مجلة جامعة تشرين – سلسلة العلوم الاقتصادية والقانونية

اسم المقال: موانع تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني في النزاعات المدنية
اسم الكاتب: د. غسان علي، طارق جلب
رابط ثابت: https://political-encyclopedia.org/index.php/library/5820
تاريخ الاسترداد: 2026/11/03 18:32 +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 تشرين – سلسلة العلوم الاقتصادية والقانونية – ورفده في مكتبة الموسوعة السياسيّة مستوفياً شروط حقوق الملكية الفكريّة ومتطلبات رخصة المشاع الإبداعي التي ينضوي المقال تحتها.

Impediments To The Application Of Foreign Law Before The National Judiciary In Civil Disputes

Dr Gassan Ali*
Tariq Jalab**

(Received 20 / 7 / 2022. Accepted 25 / 9 / 2022)

□ ABSTRACT □

Public order is a set of rules necessary for social life, and the concept of public order or its idea refers to the theory of the state, and we studied in this research the definition of public order and the effects that result from pushing public order and how the theory of fraud towards the law arose and the conditions for pushing fraud towards law and law The effect of fraudulent payment towards the law.

We concluded that the contract concluded under a foreign law and in violation of public order or fraud is considered an absolute nullity, and therefore any of the contracting parties has the right to raise it, as well as the court has the right to raise it on its own, and this is what is stipulated in Article / 136/ of the Syrian Civil Code By saying: If the subject of the obligation is contrary to public order or morals, the contract is void." Likewise, Article / 137/ which states: "If the obligation has no cause, or if its cause is contrary to public order or morals; The contract was void."

Keywords: Barriers - foreign law - national judiciary - public order - fraud towards the law.

*Assisstant Professor, Faculty Of Law, Tishreen University , Lattakia, Syria.
**Postgraduate Student , Faculty Of Law, Tishreen University , Lattakia, Syria.

موانع تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني في النزاعات المدنية

الدكتور غسان علي *
طارق جلب **

(تاريخ الإيداع 20 / 7 / 2022. قُبِل للنشر في 25 / 9 / 2022)

□ ملخّص □

يعتبر النظام العام مجموعة قواعد ضرورية للحياة الاجتماعية، ومفهوم النظام العام أو فكرته يرجعان إلى نظرية الدولة، ودرسنا في هذا البحث تعريف النظام العام والاثار التي تنتج عن الدفع بالنظام العام وكيف نشأت نظرية الغش نحو القانون وشروط الدفع بالغش نحو القانون ونطاق الدفع بالغش نحو القانون وأخيراً أثر الدفع بالغش نحو القانون.

توصلنا إلى أن يعدّ العقد المبرم في ظل قانون أجنبي والمخالف للنظام العام أو الغش عقداً باطلاً بطلاناً مطلقاً، ومن ثمّ يحق لأيّ من العاقدين أن يثيره، وكذلك يحق للمحكمة أن تثيره من تلقاء ذاتها، وهذا ما نصت عليه المادة /136/ من القانون المدني السوري بقولها: إذا كان محل الالتزام مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً « وكذلك المادة /137/ التي تنص على أنه: «إذا لم يكن للالتزام سبب، أو كان سببه مخالفاً للنظام العام أو الآداب؛ كان العقد باطلاً".

الكلمات المفتاحية: موانع – قانون أجنبي– قضاء وطني– نظام عام – الغش نحو القانون.

* **مدرس ، كلية الحقوق، جامعة تشرين، اللاذقية، سورية.**
** **طالب ماجستير، كلية الحقوق، جامعة تشرين، اللاذقية ، سورية.**

مقدمة:

يمتاز عالمنا اليوم بتطور وسائل الإتصالات، و بقيام علاقات سلمية بين دوله و هو ما أدى إلى قيام علاقات اقتصادية و اجتماعية بين شعوبه، و هذه العلاقات العابرة لحدود الوطنية تتطلب بالضرورة وجود قانون تخضع له ينظم هذه العلاقات من جهة و يقوم القاضي بتطبيقه في حالة حدوث نزاع من جهة أخرى. و لما كانت هذه العلاقات مرتبطة بأكثر من دولة واحدة، فإنه من غير المناسب إخضاعها كلها للقانون الوطني خاصة و أن هذا الأخير يكون في كثير من الأحيان غير متناسب معها و لا يتلاءم مع خصوصيتها، و لهذا فإن جميع الدول في عالمنا المعاصر تفسح المجال لتطبيق القوانين الأجنبية أمام قضاءها الوطني و إن اختلف المجال الممنوح لهذا القانون من دولة إلى أخرى.

فالقانون الأجنبي أصبح إذن محل تطبيق من القاضي الوطني كلما كان هذا الأخير أمام علاقة قانونية مشتملة على عنصر أجنبي و أشارت قاعدة الإسناد الوطنية بتطبيق قانون أجنبي معين بوصفه القانون الأنسب في نظر المشرع لحكم هذه العلاقة وهو ما يتطلب معه دراسة مركز هذا القانون أمام القضاء الوطني خاصة و أن العلاقات الخاصة الدولية في نمو مستمر.

إن القانون الأجنبي لا يطبق أمام هذا القضاء الوطني في النزاعات المدنية إلا إذا تم مراعاة جملة من الضوابط أهمها أن القانون الأجنبي لا يكون مخالفا للنظام العام في دولة القاضي أو إذا ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون[1].

وإن معظم التشريعات في العالم قد أوجبت على القاضي الإمتناع عن تطبيق القانون الأجنبي إذا خالف النظام العام أو إذا ثبت له الإختصاص بواسطة الغش نحو القانون كأسباب عامة لاستبعاد القانون الأجنبي، ومنها المشرع السوري الذي ينص يعدّ العقد المخالف للنظام العام والآداب عقداً باطلاً بطلاناً مطلقاً، ومن ثمّ يحق لأيّ من العاقدين أن يثيره، وكذلك يحق للمحكمة أن تثيره من تلقاء ذاتها، وهذا ما نصت عليه المادة /136/ من القانون المدني السوري بقولها: «إذا كان محل الالتزام مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً « وكذلك المادة /137/ التي تنص على أنه: «إذا لم يكن للالتزام سبب، أو كان سببه مخالفاً للنظام العام أو الآداب؛ كان العقد باطلاً.«

إشكالات البحث:

إن الإشكالية الرئيسية لهذا البحث تتجلى في: معرفة موانع تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني في النزاعات المدنية.

ويتفرع عن هذه الإشكالية الرئيسية عدد من التساؤلات التالية:

1- ماهي ضوابط تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني؟.

2- ماهو تعريف النظام العام؟.

3-ما هي الاثار التي تنتج عن الدفع بالنظام العام؟.

4- كيف نشأت نظرية الغش نحو القانون؟.

5-ماهي شروط الدفع بالغش نحو القانون؟.

6-ماهو نطاق الدفع بالغش نحو القانون؟.

7- ماهو أثر الدفع بالغش نحو القانون؟.

[1] **ضويفي عادل، القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، الجزائر، 2005-2006م، ص2-3.**

أهمية البحث و أهدافه:

تأتي أهمية البحث في أن القانون الأجنبي أصبح يحتل تدريجيا مكانة تضاهي المكانة التي يتمتع بها القانون الوطني، و هذا ما نلاحظه من خلال اتجاه القضاء الوطني في كثير من الدول إلى تطبيقه تلقائيا و الاعتراف بطبيعته كقانون خلافا لما كان عليه الحال في السابق، فكان لابد من معرفة حالات استبعاد تطبيقه امام القضاء الوطني ومعرفة شروط توافر هذه الحالات وأثارها.

منهجية البحث:

لأجل دراسة بحث موانع تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني في النزاعات المدنية، سوف نعتمد على المنهج الوصفي وذلك لأبراز جميع الآراء والأفكار حول موانع تطبيق القانون الأجنبي، بالإضافة لذلك سنعتمد على المنهج التحليلي لتحليل جميع ووجهات النظر فيما يتعلق بهذا الموضوع.

خطة البحث:

من أجل دراسة موانع تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني في النزاعات المدنية، سوف نتطرق في مطلب أول إلى النظام العام كسبب لاستبعاد القانون الأجنبي و في مطلب ثان إلى الغش نحو القانون، وفق خطة البحث التالية:

المطلب الأول: النظام العام كسبب لاستبعاد القانون الأجنبي.

المطلب الثاني: الغش نحو القانون.

المطلب الأول

النظام العام كسبب لاستبعاد القانون الأجنبي

إن البحث في النظام العام كسبب لاستبعاد القانون الأجنبي، يقتضي التعرض لمفهوم النظام العام، ومن ثم بيان أثر النظام العام، وذلك في الفروع التالية:

الفرع الأول: مفهوم النظام العام.

الفرع الثاني: صعوبة ضبط فكرة النظام العام كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي.

الفرع الثالث: أثر النظام العام.

الفرع الأول

مفهوم النظام العام

إن البحث في مفهوم النظام العام يقتضي تعريف النظام العام أولاً، ومن ثم تطور فكرة النظام العام ثانياً، كالآتي:

أولاً: تعريف النظام العام:

يُعرف النظام العام بأنه: " هو مجموعة الأسس الاجتماعية والاقتصادية والخلقية والسياسية والدينية التي يقوم عليها مجتمع من المجتمعات" [1].

وإن القواعد القانونية الآمرة يطلق عليها أيضاً اسم القواعد المتعلقة بالنظام العام فهي آمرة لا يجوز للأفراد مخالفتها أو الخروج عنها لأن المساس بها يشكل في الوقت نفسه مساساً بهذا النظام العام الذي تسعى إلى تحقيقه وحمايته.

[1] **حسن كيرة، المدخل إلى القانون ، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1974م، ص 47.**

ونحن نعلم أن القواعد الآمرة تهدف إلى حماية مصالح المجتمع الأساسية التي لا يسمح للأفراد بمخالفتها.

فتعريف النظام العام إذاً تتمثل فيه هذه المصالح الأساسية للمجتمع، والقانون حين يجعل طائفة من قواعده آمرة لا يجوز لأحد مخالفتها فهو إنما يفعل ذلك لأن هذه القواعد تهدف إلى حماية النظام العام في المجتمع وبالتالي حماية المصالح الأساسية لهذا المجتمع[1].

كما يعرف النظام العام بأنه: " مجموعة القواعد التي تهدف إلى حماية مصالح المجتمع الأساسية السياسية أو الاجتماعية أو الاقتصادية، وهو مجال تطبيق القواعد القانونية الآمرة، ومن ثمّ لا يجوز للأفراد أن يتفقوا في عقودهم على ما يخالف هذه المصالح. ومفهوم النظام العام هو مفهوم نسبي يختلف من دولة إلى أخرى؛ وفي الدولة الواحدة من زمن إلى آخر، ومن ثمّ فإن مجال النظام العام يضيق في ظل المذهب الفردي الذي يطلق العنان للحرية الفردية، ويتسع في ظل المذهب الاشتراكي أو مذهب التضامن الذي يرجح المصلحة العامة على مصلحة الفرد. " [2].

ولكن ما هي الأسس التي تؤلف النظام الحيوي للمجتمع ؟ أو ما هي المصالح الأساسية التي يسعى المجتمع إلى تحقيقها ؟

إن المصالح الأساسية للمجتمع تتجلى عادة بالنسبة للقانون المعاصر بالأمور التالية:

1 . حماية الفرد في كل ما يتصل بحياته وسلامة أمنه وحريته.

مثلاً: القاعدة التي تقضي بتحريم الرق تعتبر قاعدة آمرة من النظام العام لأنها تهدف إلى حماية حرية الإنسان.

2 . حماية الدولة ومؤسساتها القانونية ونظام الحكم فيها:

وعلى هذا فإن جميع قواعد القانون العام التي تنظم العلاقات التي تكون الدولة طرفاً فيها قواعد آمرة من النظام العام.

3 . حماية العائلة وإقامتها على أساس سليم، فالقواعد التي تنظم أمور العائلة هي قواعد آمرة من النظام العام.

4 . حماية الأخلاق والآداب العامة: أي أن كل اتفاق يمس هذه الأخلاق يعتبر باطلاً لأنه يمس في نفس الوقت النظام العام في المجتمع.

5 . حماية بعض المصالح الاقتصادية والاجتماعية: وسن القواعد الآمرة لحمايتها، كما في قواعد قانون العمل التي تنظم علاقات أرباب العمل بالعمال.

مثلا إن تعدد الزوجات في سورية هو من النظام العام فلا يستطيع أحد أن يتفق على تحريم التعدد (تعدد الزوجات في سوريا قاعدة آمرة).

أما في فرنسا تحريم تعدد الزوجات هو من النظام العام لا يستطيع أحد أن يتفق على التعدد (تحريم تعدد الزوجات في فرنسا قاعدة آمرة)[3].

ثانياً: تطور فكرة النظام العام:

استعملت فكرة النظام العام في بادئ الأمر كأداة لتثبيت الإختصاص للقانون الوطني ولم تبرز بمفهومها الحالي كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي إلا مع الفقيه الألماني سافيني " Savigny" .

1- النظام العام كأداة لتثبيت الإختصاص للقانون العام الوطني :

---

[1] **المدخل إلى علم القانون، الجامعة الافتراضية، دمشق، سورية، ص17.**

[2] **فواز صالح، النظام العام والآداب، بحث منشور على موقع الموسوعة العربية التالي:**

http://arab-ency.com.sy/ency/details/7251 تاريخ الدخول في 2022/7/13م.

[3] **توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية: (النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق)، بيروت، لبنان، الدار الجامعية، 1988م،ص25.**

بدأت الملامح الأولى لفكرة النظام العام مع المدرسة الإيطالية القديمة حيث كان الفقيه "Bartole" يفرق بين الأحوال الملائمة التي يمكن أن يمتد تطبيقها إلى خارج الإقليم و الأحوال المكروهة التي يقتصر تطبيقها على داخل الإقليم.

ثم جاء الفقيه الايطالي مانشيني "Mancini" رائد مدرسة شخصية القوانين و استعمل النظام العام كأداة لتثبيت الإختصاص للقانون الوطني كاستثناء على نظريته، مبررا ذلك بكون هذه القوانين لا تشكل جزءا من القوانين الشخصية، و بكونها ضرورية لصيانة النظام العام على الإقليم، مثل القوانين المتعلقة بالملكية العقارية و المسؤولية التقصيرية.

2- النظام العام كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي :

أول من استعمل فكرة النظام العام كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي هو الفقيه الألماني سافيني، فبعد أن عرض نظريته في الإشتراك القانوني التي تسمح للدول الأوروبية بتطبيق قوانين بعضها البعض، أشار إلى استثناء هام خول بموجبه لقاضي الإمتناع عن تطبيق القانون الأجنبي إذا ما تبين له انقطاع " الوحدة القانونية " بين قانونه و القانون الأجنبي المختص[1].

وقد أخذ الفقه الحديث عن سافيني نظريته للنظام العام كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي دون أن يشترط مسبقا وجود" اشتراك قانوني "، و ذلك لأن سافيني وجه نظريته في التنازع إلى الدول الأوروبية قبل أن تنتشر و تأخذ بها أغلب دول العالم.

الفرع الثاني

صعوبة ضبط فكرة النظام العام كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي

يختلف مفهوم النظام العام من مجتمع إلى آخر بل ويتغير مفهومه ضمن المجتمع نفسه من زمان إلى آخر فهو ذو مفهوم نسبي متغير[2].

فرغم أن الفقه الحديث مجمع على أهمية فكرة النظام العام و دورها كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي إلا أنه يبقى مختلفا مع ذلك حول تحديد مضمونها، و مع ذلك فإن هناك اتفاق حول تحديد هدفها، و هي أنها تمكن القاضي من استبعاد القانون الأجنبي المختص إذا تعارض تطبيقه مع الأسس السياسية و الإجتماعية و الإقتصادية السائدة في الدولة

وهي على هذا الأساس فكرة النظام العام فكرة مرنة و متطورة تختلف باختلاف الزمان و المكان، فما يعتبر اليوم من النظام العام قد لا يعتبر في المستقبل كذلك، و ما يعتبر متعارضا مع النظام العام في دولة ما قد لا يعتبر في دولة أخرى كذلك. فهي فكرة لا تتجسد إلا عندما تقوم بوظيفتها و يصعب تحديدها قبل ذلك[2].

وخصيصة المرونة هذه تتيح حصول التوافق اللازم للنظام العام القانوني السائد مع الواقع القائم، ولولا هذه المرونة لانفصلت فكرة النظام العام عن الواقع انفصالاً يفضي بدوره إلى سقوط المنظومة القانونية بأكملها. فالنظام العام يترك الباب دائماً مفتوحاً أمام التطورات المستقبلية[3].

وقد أدت الاعتبارات السابقة إلى إعطاء القاضي سلطة واسعة في تقديرها حسب المفاهيم السائدة في دولته على أن القاضي لا يقتصر في تقديره لمدى تعارض القانون الأجنبي مع النظام العام في دولته على مضمون هذا القانون، و

---

[1] **هشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين ، دار المطبوعات الجامعية، طبعة 2003 ، ص304.**

[2] **حسن كيرة، المرجع السابق، ص 47.**

[2] **سعاد داودي، موانع تطبيق القانون الأجنبي، منشور على الموقع التالي:**

https://www.startimes.com/f.aspx?t=34145944 تاريخ الدخول في 2022/7/10م.

[3] **مازن النهار، النظام العام والآداب العامة، بحث منشور على موقع الموسوعة العربية التالي:**

http://arab-ency.com.sy/law/details/25986 تاريخ الدخول في 2022/7/12م.

إنما إضافة إلى ذلك على الأثر الذي يتركه تطبيق هذا القانون على النزاع، إذ قد يكون القانون الأجنبي في ظاهره، غير أن الأثر الذي يترتب عن تطبيقه هو الذي يتعارض مع النظام العام.

ويضيف الفقه الألماني معيارا آخر، و هو ضرورة وجود صلة بين النزاع و دولة القاضي، و في هذه الحالة يجب التفريق بينما إذا كان تطبيق القانونية الأجنبي المتعارض مع النظام العام ينتج أثاره في دولة القاضي أم خارجها، و هذا الرأي تبنته مؤخرا محكمة النقض الفرنسية. في قرار لها صادر بتاريخ 10 فيفري 1993 في قضية تتعلق بإثبات النسب الطبيعي«La filiation naturelle» إذ نص هذا القرار "إذا كان القانون الأجنبي الذي يمنع إثبات النسب الطبيعي لا يتعارض مبدئيا مع المفهوم الفرنسي للنظام العام، إلا أنه يتعارض مع هذا النظام إذا كان يحرم طفلا فرنسيا، أو مقيما بصفة دائمة في فرنسا من حقه في إثبات نسبه، مما يتعين معه استبعاد هذا القانون الأجنبي .

الفرع الثالث

أثر النظـام العـام

إذا تعارض القانون الأجنبي مع النظام العام في دولة القاضي، ترتب على ذلك أثران: أثر سلبي و هو الإستبعاد الجزئي أو الكلي للقانون الأجنبي و أثر الإيجابي و هو ثبوت الإختصاص للقانون الوطني، كما ان القاضي قد يميز بين ما اذا كان الحق او المركز القانوني المراد الاعتراف به او باثاره قد نشأ في الخارج او في دولته هو. وهو ما يسميه الفقه والقضاء بالأثر المخفف للنظام العام، مما يستوجب ان نوضح ذلك كالآتي:

أولاً: الأثر السلبي للنظام العام:

يتمثل الأثر السلبي للنظام العام في اسبتعاد تطبيق القانون الأجنبي لكن السؤال الذي يطرح هنا هو هل يتم استبعاد القانون الأجنبي كليا أم يستبعد منه الجزء المتعارض مع النظام العام فقط؟

إن الإجابة على هذا السؤال من طرف الإتجاه الفقهي الغالب هو أن الأثر السلبي للنظام العام ليس من شأنه استبعاد القانون الأجنبي كليا، و إنما ينحصر هذا الأثر في الجزء الذي يتعارض مع النظام العام، و يطبق القانون الأجنبي على باقي عناصر النزاع. و هذا الرأي له تطبيقات عديدة في القضاء القانون الفرنسي ففي قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ: 1964/11/17 جاء فيه:

" أن ما تنص عليه أحكام الشريعة الإسلامية في الميراث لا يمس النظام العام في فرنسا، إلا في منعها التوارث بين المسلم و غير المسلم و من ثم يتعين استبعاد أحكام الشريعة الإسلامية في هذه النقطة و حسب، من دون أن يحل القانون الفرنسي محل القانون الأجنبي الإسلامي في بيان مراتب الورثة وأنصبتهم"[1]. و هو الرأي نفسه الذي سار عليه القضاء المصري.

و يستند هذا الاتجاه إلى حجج عدة منها أنه ينبغي استخدام الدفع بالنظام العام بحذر شديد، و وفقا للغاية التي يسعى إلى تحقيقها، أي بالقدر الذي يمنع المساس بالمبادئ الأساسية السائدة في دولة القاضي كما أن الدفع بالنظام العام لا يهدف إلى إصدار حكم قيمي على القانون الأجنبي برمته، و إنما يهدف فحسب إلى استبعاد النتيجة المخالفة للنظام العام و متى أمكن ذلك عن طريق الإستبعاد الجزئي كان ذلك أمرا مقبولا[2].

غير أن هذا الحل يرد عليه استثناء وحيد، و هو في حالة ما إذا كان ثمة ارتباط بين أجزاء القانون الأجنبي بحيث يكون من المستحيل استبعاده جزئيا ففي هذه الحالة يستبعد القانون الأجنبي كليا.

[1] **Yvon Lousouarne, Piere Bourel, droit international privé Dolloz, 4ème édition, 1993, p 280**

[2] **عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، دراسة مقارنة: دار المطبوعات الجامعية، طبعة 2002، ص 530**

وفي النزاعات المدنية تثور مسألة المؤيد أو الجزاء على انتهاك القانون الأجنبي للنظام العام فهناك المؤيد المدني وما يستتبعه من إلزامات وآثار تُرتب البطلان المطلق على التصرف. وقد يصل الأمر إلى حد الحكم بالتعويض، أو دونه.

1. عند تكوين العقد (الوقائي): فالعقد المخالف للنظام العام والآداب هو عقد باطل.

2. في أثناء تنفيذ العقد (الطارئ): وذلك في القوانين الجديدة التي تصدر بعد إبرام العقد، ومؤيد النظام العام في هذه الحالة إنما ينسحب إلى القواعد الآمرة، سواء أكانت هذه الأخيرة مُغيرة للقواعد السابقة، أم مُغيرة لقواعد غير آمرة /مفسرة/ وكانت سارية في ظل القانون القديم، بمعنى أنه ينسحب بأثر مقتصر (فوري)، أو بأثر مستند (رجعي)، وذلك حماية للطرف الضعيف في المعادلة التعاقدية الذي جاءت الحماية لمصلحته؛ لأن الأثر الفوري ربما لا يرفع عنه عسف الطرف الأقوى، إنها حماية بلغت حد إبطال العقود والالتزامات المبرمة قبل صدوره، شرط أن ينص المشرع على ذلك صراحة[1].

ثانياً: الأثر الإيجابي للنظام العام :

الأثر الإيجابي للنظام العام هو تطبيق القانون الوطني للقاضي محل القانون الأجنبي المستبعد، و هو ما تبناه المشرع الجزائري بنص المادة 2/24 من القانون المدني. فالدفع بالنظام العام هو بهذا مسألة موضوعية على خلاف ما ينظر إليه في البلاد الأنكلوسكسونية على أنه مسألة إجراءات، حيث تكتفي المحكمة باستبعاد تطبيق القانون الأجنبي و تحيل الأطراف إلى المحكمة أخرى[2].

ورغم أن الاتجاه الفقهي الغالب و معظم التشريعات تؤكد أن الأثر الإيجابي للنظام العام هو تطبيق قانون القاضي، إلا أن جانبا من الفقه الألماني يرى أن الأثر الايجابي هو تطبيق نص قانوني آخر من القانون الأجنبي لا يتعارض مع النظام العام. ويستند هذا الاتجاه إلى قرار صادر عن محكمة النقض الألمانية استبعدت نص القانون السويسري الذي يمنع تقادم الدين محل النزاع بسبب تعارضه مع النظام العام، و أخضعت الدين إلى أطول مدة تقادم نص عليها القانون السويسري نفسه[3].

إلا أن هذا لرأي محل نقد لكون القانون الأجنبي المطبق في هذه الحالة لا علاقة له بالنزاع كما أنه لا يمكن تطبيقه في اغلب الحالات التي يصعب فيها العثور على نص قانوني بديل.

ثالثاً: **الأثر المخفف للنظام العام:**

ان إثر الدفع بالنظام العام يختلف بحسب ما اذا تعلق الامر بانشاء الحق في بلد القاضي، او بالتمسك في بلد القاضي بحق اكتسب في الخارج.

فبالنسبة إلى المراكز القانونية التي تم انشاؤها بالخارج لا يكون للنظام العام الأثر نفسه الذي يكون له بصدد مركز قانوني يراد انشاؤه في دولة القاضي نفسها، والسبب هو ان الشعور العام في دولة القاضي لا يتاثر ازاء مركز او علاقة تم انشاؤها في الخارج بالقدر نفسه الذي يتأثر به اذا ما أريد إنشاء العلاقة نفسها داخل أقليم دولة القاضي ،وقد جرى القضاء في كثير من الدول على السماح لمراكز قانونية تم إنشاؤها بالخارج كإنهاء رابطة الزوجية بالتطليق مثلا بانتاج اثارها داخل اقليم دولة القاضي بالرغم من انها كانت ستصطدم بالنظام العام لو اريد انشاؤها في دولة القاضي. كذلك

---

[1] مازن النهار، النظام العام والآداب العامة، بحث منشور على موقع الموسوعة العربية التالي:
http://arab-ency.com.sy/law/details/25986 تاريخ الدخول في 2022/7/12م.

[2] هشام علي صادق، المرجع السابق ص 328.

[3] Loussouarne. et Bourel. ap.cit .p 279

استقر القضاء الفرنسي على عد الشركة التي تؤسس في الخارج من شخص واحد صحيحة في فرنسا عندما كان المشرع الفرنسي لا يسمح بإنشاء هذه الشركة في فرنسا لمخالفتها للنظام العام.

ولما كانت دار الاسلام تستأثر بالاختصاص التشريعي في نطاق المسائل موضوع ما مقرر فيها من قواعد ذي طابع امر مطلق، وكان مؤدى استئثارها بالاختصاص في نطاق هذه المسائل ان يكون على قضائها ان يفرض ما مقرر فيها من قبيل هذه القواعد على كل نزاع تثبت له ولاية الفصل فيه مما يقع في نطاق اعمالها فان الاسلام ينكر فكرة الاثر المخفف للنظام العام.

وعلى ذلك فان فقهاء الاسلام يقررون انه حيث يترافع الى القاضي المسلم زوجان التماسا لحكم الشريعة الاسلامية في شان ما بينهما من نكاح المحارم فانه يتعين عليه ان يفرق بينهما.

المطلب الثاني

الغش نحو القانون

رأينا فيما سبق أن كل قاعدة إسناد تعتمد على ضابط معين لتحديد القانون الواجب التطبيق، و كثير من هذه الضوابط يكون للأفراد دخل في تغييرها كالجنسية أو الموطن أو موقع المنقول، و الأصل أن قيام الأفراد بتغيير هذه الضوابط يترتب عليه كامل آثاره، غير أنه إذا دخلت نية الغش على هذا التغيير الإرادي أي أن التغيير في ضابط الإسناد تم بهدف التهرب من أحكام قانون معين وسعيا لتطبيق قانون آخر، فإن القانون هنا يتدخل إعمالا للقاعدة القانونية القديمة " الغش يفسد كل أمر" و يحرم بالتالي الغاش من الإستفادة من غشه باستبعاد القانون الأجنبي الذي ثبت له الإختصاص بواسطة الغش نحو القانون "La fraude à la loi" .

ويعود أصل نظرية الغش نحو القانون إلى القضاء الفرنسي الذي طبقها في قضية شهيرة هي قضية الأميرة "دوبوفرمون" « De Bouffrement »، الذي اشترط لإعمالها توفر شرطين هما التغيير الإداري لضابط الإسناد ونية الغش، و هذا سواءا كان القانون المتهرب من أحكامه قانون القاضي أو قانونا أجنبيا آخر، و رتب على الدفع بالغش استبعاد القانون الأجنبي الذي ثبت له الإختصاص عن طريق الغش و تطبيق القانون المختص أصلا مكانه.

وإن البحث في الغش نحو القانون، يقتضي التعرض لنشأة نظرية الغش نحو القانون، ومن ثم بيان ، وذلك في الفروع التالية:

الفرع الأول: نشأة نظرية الغش نحو القانون.

الفرع الثاني: شروط الدفع بالغش نحو القانون.

الفرع الثالث: نطاق الدفع بالغش نحو القانون.

الفرع الرابع: أثر الدفع بالغش نحو القانون.

الفرع الأول

نشأة نظرية الغش نحو القانون

طرحت نظرية الغش نحو القانون كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي لأول مرة أمام القضاء الفرنسي في قضية تعرف بقضية الأميرة " دوبوفرمون "، التي تتلخص وقائعها في أن أميرة بلجيكية الأصل تزوجت بالأمير الفرنسي " دوبوفرمون " و استقرت معه في فرنسا و اكتسبت الجنسية الفرنسية، و على إثر خلاف بينهما حاولت الحصول على الطلاق غير أنها لن تستطع لكون القانون الفرنسي آنذاك كان يمنع الطلاق فلجأت إلى التجنس بجنسية إحدى الدويلات الألمانية التي يجيز قانونها الطلاق، و تمكنت بعد ذلك من الطلاق من زوجها الأول، و تزوجت بأمير روماني و استقرت معه

في فرنسا، وحصل بعد ذلك أن رفع زوجها الأول دعوى طالب فيها ببطلان الزواج الثاني لكون الطلاق لا يعتبر صحيحا، لأنه تم بعد تغيير الجنسية، و قد قضت محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 1878/03/18 بإبطال الزواج الثاني على أساس أن الطلاق لم يتم إلا بعد تغيير الزوجة لجنسيتها، و هو ما يشكل غشا نحو القانون[1].

ومنذ ذلك التاريخ استقر القضاء الفرنسي على الأخذ بالغش نحو القانون كسبب لاستبعاد القانون الأجنبي، و قد أفسح لهذه النظرية مجالا للتطبيق لم تحظ به في كثير من الدول، فإذا كان القضاء في دول مثل بلجيكا و إيطاليا أخذ بها مع تضييق في نطاق تطبيقها، فإن تطبيقها في دول أخرى كألمانيا كان نادرا جدا، أما في البلاد الأنكلوسكسونية فإن الفقه لم يهتم بها إطلاقا و من النادر أن نجد تطبيقها لها في القضاء، كما أن بعض الدول مثل سويسرا عالجت هذه المشكلة بنصوص تشريعية في حالات محددة دون أن تضع لها قاعدة عامة[2]. أما في الجزائر فقد تبنى المشرع الجزائري هذه النظرية بموجب نص تشريعي هو نص المادة 1/24 من القانون المدني.

الفرع الثاني

شروط الدفع بالغش نحو القانون

يشترط لإمكان الدفع بالغش نحو القانون توافر شرطان: الشرط الأول مادي و هو إجراء تغيير إرادي في ضابط الإسناد، والشرط الثاني معنوي و هو توفر نية الغش .

1- التغيير الإرادي في ضابط الإسناد :

يشترط للتمسك بالدفع بالغش نحو القانون أن يقوم الغاش – أو صاحب المصلحة- بإجراء تغيير إرادي في ضابط الإسناد الذي يتحدد بموجبه القانون الواجب التطبيق، و هذا لا يتحقق إلا في الحالات التي يكون فيها ضابط الإسناد من الضوابط التي يمكن أن يتدخل الأفراد في تغييرها[3].

و الضوابط التي يمكن للأفراد تغييرها نذكر منها خصوصا الجنسية، و هي ضابط الإسناد في مسائل الحالة الشخصية في كثير من الدول كالجزائر، و الموطن الذي و هو أيضا ضابط إسناد بالنسبة لمسائل الحالة الشخصية في البلاد الأنكلوسكونية، و تغييره أسهل من تغيير الجنسية، و كذلك موقع المنقول الذي يحدد القانون المطبق عليه .

و يشترط أن يكون التغيير في ضابط الإسناد فعليا و ليس صوريا، فالتمسك بالصورية في هذه الحالة يبطل كل أثر لهذا التغيير، كالحالة التي يغير فيها الشخص موطنه صوريا من دون أن يكون مستقرا فيه و يباشر شؤونه منه، فالعبرة بالموطن الفعلي. كما يشترط أن يكون التغيير مشروعا فإذا كان بوسيلة غير مشروعة فإنه لا يعتد به، و يبطل دون حاجة لأعمال نظرية الغش نحو القانون. و الخلاصة أن الدفع بالغش نحو القانون لا يتأتى إلا في الأحوال التي ينعدم فيها وجود جزاء آخر يمكن عن طريقه تلافي النتيجة غير المشروعة التي سعى الشخص إلى تحقيقها[4].

2- نية الغش :

أن مهمة القاضي في تقصي نية الغش ليست سهلة في جميع الأحوال على أساس أن القاضي لا يمكنه العلم بنوايا الأفراد، غير أن هذا الرأي مردود عليه في أن نصوص القانون زاخرة بالأمثلة التي يتعين فيها على القاضي تقصي النية، كالتعسف في استعمال الحق في القانون المدني[5].

---

[1] Loussouarne. et Bourel. ap.cit .p 286

[2] عز الدين عبد الله ، القانون الدولي الخاص ، دار النهضة العربية، الطبعة الثامنة، 1977 م، ص 561.

[3] نادية فوضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، دار هومة، طبعة 2002، ص 129.

[4] هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 348.

[5] نادية فوضيل، المرجع السابق، ص 135.

لا شك أن التحقق من القصد في الغش صعب جدا الا انه ليس بالمستحيل، وعلى القاضي أن يكون شديد الحذر في التقدير للكشف عن هذا القصد ولا يحتج بصعوبة معرفة القصد في الغش لعدم الأخذ بفكرة الغش نحو القانون لان الأخذ بالنية والبحث عنها قد سمح به في أمور كثيرة، فسمح القانون للقاضي بالبحث عن النية التي دفعت الى ارتكاب الجريمة في الأمور الجزائية في المسؤولية الجنائية وكذلك بالأخذ بالنية في المسائل المدنية فنظرية السبب تقوم أساسا على نيات المتعاقدين، فالبيع والايجار الوارد على منزل يريد المشتري أو المستأجر ادارته للعهارة وكان البائع والمؤجر عالما بنية المشتري والمستأجر، يكون باطلاً[1].

الفرع الثالث

نطاق الدفع بالغش نحو القانون

استقر الفقه و القضاء لمدة طويلة على حصر نطاق التطبيق الدفع بالغش نحو القانون على الحالة التي يتهرب فيها الأفراد من قانون القاضي، و قد استند الفقه في ذلك إلى أن وظيفة القاضي هي كفالة تطبيق قانونه الوطني و منع الأفراد من مخالفته بالتهرب من أحكامه أما الدفاع عن القانون الأجنبي فلا يدخل في نطاق وظيفته.

غير أن الفقه الحديث يميل إلى تطبيق نظرية الغش نحو القانون، سواء كان القانون المتهرب من أحكامه هو قانون القاضي الوطني أم قانونا أجنبيا آخر، مستندا في ذلك إلى أن نظرية الغش نحو القانون تستجيب إلى مبدأ عام و هو مطاردة الغش بكل صوره سواء قصد به التهرب من أحكام القانون الوطني أو قانون أجنبي آخر، وهذا الاتجاه هو الذي تبناه القضاء الفرنسي مؤخرا[2].

الفرع الرابع

أثر الدفع بالغش نحو القانون

يثور التساؤل في هذا المجال حول ما إذا كان أثر الدفع بالغش نحو القانون يمس النتيجة فقط التي سعى الشخص لتحقيقها، أم يمتد ليشمل النتيجة و الوسيلة معا؟

للإجابة على هذا التساؤل يرى جانب من الفقه أن أثر الدفع بالغش يمتد ليشتمل النتيجة و الوسيلة معا، غير أن هذا الرأي محل انتقادات عديدة أهمها أن الوسيلة التي تم بها تغيير القانون المختص و إثبات الإختصاص لقانون آخر تم اكتسابها بطريقة صحيحة و مشروعة،[3].

ولهذا فإن الفقه الغالب يميل إلى القول أن أثر الغش ينصب فقط على استبعاد القانون الأجنبي الذي ثبت له الاختصاص فأثر الغش هو أثر حلولي أو استبدالي، أي إحلال القانون المختص مكان القانون الذي انعقد له الاختصاص[4].

ويتم الغش في النزاعات المدنية بمحاولة استبعاد الوصف القانوني لوضع او عمل واحلال وصف اخر مكانة يتفق بناته مع النص الذي يحكمه الا انه يرمي إلى الاستفادة من هذا الوصف الجديد بالتضحية بنص مختص ليحل محله نص اخر من قانون الدولة نفسها كما لو منع القانون بيع مال معين فلجئ الأفراد إلى وصف عقدهم النصب على ذلك المال بالإيجار الطويل . وكوصف البائع بيع عقاره بالهبة للحيلولة دون تمسك الجار بحق الشفعة [5].

---

[1] **د. عبد الرزاق السنهوري – الوجيز (1) سنة 1966 ، ص 175.**

[2] **هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 352. 353.**

[3] **عكاشة محمد عبد العال ، المرجع السابق، ص 462**

[4] **هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 366.**

[5] **Bartinالجزء الأول رقم 11 ص 292 . Niboycالجزء الثالث رقم 1049.**

الخاتمة:

النتائج و المناقشة:

1-يمكننا تعريف النظام العام بأنه مجموعة الاختيارات الاساسية للمشرع الوطني في المجالات السياسية والاقتصادية والاجتماعية والتي تمثل المصلحة العليا للمجتمع.

2- يوجد أثرين، تنتج عن الدفع بالنظام العام أحدهما سلبي والأخر إيجابي فالأثر السلبي هو استبعاد القانون الأجنبي، أما الأثر الإيجابي فهو تطبيق قانون القاضي ويعني أنه في حالة استبعاد القانون الأجنبي أو الجزء المخالف منه، يقوم القاضي بتطبيق قانونه محل القانون الأجنبي باعتباره أسلم الحلول وهو الرأي الفقهي الغالب المعمول به في غالبية الدول، كما يوجد أثر آخر هو انه القاضي قد يميز بين ما اذا كان الحق او المركز القانوني المراد الاعتراف به او باثاره قد نشأ في الخارج او في دولته هو. وهو ما يسميه الفقه والقضاء بالأثر المخفف للنظام العام.

3- يعتبر النظام العام متغير بحسب الزمان والمكان، كما أنه نسبي فليس من معيار ثابت يحدد النظام العام، كما انه من اعداد وطني ولكل دولة مفهومها الخاص للنظام العام وبالتالي لا يمكن الحديث عن نظام عام مشترك بين جميع الدول.

4- يشترط لإمكان الدفع بالغش نحو القانون توافر شرطان: الشرط الأول مادي و هو إجراء تغيير إرادي في ضابط الإسناد، والشرط الثاني معنوي و هو توفر نية الغش.

5- أن الفقه الحديث يميل إلى تطبيق نظرية الغش نحو القانون، سواء كان القانون المتهرب من أحكامه هو قانون القاضي الوطني أم قانونا أجنبيا آخر.

6- أن أثر الغش ينصب فقط على استبعاد القانون الأجنبي الذي ثبت له الاختصاص وفقا للضابط المفتعل و إعادة الإختصاص إلى القانون الذي تهرب الشخص من أحكامه، فأثر الغش هو أثر حلولي أو استبدالي، أي إحلال القانون المختص مكان القانون الذي انعقد له الاختصاص بالتغيير في ضابط الإسناد.

7- في النزاعات المدنية يعدّ العقد المبرم حسب قانون اجنبي والمخالف للنظام العام أو الغش في القانون عقداً باطلاً بطلاناً مطلقاً، ومن ثمّ يحق لأيّ من العاقدين أن يثيره، وكذلك يحق للمحكمة أن تثيره من تلقاء ذاتها، وهذا ما نصت عليه المادة /136/ من القانون المدني السوري بقولها: «إذا كان محل الالتزام مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً « وكذلك المادة /137/ التي تنص على أنه: «إذا لم يكن للالتزام سبب، أو كان سببه مخالفاً للنظام العام أو الآداب؛ كان العقد باطلاً.«.

الاستنتاجات والتوصيات:

1- نقترح على القاضي بالدفع بالنظام العام بأن يعترض على تطبيق القانون الأجنبي إذا كان مخالفاً للنظام العام في بلد القاضي.

2- الاصل أن المشرع الوطني قد وضع قواعد قانونية تبين ما هو متعلق بالنظام العام. ولكن نظراً لأنه يوجد بشكل دائم أمور مستجدة، لذا نقترح ترك مسألة تحديد ما يندرج تحت النظام العام في المنازعة ذات العنصر الأجنبي للقاضي الذي ينظر في النزاع.ويبقى قرار القاضي خاضع لرقابة محكمة النقض.

3-نقترح انه يجب ان يطال النظام العام كل فروع القانون، فروع القانون العام جميعها، وبعض فروع القانون الخاص مثل: ساعات العمل، المواريث، سن الرشد.

References:

- Hassan Kira, Introduction to Law, Mansha'at al-Maaref, Alexandria, Egypt, 1974 AD.
- Introduction to the Science of Law, The Virtual University, Damascus, Syria.
- Okasha Mohamed Abdel Aal, Conflict of Laws, a comparative study: University Press, edition2002.
- Izz al-Din Abdullah, Private International Law, Dar al-Nahda al-Arabiya, eighth edition, 1977.
- Tawfiq Hassan Faraj, Introduction to Legal Sciences: (The General Theory of Law and The General Theory of Right), Beirut, Lebanon, University House, 1988 AD.
- Dr. Abdul Razzaq Al-Sanhouri - Al-Wajeez (1) in 1966.
- Hisham Ali Sadiq, Lessons in Conflict of Laws, University Press, 2003 edition.
- Dhouifi Adel, Foreign Law before the National Judiciary, Algeria, 2005-2006, pp. 2-3.
Nadia Faudel, The application of foreign law before the national judiciary, Homa House, 2002. edition,
Mazen Al-Nahar, Public Order and Public Ethics, a research published on the following Arabic encyclopedia website:
http://arab-ency.com.sy/law/details/25986, entry date 12/7/2022.
- Souad Daoudi, Impediments to the Application of Foreign Law, published on the following website:
https://www.startimes.com/f.aspx?t=34145944 Date of entry on 07/10/2022
- Fawaz Saleh, Public Order and Ethics, research published on the following Arabic encyclopedia website:
http://arab-ency.com.sy/ency/details/7251 Date of entry on 7/13/2022
- Bartin, Vol. I, No. 11, p. 292, Niboyc. Part III No. 1049.
- Yvon Lousouarne, Piere Bourel, droit international privé Dolloz, 4ème édition, 1993