موانع تطبيق القانون الأجنبي واجب التطبيق في القانون البحريني
" دراسة مقارنة "

د. مهند أحمد محمود صانوري
كلية الحقوق
جامعة العلوم التطبيقية – مملكة البحرين

ملخص

إن تطور العلاقات الدولية الخاصة العابرة للحدود الإقليمية، أدى إلى أن تخفف كل دولة من التمسك بمبدأ الإقليمية المطلقة في تطبيق قوانينها الوطنية، والسماح بتطبيق قوانين أجنبية تحكم النزاع، غير أن هذه القوانين الأخيرة قد تخالف النظام العام في دولة القاضي، أو يتلاعب أحد أطراف النزاع في ضابط الإسناد للتهرب من القانون المختص أصلاً لحكم العلاقة محل النزاع، كذلك فإن تصرف الأشخاص وفقاً لقانونهم الوطني يجب ألا يصطدم بقانون أجنبي يسلبهم مركزهم القانوني أو ينتقص منه، فلابد أن يحميهم القانون الوطني.

لذا فإن من صلاحيات القاضي الوطني استبعاد تطبيق القانون الأجنبي الذي أشارت لتطبيقه قاعدة الإسناد الوطنية، وذلك في ثلاث حالات:

الأولى: وهي حالة تعارض القانون الأجنبي – الذي تشير قاعدة الإسناد الوطنية لتطبيقه – مع المصالح الجوهرية الأساسية للدولة، وهو ما يعرف «بالدفع بالنظام العام».

والثانية: إذا كان تحايل الأفراد على قاعدة الإسناد الوطنية، وذلك بتغيير ضابط الإسناد فيها عمداً قد أدى إلى تطبيق القانون الأجنبي على المسألة محل النزاع، وهو ما يطلق عليه «الدفع بالغش نحو القانون».

أما الحالة الثالثة: فهي «نظرية المصلحة الوطنية».

وسنخصص مبحثاً لكل دفع منهم، وفي نهاية البحث ستكون الخاتمة التي ستستعرض أهم النتائج والتوصيات التي تم التوصل إليها.

كلمات مفتاحية:
القانون الدولي الخاص ، تنازع القوانين ، النظام العام ، الغش نحو القانون ، المصلحة الوطنية

Contraindications to the application of foreign law are applicable in Bahraini law"A comparative study"

Dr. Mohanad Ahmed Mahmoud Sanouri
Associate Professor of Private International Law
Faculty of Law - Applied Sciences University –
Kingdom of Bahrain

ABSTRACT

It is the prerogative of the national judge to exclude the application of foreign law, which has been referred to as the national attribution rule, in three cases:

The first is a case where foreign law, which the national attribution rule refers to as its application, conflicts with the fundamental fundamental interests of the state, known as "public order".

Second, if the circumvention of the national attribution rule by deliberately changing the attribution officer has led to the application of foreign law to the issue in question, which is called “Fraud toward Law”.

The third case is the “theory of national interest”.

We will devote research to each of them, and at the end of the research will be the conclusion that will review the most important findings and recommendations that have been reached.

Keyword:
Private International Law, Conflict of Law, The Public Order, Fraud towards the Law, National interest

مقدمة:

خول المشرع البحريني حسب ما قررته قواعد الإسناد في المادتين (٢١ و ٢٢) من قانون المرافعات المدنية والتجارية البحريني الصادر بالمرسوم بقانون رقم (١٢) لسنة ١٩٧١[١] المتعلقة بتنازع القوانين في مسائل الأحوال الشخصية للأجانب غير المسلمين، وما ورد في القانون رقم (٦) لسنة ٢٠١٥[٢]بشأن تنازع القوانين في المواد المدنية والتجارية، للقضاء البحريني المختص أن يفصل في النزاعات المشتملة على عنصر أجنبي وذلك بتطبيق القانون البحريني أو تطبيق القانون الأجنبي على تلك النزاعات وفقاً لما تشير إليه قواعد الإسناد الوطنية الواردة في القانون البحريني.

غير أن هذا التطبيق لا يكون على بياض يلتزم به القاضي البحريني فهناك حالات إن توافرت إحداها يتوجب عليه استبعاد تطبيق القانون الأجنبي الذي قد تتعارض أحكامه مع المبادئ الجوهرية والأركان الأساسية التي يقوم عليها نظام المجتمع البحريني، مما يستوجب على القاضي استبعاد تطبيق ذلك القانون باسم النظام العام والآداب العام وهو ما يعرف بصمام الأمان.

كذلك الأمر فقد ينشأ القانون واجب التطبيق في النزاع المشتمل على عنصر أجنبي عن طريق تحايل أطراف النزاع وتلاعبهم بضابط الإسناد، عن طريق تغيير فيه بنية الإفلات من أحكام القانون المختص أصلاً بحكم هذه العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي، مما يستوجب على القاضي منع هذا التحايل القانوني بواسطة ما يسمى بالدفع بالغش نحو القانون.

إضافة للحالتين السابقتين هناك مانع آخر من موانع تطبيق القانون الأجنبي ليس بسبب يتعلق به أو بأطراف العلاقة القانونية؛ بل بسلامة المعاملات التي تجري في حدود الإقليم الوطني، مما يستوجب على القاضي الوطني تعطيل النص القانوني الذي سيؤدي إلى تطبيق قانون أجنبي، وتطبيق قانون دولة القاضي، حمايةً لاستقرار المعاملات في الأسواق التجارية والحيلولة دون مفاجأة المتعاقد حسن النية بقانون أجنبي يجهل أحكامه.

وقد نظم المشرع البحريني الحالة السابقة في عدة نصوص متفرقة، وهي في مجموعها تقع ضمن ما يسمى بفكرة أو نظرية المصلحة الوطنية.

بناءً على ما تقدم، يتضح جلياً أن هناك عدة موانع تؤدي إلى عدم تطبيق القانون الأجنبي المختص بحكم النزاع المعروض أمام القاضي البحريني.

مشكلة البحث:

تتضح مشكلة البحث في وجود قصور في التشريع البحريني سواءً أكان في الدفع بالنظام العام الذي اكتفى المشرع البحريني بالإشارة إليه وكذلك أغلب التشريعات المقارنة دون اعطاء تعريف واضح ومحدد له، فعدم الثبات الذي يتسم به النظام العام يضفي صفة الغموض عليه، كما أن استبعاد تطبيق القانون الأجنبي جاء مطلقاً في التشريع البحريني دون توضيح مدى أو درجة هذا الاستبعاد فهل يكون كلياً أم جزئياً؟، كذلك فإن المشرع البحريني لم ينص صراحةً على الدفع بالغش نحو القانون، كذلك الأمر فإن هناك قصوراً ملحوظاً على النصوص المؤيدة لفكرة المصلحة الوطنية، وستحاول الدراسة تعويض هذا النقص من خلال نصوص التشريعات المقارنة.

منهج البحث:

اتبعت الدراسة المنهجينالوصفي والتحليلي من خلال عرض نصوص التشريع البحريني وبعض التشريعات العربية. وذلك بتحليل هذه النصوص ومقارنتها مع نصوص بعض التشريعات لدول أخرى واجهت ذات المشكلة فقامت بتعديل نصوصها في هذه المسائل.

خطة البحث:

تم تقسيم البحث إلى ثلاثة مباحث على النحو الآتي:

([١]) المنشور في عدد الجريدة الرسمية رقم (٩٢٦)، الصادر بتاريخ ١٩٧١/٧/٢٢م، ص١.

([٢]) المنشور في عدد الجريدة الرسمية رقم (٣٢١٧)، الصادر بتاريخ ٢٠١٥/٧/٩م، ص٥.

المبحث الأول وتمت مناقشة الدفع بالنظام العام من خلال المقصود به سواءً في مجال القانون بشكل عام والقانون الدولي الخاص بشكل خاص، وشروطه، والآثار المترتبة على إعماله.

المبحث الثاني واهتم بموضوع الدفع بالغش نحو القانون من خلال تعريفه، والتعرف على نشأته، والشروط الواجب توافرها فيه، والآثار المترتبة عليه.

أما المبحث الثالث فقد خصص لاستعراض نظرية المصلحة الوطنية من حيث نشأتها، والتطرق إلى بعض النصوص القانونية في التشريع البحريني والمقارن.

المبحث الأول

الدفع بالنظام العام

نظراً لتباين قوانين الدول في مضامينها وفلسفتها ومراميها فإن تخلي القانون الوطني عن الاختصاص في المنازعات الدولية الخاصة لقانون أجنبي تبعاً لازدواجية قاعدة الإسناد ويتم اختيار هذا القانون على أساس منطقي يراعي فيه المشرع الوطني اعتبارات العدالة ومتطلبات العلاقات الخاصة الدولية، فإنه ينطوي على مخاطر أكيدة، إذا ما كان في القانون الأجنبي مساساً بالمفاهيم الأساسية السائدة في القانون الوطني لدولة القاضي[١]. كما أنّ السماح بتطبيق القوانين الأجنبية يفترض وجود حدأ دنى من التقارب بين القانون أما إذا وصل الإختلاف بين الأنظمة القانونية لحد التنافر الصارخ، فإنّ القانون الأجنبي في هذه الحالة يصبح بمثابة خطر يهدد استقرار السياسة التشريعية للدولة، ويعرض مبادئها وأفكارها الأساسية للتصدع الأجنبي وقانون القاضي[٢].

فعلى سبيل الفرض لو كان تطبيق القانون الأجنبي المشار إليه من قبل قاعدة الإسناد الوطنية يحول دون تحقيق أحد الأهداف الأساسية الهامة التي يرمي تشريع دولة القاضي إلى تحقيقها كان للقاضي أن يستبعد تطبيق هذا القانون[٣].

يقصد بالنظام العام في معناه العام«مجموعة المبادىء والأفكار الأساسية الجوهرية المختلفة والتي أساسها فكرة المصلحة العامة مهما تكن هذه المصلحة سواءً أكانت سياسية أم اقتصادية أم اجتماعية أم غيرها التي يقوم عليها مجتمع معين في لحظة معينة من تاريخ وجوده، ولا يمكن السماح بمخالفتها من قبل القانون الأجنبي الواجب تطبيقه، سواءً أكانت هذه الأفكار والمبادىء مجسدة بنصوص تشريعية أم أنها لا تلبس نصاً تشريعياً محدداً، وسواءً أكانت تشكل قواعد لتنظيم تعامل الأفراد أم أنها تهيمن على المجتمع ككل»[٤]، وتعد فكرة المصلحة العامة فكرة متغيرة ونسبية مرنة تختلف من دولة إلى أخرى، ومن زمن إلى آخر، وفقاً للمذهب الاجتماعي أو الاقتصادي السائد في الدولة[٥].

ويستند الدفع بالنظام العام، إن القانون الأجنبي الذي أشارت إلى تطبيقه قاعدة الإسناد الوطنية والذي يراد استبعاده تختلف في أسسه كلها أو بعضها اختلافاً جوهرياً مع القانون الوطني، بحيث لو طبق القانون الأجنبي لما جاء الحكم عادلاً في نظر المشرع الوطني وقضائه[٦].

---

(١) عادل بن عبدالله، الاعتبارات العملية للدفع بالنظام العام، بحث منشور في مجلة المفكر، الصادرة عن كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، العدد الثالث، ٢٠٠٨م، ص٢٢٠، أمل صوراني، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، حلب، سوريا، ١٤٣٤ه – ٢٠١٣م، ص١٠.

(٢) د. عكاشة محمد عبدالعال، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٨م، ص٥٢٢ وما بعدها، زاير فاطمة الزهراء، النظام العام في النزاعات الدولية الخاصة المتعلقة بالأحوال الشخصية، رسالة ماجستير، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان – الجزائر، ٢٠١٠-٢٠١١م، ص٧.

(٣) د. غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، مطابع مديرية دار الكتب للطباعة والنشر، الموصل – العراق، ١٩٨٢م، ص١٥٢.

(٤) أنظر: د. فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، مطبعة دار الكتاب، دمشق، ١٩٨٨ – ١٩٨٩م ، ص١٣٨، د. حامد زكي، القانون الدولي الخاص المصري، القاهرة، ١٩٣٦م، ص١٩٦، د. عز الدين عبد الله، الجزء الأول، الطبعة العاشرة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٧م، ص٥٣٥، د. عباس الصراف، جورج حزبون، المدخل إلى علم القانون، الطبعة الأولى، الإصدار العاشر، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٨م، ص٤٨.

(٥) أنظر: د. عباس الصراف، د. جورج حزبون، المدخل إلى علم القانون، مرجع سابق، ص٤٨، د. سامي بديع منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، دار العلوم العربية للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٩٤م، ص٧٩٦.

(٦) أنظر: د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الطبعة العاشرة، مرجع سابق، ص١٩٧، د. جابر جاد عبد الرحمن، تنازع القوانين، مكتبة النهضة العربية، القاهرة، ١٩٥٩م ، ص٦١٦ – ٦١٧، د. هشام علي صادق،

ويقصد بالنظام العام في القانون الدولي الخاص «ذلك الدفع الذي يراد به استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق بشأن علاقة قانونية معينة وإحلال القانون الوطني محله نظراً لاختلاف الحكم الوارد في كل منهما في هذا الصدد اختلافاً جوهرياً أو لعدم وجود التكافؤ القانوني بين التشريعين في هذا الشأن»[١].

ويتضح مما تقدم، إن النظام العام الدولي يتميز عن النظام العام الداخلي، فالأول يقصد به النظام المشترك بين كافة الأمم بما يشمل في طياته من قواعد يعترف بها من هذه الأمم، وتعتبر من قواعد القانون الدولي العام، أما النظام العام الداخلي فهو يتكون من مجموعة قواعد القانون الداخلي التي لا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها[٢].

لذا يذهبغالبية الفقه إلى أن الدفع بالنظام العام لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني هو دفع موضوعي وليس إجرائي، لأن هذا الدفع موجه إلى مضمون القانون الأجنبي الذي يخالف بصورة صارخة الثوابت الأساسية للقانون الوطني فإثارة الدفع هنا ترتبط بإخلال القانون الأجنبي بمقتضيات النظام العام في دولة القاضي، ولا مجال للاستبعاد إن لم يكن هناك مساس بالنظام العام لأن التباين والاختلاف في الحالة السابقة مقبول وهو الذي يطرح في الأساس مشكلة تنازع القوانين[٣].

يظهر جلياً مما تقدم إن الدفع بالنظام العام يعد الوسيلة القانونية التي يستبعد بها الاختصاص المعقود للقانون الأجنبي عند تعارض أحكامه مع المبادىء الأساسية التي يقوم عليها نظام المجتمع في بلد القاضي، ومن ثم، فإن قواعد النظام العام تعد بلا شك أقوى من قواعد الإسناد، فعند التنازع أو التعارض بينهما تتغلب الأولى على الثانية[٤].

وقد حرص المشرع البحريني على استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص متى تعارضت أحكامه مع قواعد النظام العام في دولة القاضي، شأنه في ذلك شأن أغلب القوانين، فنص في المادة (٢٢) من قانون المرافعات، وكذلك المادة (٥) من القانون رقم (٦) لسنة ٢٠١٥ على أنه:

«يشترط في القانون الواجب التطبيق على النحو الوارد في المادة السابقة، ألا تكون أحكامه مخالفة للنظام العام أو الآداب في البحرين»[٥].

«فإذا كان المشرع الوطني قد سمح بتطبيق القوانين الأجنبية على إقليمه في بعض الفروض، فإن هذا لا يعني – كما قرربعضهم – أنه قد منح توقيعاً على بياض لمشرعي دول العالم جميعها، إذ من غير المقبول أن يطبق القاضي قانوناً أجنبياً يتعارض مفهومه مع النظام العام في دولته؛ أي مع المثل العليا والمبادىء الأساسية والجوهرية السائدة في مجتمع دولة القاضي»[٦].

دروس في القانون الدولي الخاص، الدار الجامعية، بيروت، بدون سنة نشر، بند ٦٦، ص١٤٤، د. بدر الدين عبد المنعم شوقي، الموجز في القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة بين الفقه الدولي والأنظمة السعودية، مكتبة الخدمات الحديثة، جدة، بدون سنة نشر، ص٢٦٩ – ٢٧٠.

(١) أنظر: د. جابر جاد عبد الرحمن، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص٥٥٤ – ٥٥٥، د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الطبعة العاشرة، مرجع سابق، ص٥٢٣، د. بدر الدين عبد المنعم شوقي، الموجز في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص٢٧٣ – ٢٧٤.

(٢) للمزيد من التفاصيل، أنظر: د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الطبعة العاشرة، مرجع سابق، ص٥١٦ وما بعدها، د. هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، بند ٦٨، ص١٤٧.

(٣) د. عكاشة محمد عبدالعال، تنازع القوانين – دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٢م، ص٤٩٤.

(٤) د. حامد زكي، القانون الدولي الخاص المصري، بدون جهة نشر، القاهرة، ١٩٣٦م، ص٣٣٧، د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الكتاب الثالث، مرجع سابق، ص٥٣٥.

(٥) تقابلها المادة (٢٨) مدني مصري، والمادة (٢٩) مدني أردني، والمادة (٧٣) مدني كويتي، والمادة (٣/١٢) مدني أسباني، والمادة (١٥٠) مدني صيني، والمادة (٣٠) مدني جابوني، والمادة (١/٢٢) مدني برتغالي، والمادة (٦) مدني نمساوي، والمادة (٨٥١) مدني سنغالي، والمادة (١٦) من اتفاقية البيع الدولي المبرمة سنة ١٩٥٥م، والمادة (١٦) من اتفاقية روما، والمادة (٥) من الاتفاقية الأمريكية للقواعد العامة في القانون الدولي الخاص.

(٦) د. هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص١٣٧، بند٦٥.

فعلى سبيل الفرض لو عرض على القاضي الوطني نزاعا يتعلق بعلاقة معينة في مسائل الزواج وأشارت قواعد الإسناد الوطنية في دولة القاضي إلى تطبيق قانون الجنسية، ولدى تطبيقه تبين للقاضي أنه يتعارض مع النظام العام في دولته، كما لو كان هذا القانون يبيح الزواج بين المحارم كالزواج بين العم، وابنة الأخ، أو بين الخال وابنة الأخت، أو يبيح التبني بين المسلمين، أو ميراث غير المسلم للمسلم أو المساواة بين الابن والبنت في الميراث بين المسلمين،فإنه من البديهي أن يستبعد القاضي تطبيق أحكام هذا القانون.

وبناءً على ما تقدم، سنتناول الدفع بالنظام العام من خلال التعرف على شروطه، وآثاره في المطلبين الآتيين:

المطلب الأول

شروط تطبيق الدفع بالنظام العام

لإعمال الدفع بالنظام العام، هنالك شروط يجب توافرها، وهي[1]:

١ – وجود قانون أجنبي واجب التطبيق أشارت إلى تطبيقه قاعدة الإسناد الوطنية، فلإعمال الدفع بالنظام العام كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي واجب التطبيق يجب أن يكون القانون الأجنبي مختصاً بنظر النزاع،لأنه بعكس ذلك لا محل للتمسك بالنظام العام، ولا يتصور إعمال الدفع بالنظام العام إذا كان القانون واجب التطبيق هو القانون الوطني حتى في حالة وجود تنازع قوانين داخلية، ويستثنى من ذلك حالة الدول الفيدرالية التي تشكل كل ولاية فيها وحدة تشريعية مستقلة، إذ يتصور وجود اختلاف في الأسس التي يقوم عليها النظام القانوني في كل وحدة، مما يبرز فكرة النظام العام بمفهومها في القانون الدولي الخاص.

٢ – وجود مقتضى من مقتضيات النظام العام في دولة القاضي يستدعي الامتناع عن تطبيق أحكام القانون الأجنبي الذي أشارت قاعدة الإسناد الوطنية إلى تطبيقه لما سيؤدي إلى نتائج تخالف المبادىء الأساسية والمصالح والأسس الجوهرية في مجتمع القانون الوطني لدولة القاضي.

المطلب الثاني

الآثار المترتبة على إعمال الدفع بالنظام العام

نصت المادة السابعة من القانون البحريني رقم (٦) لسنة ٢٠١٥ على أنه:

«أ – مع عدم الإخلال بأحكام الفقرة (أ) من المادة (٦) من هذا القانون، إذا رأت الجهة التي تنظر النزاع استبعاد تطبيق أحكام القانون الواجب التطبيق لأي سبب من الأسباب؛ وجب عليها قبل أن تقرر استبعاد تطبيق ذلك القانون أن تبين لأطراف النزاع أسباب استبعاده، وللأطراف أن يقدموا دفاعهم في هذا الشأن خلال الأجل الذي تحدده تلك الجهة.

ب- في حالة استبعاد القانون الأجنبي لأي سبب من الأسباب، يجب على الجهة التي تنظر النزاع أن تطبق أحكام القانون البحريني».

وبناءً عليه، فإنه يترتب على إعمال الدفع بالنظام العام أثران: أثر سلبي: وهو وجوب استبعاد أحكام القانون الأجنبي المتعارضة مع النظام العام في دولة القاضي، وأثر إيجابي: يتمثل في ثبوت الاختصاص لقانون القاضي لسد الفراغ التشريعي الناجم عن استبعاد القانون الأجنبي.

([1]) أنظر: د. فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص١٤٧ – ١٤٨، د. صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص١١٥ – ١١٨.

الفرع الأول

الأثر السلبي

"استبعاد تطبيق أحكام القانون الأجنبي المخالف للنظام العام"

يترتب على أعمال الدفع بالنظام العام أثر سلبي يتمثل في استبعاد تطبيق أحكام القانون الأجنبي الواجب التطبيق لتعارضه مع النظام العام في دولة القاضي.

والسؤال الذي يثور في هذا الصدد هو: هل سيقوم القاضي الوطني باستبعاد القانون الأجنبي استبعاداً كلياً أم سيتم الاقتصار على استبعاد الجزء الذي يتعارض مع هذا القانون فعلاً مع النظام العام في دولة القاضي؟

ذهب الفقه الراجح إلى أنه يجب ألا يتم استبعاد أحكام القانون الأجنبي واجب التطبيق برمته؛ وإنما ينحصر الأثر السلبي في استبعاد الجزء المتعارض من القانون الأجنبي المختص مع النظام العام دون غيره، وذلك إذا كان هذا الجزء لا يرتبط ارتباطاً وثيقاً ببقية أجزاء القانون واجب التطبيق.

أما الاستبعاد الجزئي فيتحقق فيما إذا كان ذلك الجزء المخالف للنظام العام مرتبطاً ارتباطاً وثيقاً بباقي أجزاء القانون الأجنبي الأخرى بحيث يترتب على عدم تطبيقه عدم إمكان تطبيق بقية أحكام هذا القانون؛ أي إن أحكام القانون الأجنبي المختص تشكل كلاً لا يتجزأ في التطبيق، الأمر الذي سيؤدي بالاستبعاد الجزئي إلى هدم أو مسخ القانون الأجنبي الواجب التطبيق، بحيث لا يستحيل على القاضي تطبيقه[1]، كما هو الحال في العقد المشوب بشرط باطل، فإذا كان هذا الشرط يمثل الباعث للعقد بحيث لا يمكن أن يقوم العقد بدونه تعين إبطال العقد بأكمله، ففي هذه الحالة يتم استبعاد تطبيق القانون الأجنبي استبعاداً كلياً بجميع أحكامه.

الفرع الثاني

الأثر الإيجابي

" ثبوت الاختصاص لقانون القاضي "

إذا قام القاضي باستبعاد القانون الأجنبي المختص المخالف للنظام العام، عليه أن يتصدى لسد الفراغ التشريعي الناشيء عن هذا الاستبعاد.

ويرى الاتجاه الفقهي الغالي ومعظم التشريعات، أن الأثر الإيجابي للدفع بالنظام العام ينحصر في تطبيق القاضي لقانون دولته؛ أي القانون الوطني باعتباره المصدر الاحتياطي بدلاً من القانون الأجنبي الذي استبعدت أحكامه، ويتوافق مع طبيعة فكرة النظام العام بوصفها فكرة وطنية بالدرجة الأولى، باعتبار إن هذا الأثر ينظر إليه على أنه مسألة موضوعية وليست مسألة إجراءات كما هو الحال في البلاد الإنجلوسكسونية، حيث تقتصر آثار الدفع بالنظام العام على الأثر السلبي فقط، فتكتفي المحكمة باستبعاد أحكام القانون الأجنبي المخالف للنظام العام، وتحيل الخصوم إلى محكمة أخرى للنظر في النزاع، غير أن هناك جانباً من الفقه الألماني يرى أن الأثر الايجابي هو تطبيق نص قانوني آخر من القانونالأجنبي لا يتعارض مع النظام العام[2]، ويؤيد جانباً من الفقه هذا الاتجاه وسنده في أن تطبيق قانون القاضي قد يؤدي إلى إهدار متطلبات الحياة الدولية لأن تطبيقه لا يكون ملائما لطبيعة العلاقة محل النزاع[3].

يتضح من نص المادة السابعة سالفة البيان أن المشرع البحريني كان واضحاً في هذا الشأن فقد

---

(1) د. حسام أسامة شعبان، الوجيز في القانون الدولي الخاص البحريني، (تنازع القوانين – الإجراءات المدنية الدولية)، الطبعة الأولى، منشورات جامعة المملكة، مملكة البحرين، ٢٠١٦م، ص١١١.

(2) أنظر: د. غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص١٥٠.

(3) أنظر: د. نادية فضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ٢٠٠١م، ص١٢٦.

أبرز الأثر الإيجابي وذلك بتطبيق القانون البحريني بدلاً من القانون الأجنبي الذي استبعدت أحكامه لتعارضها مع قواعد النظام العام أو الآداب في البحرين.

الفرع الثالث

الأثر المخفف أو الملطف للنظام العام

لتحديد الأثر المخفف للنظام العام يجب التفريق بين حالتين، إذ يختلف هذا الأثر بالنسبة لكل حالة من الحالتين[١]:

الحالة الأولى: وهي إثارة الدفع بالنظام العام في دولة القاضي بشأن حق أو علاقة تمت في بلده.

والثانية: أن يثار الدفع بشأن حق أو علاقة اكتسبت في الخارج.

فوفقاً للحالة الأولى، فإن دور القاضي الوطني يبرز في البحث عما إذا كان إنشاء الحق يتعارض والنظام العام في بلده من عدمه، بالنسبة للمراكز القانونية التي يراد إنشاؤها في دولة القاضي، مثل إبرام زواج، إيقاع طلاق،إلخ.

أما الحالة الثانية وهي حالة المراكز القانونية التي نشأت في الخارج واكتسب الحق فيها وفقاً لأحكام قانون أجنبي مخالفاً للنظام العام في دولة القاضي، فدور القاضي هنا هو البحث عما إذا كان نفاذ هذا الحق يتعارض مع النظام العام أم لا؟

ويختلف الأمر في الحالتين، فقد يتعارض إنشاء الحق في دولة القاضي مع اعتبارات النظام العام فيها بينما لا يصطدم نفاذ هذا الحق في دولة القاضي بالضرورة مع هذه الاعتبارات مادام أن الحق نشأ واكتسب في الخارج إذ أن الشعور العام للمجتمع في دولة القاضي لن يتأثر بالنسبة للعلاقة التي نشأت في الخارج بالمقدار نفسه الذي يتأثر به فيما لو أريد إنشاء العلاقة نفسها في بلد القاضي، ومن ثم، فإندفع النظام العام لا يرتب كامل أثره، مثال ذلك إذا أبرم شخص مسلم زواجه الثاني في البحرين وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، ثم رفعت زوجته دعوى ضده تطالبه بأي أثر من آثار الزواج، فهنا لا يملك القاضي الفرنسي الحكم ببطلان مثل هذا الزواج أو عدم الاعتداد به على الرغم من إن تعدد الزوجات يصطدم بالنظام العام في فرنسا، وهذا هو ما يطلق عليه الأثر المخفف للنظام العام[٢].

وتطبيقاً لذلك، فقد حكم القضاء الفرنسي في الفترة السابقة سنة ١٨٨٤م بجواز الاحتجاج في فرنسا بطلاق الأجانب الذي يتم في الخارج، رغم إن إيقاع الطلاق في فرنسا كان يتعارض مع النظام العام فيها خلال تلك الفترة، ومع ذلك فقد تمَ الاعتراف من بعده بالأثر المخفف للنظام العام في مجال الحقوق المكتسبة، فالحق الذي نشأ واكتسب في الخارج – كالطلاق مثلاً – يعد بلاشك واقعة من العسير إنكارها، ومن ثمَ فليس من المعقول أن يتجاهلها القضاء ببساطة بدعوى تعارضها مع النظام العام في دولته[٣].

---

(١) عادل بن عبدالله، الاعتبارات العملية للدفع بالنظام العام، مرجع سابق، ص٢٢٥.

(٢) أنظر: د. بدر الدين عبد المنعم شوقي، الموجز في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص٢٨٤ – ٢٨٥، د. هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص١٥٧ – ١٥٩، بند٧٠، د. فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص١٥٢ – ١٥٤، د. صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص١٤١ – ١٤٢، د. محمد المبروك اللافي، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، منشورات الجامعة المفتوحة، طرابلس، ليبيا، ١٩٩١م، ص٨٥.

(٣) أنظر: د. هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص١٥٧ – ١٥٩.

المبحث الثاني

نظرية الغش نحو القانون

يقصد بالغش نحو القانون بشكل عام «استخدام الأفراد لوسائل مشروعة بحد ذاتها بقصد الوصول إلى أغراض تخالف أوامر القانون ونواهيه»[١].

وفي ميدان القانون الدولي الخاص نجد أن المصالح الخاصة للخصوم قد تدفعهم إلى محاولة التهرب من القانون واجب التطبيق الذي تشير إليه قاعدة الإسناد الوطنية، وذلك بالتغيير في عنصر أو أكثر من عناصر الواقعة القانونية على نحو يتغير معه القانون واجب التطبيق وإحلال قانون آخر ليس له صلة أو علاقة بالنزاع، وبذلك يتم استبعاد ذلك القانون الأجنبي الواجب تطبيقه على العلاقة ذات الطابع الدولي حتى لو لم يتعارض مضمونه مع الأسس التي يقوم عليها النظام القانوني في دولة القاضي، وذلك إذا لجأ الأفراد بقصد تطبيق القانون الأجنبي إلى الغش نحو القانون[٢].

وبناءً عليه فقد عرف أحد الفقه الدفع بالغش نحو القانون بأنه: "اتخاذ تدبير إرادي بوسائل تؤدي إلى الخلاص من قانون دولة مختص عادة بحكم علاقة قانونية وإحلال قانون دولة أخرى أكثر تحقيقاً للنتائج المتوخاة"[٣].

إذن الغش نحو القانون هو دفع ثانٍ يتمسك به في مواجهة الأشخاص لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي الذي يرغبون في إخضاع تصرفاتهم إليه، أي يمكن القول بأن هناك غشاً نحو القانون عند قيام أطراف العلاقة بالالتجاء بإرادتهم لوسائل مشروعة، وذلك بتغيير أحد الضوابط التي يتحدد بموجبها القانون واجب التطبيق، للوصول إلى أغراض تخالف أوامر القانون ونواهيه، وبقصد التهرب من أحكام القانون واجب التطبيق أصلاً[٤].

وفي الغالب يستمد ضابط الإسناد من الظروف الواقعية أو القانونية المحيطة بعنصر العلاقة الرئيس في العلاقة، وغالباً ما تدخل إرادة الأفراد في اختيار هذه الظروف أو تغييرها، فمحل إبرام التصرف مثلاً كضابط من من ضوابط الإسناد في مجال العقود إنما يتم بناءً على اختيار إرادي للأفراد، وكذلك الحال بالنسبة للموطن والجنسية، حيث يكون لإرادة الأفراد في الكثير من الأحيان دور في اختيارهما أو تغييرهما[٥].

حتى نتعرف بصورة جلية على الغش نحو القانون لابد أن نتطرق إلى نشأته، ومن ثم تناول شروطه، وآثاره في المطالب الثلاثة الآتية.

---

(١)د. فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص١٥٥.

(٢)د. صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، الطبعة الثانية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٦م، ص١٤٤.

(٣) د. حسن الهداوي، تنازع القوانين وأحكامه في القانون الدولي الخاص العراقي، الطبعة الثانية، مطبعة الإرشاد، بغداد، ١٩٧٢م، ص١٢٠.

(٤) د. أحمد عبد الكريم سلامة، مختصر قانون العلاقات الخاصة الدولية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦م، ص٥٤٢، د. صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص١٤٥.

(٥)د. فؤاد رياض، د. سامية راشد، أصول تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٠م، ص١٤١ – ١٤٢، بند ١٥١.

المطلب الأول

نشأة نظرية الغش نحو القانون[١]

تعد قضية الأميرة «فالنتينا دي كارامان» من أشهر القضايا في فقه وقضاء القانون الدولي الخاص، وتتلخص وقائعها في أنه حدث أن تزوجت سيدة بلجيكية الأصل تدعى «فالنتينا دي كارامان» من أمير فرنسي يدعى «دو بوفرمون» فاكتسبت الجنسية الفرنسية بناءً على زواجها منه، وفي سنة ١٨٧٤م حدث بينهما انفصال جسماني أدى إلى مطالبة الزوجة بالطلاق من زوجها إثر خلافات بينهما فوقفت أحكام القانون الفرنسي – وهو القانون واجب التطبيق في هذه الحالة بوصفه قانون الجنسية وفقاً لقواعد الإسناد الفرنسية – عقبة تحول دون إمكان تحقيق رغبتها هذه، نظراً لأن القانون الفرنسي يحرم الطلاق في ذلك الوقت، ولتفادي هذا المنع القانوني تجنست الزوجة بجنسية إمارة «ساكس التنبرج» الألمانية التي يبيح قانونها التطليق، وبالفعل حصلت فعلاً على التطليق، من زوجها وفقاً لقانون جنسيتها الجديدة وذلك في أكتوبر ١٨٧٥م، ثم تزوجت من بأمير روماني يدعى «بيبسكو» فاكتسبت الجنسية الرومانية تبعاً لزواجها، وأقامت معه في فرنسا، رفع الزوج الأول دعوى أمام المحاكم الفرنسية طالب فيها ببطلان التطليق وبالتالي بطلان الزواج الثاني واعتباره كأن لم يكن.

وبتاريخ ١٨٧٨/٣/١٨م قضت محكمة النقض الفرنسية لصالح الزوج الأول، واستندت في حكمها إلى فكرة الغش نحو القانون، بقولها: إن هذه الزوجة التي طلبت الجنسية الجديدة وحصلت عليها لم يكن غرضها مباشرة الحقوق وأداء الواجبات الناجمة عنها، وإنما كان غرضها الوحيد هو التخلص من موانع القانون الفرنسي، وعقد زواج جديد وتصرفها في جنسيتها الجديدة بمجرد حصولها عليها، وانتهت المحكمة بذلك إلى عدم نفاذ الطلاق والزواج الثاني مع بقاء الزوجية الأولى قائمة.

ومن أحكام القضاء الفرنسي أخذ القضاء في دول العالم بالأخذ بهذه النظرية.

المطلب الثاني

شروط الدفع بالغش نحو القانون

يشترط لإعمال الدفع بالغش شرطان: شرط مادي وآخر معنوي[٢].

أولاً: الشرط المادي

١ – أن يكون التغيير إرادياً[٣]:

يشترط لإعمال الدفع بالغش نحو القانون أن يكون قد تم التغيير وفق إرادة صاحب المصلحة، وأن تكون الإرادة سليمة وخالية من أية عيوب أو عوارض، وأن يعمد صاحب المصلحة إلى إجراء تغيير إرادي في ضابط الإسناد، فإذا فرض على الشخص تغيير جنسيته بالتجنس أو الزواج، وتم

(١) أنظر في نشأة الغش نحو القانون: د. جابر جاد عبد الرحمن، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص٥٧٦ وما بعدها، د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الطبعة العاشرة، مرجع سابق، ص٥٥٢ وما بعدها، د. بدر الدين عبد المنعم شوقي، الموجز في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص٢٨٧ وما بعدها، د. هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، بند٧١، ص١٦٠، د. فؤاد رياض، د. سامية راشد، أصول تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص١٤٢، بند١٥١، د. فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص١٥٦ وما بعدها، د. ممدوح عبد الكريم عرموش، القانون الدولي الخاص، (تنازع القوانين)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٥م، ص٢٠٥ – ٢٠٦.

(٢) د. هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، بند ٧٢، ص١٦٢ – ١٦٣، د. صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص١٤٦ – ١٥١.

(٣) د. غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص١٥٧، د. نادية فضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، مرجع سابق، ص١٢٩.

اكتساب الجنسية الجديدة، فإن تغير القانون واجب التطبيق كأثر لذلك لا يسوغ استبعاد هذا الأخير استناداً للدفع بالغش نحو القانون، إذ إن التغيير في العنصر الواقعي الذي يستخدم في إيجاد ضابط الإسناد قد حدث عرضاً بغير أن يكون مقصوداً لذاته.

٢ – أن يكون قد وقع تغيير ضابط الإسناد فعلاً:

يجب أن يتم تغيير ضابط الإسناد فعلياً لا صورياً، إذ لو كان صورياً لأمكن الاحتجاج بأحكام الصورية ولا حاجة لإعمال الدفع بالغش نحو القانون، فإذا اتخذت الشركة مركزاً صورياً للإدارة، أو غير الشخص موطنه تغييراً صورياً، فإن العبرة في هاتين الحالتين هي مركز إدارتها الرئيس الفعلي، والموطن الفعلي في الحالة الثانية.

ويشترط كذلك لإعمال هذا الدفع قيام الشخص صاحب المصلحة في تغيير ضابط الإسناد الذي يتحدد به القانون واجب التطبيق، سواءً أكان ضابط الإسناد مادياً كتغيير مكان إبرام، العقد، أو الموطن، أو موقع المنقول، أم قانونياً كتغيير الجنسية أو الموطن.

٣ – أن يكون التغيير قد تم بصورة مشروعة:

من البديهي في هذا الصدد أنه يتعين أن تكون الوسيلة التي لجأ إليها الأفراد لتغيير ضابط الإسناد أو تغيير الظروف المحيطة بالعلاقة سليماً من الناحية القانونية، ولا يفسدها إلا النية أو الغرض الذي يهدف الأفراد إلى تحقيقه من وراء هذا التغيير، فإذا كان التغيير الذي قام به الأفراد غير مشروع من الناحية القانونية، فليس ثمة حاجة إلى إعمال هذا الدفع، لأن لدينا من الوسائل القانونية ما يكفي للحيلولة دون تحقيق النتائج التي أرادها الأفراد، ويكفي في هذه االحالة إثبات عدم صحة الوسيلة التي لجأ إليها الأفراد، فلو كانت الوسيلة المستخدمة في التغيير مثلاً غير مشروعة قانوناً كأن يتم تغيير عن طريق تزوير المستندات أو الوثائق المطلوبة، فهنا لا يعتد بالجنسية المكتسبة عن طريق الغش، وتكون العبرة بالجنسية الأولى، وبذلك فلا حاجة لاستخدام الدفع بالغش نحو القانون.

ثانياً: الشرط المعنوي- نية التحايل أو الغش نحو القانون

لا يكفي أن يكون تغيير ضابط الإسناد إرادياً وفعلياً ومشروعاً؛ بل يتعين كذلك اتجاه نية الأفراد إلى التهرب من تطبيق القانون المختص أصلاً بحكم العلاقة، بمعنى أن يكون قد قام الشخص بهذه الأفعال بنية سيئة، وكان يهدف من وراء هذا التغيير إلى الإفلات من الخضوع لأحكام القانون واجب التطبيق أصلاً؛ أي يشترط لإعمال الدفع بالغش نحو القانون توافر نية الغش، ولتحقيق ذلك يجب أن تكون هذه الأحكام هي الباعث الدافع إلى تغيير القانون واجب التطبيق.

المطلب الثالث

آثار الدفع بالغش نحو القانون أو الجزاء المترتب عليه

يثور التساؤل حول الآثار المترتبة على إعمال الدفع بالغش نحو القانون أو القضاء، أو الجزاء المترتب عليه، فهناك اتجاهان فقهيان يتمثلان في الآتي[١]:

الاتجاه الأول: عدم نفاذ الوسيلة المستخدمة والنتيجة

نادى بعض الفقه الفرنسي إلى أن أثر الغش يجب أن يتناول عدم نفاذ النتيجة التي يهدف إليها الشخص من وراء تغيير ضابط الإسناد، وكذلك الوسيلة التي استخدمها الشخص للتوصل إلى النتيجة غير المشروعة.

وعلى ذلك، فإن أثر الغش في قضية الأميرة «فالنتينا»، لميكن مقصوراً على عدم نفاذ النتيجة غير المشروعة والطلاق من الزوج الأول والزواج الثاني من الأمير الروماني؛ بل يجب عدم الاعتداد كذلك بالتجنس بالجنسية الألمانية وبطلان هذا التجنس باعتبار أنها لا تزال فرنسية الجنسية، لأنها الوسيلة التي استخدمتها الأميرة للتوصل إلى الطلاق من زوجها الأول.

(١) د. هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، بند٧٦، ص١٦٩ – ١٧١.

الاتجاه الثاني: عدم نفاذ النتيجة

يذهب هذا الاتجاه إلى أن أثر الدفع بالغش نحو القانون يجب أن يكون مقصوراً على النتيجة التي أراد الأفراد تحقيقها دون الوسيلة التي استخدموها للوصول إلى هذه النتيجة؛ أي باستبعاد القانون الذي ثبت له الاختصاص، وذلك وفقاً لضابط الإسناد المفتعل وإعادة الاختصاص للقانون الذي أراد الشخص التهرب من أحكامه، ذلك إن النتيجة فقط هي التي تعتبر غير مشروعة، أما الوسيلة فهي لا تنطوي على أية مخالفة للقانون.

ونحن نتفق مع الاتجاه السابق، وبالتالي، فإن أثر الغش في قضية الأميرة «فالنتينا»، يجب أن يكون مقصوراً على عدم نفاذ الطلاق والزواج الثاني من الأمير الروماني، أما الوسيلة التي لجأت إليها الأميرة للتوصل إلى الطلاق من زوجها الأول وهي التجنس بالجنسية الألمانية فيجب الاعتداد بها، لأن الأميرة المذكورة قد اكتسبت الجنسية الألمانية بطرق قانونية ومشروعة، حتى ولو هدفت لاستخدامها لنتائج غير مشروعة، وإلا كان ذلك مساساً وتدخلاً في الشؤون الداخلية لدولة أخرى، وكما هو معلوم في القانون الدولي أن لكل دولة الحرية في تحديد مواطنيها باعتباره عملاً من أعمال السيادة شريطة أن تلتزم بالقيود الواردة في المعاهدات والاتفاقيات والأعراف الدولية.

وبناءً على ما سبق، فإنه بإعمال الدفع بالغش نحو القانون يتم بطلان أي تغيير في ضابط الإسناد؛ أما الآثار الأخرى المترتبة على اكتساب الخصم لجنسيته الجديدة فتبقى قائمة، وبذلك، فإن أي نزاع مستقبل يتعلق بأهلية هذا الشخص مثلاً، يجب تطبيق قانون جنسيته الجديدة، مادام أنه لم يقم بتغيير جنسيته تهرباً مما يقضي به قانونها في شأن الأهلية بالنسبة لهذا النزاع بالذات.

المبحث الثالث

نظرية المصلحة الوطنية

تعد المصلحة الوطنية إحدى موانع تطبيق القانون الأجنبي، ويقصد بها أنه لا يجوز تطبيق أحكام قانون دولة أجنبية إذا كان يؤدي إلى الإضرار بالمصالح الوطنية للوطنيين أو بالأموال والحقوق التي تعود إلى أبناء الوطن، وفكرة المصلحة الوطنية يطالب بها الكثيرون من فقهاء القانون الدولي الخاص في إنجلترا وأمريكا وفرنسا وألمانيا.

ومن أشهر وأولى القضايا التي عرضت على القضاء الفرنسي بهذا الخصوص، قضية «ليزاردي»، وتتلخص وقائع هذه القضية، أن شاباً مكسيكياً في سن الثالثة والعشرين اشترى جواهر من تاجر فرنسي فيباريس، وحرر مقابل الثمن سندات عليه، وعند مطالبة السداد احتج بإبطال السندات بسبب نقص أهليته، حيث إن القانون المكسيكي يحدد سن الرشد بخمس وعشرين سنة، إلا إن محكمة الموضوع لم تأخذ بهذا الدفع، وقضت بصحة التزامه، وأيدتها في ذلك محكمة النقض الفرنسية، وأقرت بصحة السندات، وألزمت المشتري بدفع المبلغ المدعى به، وبذلك، فإن المحكمة أخذت بنظرية المصلحة الوطنية[١].

وتستند هذه النظرية من فكرة أنه من الأسلم دائماً تطبيق القانون الوطني على الوطني وليس قانون آخر، وتشمل هذه التصرفات أهلية الأجنبي في توقيع العقود داخل الوطن وكون أهليته يجب أن تكون خاضعة إلى أحكام القانون الوطني البحريني.

وقد أخذ المشرع البحريني بهذه النظرية في عدة فروع من القانون، فنجد تطبيقاً لها في نص المادة (١١)[٢] من القانون رقم (٦) لسنة ٢٠١٥ بشأن تنازع القوانين في المواد المدنية والتجارية التي تنص على أنه:

"أ – يسري على أهلية الأشخاص الطبيعيين الأجانب وحالتهم المدنية قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم.

ب- إذا كان أحد طرفي التصرف أجنبياً ناقص الأهلية وفقاً لأحكام قانون دولته وكامل الأهلية وفقاً لأحكام القانون البحريني، وأبرم ذلك الطرف تصرفاً تترتب آثاره في المملكة، وكان نقص الأهلية يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الآخر تبينه، فإن هذا السبب لا يؤثر في أهليته.

ج – إذا كان من مقتضى اكتساب جنسية جديدة أن تغير من أهلية الشخص، فإن ذلك لا يؤثر في تصرفاته السابقة على اكتساب الجنسية الجديدة".

كذلك ما نصت عليه المادة (١٢) من ذات القانون على أنه:

"يسري بشأن ثبوت الشخصية الاعتبارية للشخص الاعتباري الأجنبي وأهليته وذمته المالية ومن يمثله قانوناً وغير ذلك من المسائل المتعلقة بنظامه القانوني قانون الدولة التي اتخذ فيها هذا الشخص مركز إدارته الرئيس وباشر فيها نشاطه الفعلي.

يسري القانون البحريني إذا باشر الشخص الاعتباري الأجنبي نشاطه الفعلي في المملكة، ولو لم يوجد فيها مركز إدارته الرئيس".

ويتضح من النص المتقدم إن المشرع البحريني أورد قاعدة عامة بشأن تحديد النظام القانوني للشخص الاعتباري، وذلك بقانون الدولة التي بها المركز الإدارة الرئيس للشخص الاعتباري، إلا إذا مارست نشاطاً في البحرين، فإن القانون البحريني هو الذي يسري كاستثناء على القاعدة العامة.

كذلك ما نصت عليه المادة (١٣) من ذات القانون بشأن متعدد الجنسيات على أنه:

---

(١) راجع تفصيلات هذه القضية: د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الكتاب الثالث، مرجع سابق، ص٢٣٢.

(٢) تقابلها المادة (١/١٢) مدني أردني.

«..... ويكون القانون البحريني هو الواجب التطبيق في حالة الأشخاص الذين يثبت لهم أكثر من جنسية، وتكون الجنسية البحرينية من ضمن جنسيات هؤلاء الأشخاص».

كما أوردت المادة (١٩) من ذات القانون استثناءً لعقود العمل التي تبرم في المملكة بقولها:

"أ – يسري على عقود العمل التي يبرمها أصحاب الأعمال مع عمالهم قانون الدولة التي يجري فيها تنفيذ عقد العمل بصفة أساسية، فإذا كان عقد العمل ينفذ بصفة أساسية في أكثر من دولة سرى قانون الدولة التي يوجد فيها المركز الرئيس لهذه الأعمال.

ب- إذا كان المركز الرئيس لهذه الأعمال في الخارج وكان فرع هذا المركز في المملكة هو الذي أبرم عقود العمل، كان القانون البحريني هو القانون الواجب التطبيق إذا كان عقد العمل ينفذ بصفة أساسية في المملكة.

ج- لا يخل الاتفاق على تطبيق قانون آخر بشأن عقود العمل بالقواعد الآمرة للقانون الواجب التطبيق وفقاً لأحكام الفقرتين (أ) و (ب) من هذه المادة".

ويتضح مما تقدم، إن النص أورد قاعدة عامة، وهي تطبيق قانون الدولة التي يجري فيها تنفيذ عقد العمل، إلا إذا كان العقد ينفذ في أكثر من دولة فيصبح قانون دولة المركز الرئيس لهذه الأعمال، فإذا كان هذا المركز في الخارج وله فرع في المملكة فيصبح القانون البحريني هو الواجب التطبيق.

كما أورد المشرع البحريني استثناءً واضحاً إعمالاً لفكرة المصلحة الوطنية يتمثل في نص المادة (١/٢٧) من القانون رقم (٦) لسنة ٢٠١٥ على أنه:

"يسري على الملكية الأدبية والفنية قانون الدولة المطلوب توفير الحماية فيها، وعلى الملكية الصناعية بما فيها الوسائل التجارية المميزة قانون الدولة التي سجلت فيها، فإن كانت مسجلة في أكثر من دولة وكان بينها مملكة البحرين، فإن القانون الواجب التطبيق هو القانون البحريني".

كذلك ما جاء في المادة (٣٥٧) من قانون التجارة البحريني رقم (٧) لسنة ١٩٨٧[١] والذي جاء فيها:

"١- يرجع تحديد أهلية الملتزم بمقتضى الكمبيالة إلى قانونه الوطني، فاذا أحال هذا القانون إلى قانون دولة أخرى كان القانون الأخير هو الواجب التطبيق[٢].

٢- إذا كان الملتزم بالكمبيالة ناقص الأهلية طبقاً للقانون المشار إليه في الفقرة السابقة، فإن التزامه مع ذلك يبقى صحيحاً إذا كان توقيعه على الكمبيالة قد وضع في إقليم دولة يعتبره تشريعها كامل الأهلية".

كذلك ما ورد في التشريعات المقارنة، مثال نص المادة (١٤) من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨[٣] التي تنص على أنه: "في الأحوال المنصوص عليها فى المادتين السابقتين إذا كان احد الزوجين مصرياً وقت انعقاد الزواج، يسرى القانون المصرى وحده، فيما عدا شرط الأهلية للزواج"[٤].

---

(١) المنشور في العدد (١٧٣٩) من الجريدة الرسمية، الصادر بتاريخ ١٩٨٧/٣/٢٦م، ص٣.

(٢) تقابلها المادة (٢/١٣٠) من قانون التجارة الأردني رقم (١٢) لسنة ١٩٦٦، المنشور في الصفحة (٤٧٢) من عدد الجريدة الرسمية رقم (١٩١٠) الصادر بتاريخ ١٩٦٦/٣/٣٠م.

(٣) الصادر بتاريخ ١٩٤٨/٧/٢٩م.

(٤) يقابلها حرفياً نص المادة (١٥) مدني أردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦ المنشور على الصفحة (٢) من عدد الجريدةالرسمية رقم (٢٦٤٥) الصادر بتاريخ ١٩٧٦/٠٨/٠١م وأصبح قانوناً دائماً بموجب الإعلان المنشور علىالصفحة رقم (٨٢٩) من عدد الجريدة الرسمية رقم (٤١٠٦) الصادر بتاريخ ١٩٩٦/٠٣/١٦م.

الخاتمة

إن إعمال مبدأ شخصية القانون يقتضي تطبيق قانون أجنبي يحل محل القانون الوطني على إقليمه الوطني، ولضمان فعالية احترام المفاهيم الأساسية السائدة في الإقليم الوطني تأتي فكرة الدفع بالنظام العام لتكون عائقاً أمام تطبيق القانون الأجنبي الذي قد تشير إليه قاعدة الإسناد الوطنية.

غير أنه يتعين بالضرورة التمييز بين المفاهيم المرعية في العلاقات الخاصة الوطنية وتلك المتعلقة بالعلاقات الخاصة الدولية[1].

ومن الملاحظ أن الاجتهاد القضائي الفرنسي كان له عظيم الأثر في إرساء قواعد تنازع القوانين وبالأخص حالات استبعاد القانون الأجنبي.

كذلك الأمر فإن من المعلوم أن هناك ضابطين للإسناد في مسائل الأحوال الشخصية تأخذ بهم دول العالم وهما قانوني الجنسية والموطن، فإن أي تغيير في ضابط الإسناد – ما يسمى بالتنازع المتغير أو المتحرك –قد يتغير القانون واجب التطبيق وبالتالي قد تتغير النتيجة، لذا فقد يغير أحد أطراف النزاع في العلاقات الخاصة الدولية ضابط الإسناد للتهرب من القانون المختص أصلاً على النزاع وتطبيق قانون آخر يحقق مصالح شخصية لا يحققها له القانون الواجب التطبيق أصلاً على النزاع، لذا يجب رد ودرء هذا التحايل بواسطة ما يسمى بالدفع بالغش نحو القانون.

كذلك فإن القانون شُرِعَ لحماية مصالح الأفراد ومراكزهم القانونية فليس من العدل أن تكون مراكزهم قلقة وعرضة للإبطال، وهذا ما يدخل ضمن فكرة أو نظرية المصلحة الوطنية التي تحمي كافة من يتوطن داخل الدولة وأبرم عقداً فيها وفقاً لمتطلبات المشرع الوطني فلابد أن يحميه القانون الوطني ويطبق بشأنه بدلاً من تطبيق قانون أجنبي قد يسلبه هذا الحق أو ينتقص من مركزه القانوني.

وقد توصلت الدراسة إلى عدة نتائج وتوصيات، نوردها على النحو الآتي:

أولاً: النتائج

١ –يلاحظ على المشرع البحريني من خلال إعماله لحالات استبعاد تطبيق القانون الأجنبي الواجب التطبيق الذي أشارت بتطبيقه قاعدة الإسناد الوطنية، انه قد راعى ما توصلت إليه الاجتهادات الفقهية والقضائية والنصوص التشريعية الحديثة وما استقر عليه القضاء الفرنسي الذي يعد بحق له الفضل الأكبر في إرساء مبادئ القانون الدولي الخاص في مجال تنازع القوانين.

٢ –يتضح من مؤلفات الفقهاء في تنازع القوانين اتفاقهم على إيراد حالتي الدفع بالنظام العام والدفع بالغش نحو القانون من ضمن موانع تطبيق القانون الأجنبي الواجب التطبيق في العلاقات ذات العنصر الأجنبي، أما فكرة أو نظرية المصلحة الوطنية فقد تباينت بشأنها آراء الفقهاء فمعظمهم لا يعتبرها من ضمن حالات استبعاد تطبيق القانون الأجنبي، بل هي نظرية مستقلة عن هذه الحالات، فيما يرى الباحث أن هذه الفكرة أو النظرية هي من صلب حالات تعطيل تطبيق القانون الأجنبي واستبعاده جنباً إلى جنب للدفعين السابقين.

٣ –يختلف النظام العام الداخلي عن نظيره الدولي، وبالتالي يتعين تحديد مضمون النظام العام الدولي، لاسيما وأن النظام العام الداخلي أوسع نطاقاً لأنه يشمل إلى جانب المبادئ الأساسية الجوهرية القواعد الآمرة، بينما فإنه ليس بالضرورة أن تكون كل قاعدة آمرة ضمن النظام العام الدولي. وبعكس ذلك سيؤدي إلى إعاقة المسار الطبيعي لقاعدة التنازع، خاصة وأن الإفراط في إعمال النظام العام الدولي سيؤدي إلى انحرافه عن الدور الرئيسي الذي وجد من أجله، وسيصبح التعصب لتطبيق قانون دولة القاضي واضحاً، الأمر الذي سيخل بوظيفة قواعد الإسناد وسيعيق المعاملات الدولية الخاصة، لذا يجب توخي الحذر عند إعمال هذا الدفع مع حث القضاء الوطني على الأخذ بالأثر المخفف أو الملطف للنظام العام.

٤– رغم سكوت المشرع البحريني على النص صراحةً على الدفع بالغش نحو القانون كسبب لاستبعاد القانون الأجنبي واجب التطبيق إلا أن المشرع البحريني حرص على إضافة مصدر

([1]) عادل بن عبدالله، الاعتبارات العملية للدفع بالنظام العام، مرجع سابق، ص٢٢٨.

آخر لقواعد تنازع القوانين يرجع إليه القاضي الوطني إذا لم يسعفه النص التشريعي، فقد نصت المادة الثانية من قانون رقم (٦) لسنة ٢٠١٥ بشأن تنازع القوانين في المسائل المدنية والتجارية ذات العنصر الأجنبي على أنه: "بمراعاة حكم المادة (١) من هذا القانون، تسري مبادئ القانون الدولي الخاص فيما لم يرد في شأنه نص خاص في هذا القانون"، وبما أن المشرع قد سكت عنها فإنه يتحتم على القاضي إن عرض عليه هذا الدفع الرجوع للقواعد العامة للقانون الدولي الخاص، وعليه يرجع إلى الاجتهادات الفقهية والقضائية في تقرير هذا الدفع ومعالجة الأمر.

ثانياً: التوصيات

١ –أوصي المشرع عامةً والبحريني خاصةً عدم مغالاة القضاء الوطني في التمسك بالنصوص الحرفية للنظام العام والآداب خاصة في مجال العلاقات الدولية الخاصة، لما تشهده من تباين في القوانين والأنظمة، فالأخذ والتمسك بهذا الدفع لابد وأن يكون واضحاً وحرفياً في مجال العلاقات الداخلية، أما في إطار العلاقات الدولية فلا غبار في الأخذ قدر الإمكان بالأثر المخفف أو الملطف لحدة النظام العام.

٢ –أقترح على المشرع البحريني إضافة نصوص أخرى تفصيلية تبين بوضوح مدى تطبيق الأحكام القانونية الواردة في المادة (٢٢) مرافعات بشأن تنازع القوانين في مسائل الأحوال الشخصية للأجانب غير المسلمين، والمادة الخامسة من القانون رقم (٦) لسنة ٢٠١٥ بشأن تنازع القوانين في المواد المدنية والتجارية، بحيث تحدد هذه النصوص مقدار الاستبعاد الواقع على تطبيق القانون الأجنبي المختص بحكم العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي، فيما إذا كان الاستبعاد كلياً أم ينحصر فقط في الجزء المخالف للنظام العام.

٣ –أقترح على المشرع البحريني النص صراحةً على الدفع بالغش نحو القانون في مجال تنازع القوانين، كذلك على إضافة نصوص أخرى لفكرة المصلحة الوطنية في مسائل الأحوال الشخصية المتعلقة بالزواج مسايرةً للقوانين المقارنة كالتشريع المصري والأردني فيما إذا كان أحد الزوجين وطنياً كان القانون الوطني هو الواجب التطبيق.

قائمة المراجع

- د. أحمد عبد الكريم سلامة، مختصر قانون العلاقات الخاصة الدولية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦م.
- أمل صوراني، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، حلب، سوريا، ١٤٣٤ه – ٢٠١٣م.
- د. بدر الدين عبد المنعم شوقي، الموجز في القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة بين الفقه الدولي والأنظمة السعودية، مكتبة الخدمات الحديثة، جدة، بدون سنة نشر.
- د. جابر جاد عبد الرحمن، تنازع القوانين، مكتبة النهضة العربية، القاهرة، ١٩٥٩م.
- د. حامد زكي، القانون الدولي الخاص المصري، بدون جهة نشر، القاهرة، ١٩٣٦م.
- د. حسام أسامة شعبان، الوجيز في القانون الدولي الخاص البحريني، (تنازع القوانين – الإجراءات المدنية الدولية)، الطبعة الأولى، منشورات جامعة المملكة، مملكة البحرين، ٢٠١٦م.
- د. حسن الهداوي، تنازع القوانين وأحكامه في القانون الدولي الخاص العراقي، الطبعة الثانية، مطبعة الإرشاد، بغداد، ١٩٧٢م.
- زاير فاطمة الزهراء، النظام العام في النزاعات الدولية الخاصة المتعلقة بالأحوال الشخصية، رسالة ماجستير، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان – الجزائر، ٢٠١٠-٢٠١١م.
- د. سامي بديع منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، دار العلوم العربية للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٩٤م.
- د. صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، الطبعة الثانية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٦م.
- عادل بن عبدالله، الاعتبارات العملية للدفع بالنظام العام، بحث منشور في مجلة المفكر، الصادرة عن كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، العدد الثالث، ٢٠٠٨م.
- د. عباس الصراف، جورج حزبون، المدخل إلى علم القانون، الطبعة الأولى، الإصدار العاشر، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٨م.
- د. عز الدين عبد الله، الجزء الأول، الطبعة العاشرة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٧م.
- د. عكاشة محمد عبدالعالت، تنازع القوانين – دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية،- ٢٠٠٢م.
- د. عكاشة محمد عبدالعال، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٨م.
- د. غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، مطابع مديرية دار الكتب للطباعة والنشر، الموصل – العراق، ١٩٨٢م.
- د. فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، مطبعة دار الكتاب، دمشق، ١٩٨٨ – ١٩٨٩م.
- د. فؤاد رياض، د. سامية راشد، أصول تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٠م.
- د. محمد المبروك اللافي، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، منشورات الجامعة المفتوحة، طرابلس، ليبيا، ١٩٩١م.
- د. ممدوح عبد الكريم عرموش، القانون الدولي الخاص، (تنازع القوانين)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٥م.
- د. نادية فضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ٢٠٠١م.
- د. هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، الدار الجامعية، بيروت، بدون سنة نشر.