الاختصاص الاحتياطي لقانون القاضي المترتب على الدفع بالنظام العام
دراسة مقارنة

الباحث الند امير كوكة د. خليل ابراهيم محمد
جامعة كركوك–كلية القانون والعلوم السياسية

Reserve jurisdiction of the law of the judge arising from the motivation of public order
A comparative study

Researcher: AInd Ameer Goga
Assistant Professor Dr. Khaleel Ibrahim Mohammed
Kirkuk University – College of Law and Political Science

المستخلص: يهدف النظام العام الى حماية المبادئ والأسس الجوهرية التي يقوم عليها مجتمع القاضي الذي ينظر النزاع، سواء أكانت تلك المبادئ والأسس اجتماعية ام اقتصادية ام سياسية، ويتلخص دور النظام العام في نطاق القانون الدولي الخاص في منع تطبيق القانون الأجنبي الذي اشارت الى تطبيقه قاعدة الإسناد الوطنية، اذ كانت قواعد القانون المذكور تمس المبادئ والأسس المشار اليها آنفاً.

واذا ما تم استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق، والذي يكون صاحب الاختصاص الأصيل بموجب قاعدة الاسناد الوطنية، سنكون امام فراغ قانوني، وهو عدم وجود قواعد قانونية تتكفل بحل النزاع بعد استبعاد القانون الأجنبي المخالف للنظام العام، هذا الفراغ القانوني يقتضي احلال قواعد قانونية محل قواعد القانون الأجنبي، لإيجاد حل للنزاع المعروض امام القاضي الوطني، لان الاخير لا يستطيع ان يرد الدعوى أو ان يبقيها بدون حكم، والا عد منكراً للعدالة، والراجح ان قانون القاضي يحل محل القانون الاجنبي المستبعد لما له من اختصاص احتياطي في هذا المجال.

الكلمات المفتاحية: المجتمع,القاضي,تنازع القوانين, النظام العام,العدالة.

Abstract: The public order aims to protect the fundamental principles and foundations upon which the community of the judge who considers the dispute is based, whether those principles and foundations are social, economic or political. As the rules of the aforementioned law affect the aforementioned principles and foundations.

If the applicable foreign law, which has the original jurisdiction under the national attribution rule, is excluded, we will be in front of a legal vacuum, which is the absence of legal rules that guarantee the resolution of the conflict after excluding foreign law contrary to public order. This legal vacuum requires the replacement of legal rules in place of the rules of law. The foreigner, to find a solution to the dispute before the national judge, because the latter cannot dismiss the case or leave it without judgment, otherwise he is considered a denial of justice, It is more likely that the judge's law replaces the excluded foreign law because of its precautionary jurisdiction in this field.

Keywords: society, judge, conflict of laws, public order, justice.

المقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيد المرسلين وعلى آله وصحبه اجمعين وبعد ... سنتناول المقدمة في البنود الآتية:

أولاً: التعريف بموضوع البحث:

يهدف النظام العام الى حماية المبادئ والأسس الجوهرية التي يقوم عليها مجتمع القاضي الذي ينظر النزاع، سواء أكانت تلك المبادئ والأسس اجتماعية ام اقتصادية ام سياسية، ويتلخص دور النظام العام في نطاق القانون الدولي الخاص في منع تطبيق القانون الأجنبي الذي اشارت الى تطبيقه قاعدة الإسناد الوطنية، اذ كانت قواعد القانون المذكور تمس المبادئ والأسس المشار اليها آنفاً.

وهذا الدور يختلف عن الدور الذي يقوم به النظام العام على مستوى القانون الداخلي، اذ يقتصر دوره هنا على منع الافراد من الاتفاق على ما يخالف القواعد الآمرة في القوانين الداخلية، لان ذلك يعد مخالفاً للنظام العام، لذلك درج الفقه على التفرقة بين النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي، وذلك لاختلاف الوظيفة التي يضطلع بها النظام العام في مجال القانون الدولي الخاص

عنه في مجال القانون الداخلي، اذ يتكفل النظام العام الداخلي بإبطال اتفاقات الأفراد المخالفة للقواعد الآمرة، فيحمي النظام العام في هذا الصدد القاعدة القانونية الوطنية، أما في مجال القانون الدولي الخاص فإن النظام العام يتكفل باستبعاد تطبيق القانون الأجنبي ذات الاختصاص الأصيل بمقتضى قاعدة الاسناد في القانون الوطني، فيقوم النظام العام هنا بدور الرقيب على القاعدة القانونية الأجنبية.

واذا ما تم استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق، والذي يكون صاحب الاختصاص الأصيل بموجب قاعدة الاسناد الوطنية، سنكون امام فراغ قانوني، وهو عدم وجود قواعد قانونية تتكفل بحل النزاع بعد استبعاد القانون الأجنبي المخالف للنظام العام، هذا الفراغ القانوني يقتضي احلال قواعد قانونية محل قواعد القانون الأجنبي، لإيجاد حل للنزاع المعروض امام القاضي الوطني، لان الأخير لا يستطيع ان يرد الدعوى أو ان يبقيها بدون حكم، والا عد منكراً للعدالة.

ولكن السؤال الوارد في هذا المجال هو اية قواعد يمكن ان تحل محل القواعد قواعد القانون الأجنبي؟ في الحقيقة هناك حلول مقدمة بهذا الشأن فقهاً، وتشريعاً، وقضاءً، ومن بين هذه الحلول، احلال قواعد قانون القاضي محل قواعد القانون الأجنبي لما له من اختصاص احتياطي، سواء أكان هذا الحلول كلياً ام جزئياً، وحسب مقدار مخالفة قواعد القانون الأجنبي للنظام العام، وهذا ما سيكون مدار بحثنا في هذا البحث.

ثانياً: اسباب اختيار الموضوع ومشكلته:

على الرغم من ان الدفع بالنظام العام تجاه قواعد القانون الأجنبي نصت عليه التشريعات المختلفة العربية منها والأجنبية، الا ان هذه التشريعات في الغالب تقضي باستبعاد القانون الأجنبي المخالف للنظام العام، دون بيان القواعد القانونية التي يمكن ان تحل محلها، تاركة الامر لاجتهاد الفقه والقضاء الذي يختلف اجتهاده من حين الى آخر، بسبب عدم وجود نص حاسم في هذا المجال، ومن هذه التشريعات، التشريع العراقي الذي نص على استبعاد القانون الأجنبي المخالف للنظام العام دون بيان القواعد القانونية التي تحل محله، وهذا بحد ذاته يمثل مشكلة تحتاج الى حل، وهو اعادة صياغة النص التشريعي الخاص بالدفع بالنظام العام، والنص صراحة على احلال القانون العراقي محل القانون الأجنبي المستبعد، لما له من اختصاص احتياطي في هذا المجال سواء أكان الحلول كلياً ام جزئياً، وهو ما فعلته بعض التشريعات التي اتخذناها محلاً للمقارنة في هذا البحث.

ثالثاً: منهجية البحث:

سنتبع في هذا البحث المنهج التحليلي للنصوص القانونية التي تتعلق بالدفع بالنظام العام، وكذلك لآراء الفقه، واحكام القضاء في هذا المجال، كما سنتبع المنهج المقارن مع القوانين التي نصت صراحة على احلال قانون القاضي محل القانون الأجنبي المستبعد، تمهيداً لإيجاد نص قانوني ملائم في التشريع العراقي للدفع بالنظام العام.

رابعاً: هيكلية البحث:

ستكون هيكلية البحث وفقاً للخطة التالية:

المبحث الاول: التعريف بالدفع بالنظام العام.

المبحث الثاني: اختصاص قانون القاضي الاحتياطي محل القانون الأجنبي.

المبحث الاول

التعريف بالدفع بالنظام العام

ان وجود مانع من موانع تطبيق القانون الأجنبي، لا يعد خرقاً او خروجاً عن قواعد التنازع الدولي الخاص في العلاقات ذات العنصر الأجنبي، بل على العكس من ذلك تعد هذه الموانع تطبيقاً لتلك القواعد، ذلك ان عدم تطبيق القانون الأجنبي لوجود مانع من ذلك، يقتضي اولاً اعمال قواعد الاسناد، وكذلك فان عدم تطبيق القانون الأجنبي لوجود مانع من ذلك، هدفه الحفاظ على سيادة الدول إذا ما تعارضت تلك الموانع مع قوانينها الوطنية، فعندما يوجد قانون أجنبي يخالف النظام العام للدولة[1]، فوجب وقتها استبعاد ذلك القانون الذي يتعارض مع ما سبق، ومنع تطبيقه، وعندما يقوم القاضي الوطني بتطبيق القانون الأجنبي فلابد ان يكون الأخير متوافقاً في أحكامه مع القانون الوطني، فإذا تبين للقاضي الوطني أن أحكامه تخالف المفاهيم والأسس الجوهرية للمجتمع في دولته، سيقوم باستبعاده ومنع تطبيقه، حفاظاً على هذا النظام، والذي يعد نظام وقائياً[2] وكذلك حمائياً في استبعاد أي قانون أجنبي يخالفه، وهو ما سنقوم بدراسته في هذا المبحث اذ سنتناول التعريف بالدفع بالنظام العام في مطلب اول، وخصائص الدفع بالنظام العام في مطلب ثاني وكالاتي:

([1]) والامر ينطبق على وجود غش وتحايل نحو قانون الدولة، أو مانع يتعلق باعتبارات للمصلحة الوطنية، لانهما يعدان ايضاً من موانع تطبيق القانون الأجنبي.

([2]) ان فكرة النظام العام الوقائي في اطار القانون الدولي الخاص تعلب دوراً مهماً في جلب الاختصاص الأصيل لقانون القاضي وتطبيقه، لكونه لا يقبل التزاحم مع اي قانون أجنبي اخر بصدد المسألة محل النزاع، ويؤدي النظام العام هنا دوره طليقاً من القيود كلها، ومتحرراً من اي ارتباط بقواعد الاسناد الوطنية، ذلك ان المسألة محل النزاع تعد من المسائل التي تم تقدير التصاقها بشكل مسبق بالنظام العام، فاذا ما اثير النزاع بشأنها، لم تكن ثمة حاجة لبذل المشاق للوقوف على كنهها وتحديد القانون الذي يحكمها، وهذا النوع من النظام العام يأخذ مسميات عديدة منها القواعد ذات التطبيق الضروري، ويخرج عن موضوع بحثنا لأنه يجلب الاختصاص الأصيل لقانون القاضي، وليس الاختصاص الاحتياطي، ينظر للمزيد من التفصيل حول هذه القواعد: د. حسام الدين فتحي ناصف، مركز قانون القاضي في حكم المنازعات الخاصة الدولية، دراسة مقارنة، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص452.

المطلب الأول

التعريف بالدفع بالنظام العام

من المعروف أن قاعدة الإسناد عندما تقرر تطبيق القانون الأجنبي في الموضوعات التي تثير تنازعاً بين القوانين، وجب على القاضي الوطني أن يقوم بتطبيق هذه القاعدة، إلا أنه في بعض النزاعات المعروضة أمامه قد يجد أن تطبيق قاعدة الإسناد سيؤدي الى تطبيق قانون أجنبي، وان هذا الأخير يتصادم ويخالف النظام العام في دولة القاضي، فالنظام العام في أكثر الدول يعد مانعاً من موانع تطبيق القانون الأجنبي حال مخالفته له، وقد اختلف الفقه في تعريف النظام العام، فليس هناك تعريف جامع مانع له، لان النظام العام نسبي ليس له مفهوم محدد، كما انه يتغير بتغير الزمان والمكان، فضلاً عن ذلك فليس هناك نص تشريعي محدد يعرف النظام العام، لأنه يعد من أكثر المسائل القانونية تعقيداً، وتكمن صعوبة ذلك في ان هذا المصطلح يقوم على تصور ذهني، فلا يوجد نص صريح يحدد ويضع قاعدة قانونية معينة تتعلق بمصالح المجتمع العليا، حتى يتم خضوع الجميع لها، ولا يجوز لأحد أن يخالفها بوصفها، قاعدة عليا[1]. والنظام العام كمفهوم يختلف عن الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص، ولكي نحيط بفكرة الدفع بالنظام العام لابد من التعرض لها من الناحية الفقهية، والتشريعية، والقضائية، حتى تتضح لنا معالم ذلك المصطلح وذلك في الفروع التالية:

الفرع الاول

التعريف الفقهي للدفع بالنظام العام

ينبغي قبل التعرض الى تعريف الدفع بالنظام العام[2]، التطرق الى تعريف النظام العام نفسه، فقد تعددت اجتهادات الفقه القانوني في وضع تعريف للنظام العام، ولكن لم يستقر الفقه على تعريف

([1]) عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، ط2، منشورات الحلبي الحقوقية، الجزء الأول، بيروت- لبنان، 1998، ص492.

([2]) يعود اصل الدفع بالنظام العام الى عهد نظرية الاحوال الايطالية القديمة عندما لجأ فقهاء مدرسة الحواشي اللاحقين في اوائل القرن الرابع عشر وعلى رأسهم الفقيه (بارتول) الى التمييز بين الاحوال المستحسنة والاحوال المستهجنة، فالأحوال المستحسنة هي القوانين التي تصاحب الشخص اينما ذهب وتطبق عليه ولو غادر الاقليم، اما الاحوال المستهجنة فهي القواعد التي لا تتعدى اثارها حدود اقليم الدولة التي صدرت فيها، ولا يمكن للقاضي الوطني ان يطبقها لمخالفتها المبادئ والقيم التي يقوم عليها مجتمعه، لذلك قرر الفقيه (بارتول) بان الاحوال المستحسنة هي وحدها التي يمكن ان تطبق خارج الاقليم، اما الاحوال المستهجنة فلا يمكن تطبيقها خارج الاقليم الذي صدرت فيه، للمزيد من التفصيل ينظر: د. فؤاد عبد المنعم رياض ود. سامية راشد، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي، واثار الاحكام الاجنبية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998-1999، ص137؛ وبرزت فكرة الدفع بالنظام العام في مفهومها الحديث في القرن التاسع عشر على يد الفقيه الالماني (سافيني) وفكرته عن الاشتراك القانوني، اذ يذهب الى ان القاضي الوطني لا يمكن ان يطبق قانوناً اجنبياً، الا اذا كان يوجد بينه وبين القانون الوطني اشتراك قانوني، وهذا الاشتراك القانوني يتحقق بين الدول المسيحية الوارثة للقانون الروماني، وفي كل حالة لا يتحقق فيها الاشتراك القانوني، يكون هناك تعارض بين قانون القاضي والقانون الأجنبي، يقتضي استبعاد الأخير، وفكرة الاشتراك القانوني في ذاتها تقتضي تقارب المبادئ العامة في القوانين المتنازعة بحكم العلاقات ذات العنصر الأجنبي، ينظر: د. احمد عبد الكريم سلامة، التنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية والدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، من دون سنة نشر، ص226.

واضح ومحدد له، فعرفه جانب من الفقه بانه: "مجموعة القواعد الآمرة التي لا يجوز للأفراد، الاتفاق على ما يخالفها، وإلا كان الاتفاق باطلاً بطلاناً مطلقاً، حيث يحدد المشرع مجموعة من القواعد الآمرة التي يجري إبرامها على الإقليم باعتبار أن النظام العام يلعب دوراً أساسياً في تشكيل النظام القانوني لكل دولة"[1].

اما الدفع بالنظام العام فعرفه جانب من الفقه بأنه: "مجموعة الأسس والمبادئ التي تشكل جوهر النظام القانوني للدولة والتي لا تقبل أن ينطوي تطبيق القانون الأجنبي على مساس بها بأي شكل من الأشكال"[2]. وعرفه جانب آخر من الفقه بانه: "ذلك الدفع الذي يراد به استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق بشأن علاقة قانونية معينة وإحلال القانون الوطني–قانون القاضي– محله، نظراً لاختلاف الحكم الوارد في كل منهما في هذا الصدد لعدم التكافؤ القانوني بين التشريعين في هذا الشأن"[3]. كما عُرف بأنه: "وسيلة قانونية يستبعد بها في النزاع المعروض أمام القاضي الاختصاص العادي المعقود للقانون الأجنبي، متى تعارضت أحكامه مع المبادئ العامة الأساسية التي يقوم عليها نظامه الاجتماعي"، وعرف ايضاً بأنه: "السلاح للدفاع ضد أي قانون أجنبي يكون تطبيقه لازماً في الأصل إذا ما ظهر تعارض فحواه للمفاهيم الوطنية"[4].

كما عرفه جانب من الفقه بانه: "دفع يتم بمقتضاه منع تطبيق القاعدة القانونية في القانون الأجنبي واجب التطبيق بمقتضي قاعدة التنازع الوطنية، إذا كان حكمها يتعارض مع المبادئ والقيم العليا الاجتماعية والاقتصادية والسياسية والدينية التي يقوم عليها مجتمع دولة القاضي"[5].

ونتفق مع جانب من الفقه بان النظام العام هو بأنه: "مجموعة المبادئ والأفكار الأساسية المختلفة من سياسية، واقتصادية، واجتماعية، وخلقية، وفكرية، والتي يقوم عليها مجتمع معين في لحظة معينة من تاريخ وجوده، ولا يمكن السماح بمخالفتها من قبل القانون الأجنبي الواجب تطبيقه، سواء كانت هذه الأفكار والمبادئ مجسدة بنصوص تشريعية، أم أنها لا تلبس تشريعياً محدداً، وسواء أكان لتنظيم تعامل الأفراد، أم أنها تهيمن على تنظيم المجتمع ككل"[6].

([1]) د. أشرف وفا محمد، المبادئ العامة لتنازع القوانين، ط1، من دون دار نشر ومكان نشر، 2004، ص183.

([2]) د. عبد المنعم زمزم، الوسيط في القانون الدولي الخاص، دار الثقافة العربية، القاهرة، 2015، ص158.

([3]) د. جابر جاد عبد الرحمن، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص554.

([4]) د. محمد أحمد علي المحاسنة، تنازع القوانين في العقود الإلكترونية "دراسة مقارنة"، ط1، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، 2013، ص142.

([5]) د. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، الجنسية، الموطن، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص774، ووردت تعاريف كثيرة بهذا المفهوم للدفع بالنظام العام فهو: "وسيلة قانونية يستبعد بها في النزاع المطروح أمام القاضي، الاختصاص العادي الممنوح للقاضي الأجنبي، متى تعارضت أحكامه مع المبادئ الأساسية التي يقوم عليها نظام المجتمع في بلد القاضي"، ينظر: د. أحمد زوكاغي، القانون الدولي الخاص في التشريع المغربي، تنازع القوانين، الدار البيضاء، 1992، ص101.

([6]) د. فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، مطبعة دار الكتاب، دمشق، 1988م، ص139.

الفرع الثاني

التعريف التشريعي للدفع بالنظام العام

لم تتفق التشريعات على تعريف واحد للدفع بالنظام العام، فبعض التشريعات نصت بشكل صريح وواضح على تعريف النظام العام، دون الدفع به، والبعض الآخر اكتفى بالنص على آثاره فقط دون التعرض لتعريفه، ومن التشريعات التي عرفت النظام العام، القانون المدني الألماني والصادر في عام 1900 في المادة (30) منه التي عرفته بأنه: "القواعد التي تتصل بأصل أسس النظام الاجتماعي أو السياسي أو الاقتصادي للبلد بمفهومها في وقت معين، ويكون من طبيعة انتهاكها تهديد النظام العام وتصديعه"[1]. أما التشريعات التي لم تتعرض لتعريفه وإنما فقط نصت على آثاره، القانون العراقي الذي نص فقط على عدم تطبيق القانون الأجنبي في حالة مخالفته للنظام العام، وذلك في المادة (32) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 المعدل، فنصت على أنه : "لا يجوز تطبيق أحكام القانون أجنبي قررته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام والآداب في العراق"[2].

وسار على ذات النهج المشرع المصري في قانونه المدني رقم (131) لسنة 1948 في المادة (28)، ونص على أنه: "لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام والآداب في مصر"، وكذا المشرع التونسي في مجلة القانون الدولي الخاص التونسية رقم (97) لسنة 1998 في الفصل (36) التي نصت على ان "لا يثير القاضي الدفع بالنظام العام إلاّ إذا كانت أحكام القانون الأجنبي المعين تتعارض مع الاختيارات الأساسية للنظام القانوني التونسي، ويثير القاضي الدفع بالنظام العام، مهما كانت جنسية أطراف النزاع، ولا يخضع الدفع بالنظام العام لمدى قوة ارتباط النزاع بالنظام القانوني التونسي، ولا يستبعد من القانون الأجنبي عند العمل بالنظام العام سوى أحكامه المخالفة للنظام العام في مفهوم القانون الدولي الخاص التونسي، ويطبق القاضي أحكام القانون التونسي بدلاً عن أحكام القانون الأجنبي التي استبعد تطبيقها".

فهذه التشريعات وان اشارت الى الدفع بالنظام العام الا انها لم تتولى تعريفه او المقصود به.

([1]) نقلاً عن د. ممدوح عبد الكريم، القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن، ط1، دار الحرية للطباعة، بغداد، 1973، ص197.

([2]) كما خلا القانون المدني العراقي من تعريف للنظام العام الداخلي، الا انه اشار الى مصطلح النظام العام في المادة (1/130) والتي نصت على أنه: "يلزم أن يكون محل الالتزام غير ممنوع قانوناً ولا مخالفاً للنظام العام أو الآداب وإلا كان العقد باطلا"، وقد أتت الفقرة الثانية من المادة نفسها بأمثلة للنظام العام، فنصت على ان: "ويعتبر من النظام العام بوجه عام 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 لتي تصدر لحاجة المستهلكين في الظروف الاستثنائية"، فترك المشرع العراقي المجال في تحديد مفهوم النظام العام للقاضي، وذلك لمرونة فكرته وتغيره من زمن لآخر، ينظر: د. عباس العبودي، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مكتبة السنهوري، بيروت، 2015، ص210.

الفرع الثالث

التعريف القضائي للنظام العام

لم يرد تعريف للنظام العام في القضاء العراقي[1]، الا ان محكمة النقض المصرية عرفت النظام العام بأنه:" القواعد الأصولية ... التي ترتبط ارتباطاً وثيقاً بالنظام القانوني والاجتماعي الذي استقر في ضمير الجماعة، بحيث يتأذى الشعور العام عند عدم الاعتداد بها وتغليب قانون أجنبي عليها بما لا يسع القاضي الوطني معها أن يتخلى عنها ويطبق غيرها في الخصومات التي ترفع إليه"[2]. وفي حكم آخر لها قالت:" وإن خلا التقنين المدني، والقانون رقم (463) لسنة 1955 من تحديد المقصود من النظام العام، الا أن المتفق عليه انه يشمل القواعد التي ترمي إلى تحقيق المصلحة العامة للبلاد، سواء من الناحية السياسية أم الاجتماعية أم الاقتصادية، التي تتعلق بالوضع الطبيعي المادي والمعنوي لمجتمع منظم وتعلو فيه على مصالح الأفراد، وتقوم فكرته على اساس مذهب علماني بحت يطبق مذهباً عاماً تدين به الجماعة باسرها، ولا يجب ربطه البتة بأحد أحكام الشرائع الدينية، وان كان هذا لا ينفي قيامه احياناً على سند مما يمت إلى العقيدة الدينية بسبب متى اصبحت هذه العقيدة وثيقة الصلة بالنظام القانوني والاجتماعي المستقر في ضمير الجماعة، بحيث يتأذى الشعور العام عند عدم الاعتداد به، مما مفاده وجوب أن تنصرف هذه القواعد إلى المواطنين جميعاً من المسلمين وغير المسلمين بصرف النظر عن ديانتهم، فلا يمكن تبعيض فكرة النظام العام وجعل بعض قواعده مقصورة على المسيحيين وينفرد

([1]) الا ان القضاء الاداري العراقي تبنى الاتجاه القائم على التوسيع من فكرة النظام العام، بان جعلها شاملة للجوانب المادية والأدبية او المعنوية على حد سواء، اذ استقرت الاحكام الصادرة في هذا الخصوص على الاقرار بمشروعية الاجراءات الادارية المتخذة لحماية النظام العام الاخلاقي، كونه مبرراً لتدخل سلطة الضبط الاداري المختصة للحفاظ عليه او اعادته الى نصابه، وتطبيقاً لذلك فقد عمدت الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة الى نقض الحكم الصادر من محكمة القضاء الاداري المتضمن الغاء القرار الاداري الصادر بترحيل امرأة بسبب سوء سلوكها لعدم ثبوت ممارستها البغاء بحكم قضائي مكتسب الدرجة القطعية، كون ان "معالجة مثل هذه الحالة والقضاء عليها قبل استفحالها وتحولها الى مرض خطير يؤثر على المجتمع صحياً واجتماعياً يتطلب ان يتخذ رئيس الوحدة الادارية اجراءات اصولية القصد منها ردع من تحوم حولهم هذه الشبهات بتأييد من اجهزة الشرطة والاجهزة الامنية ومجلس الشعب والجهات الاخرى ذات العلاقة، ذلك لان المحافظ هدف الى استتباب الامن والنظام عند اصداره القرار بترحيل المدعية..." قرار الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة رقم 15/تمييز/1996 في 1996/4/7 نقلاً عن علي حسين احمد غيلان، الاتجاهات الحديثة في الرقابة القضائية والسلطة التقديرية للإدارة، دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون، جامعة بغداد، 2000، ص150.

([2]) الطعن رقم (10) لسنة 48 قضائية، جلسة 1979/6/20، مجموعة الاحكام الصادر عن محكمة النقض، المكتب الفني، 1980، السنة30، العدد الثاني، إبريل-يونية 1979، ص725.

المسلمون ببعضه الآخر، اذ لا يتصور أن يكون معيار النظام العام شخصياً أو طائفياً وانما يتم تقديره بالموضوعية متفقاً وما تدين به الجماعة في الأغلب الأعم من أفرادها"[1].

وعرفته محكمة التمييز اللبنانية بأنه: "مجموعة القوانين التي تتعلق بالركائز الأساسية لكيان البلاد الاجتماعي أو السياسي أو الاقتصادي والتي يحدث خرقها خللاً في هذه الركائز"[2]. وعرفته محكمة استئناف لبنان الشمالي في قراراها الصادر في 1974/5/29 بأنه: " مجموعة القواعد القانونية الدولية المرعية الإجراء في التشريع والعرف والعادات الدولية التي يحترمها النظام القانوني اللبناني وليست قواعد النظام العام الداخلي المتعلقة بالتحكيم بين اللبنانيين في الداخل"[3].

وانتهى القضاء الفرنسي في احد قراراته الى ان "النظام العام الوطني يرتبط بالمفهوم الواسع للرأي العام الفرنسي في عصر معين"[4].

المطلب الثاني

خصائص الدفع بالنظام العام

يتميز النظام العام بعدة خصائص، فهو ذو طابع وطني ويتم تطبيقه بصفة استثنائية، كما ان طبيعته نسبية ومتغيرة من مكان الى مكان ومن زمان الى آخر، فضلاً انه ذات طابع قضائي يقوم بمهمة حمايته من قبل القضاء، وسنبين هذه الخصائص في الفروع الاتية:

الفرع الاول

النظام العام ذو طابع وطني استثنائي

يسعى النظام العام في الأساس إلى حماية المجتمع الوطني من أي اعتداء يستهدف حكم القواعد الآمرة في التشريع الوطني، هذا ما يبين أن النظام العام في الأصل هي فكرة داخلية ذات صبغة وطنية تضطلع إلى حماية المجتمع الوطني، تتأثر بالسياسة المنتهجة في كل دولة على حدة،

([1]) قرارها الصادر بتاريخ 1979/1/17، طعن رقم (26/16) سنة 1948ق، قرار منشور في مجلة المحاماة الشرعية، مصر، أشار إليه د. عماد طارق البشير، فكرة النظام العام في النظرية والتطبيق، ط1، المكتب الإسلامي للطباعة والنشر، الإسكندرية، 2005، ص429.

([2]) تمييز مدني لبناني، الغرفة الأولى، 3/تموز/1968، النشرة القضائية، 1979، ص413، أشار إليه د. عبده جميل غصوب، دورس في القانون الدولي الخاص، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2008، ص202.

([3]) نقلاً عن د. سامي بديع منصور ود. عكاشة عبدالعال، القانون الدولي الخاص، الدار الجامعية، بيروت، 1995، ص760.

([4]) نقلاً عن بلمامي عمر، الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 1986، ص125؛ وهذا الحكم صدر في 1944/3/22، اشار اليه بوخروبة حمزة، موانع تطبيق القانون الأجنبي في ضوء المادة (24) من القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة سطيف- كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، 2013-2014، ص19؛ واشارت المحكمة العليا الإسبانية الى النظام العام بقولها: "بما ان تطبيق القانون الأجنبي أو آثار الاحكام الأجنبية قد تصطدم في غالب الأحيان ببعض المبادئ التي يعتبرها القانون الوطني غير قابلة للمساس بها فوق إقليم دولتها، لأن النظم القانونية لمختلف الدول ليست مؤسسة بكاملها على نفس القواعد والمبادئ وإنه من الضروري ضمان الدفاع عن هذه المبادئ التي يتعين عدم المساس بها، والتي تكون ما يسمي بالنظام العام الوطني الذي يضم المبادئ القانونية العامة والخاصة، السياسية، والاقتصادية، والمعنوية، وحتى الدينية التي تعتبر اجبارية بصفة مطلقة بقصد المحافظة على النظام الاجتماعي داخل شعب في فترة معينة". نقلاً عن المرجع نفسه، ص19.

وتظهر الصفة الوطنية للنظام العام من خلال الطبيعة الوطنية للقانون الدولي الخاص من جهة، والدور الحمائي الذي يلعبه من جهة أخرى، فالقانون الدولي الخاص يعالج علاقات فردية ذات طابع دولي تطرح منازعه على محاكم داخلية تطبق الحل الذي وضع النظام القانوني للدولة التي تنتمي إليها، خاصةً وانه في كل دولة نظام قانوني متكامل يضع قواعد للحل في مسائل التنازع[1].

ويقوم المشرع بدور هام في التعبير عن النظام العام وتطوره، وعلى الرغم من ذلك فانه لا يستطيع فرضه بالقوة، ذلك ان النظام العام ليس نتاج النصوص القانونية بصفة مطلقة، انما تعبير عن فكرة اجتماعية في لحظة معينة تكون المصدر المباشر والرئيسي للنظام العام، لذلك كان للأعراف والتقاليد المحلية اهمية كبيرة في تكوين النظام العام، وترتيباً على ذلك لا يكون النظام العام قابلاً للاستمرار في مجتمع معين، الا اذا استمر تقبل افراده له، فهو اذاً يفترض رضا المحكومين[2].

لذلك لا يقتصر مفهوم النظام العام على النصوص القانونية وحدها، لأنه لا يوجد في القانون الوضعي وحده، وانما قد تعبر عنه المبادئ التي يعتنقها المجتمع في لحظة معينة، حتى ولو لم تتضمنها النصوص المكتوبة[3]

فالمشرع الوطني هو من يصنع النظام العام، فهذا الأخير يتصف بالطبيعة الوطنية في القانون الدولي الخاص، فهو ذو صبغة وطنية في الأساس يتم تحديده بواسطة القاضي الوطني انطلاقاً من التصورات والمفاهيم والمبادئ القانونية التي تسود وتحكم المجتمع الذي ينتمي إليه القاضي الوطني[4].

إلا أنه وإن كان الطابع الغالب على النظام العام أنه ذو طابع وطني، الا انه ليس ثمة ما يمنع أن يكون هناك نظام عام مشترك بين الدول، كما في حالات إبرام المعاهدات والاتفاقيات الدولية على وضع قواعد وحلول موحدة لقواعد القانون الدولي الخاص[5].

وفضلاً عن ذلك فان النظام العام ذو طابع استثنائي، اذ ان تدخل النظام العام في منع تطبيق القانون الأجنبي في المنازعات ذات العنصر الأجنبي، هو تدخل استثنائي، لذلك فان اللجوء الى

([1]) د. سامي بديع منصور، القانون الدولي الخاص، ط3، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2009، ص174؛ وينظر: بدبوزة عبد الحق، حماية النظام العام الوطني في مجال العلاقات الخاصة الدولية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، 2019-2020، ص14.

([2]) عامر احمد مختار، تنظيم سلطة الضبط الاداري في العراق، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، 1975، ص55.

([3]) الاستاذ فيصل نسيغة والاستاذ رياض دنش، النظام العام، ص170، منشور على الموقع الاتي:
http://archives.univ-biskra.dz/bitstream/123456789/1587/1/mk5a12.pdf

([4]) سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص للأسانيد التجارية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006م، ص226.

([5]) لمزيد من التفصيل حوال النظام العام الدولي المشترك ينظر: د. هشام علي صادق، تنازع القوانين، دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري، ط3، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1974، ص320.

الدفع بالنظام العام ينبغي ان يكون محدوداً، لان القول بغير ذلك يعني فرض سيادة قانون القاضي على المنازعات كلها، مما يعني الرجوع الى مبدأ الاقليمية[1]، وهو مبدأ منتقد في ظل التطور المعاصر للعلاقات ذات العنصر الأجنبي، لذلك لا ينبغي على القاضي الوطني ان يفرط في استخدام الدفع بالنظام العام، في استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق والا كان معنى ذلك سد السبيل في وجه هذا القانون، الأمر الذي يهدد في النهاية استمرار العلاقات ذات العنصر الأجنبي[2].

ويكون ذلك عندما يستدعي القاضي فكرة النظام العام للاستعانة بها في استبعاد القانون الأجنبي وتطبيق قانون القاضي بصفة استثنائية، والطابع الاستثنائي يستخدمها النظام العام للحد من سلطان الإرادة وتقيده في نطاق التصرفات العقدية[3].

ويترتب على ذلك أن إعماله يضيق بالضرورة في مجال تنازع القوانين عنه بالنسبة للقانون الوطني، ذلك أن مخالفة القانون الأجنبي للقواعد الآمرة في القانون الوطني لا يستلزم في جميع الأحوال استبعاد أحكام القانون الأجنبي استناداً الى النظام العام.

الفرع الثاني

النظام العامة فكرة نسبية ومتغيرة

يستمد النظام العام هذه الخاصية من طبيعة الأسس والدعائم التي يقوم عليها كيان كل دولة، فهي متغيرة ومتطورة، بل ومختلفة من دولة الى اخرى، فما يعد من النظام العام في دولة ما، قد لا يعد كذلك في دولة أخرى، وحتى في الدولة نفسها قد يتغير مفهوم النظام العام من زمن الى آخر، ومن ثم قد يكون الحق عند نشوئه مخالفاً للنظام العام لكن قد لا يصبح كذلك عند المنازعة فيه أمام القضاء، وهذه النسبية التي يتسم بها النظام العام هي التي جعلت الرأي الغالب فقهاً يؤكد على أن الوقت الذي يعتد به القاضي لتقدير مقتضيات النظام العام هو وقت الفصل في النزاع وليس وقت نشوء الحق، بل حتى في الحالة التي يتغير فيها مفهوم النظام العام بين وقت رفع الدعوى ووقت النطق بالحكم يعتد القاضي بالمفهوم الجديد للنظام العام، لأنه هو الوقت الذي تم فيه تطبيق القانون الأجنبي[4].

([1]) يقصد بمبدأ الاقليمية بان القانون الوطني يكون مختصاً بحكم العلاقات ذات العنصر الأجنبي، ولا يسمح لأي قانون أجنبي التدخل لحكمها حفاظاً على سيادة الدولة، للمزيد من التفصيل حول مبدأ الاقليمية ينظر: د. عبد الرسول عبد الرضا جابر، دور الاقليم في تعيين القانون الواجب التطبيق، بحث منشور في مجلة جامعة بابل، العلوم الانسانية، المجلد (14)، العدد (2)، 2007، ص156 وما بعدها.

([2]) د. حسام الدين فتحي ناصف، مرجع سابق، ص466-467.

([3]) Lagarde p, Reherhes, sur l' order public en droit international prive, these, paris, 1959, p.111 .

([4]) أ. بدر شنوف، الدفع بالنظام العام في منازعات الميراث والوصية ذات البعد الدولي، بحث منشور في مجلة الدراسات الفقهية والقضائية، المجلد (1)، العدد (1)، ديسمبر، 2015، ص184.

ان حصر فكرة النظام العام في قالب معين او في اتجاه معين يبقى متعذراً، وذلك نظراً لنسبيتها وتغيرها في الزمان والمكان، كما ذكرنا، فهي فكرة تضيق وتتسع حسبما يعتقد المجموع من الناس في زمان ومكان معين، ولا توجد قاعدة او معيار ثابت يحدد النظام العام تحديداً مطلقاً ينطبق على كل زمان ومكان، كون النظام العام مفهوم نسبي يختلف باختلاف الزمان والمكان، وكل ما يمكن عمله، هو وضع معيار مرن يتحدد على اساسه النظام العام، وهو ما يطلق عليه بمعيار المصلحة العامة، فحيث يتعلق الأمر بالمصلحة العامة يعد من النظام العام، وتطبيق هذا المعيار في حضارة معينة يؤدي الى نتائج غير التي نصل اليها في حضارة اخرى[1].

فمفهوم النظام العام في مجتمع رأسمالي يختلف عن مفهومه في مجتمع اشتراكي، وفي مجتمع يحظى الدين فيه بمكانة مرموقة، لا تتخذ فكرة النظام العام المضمون نفسه في مجتمع لا يولي الدين اهمية كبيرة، كما ان فكرة النظام العام تتطور من زمان الى آخر، ففكرة النظام العام التي سادت في ظل الحرية الفردية المتطرفة، هي غير فكرة النظام العام التي سادت بعد التطور الاقتصادي والصناعي في اواخر القرن التاسع عشر[2].

لذلك فكرة النظام العام فكرة مرنة قابلة للتغيير والاختلاف من زمان إلى زمان، ومن مكان إلى مكان آخر، فالقانون الإيطالي لسنة 1971، والقانون الفرنسي لسنة 1884، والقانون الإسباني لسنة 1979، كلها كانت تمنع الطلاق، وتعد المطالبة به في فرنسا وإيطاليا واسبانيا أمراً مخالفاً للنظام العام، ولكن بعد ذلك اباحته، ولم يعد مخالفاً النظام العام، وما كان موجوداً في السابق من تجارة العبيد أصبح الآن ممنوعاً ومخالفاً للنظام العام بل مجرما قانونياً، فيقدر القاضي مقتضيات النظام العام في الوقت الذي يفصل فيه النزاع المطروح [3].

الفرع الثالث

النظام العام ذو طابع قضائي

يعد القاضي هو الرقيب على تطبيق فكرة النظام العام، فهو يقدر مدى تعارض أحكام القانون الأجنبي مع النظام العام في الدولة، فهو يقوم بتقدير ذلك بناء على أسس موضوعية ويخضع لرقابة المحكمة العليا، فهو مقيد بأن يقوم بتطبيق مذهباً عاماً في الدولة دون الاعتداد بالآراء

(1) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج1، مصادر الالتزام، دار النشر للجامعات المصرية، من دون مكان نشر، 1952، ص399.

(2) مندي اسيا يسمينة، النظام العام والعقود، مذكرة من اجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2008-2009، ص6.

(3) د. عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين "دراسة مقارنة"، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007، ص591.

الشخصية، فلا يتم استبعاد القانون الأجنبي لمجرد أنه مغاير للنظام العام ما لم تكن تلك المغايرة تمس النظام العام مساساً صارخاً بالمبادئ والأُسس الجوهرية في قانون القاضي[1].

ففكرة النظام العام تنتمي الى نطاق التفسير القضائي، ذلك ان القاضي بوصفه عضواً في جماعة معينة يتوافر لديه الادراك بالخصائص السياسية لفكرة القانون، وبعبارة اخرى يعني الضمير الكامن للقانون في بلده، فالأمر يتعلق بفكرة اجتماعية يجب ان يحميها القاضي، فهو يكاد يكون مشرعاً في هذا المجال المرن والمتعلق بآداب ونظم مجتمعه الاساسية ومصلحته العامة، فللقاضي سلطة تقديرية عند نظر المنازعات المعروضة امامه في تحديد مضمون النظام العام، غير ان القاضي لا يضع معايير جامدة تقيده فيما يعرض عليه مستقبلاً، وانما بحسب الظروف المحيطة به[2].

المبحث الثاني

اختصاص قانون القاضي الاحتياطي محل القانون الأجنبي

لكي يقوم القاضي بإثارة الدفع بالنظام العام فلابد من تحقق شروط معينة لهذا الدفع، حتى ينتج آثاره، ومنها استبعاد القانون الأجنبي المخالف للنظام العام والآداب، والتطبيق الاحتياطي لقانون القاضي، ولذلك سنتناول في هذا المطلب شروط الدفع بالنظام العام، وأثاره وذلك في مطلبين سنتناول في المطلب الاول شروط الدفع بالنظام العام، والثاني نبين فيه الاختصاص الاحتياطي لقانون القاضي وكالاتي:

المطلب الاول

شروط الدفع بالنظام العام

حتى يتمكن القاضي من الدفع بالنظام العام، واستبعاد القانون الأجنبي الذي عقد له الاختصاص بموجب قاعدة الاسناد، ومن ثم تطبيق قانونه احتياطياً محل القانون الأجنبي المستبعد، لا بد من توافر شروط عدة نبينها في الفروع الاتية:

الفرع الاول

تطبيق القانون الأجنبي بموجب قاعدة الاسناد في قانون القاضي

اذ بموجب قاعدة الإسناد يقوم المشرع الوطني بتحديد الاختصاص للقانون الأجنبي لكي يُطبق في النزاع المعروض، فلابد وأن يكون هناك قانون أجنبي قد أشارت إليه قاعدة الإسناد الوطنية، حددت اختصاصه في الانطباق على النزاع المعروض أمام القضاء الوطني، فالدفع هنا لا يتصور إعماله إذا كان المشرع الوطني قد نص على أن القانون الواجب التطبيق هو القانون

([1]) د. عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص595.

([2]) عادل السعيد محمد ابو الخير، الضبط الاداري، وحدوده، مطابع الطوبجي، القاهرة، 1993، ص214.

الوطني لا الأجنبي، أو يوجد هناك سبب آخر للاستبعاد، فالقاضي يرجع في بداية الأمر إلى الوسائل التي من خلالها يتم الاستبعاد، قبل اللجوء بالدفع بالنظام العام[1].

وفي هذا المعنى يقول الفقيه (نيبوابيه): "إن الهدف من الدفع بالنظام العام، هو حماية الدولة من اخطار بعض الحالات التي تطبق فيها القوانين الأجنبية، فاذا لم تكن هناك قوانين أجنبية واجبة التطبيق، فالخطر ينعدم تماماً، ولا تدعوا الحاجة الى اللجوء لاستعمال الدفع بالنظام العام[2].

وتأسيساً على ذلك لا يجوز تحريك الدفع بالنظام العام ضد القانون الأجنبي في الحالات التي يمكن فيها استبعاده بموجب نصوص خاصة، ومثال ذلك الحالة المنصوص عليها في المادة (2/33) من القانون المدني العراقي، التي تقضي باستبعاد القوانين الأجنبية وتطبيق القانون العراقي على شخص متعدد الجنسيات إذا كانت من بينها الجنسية العراقية[3]، أو استبعاده بسبب رفض القانون الأجنبي ذاته الاختصاص الذي منحه إياه القانون الوطني، وذلك في حالة إحالة القانون الأجنبي هذا الاختصاص من جديد لقانون القاضي وقبلها هذا الأخير[4].

ولا يتصور التمسك بالدفع بالنظام العام وإثارته إذا ما كان القانون الوطني هو الواجب التطبيق، ولا يوجد تزاحم بين القانون الوطني مع قانون أجنبي، أو إذا كان التنازع داخلياً ضمن القوانين الوطنية في دولة القاضي، لان الهدف من الدفع بالنظام العام هو تطبيق قانون القاضي وليس استبعاده[5]. على أنه يُستثني من ذلك الشرط حالة الدول الفيدرالية، فنظامها القانون يختلف عن الدول البسيطة، اذ تشكل لكل ولاية نظام قانوني مستقل عن الولاية الأخرى في الدولة، فبذلك يكون هناك اختلاف بين أسس النظام القانوني في كل ولاية مما يؤدي لاختلاف فكرة النظام العام [6]، فيبرز بذلك فكرة النظام العام في مفهوم القانون الدولي الخاص[7].

([1]) د. مهند أحمد الصانوري، القانون الدولي الخاص" دراسة مقارنة في تنازع القوانين"، ط1، دار وائل للنشر، عمان، 2011، ص115.

([2]) نقلاً عن أ. بدر شنوف، مرجع سابق، ص186.

([3]) تنص هذه المادة: "على ان الاشخاص الذين تثبت لهم في وقت واحد بالنسبة الى العراق الجنسية العراقية وبالنسبة الى دولة أجنبية او عدة دول أجنبية جنسية تلك الدول فالقانون العراقي هو الذي يجب تطبيقه"؛ وينطبق هذا المفهوم على المادة (5/19) من القانون نفسه التي نصت على ان "في الاحوال المنصوص عليها في هذه المادة اذا كان احد الزوجين عراقياً وقت انعقاد الزواج يسري القانون العراقي وحده".

([4]) بهذا المعنى ينظر: أ. بدر شنوف، مرجع سابق، ص186.

([5]) د. محمد المبروك اللافي، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع الليبي، منشورات الجامعة المفتوحة، من دون مكان نشر، 1994، ص91.

([6]) ففي الولايات المتحدة الأمريكية مثلاً لو أن هناك ولاية يمنع قانونها الزواج بسبب اختلاف اللون، كزواج الجنس الأبيض من السود، واراد الزوجان أن يتزوجا وفقاً لقانون ولاية أخرى لا تعتد بهذا، فإن قاضي الولاية الثانية سيقوم باستبعاد قانون الولاية الأولى كونه مخالفاً للنظام العام لقانون الولاية الثانية ويطبق الأخير.

([7]) د. فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص147.

على أن الدفع بالنظام العام لا يقتصر على ذلك القانون فحسب، بل يمتد للأوامر والقرارات التي تصدرها تلك الدولة الأجنبية، ومن قبيل ذلك رفض محكمة النقض الفرنسية باسم النظام العام إعادة أساطيل تجارية تمكنت من الوصول إلى مرفأ مرسيليا بعد أن قامت الحكومة السوفيتية بتأميمها دون أن تقوم بدفع تعويض عادل لأصحاب تلك السفينة، فطبيعي يكون هناك رفض القرار من فرنسا لأن ذلك يتعارض مع نظامها العام[1].

الفرع الثاني

توافر إحدى مقتضيات النظام العام في دولة القاضي تمنع تطبيق القانون الأجنبي

يشترط ليكون هناك دفع بالنظام العام أن يتعارض تطبيق القانون الأجنبي مع النظام العام والأفكار الأساسية في بلد القاضي، لكي يكون هناك مبرراً لاستبعاد القانون الأجنبي، فحين نص المشرع الوطني على اسناد تطبيق القانون الأجنبي لم يقصد من إباحة ذلك أن يكون التطبيق مطلقاً مهما كانت نتيجة هذا التطبيق، وإنما شرط بذلك أن لا يتعارض مع المصالح القومية للدولة، وهي تتعرض لخطر حال تطبيق القانون الأجنبي، وفي هذه الحالة يتدخل الدفع بالنظام العام لكي يقوم القاضي للحفاظ على هذه المصالح القومية [2].

ومن قبيل ذلك أيضاً ما اتفقت عليه التشريعات من ان توافر صفة الوطنية في النزاع يكون كافياً لاستبعاد القانون الأجنبي وتطبيق قانون القاضي، حفاظاً على المصالح القومية في البلاد كما في مسألة الزواج، فقضت المادة (5/19) من القانون المدني العراقي المعدل على ان: "في الأحوال المنصوص عليها في هذه المادة إذا كان أحد الزوجين عراقياً وقت انعقاد الزواج يسري القانون العراقي وحده"، وكذا المادة (14) من القانون المدني المصري رقم (131)، لسنة 1948، والتي تقضي بأن القانون المصري وحده هو الذي يحكم الزواج نشأة وآثاراً وانقضاءً[3].

وقد نصت التشريعات المقارنة على استبعاد القانون الأجنبي اذا ما تعارضت نصوصه مع النظام العام في قانون القاضي، فنص المشرع العراقي في المادة (32) على انه "لا يجوز تطبيق احكام قانون أجنبي قررته النصوص السابقة اذا كانت هذه الاحكام مخالفة للنظام العام او للآداب في العراق". كما نص المشرع المصري في القانون المدني في المادة (28) على انه "لا يجوز تطبيق احكام قانون أجنبي عينته النصوص السابقة، اذا كانت هذه الاحكام مخالفة للنظام العام أو الآداب في مصر". والقانون التونسي أيضاً نص في الفصل (1/36) بقوله: "لا يثير

([1]) نقلاً عن د. محمد وليد هاشم المصري، محاولة لرسم معالم النظام العام الدولي العربي بمفهوم القانون الدولي الخاص، بحث منشور في مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الرابع، السنة السابعة والعشرين، 2003، ص161.

([2]) د. فؤاد عبد المنعم، د. سامية راشد، مبادئ تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993، ص188.

([3]) د. ابراهيم احمد ابراهيم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص250.

القاضي الدفع بالنظام العام إلا إذا كانت أحكام القانون الأجنبي تتعارض مع الاختيارات الاساسية للقانون التونسي".

ولكن الفقه قد اعترض على الفكرة نظراً لما تؤدي إليه من مشقة في التطبيق، لان القاضي الوطني لا يملك معياراً يقيس به مدى مخالفة القانون الأجنبي لمصالح ومقتضيات النظام العام، سوى المعيار المستمد من نظامه القانون، فينبغي أن يقوم القاضي وفقاً لوجهة نظر هذا البعض في أن يتعدى الأفكار السائدة في المجتمع، ويبحث فكرة مدى تقبل المجتمع الوطني للحل الذي يقوم القانون الأجنبي باقتراحه في إطار النظام القانون الأجنبي. ومن تطبيقات محكمة النقض المصرية بخصوص هذ الشرط وهو حالة تعارض القانون الأجنبي مع الأسس الاجتماعية أو السياسية أو الاقتصادية أو الخلقية لقانون القاضي، فقضت في هذا الشأن بأن: "من المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه لا يجوز استبعاد أحكام القانون الأجنبي الواجبة التطبيق وفقاً للمادة (28) من القانون المدني على ما جري به قضاء محكمة النقض هو نهي القضاء عن تطبيق القانون الأجنبي كلما كانت أحكامه متعارضة مع الأسس الاجتماعية، أو السياسية أو الاقتصادية أو الخلقية في الدولة مما يتعلق بالمصالح الجوهرية للمجتمع"[1].

ويجب ان لا يكون التعارض بين أحكام القانون الأجنبي، والنظام العام في دولة القاضي مجرد تعارض نظري، بل يجب أن يكون له أثر فعلي على أرض الواقع، وأن يؤثر على قيم ومبادئ المجتمع بشكل واضح وملموس[2]، إذ يجب النظر إلى الأثر الفعلي للقانون الأجنبي فإذا كانت نتائج تطبيقه تمس بشكل واضح القيم والمثل العليا يجب استبعاده، أما إذا كان تطبيقه لا يشكل ضرراً ملموساً فلا عبرة بهذا الاختلاف ولا يتوجب استبعاده[3].

وهنا يُثار سؤال وهو متى يعتد بوجود خلاف وتصادم بين القانون الأجنبي ومقتضيات النظام العام؟

ويجاب على ذلك أن وقت نشوء النزاع هو الوقت الذي يحدد فيه وجود مخالفة أو تصادم بين القانون الأجنبي والنظام العام، نظراً لأن فكرة النظام فكرة مجتمعية متغيرة لا تثبت على حال بعينه، فالعبرة إذن بوقت صدور الحكم في الدعوى وهو ما يتفق مع الإسلام في فكرة آنية أو حالية النظام العام في الإسلام[4].

([1]) الحكم صادر في 7 نوفمبر 1967، مجموعة محكمة النقض، الدائرة المدنية، السنة 18، ص1614.

([2]) فتحية قريقر، النظام العام والتحكيم التجاري الدولي، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق جامعة الجزائر 2016-2017، ص59.

([3]) د. محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دارسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي، الطبعة الأولى، دار الثقافة للتوزيع والنشر، عمان-الأردن، 2009، ص911 وما بعدها.

([4]) د. عنايت عبد الحميد ثابت، اساليب فض تنازع القوانين ذي الطابع الدولي في الاسلام، المجلة المصرية للقانون الدولي، مجلد 53، 1997، ص204؛ وقد طبق القضاء الفرنسي هذا الرأي في قضية تبني عام 1936، وتتلخص وقائع

الفرع الثالث

وجود صلة بين النزاع وبين دولة القاضي

ذهب جانب من الفقه مدعوماً بالقضاء إلى ضرورة توافر شرط وجود صلة أو رابطة كافية بين المنازعة المطروحة ودولة القاضي، فمن غير المقبول أن يتمسك القاضي بفكرة النظام العام لاستبعاد القانون الأجنبي المختص في حال انعدام تلك الرابطة أو الصلة، فكيف له أن يتذرع بهذه الفكرة في دولته لكي يعطل عمل قاعدة الإسناد بشأن مسألة لا تعنيه، ولا يمكن لها ان تحيل النزاع إلى قانونه الوطني حتى لو تم استبعاد القانون الأجنبي، فانعدام المصلحة يؤثر على هذا الدفع، فضلاً عن أن هذا الحكم لا يكتسب أي صفة ولا يكون له فعالية في أرض الواقع لا داخلياً ولا خارجياً مما يجعل من الصعب تنفيذه[1].

وقد عجز أنصار هذا الاتجاه عن إثبات مقصدهم من توافر تلك الرابطة أو الصلة بين النزاع المطروح ودولة القاضي، أهي الجنسية أم الموطن أم موقع المال؟ وإزاء تلك الحيرة التي وقعوا بها ذهب بعضهم إلى القول إنه في حال انعدام أي رابطة من تلك الروابط فإن مجرد طرح النزاع على الجهات القضائية في هذه الدولة يكفي لقيام تلك الرابطة[2].

وقد استند الفقه الألماني في القول بهذا الشرط على الأساس المنطقي والذي من أجله قد تم اختيار تطبيق القانون الأجنبي في العلاقات الدولية، لأنه في حالة تم اختيار تطبيق القانون الأجنبي على النزاع لوجود صلة كافية تربط بين النزاع وبين النظام القانوني الأجنبي فمن باب أولى تطبيق ذلك في حالة الدفع أو استبعاد القانون الأجنبي، فلا يتم ذلك إلا إذا كانت هناك صلة كافية بين النزاع وبين النظام القانوني لدولة القاضي[3].

هذه القضية في أن فرنسيين تبنيا طفلاً وهما خارج فرنسا قبل عام 1923، وكان القانون الفرنسي يشترط في ذلك الوقت لصحة التبني أن يكون الزوجان قد بلغا من السن ما يجعلهما يائسين من الإنجاب، ولما صدر في عام 1923 قانون يجيز التبني حتى لمن لم يبلغ سن اليأس من الإنجاب، طعنا أمام محكمة باريس في صحته على أساس مخالفته للنظام العام في وقت التبني لان الزوجين كانا شابين، الا أن المحكمة رفضت الطعن على أساس أن مثل هذا التبني لم يعد مخالفاً للنظام العام وقت رفع الدعوى نقلاً عن علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ط5، دار المطبوعات الجامعية، بن عنكون، الجزائر، من دون سنة نشر، ص153.

([1]) نقلاً عن محمد صالح ملفي القضاة، اثر النظام العام في استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق، دراسة مقارنة في القانون الاردني، بحث منشور في مجلة جامعة الزيتونة الاردنية للدراسات القانونية، المجلد (2)، الاصدار (3)، 2021، ص94.

([2]) محمد صالح ملفي القضاة، المرجع نفسه، ص94.

(2) Mills, Alex, The Dimensions of Public Policy in Private International Law, 4 Journal of Private International Law 201, 2008, p.15 .

المطلب الثاني

الاختصاص الاحتياطي لقانون القاضي

اذا تبين للقاضي الوطني ان القانون الأجنبي الواجب التطبيق يصطدم مع مقتضيات النظام العام في دولته، فان هذا القانون سوف يستبعد اذا ما تحققت شروط استبعاده، وفي أية مرحلة كانت عليها الدعوى، وذلك حماية للنظام العام في دولة القاضي، وهذا الاستبعاد يسمى بالأثر السلبي للدفع بالنظام العام، الا ان الاكتفاء بهذا الأثر السلبي سوف يولد فراغاً تشريعياً مما يقتضي البحث عن قانون آخر يحل محل القانون الأجنبي المستبعد، وهذا هو الاثر الايجابي للدفع بالنظام العام، واثر الدفع بالنظام العام سوف يخفف عندما يتعلق بحق مكتسب في الخارج، لذلك سنبين في هذا المطلب استبعاد القانون الأجنبي وهو ما يمثل الاثر السلبي للدفع بالنظام العام ومن ثم احلال قانون القاضي محله وهو ما يمثل الاثر الايجابي للدفع بالنظام العام، ونبين كذلك الأثر المخفف للنظام العام وذلك في الفروع التالية:

الفرع الاول

استبعاد القانون الأجنبي صاحب الاختصاص الأصيل (الأثر السلبي للدفع بالنظام العام)[1]

ان استبعاد القانون الأجنبي يعكس الوظيفة الوقائية للدفع بالنظام العام، اذ يقوم بحماية ووقاية النظام الوطني من أن يتدخل القانون الأجنبي فيه فيضعفه[2]، والسؤال الوارد هنا: ما مدى استبعاد القانون الأجنبي؟، هل يتم استبعاده برمته، أم نقتصر فقط على استبعاد الجزء المتعارض مع النظام العام؟. لقد اختلف الفقه في هذه المسألة الى فريقين:

الفريق الأول: يذهب إلى استبعاد القانون الأجنبي برمته إذا تعارض أي حكم من أحكامه مع النظام العام الوطني للدولة، فيمنع استبعاد جزء فقط وتطبيق باقي القانون، فاستبعاد الجزء المخالف فقط يؤدي إلى مسخ القانون الأجنبي وتقطيع أوصاله، وأن تطبيقه بشكل جزئي من الممكن أن يخالف ما أراده المشرع الذي وضعه، وأيضاً استبعاد الجزء المخالف فقط دون باقي القانون ينطوي على مخالفة قاعدة الأسناد والتي تهدف إلى تطبيق أحكام القانون الأجنبي كله دون بعضه، وهو ما ذهب اليه جانب من الفقه الفرنسي[3].

أما الفريق الثاني فهو الغالب من الفقه، وذهب إلى أن الأصل أن يطبق القانون الأجنبي مثل ما أشارت إليه قاعدة الإسناد، ولا شك أن الدفع بالنظام العام لاستبعاد القانون الأجنبي هو الاستثناء

([1]) لمزيد من التفصيل حول الاثر السلبي للنظام العام ينظر: د. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، الجنسية، الموطن، مرجع سابق، ص276.

([2]) د. عبده جميل غصوب، مرجع سابق، ص214-215.

([3]) د. أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع أصولاً ومنهجاً، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص605.

وفرضته الضرورة، فإذن الضرورة تقدر بقدرها، ويتم استبعاد الجزء المخالف للنظام العام الوطني من القانون الأجنبي ويطبق باقي القانون دون استبعاد، ولا شك أن هذا الاتجاه يتفق مع مفهوم الدفع بالنظام العام والغرض من أعماله، فالدفع بالنظام العام ليس المقصود منه منع أحكام القانون الأجنبي، وإنما الغرض منه هو منع المخالفة، والنتيجة التي يترتب عليها، فإن أمكن تلافي تلك النتيجة المخالفة باستبعادها فقط دون باقي أجزاء أحكام القانون الأجنبي فليس ثمة داع باستبعاده كليةً، ولا مساس بقاعدة الإسناد حال تطبيق هذا الرأي كما يزعم الفريق الأول، فالهدف هو الاحتفاظ بالقانون الأجنبي وقاعدة الإسناد معاً[1].

وقد استقر القضاء الفرنسي[2] على ذلك الرأي منذ زمن، فقد استقرت محكمة النقض الفرنسية على أن استبعاد القانون الأجنبي باسم النظام العام يتحدد بالضرورة القصوى، فالنظام العام يهدف إلى استبعاد الحكم المخالف في ذلك القانون دون أن يعني الاستغناء عنه كلية [3]. وهو ما دفع بعض الفقه الفرنسي بتشبيه الدفع بالنظام العام بمحرك السيارة عندما يتعطل فيقوم بإزالة الجزء التالف في المحرك لا أن يتم استبدال المحرك كاملاً، فكذا مع الدفع بالنظام العام فيتم إزالة الجزء المخالف مع القانون الأجنبي والإبقاء على باقي القانون[4].

وعند النظر الى نص المادة (32) من القانون المدني العراقي والتي نصت على أنه: "لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي قررته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو للآداب في العراق"، وكذلك نص المادة (28) مدني مصري والتي نصت على ان: "لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي ..... إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو الآداب العامة في مصر"[5]، نجد انهما لم يشيرا صراحة الى الجزء المستبعد من القانون الأجنبي، الا ان جانب

([1]) د. أشرف وفا محمد، استبعاد تطبيق قاعدة التنازع، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص191.

([2]) هذا الحل أخذت به محكمة النقض الفرنسية في بعض أحكامها، وعلى سبيل المثال الحكم الصادر في قضية fayeulle في 8 نوفمبر1943 فقد استبعدت طرق إثبات النسب الطبيعي المقررة في القانون الألماني المختص كون هذا الجزء مخالف للنظام العام، أما فيما يتعلق بآثار النسب فلم تستبعد نظراً لعدم مخالفتها للنظام العام الفرنسي. وذكرت المحكمة إن تنظيم الميراث وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية غير مخالفة للنظام العام، ومنه يتم تحديد الأنصبة للورثة وفقاً لأحكامها، باستثناء الأحكام التي تنص على حرمان الشخص الذي لا يدين بالإسلام من الميراث تعد مخالفة للنظام العام طبقاً للحكم الصادر عنها بتاريخ 17 نوفمبر 1964، نقلاً عن درار كريمة و بلباسي عمر، النظام العام في القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر، المركز الجامعي بلحاج بوشعيب، معهد العلوم الاقتصادية، التجارية وعلوم التيسير، قسم حقوق، الجزائر، 2018-2019، ص32.

([3]) Batiffol et Lagarde, Traite de droit international privé, op. cit. N 368, p.592

([4]) Loussouarn et Bourel; Précis de droit international privé, n 257, p.313.

([5]) وهو ما نص عليه القانون الدولي الخاص السويسري لعام 1987 في المادة (17) اذ نصت على استبعاد القانون الأجنبي اذا كان مخالفاً للنظام العام السويسري:

The application of provisions of foreign law shall be precluded if it would produce a result which is incompatible with Swiss public policy (ordre public). .

من الفقه ذهب الى القول بان عبارة "الأحكام" في كلتا المادتين قد أتت معرفة ولم تأتي بالتنكير، والذي يفيد العموم فلو كان مقصد المشرع باستبعاد القانون الأجنبي بمجمله في حالة المخالفة لتم ذكر كلمة الأحكام التي في اخر المادة نكرة، ولنص على استبعاد القانون المخالف برمته[1].

وعلى ذلك يكون استبعاد القانون الأجنبي في الحدود اللازمة فقط للمحافظة على مقتضيات النظام العام، وليس هناك ما يدعوا الى أن يكون الاستبعاد عاماً شاملاً، فلو عرض على القاضي ما يفيد مثلاً أن أحكام القانون الأجنبي تساوي بين الأبن والأبنة في الميراث "وذلك غير جائز في العراق ومصر على أساس أن هذا مخالف لقواعد الميراث في الشريعة الإسلامية والتي تطبق هذه القواعد في كلتا الدولتين"، يتم استبعاد تلك الجزئية مع الإبقاء على باقي أحكام القانون الأجنبي لقواعد الميراث.

ويسير على هذا القضاء في مصر وفرنسا ومن قبيل تلك الأحكام، ما جاء في أحد أحكام محكمة استئناف الاسكندرية بان "ليس صحيحاً أن مطلق وجود حكم في القانون الأجنبي يخالف النظام العام في مصر، يرتب ابطال العمل بالقانون المذكور برمته وإحلال القانون المصري محله فأن هذا المذهب ليس له في القانون المصري سند بل هو متعارض مع نص المادة (28) من القانون المدني، فالقول بغير ذلك تعطيل لغايات القانون المصري من تعيين القانون الأجنبي واجب التطبيق لمطلق اشتمال القانون الأجنبي على حكم يخالف النظام العام والآداب، وهو الأمر الذي يعطل ما اراده المشرع الحريص على أعمال القانون الأجنبي في الحالات التي يعينها مع استثناء لا يقبل التوسع أو القياس مما قد يتعارض مع النظام العام المصري من أحكام هذا القانون"[2].

وقضت أيضاً قضت محكمة التمييز الفرنسية بأنه: "إذا كان القانون الأجنبي متعارضاً مع النظام العام الفرنسي في مسائل النسب الطبيعي فإن استبعاد حكمه يقتصر على هذه المسألة وحدها دون أن يتعداها إلى آثار النسب"[3].

وتجدر الإشارة هنا أن القانون الدولي الخاص التونسي قد سبق كلا التشريعين في مصر والعراق في تطبيق الأثر السلبي "الاستبعاد الجزئي" للدفع بالنظام العام ونص صراحة على أنه في حالة

كما نص القانون الدولي الخاص البولندي في 4 فبراير 2011 والنافذ في 16 مايو 2011 في المادة (7) على منع تطبيق القانون الأجنبي المخالف للنظام العام البولندي:

Foreign law shall not apply, should the effects of its application be contrary to the fundamental principles of the legal system of the Republic of Poland ..

([1]) د. عبد المنعم زمزم، الوسيط في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010، ص200.

([2]) حكم نقض مدني مصري 1964/9/17، رقم 1378، نقلاً عن د. عكاشة محمد عبدالعال، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص600.

([3]) محكمة النقض الفرنسية، نقض مدني 3 تشرين الثاني 1943، نقلاً عن علي عدنان علي، اثر التغيير في قواعد الاسناد على تحديد القانون واجب التطبيق، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة استكمالاً للحصول على درجة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الاوسط، 2020، ص61.

وجود جزء مخالف من أحكام القانون الأجنبي للنظام العام في تونس يتم استبعاد هذا الجزء فقط، دون باقي أحكام هذا القانون، فنص الفصل (36) من القانون الدولي الخاص التونسي على انه[1]: "... ولا يستبعد من القانون الأجنبي عند العمل بالنظام العام سوى أحكامه المخالفة للنظام العام في مفهوم القانون الدولي الخاص التونسي ....."[2].

الفرع الثاني

حلول قانون القاضي محل القانون الاجنبي (الأثر الإيجابي للدفع بالنظام العام)

وفحوى هذا الأثر أن القاضي لا يقف فقط عند تطبيق الأثر السلبي وهو استبعاد القانون الأجنبي بل يجب عليه أن يبحث عن بديل لحل النزاع، فهذا من اختصاص القضاء وإلا كان منكراً للعدالة، ويكون هناك فراغ قانوني مما يوجب على القاضي البحث عن قاعدة قانونية لتحكم النزاع[3].

ويكون تدخل القاضي صريحاً إذا ما ترتب على تطبيق قانون القاضي علاقة قانونية لا يسمح القانون الأجنبي المستبعد بها، كما في حالة ارتباط الجزء المخالف لنظام العام ارتباطاً وثيقاً ببقية الأجزاء الأخرى ولا يمكنه فصله عنها، فهنا يستبعد القاضي الأحكام الموضوعية جميعها للقانون الأجنبي المختص، لتفادي نتائج عكسية في حالة استبعاد الجزء المخالف فقط "مسخ القانون المختص"، فمثلاً لو كان قانون الأجنبي المستبعد يحرم الزواج بسبب اختلاف اللون، بينما قانون القاضي الوطني يبيح ذلك، فيقوم القاضي باستبعاد القانون الأجنبي الذي يحرم ويطبق قانونه الوطني الذي يبيح ذلك وإنشاء علاقة قانونية جديدة [4].

ويكون تدخل القاضي ضمنياً، عندما يظهر الأثر السلبي بصورة منفردة، اذ يتم منع نفاذ أحكام القانون الأجنبي المخالفة للنظام العام دون إحلال قواعد وطنية تحل مكان القواعد المستبعدة، وأحسن مثال على ذلك، لو أن قواعد القانون الأجنبي تجيز الاعتراف بولد الزنا ويمنع تطبيقها في بلد القاضي لمخالفتها لنظام العام ولا يتبعها بتطبيق قواعد وطنية لخلو القانون الوطني من مثل هدا النظام والذي يجهله وامتنع مشرعه عن تنظيمه[5]، وكما في الزواج بين مسلمة وغير مسلم، وهنا يذهب البعض من الفقه الى ان القاضي يقوم باستبعاد هذا القانون الا انه يطبق قانونه

([1]) مجلة القانون الدولي الخاص التونسية رقم (97) لسنة 1998.

([2]) مبروك بنموسي، شرح المجلة التونسية للقانون الدولي الخاص، دار الميزان للنشر، تونس، 2003، ص341.

([3]) د. جمال محمد الكردي، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص168.

([4]) بهذا المعنى ينظر: درار كريمة و بلباسي عمر، مرجع سابق، ص33.

([5]) درار كريمة و بلباسي عمر، المرجع نفسه، ص33.

ضمنياً والذي لا يبيح تلك العلاقة، بمعنى ان قانون القاضي الذي لا يبيح مثل هذه العلاقات تم تطبيقه وابطلها[1].

وقد واجه الفقه الألماني هذا التدخل واعترض على إحلال قانون القاضي الوطني محل أحكام القانون الأجنبي، واقترح أن يقوم القاضي الوطني في البحث عن قاعدة أخرى بديلة تحل محل القاعدة المستبعدة من القانون الأجنبي نفسه، وبنوا وجهة نظرهم على ذلك أن قاعدة الاسناد عندما تقضي بتطبيق القانون الأجنبي، واستبعاد الجزء المخالف، فان هذا لا يجيز إحلال قانون القاضي الوطني مكان القانون المستبعد، ذلك أن الدفع بالنظام العام ما هو إلا استثناء على قاعدة الإسناد فيجب تفسيره في أضيق الحدود، ومن ثم فهو يقوم بدفع الجزء المخالف فقط دون تطبيق قانون القاضي[2].

وقد أيدت المحاكم الألمانية هذا الاتجاه الفقهي، ففي حكم أصدرته محكمة الرايخ الألماني في 19 ديسمبر سنة 1922، وذلك في قضية تتعلق بدين خاضع للقانون السويسري وكان القانون السويسري يقضي بعدم تقادم الدين، ولما كان القضاء الألماني لا يقر مبدأ تقادم الدين ويعده مخالفاً للنظام العام الألماني، فقد اضطرت المحكمة إلى استبعاد قاعدة القانون السويسري التي تقضي بعدم التقادم وأخذت بأطول مدة يأخذ بها القانون السويسري في التقادم[3].

الا ان هذه المحاولة والمحاولات الاخرى[4] لم يكتب لها النجاح، فالرأي الراجح يقضي بتطبيق قانون القاضي محل القانون المستبعد لمخالفته للنظام العام. وهو ما نصت عليه بعض التشريعات.

اذ نص الفصل (36) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية على تطبيق قانون القاضي محل القانون الأجنبي المستبعد اذ جاء في هذا الفصل "لا يثير القاضي الدفع بالنظام العام الا اذا كانت احكام القانون الأجنبي المعين تتعارض مع الاختيارات الاساسية للنظام القانوني التونسي، ويثير القاضي الدفع بالنظام العام، مهما كانت جنسية اطراف النزاع، ولا يخضع الدفع بالنظام العام لمدى قوة ارتباط النزاع بالنظام القانوني التونسي، ولا يستبعد من القانون الأجنبي عند العمل

([1]) رأي الفقيه الفرنسي Batiffol اشار اليه د. حسن محمد الهداوي ود. غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي وتنفيذ الاحكام الاجنبية، الجزء الثاني، الطبعة الثالثة، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، 2009، ص190.

([2]) نقلاً عن د. جمال محمد الكردي، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص169.

([3]) نقلاً عن د. فؤاد عبد المنعم، د. سامية راشد، مرجع سابق، ص157.

([4]) فمثلاً ذهب البعض الى تطبيق القانون الأكثر مراعاة للطرف الضعيف، او تطبيق القانون الأكثر اقتراباً الى العلاقة بعد القانون المستبعد، ينظر في تبرير هذه الآراء وانتقادها، ينظر: د. حسام الدين فتحي ناصف، مرجع سابق، ص506 وما بعدها.

بالنظام العام سوى احكامه المخالفة للنظام العام في مفهوم القانون الدولي الخاص التونسي، ويطبق القاضي احكام القانون التونسي بدلاً عن احكام القانون الأجنبي التي استبعد تطبيقها".

كما نصت المادة (73) من القانون الكويتي رقم (5) لعام 1961 الخاص بتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي على انه "لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته النصوص الواردة في هذا الباب، أذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو الآداب في الكويت ويتعين في هذه الحالة تطبيق القانون الكويتي".

ونص القانون المدني الجزائري رقم (75-58) لسنة 1975 في المادة (24) المعدلة[1] على ان "لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة اذا كان مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر، أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون، يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام أو الآداب العامة".

كما ان القانون الدولي الخاص وقانون الاجراءت التركي رقم (5718) الصادر في 27 نوفمبر 2007 والنافذ في 12 ديسمبر 2007 نص في المادة (5) منه على تطبيق القانون التركي في حالة استبعاد القانون الأجنبي باسم النظام العام[2].

وبعد ما سبق فقد يبدو أن إحلال قانون القاضي الوطني محل القانون الأجنبي هو أسلم الحلول، وهو المأخوذ بيه في العديد من الأنظمة القانونية المذكورة انفاً، ويمكن تطبيقه على القانون العراقي لان ليس ثمة ما يمنع ذلك، استناداً الى احكام المادة (30) من القانون المدني العراقي التي تنص على تطبيق المبادئ الشائعة في القانون الدولي الخاص في حالة عدم وجود نص يحكم المسألة، ومع ذلك نقترح على المشرع العراقي ان يورد نصاً يعالج هذه المسألة ونعتقد ان النص في القانون التونسي جدير بالأخذ به لذلك نقترح ايراد النص التالي بخصوص التطبيق الاحتياطي لقانون القاضي عند استبعاد القانون الأجنبي المخالف للنظام العام:

"لا يثير القاضي الدفع بالنظام العام الا اذا كانت احكام القانون الأجنبي واجب التطبيق تتعارض مع النظام العام والآداب في القانون العراقي، ولا يستبعد من القانون الأجنبي عند العمل بالنظام العام سوى احكامه المخالفة للنظام العام في مفهوم القانون الدولي الخاص العراقي، ويطبق القاضي احكام القانون العراقي بدلاً عن احكام القانون الأجنبي التي استبعد تطبيقها".

([1]) عدلت بالقانون رقم (05-10) المؤرخ في 20 يونيو 2005.

([2]) اذ تنص المادة (5) من القانون على ان:

"If the provision of the foreign law to be applied in a certain case is openly contrary to the public order of Turkey, the said provision shall not apply. Where it is deemed necessary, Turkish law shall apply".

الفرع الثالث

الاثر المخفف للدفع بالنظام العام

ومن الجدير بالذكر وقبل ختام البحث هناك ما يسمى بالأثر المخفف للنظام العام، اذ في بعض الحالات قد ينشأ مركز قانوني مخالف لقانون القاضي في دولته، وقد يكون هذا المركز قد نشأ في خارج دولته، ولا شك أن الحالة الأولى يكون لها تأثير اكثر حدة من الحالة الثانية، فالعلاقات القانونية على مختلف أنواعها –سواء معاملات شخصية أم التزامات تعاقدية أم غير تعاقدية وغيرها– إما أن تجري على أراضي الدولة الوطنية، وإما أن تجري على أراضي الدول الأجنبية، والمنطقي أن الشعور العام للمجتمع الوطني لن يتأثر في حالة نشأة مركز قانوني مخالف في الخارج، بالدرجة نفسها عن حالة نشأة المركز نفسه على إقليم الدولة، فليس من الجائز مثلا "أن يسمح القاضي الفرنسي للأجنبي بإنشاء علاقة لا يبيحها القانون الفرنسي كالزواج بأكثر من زوجة داخل الإقليم الفرنسي، نظراً لما يؤدي إليه ذلك من مساس واضح بالأسس التي يقوم عليها نظام الأسرة في فرنسا، في حين أنه إذا قام الأجنبي بإبرام الزواج نفسه خارج الإقليم الفرنسي فإن مجرد امتداد آثار العلاقة إلى فرنسا لن يخدش الشعور العام بالدرجة نفسها"[1].

وعلى ما تقد قد يكون إنشاء الحق وفقاً لقانون أجنبي يتعارض مع النظام العام في دولة القاضي، في حين أنه غير معارض في دولة أخرى، ولكن ليس معنى هذا أن إنشاء أي حق في الخارج سيترتب عليه إمكان الاحتجاج بهذا الحق في دولة القاضي، وإنما هذه النتيجة لن تتحقق إلا إذا كان ترتيب الحق لآثاره في بلد القاضي لن يتعارض مع النظام العام، ولكن الأمر ليس دائماً على هذا النحو، فقد ينشأ الحق في دولة ويرفض القضاء في دولة أخرى الاعتراف بآثاره فيها أي أن أثر الدفع بالنظام العام إذا ما تحقق لن يكون هو بطلان العلاقة وإنما هو عدم سريان آثارها في بلد القاضي، وتطبيقاً لذلك قضت المحاكم الفرنسية بأنه لا يجوز الاحتجاج في فرنسا بحق الملكية في منقول تم عن طريق المصادرة دون تعويض المالك ولو أنه اكتسب في الخارج وفقاً لقانون الدولة التي قامت بالمصادرة والذي يجيز نزع الملكية دون تعويض[2].

ومن أهم الاعتبارات التي يستند إليها في تطبيق فكرة الأثر المخفف عند الدفع بالنظام العام، أن هذه الفكرة تتفق مع مبدأ نسبية فكرة النظام العام الوطني، فعند إنشاء مركز قانوني خارج دولة القاضي يكون أقل وطأة فيما لو تم إنشاء هذا المركز في دولة القاضي في حالة مخالفة القانون

([1]) د. فؤاد عبد المنعم، د. سامية راشد، مرجع سابق، ص160.

([2]) نقلاً عن د. عز الدين عبدالله، القانون الدولي الخاص، ج1، ط10، دار النهضة العربية، القاهرة، 1977، ص552؛ د. حسن هداوي ود. غالب علي الداودي، مرجع سابق، ص192،

الأجنبي للنظام العام، ولا شك أنه ليس هناك ما يبرر عدم الاعتراف بالمراكز القانونية في الحالة الأولى[1].

كما ان الاثر المخفف للنظام العام يدعم استقرار العلاقات في مجال الأحوال الشخصية، فعندما يتم الزواج خارج دولة القاضي صحيحاً وفقا لهذا القانون الأجنبي، فلا يوجد مبرر لعدم تطبيق آثار ذلك العقد في دولة القاضي، مما يؤدي للاستقرار الأسري[2].

كما يقوي العلاقات والمعاملات بين الدول مما يكون له تأثير إيجابي على حركة التجارة الدولية، فالتمسك بإعمال الدفع بالنظام العام في مواجهة آثار مركز قانوني قد تم إنشاءه في الخارج يضعف من تلك العلاقات بين الدول[3].

ومن أحكام القضاء الفرنسي التي أخذت بفكرة الأثر المخفف للنظام العام: القرار الصادر من محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1953/4/17 في قضية "Riviere" والتي جاء فيه: "أن ردة الفعل العام في مواجهة نص في القانون الأجنبي مخالف للنظام العام الفرنسي ليس واحداً بحسب ما إذا كان الأمر يتعلق بمنع نشوء حق في فرنسا، أو بتركه يرتب آثاراً لحق اكتسب في الخارج بدون غش وكان موافقاً للقانون الواجب التطبيق بمقتضي القانون الدولي الخاص الفرنسي"[4].

ولم ينص المشرع العراقي على الأخذ بفكرة الأثر المخفف للنظام العام، وكذلك المشرع المصري اذ اشار الى الدفع بالنظام العام في المادة (28) من القانون المدني المصري بقولها: "لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو الآداب العامة بمصر"[5].

الا ان مجلة القانون الدولي الخاص التونسية نصت صراحة في الفصل (37) على ان "يتم الاعتراف في البلاد التونسية بأثر وضعيات نشأت بصفة شرعية بالخارج وفق القانون الذي عينته قاعدة التنازع التونسية، ما لم يكن هذه الآثار ذاتها متعارضة مع النظام العام التونسي"، فأخذ بذلك بفكرة الأثر المخفف للنظام العام[6].

لذلك يمكن القول انه في مجال الأثر المخفف للنظام العام سيبقى الاختصاص للقانون الأجنبي الذي عينته قواعد الاسناد، ولن يحل قانون القاضي محل القانون الأجنبي، الا اذا كان الأثر ذاته

([1]) د. جمال محمد الكردي، مرجع سابق، ص134.

([2]) د. أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع، مرجع سابق، ص616.

([3]) د. صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين "دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون"، ط2، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2007، ص142.

(2) Nicolas Nord, ordre public et lois de police en droit international prive, thèse pour le doctorat, université robert Schuman Strasbourg III, faculté de droit, de sciences politiques et de gestion,2003, P61.

([5]) د. حفيظة الحداد ود. هشام صادق، الموجز في القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2016، ص461.

([6]) مبروك بنموسي، مرجع سابق، ص347.

متعارضاً مع النظام العام في دولة القاضي، فهنا لن يتم الاعتراف بهذا الأثر وسيتم استبعاد القانون الأجنبي واحلال قانون القاضي محله طبقاً لما ذكرناه بخصوص الأثر السلبي والأثر الايجابي.

ونقترح على المشرع العراقي هنا ايراد نص بخصوص الأثر المخفف للنظام العام يكون كالتالي: "يتم الاعتراف في العراق بأثر مراكز قانونية نشأت بصفة قانونية في الخارج وفق القانون الذي عينته قاعدة التنازع، ما لم تكن هذه الآثار ذاتها متعارضة مع النظام العام والآداب في العراق".

الخاتمة

بعد ان انتهينا من هذا البحث فإننا توصلنا الى جملة من النتائج والتوصيات نأمل ان تؤخذ بنظر الاعتبار وهي كالتالي:

اولاً: النتائج:

1. النظام العام هو مجموعة الأسس والمبادئ التي تشكل جوهر النظام القانوني للدولة سواء أكانت اجتماعية ام اقتصادية ام سياسية، اما الدفع بالنظام العام فهو دفع يتم بمقتضاه منع تطبيق القاعدة القانونية في القانون الأجنبي واجب التطبيق بمقتضي قاعدة التنازع الوطنية، إذا كان حكمها يتعارض مع المبادئ والقيم العليا الاجتماعية والاقتصادية والسياسية والدينية التي يقوم عليها مجتمع دولة القاضي.
2. يتميز النظام العام بعدة خصائص، فهو ذو طابع وطني ويتم تطبيقه بصفة استثنائية، كما ان طبيعته نسبية ومتغيرة من مكان الى مكان ومن زمان الى آخر، فضلاً انه ذات طابع قضائي يقوم بمهمة حمايته من قبل القضاء.
3. حتى يتمكن القاضي من الدفع بالنظام العام، واستبعاد القانون الأجنبي الذي عقد له الاختصاص بموجب قاعدة الاسناد، ومن ثم تطبيق قانونه احتياطياً محل القانون الأجنبي المستبعد، لا بد من توافر شروط عدة، وهذه هي شروط الدفع بالنظام العام وفي الوقت نفسه شروط اختصاص قانون القاضي احتياطياً، وهذه الشروط هي: ان يتم تطبيق قاعدة الاسناد في قانون القاضي، وان تشير هذه القاعدة الى تطبيق القانون الأجنبي، وان يتعارض هذا القانون الأجنبي مع النظام العام في دولة القاضي، ووجود صلة بين قانون القاضي والنزاع المطروح امامه.
4. اذا تبين للقاضي الوطني ان القانون الأجنبي الواجب التطبيق يصطدم مع مقتضيات النظام العام في دولته، فان هذا القانون سوف يستبعد اذا ما تحققت شروط استبعاده، وفي اية مرحلة كانت عليها الدعوى، وذلك حماية للنظام العام في دولة القاضي، وهذا

الاستبعاد يسمى بالأثر السلبي للدفع بالنظام العام، واذا ما تم استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق، والذي يكون صاحب الاختصاص الأصيل بموجب قاعدة الاسناد الوطنية، سنكون امام فراغ قانوني، وهو عدم وجود قواعد قانونية تتكفل بحل النزاع بعد استبعاد القانون الأجنبي المخالف للنظام العام، هذا الفراغ القانوني يقتضي احلال قواعد قانونية محل قواعد القانون الأجنبي، لإيجاد حل للنزاع المعروض امام القاضي الوطني، لان الاخير لا يستطيع ان يرد الدعوى أو ان يبقيها بدون حكم، والا عد منكراً للعدالة، وهذا الاستبعاد يتبعه اثر ايجابي هو احلال قانون القاضي محل القانون الأجنبي كلياً او جزئياً حسب حجم المخالفة للنظام العام.

5. ان اثر الدفع بالنظام العام سوف يخفف في حالة اكتساب الحقوق في الخارج، فاذا كان انشاء الحق ابتداءً امام القاضي الوطني يخالف النظام العام، فان ذلك الحق اذا ما نشأ في الخارج سوف يتم الاعتراف بآثاره امام القاضي الوطني، ومن ثم لن يحل اختصاص قانون القاضي محل القانون الأجنبي، الا اذا كانت آثار الحق نفسه مخالفة للنظام العام، فهنا سوف يستبعد الأثر ايضاً، ويتم احلال قانون القاضي محل القانون الأجنبي لما له من اختصاص احتياطي، فلو ابطل القاضي الوطني اثر هذا الحق، فمعنى ذلك انه طبق نصوص قانونه التي لا تعترف بمثل هذه الحقوق.

ثانياً: التوصيات:

نقترح على المشرع العراقي تعديل المادة (32) من القانون المدني العراقي لتصبح بالشكل التالي:

"1. لا يثير القاضي الدفع بالنظام العام الا اذا كانت احكام القانون الأجنبي واجب التطبيق تتعارض مع النظام العام والآداب في القانون العراقي، ولا يستبعد من القانون الأجنبي عند العمل بالنظام العام سوى احكامه المخالفة للنظام العام في مفهوم القانون الدولي الخاص العراقي، ويطبق القاضي احكام القانون العراقي بدلاً عن احكام القانون الأجنبي التي استبعد تطبيقها".

2. يتم الاعتراف في العراق بأثر مراكز قانونية نشأت بصفة قانونية في الخارج وفق القانون الذي عينته قاعدة التنازع، ما لم تكن هذه الآثار ذاتها متعارضة مع النظام العام والآداب في العراق".

المصادر

اولاً: الكتب:

1. د. ابراهيم احمد ابراهيم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.
2. د. أحمد زوكاغي، القانون الدولي الخاص في التشريع المغربي، تنازع القوانين، الدار البيضاء، 1992.
3. د. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، الجنسية، الموطن، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008.
4. د. احمد عبد الكريم سلامة، التنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية والدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، من دون سنة نشر.
5. د. أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع أصولاً ومنهجاً، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996.
6. د. أشرف وفا محمد، استبعاد تطبيق قاعدة التنازع، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.
7. د. أشرف وفا محمد، المبادئ العامة لتنازع القوانين، ط1، من دون دار نشر ومكان نشر، 2004.
8. د. حفيظة الحداد ود. هشام صادق، الموجز في القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2016.

9. د. حسام الدين فتحي ناصف، مركز قانون القاضي في حكم المنازعات الخاصة الدولية، دراسة مقارنة، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994.
10. د. حسن محمد الهداوي ود. غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي وتنفيذ الاحكام الاجنبية، الجزء الثاني، الطبعة الثالثة، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، 2009.
11. د. جابر جاد عبد الرحمن، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997.
12. جمال محمد الكردي، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.
13. د. سامي بديع منصور، القانون الدولي الخاص، ط3، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2009.
14. د. سامي بديع منصور ود. عكاشة عبدالعال، القانون الدولي الخاص، الدار الجامعية، بيروت، 1995.
15. د. سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص للأسانيد التجارية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006م.
16. د. صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، ط2، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2007.
17. عادل السعيد محمد ابو الخير، الضبط الاداري، وحدوده، مطابع الطوبجي، القاهرة، 1993
18. د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج1، مصادر الالتزام، دار النشر للجامعات المصرية، من دون مكان نشر، 1952.
19. عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، ط2، منشورات الحلبي الحقوقية، الجزء الأول، بيروت- لبنان، 1998.
20. د. عباس العبودي، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مكتبة السنهوري، بيروت، 2015.
21. د. عبده جميل غصوب، دورس في القانون الدولي الخاص، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2008.
22. د. عبد المنعم زمزم، الوسيط في القانون الدولي الخاص، دار الثقافة العربية، القاهرة، 2010.
23. د. عبد المنعم زمزم، الوسيط في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 2015.
24. د. عز الدين عبدالله، القانون الدولي الخاص، ج1، ط10، دار النهضة العربية، القاهرة، 1977.
25. د. عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين "دراسة مقارنة"، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007.
26. علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ط5، دار المطبوعات الجامعية، بن عنكون، الجزائر، من دون سنة نشر، ص.153
27. د. عماد طارق البشير، فكرة النظام العام في النظرية والتطبيق، ط1، المكتب الإسلامي للطباعة والنشر، الإسكندرية، 2005.
28. د. فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، مطبعة دار الكتاب، دمشق، 1988م.
29. د. فؤاد عبد المنعم رياض ود. سامية راشد، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي، واثار الاحكام الاجنبية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998-1999.
30. د. فؤاد عبد المنعم رياض، د. سامية راشد، مبادئ تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993.
31. مبروك بنموسي، شرح المجلة التونسية للقانون الدولي الخاص، دار الميزان للنشر، تونس، 2003.
32. د. محمد أحمد علي المحاسنة، تنازع القوانين في العقود الإلكترونية" دراسة مقارنة"، ط1، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، 2013.
33. د. محمد المبروك اللافي، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع الليبي، منشورات الجامعة المفتوحة، من دون مكان نشر، 1994.
34. د. محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دارسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي، الطبعة الأولى، دار الثقافة للتوزيع والنشر، عمان-الأردن، 2009.
35. د. ممدوح عبد الكريم، القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن، ط1، دار الحرية للطباعة، بغداد، 1973.
36. د. مهند أحمد الصانوري، القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة في تنازع القوانين، ط1، دار وائل للنشر، عمان، 2011.
37. د. هشام علي صادق، تنازع القوانين، دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري، ط3، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1974.

ثانياً: البحوث:

1. أ. بدر شنوف، الدفع بالنظام العام في منازعات الميراث والوصية ذات البعد الدولي، بحث منشور في مجلة الدراسات الفقهية والقضائية، المجلد (1)، العدد (1)، ديسمبر، 2015
2. د. عبد الرسول عبد الرضا جابر، دور الاقليم في تعيين القانون الواجب التطبيق، بحث منشور في مجلة جامعة بابل، العلوم الانسانية، المجلد (14)، العدد (2)، 2007.
3. د. عنايت عبد الحميد ثابت، اساليب فض تنازع القوانين ذي الطابع الدولي في الاسلام، المجلة المصرية للقانون الدولي، مجلد 53، 1997.

4. محمد صالح ملفي القضاة، اثر النظام العام في استبعاد القانون الاجنبي الواجب التطبيق، دراسة مقارنة في القانون الاردني، بحث منشور في مجلة جامعة الزيتونة الاردنية للدراسات القانونية، المجلد (2)، الاصدار (3)، 2021.
5. د. محمد وليد هاشم المصري، محاولة لرسم معالم النظام العام الدولي العربي بمفهوم القانون الدولي الخاص، بحث منشور في مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الرابع، السنة السابعة والعشرين، 2003.

ثالثاً: رسائل الماجستير واطاريح الدكتوراه:

رسائل الماجستير:

1. بدبوزة عبد الحق، حماية النظام العام الوطني في مجال العلاقات الخاصة الدولية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، 2019-2020.
2. بوخروبة حمزة، موانع تطبيق القانون الأجنبي في ضوء المادة (24) من القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة سطيف- كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، 2013-2014.
3. بلمامي عمر، الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 1986.
4. درار كريمة و بلباسي عمر، النظام العام في القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر، المركز الجامعي بلحاج بوشعيب، معهد العلوم الاقتصادية، التجارية وعلوم التيسير، قسم حقوق، الجزائر، 2018-2019.
5. عامر احمد مختار، تنظيم سلطة الضبط الاداري في العراق، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، 1975.
6. مندي اسيا يسمينة، النظام العام والعقود، مذكرة من اجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2008-2009.

اطاريح الدكتوراه:

1. علي حسين احمد غيلان، الاتجاهات الحديثة في الرقابة القضائية والسلطة التقديرية للإدارة، دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون، جامعة بغداد، 2000، ص150.
2. علي عدنان علي، اثر التغيير في قواعد الاسناد على تحديد القانون واجب التطبيق، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة استكمالاً للحصول على درجة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الاوسط، 2020.
3. فتحية قريقر، النظام العام والتحكيم التجاري الدولي، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق جامعة الجزائر 2016-2017.

رابعاً: القوانين:

1. القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948.
2. القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 المعدل.
3. القانون الكويتي الخاص بتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي رقم (5) لعام 1961.
4. القانون المدني الجزائري رقم (75-58) لسنة 1975 المعدل.
5. مجلة القانون الدولي الخاص التونسية الصادرة بالقانون رقم (97) لسنة 1998 في 27 نوفمبر 1998.
6. القانون الدولي الخاص السويسري لعام 1987
7. القانون الدولي الخاص وقانون الاجراءت التركي رقم (5718) الصادر في 27 نوفمبر 2007.
8. القانون الدولي الخاص البولندي الصادر في 4 فبراير 2011 والنافذ في 16 مايو 2011.

خامساً: القرارات القضائية:

1. الطعن رقم (10)، لسنة 48 قضائية، جلسة 1979/6/20، مجموعة الاحكام الصادر عن محكمة النقض، المكتب الفني، السنة30، العدد الثاني، إبريل-يونية 1980، 1979.
2. الحكم صادر في 7 نوفمبر 1967، مجموعة محكمة النقض، الدائرة المدنية، السنة 18.

سادساً: مصادر الانترنيت:

1. الاستاذ فيصل نسيغة والاستاذ رياض دنش، النظام العام، ص170، منشور على الموقع الاتي:
http://archives.univ-biskra.dz/bitstream/123456789/1587/1/mk5a12.pdf

سابعاً: المصادر الاجنبية:

1. Batiffol et Lagarde, Traite de droit international privé, op. cit. N 368.
2. Lagarde p, Reherhes, sur l' order public en droit international prive, these, paris,1959.
3. Loussouarn et Bourel; Précis de droit international privé, n 257.
4. Mills, Alex, The Dimensions of Public Policy in Private International Law, 4 Journal of Private International Law 201, 2008.
5. Nicolas Nord, ordre public et lois de police en droit international prive, thèse pour le doctorat, université robert Schuman Strasbourg III, faculté de droit, de sciences politiques et de gestion,2003.