النظام العام واثره في القانون الدولي الخاص

أ.م.د. احمد حسين جلاب

نبذة عن الباحث :
تدريسي في كلية القانون - جامعة الكوفة .
له العديد من البحوث والدراسات القانونية .

The public regime and its impact on private international law

Abstract:

The search is a modest attempt to discuss the idea of public regime and to show its impact on private international law, and to look at this issue of particular importance is to being looking a case of going out on the application of the applicable foreign law under national reference base, which is one of the peremptory norms, and through research the subject we discuss the extent to which public regime defined definition gives a vision and a realistic and flexible to the idea, in addition to stand on the position of the Iraqi law, the subject of research and discussion of public regime controls and its effects on private international law and to propose appropriate recommendations so.

النظام العام واثره في القانون الدولي الخاص

*أ.م.د. احمد حسين جلاب

الملخص

تنفيذ عقد المقاولة يعني وقف الالتزامات العقدية بصورة مؤقتة وادخالها في حالة سبات خلال فترة زمنية معقولة دون المساس بالعقد من حيث الوجود نتيجة حوادث استثنائية عامة تقلب اقتصاديات العقد أو تحول دون الاستمرار بتنفيذه لتعود تلك الالتزامات الى الحياة والتنفيذ مجدداً بعد زوال تلك الحوادث التي يرجى زوالها والتي تتصف بالتأقيت أصلا، وان وقف تنفيذ عقد المقاولة يحتاج الى نص تشريعي يمنح المحكمة تلك السلطة، كما ان الحكمة منه المحافظة على عقد المقاولة من تعديل التزاماته من ناحية كمية وانقاذه من الفسخ، مع العرض انه يرتكز على قاعدة "اذا اجتمع المانع والمقتضى قُدّم المانع، واذا زال المانع عاد الممنوع".

مقدمة

أولا/ نظرة عامة لموضوع البحث وأهميته.

أن الاعتبارات التي يُستند إليها لتنظيم الحريات أو تقييدها تتباين من مجتمع إلى آخر ، ألا أن الهدف الرئيسي يبقى واحدا بين هذه المجتمعات ألا وهو حماية القيم الأساسية لتلك المجتمعات ، فبالرغم من اتجاه الدول بشكل عام إلى أعطاء مساحة واسعة للحرية الفردية وتغليب مبدأ سلطان الإرادة في شتى مجالات الحياة إلا أنها لم تجعل تلك المبادئ العليا والمثل السامية من تلك المجالات التي يشملها مبدأ سلطان الإرادة أو الحرية الفردية ، نظراً لما تمثله تلك المبادئ والمثل من أساس متين تقوم عليها سياستها التشريعية ومصالحها السياسية والاقتصادية والاجتماعية والدينية ، سواء على مستوى القانون الداخلي أو في العلاقات التي ينظمها القانون الدولي الخاص . وبالرغم من اختلاف الفقهاء في تحديد تلك المبادئ والأسس إلا أنهم اتفقوا على غير عادتهم بالاصطلاح عليها بـ(النظام العام) كذلك اتفقوا على أهميته ودوره الأساسي كصمام أمان لحماية المصالح الجوهرية فلا يكاد يوجد نظام على وجه الأرض لا يؤمن بفكرة النظام العام ويتخذها وسيلة لحماية مجتمعه من تطبيق القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد الوطنية بمجرد أن يتعارض مع الأسس الجوهرية والمصالح العليا لذلك النظام ولكنهم عادوا لعادتهم بالاختلاف في تعريف النظام العام تعريفا جامعاً مانعاً وهنا تتجلى أهمية البحث عن تعريف النظام العام ومحاولة وضع تعريف يعطي تصور واقعي ومرن لفكرة النظام العام.

ولما كان النظام العام فكرة قديمة ارتبطت بقدم ظهور المجتمع الإنساني ومنبثقة من طبيعة وخصوصية المجتمع وقواعده مستوحاة من حياة الأفراد لذا فهي تتأثر بعدة جوانب في مقدمتها الجانب السياسي واختلافه بين الدول ، فالمجتمعات تختلف من حيث النظم السياسية ولكل نظام سياسي مبادئ وأسس تختلف عن النظام الآخر والذي يؤدي بدوره إلى اختلاف النظام العام في كل منها ، وكذا الحال بالنسبة للجانب الاقتصادي فالمجتمعات منها من انتهج نظام الاقتصاد الاشتراكي الذي تسيطر فيه الدولة على جميع أوجه النشاط الاقتصادي الأمر الذي يؤدي إلى اتساع فكرة النظام

العام ومنها من انتهج النظام الاقتصادي الحر الذي يقوم على حرية الفرد في الملكية والنشاط الاقتصادي مما يؤدي إلى تضيق فكرة النظام العام فيه ، وهكذا باقي الجوانب الأخرى التي تؤثر في اتساع وضيق فكرة النظام العام في المجتمع كالجانب الاجتماعي والجانب الديني وغيرها من الجوانب ، وتأسيساً على ذلك فالنظام العام في العراق له مايميزه عن غيره من حيث المكان والزمان ومن ثم هناك ضرورة لبحثه من حيث التطور التاريخي وموقف القانون العراقي منه.

ولكن ماهو اثر النظام العام في القانون الدولي الخاص؟ وماهو نطاق هذا الأثر اتجاه القانون الأجنبي الواجب التطبيق بموجب قاعدة الإسناد الوطنية؟ وكيف يتم إعماله؟ وهذا ماسنحاول الإجابة عنه من خلال البحث إضافة إلى البحث عن تعريف فكرة النظام العام وتطورها التاريخي وموقف القانون العراقي منها كما سبق ذكره.

ثانياً/ نطاق البحث...

يتحدد نطاق البحث في فكرة النظام العام وأثرها في القانون الدولي الخاص.

ثالثاً/ منهجية البحث...

سنتبع في بحثنا هذا المنهج التحليلي والاستقرائي المقارن ، وذلك من خلال تحليل النصوص القانونية العراقية والمقارنة وتتبع واستقراء الاتجاهات الفقهية في موضوع البحث بقدر ماتسمح به المصادر الفقهية المتوفرة.

رابعاً/هيكلية البحث...

للوقوف على مضامين الموضوع قُسم البحث إلى مبحثين سبقتهما مقدمة وتلحقهما خاتمة مشتملة على أهم النتائج التوصيات التي توصلنا إليها ، وبشيء من التفصيل نتناول بحث الموضوع في خطة شكلية وعلى مبحثين ، نناقش في المبحث الأول النظام العام بوجه عام ، ونكشف في المبحث الثاني ضوابط النظام العام وآثاره ومن الله التوفيق والسداد .

المبحث الأول :ماهية النظام العام

لنحدد ماهية النظام العام نعتقد بتقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب يكون الأول لمفهوم وتعريف فكرة النظام العام ثم الإلمام بتطور النظام العام في القانون الدولي الخاص وذلك للتعرف على الأسس الحقيقية لنشوئها في المطلب الثاني أما المطلب الثالث فقد خصص للنظام العام في القانون العراقي وكمايلي.

المطلب الأول :مفهوم وتعريف النظام العام

أن البحث في تحديد مضمون فكرة النظام العام وجعلها ضمن أطار محدد أمر بالغ الصعوبة ، وهذه الصعوبة متأتية من الاختلاف في الأسس التشريعية التي يستند عليها كل بلد من بلدان العالم في وضع قوانينه ، ولما كان النظام العام في كل دولة هو انعكاس للرأي العام والأفكار والأعراف والقيم السائدة في مجتمع دولة القاضي في زمن معين (١) فمن الطبيعي وبسبب التطور والتقدم أن هذه الأفكار والأعراف غالبا ما تواكب هذا التطور فتتغير معه الأمر الذي يجعل مضمون النظام العام أيضاً خاضعا للتغير ،

هذا على مستوى الدولة الواحدة فما بالك في الدول المختلفة التي تختلف فيها الأسس التشريعية والقيم والأفكار والعادات والتقاليد والدين ، وكما نعلم فأن كل هذه الأمور هي من المحددات والعناصر الرئيسية التي تتكون منها فكرة النظام العام ، وقيل بحق ان فكرة النظام العام فكرة متغيرة تتطور وتختلف من مكان لأخر ومن زمان لآخر [٢]. لذا فمن غير الممكن حصرها ضمن مفهوم محدد وذلك لسعة نطاقها مما يحول دون تمييزها وتعيينها بشكل منضبط ، وقد سارت اغلب التشريعات على عدم وضع تعريف جامد [٣] لفكرة النظام العام بل غالبا ما كانت تضع جملة من التطبيقات العملية تاركة تحديد ما ينسجم مع هذه التطبيقات لذكاء القاضي وخبرته المهنية ولكل واقعة بظروفها ، ومن هذه التشريعات المشرع العراقي حيث أشار إلى فكرة النظام العام في نص المادة (١/١٣٢) من القانون المدني [٤]

أن أحجام التشريعات عن تعريف فكرة النظام العام لا يعني بان الفقه والقضاء لم يقدم تحديدا لمفهوم فكرة النظام العام ، بل كانت محاولات كثيرة أخذت على عاتقها وضع تعريف لفكرة النظام العام ، وكانت سمتها الغالبة التباين فيما بينها وعدم الوضوح [٥] فكل تعريف يمثل الفقيه الذي طرحه والزاوية التي ينظر منها إلى فكرة النظام العام ، ولعل اختلاف الفقهاء وعدم اتفاقهم على تعريف مشترك لفكرة النظام العام يعود بشكل أساسي إلى سببين رئيسيين هما:-

١) اختلاف مفهوم النظام العام حسب الفلسفة التي تتبناها دولة معينة في زمن معين.

٢) سعة نطاق وشمولية فكرة النظام العام حيث أنها فكرة نسبية تضيق وتتسع حسب الأسس والمبادئ السياسية والاجتماعية والاقتصادية ومقدار تدخل الدولة في الحياة الاجتماعية والاقتصادية للأفراد [٦] .

ومع ذلك حاول احد الفقه تعريف النظام العام عبر القول انه ((وسيلة فنية يتم بمقتضاها استبعاد القانون الأجنبي ، واجب التطبيق بمقتضى قاعدة الإسناد في قانون القاضي ، إذا تعارض مع الأسس والمبادئ العليا الاقتصادية والاجتماعية والروحية لمجتمع دولة القاضي)) [٧] ويلاحظ على هذا التعريف انه يركز على الدور السلبي لفكرة النظام العام دون الدور الايجابي ، والمتمثل باستبعاد القانون الأجنبي واجب التطبيق من النزاع دون أن يشير إلى الدور الايجابي لفكرة النظام العام والمتمثل بإعطاء الاختصاص في حالة استبعاد القانون الأجنبي لقانون دولة القاضي.

كما عرف آخر ((النظام العام في دولة ما هو ألا الكيان السياسي والاجتماعي والاقتصادي لهذه الدولة بما يقوم عليه هذا الكيان من معتقدات تتعلق بالأمن والحرية والديمقراطية ومعتقدات اجتماعية تتعلق بالمساواة أمام القانون أو احترام أفكار دينية أساسية معينة أو عقائد مذهبية اقتصادية كالاشتراكية أو الرأسمالية أو نحوها من المذاهب والأفكار الاقتصادية كالعدالة الاجتماعية وتكافؤ الفرص وغير ذلك)) [٨] ويلاحظ على هذا التعريف الإسهاب وعدم الدقة وذكر المصطلح ومشتقاته إضافة إلى

انه شامل لفكرة النظام العام في العلاقات الداخلية والخارجية الأمر الذي يخرجه في بعض مضامينه من مدار بحثنا لأنه وكما سيتوضح في ثنايا البحث بأن فكرة النظام العام تختلف في العلاقات الداخلية التي تكون وطنية بكل عناصرها عن العلاقات الدولية التي يشوبها العنصر الأجنبي في احد عناصرها . وهذا يبدو واضح من ذكر التعريف لموضوع تكافؤ الفرص . إلا أن هذا التعريف يمتاز عن التعريف الأول بأنه تناول عناصر فكرة النظام العام وبين ذاتيتها واقترب من توضيح مضمونها عكس التعريف الأول الذي اختزل مضمونها على أنها وسيلة فنية دون أن يبين مضمونها .

كما عَرف أحد فقهاء القانون الدولي الخاص في العراق النظام العام بأنه ((مجموعة المبادئ الأساسية العليا للنظام القانوني النافذ في الدولة والتي يقوم عليها نظام المجتمع سياسيا واقتصاديا ودينيا وقانونيا وأخلاقياً ويكون للدستور الدور الحاسم في تكوين النظام العام)) (٩) ويسجل لهذا التعريف انه أكثر تركيزاً لفكرة النظام العام من حيث عمومية العبارات . إلا انه وبالرغم من الدور الأساسي للدستور في تكوين النظام العام فهذا لا يلغي ما لبقية جوانب الحياة في الدولة من دور بالغ الأهمية في تحديد فكرة النظام العام كنظام الأسرة أو علاقات العمل أو علاقات الدول فيما بينها أو الجانب الأخلاقي والسلوكي لأفراد المجتمع أو العلاقات التجارية ومبدأ حسن النية في وعدم الأضرار بالغير (١٠) فكل هذه الجوانب يمكن أن تتدخل بشكل مباشر في تحديد فكرة النظام العام بغض النظر عن القانون النافذ في الدولة والذي ركز عليه التعريف.

وعُرف أيضا بأنه ((دفع يتم بمقتضاه منع تطبيق القاعدة القانونية في القانون الأجنبي الواجب التطبيق بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية . إذا كان حكمها يتعارض مع المبادئ والأسس الاجتماعية والاقتصادية والسياسية والدينية التي يقوم عليها النظام القانوني في مجتمع دولة القاضي)) (١١) ويبدو على هذا التعريف انه أكثر دقة وشمولية لفكرة النظام العام الدولية حيث انه تناول مفهوم الفكرة ومضمونها معا دون أن يفرط بأحدهما برغم من انه لم يشر إلى أثرها الايجابي . ومع هذا تبقى فكرة النظام العام فكرة مرنة ونسبية يصعب الإحاطة بها من كل جوانبها فهي فكرة لصيقة بالمصالح والأسس الجوهرية لكل دولة .

ونقترح تعريف النظام العام تعريفاً يراعى فيه معالجة بعض الملاحظات التي مرت بنا في المحاولات الفقهية السابقة بالقول أن النظام العام هو (مجموعة الأسس والمعتقدات السامية للمجتمع والتي يقوم الإجماع فيه بضرورة حمايتها وعدم انتهاكها وتحريم اتفاق الأفراد على خلافها في نطاق القانون الداخلي وتتيح للقاضي الوطني استبعاد القانون الذي أشرت إليه قاعدة الإسناد في قانون دولته ويطبق قانونه إذا خالفها في نطاق القانون الدولي).

المطلب الثاني:ظهور فكرة النظام العام في القانون الدولي الخاص

ان النظام العام في القانون الدولي الخاص لم يظهر دفعة واحده بل بصورة تدريجية من خلال تطوره على يد أعلام فقهاء القانون الدولي الخاص . ففكرة النظام العام

ترجع جذورها إلى فقه نظرية الأحوال الايطالية في (القرن الثالث عشر) عندما قدم الفقيه بارتول تفرقته الشهيرة بين نوعين من الأحوال وهما :-

النوع الأول/ الأحوال المفيدة أو الملائمة أو المستحسنة والتي تتميز بإمكانية تطبيقها خارج النطاق الإقليمي للدولة التي أصدرتها فهي تلاحق الشخص لتنطبق علية أينما وجد بغض النظر عن مكان تواجده سواء وجد داخل حدود إقليم الدولة التي أصدرتها أو خارج إقليم هذه الدولة فمعيار تطبيق هذه القواعد هو الشخص وليس الحدود الإقليمية للدولة فهي بهذا الوصف شبيهه بمبدأ شخصية القوانين المتعارف علية في الوقت الحالي .

النوع الثاني / الأحوال البغيضة أو المستهجنة والتي يتحدد نطاق تطبيقها داخل حدود النطاق الإقليمي للدولة التي أصدرتها أي أنها لا تتجاوز حدود إقليم الدولة على العكس من الأحوال السابقة وبالتالي فهي اقرب إلى مبدأ إقليمية القوانين الذي يقصد به تطبيق القانون الوطني على الأشخاص الذين يتواجدون داخل حدود الدولة بغض النظر عن جنسياتهم (١٢) (وعلى الرغم من أن الفقيه بارتول لم يشر إلى تعبير النظام العام صراحة إلا انه قد اخذ بهذه الفكرة عندما أراد أن يؤكد التطبيق الإقليمي لما اسماه بالأحوال أو القوانين المستهجنة فهي القواعد التي لا تمتد إلى خارج حدود الإقليم) (١٣)

ثم جاء بعد ذلك الفقيه مانشيني عميد نظرية شخصية القوانين في القرن التاسع عشر فطور من فكرة النظام العام بصور تدريجية شيئاً فشيئا فأستخدمها في بادئ الأمر بوصفها أداة لتثبيت الاختصاص للقانون الإقليمي وبعبارة أخرى أداة لتثبيت قانون القاضي كاستثناء على فقه شخصية القوانين الذي أسسه هذا الفقيه ومن هذه القوانين قواعد القانون العام وكذلك القوانين الخاصة بالأمن المدني وبالملكية العقارية على اعتبار أن هذه القوانين تطبق تطبيقا إقليمياً لتعلقها بالنظام العام (١٤) .

ثم ظهر بعد ذلك النظام العام مرتبطاً بأثره الأهم في نطاق القانون الدولي الخاص لأول مره على يد الفقيه الألماني الكبير سافيني حيث يعتبر أول من وضع أسس النظام العام في القانون الدولي الخاص من خلال فكرته الشهيرة وهي ما يطلق عليها (بالاشتراك القانوني) والتي أقامها على عاملين هما الديانة المسيحية والقانون الروماني حيث يعتبران مصدرين تاريخين لهذه الفكرة والتي يقصد بها أن المشرع عندما يسمح للقاضي الوطني بتطبيق القانون الأجنبي الذي تشير إليه قاعدة الإسناد فهو يفترض بان هناك قدر مشترك بين هذا القانون وقانونه الوطني وعلى هذا الأساس يسمح المشرع الوطني بتطبيق القانون الأجنبي أما إذا تبين له انتفاء مثل هذا الاشتراك فحينها يمتنع عن تطبيق القانون الأجنبي ومن ثم يعود إلى تطبيق القانون الوطني (١٥) ولكن هذا المفهوم لم يقصد به في الوقت الحالي وحدة المصدر كما كان عليه في السابق بل يقصد به التقارب بين القواعد العامة في التشريع بحيث لا يتعارض تطبيق القانون الأجنبي مع القواعد الموضوعية في قانون القاضي، أي إلا يكون هناك تعارض جوهري بين القانونين وعند هذا الحد انتهى تطور النظام العام . بالأثر المقصود منه وهو استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص اختصاصاً عادياً وفقاً لقاعدة الإسناد عندما يكون هناك

اختلاف بين القانون الأجنبي والقانون الوطني (١٦) ولقد حاول الفقه الحديث الاستناد على هذه الفكرة في استبعاد أحكام القانون الأجنبي الواجب التطبيق بمعنى إذا تحقق للقاضي الوطني ان القانون الأجنبي الواجب التطبيق يتناقض مع النظام العام في دولته يتعين عليه ان يستبعد تلك الأحكام بناء على أعمال اثر النظام العام. (١٧)

المطلب الثالث :النظام العام في القانون العراقي

أن المشرع العراقي لم يعرف النظام العام تأثراً بالخلاف الفقهي سابق الورود والاتجاه التشريعي الغالب في بلدان العالم ، ولكنه مع ذلك أمر أن يكون محل الالتزام غير مخالف للنظام العام وألا حكم على العقد بالبطلان (١٨) كما أورد أمثلة لمخالفة النظام العام في القانون المدني لا يجمع بينها جامع ولا تخضع لضابطة معينة نتمكن عن طريقها حصر حالات مخالفة النظام العام إذ نص في المادة (٢/١٣٠) على أنه (ويعتبر من النظام العام بوجه خاص الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية كالأهلية والميراث والأحكام المتعلقة بالانتقال والإجراءات اللازمة للتصرف في الوقف وفي العقار والتصرف في مال المحجور ومال الوقف ومال الدولة وقوانين التسعير الجبري وسائر القوانين التي تصدر لحاجة المستهلكين في الظروف الاستثنائية) (١٩). ومن النص السابق تعتبر الأحكام المتعلقة بالأهلية من النظام العام حيث يستبعد القانون العراقي القواعد القانونية الأجنبية التي تجيز الاتفاق بين طرفين على تغيير سن الرشد أو أهلية أبرام العقود لتعارض ذلك مع النظام العام فالقواعد الخاصة بالأهلية وجدت لمصلحة من قررت له ، وكذلك الأحكام المتعلقة بالميراث فلا يجوز استئثار الذكور بالإرث دون الإناث أو منع الدولة من أن تكون وارث لمن لا وارث له (٢٠) ، وكذلك قواعد الإجراءات فإذا حكم القانون التي أشارت إليه قواعد الإسناد بخلاف قواعد الإجراءات في العراق يقوم القاضي العراقي باستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق لمخالفته للنظام العام وله سلطة تقديرية في ذلك والتي يستمدها من القانون العراقي الذي أعطاه إياها (٢١)، وهي سلطة تقديرية واسعة في تحديد ما هو مخالف للنظام العام ، وقد قيل بحق أن القاضي الوطني يعتبر وكيلاً عن الشعب باستبعاد القواعد القانونية الأجنبية المخالفة للنظام العام.(٢٢)

ومن النظام العام في العراق أيضاً قوانين التسعير الجبري وسائر القوانين التي تصدر لحاجة المستهلكين في الظروف الاستثنائية وقياساً على ذلك يعتبر شرط الدفع بالذهب أو بالعملة الأجنبية محكوماً بالاستبعاد لأضراره بالنظام الاقتصادي وبالعملة الوطنية ولأنه يعد مخالفاً للنظام العام والقيم الاقتصادية في العراق (٢٣) ، ومثال فروض النصوص القانونية الأجنبية المحكومة بالاستبعاد لمخالفتها للنظام العام في العراق أن ينص أحد القوانين الأجنبية (الواجب التطبيق) على تحريم زواج البيض من السود لان القانون العراقي يحضر التمييز العنصري بسبب اللون أو العرق أو الطائفة أو الدين (٢٤) ، أو في فرض أن ينص احد تلك القوانين على جواز زواج المسلمة من المسيحي مثل بعض الدول الأوربية أو التي أخذت بالنظام الاجتماعي الأوربي قد يبيح قانونهم هذا الزواج ، وهذا يعد مخالف لصميم النظام العام العراقي القائم على أحكام الشريعة الإسلامية

الغراء لذلك يحكم القاضي العراقي باستبعاد مثل هذا القانون الأجنبي لمخالفته للنظام العام (٢٥).

وحسناً فعل المشرع حيث لم يورد تعريف للنظام العام ولم يحدد على سبيل الحصر الحالات التي تعد مخالفة للنظام العام ، لان النص على تعريف معين أو تحديد حالات معينة على سبيل الحصر يؤدي إلى جمود النص وعدم مواكبته لتطور المجتمع ولتطور فكرة النظام العام ذاتها ، أو كما يرى احد الفقه أن للنظام العام هدف هو الحفاظ على قيم المجتمع فهو القالب العام الذي توضع فيه كل حالات مخالفة النظام العام الواردة في القانون (٢٦) والتي اجتهد الفقه في إيرادها على سبيل المثل والدلالة وربطها بأسباب سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية أو دينية أو عرقية وغير ذلك (٢٧). ومن ثم يمكن القول أن النظام العام يلعب دوراً وقائياً للنظام العام الداخلي من المساس به من قبل القانون الأجنبي (٢٨).

المبحث الثاني :ضوابط أعمال النظام العام وآثاره في القانون الدولي الخاص

أن موقف فقه القانون الدولي الخاص من تعريف فكرة النظام العام يختلف عن موقفه من إعمال أثره في القانون الدولي الخاص فبالرغم من اختلافه البين في تعريف فكرة النظام العام كما مر سابقاً ألا انه اتفق على أثره في القانون الدولي الخاص وكذلك قوانين الدول المختلفة فلا توجد دولة على حد اطلاعنا لا تستند إلى فكرة النظام العام لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي الذي دلت عليه قاعدة الإسناد في قانونها الوطني إذا خالفها (٢٩) .

فالملاحظ أن فكرة النظام لا يمكن الاستغناء عنها في أي تنظيم قانوني وخاصة في مجال تنازع القوانين باعتبارها صمام الأمان مع العرض أن مرونتها وصعوبة ضبطها يقتضي أن يكون استخدامها دائما مقروناً بالحكمة والاعتدال (٣٠) وذلك لان أعمال اثر النظام العام يؤدي إلى تعطيل العمل بما تشير إليه قاعدة الإسناد والذي يفرض القانون أتباعها بالأصل لذا فأن أعمالها يستوجب الحذر والدقة من قبل القاضي ولا يتم إلا عبر اجتماع ضوابط خاصة بالنظام العام وبالتالي نقسم البحث في المقام الماثل على مطلبين نكشف في الأول عن الضوابط أعلاه ونتتبع في الثاني اثر إعمال النظام العام وكمايلي.

المطلب الأول :ضوابط أعمال النظام العام

أن مضمون النظام العام يفارق أعماله ، فالنظام العام هو ما يتعلق بالمثل الأعلى للمجتمع ، إما أعماله فيثبت القاضي الوطني من خلاله اعتراضه على تطبيق القانون الأجنبي الذي حددته قاعدة الإسناد الوطنية لقانونه على الواقعة المتنازع فيها المشوبة بعنصر أجنبي بسب مخالفته للنظام العام الوطني ، والفقه طرح عدد من الضوابط لأعمال اثر النظام العام تجاه القانون الأجنبي الواجب التطبيق(٣١) وكمايلي:-

أولا:- أن يكون تطبيق القانون الأجنبي بأمر من قاعدة الإسناد الوطنية على الواقعة المتنازع فيها/

أن إيراد مصطلح (القانون الأجنبي) لا يقتصر فقط على التشريع الذي يصدر من السلطة التشريعية وإنما يدخل في ضمن هذه التسمية الأعراف السائدة أيضا وأحكام القضاء وغيرها (٣٢) . وان قاعدة التنازع الوطنية عندما تشير إلى تطبيق القانون الأجنبي على الواقعة المتنازع فيها فانه يعتبر اعتراف صريح منها بالتسامح في تطبيق القانون الأجنبي في حال وجود القانون الأجنبي بالعلاقة المتنازع فيها، باعتباره احد القوانين التي تحكم العلاقة (٣٣).

ألا انه يستثنى من تطبيقه على الرغم من وجود العنصر الأجنبي في العلاقة بعض الحالات منها كالمسائل المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على المال فيخضع لقانون المحل الذي يوجد فيه ((المسائل الخاصة بالملكية والحيازة والحقوق العينية الأخرى ، وبنوع خاص طرق انتقال هذه الحقوق بالعقد والميراث والوصية وغيرها ،يسري عليها قانون الموقع فيما يختص بالعقار، ويسري بالنسبة للمنقول قانون الدولة التي يوجد فيها هذا المنقول وقت وقوع الأمر الذي ترتب عليه كسب الحق أو فقده)) (٣٤).

وكذلك في حالة الاتفاقات الإرادية حيث يسري القانون الذي اختارته أرادة المتعاقدين وهذا ما بينه المشرع العراقي بقوله ((يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنا ، فإذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد هذا مالم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانونا آخر يراد تطبيقه)) (٣٥).

ألا انه إذا كانت أطراف العلاقة جميعهم وطنيين فلا يتصور أعمال اثر النظام العام لأنه سيطبق القانون الوطني باعتباره هو القانون الواجب التطبيق، ألا انه يستثنى من ذلك الدول الفدرالية باعتبار أن كل منها تعتبر دويلة مستقلة من الناحية التشريعية وبالتالي من الطبيعي أن يكون اختلاف فيما بينها (٣٦).

ثانيا:- تحقق مخالفة أحكام القانون الأجنبي الواجب التطبيق لمبادئ النظام العام في القانون الوطني لقاضي الموضوع/

لما كانت فكرة النظام العام فكرة وطنية مرنة وتستمد مضمونها من النظام القانوني الوطني لقاضي الموضوع لذا هي تتأثر بعدة جوانب في مقدمتها الجانب السياسي فالمجتمعات تختلف من حيث النظم السياسية ولكل نظام سياسي مبادئ وأسس تختلف عن النظام الآخر والذي يؤدي بدوره إلى اختلاف النظام العام في كل منها ، وكذا الحال بالنسبة للجانب الاقتصادي فالمجتمعات منها من انتهج نظام الاقتصاد الموجه الذي تسيطر فيه الدولة على جميع أوجه النشاط الاقتصادي الأمر الذي يؤدي إلى اتساع فكرة النظام العام ومنها من انتهج النظام الاقتصادي المفتوح (الحر) الذي يقوم على حرية الفرد في الملكية والنشاط الاقتصادي مما يؤدي إلى تضيق فكرة النظام العام فيه وهكذا باقي الجوانب الأخرى التي تؤثر في اتساع وضيق فكرة النظام العام في المجتمع كالجانب الاجتماعي والجانب الديني وغيرها من الجوانب فالفعل الذي يعتبر مباحا في دولة ما يعتبر محرم في دولة أخرى كتعدد الزوجات مثلاً فالدول التي تأخذ بمبادئ الشريعة الإسلامية الغراء تجوز تعدد الزوجات (٣٧) أما في بعض الدول الأجنبية فأنها تحرم الزواج

بأكثر من زوجة واحدة ، لذا يعتبر القانون الأجنبي مخالف للنظام العام متى ما اشتمل على نظم قانونية مخالفا للسياسة التشريعية للدولة فعلى القاضي عدم المبالغة في تقدير حالات النظام العام الأمر الذي يؤدي إلى استئثار القانون الوطني بحكم العلاقات المشوبة بعنصر أجنبي الأمر الذي يهدد الثقة بالمعاملات الدولية الخاصة (٣٨).

ثالثا:- وجود رابطة بين الواقعة المتنازع فيها والقانون الوطني لقاضي الموضوع/

ذهب إلى القول بهذا الضابط البعض من الآراء الفقهية والأحكام القضائية وعلى رأسهم الفقه الألماني حيث اشترطوا وجود صلة بين المنازعة المطروحة والقانون الوطني لدولة القاضي كأساس لتمسك القاضي باستبعاد القانون الأجنبي عند مخالفته للنظام العام .أما المعيار الذي تحدد الرابطة بواسطته فانه يلزم على القاضي الذي ينظر النزاع بتحديده وهو بهذا الشأن له سلطة تقديرية تختلف من حالة إلى حالة أخرى (٣٩) ونعتقد بعدم الحاجة إلى هذا الضابط ولا يشترط تحققه لتطبيق قاضي النزاع لقانونه الوطني عند تحقق باقي ضوابط أعمال اثر النظام العام ودليلنا على ذلك أن مسألة تطبيق قاضي النزاع لقانونه الوطني بأثر النظام العام سلطة تقديرية لقاضي الموضوع.(٤٠)

المطلب الثاني :اثر النظام العام في القانون الدولي الخاص

أن المشرع العراقي ساير التشريعات الحديثة في تبني اثر النظام العام في القانون الدولي الخاص (٤١). حيث حكم في المادة (٣٢) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل على عدم جواز تطبيق أحكام قانون أجنبي وجب تطبيقه بموجب قاعدة إسناد عراقية إذا كانت أحكامه مخالفة للنظام العام في العراق (٤٢) وتطبيقاً لنص المادة (٣٢) من قانوننا المدني سابقة الذكر إذا أسندت القاعدة القانونية القانون الواجب التطبيق إلى دولة معينة وكانت القاعدة القانونية المسند إليها مخالفة للنظام العام فيعمد القاضي العراقي إلى استبعاد القانون الأجنبي لتعارضه مع النظام العام في العراق والتي تعد قواعده من أساسيات المجتمع وقد شُرعت لحماية مصالح الدولة العليا وحفظ النظام (٤٣) فيعمل النظام العام على رأي حصيف بالفقه عمل خاص حيث يصفي القانون الأجنبي فيسمح بمرور ما وافق النظام العام العراقي ويستبعد ما خالف ذلك (٤٤) على أن أعمال اثر النظام العام يقتضي استبعاد تطبيق القانون الأجنبي ، وبعبارة أخرى إذا ظهر للقاضي الوطني أن القانون الأجنبي يخالف النظام العام في دولته فانه يقوم باستبعاده من اجل حماية نظامه القانوني العام ، ولكن بعد استبعاد القانون الأجنبي الذي كان واجب التطبيق بموجب قواعد الإسناد التي شرعها المشرع في دولة القاضي يجب أن يتم سد الفراغ التشريعي (٤٥) ، أي أن موضوع النزاع في هذه الحالة يجب ألا يبقى بدون قانون يحكمه وبالتالي يتحتم على قاضي النزاع لإتمام مهمته والحكم في موضوع النزاع أن يطبق قانوناً ما محل القانون الأجنبي الذي تم استبعاده لمخالفته النظام العام . (٤٦)

أن فقه القانون الدولي الخاص ذهب إلى أن أعمال اثر النظام العام ينصرف إلى استبعاد القانون الأجنبي فقط وهذا ما أصطلح عليه بـ(الأثر السلبي للنظام العام) ،

وإذا لم يقتصر الأثر على استبعاد القانون الأجنبي وإنما يمتد إلى تطبيق القانون الوطني أي قانون دولة القاضي محله نكون أمام ما يعرف بـ(الأثر الإيجابي للنظام العام). (٤٧) ونبحث كل من الأثرين على انفراد كما يلي.

أولاً / الأثر السلبي للنظام العام /

تعتبر قاعدة الإسناد الوطنية من القواعد الملزمة حيث أنها قاعدة آمرة وبالتالي لا يجوز مخالفتها ، ولكن هذا الحكم ليس حكماً مطلقاً لأنه قد يظهر ما يمنع من تطبيق قاعدة الإسناد الأمر الذي يؤدي إلى استبعاد القانون الأجنبي ليحل محله قانون آخر ، والوجه في ذلك أن المشرع الوطني عندما يحكم في قواعد الإسناد بضرورة تطبيق القانون الأجنبي فانه لا يكون عالماً بمضمون هذا القانون سلفاً وهو كذلك لا يستطيع أن يضمن معرفة أحكام ذلك القانون عند الحاجة إلى تطبيقه على النزاع المعروض أمام القاضي (٤٨) ، مثال ذلك نص المشرع العراقي في المادة (٣٢) من القانون المدني بأنه (لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي قررته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو الآداب في العراق). (٤٩)

وعلى ذلك إذا تقدم لإحدى المحاكم العراقية شخص مسيحي يحمل الجنسية التركية طالباً عقد قرانه على امرأة مسلمة تحمل الجنسية التركية أيضا على اعتبار القانون التركي يجيز زواج غير المسلم من المرأة المسلمة ، فأن العمل بقاعدة الإسناد التي نصت عليها المادة أنفة الذكر من القانون المدني العراقي يتوقف لان زواج غير المسلم من المرأة المسلمة مخالف للنظام العام في العراق .

وهذا الأثر والمتمثل باستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق هو الأثر السلبي للدفع بمخالفة النظام العام للقانون الوطني لدولة قاضي النزاع ، وقد قيل (أن هذا الاستبعاد ينبغي أن يكون في إطار حماية المثل العليا التي تقوم عليها كل مجتمع من المجتمعات) (٥٠).

وبهذا يتبين أن مخالفة النظام العام هي الوسيلة التي يلجأ إليها القاضي الوطني للتخلص من تطبيق أحكام القانون الأجنبي الذي أرشدت إليه قواعد الإسناد في تشريع القاضي إذا تبين أن القانون الأجنبي يتعارض بشكل واضح مع الأسس العليا التي يقوم عليها القانون الوطني لدولة قاضي النزاع.

ولكن السؤال الذي يطرح على بساط البحث هو ماهي حدود هذا الاستبعاد للقانون الأجنبي؟ أي هل يستبعد بشكل كامل أم يتم استبعاد ما يراه القاضي مخالفاً للنظام العام في دولته فقط ويقوم بتطبيق القواعد أو الأجزاء غير المخالفة ؟

وقع الخلاف في الإجابة عن السؤال الأنف الذكر في الفقه والقضاء في القانون الدولي المقارن حيث ذهبت بعض الآراء إلى الاستبعاد الكلي بينما ذهب البعض الآخر إلى الاستبعاد الجزئي . (٥١)

١) الاستبعاد الكلي /

ذهب جانب من الفقه الفرنسي والمصري (٥٢) إلى وجوب استبعاد القانون الأجنبي بالكامل عند مخالفته النظام العام لدولة القاضي في جزء من أجزائه ، والوجه

في ذلك أن استبعاد بعض أجزاء القانون الأجنبي وتطبيق بعضها الآخر يسيء إلى ذلك القانون حيث أن القواعد القانونية يكمل بعضها بعضا ، وقد يعتمد المشرع في الوصول إلى تمام غرضه عن طريق وحدة السياق وترابط العبارات مع بعضها البعض ، فإذا ما عمد القاضي المعروض أمامه النزاع إلى تطبيق بعض أجزاء القانون الأجنبي دون بعضها الآخر فربما يخل هذا التطبيق بمقاصد المشرع الأجنبي ويلزم من ذلك المساس بقانونه ، بل يؤدي إلى تشويهه حيث نكون أمام قانون جمعي من القانون الوطني لدولة القاضي والقانون الأجنبي الذي كان من المفروض أن يطبق على النزاع وهذا يجانب الحقيقة والهدف الذي قصده المشرع الأجنبي (٥٣) بالإضافة إلى أن التمسك بالاستبعاد الجزئي للقانون الأجنبي مخالف لما قصده المشرع الوطني في قواعد الإسناد فهو حينما أشار إلى تطبيق القانون الأجنبي الواجب التطبيق ذلك لأنه القانون الأكثر صلة بأطراف العلاقة القانونية والقادر على تحقيق العدالة ، ولا يتم الوصول إلى هدف المشرع الوطني في قواعد الإسناد إلا من خلال التطبيق الكامل للقانون الأجنبي أو استبعاده برمته ، والذي يتضح من جملة ما تقدم أن الاستبعاد الجزئي أمر يخالف ما أراده كل من المشرع الوطني في قواعد الإسناد والمشرع الأجنبي في القانون الذي أشارت قواعد الإسناد في دولة القاضي إلى وجوب تطبيقه ، إذا الغاية والهدف في حماية النظام العام في دولة القاضي والمحافظة على مقاصد المشرع الأجنبي تقتضي الاستبعاد الكلي (٥٤) .

٢) الاستبعاد الجزئي /

ذهب الرأي الغالب في الفقه ويؤيده في ذلك القضاء في مختلف دول العالم (٥٥) إلى أن مخالفة القانون الأجنبي لقانون القاضي إذا كانت جزئية فيجب استبعاد الجزئية المخالفة للنظام العام في دولة القاضي ، دون باقي أجزاء القانون الأجنبي التي لا تخالف نظام القاضي القانوني ، حيث أن الاستبعاد لا يجب أن يكون شاملا بالنسبة للعلاقة محل النزاع وإنما ينبغي أن تكون في الحدود اللازمة للمحافظة على مبادئ النظام العام .

ويتم الاستبعاد الجزئي فيما إذا كان الجزء المخالف للنظام العام غير مرتبط بشكل وثيق في باقي أجزاء القانون الواجب التطبيق حيث أن استبعاد ذلك الجزء لا يحول دون تطبيق باقي الأجزاء ، مثال ذلك فيما إذا كان القانون الأجنبي يحكم بالتوارث مع اختلاف الدين فإذا عرض النزاع أمام القضاء في إحدى الدول الإسلامية التي لا تجيز قوانينها التوارث بين المسلم وغير المسلم فانه يستبعد من القانون الأجنبي النص الذي يقضي بالتوارث بين المورث المسلم وباقي ورثته غير المسلمين ولكن بالنسبة للورثة المسلمين في شروط الإرث ونصيب الورثة فانه لا مانع من تطبيق القانون الأجنبي إذا كان لا يتعارض مع النظام العام لدولة القاضي المعروض أمامه النزاع (٥٦) .

وفي هذا الاتجاه ذهبت محكمة التمييز الفرنسية حيث قضت في حكم شهير لها بان (ما يقضي به القانون الإسلامي المختص بعدم التوارث بين المسلم وغير المسلم أمر يصادم النظام العام الفرنسي ، بيد أن مقتضيات هذا النظام تتطلب وحسب استبعاد هذا المنع المتحصل في انعدام أهلية غير المسلم في أن يرث المسلم ومن غير أن

يقتضي إحلال القانون الفرنسي محل القانون الأجنبي الإسلامي في شأن بيان الورثة ومراتبهم وانصبائهم) (٥٧).

والى ذلك اتجه القضاء المصري فقد جاء في حكم لمحكمة استئناف الإسكندرية مانصه ((ليس صحيحاً أن مطلق وجود حكم في القانون الأجنبي يخالف النظام العام في مصر ، يرتب أبطال العمل بالقانون المذكور برمته وإحلال القانون المصري محله فأن هذا المذهب ليس له في القانون المصري سند بل هو متعارض مع نص المادة (٢٨) من القانون المدني ، فالقول بغير ذلك تعطيل لغايات القانون المصري من تعيين القانون الأجنبي الواجب التطبيق لمطلق اشتمال القانون الأجنبي على حكم يخالف النظام العام والآداب ، وهو الأمر الذي يعطل ما أراده المشرع الحريص على إعمال القانون الأجنبي في الحالات التي يعينها مع استثناء لا يقبل التوسع أو القياس مما قد يتعارض مع النظام العام المصري من أحكام هذا القانون)) (٥٨).

والاستبعاد الجزئي هو الرأي الراجح عند الغالب من الفقهاء كما ذكرنا فيما تقدم وقد ذكروا لتأييد رأيهم وجوه منها :-

١- أن استخدام المنع من تطبيق القانون الأجنبي لمخالفته للنظام العام خلاف الأصل ، أي خلاف ما تقرره قواعد الإسناد ، فينبغي عدم التوسع فيه حيث انه من الضرورات وهي تقدر بحسبها ، فلا ينبغي لأجل تلك الضرورة أن نستبعد القانون الأجنبي برمته (٥٩).

٢- أن استبعاد تطبيق القانون الأجنبي لم يكن ناجماً من معاداة القضاء الوطني له دائماً ، وإنما المقصود الحيلولة دون تطبيق الأحكام التي تتعارض مع ثوابت مجتمع القاضي وعليه فلا يصح استبعاد القانون الأجنبي ككل وإنما استبعاد الجزء الذي يخالف النظام العام فقط (٦٠) .

٣- أن فكرة تطبيق القانون الأجنبي على العلاقة القانونية التي ينتمي جميع أطرافها إلى ذلك القانون أو بعضهم إنما التزم بها المشرع الوطني لان القانون الأجنبي هو الأكثر ملائمة للقضية المعروضة أمام القضاء الوطني وعليه فان الأقرب إلى حكمة التشريع إلا نستبعد كل أجزاء القانون الأجنبي وإنما نستبعد الأجزاء المخالفة للنظام العام فقط (٦١).

وبدورنا نرجح الاستبعاد الجزئي لوجاهة الأسباب التي ذكرت سابقاً بالإضافة إلى مسايرة هذه الفكرة لمبادئ العدالة وكونها الأقرب إلى فكرة القانون الطبيعي حيث أن تطبيق القانون الأجنبي على علاقة قانونية يرتبط كل أطرافها أو بعضهم بعلاقة مع ذلك القانون تجعل من تطبيق القانون الأجنبي عاملاً نفسياً يشعرهم بالإنصاف وعدم تسلط القاضي المعروض أمامه النزاع عليهم ، فعلى سبيل المثال لو أن مسلماً تزوج من امرأة ثانية في فرنسا ، فان القانون الفرنسي لايعترف بصحة هذا الزواج حيث أن تعدد

الزوجات مخالف للنظام العام في فرنسا ولكن القاضي الفرنسي الذي ترفع أمامه دعوى إثبات نسب لطفل كان ثمرة لهذا الزواج ، إذا لم يستبعد القانون الأجنبي (الإسلامي) ككل فانه يحكم بصحة نسب هذا الطفل لأبيه ووجوب نفقته عليه وكذلك ميراثه منه.

ثانياً / الأثر الإيجابي للنظام العام /

أن الوقوف عند الأثر السلبي لمخالفة القانون الأجنبي الواجب التطبيق للنظام العام المتمثل باستبعاد أحكام هذا القانون والاكتفاء بنتيجته يؤدي إلى عدم الوصول إلى حسم النزاع المعروض أمام القضاء الوطني ، إضافة إلى أن ذلك يعني عدم الوصول إلى تطبيق أحكام قانون آخر يحل محل القانون الأجنبي وبالتالي يعتبر إنكارا للعدالة من قبل قاضي النزاع (١٢) وعلى ذلك لابد من البحث عن حل مناسب لهذه المسألة يتمثل بتطبيق قانون غير القانون المحكوم باستبعاده لحكم النزاع وفي هذا المقام برز في الفقه والقضاء اتجاهات عديدة أهمها :-

١- اتجاه يذهب إلى أن من مقتضيات حماية الأفراد والالتزام بما قررته قواعد الإسناد التي قضت بتطبيق القانون الأجنبي لأجل مراعاة كل هذه الاعتبارات ينبغي أن نبحث في القانون الأجنبي ذاته عن قاعدة لغرض حسم النزاع خصوصاً إذا التزمنا بقاعدة الاستبعاد الجزئي للقانون الأجنبي ولم نستبعده بالكامل (١٣). وقد أخذت بهذا الرأي إحدى المحاكم الألمانية حيث قضت باستبعاد بعض قواعد القانون السويسري الواجب التطبيق التي تقضي بعدم تقادم نوع معين من الديون لمخالفتها للنظام العام الألماني ، ولكن المحكمة الألمانية لم تطبق قانونها الوطني وإنما قررت البحث في القانون السويسري عن قاعدة أخرى تحكم النزاع (١٤).

٢- اتجاه يرى وجوب تطبيق القانون الوطني في هذه الحالة ليحل محل القانون الأجنبي الذي استبعد لمخالفته للنظام العام ، وهدا الرأي قد التزم به القضاء الفرنسي ويؤيده الاتجاه الغالب في الفقه (١٥) ، وفي مصر اكتفى المشرع المصري بالتمسك بالأثر السلبي لمخالفة النظام العام حيث قرر استبعاد القانون الأجنبي في هذه الحالة ولكنه لم ينص على القانون الذي يحل محل القانون الأجنبي المستبعد ، ولكن القضاء والفقه الغالب في مصر يلتزم بضرورة تطبيق القانون المصري في هذه الحالة (١٦).

٣- اتجاه يعتقد بتطبيق القانون الأقرب للعدالة ، حيث أن قانون القاضي منقطع الصلة مع القانون الأجنبي الواجب التطبيق في نظر قواعد الإسناد فأن الصحيح تطبيق القانون الذي يلائم في إحكامه القانون المستبعد ويتم هذا التطبيق بمقتضى قاعدة إسناد احتياطية في قانون القاضي.(١٧)

والرأي الراجح من بين هذه الآراء تطبيق قانون القاضي نفسه حيث أن هذا الحل هو أفضل الحلول من جهة ملائمته للاعتبارات العملية ، حيث انه يجنب القاضي

الوطني البحث في القوانين الأجنبية التي تعتبر أقرب إلى القانون المستبعد وقد لا تتوفر الخبرة والدراية لكل القضاة بهذا الأمر هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن تطبيق قانون القاضي هو الحل الأكثر انسجاماً مع فكرة النظام العام على اعتبار أنها فكرة وطنية في الأساس والغرض منها حماية النظام العام في بلد القاضي (١٨) كما أن تطبيق قانون القاضي(القانون الوطني) ورد النص عليه صراحة في بعض القوانين كقانون تنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي الكويتي حيث نص على أنه (لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته النصوص الواردة في هذا الباب إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو الآداب في الكويت ، ويتعين في هذه الحالة تطبيق القانون الكويتي) (١٩) .

ولكن ينبغي الالتفات إلى أن تطبيق قانون القاضي إنما يكون في حالات الاستبعاد الجزئي في حدود الجزئية التي تم استبعادها وما تبقى من أجزاء الواقعة القانونية ينبغي أن يطبق بخصوصها القانون الأجنبي الذي تم تعيينه بموجب قاعدة الإسناد ، إلا إذا كان القانون الأجنبي بموجب حكمه العلاقة القانونية أو التصرف القانوني مخالفاً للنظام العام في دولة القاضي ، كما لو تقدم شخص أجنبي إلى محكمة عراقية طالبا عقد زواجه على ابنة أخته أو ابنة أخيه ففي هذه الحالة تحكم المحكمة العراقية بعدم الاستجابة لهذا الطلب وتطبق القانون العراقي فقط والذي لا يسمح بمثل هذا الزواج لأنه مخالفا للنظام العام العراقي والذي شرعته الشريعة الإسلامية الغراء ، ومن ثم فلا يجب على القاضي العراقي البحث عن قانون أخر ينطبق على مضمون طلب الزواج هذا .

خاتمة :

سنحاول في خاتمة البحث تسجيل أهم ماتوصلنا إليه من استنتاجات وما نطمح إلى تحقيقه من توصيات وكمايلي :

أولاً : الاستنتاجات

١- أن النظام العام فكرة منبثقة من طبيعة وخصوصية المجتمع لان قواعدها مستوحاة من حياة الأفراد وبذلك هي المقياس الطبيعي لتطور المفاهيم العليا في المجتمع لأنها تواكب كل التطورات وتراعيها ، ومن ثم أصبح لزاما على المشرع مراعاتها من اجل أن يكون القانون الذي يشرعه ملبيا لحاجات وتطلعات المجتمع الذي يحكمه ، وبالتالي تكون هذه الفكرة هي صمام الأمان لضمان المصالح العليا للمجتمع.

٢- أن وضع تعريف جامع مانع لمفهوم فكرة النظام العام ليس بالأمر اليسير لأنه يؤدي إلى جمود الفكرة وعدم مواكبة التطورات المختلفة ،إضافة لان فكرة النظام العام فكرة متجددة فهي تختلف وتتغير من مكان إلى مكان آخر ومن زمان إلى زمان آخر .

٣- أن تمتع القاضي الوطني بسلطة أعمال اثر فكرة النظام العام لا يعني أن في مقدوره أن يفرض في هذا المجال نظرته الشخصية بل يجب عليه أن يلتزم في تقديره للنظام العام بالأفكار السائدة في مجتمعه والمتماشية مع المصالح العليا الجوهرية.

٤- أن النظام العام المقصود بالبحث والمؤدي إلى تطبيق قانون القاضي الوطني لايتحقق ألا باجتماع جملة من الضوابط حددها الفقه بثلاث ضوابط هي تطبيق القانون الأجنبي بأمر من قاعدة التنازع الوطنية على الواقعة المتنازع فيها ، ومخالفة أحكام القانون الأجنبي لمبادئ النظام العام في القانون الوطني لقاضي النزاع، وضرورة وجود رابطة بين الواقعة المتنازع فيها والقانون الوطني لقاضي النزاع مع تحفظنا على الضابط الثالث الوارد في طيات البحث

٥- أن قيام مخالفة القانون الأجنبي الواجب التطبيق للنظام العام قد يتخذ أثرا سلبيا باستبعاد ذلك القانون ، وقد يظهر بأثر ايجابي يتمثل بتطبيق القانون الوطني لقاضي الموضوع.

٦- أن تطبيق القانون الوطني بأثر النظام العام قد يكون تطبيقاً كلياً للقانون الوطني عن طريق الاستبعاد الكلي للقانون الأجنبي الواجب التطبيق بموجب قاعدة الإسناد الوطنية ، أو قد يطبق تطبيقاً جزئياً للقانون الوطني عن طريق الاستبعاد الجزئي للقانون الأجنبي الواجب التطبيق بموجب قاعدة الإسناد الوطنية

٧- أن فكرة الاستبعاد الجزئي هي الراجحة على فكرة الاستبعاد الكلي ، وذلك لوجاهة الأسباب التي طرحها الفقه والتي ذكرت في ثنايا البحث بالإضافة إلى مسايرتها لمبادئ العدالة وكونها تشعر أطراف العلاقة القانونية بالإنصاف وعدم التسلط من القاضي المعروض أمامه النزاع .

٨- أن الفقه والقضاء اختلف اختلافاً بيناً في ترجيح آثار النظام العام (الأثر السلبي والأثر الايجابي للدفع بالنظام العام) وقد انعكس هذا الاختلاف على القوانين المقارنة بين من ينص على اختصاص القانون الوطني بعد استبعاد تطبيق القانون الأجنبي الواجب التطبيق كالقانون الكويتي والجزائري والتونسي ، وبين من يكتفي

بالأثر السلبي بمنع تطبيق القانون الأجنبي المخالف للنظام العام كالقانون العراقي والمصري والانكليزي وبين من يذهب إلى البحث في القانون المستبعد لإيجاد الحل البديل للنزاع كما هو القانون الألماني .

٩- أن القانون العراقي حدد موقفه بشكل من اختلاف الفقه والقضاء والقوانين المقارنة في ترجيح أحد آثار النظام العام (الأثر السلبي والأثر الايجابي للنظام العام) حيث انه نص بشكل صريح على تغليب الأثر السلبي للنظام العام (استبعاد تطبيق القانون الأجنبي إذا خالف النظام العام في العراق) بالرغم من أن القضاء العراقي يغلب الأثر الايجابي (تطبيق القانون الوطني العراقي في حالة استبعاد تطبيق القانون الأجنبي إذا خالف النظام العام في العراق).

ثانيا : التوصيات/

١- نوصي المشرع العراقي بتشريع القانون الدولي الخاص العراقي لأهميته الخاصة والاستثنائية.

٢- نوصي تعريف النظام العام تعريفاً يراعى فيه معالجة بعض الملاحظات التي مرت بنا في المحاولات الفقهية السابقة بالقول أن النظام العام هو (مجموعة الأسس والمعتقدات السامية للمجتمع والتي يقوم الإجماع فيه بضرورة حمايتها وعدم انتهاكها وتحريم اتفاق الأفراد على خلافها في نطاق القانون الداخلي وتتيح للقاضي الوطني استبعاد القانون الذي أشرت إليه قاعدة الإسناد في قانون دولته إذا خالفها في نطاق القانون الدولي).

٣- نوصي المشرع العراقي بتحديد ضابطة معينة لفكرة النظام العام تتماشى والأفكار السائدة في مجتمعنا العراقي كي تكون بمثابة قاعدة أساسية تنطلق منها سلطة القاضي التقديرية في تحديد مفهوم فكرة النظام العام ، مع العرض أن هذا المقترح لايخالف حقيقة نرجحها أن المشرع العراقي حسناً فعل بعدم إيراده تعريفاً لمصطلح النظام العام فالتوصية بتحديد ضابطة معينة لفكرة النظام العام وليس حبس النظام العام بتعريف تشريعي.

٤- نوصي المشرع العراقي بان يعدل نص المادة (٣٢) من القانون المدني بالشكل الذي يحقق مايلي:-

أ- النص صراحة على ترجيح الأثر الايجابي للنظام العام (تطبيق القانون الوطني العراقي في حالة استبعاد تطبيق القانون الأجنبي بأثر مخالفته للنظام العام في العراق).

ب- النص صراحة على عدم اشتراط وجود رابطة بين القانون العراقي والنزاع المعروض أمام القضاء العراقي لتطبيق القانون العراقي في حالة مخالفة القانون الأجنبي الواجب التطبيق للنظام العام في العراق.

ت- النص صراحة على ان يكون الاستبعاد للقانون الأجنبي الواجب التطبيق استبعاداً جزئياً في حالة مخالفة جزء من أحكامه للنظام العام في العراق.

ونقترح أن يعدل النص أعلاه كمايلي:-

(لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي قررته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو الآداب في العراق . ويطبق في هذه الحالة القانون العراقي بشكل كلي أو جزئي بقدر مخالفة تلك الأحكام للنظام العام أو الآداب في العراق مع عدم اشتراط وجود رابطة بين القانون العراقي والنزاع المعروض أمام القضاء العراقي).

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين

الهوامش

١ د.عكاشة محمد عبد العال ، تنازع القوانين ، دراسة مقارنة ، دار المطبوعات الجامعية ،القاهرة ، ٢٠٠٢ ، ص ٥٥٥.

٢ ينظر د.عبد الرزاق السنهوري،الوسيط في شرح القانون المدني،ج١،نظرية الالتزام بوجه عام،مصادر الالتزام،دار النهضة العربية،القاهرة،١٩٦٤،ص٣٩٩.

٣ ينظر د.ممدوح عبد الكريم حافظ ، القانون الدولي الخاص، ط١،دار الثقافة للنشر والتوزيع ،عمان، ٢٠٠٥، ص ١٩٧ .

٤ بقوله ((يكون العقد باطلاً إذا التزم المتعاقدون دون سبب أو لسبب ممنوع قانوناً ومخالف للنظام العام أو للآداب.)) وينظر نص المادة (١٣٦,١٣٧) من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ المعدل. مع العرض ان نص هذه المادة يتعلق بالنظام العام الداخلي وليس النظام العام الدولي والفقه يميز بينهما تمييزاً واضحاً وللاستزادة ينظر في ذلك د.هشام علي صادق،دروس في القانون الدولي الخاص،الدار الجامعية،بيروت،بدون سنة طبع،ص١٤٧ ومابعدها، د.إبراهيم احمد إبراهيم،القانون الدولي الخاص،تنازع القوانين،القاهرة،١٩٩٧،ص٢٤٧.

٥ د .حسن الهداوي ود .غالب علي الداوودي ، القانون الدولي الخاص ، القسم الثاني تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية ،ط١، بغداد، ١٩٨٨، ص١٨٢، د.عز الدين عبدالله،القانون الدولي الخاص،الكتاب الثالث،في أنشاء الحقوق واستعمالها وحمايتها،دار النهضة العربية،القاهرة،١٩٥٣، ص٥٣٥، د.حامد زكي،القانون الدولي الخاص المصري،القاهرة،١٩٣٦، ص١٩٦، د.جابر جاد عبد الرحمن،تنازع القوانين ،مكتبة النهضة العربية،القاهرة،١٩٥٩، ص٦١٦ ومابعدها.

٦ د.ممدوح عبد الكريم حافظ، مصدر سابق ، ص ١٩٦.

٧ د. احمد عبد الكريم سلامة ، نظرية الأمور المستعجلة وأثرها على الاختصاص القضائي وتنازع القوانين وتنفيذ الأحكام الأجنبية ، دار النهضة العربية، ٢٠٠٨ ، ص ٢٧٧

٨. د.احمد مسلم ، موجز القانون الدولي الخاص المقارن في مصر ولبنان ، دار النهضة العربية للطباعة والنشر،بيروت، ١٩٦٦، ص ٢٠٣.
٩ د. ممدوح عبد الكريم حافظ، مصدر سابق ، ص ١٩٦.
١٠ المصدر السابق،ص١٩٧.
١١ د.احمد عبد الكريم سلامة ، التنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية ، دار النهضة العربية، ط١ ، القاهرة ، ٢٠٠٧ ، ص ٢٢٦.
١٢ د.صلاح الدين جمال الدين ،تنازع القوانين في مشكلات أبرام الزواج ،دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية ،دار الفكر الجامعي ،ط١، ٢٠١٠ ،ص٢٢
١٣ د. محمد خالد الترجمان ،القانون الدولي الخاص ، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وآثار الأحكام الأجنبية ، ط١ ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، القاهرة ، ٢٠٠٨،ص١٤٧
١٤ د. عكاشة محمد عبد العال ، مصدر سابق ،ص٥٣٢.
١٥ د. سعيد يوسف البستاني ،القانون الدولي الخاص، تطوره وتعدد طرق حل النزاعات الخاصة الدولية ،منشورات الحلبي الحقوقية ،ط١ ، ٢٠٠٤،ص٢٢٣ومابعدها.
١٦ د .عكاشة محمد عبد العال. مصدر سابق . ص٥٣٢.
١٧ د.احمد عبد الكريم سلامه ، التنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية ،مصدر سابق ، ص٢٢٧.
١٨ ينظر نص المادة (١/١٣٠) من القانون المدني العراقي وينظر نص المادة (١٣٦) من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ المعدل.
١٩ نص المادة (٢/١٣٠) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل وينظر نص المادة (١٣٧) من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ المعدل.
٢٠ د.عباس العبودي، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مكتبة السنهوري، طبعة بيروت، ٢٠١٥، ص٢٠٨.
٢١ د .حسن الهداوي ود .غالب علي الداوودي ،مصدر سابق، ص١٨٣.
٢٢ د.عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، القانون الدولي الخاص، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٣، ط٣، ص٣٠٩.
٢٣ للاستزادة ينظر في ذلك د .حسن الهداوي ود .غالب علي الداوودي ، مصدر سابق، ص١٨١، موفق ألبياتي،شرح المتون،الموجز المبسط في شرح القانون المدني العراقي،القسم الأول،مصادر الالتزام،مكتبة السنهوري،بغداد،٢٠١٢،ص١٢٠-١٢٣.
٢٤ ينظر نص المادة (١٤) من الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ وكذلك المادة الثانية من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة ١٩٤٨.
٢٥ د.عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، مصدر سابق، ص٣١٠.
٢٦ د .هشام صادق ، تنازع القوانين ، دار المطبوعات الجامعية ، ٢٠٠٧،ص١٩٧.
٢٧ د.عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، مصدر سابق، ص٣١٠.
٢٨ د.احمد عبد الكريم سلامة، مصدر سابق ، ص٢٧٨.
٢٩ ينظر د.ممدوح عبد الكريم ، مصدر سابق ، ص ١٩٦.
٣٠ د.هشام علي صادق ، تنازع القوانين مصدر سابق، ص ١٩٥و ١٩٦.
٣١ ينظر في عرض الجانب الفقهي د.صلاح الدين جمال الدين،مصدر سابق،ص١١٥ومابعدها، د.فؤاد ديب ،القانون الدولي الخاص،المطبعة الجديدة ، دمشق،١٩٨٦،ص١٤٧ومابعدها.
٣٢ د.عكاشة محمد عبد العال ،مصدر سابق،ص٥٧٧.

٣٣ د.عباس العبودي ،مصدر سابق،ص٢١٣.
٣٤ المادة (٢٤) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل.
٣٥ المادة (٢٥) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل المقابلة لنص المادة (١/١٩) من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ المعدل.
٣٦ د.عكاشة محمد عبد العال ،مصدر سابق ،ص٥٧٨.
٣٧ وهذا مصداق لقوله تعالى في الآية الثالثة من سورة النساء ((فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع)) .
٣٨ د.عباس العبودي ،مصدر سابق،ص.٢١٤
٣٩ د.عكاشة محمد عبد العال ،مصدر سابق،ص٥٧٩.
٤٠ كما ورد النص عليه في الفصل (٣٦) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي رقم (٩٧) لسنة ١٩٩٨.
٤١ نصت المادة (٢٨) من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ المعدل على أن (لا يجوز تطبيق قانون أجنبي عينته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو الآداب في مصر) ، ونصت المادة (٦) من القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤،ط(٢٠٠٩) على ان (لا يمكن بموجب اتفاقيات خاصة مخالفة القوانين المتعلقة بالنظام العام والآداب العامة، والى ذات الحكم ذهبت المادة (١٦) من اتفاقية روما بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات العقدية لسنة ١٩٨٠.
٤٢ نصت المادة (٣٢) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل على أن (لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي قررته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو الآداب في العراق).
٤٣ د.عباس العبودي، مصدر سابق، ص٢٠٨.
٤٤ د.عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، مصدر سابق ،ص٣١٠.
٤٥ د عكاشة محمد عبد العال ، مصدر سابق، ص٥٩٦.
٤٦ د سعيد يوسف البستاني ، القانون الدولي الخاص ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ط١ ، ٢٠٠٤ ، ص٢٣٨
٤٧ د.عباس العبودي ،مصدر سابق،ص ٢١٥.
٤٨ د. سعيد يوسف البستاني ، مصدر سابق ، ص٢٣٥.
٤٩ والمطابقة لحكم المادة (٢٨) من القانون المدني المصري رقم (١٣١ لسنة ١٩٤٨) المعدل التي قالت (لا يجوز تطبيق قانون أجنبي عينته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو الآداب في مصر).
٥٠ د. سعيد يوسف البستاني ، مصدر سابق ، ص٢٣٤
٥١ ينظر في عرض هذه الآراء ومناقشتها د. عكاشة محمد عبد العال ، مصدر سابق ص٥٩٧
٥٢ ينظر في جانب الفقه الفرنسي
Niboyet(J.P)-Trite de droit international prive-paris-١٩٤٤-p(١٠٢٢).
ينظر في جانب الفقه المصري د. عكاشة محمد عبد العال ، مصدر سابق ، ص٣٩٧
٥٣ د.عوض الله شيبه الحمد السيد ، الوجيز في القانون الدولي الخاص ، دار النهضة العربية ، ط٢ ، ١٩٩٧ م ، ص٣٩٧
٥٤ د.عكاشة محمد عبد العال ، مصدر سابق ، ص ٥٨٩ ومابعدها.
٥٥ للاستزادة ينظر في ذلك المصدر السابق، ص٥٩٩.
٥٦ د. سعيد يوسف البستاني ، مصدر سابق ، ص ٢٣٥.
٥٧ نقلا عن د.عكاشة محمد عبد العال ، مصدر سابق ، ص٦٠٠ هامش (٢).
٥٨ نقلا عن د.عوض الله شيبه الحمد السيد ، مصدر سابق ، ص٣٩٨ .

٥٩ د.عكاشة محمد عبد العال ، مصدر سابق ، ص ٦٠٢.
٦٠ د.عوض الله شيبه الحمد السيد ، مصدر سابق ، ص ٣٩٧.
٦١ د. سعيد يوسف البستاني ، مصدر سابق ، ص٢٣٥.
٦٢ د. حسن الهداوي ، تنازع القوانين ، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ط١ ، ١٩٩٧ ، ص٢٢٧.
٦٣ Legarde-recherchers sur larder publican droit international prive these-paris-١٩٥٩-p(٢٠٥).
٦٤ د. أحمد عبد الكريم سلامة ، مصدر سابق ، ص ٢٣٤
٦٥) Larbours-ageonniere et loussouar-precis de droit international prive-٨ em edition-dalloz-١٩٦٢-p(٣٧١).
٦٦ د.عوض الله شيبه الحمد السيد ، مصدر سابق ، ص ٣٩٨-٣٩٨
٦٧ د. عكاشة محمد عبد العال ، مصدر سابق ، ص ٦١٢-٦١٣
٦٨ د. سعيد يوسف البستاني ، مصدر سابق ، ص٢٣٩
٦٩ المادة (٧٣) من قانون تنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي الكويتي رقم (٥) لسنة ١٩٦١ النافذ ، وللاطلاع على آراء الفقه حول ذلك ينظر د. ماجد الحلواني ، القانون الدولي الخاص وأحكامه في القانون الكويتي ، ١٩٧٣-١٩٧٤ ، مطبوعات جامعة الكويت ، ص٣٣٠. والى ذات الاتجاه ذهب المشرع الجزائري في المادة (٢٤) من القانون المدني لسنة ١٩٧٥ المعدلة بالقانون رقم (٠٥-١٠) في ٢٠ يونيو لسنة ٢٠٠٥ والمشرع التونسي في الفصل (٣٦) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي رقم (٩٧) لسنة ١٩٩٨.

المصادر

أولا/ القرآن الكريم

ثانياً/ المصادر العربية//

أ/الكتب

١- **د.إبراهيم احمد إبراهيم،القانون الدولي الخاص،تنازع القوانين،القاهرة،١٩٩٧.**
٢- **د.احمد عبد الكريم سلامة ، التنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٧ .**
٣- **د.احمد عبد الكريم سلامة ، نظرية الأمور المستعجلة وأثرها على الاختصاص القضائي وتنازع القوانين وتنفيذ الأحكام الأجنبية ، دار النهضة العربية، ٢٠٠٨ .**
٤- **د.احمد مسلم ، موجز القانون الدولي الخاص المقارن في مصر ولبنان ، دار النهضة العربية للطباعة والنشر،بيروت، ١٩٦٦.**
٥- **د.جابر جاد عبد الرحمن،تنازع القوانين ،مكتبة النهضة العربية،القاهرة،١٩٥٩.**
٦- **د.حامد زكي،القانون الدولي الخاص المصري،القاهرة،١٩٣٦.**
٧- **د .حسن الهداوي ود .غالب علي الداوودي ، القانون الدولي الخاص ، القسم الثاني ،تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية ،ط١، بغداد، ١٩٨٨.**

٨- د .حسن محمد الهداوي ، تنازع القوانين ، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ط١ ، ١٩٩٧.
٩- د سعيد يوسف البستاني ، القانون الدولي الخاص ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ط١ ، ٢٠٠٤.
١٠- د.صلاح الدين جمال الدين ،تنازع القوانين في مشكلات أبرام الزواج ،دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية ،دار الفكر الجامعي ،ط١، ٢٠١٠.
١١- د. عباس العبودي، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مكتبة السنهوري، بيروت، ٢٠١٥.
١٢- د.عبد الرزاق السنهوري،الوسيط في شرح القانون المدني،ج١،نظرية الالتزام بوجه عام،مصادر الالتزام،دار النهضة العربية،القاهرة،١٩٦٤.
١٣- د.عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، القانون الدولي الخاص، ط٣، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٣.
١٤- د.عز الدين عبدالله،القانون الدولي الخاص،الكتاب الثالث،في أنشاء الحقوق واستعمالها وحمايتها،دار النهضة العربية،القاهرة،١٩٥٣.
١٥- د. عكاشة محمد عبد العال ، تنازع القوانين ، دراسة مقارنة ، دار المطبوعات الجامعية ،القاهرة ، ٢٠٠٢.
١٦- د.عوض الله شيبه الحمد السيد ، الوجيز في القانون الدولي الخاص ، ط٢ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٧ .
١٧- د.فؤاد ديب ،القانون الدولي الخاص،المطبعة الجديدة ، دمشق،١٩٨٦.
١٨- د ماجد الحلواني ، القانون الدولي الخاص وأحكامه في القانون الكويتي ، ١٩٧٣-١٩٧٤ ، مطبوعات جامعة الكويت .
١٩- د. محمد خالد الترجمان ،القانون الدولي الخاص ، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وآثار الأحكام الأجنبية ، ط١ ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، القاهرة ، ٢٠٠٨.
٢٠- د. ممدوح عبد الكريم ، القانون الدولي الخاص ، تنازع القوانين ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ،عمان، ٢٠٠٥.
٢١- موفق ألبياتي،شرح المتون،الموجز المبسط في شرح القانون المدني العراقي،القسم الأول،مصادر الالتزام،مكتبة السنهوري،بغداد،٢٠١٢.
٢٢- د. هشام علي صادق ، تنازع القوانين ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية، ٢٠٠٧.

٢٣- د.هشام علي صادق،دروس في القانون الدولي الخاص،الدار الجامعية،بيروت،بدون سنة طبع.

ب:- القوانين والاتفاقيات الدولية :-

٢٤- القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤.
٢٥- القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ المعدل.
٢٦- القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل.
٢٧- قانون تنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي الكويتي رقم (٥) لسنة ١٩٦١.
٢٨- اتفاقية روما بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات العقدية لسنة ١٩٨٠.
٢٩- مجلة القانون الدولي الخاص التونسي رقم (٩٧) لسنة ١٩٩٨.
٣٠- القانون المدني الجزائري لسنة ١٩٧٥ المعدل .

ثالثاً// المصادر الأجنبية:-

٣١-Legarde-recherchers sur larder publican droit international prive these-paris-١٩٥٩.

٣٢-Larbours-ageonniere et loussouar-precis de droit international prive-٨ em edition-dalloz-١٩٦٢

٣٣-Niboyet(J.P)-Trite de droit international prive-paris-١٩٤٤.