للقانون الواجب التطبيق، هي من جملة ما يهدد بظهور القوانين المخالفة للنظام العام في المرحلة القضائية اللاحقة لمرحلة صياغة قواعد الإسناد.

ثانياً: إن دائرة النظام العام في سورية تضيق لتظهر مقتضياته شديدة المرونة والتسامح في مواجهة القوانين الأجنبية، وهذا ما برر بتصورنا اختلاف الصياغة التشريعية للمادة المتعلقة بالنظام العام ما بين الدولة السورية وبعض الدول الأخرى ذات الشريعة الواحدة.

ثالثاً: إن قواعد الإسناد أحادية الجانب، كقاعدة الإسناد الواردة في المادة (15) من القانون المدني السوري، تخرج بتصورنا من إطار الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص بمعناه الاستبعادي للقانون الأجنبي الواجب التطبيق المشار إليه في نص المادة (30) من القانون المدني السوري، لتدخل في إطار الاستثناءات الواردة على خصائص قواعد الإسناد، وتحديداً على خاصتي التجرّد والثنائية.

رابعاً: ضرورة الاكتفاء بالاستبعاد الجزئي للقانون الأجنبي المختص كلما كان ذلك ممكناً، لأن العمل خلاف ذلك يحمل باعتقادنا رغبة دفينة للتخلص من القانون الأجنبي بافتعال الذرائع لا بملاحظة وجودها، على نحو يظهر القاضي الوطني كمن يتحين الفرص للتخلص من القانون المختص رغم غياب السبب من أصله.

خامساً: التحفظ على ما يسمى بـ(الأثر الانعكاسي للنظام العام)، ذلك أن تحليلنا السابق له في متن البحث أظهره انعكاساً لخاصية الصفة الوطنية للنظام العام أكثر منه أثراً انعكاسياً للنظام العام بين الدول، إذ وجدنا في نسبية النظام العام لجهة المكان ما يبرر –حسب تصور أنصار الأثر الانعكاسي – ظهوره مابين دولة نشوء الحق، والدولة المراد التمسك فيها بالحق، فيما لو اتفقت الدولتان على صحة قيامه،

وما يبرر أيضاً – حسب تصورنا لهذا الأثر – إمكانية ظهوره ما بين دولة القانون المختص بموجب قواعد إسناد دولة نشوء الحق، والدولة المراد التمسك فيها بهذا الحق، وذلك لجهة عدم نفاذ الحق، فيما لو اتفقت هاتان الدولتان على عدم النفاذ.

*** ومن جملة ما انتهينا إليه من نتائج كان لنا التوصية بالمقترحات التالية:**

أولاً: تقييد سلطة القاضي التقديرية في الكشف عن مبادئ وأُسس النظام العام بمعيار موضوعي يضمن حماية القانون الأجنبي المختص من خطر استبعاده استبعاداً غير مبرر، أو من خطر احتمال التحيز ضده على نحو يشوه القصد التشريعي المستهدف في بناء قواعد الإسناد الوطنية.

ثانياً: استكمال نص المادة (30) من القانون المدني السوري، وذلك بإضافة عبارة تشريعية واضحة تضمن الأخذ بالاستبعاد الجزئي للقانون الأجنبي المختص كلما أمكن ذلك، أو تفسير القضاء للنص الحالي – في حال عدم التعديل التشريعي– بما يضمن ترتيب أثار الدفع بالنظام العام بالقدر الذي تطلبها ضرورة الدفاع عن الأسس الجوهرية في بلد القاضي، وبالشكل الذي ينسجم مع حكمة المشرع الوطني ورغبته الضمنية في التمييز داخل القانون الأجنبي ما بين الأحكام الموافقة للنظام العام الوطني، وبين الأحكام المعارضة له.

ثالثاً: تبني الحل السائد فقهاً وقضاءً وتشريعاً في معرض الأخذ بالأثر الإيجابي للنظام العام، وذلك باستكمال نص المادة (30) بما يفيد منح الاختصاص صراحة للقانون السوري لملء الفراغ التشريعي الناجم عن استبعاد القانون الأجنبي المختص بموجب الدفع بالنظام العام.

رابعاً: تبني القضاء السوري للأثر المخفف للنظام العام كلما أتيحت له الفرصة بذلك انسجاماً مع توجه مناصريه في الفقه والقضاء والتشريع، هذا ما لم يقرر المشرع السوري صراحة الاعتراف بآثار الحقوق المكتسبة أصولاً في الخارج تطبيقاً لهذا الأثر على نحو يمنح العلاقات الدولية الخاصة قدراً من المرونة اللازمة لتطورها دون المساس بالطابع الإقليمي للنظام العام.

مراجع البحث:

1. د.أحمد الهواري: الوجيز في القانون الدولي الخاص الإماراتي، دراسة لأحكام الجنسية الإماراتية ولحلول مشكلات تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين في القانون الإماراتي – إثراء للنشر والتوزيع – الأردن – 2008م
2. د. عز الدين عبد الله: القانون الدولي الخاص – الجزء الثاني في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي – الطبعة التاسعة – الهيئة المصرية العامة للكتاب – عام1986م.
3. د. عكاشة عبد العال – تنازع القوانين (دراسة مقارنة) – منشورات الحلبي الحقوقية – لبنان –2007
4. د. فؤاد ديب : القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين) – جامعة دمشق – 1997 – 1998.
5. د.فؤاد عبد المنعم رياض ود. سامية راشد بالاشتراك مع د. محمد خالد الترجمان: تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي – دار النهضة العربية – القاهرة – 1995.
6. د. حفيظة السيد الحداد – الموجز في القانون الدولي الخاص – الكتاب الأول (المبادئ العامة في تنازع القوانين)– منشورات الحلبي الحقوقية – لبنان – 2007
7. د. محمد كمال فهمي: أصول القانون الدولي الخاص، الطبعة الثانية، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية – 1992.

القوانين:

1. القانون المدني السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 84 تاريخ 1949/5/18.
2. قانون المعاملات المدنية الإماراتي: القانون الاتحادي رقم 5 لسنة 1985.
3. القانون الكويتي رقم 5 لسنة 1961 المتعلق بتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي.
4. مجلة القانون الدولي الخاص/الجمهورية التونسية منشورة على الموقع الالكتروني (مجلة القانون الدولي الخاص – جوريسبيديا) ar. Jurispedia.org– تاريخ الزيارة 2021/2/15م.