Journal of Al-Farabi for Humanity Sciences Volume (4), Issue (1) July(2024)

ISSN: 2957-3874 (Print)
Journal of Al-Farabi for Humanity Sciences (JFHS)
https://www.iasj.net/iasj/journal/419/issues
مجلة الفارابي للعلوم الإنسانية تصدرها كلية الفارابي الجامعة

الأثر المترتب على الدفع بالنظام العام الأجنبي في تنازع القوانين

نوار رحمن كميل

ا.د.هلا العريس

الجامعة الاسلامية في لبنان/ كلية الحقوق/ قسم القانون الخاص

The impact of the plea of foreign public order in conflict of laws

Nwar Rahman Kamil
Prof. Hala Al-Arays
Islamic University in Lebanon / Faculty of Law /
Department of Private Law

الملخص

يكمن النظام العام الاجنبي كصورة عكسية عن النظام العام الوطني، ويترت عليه اثار عكسية لما تتوفر للنظام العام الوطني منها استبعاد النظام العام الوطني ، وكذلك يترتب عليه تطبيق القانون الاجنبي بدفع القانون الوطني. لذلك سنقسم هذا البحث على مبحثين الاول للفكرة الاستثنائية التي جئنا بها والثاني الاثر المترتب والتطبيقات القضائية له.الكلمات المفتاحية: تنازع القوانين , النظام العام , القانون الدولي الخاص

Abstrct

The foreign public order exists as an inverse image of the national public order, and it has adverse effects to what the national public order has, including the exclusion of the national public order, and it also results in the application of foreign law in preference to the national law. Therefore, we will divide this research into two sections, the first for the exceptional idea that we came up with, and the second for its implications and judicial applications.**Keywords: Conflict of laws, public order, private international law**

المقدمة

أولا: فكرة الموضوع: وجدنا إن النظام العام الأجنبي عندما يكون له دوراً ايجابياً، وهو غير النظام العام الوطني، فلابد ان يكون مقبولاً بصورة كاملة في دولة القاضي الذي تنظر النزاع، لذلك تم اشتراط مجموعة من الشروط له، منها ان يهدف الى تحقيق مصلحة إنسانية مجمع عليها وان لا يتعارض مع النظام العام الوطني، وبعد ان تتحقق هذه الشروط، بلا شك يترتب على النظام العام الأجنبي آثار قانونية مهمة وهذه الاثار استثنائية ونادرة.إذ يمثل الأثر المترتب على الدفع بالنظام العام الأجنبي نتيجة عكسية واستثنائية، عكسية لأنها تتمثل في انه يطبق القانون الأجنبي ويستبعد القانون الوطني، واستثنائية لان الأصل هو الدفع بالنظام العام الوطني حماية للقيم والمصالح الوطنية، ولكن هنا الدفع يكون بالنظام العام الأجنبي حماية للقيم والمصالح الأجنبية التي سبق وان تحدثنا عن شروط اعمالها.ثانيا: أهمية البحث: تكمن أهمية البحث في تسليط الضوء على نوع مسكوت عنه من النظام العام، وهو النظام العام الأجنبي وهو عكس النظام العام الوطني وهو معمول به والمستقر والمعروف في نطاق القانون الدولي الخاص.

ثالثا: إشكالية البحث: تكمن إشكالية البحث في ان النظام العام الأجنبي قد يكون هو المانع من تطبيق القانون الوطني ، لاسباب عديدة، وهذه نتيجة عكسية للدفع بالنظام العام الوطني.

رابعا: خطة البحث: وفي سبيل بحث هذا الموضوع المهم، سنقسم هذا البحث على مبحثين: نبحث بالأول استبعاد القانون الوطني، اما في المبحث الثاني سيكون للتطبيقات القضائية من استبعاد القانون الوطني.

المبحث الأول استبعاد القانون الوطني بأعمال القانون الأجنبي

إن مسألة استبعاد القانون الوطني من المسائل المحفوفة بالمخاطر كونها جاءت استثنائية، لذلك سنبحث بالمطلب الأول الفكرة الاستثنائية لاستبعاد القانون الوطني، وفي المطلب الثاني سيكون للموقف التشريعي من هذا الاستبعاد.

المطلب الأول الفكرة الاستثنائية في استبعاد القانون الوطني

لدراسة هذا المطلب بداية يجب ان نبحث في ماهية الفكرة الاستثنائية بالفرع الأول ومن ثم نبحث في الطبيعة العامة للقانون الأجنبي بالفرع الثاني وبعدها نأتي لدراسة ضوابط إعمال القانون الاجنبي باستبعاد القانون الوطني.

الفرع الأول الفكرة الاستثنائية وطبيعتها

أولا: ماهية الفكرة الاستثنائية

إن بيان الأثر الانعكاسي للنظام العام الاجنبي والذي تتلخص فكرته في إن النظام العام هو فكرة وطنية تستمد مضمونها من النظام القانوني لكل دولة وان القاضي ملتزم بموجب ذلك القانون بحماية النظام العام والحفاظ عليه دون الحاجة إلى حماية النظام العام الأجنبي.[١]، وهذا ما يظهر الطابع الإقليمي لفكرة النظام العام ومع التسليم بان فكرة النظام العام هي فكرة وطنية فهل يعفى القاضي الوطني من إن يأخذ في الاعتبار مقتضيات النظام العام للدول الأخرى في جميع الأحوال خصوصا إذا كانت تلك المقتضيات تتفق وفكرة النظام العام في قانونه؟[٢] إجابة لهذا التساؤل فان هذه الفكرة محل نظر في جميع دول العالم ومن أغلب الفقه القانوني حيث إن ثبوت المراكز القانونية وفقا للنظام العام لدولة ما ينتج أثره في دول أخرى حال وقوع النزاع أو الواقعة القانونية على أرضها وتحت سلطة قانونها وقضائها حفاظا على النظام العام لتلك الدولة من جهة وعلى الحقوق المكتسبة والواجبات المفروضة لطرفي النزاع من جهة أخرى.[٣] حيث إن نشوء حق أو مركز قانوني في دولة أجنبية طبقا لقانونها، بعد استبعاد القانون واجب التطبيق طبقا لقواعد التنازع في الدولة التي ينتمي اليها القاضي، وعند إسناده إلى مخالفة النظام العام الوطني سيضيع العديد من تلك الحقوق عليه فان لا مشكلة من الاعتراف بذلك الحق أو المركز القانوني أمام قضاء الدولة التي تنظر ذلك النزاع سواء كان يتفق ذلك مع نظامها العام أو يختلف ما لم يكن ذلك النظام العام الذي تخالفه يتعلق بالمصالح العليا لذلك البلد.[٤]

ثانيا: الطبيعة العامة للقانون الأجنبي المطبق:

إن الأصل المستقر هو إعمال قواعد القانون الوطني وفقا لقواعد الإسناد الوطنية لحكم جميع النزاعات والعلاقات التي تقع على إقليم الدولة، ولكن استثناء من ذلك نجد في بعض الحالات ان قواعد العدالة وقواعد القانون الدولي الخاص المتعلقة بتنازع القوانين تفرض ضرورة الحكم بموجب قانون أجنبي معين بدل قانون القاضي الذي يحكم النزاع، الذي تحيل اليه قاعدة الاسناد بعدما ينظر القاضي لظروف النزاع المعروض من كافة جوانبه.[٥] فعندما تعرض على القاضي واقعة تتعلق بعلاقة دولية خاصة يثيرها الأطراف، تبرز وظيفة القاضي في البحث عن القاعدة القانونية المناسبة لحكم هذه الواقعة فقد يتوصل القاضي في النهاية الى تطبيق قانونه الوطني، وقد يجد عدم ملائمة تطبيق القانون الوطني على الواقعة المدعى بها، مما يؤدي الى تطبيق قانون أجنبي غير قانونه إحقاقا للحق وإيجادا للحكم المناسب لواقعة معينة وان هذه الفكرة وبطبيعتها الاستثنائية قد تكون على مساس مباشر مع فكرة النظام العام الداخلي.[٦] وان الوقائع المشوبة بعنصر أجنبي قد تتعلق بالنظام العام الوطني، وكما هو معروف إن النظام العام الوطني يترتب عليه أثر مباشر بصورتين الأولى: تتمثل بالامتناع عن تطبيق القانون الأجنبي وهو ما يعرف بالأثر السلبي للنظام العام، والصورة الثانية: إذ لم يقتصر الأثر على استبعاد القانون الأجنبي فحسب بل يذهب القاضي إلى تطبيق قانونه محل القانون الأجنبي فنكون حينها أمام الصورة الثانية التي تعرف بالأثر الإيجابي للنظام العام،[٧] إي إن القاضي يقوم بتقدير التعارض بين الأحكام في القانون الأجنبي والنظام العام المعتمد في دولته وفي حال ثبت له إن تطبيق القانون الأجنبي يخالف النظام العام الداخلي فانه يذهب إلى رفض تطبيق ذلك القانون وتكون الغاية من ذلك المحافظة على الأسس التي يقوم عليها نظامه القانوني.[٨]وإن القاضي سوف يقتصر في عمله على استبعاد تطبيق حكم القانون الأجنبي المعارض فقط ولا يتدخل لوضع حل لموضوع النزاع وإيجاد قانون يمكن تطبيقه على تلك الواقعة لذلك سنكون أمام واقعة بلا قانون يحكمها،[٩] أو في حاله الذهاب إلى الأثر الايجابي للنظام العام فان القاضي سيكون حينها أمام تطبيق قانون على واقعة معينة لا ينطبق عليها في الأصل ولكنه ذهب إلى ذلك مدفوعا بالحماية التي وضعت لتأمين النظام العام الوطني وكذلك بالشعور الداخلي بان ذلك الأمر يتعلق بسيادة الدولة التي ينتمي إليها القاضي.[١٠]ومن ثم فان لحل هذا الموضوع ظهرت إلى الواقع القانوني عدة اراء فقهية اسفرت عن ظهور مجموعة من النظريات لكل نظرية تفسيرها الخاص بها،[١١] وهي بحسب تسلسلها الزمني،نظرية الحقوق المكتسبة ويرجع فضل ظهور هذه النظرية الى الفقه الانكلوسكسوني، وفحواها انه اذا اكتسب شخص حقا في دولة بناءً على قانونها المختص، فإن هذا الحق يجب الاعتراف به وبصحة اكتسابه، وبهذا يكون لزاماً

على القاضي الوطني ليتمكن من احترام هذا الحق والاعتراف به ان يطلع على احكام القانون الأجنبي الذي نشأ الحق واكتسب في ظله.[١٢] وهو بهذا لا يطبق القانون الأجنبي بناءً على أوامر مشرع دولة القانون الأجنبي، ولكنه يتحقق من قيمة الحق وفقاً لهذا القانون وذلك باستشارته بصورة غير مباشرة. ان النقد الذي وجه لهذه النظرية هو انه من الممكن قبولها بالنسبة للحقوق والمراكز القانونية التي نشأت في الخارج، ولكنها لا تعطي حجة قوية لتطبيق القاضي الوطني للقانون الأجنبي في حال انشاء الحق او المركز القانوني لأول مرة امام القاضي الوطني.[١٣]اما النظرية الثانية فهي نظرية الاستقبال وتعد هذه النظرية من نتاجات الفقه الإيطالي، التي ظهرت للتوفيق بين النظرية الإيطالية الخاصة بالاستقلال المطلق بين الأنظمة القانونية، فالقاضي الإيطالي لا يعترف الا بنظامه القانوني، ولا علاقة له بباقي الأنظمة، وبين تطبيق القانون الأجنبي امام القاضي الإيطالي.[١٤] وبحسب هذه النظرية إن القانون الأجنبي بعد إن تشير إليه قواعد الإسناد الوطنية يكون جزءا لا يتجزأ من القواعد القانونية لدولة القاضي فيصبح جزءا منها ويأخذ طبيعتها وبما أنها وطنية فيصبح القانون الأجنبي بفعل الاندماج هذا وطني حيث إن القواعد القانونية المحلية تستقبله بعد إن تكون فارغة المضمون فيما يتعلق بموضوع هذا النزاع، رعاية لنظام عام خارجي وبذلك يعامل القانون الأجنبي معاملة القانون الوطني وهذا هو الاستثناء من الأصل.[١٥] اما الاتجاه الحديث يرى ان الاستقبال يكون فقط شكلي للقانون الأجنبي، فهو يندمج شكلياً في النظام القانوني الوطني ويبقى محتفظاً بمضمونه وقيمته التي أعطاها له مشرعه الذي أصدره. ان هذه النظرية تعرضت للنقد حيث انها تقود الى مسخ وتشويه القانون الأجنبي خصوصا في حالة الاستقبال المادي، فهي تؤدي الى تفسير القانون الأجنبي بحسب احكام التفسير المتبعة في تفسير القاعدة القانونية الوطنية.[١٦]نأتي الى النظري الثالثة وهي نظرية اعتبار القانون الأجنبي عنصراً واقعياً وهذا هو اتجاه الفقه الفرنسي الحديث، وترى هذه النظرية ضرورة معاملة القانون الاجنبي معاملة الواقع،[١٧]وبحسب هذا الاتجاه يعامل القانون الأجنبي حينما يراد تطبيقه على إقليم دولة القاضي لحل نزاع أو واقعة معينة وهو القانون الذي أسند إليه الاختصاص، لا بوصفه امرا صادر من مشرع دولة اجنبية، وانما باعتباره عنصراً واقعياً، ومن تبريرات مؤيدي هذه النظرية ان القاضي الوطني غير امين على تطبيق القانون الأجنبي ولا يمكن فرض ذلك عليه، وكذلك ان القانون الأجنبي ما هو الا امر صادر من مشرع دولة اجنبية وان القاضي الوطني لا يأتمر الا بأمر مشرعه، فلا يمكن الزامه بحسب هذه النظرية بتطبيق الامر او القانون الأجنبي، ولكن يمكن تطبيق القانون الأجنبي اذا تم تجريده من عنصر الامر.[١٨]وعند عبوره الحدود داخلا إلى دولة القاضي يفقد صفته القانونية والإلزامية،[١٩] وهو بذلك يفقد عنصر أساسي في تكوين القاعدة القانونية، فالقانون الأجنبي اذ يطبق خارج دولته لا يكون بوصفه كذلك، ولكن باعتباره مجرد واقعة مادية او عنصراً واقعيا لا عنصراً قانونيا.[٢٠] وبهذا التحليل فان المحكمة لا تطبق القانون الأجنبي من تلقاء نفسها وإنما يكون بناء على طلب الخصوم الذين يقع على عاتقهم اثبات مضمون القانون الأجنبي والبحث عنه.[٢١]ولكل ما تقدم وبحسب رأي الأستاذ عكاشة محمد عبد العال الذي نؤيده ان النظريات السابقة غير جديرة بالتأييد. فالقانون الأجنبي يحتفظ بكيانه لا يندمج في القانون الوطني، كما ترى النظرية الإيطالية، ولا يتجرد من عنصر الامر إذا عبر الحدود، كما ترى النظرية الفرنسية الحديثة، بل يطبق بوصفه قانوناً بالمعنى الصحيح، ولا يجوز الاحتجاج هنا بأن القاضي الوطني يأتمر بالأمر الذي ينطوي عليه القانون الأجنبي كعنصر من عناصر تركيبه. فالواقع ان علاقة القاضي بالقانون الذي يطبقه، هي علاقة تنحصر في تطبيق الجزاء الذي ينطوي عليه ذلك القانون بقصد تحقيق الحماية القانونية المطلوبة يستوي في ذلك القانون الوطني والقانون الأجنبي.[٢٢]

الفرع الثاني ضوابط إعمال القانون الأجنبي باستبعاد القانون الوطني

عليه وبناء على كل ما تقدم فلا بد من معرفة دور القاضي في تطبيق القانون الأجنبي استثناء على حساب قانونه الوطني رعاية للنظام العام الخاص بدولة أجنبية وان البحث في دور القاضي في تطبيق القانون الأجنبي يقتضي أولا معالجة مسألة مدى التزام القاضي بإعمال قاعدة الإسناد.[٢٣] إذ إن تطبيق القانون الأجنبي ما هو في الحقيقة إلا تطبيقا من القاضي للأمر الصادر من المشرع الذي يتبعه بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية، ومن ثم هل يملك القاضي صلاحية في تطبيق القانون الأجنبي كالصلاحية التي يمتلكها في التكييف في قانونه؟ ومن جهة أخرى فان تطبيق القانون الأجنبي يثير مسألة وهي الطريقة المتبعة في تفسير القانون فهل يفسره القاضي كما يفسر قانونه أم إنه ملزم بالتقيد بالحلول القضائية السائدة في تلك الدولة التي يطبق قانونها الوطني؟جواباً على كل التساؤلات المطروحة، فإن القاضي الوطني يرتكز الى البينة المقدمة على القانون الاجنبي، الا انه يستطيع ان يتحقق من مضمون القانون الاجنبي بشكل مباشر، ويمكن أن يطبقه تلقائيا مع المحافظة على المبادئ الاساسية في الدعوى، مثل تأمين حق الدفاع والعلنية في المحاكمة، وذلك بإفساح المجال للخصوم بمناقشة القانون منعاً لأي مفاجئة في الدعوى.[٢٤]وهذا هو التوجه الحديث في ان يكون للمحكمة التزام بالإعلان عن القانون الواجب التطبيق بصورة تلقائية، وتطبيق ذلك القانون فعليا حتى وإن لم يبين الخصوم محتوى هذا القانون او مضمونه.[٢٥] اما فيما يخص السؤال الثاني فإن القاضي الوطني يكون لزاماً عليه التحقق من مفهوم القانون الاجنبي

وابعاده، وهذا التحقق يكون من خلال النظام القانوني الذي ينتمي اليه القانون الاجنبي، من حيث اشكال وكيفية التطبيق وكذلك حالة ومدى الالتزام بالاجتهاد الذي يفسر ذلك القانون في دولته، والقيمة الملزمة لذلك الاجتهاد، فالقانون الاجنبي المراد تطبيقه يجب ان يوضع في الإطار القانوني الذي ينتمي اليه، فهو يطبق ويفسر كما يطبق ويفسر في دولته.[٢٦] ويرى جانب من الفقه إن دور القاضي في تفسير القانون الأجنبي لا يختلف عن دوره في تفسير قانونه حيث يبحث عن نية المشرع وما يستهدفه من وراء القواعد التي صدرت عنه، ويمكن للقاضي الاستئناس في تفسير القوانين الأجنبية بآراء الفقه والقضاء الأجنبي الذي يتبعه ذلك القانون الذي قام بتطبيقه مع عدم إلزامه بالأخذ بها، فيما يذهب جانب آخر إلى انه يتعين على القاضي إعمال منهجية التفسير المعتمدة في البلد الذي صدر عنه ذلك القانون ومن ثم يخضع القاضي في تفسيره لهذا القانون لمبادئ ذلك الأخير، وبمعنى آخر ينبغي على القاضي إن يتقيد بالتفسير القضائي السائد في بلد القانون الذي يطبقه حيث يذهب اتجاه فقهي حديث إلى إلزام المحاكم بتفسير القانون الأجنبي كإلزامها بتفسير القانون الداخلي نظرا لتوفر النظرة القانونية لتلك المحاكم وان قيام المحاكم بتطبيق القوانين الأجنبية دون الوصول إلى تفسيرها أو تفسير معانيها الغامضة يؤدي إلى صدور بعض الأحكام التي تنافي الغرض الذي انشئ من أجله القانون أو الحكم القانوني المباشر للقانون الأجنبي في حالة عدم فهمه أو عدم تفسيره بالطريقة الصحيحة.[٢٧]كما إن من المواضيع التي يجب أن تثار أثناء البحث في هذا الموضوع هو التحقق من صحة القانون الأجنبي حيث إن البحث في كيفية تفسير النص القانوني الأجنبي يأخذنا باتجاه التحقق أولا من صحة ذلك القانون والتحقق من الصفة القانونية للقاعدة واجبة التطبيق حيث إن القاضي يتحرى عن حقيقة القاعدة القانونية المطروحة والتي يراد تطبيقها أمام إبعاد قانونه الوطني وان يتبع ما أراده ذلك المشرع أثناء تشريعه وإن تطبيق القاضي الوطني للقانون الأجنبي لا يقتصر على تطبيق ذلك القانون فقط حيث لو كان المشرع الأجنبي لا يعتد بالعرف كمصدر للقانون فعلى القاضي إن لا يأخذ بالعرف أثناء نظره للدعوى وفقا لقانون أجنبي.[٢٨] ومما تقدم تجد الباحثة ان قد يكون للمحكمة التي تنظر النزاع في تنازع القوانين، قد تعتمد على النظام العام الأجنبي في تطبيقه على الواقعة المعروضة مع استبعاد النظام العام الوطني، وسلطة المحكمة او القاضي الوطني في تطبيق القانون الأجنبي، ليست ضيقة كما رأينا من الإجابة على الأسئلة أعلاه، بل يمكن ان يطبقه عند توافر شروطه او عند تفسير قاعدة الاسناد الوطنية، وعندما يطبق القاضي الوطني النظام العام الأجنبي هو بالحقيقة يضفي عليه الصفة الوطنية الإلزامية ويعتبر من قواعد ذات التطبيق المباشر بموافقة المشرع الوطني، لذلك فأن النظام العام الأجنبي له دور إيجابي في هذا الصدد ويؤدي وظيفة الدفع بالنظام العام الوطني.

المطلب الثاني موقف التشريع المقارن من أعمال القانون الاجنبي

تنقسم العلاقات القانونية التي تنشأ بين الأفراد إلى نوعين من العلاقات علاقات وطنية بحتة وعلاقات يتخللها عنصر أجنبي كما لو قام عراقي بإبرام عقد مع عراقي آخر في العراق وكان محل العقد مالا موجودا في العراق أيضا فان مثل هذه العلاقة العقدية هي علاقة وطنية بحتة في جميع عناصرها مما يعني خضوعها للقانون العراقي بشكل مباشر.[٢٩]، ولكن قد يتخلل هذا الموضوع الصفة الأجنبية لأحد عناصر العلاقة سواء لمحلها أو لسببها أو لأطرافها كما لو أبرم العقد من قبل العراقي وأمريكي أو أبرم العقد بين عراقيين لكنه تعلق بمال موجود في الولايات المتحدة فهنا يثار التساؤل على القانون واجب التطبيق على مثل تلك العلاقة نظرا لارتباطها بأكثر من نظام قانوني ويتولى القانون الدولي الخاص وتحديدا فرعه المتعلق بتنازع القوانين الإجابة على هذه التساؤلات.[٣٠]وما يثير الصعوبة في مثل هذه الأحوال هو فكرة النظام العام لكل دولة سواء لدولة القاضي الذي يطبق القانون على النزاع أو الوقائع القانونية ومدى مساس إعماله لقانون أجنبي حفاظا على النظام العام لدولة أجنبية بالنظام العام الداخلي لدولته التي ينتمي إليها،[٣١] أو ما ينتج عن إهمال القانون واجب التطبيق إذا كان أجنبيا وإعمال القانون الوطني من قبل القاضي الذي ينظر النزاع، فأن ذلك يؤدي الى مساس مباشر في نظام عام تابع لدولة أجنبية تكون على علاقة بشكل أو بآخر بذلك النزاع، ومن ثم فأن النظام العام الأجنبي هو المعمول به هنا، ويؤدي الى استبعاد القانون الوطني.[٣٢]لذلك فأننا نجد أن القضاء والتشريع قد سعى في محاولة للوصول إلى مرحلة من التوافق تمكنه من حل ذلك النزاع بطريقة قانونية سليمة وبأدوات قانونية تغلب فيها المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، وان أدى الى استبعاد القانون الوطني.[٣٣]ولبيان الموقف التشريعي في هذا الصدد يكون على النحو الاتي:

اولاً: التشريع العراقي.ذهب المشرع العراقي في مواضع عديدة من القوانين النافذة إلى إعمال القانون الأجنبي على حساب القانون الوطني في رعاية المصالح وحل النزاعات وتكييف الوقائع القانونية، وهذا ما نصت عليه المادة (٢٦)[٣٤] من القانون المدني العراقي، التي فرضت على الأفراد عند ابرام العقود الالتزام بالشكلية المنصوص عليها في قانون تلك الدولة التي تتم بها أو وفق القواعد القانونية التي رسمت الشكل القانوني للعقود في تلك الدولة. كذلك المادة (١/١٩)[٣٥] من القانون المدني العراقي تجد الباحثة من النصوص أعلاه، تتمثل في تطبيق النظام العام الأجنبي من خلال تطبيق القانون الأجنبي المتعلق بالشكلية كونها من النظام العام لتلك الدولة ، كذلك من القواعد التي يلزم القاضي بتطبيقها كونها ذات

التطبيق الضروري هي من النظام العام لكنه اجنبي وليس الوطني.والمادة (٢٠)[٣٦] من القانون المدني العراقي. والمادة (٢١)[٣٧] من القانون المدني العراقي. وكذلك النصوص القانونية الواردة في المواد (٢٢) و(٢٣) و(٢٤) وان كل تلك النصوص توجد إمكانية أن يطبق القانون الأجنبي على حساب القانون العراقي من قبل القاضي فيما يتعلق بتلك الحقوق، وبتطبيق القانون الأجنبي هو بذاته تطبيق للنظام العام الأجنبي.من ثم فان التسليم بان القانون الأجنبي هو واجب التطبيق، يعطينا تصوّر في ان القاضي العراقي لاتطبق إرادة المشرع الأجنبي بل أن المحكمة تقوم بتطبيق إرادة المشرع العراقي من خلال تطبيق قاعدة الإسناد الوطنية المتمثلة بتطبيق القانون الأجنبي بوصفه أكثر القوانين ملائمة لحكم العلاقة القانونية محل النزاع، والى المصالح التي يهدف المشرع العراقي إلى حمايتها وتحقيقها كتحقيق العدالة، وهي لاتعد الحكم بالعلم الشخصي بل تطبيق للنص القانوني نفسه، لأنه القاضي ممنوع عليه بموجب القانون من إن يحكم بها بعلمه الشخصي وفقا لأحكام المادة (٨)[٣٨] من قانون الإثبات العراقي.

ثانياً: موقف التشريع اللبناني.

لا يخفى على أحد تعرض الشعب اللبناني إلى العديد من التحديات على مستوى الحروب الأهلية والمشاكل الاقتصادية والاجتماعية والتي أنتجت هجرة العديد من اللبنانيين إلى خارج لبنان، وفي غالب الأحيان يحصل اللبنانيين أثناء الهجرة على جنسية البلاد التي هاجروا إليها فيرتضي بالتالي إن يخضع لقوانين هذه البلاد بالمسائل المتعلقة بالاحوال الشخصية او المعاملات.[٣٩]لذلك فأن المظهر الجلي في وجود نظام عام اجنبي يتمثل بقواعد القانون الأجنبي ذات التطبيق المباشر المتمثلة بالجنسية التي يكتسبها اللبناني والنظام العام الوطني بوصفه خاضع لقواعد ذات التطبيق المباشر الوطنية اللبنانية لجنسيته الاصلية فأن ذلك يثير صعوبة في مجال القانون الدولي الخاص لكن هذه الحقيقة لا تعني إن هنالك تطابق بين فلسفه النظام العام في كل من المجالين أعلاه.[٤٠]فمهمة النظام العام في مجال القانون الداخلي هي ضمان عدم الخروج الإرادي عن أحكام القواعد الآمرة.[٤١] بينما تتم الاستعانة بالنظام العام الدولي في مجال القانون الدولي الخاص لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي التي أشارت قواعد الإسناد إلى إختصاصه عندما يتعارض هذا القانون مع القيم الأساسية والجوهرية التي تقوم عليها الدولة والتي تكون مكرسة في القوانين اللبنانية.[٤٢] وعليه فإن النظام العام الدولي في لبنان ذا طابع استثنائي في مجال القانون الدولي الخاص حيث يعتبر أداة شائعة قد تكون استثنائية لاستبعاد القانون الأجنبي وتطبيق القانون الوطني خروجاً على الأصل العام الذي يقتضي بوجوب تطبيق القانون التي أشارت إليه قاعدة الإسناد باختصاصه وطنياً كان أم أجنبياً على حد سواء.[٤٣] أما في مجال القانون الداخلي تفقد مهمة النظام العام الوطني الطابع الاستثنائي لأن التفريق بين النظام العام الداخلي اللبناني والنظام العام الدولي اللبناني يترتب عليه مجموعة من النتائج، منها ان نطاق إعمال النظام العام الوطني يضيق بالضرورة في مجال التنازع عنه بالنسبة للقانون الداخلي، فمخالفة القواعد الامرة المتعلقة بالنظام العام الأجنبي لا تؤدي حتماً إلى إبطال أي تصرف قانوني في حين تؤدي مخالفه القانون الوطني لأحكام القواعد ذات التطبيق المباشر الوطنية والتي تعد جزء من النظام العام اللبناني إلى استبعاد ذلك القانون أو عدم إعماله باسم النظام العام.[٤٤]هنالك قرار صادر من محكمه التمييز اللبنانية اعتبرت انه يمكن اخذ الفائدة الرأسمالية لشركه فرنسيه عملا بأحكام القانون الفرنسي على الرغم من مخالفه هذا الأمر للنظام العام اللبناني وموافقة المحكمة أيضا على اشتراط الشركة الفرنسية للدفع بالذهب على الرغم من مخالفه هذا الأمر للنظام العام الداخلي اللبناني.[٤٥]كما أكد الفقه القانوني في لبنان بأنه لا يوجد في لبنان نظام وطني أو نظام عام وطني يطبق بشكل عام على جميع الشرائع الدينية في لبنان التي تحتفظ كل طائفة دينية منها بنظام عام خاص بها.[٤٦] وبذلك يختلف النظام العام الوطني عن النظام العام كدفع بوجه إستقبال الأحكام الأجنبية أو القوانين الأجنبية في لبنان حيث يمكن لقانون أجنبي إن يكون مخالفا لأحد قوانين الأحوال الشخصية لدى إحدى الطوائف في لبنان بدون إن يكون مخالفا لقوانين الأحوال الشخصية لدى طائفة أخرى.[٤٧]فلو أخذنا مثلا تعدد الزوجات أو الطلاق الحاصل في بلد أجنبي طبقا لقانون ذلك البلد فانه لا يمكن اعتباره مخالفه للنظام العام اللبناني أمام المحاكم اللبنانية العادية طالما إن جزء من المجتمع اللبناني يقبل تلك الأحكام وان هنالك العديد من الطوائف اللبنانية كل واحدة منها ترتكز على مفاهيم دينية واجتماعية وأخلاقية مختلفة.[٤٨]ومن ثم فانه لا يمكن الحديث عن نظام عام لبناني في هذه الموارد لا سيما في الأحوال الشخصية فالنظام العام لا يتدخل بالطريقة نفسها أمام السلطات المارونية أو أمام السلطات الأرثوكسية أو أمام السلطات الإسلامية المتمثلة بتلك الطوائف وبالتالي فان إعمال أو عدم إعمال القانون الأجنبي أو رعاية النظام العام الأجنبي قبالة النظام العام اللبناني يكون خاضعا لكل تلك الاختلافات والتغيرات في المجتمع اللبناني نتيجة للتعدد.[٤٩] ومن الملاحظ إن المشرع اللبناني قد ذهب بإتجاه تطبيق القانون اللبناني على الوقائع المنظورة من قبل القاضي اللبناني حين عدم معرفته للقانون الأجنبي أو عدم إثبات ذلك القانون من قبل المتداعيين، كما ورد في نص المادة (١٤٢/٣)[٥٠] من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني، وإن جانب من الفقه ينتقد النص المذكور ويرى بأنه من الأفضل إن يكون النص على الشكل التالي (إذا تعذر إثبات مضمون القانون الأجنبي فعلى القاضي إن يطبق القانون الأقرب إلى القانون الأجنبي الذي تعذر إثبات مضمونه).[٥١]وعليه نرى ان القانون الذي يكون من نفس الشريعة

القانونية كما لو كان القانون الأمريكي هو الواجب التطبيق فمن الممكن في حال عدم القدرة على إثبات القانون الأمريكي الذهاب باتجاه تطبيق القانون الانجليزي باعتبار إن القانونين ينتميان إلى نفس الشريعة وهي الشريعة الأنجلوسكسونية. حيث لا يمكن تطبيق القانون اللبناني المأخوذ من الشريعة الإسلامية فرضا على شخص يدين بدين آخر في أمر يتعلق بأحواله الشخصية.[٥٢]

ثالثاً: التشريع الأمريكي

تعد الولايات المتحدة الامريكية من الدول التي تأخذ بالوقائع القانونية التي تحدث في الخارج ومنها القوانين على أساس الحقوق المكتسبة، لذلك اولت محل الإقامة أهمية بالغة وعدته هو المناط في تطبيق القانون في النزاع المعروض والمشوب بعنصر اجنبي.[٥٣] فكرة النظام العام في الولايات المتحدة الأمريكية تحمل مفهوما خاصا لاسيما في إعمال النظام العام المتعلق بدول أخرى، وبشكل أكثر وضوحا في تطبيق أو تنفيذ الأحكام الأجنبية على الرغم من مخالفتها للنظام العام الأمريكي، حيث لا يوجد لدى الولايات المتحدة قانون فيدرالي موحد يحكم الاعتراف بالأحكام الأجنبية وتنفيذها بالإضافة إلى ذلك فهي ليست طرفا في أي معاهدة تتناول هذا الموضوع وعلى الرغم من ذلك فإن الاعتراف بالأحكام الأجنبية وتنفيذها في الولايات المتحدة هو في الأساس مسألة تتعلق بقانون الدولي والقانون الذي يتحدد على أساس محل الاقامة.[٥٤] وان الولايات المتحدة نظمت الاعتراف بالأحكام الأجنبية وإعمال بعض القوانين الأجنبية في قانون الاعتراف بالأحكام المالية في البلاد الأجنبية الموحد لعام ١٩٦٢ والقانون الموحد للاعتراف بالأحكام المالية الأجنبية لعام ٢٠٠٥ اعتمدت غالبية الولايات ومقاطعة كولومبيا بعض الإصدارات من هذه القوانين النموذجية حيث تعتمد الولايات المتحدة القانون الأجنبي في حكم العلاقات والنزاعات المتعلقة بعنصر أجنبي على البيان الثالث لقانون العلاقات الخارجية للولايات المتحدة الذي ينص على (لا يوجد ما يمنع من الاعتراف بموجب مبادئ المجاملة أو غير ذلك بحكم أو قانون دولة أجنبية لا يدخل في نطاق النظام العام).[٥٥]وبذلك فان الولايات المتحدة الأمريكية وفقا للتشريعات النافذة فيها لا تمانع من تطبيق القانون الأجنبي على العلاقات المشوبة بعنصر أجنبي إذا كان ذلك الأمر يتعلق بالنظام العام الأجنبي لان رعاية المصالح هي الأهم عند تطبيق القانون، وممكن ان يكون عام مهم لاستبعاد القانون الوطني عند توفر شروطه.

المبحث الثاني التطبيقات القضائية للأثر المترتب على تطبيق النظام العام الأجنبي في تنازع القوانين

إذا كان القاضي الوطني على علم بالقانون الأجنبي وأثاره من تلقاء نفسه أو وقع عبء الإثبات على أطراف الخصومة ففي حالة نجاح طرفي النزاع في إثبات وجود القانون الأجنبي فان ذلك لا يثير أي مشكلة ويطبق حينها القانون الأجنبي ويفسر وفقا لما تم تقديمه في تفسير القانون الأجنبي.[٥٦]أما في حالة عدم التوصل إلى إثبات ذلك فهنا القاضي يسبب حكمه ويطبق قانون دولته، أما في حالة عدم بذل الأطراف الجهد الذي يمكنهم من إثبات ذلك دون تقديم دليل ملموس على استحالة إثبات القانون الأجنبي، يكون حين ذلك على المحكمة أن تقضي بوقف الدعوى لمدة معينة تقدرها وتلزم خلالها الشخص بتقديم الدليل على وجوب إتباع القانون الأجنبي.[٥٧] وعند عدم وصول القاضي إلى معرفة القانون الأجنبي بعد استنفاذ كافة الطرق كان واجباً عليه أن يضمن حكمه هذه الاستحالة، أما عندما تكون المسالة لا يحكمها نص أو وجود نص مع ندرة القضاء به أو توجد أحكام لكنها متضاربة فهنا القاضي الوطني ينصب نفسه محل القاضي الأجنبي ويبحث عن حل كان سيحكم به القاضي الأجنبي فيما لو طرح النزاع أمامه.[٥٨]ولتسليط الضوء على هذا الموضوع قضائيا سيصار إلى توضيحه في مطلبين يكون الاول عن القضاء العراقي، والثاني عن القضاء اللبناني والقضاء الامريكي وعلى الشكل التالي:

المطلب الأول القضاء العراقي

إن القضاء العراقي وفي عديد المواضع اصدر بعض القرارات التي تؤيد وجود وصحة قرارات متخذة في محاكم أجنبية أو بموجب قوانين أجنبية، حيث استقر قضاء محكمة التمييز الاتحادية في العراق على تأكيد الطبيعة القانونية والصفة الأجنبية للقانون الأجنبي أمام القاضي العراقي والتأكيد على كل ما يترتب على ذلك من نتائج.[٥٩] وبناء على ذلك فان القاضي العراقي ملزم من تلقاء نفسه بتطبيق القانون الأجنبي المختص بمقتضى قواعد الإسناد الوطنية دون الحاجة إلى طلب أو دفع من الخصوم فلا يجوز إن يعلق تطبيق القانون الأجنبي على إرادة الأشخاص، وهذا ما يعد أمراً خاصاً اتبعه المشرع العراقي في تجنيب الأفراد ضرورة إثبات القانون الأجنبي واجب التطبيق.[٦٠] فان القاضي العراقي وان كان لا يفترض إن يكون عالما بأحكام القانون الأجنبي على حد سواء بفرض علمه بالتشريع العراقي، ذلك لان القانون الأجنبي لم يصدر أو ينشر في العراق إلا إن وظيفة القضاء تلزم العاملين فيها بهذا التطبيق، وذلك لأنه حتى في حالة عدم العلم بالقانون الأجنبي بكافة تفاصيله كان يفترض الاطلاع عليه واثبات أحكامه.[٦١]وقد أصدرت محكمة التمييز الاتحادية العديد من القرارات التي تؤكد هذا الاتجاه حيث قضت في أحد قراراتها بنقض الحكم الصادر من محكمة مختصة وجاء في حيثيات القرار بان الحكم المميز مخالف للقانون لان المميز والمميز عليه إيرانيا الجنسية، وبحسب ما جاء

بنص المادة (٢/١٩)[٦٢] من القانون المدني العراقي كان لزاماً على المحكمة المختصة قبل إصدار قرارها أن تتحقق من الحكم القانوني بموجب قانون الأحوال الشخصية الإيراني لمعرفة ما إذا كان يجيز الحكم بالنفقة السابقة المتراكمة للزوجة والأولاد أم لا ثم تصدر قرارها على ضوء أحكام هذا القانون.[٦٣]يتضح من القرار القضائي أعلاه، ان محكمة التمييز كان تركز على النظر في إمكانية تطبيق النظام العام الأجنبي الذي يتمثل بمسائل النفقة كونها من قواعد ذات التطبيق الضروري للقانون الأجنبي، ومن ثم لامانع لديها من استبعاد القانون الوطني بالدفع بتطبيق النظام العام الأجنبي وفي قرار آخر لمحكمة التمييز الاتحادية فقد قضت بنقض الحكم الصادر من محكمة الأحوال الشخصية في الأعظمية وجاء في حيثيات القرار تبين بان المتوفى والد الصغيرة المتنازع على حضانتها سوري الجنسية بحسب ما جاء في دفتر العائلة وان الصغيرة قد ولدت في دمشق كما ورد بصورة قيدها في السجل المدني كما إن طالب تصحيح القرار التمييزي قد ذكر في عريضته إن المصحح عليه هو سوري الجنسية لذا كان ينبغي على المحكمة المختصة إن تتحقق من جنسية أطراف الدعوى بتكليفهم بإبراز شهادات الجنسية من أجل معرفة القانون واجب التطبيق على موضوع الدعوى.[٦٤] استناداً الى نص المادة(٢/٢)[٦٥] من قانون الأحوال الشخصية العراقي. وبالرجوع إلى نص المادة (٢٠)[٦٦] من القانون المدني العراقي المشار اليها في المادة (٢/٢) من قانون الأحوال الشخصية العراقي، نجد ان وبحسب ما جاء في المادة أعلاه ان قانون الأحوال الشخصية السوري هو القانون الواجب التطبيق على النزاع كونه قانون الدولة التي ينتمون اليها الخصوم، وهو ما يؤكد الطبيعة القانونية والصفة الأجنبية للقانون الأجنبي أمام القاضي العراقي بحسب ما تراه محكمة التمييز.[٦٧]يفهم مما من القرار القضائي، إن القانون العراقي قد اقر بتطبيق النظام العام الأجنبي وتطبيقه بوصفه قواعد ذات التطبيق المباشر الأجنبية، ومن ثم استبعد القانون الوطني في هذه الحالة. وكما جاء في قرار محكمة التمييز الاتحادية القاضي بصحة الطلاق الواقع أمام المحكمة الجزائية للضمان والانكحة بالرياض بالعدد٢٥/١٨/٢ في ١٤٢٦/٧/١١هجرية واعتبرت إن وقعت الطلاق صحيحة على الرغم من إن القانون العراقي يفرض بان ما يسري على إجراءات الطلاق هو قانون الزوج وان الزوج كان عراقيا وان رد الدعوى من قبل محكمة التمييز الاتحادية جاء بناء على عدم قيام المحكمة بتبليغ القرار للمدعى عليه المميز لا لأنه يخالف النظام العام، وبذلك فان القضاء العراقي قد سمح بإصدار قرار متعلق بالطلاق وفقا لقانون أجنبي على الرغم من أن النظام العام العراقي يقول بان القانون العراقي هو واجب التطبيق.[٦٨]

المطلب الثاني القضاء اللبناني والامريكي

سنقسم هذا المطلب على فرعين يكون الأول للقضاء اللبناني، بينما الفرع الثاني سيكون للقضاء الأمريكي.

الفرع الأول القضاء اللبناني

قد أكدت محكمة التمييز اللبنانية في قرارات عدة بان الأحكام المتعلقة بالوصية لدى الطوائف اللبنانية ليست من النظام الذي يؤدي إلى استبعاد تطبيق القانون الأجنبي في لبنان على الرغم من تعلق الأمر بصورة عامة بالنظام العام اللبناني الداخلي وان إمكانية تطبيق القانون الأجنبي على بعض الوقائع داخل لبنان موجودة ومتوافرة حتى في حالة مخالفة بعض من النظام العام الداخلي رعاية للمصالح.[٦٩] وبناء على تعدد الطوائف لاسيما في الأمور الشخصية كما ورد في قرار محكمه التمييز اللبنانية الوارد في منطوقه ومفهومه بأن محكمة النقض لم تنشا أصلا للسهر على حسن تطبيق القانون الأجنبي وان مبدأ تطبيق هذا القانون يستمد من أحكام القانون الدولي الخاص الذي يعتمدها القانون الوطني إذ إن الامتناع عن تطبيق القانون الأجنبي أو تطبيقه خلافا لأحكام القانون الوطني يشكل مخالفه لهذا القانون.[٧٠]يتضح انه لا يعتبر بالتالي القانون الأجنبي مسالة واقعية وإنما مسالة قانونية خاضعة إلى رقابة المحكمة العليا وبذلك فان القضاء اللبناني متمثلا بقضاء محكمة التمييز قد ساوى بين ترك تطبيق القانون الأجنبي واجب التطبيق وبين تطبيق ذلك القانون بطريقه تخالف القانون الوطني اللبناني بمعنى أخر جعل ترك تطبيق القانون الأجنبي خطا قانونيا يوجب نقض القرارات.كما أصدرت محكمة التمييز المدنية في بيروت قراراً يقضي بأن استبعاد القانون اللبناني من نطاق التطبيق وفقا لطلب المعترض بالذات الذي يتمتع بالاستقلال في تحديد سبب دعواه إنما يؤدي إلى تطبيق القانون الأمريكي وإخضاع الوصية موضوع النزاع إلى أحكامه حتى لو تناولت عقارات موجودة في الخارج غير إن القانون الأمريكي نص صراحة على خضوع وصيه الأمريكي المتعلقة بعقارات واقعة في الخارج فيما يتعلق بأحكام تلك العقارات إلى القانون الذي يسوده موقع هذه العقارات غير إن التعارض الموجود في الوصية يحل وفقا لأحكام القانون الأمريكي ذلك لان القانون الأمريكي قد فرض بان ذلك القانون هو الذي يسري على أحكام الوصية والإرث العائدة للأمريكان حيثما حلوا وارتحلوا وفي قرار آخر صادر من محكمة التمييز المدنية بيروت أيضا اخضع بموجبه تركة الأجنبي العقارية بالإرث أو الوصية لقوانين بلاده وبما إن المتوفى فرنسي الجنسية فان القانون المطبق على تركته العقارية في لبنان هو القانون الفرنسي فيما يتعلق بأحكام الوصية والإرث وحيث إن القانون الفرنسي اوجب تطبيق قانون موقع العقار فيما يتعلق بأحكام العقار ذاته فان القانون اللبناني سينظر حيثيات

النزاع الخاصة بتلك العقارات إما ما يتعلق بأحكام الوصية والإرث الخاصة بالمتوفر الفرنسي فإنها تخضع لأحكام القانون الفرنسي في جميع تفاصيلها[٧١].

الفرع الثاني القضاء الأمريكي

إن القضاء الأمريكي وفي كثير من المواضع غلب القانون الأجنبي بوصفه قانون محل الاقامة على القانون الوطني وكذلك النظام العام الأجنبي على حساب النظام العام الأمريكي إلا انه قد اصطدم بعدم القدرة من قبل طرفي النزاع على إثبات القانون الأجنبي واجب التطبيق.[٧٢] وان هذا الأمر قد أخذ به القضاء الأمريكي في قضيه والتون وتتلخص وقائع هذه القضية في إن مواطنا أمريكيا يدعى والتون أصيب في حادث تصادم وقع بين سيارته وإحدى عربات النقل التابعة لشركه أمريكية في المملكة العربية السعودية فرفع والتون دعوى تعويض عن الإضرار التي إصابته من جراء ذلك الحادث أمام المحكمة الفيدرالية لولاية نيويورك ضد الشركة أعلاه في المرحلة الأولى لم يتمسك الطرفين بتطبيق القانون السعودي الذي يعد مختصا في المنازعة باعتباره مكان وقوع الفعل الضار لكن القاضي بريكس أثار من تلقاء نفسه تطبيق القانون السعودي على الرغم من إن النظام العام الأمريكي لا يسمح بذلك لكنه كان يجهل مضمون ذلك القانون فطلب من والتون المدعي إثبات ذلك لكنه لم يبذل أي محاولة لإثبات القانون السعودي فرفضت المحكمة طلبه وقد تأيد الحكم استئنافا وفي هذه القضية غلب القاضي الأمريكي القانون الأجنبي على حساب القانون الوطني إلا إن عدم تمكن المدعي من إثبات القانون الأجنبي حال دون تطبيق ذلك وهذا الأمر قد تم انتقاده بشكل كبير من جانب الفقه وعد إنكارا للعدالة وهدرا للحقوق المتعلقة بالمدعي والتون لمجرد إن ذلك المدعي لم يتمكن من إثبات قانون أجنبي ربما يكون خارجا عن قدراته البدنية والعقلية.[٧٣]

الخاتمة

١. نتج لنا إن النظام العام هو على ثلاثة أنواع وليس نوعين وهو اما نظام عام وطني يرتبط بالمصالح والقيم الاجتماعية لدولة القاضي أو نظام عام دولي وهو يرتبط بالحقوق العالمية والمصالح العليا للبشر ويكون ملزم للدول كلها؛ وهناك نظام عام وسط بين الاثنين هو النظام العام الدولي الخاص الذي يرتبط بالعلاقات الفردية المشوبة بعنصر اجنبي؛ ويكون محل تطبيقه القانون الدولي الخاص.

٢. نتج لنا ان دور النظام العام الإيجابي يختلف باختلاف نوعه، فاذا كان النظام العام وطني يكون له دور حمائي من خلال استبعاد القانون الأجنبي المخالف للنظام العام استبعاد كلياً او جزئياً، بينما اذا كان النظام العام لدولة اجنبية فيكون دوره حماية النظام العام الأجنبي وليس الوطني.

٣. توصلنا الى نتيجة مهمة جديدة وهي إن القاضي الوطني احياناً يعمل على حماية النظام العام للدولة الأجنبي أي الدولة التي يوجد فيها احد عناصر العلاقة المشوبة بعنصر اجنبي، مما قد يستبعد قانونه الوطني حماية للنظام العام لهذه الدولة؛ ومن ثم فأن الدور الإيجابي للنظام العام لايقتصر على النظام العام الوطني بل الأجنبي ايضاً.

٤. إن للنظام العام في تنازع القوانين بالإضافة الى الدور الإيجابي هناك دور سلبي له ايضاً، وذلك من خلال الإشكاليات القانونية التي يثيرها تطبيق النظام العام في تنازع القوانين منها، التعسف في استخدام النظام العام من قبل المحكمة او احد الخصوم او فكرة تعسف المشرع او القاضي في مسألة الانابة القضائية ايضاً.

٥. نتج لنا إن النظام العام قد يؤدى الى الاضرار بحقوق الافراد ايضاً من خلال تعسف المحكمة في تطبيق النظام العام كمانع من موانع تطبيق القانون الأجنبي، وذلك بسبب المفهوم المطاط لفكرة النظام العام التي قد يتطرف القاضي في توسيعها مما تؤثر على القانون الواجب التطبيق.

ثانيا: المقترحات

- نقترح على المشرع العراقي ان ينظم فكرة النظام العام الأجنبي لانه سلاح ذو حدين ويحدد ضوابط تطبيقه ومدياته كون يمثل موقف قانوني خطير وهو استبعاد القانون الوطني.

المصادر

أولا: الكتب القانونية.

١. إبراهيم احمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص) تنازع القوانين(، دار النهضة العربية.

٢. ابراهيم بخوش، القانون الواجب التطبيق على الطلاق في القانون الدولي الخاص الجزائري، جامعة العربي، كلية الحقوق،.2016 .

٣. إبراهيم عبد التواب، الإساءة في إجراءات التقاضي والتنفيذ في قانون المرافعات المصري والفرنسي – دراسة تأصيلية مقارنة دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩.

٤. ابو العلا النمر، مقدمة في القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين)، دار الكتب القانونية، مصر ٢٠٠٢.
٥. ابو العلا النمر، مقدمة في قانون الإجراءات المدنية والدولية، دار النهضة العربية، سنة الطبع بلا .
٦. أحمد السيد الصاوي. رمزي سيف، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، بلا دار نشر ، سنة ١٩٦١م .
٧. حسن محمد الهداوي وغالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص) تنازع القوانين(، دار المكتبة القنونية . بغداد.٢٠١٧/٢٠١٨م.
٨. حسن الهداوي، الجنسية ومركز الاجانب واحكامهما في القانون العراقي، جامعة بغداد، بغداد ، .1972
٩. حسن الهداوي، الجنسية ومركز الأجانب وأحكامهما في القانون العراقي، بغداد، ١٩٧٢.
١٠. حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، منشورات الحلبي، ٢٠٠٥م. فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وآثار الأحكام الأجنبية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٤.
١١. حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت – لبنان،.2003
١٢. خليل جريج، النظرية العامة للموجبات ، الجزء الثاني ، مصادر الموجبات المتصلة بالإرادة، منشورات صادر الحقوقية ، ٢٠٠٠.
١٣. عباس العبودي، القانون الدولي الخاص، دار السنهوري،٢٠١٥م.
١٤. عبد الباقي البكري وزهير البشير، الحقوق العينية، ج١، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٢م.
١٥. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مج،٣.
١٦. عبد الرسول عبد الرضا الاسدي، القانون الدولي الخاص، دار السنهوري، بيروت، ٢٠١٧.
١٧. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، مصادر الالتزام.
١٨. عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، منشورات زين الحقوقية, ٢٠١١م.
١٩. عبير ربحي شاكر، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، لايوجد دار للنشر، ٢٠٠٧.
٢٠. عدنان باقي لطيف، تنازع القوانين في مسائل الاهلية والعامة دراسة تحليلية مقارنة، دار النهضة العربية، ٢٠١٧.

ثانيا: البحوث

١. إبراهيم خالد يحيى، تضييق نطاق النظام العام لمصلحة القانون الأجنبي في سياق القانون الدولي الخاص، بحث منشور في مجلة الشارقة للعلوم القانونية، المجلد ١٦، العدد ٢، ٢٠١٩.
٢. بلاق محمد، دور النظام العام في تطبيق قانون القاضي، بحث منشور مجلة البحوث العلمية في التشريعات البيئة، مجلد١١، ٢٠٢١.
٣. جهاد محمد الجراح، تعطيل أثر قاعدة الاسناد في تطبيق القانون الأجنبي اعمالاً للدفع بالنظام العام في القانون الأردني دراسة مقارنة، مجلد (١٢)، العدد (٤)، المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، ٢٠٢٠م.
٤. حمد عبد الكريم سلامة، مسائل الاجراءات في الخصومة المدنية الدولية ، العدد ٣٤، المجلة المصرية للقانون الدولي ، ١٩٨٦م.
٥. ختام عبد الحسن، موانع تطبيق القانون الأجنبي، مجلة الكلية الإسلامية الجامعية بالنجف العراق، مجلة علمية، اقتصادية، محكمة، العدد ٢٠، ٢٠٢٠.
٦. خير الدين كاظم الامين ، سلطة القاضي التقديرية في القانون الدولي الخاص، المجلد ١٥ ، العدد ٢ مجلة جامعة بابل للعلوم الانسانية ، ٢٠٠٨م.
خير الدين كاظم الأمين، دور القضاء في العلاقات الخاص جهاد محمد الجراح، تعطيل أثر قاعدة الاسناد في تطبيق القانون الأجنبي اعمالاً للدفع بالنظام العام في القانون الأردني

ثانياً: المراجع الأجنبية.

.http://www.getbooksinfo.net-
.https://en.wikipedia.org/wiki/American_Law_Institute -
.https://www.unece.org/fileadmin-

رابعاً:

سادساً: القوانين والأنظمة.

١. الدستور العراقي النافذ لعام ٢٠٠٥.
٢. قانون التجارة البرية العراقي الملغي رقم ٦٠ لعام ١٩٤٣.
٣. القانون المدني العراقي رقم ٤٠المعدل عام.
٤. قانون المرافعات المدنية العراقي المعدل رقم ٨٣ لعام ١٩٦٩.
٥. قانون الإثبات العراقي المعدل رقم ١٠٧ لعام ١٩٧٩.
٦. قانون التجارة العراقي المعدل رقم ٣٠ لعام ١٩٨٤.
٧. القانون المدني المصري المعدل ١٣١ لعام ١٩٤٨.
٨. قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري المعدل لعام ٢٠٠٧.

هوامش البحث

[١] . حفيظة السيد حداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٩، ص١٨١.

[٢]. احمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، دار الجامعة، بيروت، ٢٠١٢ ، ص٢٧٢.

[٣]. عليوش قربوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري (تنازع القوانين)، الجزء الاول، ط١، دار هومة، ٢٠٠٦، ص١٥٨.

[٤]. عكاشة محمد عبد العال، الاجراءات المدنية والتجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩ ، ص٢٨٩.

[٥]. محمد خيري كصير، حالات تطبيق قانون القاضي في نطاق تنازع القوانين، منشورات زين الحقوقية، بييروت، ص٣٨.

[٦]. عبد الرسول عبد الرضا الاسدي، القانون الدولي الخاص، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ص٣٧٥.

[٧]. حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص٢٧٠.

[٨]. حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، المصدر نفسه، ص٢٦٦.

[٩]. حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، مصدر اعلاه، ص٢٧٣.

[١٠]. حفيظة السيد الحداد، المصدر نفسه، ص٢٧٦.

[١١]. سامي بديع منصور وعكاشة عبد العال، القانون الدولي الخاص، دار الجامعة، بيروت، ٢٠١٣، ص١١٤.

[١٢]. عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ١٩٩٦، ص٢٠٥.

[١٣]. عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص٢٠٦.

[١٤]. عكاشة محمد عبد العال، المصدر نفسه، ص٢٠٦.

[١٥]. محمد خيري كصير، حالات تطبيق قانون القاضي في نطاق تنازع القوانين، مصدر سابق، ص٤١.

[١٦]. عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، المصدر السابق، ص٢٠٧.

[١٧]. عبد الرسول عبد الرضا الاسدي، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص٣٧٥.

[١٨]. عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص٢٠٨.

[١٩]. سامي بديع منصور وعكاشة عبد العال، مصدر سابق، ص١١٥.

[٢٠]. عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، المصدر السابق، ص٢٠٩.

[٢١]. عزيز اطوبان، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين)، مطبعة الحسين، الدار البيضاء، ٢٠١٦، ص١٦٢.

[٢٢]. عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص٢٠٩.

[٢٣]. غالب علي الداودي وحسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص٢٣٥.

[٢٤]. المادة (٣٧٠) أ. م.م. لبناني وما يليها والمادة (١٦) أ.م.م فرنسي وراجع تمييز فرنسي ٦/ ١٢/ ١٩٧٧ و٤/٤/ ١٩٧٨، المجلة الانتقادية للقانون الدولي الخاص، سنة ١٩٧٩، ص٨٨. نقلا عن سامي بديع منصور وعكاشة عبد العال، المصدر السابق، ص١١٩.

[٢٥]. سامي بديع منصور وعكاشة عبد العال، القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية ، القاهرة، لايوجد سنة، ص١٢٠.

[٢٦]. سامي بديع منصور وعكاشة عبد العال، القانون الدولي الخاص، المصدر نفسه، ص١١٨.

[٢٧] . عبد الرسول عبد الرضا، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص١٢٣.

[٢٨] . حسام الدين فتحي ناصيف، تأثير وتأثر اختصاص المحكمة بالقانون الواجب التطبيق، دار النهضة العربية، ١٩٩٧، ص٢٢٦.

[٢٩] . عباس العبودي، تنازع القوانين، دار الجامعة، الإسكندرية، ٢٠١٨، ص٢١٢.

[٣٠]. ممدوح عبد الكريم حافظ، وفق القانون العراقي والمقارن، ط١، الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، بلا سنة، ص٨٧.

[٣١]. حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، القسم الثاني، مصدر سابق، ص٨.

[٣٢]. حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص٩.

[٣٣]. عبد الرسول عبد الرضا الاسدي، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص٣٧٦.

[٣٤]. المادة (٢٥) من القانون المدني العراقي نصت على (تخضع العقود في شكلها لقانون الدولة التي تمت فيها).

[٣٥]. المادة (١/١٩) من القانون المدني العراقي نصت على (١ _ يرجع في الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون كل من الزوجين، أما من حيث الشكل فيعتبر صحيحا الزواج ما بين أجنبيين أو ما بين أجنبي وعراقي إذا عقد وفقا للشكل المقرر في قانون البلد الذي تم فيه، أو إذا روعيت فيه الأشكال التي قررها قانون كل من الزوجين ٢ _ ويسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار التي يرتبها عقد الزواج بما في ذلك من أثر بالنسبة للمال. ٣ _ ويسري في الطلاق والتفريق والانفصال قانون الزوج وقت الطلاق أو وقت رفع الدعوى. ٤ _ المسائل الخاصة بالبنوة الشرعية والولاية وسائر الواجبات ما بين الآباء والأولاد يسري عليها قانون الأب).

[٣٦]. المادة (٢٠) من القانون المدني العراقي التي نصت على (المسائل الخاصة بالوصاية والقوامة وغيرها من النظم الموضوعية لحماية عديمي الأهلية وناقصيها والغائبين يسري عليها قانون الدولة التي ينتمون إليها).

[٣٧]. المادة (٢١) من القانون المدني العراقي التي نصت على (الالتزام بالنفقة يسري عليها قانون المدين بها).[٣٧]

[٣٨]. المادة (٨) من قانون الاثبات العراقي التي نصت على: " ليس للقاضي أن يحكم بعلمه الشخصي الذي حصل عليه خارج المحكمة. ومع ذلك فله أن يأخذ بما يحصل عليه من العلم بالشؤون العامة المفروض إلمام الكافة بها".

[٣٩]. ثائر علي صبار، القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني، مصدر سابق، ص١٨٩.

[٤٠]. عكاشة محمد عبدالعال، الجنسية ومركز الاجانب في تشريعات الدول العربية، مصدر سابق، ص٤٨٠.

[٤١] . محمد حسين منصور، المدخل لدراسة القانون، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٤، ص٢١.

[٤٢]. سامي منصور ونصري ديب، القانون الدولي الخاص _ تنازع الاختصاص التشريعي، ج١، بيروت،٢٠٠٨، ص٣٣٩.

[٤٣]. بدوي بو ديب، الجنسية اللبنانية، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠٠١، ص٣٨.

[٤٤] . سامي بديع منصور ونصر دياب، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص٣٤٤.

[٤٥]. عكاشة محمد عبدالعال، الجنسية ومركز الاجانب في تشريعات الدول، مصدر سابق، ص٤٧٩.

[٤٦]. سامي منصور ونصري دياب، القانون الدولي الخاص _ تنازع الاختصاص التشريعي، مصدر سابق، ص٣٤٧.

[٤٧]. سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص١١٤.

[٤٨]. بدوي بو ديب، الجنسية اللبنانية، مصدر سابق، ص٢١٧.

[٤٩]. بدوي بو ديب، المصدر نفسه، ص٢١٧.

[٥٠]. المادة (٣/١٤٢) من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني نصت على :" إذا تعذر إثبات مضمون القانون الأجنبي فعلى القاضي إن يحكم وفقا للقانون اللبناني".

[٥١]. ثائر علي صبار، القانون الاجنبي امام القاضي الوطني، مصدر سابق، ص١٤٩.

[٥٢]. بدوي بو ديب، مصدر سابق، ص٢١٧.

[53]. HAL BURMA, Private International Law, Yale press, Calefornia,2012,p.82.

[54]. Application of forgen law , search available on the website www.academic.oup.com visited in 13l3l2023.

[55] .search available on the website www.guides.loc.gov visited in 13l3l2023.

[٥٦]. هشام علي صادق، مركز القانوني للأجنبي، مصدر سابق، ص٣٣.

[٥٧] . عباس العبودي، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص٢١٢.

[٥٨]. هشام علي صادق، مركز القانوني للأجنبي، المصدر السابق، ص٣٨.

[٥٩]. ثائر علي صابر، القانون الاجنبي امام القاضي الوطني، دار الابواء، عمان ، ٢٠١٤، ص١١٢.

[٦٠] . عبد الرسول عبد الرضا وصالح مهدي كحيط، المحكمة الملائمة، مصدر سابق، ص٢٤٣.

[٦١]. غالب علي الداودي وحسن الهداوي، دار السنهوري، بغداد، ٢٠١٦، ص٢٥١.

[٦٢]. المادة (٢/١٩) من القانون المدني العراقي نصت على (يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار التي يرتبها عقد الزواج بما في ذلك من أثر بالنسبة للمال).

[٦٣] . قرار رقم (١١٤٢ في ١٤\١٢\ ٢٠٢٠)، محمد علي احمد، مبادئ محكمة التمييز ، الأحوال الشخصية، مطبعة بغداد، العراق، ٢٠٢١، ص١٢١.

[٦٤]. قرار محكمة التمييز، (٧٢٢) هيئة عامة، ١٩٩٢، في ١٩٩٢\٤\٢٩، غير منشور.

[٦٥]. المادة (٢/٢) من قانون الأحوال الشخصية العراقي نصت على (تطبق أحكام المواد ١٩ و٢٠ و٢١ و٢٢ و٢٣ و٢٤ من القانون المدني في حاله تنازع القوانين من حيث المكان).

[٦٦]. المادة (٢٠) من القانون المدني العراقي نصت على (المسائل الخاصة بالوصاية والقوامة وغيرها من النظم الموضوعية لحماية عديمي الأهلية وناقصيها والغائبين يسري عليها قانون الدولة التي ينتمون إليها).

[٦٧]. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، ج٢، في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، مصدر سابق، ص٥٤٦.

[٦٨]. النشرة القضائية الصادرة من مجلس القضاء الأعلى بتاريخ ٢٠٠٧/٦/١.

[٦٩] . هشام علي صادق، المبادئ العامة في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢، ص٩٣.

[٧٠]. ثائر علي صبار، القانون الأجنبي امام القاضي الوطني، المصدر السابق، ص١٦٣. وكذلك قرار محكمة التمييز المدنية بيروت بالعدد ١٩٩٨/٧٧ في ١٩٩٨/٥/٢٨.

[٧١] . قرار محكمة التمييز المدنية بيروت بالعدد ٢٠٠٠/١٣ في ٢٠٠٠/١٢/١. منشور على موقع مركز الأبحاث والدراسات المعلومات القانونية\ الجامعة اللبنانية الموقع على النت.

– http://77.42.251.205/RulingRefPage.aspx?id=149358&SeqID=1667&type=2

[72] . HAL BURMA, Private International Law, OP.Cit.p.112.

[73]. the Walton case, published ruling on the website www.guides.loc.gov visited in 14l3l2023.