Kufa Journal of Arts
March 2026. No. 67, P 221-237
Faculty of Arts, University of Kufa.

مجلة آداب الكوفة
العدد ٦٧، اذار ٢٠٢٦م، ص ٢٢١-٢٣٧
كلية الآداب، جامعة الكوفة

ISSN (Print): 1994-8999, ISSN (online): 2664-469X. DOI Prefix: 10.36317

الطبيعة القانونية للدفع بالنظام العام في مجال القانون الدولي الخاص

ثامر عبد الحسين غافل
جامعة كربلاء/ كلية القانون
thamer.a@s.uokerbala.edu.iq

أ.م.د. ثامر داود عبود الشافعي
جامعة كربلاء/ كلية القانون.
thameer.dawod@uokerbala.edu.iq

الملخص:
إنَّ الدفع بالنظام العام يلعب دورًا مهمًا وفعّالًا في مجال القانون الدولي الخاص؛ كونه يعد مانعًا من موانع تطبيق القانون الأجنبي المختص بحكم العلاقة القانونية ذات الطابع الدولي والمشتملة على العنصر الأجنبي، فقد أخذ بهذا الدفع أغلب مشرعي قوانين الدول، ونتيجةً لصعوبة تحديد مفهوم هذا الدفع بسبب مرونته وغموضه لم يضعوا تعريفًا لذلك الدفع وإنما جاءوا بنصوص قانونية تحتوي عليه، مما أدى ذلك إلى خضوع موضوع تعريف الدفع بالنظام العام إلى الاجتهادات الفقيه والقضائية، فضلًا عن ذلك إنَّ الفقه في مجال القانون الدولي الخاص اختلفوا حول الطبيعة القانونية للدفع بالنظام العام، فمنهم من يرى إنه قاعدة استثنائية لتطبيق القانون الأجنبي الواجب التطبيق، بينما هنالك من يرى إنه قاعدة أصلية كالقاعدة القانونية التي تقضي بتحديد قانونٍ ما ليكون واجب التطبيق على العلاقة القانونية محل النزاع، إلا إنَّه يمكن القول: بأنَّ النظرية الراجحة لتحديد الطبيعة القانونية للدفع بالنظام العام تتمثل بأنَّها قاعدة استثنائية يتم من خلالها استبعاد القانون الأجنبي المختص ليحل محله قانون دولة القاضي.

الكلمات المفتاحية: الدفع بالنظام العام، القانون الدولي الخاص، الطبيعة القانونية، فقه القانون الدولي الخاص، الفقيه سافيني، الفقيه مانشيني، الفقيه بيلييه، النظرية الراجحة.

The legal nature of obligation public order in the field of private international law

Thamer Abdul Hussein Ghafil
University of Kerbala/College of Law

Dr. Thamer Dawood Abbood
College of Law -University of Kerbala

Abstract:

The obligation to public order has an important and effective role in the field of private international law, because it is considered an impediment to the application of foreign law relevant to the legal relationship of an international nature that includes a foreign element, most legislators of the laws of countries have taken this obligation, and as a result of the difficulty of defining the concept of this defense due to its flexibility and ambiguity, they did not set a definition for that defense, but rather came with legal texts that including it. This led to the subject of defining the obligation to public order being subject to jurisprudential and judicial jurisprudence. In addition, jurisprudence in the field of private international law differed about the legal nature of the obligation to public order. Some of them see it as an exceptional rule for the application of applicable foreign law, while there are those who see it is an original rule such as the legal rule that requires a specific law to be applicable to the legal relationship in dispute. However, it can be said: The most likely theory for determining the legal nature of the obligation to public order is that it is an exceptional rule through which the relevant foreign law is excluded and replaced by the law of the judge's state.

Keywords: The obligation to public order, private international law, the legal nature, jurisprudence of private international law, jurist Savigny, jurist Mancini, jurist Pillet, the preponderant theory.

DOI: https://doi.org/10.36317/kja/2026/v1.i67.16492

Kufa Journal of Arts by University of Kufa is licensed under a Creative Commons Attribution 4. 0 International License.
مجلة آداب الكوفة - جامعة الكوفة مرخصة بموجب ترخيص المشاع الإبداعي ٤,٠ الدولي.

المقدمة

سنتناول المقدمة من خلال الفقرات الآتية:

أولًا- فكرة عن موضوع البحث:

إنَّ قاعدة الإسناد الوطنية توصف بأنَّها قاعدة ذات طبيعة مزدوجة أو ثنائية الجانب، حيث يمكن من خلالها اختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع الحاصل بشأن علاقة قانونية مشوبة بعنصرٍ أجنبي الذي قد يكون القانون الوطني أو القانون الأجنبي، ويتم اختيار القانون المختص عملًا باعتبارات العدالة والملاءمة، إلا إنَّ القانون الأجنبي الذي تم اختياره قد يتعارض مع الأفكار الأساسية التي تمثل المبادئ العليا والأسس الجوهرية السائدة في مجتمع دولة القاضي، فأن القاضي في هذه الحال يمتنع عن تطبيق القانون الأجنبي، ويستخدم لاستبعاد هذا القانون وسيلة فنية تتمثل بـ (الدفع بالنظام العام)، وإنَّ هذا الدفع في إطار القانون الدولي الخاص يعد دفعًا في غاية الأهمية أخذت به أغلب قوانين دول العالم ومنها (القانون العراقي والقوانين محل المقارنة)، إلا إنَّ مشرعي هذه القوانين لم يضعوا تعريفًا جامعًا مانعًا لهذا الدفع؛ كونه فكرة مرنة وغامضة، فلذلك وصف بالنسبية لتغيره بتغير الزمان والمكان، ولهذا السبب فضلوا ترك أمر تعريفه إلى الفقه والقضاء. ويلاحظ بأنَّ فقهاء القانون الدولي الخاص اختلفوا بشأن الطبيعة القانونية للدفع بالنظام العام، ونتيجةً للأهمية القصوى للطبيعة القانونية للدفع بالنظام العام في مجال القانون الدولي الخاص بوصفه أداة لاستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق تم اختياره عنوانًا للبحث قيد الدراسة.

ثانيًا- أهمية البحث:

إنَّ الدفع بالنظام العام يلعب دورًا مهمًا وفعّالًا على صعيد العلاقات القانونية الوطنية إلا إنَّ هذا الدور يزداد أهميةً وفعّالية في نطاق العلاقات الدولية الخاصة؛ بوصفه مانعًا من موانع تطبيق القانون الأجنبي الواجب التطبيق بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية، حيث إنه يستبعد القانون الأجنبي المختص بحكم العلاقة القانونية المشوبة بعنصرٍ أجنبي؛ نتيجةً لتعارضه مع النظام العام الوطني.

ثالثًا: إشكالية البحث:

لما كان الدفع بالنظام العام يلعب دور مهمًا على الصعيدين الداخلي والدولي، لذا ينبغي ضرورة معرفة الطبيعة القانونية التي يتمتع بها هذا الدفع في مجال القانون الدولي الخاص، كما يتطلب الأمر ضرورة البحث في بيان الموقف الفقهي والتشريعي والقضائي من التعريف لذلك الدفع.

رابعًا- منهجية البحث:

إنَّ منهجية البحث ستكون دراسة مقارنة بين قوانين الدول اللاتينية والأنجلوسكسونية؛ لذلك فالضرورة البحثية تُملي إتباع المنهج التحليلي؛ لتحليل الآراء الفقهية والنصوص القانونية

ISSN (Print): 1994-8999, ISSN (online): 2664-469X. DOI Prefix: 10.36317

المتعلقة بموضوع البحث، فضلًا عن ذلك إتباع المنهج المقارن بين القانون العراقي بصفة أصلية وبين القانون المصري والتونسي والفرنسي والأمريكي.

خامسًا- خطة البحث:

قبل التطرق إلى الطبيعة القانونية للدفع بالنظام العام في إطار القانون الدولي الخاص لابد من إيضاح المقصود بهذا الدفع، لذا سنخصص المطلب الأول إلى تعريف الدفع بالنظام العام في إطار القانون الدولي الخاص، بينما سنتطرق في المطلب الثاني إلى الطبيعة القانونية للدفع بالنظام العام في إطار القانون الدولي الخاص.

المطلب الأول

تعريف الدفع بالنظام العام في إطار القانون الدولي الخاص

إنَّ فكرة النظام العام تُعد (صمام الأمان) لحماية الأسس الجوهرية السائدة في المجتمع، (صادق، ٢٠١٤، ص٤٧) وإنَّها تلعب دورًا مهمًا في نطاق العلاقات الدولية الخاصة بوصفها الأداة التي يجوز من خلالها منع تطبيق القانون الأجنبي المختص في تنظيم العلاقة القانونية التي تتضمن عنصرًا أجنبيًا، (الكردي،٢٠٠٥، ص١٨٣) وفكرة النظام العام بمفهومها العام " هي تلك الفكرة التي تتصل بالمبادئ الأساسية والمصلحة العليا للمجتمع حيث يخضع لها الجميع ولا تجوز مخالفتها ". (الفضل،٢٠٠٦، ص٥٤٩) وتجدر الإشارة بأن النظام العام قد يكون نظامًا عامًا داخليًا أو دوليًا، فالنظام العام الداخلي " هو مجموعة القواعد الآمرة التي لا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها وإلا كان الاتفاق باطلًا بطلانًا مطلقًا "، فالمشرع الوطني يحدد قواعد آمرة ينبغي أن تكون تصرفات الأفراد التي يتم إجرائها في داخل إقليم الدولة ضمن نطاق تلك القواعد وعدم الاتفاق على مخالفتها، بينما النظام العام الدولي " فهو مجموعة من الأسس والمبادئ التي تشكل جوهر النظام القانوني للدولة والتي لا تقبل أن يترتب على تطبيق القانون الأجنبي مساسًا بها بأي شكلٍ من الأشكال.(زمزم، ٢٠١٥، ص١٥٧)

وبغية الوصول إلى تعريف (الدفع بالنظام العام) في إطار القانون الدولي الخاص يتطلب الأمر بحث ذلك على المستوى الفقهي والتشريعي والقضائي، وسنتناول التعريف اللغوي إلى (الدفع بالنظام العام) قبل التطرق إلى التعريف الاصطلاحي:

١- <u>التعريف اللغوي للدفع بالنظام العام:</u>

سنوضح التعريف اللغوي (للدفع بالنظام العام) من خلال بيان المقصود في هذه المفردات لغويًا وحسب الآتي:

أ- الدفع: من (دَفَعَ)، ويقال: طريق يَدْفَع إلى مكان كذا: ينتهي إليه. كما يقال: دفع القولَ: رَدَّهُ بالحجَّة. و(الدَّفْعُ): في المرافعات المدنية والتجارية: أن يدّعى المُدعى عليه أمرًا يريد به درءَ الحكم عليه في الدعوى. (مجمع اللغة العربية في جمهورية مصر العربة، ٢٠٠٤، ص٢٨٩)

ISSN (Print): 1994-8999, ISSN (online): 2664-469X. DOI Prefix: 10.36317

ب- النظام: من النظْمُ: التأليف، ونَظمْتُ اللُّؤلُؤَ؛ أي: جَمَعْتُهُ في السلكِ. والنَّظامُ: ما نَظَمْتَ فيهِ الشَّيءَ من خَيْطٍ وغَيْرِهِ، ونِظامُ كُلِّ أمرٍ: مِلاكُهُ، والجمع أنظِمَةٌ وانَاظِيمُ ونُظُمٌ. (ابن منظور، ١٩٨١، ص٤٤٦٩)

ت- العام: من عَمَّ، وعَمَّ الشيءَ عُمومًا؛ أي: شمِلَ الجَماعَةَ. ويقال: عَمَّهم بالعَطِيةِ، وهو مِعَمٌّ؛ أي: خَيّرٌ يَعُمُّ بخَيرِه. والعام وهو خلاف الخاص. (ابن يعقوب، ٢٠٠٥، ص١١٤١)

٢- <u>تعريف الدفع بالنظام العام اصطلاحًا:</u>

سنتطرق إلى تعريف الدفع بالنظام العام الاصطلاحي على المستوى الفقهي والتشريعي والقضائي وحسب التفصيل الآتي:

أ- <u>التعريف الفقهي للدفع بالنظام العام:</u>

إن الفقه أهتم بفكرة النظام العام إلا إنَّه يصعب تحديدها فهي تعد فكرة متغيرة من زمانٍ لآخر ومن مكانٍ إلى مكان آخر، وإنها فكرة غامضة، فلذلك اختلف الفقه بشأن وضع تعريف للدفع بالنظام العام، فالبعض يذهب إلى عدم وضع تعريف محدد لهذه الفكرة؛ لأَنَّها فكرة وظيفية تهدف إلى تحقيق غاية معينة تتمثل بحماية المصالح العليا في المجتمع (خالد، ٢٠١٤، ص٧٠٧) ومن ثم عدم وجود فائدة من وضع تعريف عام لفكرة الدفع بالنظام العام وترك المسألة لتقدير القاضي كونها فكرةٌ متغيرة بتغير الزمان والمكان، (وشاحي، ١٩٤٠- ١٩٤١، ص١٦٨) بينما ذهب البعض الآخر إلى ضرورة وضع تعريف لفكرة الدفع بالنظام العام، وسنتناول التعاريف التي طرحها الفقه العراقي وفقهاء القوانين المقارنة في موضوع الدراسة حسب التفصيل الآتي:

هناك من الفقه العراقي يُعرّف الدفع بالنظام العام: " هو أداة لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص عندما يصطدم بالمصالح العليا السياسية والاجتماعية والاقتصادية والأخلاقية لدولة القاضي". (علي، ٢٠١٦، ص٢٦٢)

يتضح من هذا التعريف بأن الدفع بالنظام العام يترتب عليه عدم تطبيق القانون الأجنبي المحدد بموجب قاعدة الإسناد الوطنية في دولة القاضي نتيجةً لتعارض هذا القانون مع المصالح العليا السياسية والاجتماعية والاقتصادية والأخلاقية في مجتمع دولة القاضي وهذا هو الأثر السلبي المترتب على الدفع بالنظام العام، وحسب وجهة نظرنا المتواضعة نجد إنَّ هذا التعريف قد أوضح الأثر السلبي لإعمال الدفع النظام العام دون الإشارة إلى الأثر الإيجابي الذي يترتب على ذلك الدفع الذي يتمثل بتطبيق القانون الوطني وفق الرأي الراجح بدلًا عن القانون الأجنبي المستبعد، فضلًا عن ذلك إنَّ هذا التعريف لم يشر إلى الاختلاف الجوهري الذي يحصل بين مفاهيم القانون الأجنبي والقانون الوطني وإن تضمن الإشارة إلى اصطدام القانون الأجنبي المختص إلى المصالح العليا السياسية والاجتماعية والاقتصادية والأخلاقية لدولة القاضي.

هناك من يرى في الفقه المصري بأَنَّ المقصود بالدفع بالنظام العام " هو ذلك الدفع الذي يراد به استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق بشأن علاقة قانونية معينة وإحلال القانون الوطني (قانون القاضي) محله نظرًا لاختلاف الحكم الوارد في كل منهما في هذا الصدد اختلافًا جوهريًا

ISSN (Print): 1994-8999, ISSN (online): 2664-469X. DOI Prefix: 10.36317

أو لعدم وجود التكافؤ القانوني بين التشريعيين في هذا الصدد". (عبد الرحمن، ١٩٦٦، ص٥٥٤)

يتضح من هذا التعريف بأنه تضمن الإشارة إلى الأثر السلبي والأثر الإيجابي المترتب على أعمال الدفع بالنظام العام والمشار إليهما أعلاه، كما أشار إلى الاختلاف الجوهري بين القانون الأجنبي والقانون الوطني، ولكن حسب اعتقادنا المتواضع نجد إنَّ التعريف المذكور أشار إلى (عدم وجود التكافؤ القانوني بين التشريعين) ولم يوضح ما المقصود في عملية التكافؤ، أما كان من الأفضل عدم ذكرها والاكتفاء على الاختلاف الجوهري بين التشريعين الذي يعد أساسًا لإعمال فكرة الدفع بالنظام العام واستبعاد القانون الأجنبي المختص، كما نُلاحظ عدم الإشارة إلى المصالح العليا التي تهدف إلى حمايتها فكرة النظام العام والمذكورة آنفًا.

بينما هناك من تبنى في الفقه التونسي تعريفًا للدفع بالنظام العام " هو استبعاد تطبيق القانون الأجنبي الذي عينته قاعدة الإسناد كقانون منطبق لحكم العلاقة القانونية الدولية الخاصة محل النزاع لمخالفته النظام العام الدولي الخاص في قانون القاضي، وتطبيق قانون المحكمة أو قانون القاضي بدلًا عنه". (بنموس، ٢٠٠٣، ص٣٣٤)

يتضح لنا إَنَّ هذا التعريف شاملًا لأثري إعمال الدفع بالنظام العام وكما موضح سابقًا، لكن ما يمكن تثبيته على هذا التعريف حسب وجهة نظرنا المتواضعة بأَنَّه لم يفسر النظام العام الدولي ويبين معناه، حيث ينبغي أن يتضمن التعريف تفسيرًا لذلك المصطلح وبيان المراد منه، ولم نلاحظ الهدف بصورة صريحة وواضحة من استبعاد القانون الأجنبي الذي حددته قاعدة الأسناد ألاَّ وهو مخالفته للقيم والمبادئ الجوهرية السائدة في مجتمع دولة القاضي، وبناءً على ذلك عدم الاكتفاء بالإشارة إلى النظام العام الدولي الخاص، بل كان من الأفضل بيان سبب استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق على النزاع المطروح أمام القاضي الوطني بصورةٍ أكثر دقة.

أما بالنسبة إلى الفقه الفرنسي هناك من عرّف الدفع بالنظام العام في الفقه الفرنسي بأَنَّه " ضمان تماسك المجتمع الفرنسي من خلال الاحترام الفعّال لقيم معينة، كما هو وسيلة لضمان فعالية بعض السياسات التشريعية والإدارية والحماية المطبقة على الأراضي الفرنسية" Frison, (2007, p. 106).

إنَّ التعريف المشار إليه أعلاه جاء بعبارات عامة ومجردة لتوضيح فكرة النظام العام ولم يُبين المراد من القيم وحماية بعض السياسات التشريعية والإدارية والحماية المطبقة على الأراضي الفرنسية، وإنما آخذًا بنظر الاعتبار تماسك المجتمع بغية تحقيق المصلحة العامة وحمايتها، وما يؤخذ على هذا التعريف حسب رأينا المتواضع بأنه لا يرتقي أن يكون تعريفًا جامعًا مانعًا لفكرة الدفع بالنظام العام؛ كونه غير شامًلا لهذه الفكرة وما يترتب على الأخذ بها من آثار.

بينما عرّف البعض من الفقه الأمريكي الدفع بالنظام العام بأَنَّه " عدم تطبيق القواعد القانونية الأجنبية عندما يتعارض هذا التطبيق مع المعايير الأخلاقية أو الاجتماعية أو الاقتصادية أو

ISSN (Print): 1994-8999, ISSN (online): 2664-469X. DOI Prefix: 10.36317

الثقافية الأساسية في مجتمع دولة القاضي، أو الأفكار المتعلقة بمبادئ العدالة أو المؤسسات الأساسية في النظام القانوني".(Berger, 1984,p. 377)

يتبين من هذا التعريف إن القانون الأجنبي عندما يتعارض مع المصالح العليا في مجتمع الدولة فلا يتم تطبيقه، وهذه نتيجة طبيعية لإعمال الدفع بالنظام العام، ولكن ما يؤخذ على هذا التعريف حسب رأي الباحث عدم الإشارة إلى الأثر الإيجابي لإعمال فكرة الدفع بالنظام العام، فضلًا عن ذلك لم يتضمن الإشارة إلى الانتفاء المشترك للمفاهيم القانونية.

ب- <u>التعريف التشريعي للدفع بالنظام العام:</u>

إنَّ أغلب تشريعات الدول أخذت بفكرة الدفع بالنظام العام في مجال القانون الدولي الخاص إلا إنَّه يصعب تحديد مفهوم هذه الفكرة وبيان المراد منها بصورة دقيقة وواضحة على الرغم من المحاولات التي بذلها الفقهاء في وضع تعريفًا جامعًا مانعًا لفكرة النظام العام كما موضح سابقًا، وبناءً على ذلك لم يورد أغلب مشرعي الدول تعريفًا يوضح مفهوم الفكرة المذكورة أعلاه (شبي، وآخرون،٢٠١٨، ص٣٤٧) وإنما فضلوا الاكتفاء بإيراد نصوص قانونية تتضمن الإشارة إلى استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية والمتعارض مع النظام العام لدولة القاضي. (عرفة، ١٩٩٤، ص١٤٣)

إنَّ المشرع العراقي ومشرعي القوانين المقارنة لم يعرفوا فكرة الدفع بالنظام العام على الصعيدين الداخلي والدولي، وإنما وضعوا مواد قانونية تنص على تلك الفكرة، فقواعد الأسناد الواردة في القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١النافذ والمعدل لم تتضمن تعريفًا للنظام العام الدولي بل تم الاكتفاء بالمادة (٣٢) من القانون المذكور التي نصت على أنَّه " لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي قررته النصوص السابقة اذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو للآداب في العراق" التي تقابلها المادة (٢٨) من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨المعدل التي قضت بأنَّه " لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو للآداب في مصر".

وكذلك الفصل (٣٦) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي (٩٧) لسنة ١٩٩٨التي أشارت إلى " لا يثير القاضي الدفع بالنظام العام إلا 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 بدلا عن أحكام القانون الأجنبي التي استبعد تطبيقها".

أما بالنسبة إلى المشرع الفرنسي أخذ بفكرة النظام العام كمعيار عام تتمتع المحاكم من خلاله بسلطة قضائية للطعن في المعاملات والوقائع المسيئة للنظام العام(Murphy, 1981, 596) عملًا بأحكام المادة (٦) من القانون المدني لسنة (١٨٠٤) المعدل في عام (٢٠١٦) التي نصت على أنَّه " لا يجوز بالاتفاقات الخاصة مخالفة القوانين المتعلقة بالنظام العام والآداب"

ISSN (Print): 1994-8999, ISSN (online): 2664-469X. DOI Prefix: 10.36317

فيما يتعلق بالقانون الأمريكي فقد أخذ المشرع الأمريكي بفكرة الدفع بالنظام العام من خلال المادة (٩٠) من إعادة الصياغة (الأولى) لتنازع القوانين لعام (١٩٣٤) التي أشارت إلى الدور الاستثنائي للدفع بالنظام العام المتمثل باستبعاد القانون الأجنبي الذي يتعارض مع فكرة النظام العام. كما أخذ بهذا الدفع في المادة (٢/١٨٧/ب) من إعادة الصياغة (الثانية) لتنازع القوانين لعام (١٩٧١) والمتعلقة بموضوع العقود حيث تضمنت تلك المادة بأنَّه (يعد قانون الدولة الذي اختاره أطراف العقد مخالفًا للنظام العام الخاص بالدولة التي تكون لها مصلحة مادية أكبر من مصلحة الدولة المختارة)، وهذا الأمر معتمد في معظم ولايات الولايات المتحدة الأمريكية. (Symeonides,2016, p. 375)

وكما إنَّ المشرع العراقي لم يُعرّف النظام العام الداخلي بل أكتفى بما ورد في المادة (١٣٠/ ف ١) التي نصت على " يلزم أن يكون محل الالتزام غير ممنوع قانوناً ولا مخالفاً للنظام العام أو للآداب وإلا كان العقد باطلا" التي تقابلها المادة (١٣٥) من القانون المدني المصري النافذ، كما إنَّ المادة (١٣٢/ ف١) تنص على " يكون العقد باطلاً إذا التزم المتعاقدون دون سبب أو لسبب ممنوع قانونًا ومخالف للنظام العام أو للآداب". وتقابلها المادة (١٣٦) من القانون المدني المصري النافذ.

كذلك المشرع التونسي فقد اكتفى بنص الفصل (٦٧) من مجلة الالتزامات والعقود الذي يقضي على أنَّه " الالتزام المبني على غير سبب أو على سبب غير جائز لا عمل عليه، والسبب غير الجائز عبارة عمّا يخالف القانون أو الأخلاق الحميدة أو النظام العام"

أما بالنسبة إلى المشرع الفرنسي فقد أخذ بفكرة النظام العام كمعيار عام استنادًا إلى نص المادة (٦) من القانون المدني وكما موضح آنفًا.

فيما يخص المشرع الأمريكي قد أخذ بفكرة النظام العام الداخلي في نص المادة (١٧٨) من إعادة صياغة العقود (ثانيًا) لعام (١٩٨١) التي قضت بأنَّه " ١- أي وعد أو شرط يتضمنه العقد يُعتبر غير قابل للتنفيذ لاعتبارات النظام العام إذا ورد نص باعتباره كذلك، أو إذا أظهرت الظروف أن الإضرار بالنظام العام المترتب على تنفيذه يفوق المصلحة المرجوة من هذا التنفيذ...". (عبد الغني، ٢٠١٧، ص٥٤)

وتجدر الإشارة بأن المشرع العراقي أورد تطبيقات لفكرة النظام العام وذلك في نص المادة (١٣٠) بفقرتها (٢) التي نصت على أنه " ويعتبر من النظام العام بوجه خاص الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية كالاهلية والميراث والأحكام المتعلقة بالانتقال والإجراءات اللازمة للتصرف في الوقف وفي العقار والتصرف في مال المحجور ومال الوقف ومال الدولة و قوانين التسعير الجبري وسائر القوانين التي تصدر لحاجة المستهلكين في الظروف الاستثنائية"، وهذا لم نلاحظه في القوانين المقارنة محل الدراسة، فإن المادة (١٣٠) بفقرتيها (٢،١) من القانون المدني العراقي جاءت لتوضح مفهوم النظام العام الداخلي ولكن هذا لا يمنع من الاستفادة منها واستخدامها في بيان مفهوم النظام العام في اطار القانون الدولي الخاص. (الهداوي، ١٩٦٢، ص٧٧)

ISSN (Print): 1994-8999, ISSN (online): 2664-469X. DOI Prefix: 10.36317

التعريف القضائي للدفع بالنظام العام:

سنتطرق إلى التعريف القضائي للدفع بالنظام العام على صعيد القضاء العراقي وقضاء الدول محل المقارنة في موضوع الدراسة وحسب التفصيل الآتي:

فيما يتعلق بالقضاء العراقي، إنَّ المحاكم العليا في العراق المتمثلة بمحكمة التمييز الاتحادية والمحكمة الاتحادية العليا لم تضع تعريفًا جامعًا مانعًا لفكرة النظام العام سواء كان للحد من مبدأ سلطان الإرادة أو لاستبعاد القانون الأجنبي الذي يمس بالمصالح العليا للبلد والمخالف للمبادئ والقيم العليا في المجتمع على الرغم من صدور قرارات من هاتين المحكمتين تتضمن الإشارة إلى مصطلح النظام العام، حيث قضت محكمة التمييز في قرارًا لها " بأن يكون الحكم الأجنبي والمطلوب تنفيذه مخالف للنظام العام وحيث يعتبر من النظام العام بوجه خاص الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية كالأهلية والميراث والأحكام المتعلقة .... عملًا بأحكام المادة (٢/١٣٠) من القانون المدني". (القرار رقم ٦١٤٧ في ٨/١/ ٢٠٢٢)

أما بالنسبة إلى المحكمة الاتحادية العليا فأنها كذلك لم تضع تعريفًا لفكرة النظام العام في قرارها الذي جاء فيه " فأن الدولة تكفل حرية التعبير وممارسة حرية الصحافة والطباعة والإعلان والإعلام والنشر المنصوص عليها في المادة (٣٨) من الدستور إذا لم تأت مخلة بالنظام العام والآداب ، أما إذا أتت ممارسة تلك الحريات مخلة بالنظام العام والآداب فأن الدولة لا تكفل تلك الحريات حماية للغير والمجتمع من الاعتداء عن طريق جرائم النشر المشار إليها أعلاه، لذا فأن ممارسة تلك الحريات المنصوص عليها في المادة (٣٨) من الدستور مناطة بشرط هو دون الأخلال بالنظام العام والآداب...". (القرار ذي العدد ٤٦ في ٢٠١١/٨/٢٢)

فيما يتعلق بالقضاء المصري، صدر قرارًا حديثًا من محكمة النقض المصرية التي عَرّفت النظام العام من خلال تعريف القواعد القانونية بقولها " وهي التي تعتبر من النظام العام هي قواعد يقصد بها تحقيق مصلحة عامة تتعلق بنظام المجتمع الأعلى، وتعلو على مصلحة الأفراد فيجب على جميع الأفراد مراعاة هذه المصلحة وتحقيقها، ولا يجوز لهم أن يناهضوها باتفاقات فيما بينهم حتى لو حققت هذه الاتفاقات لهم مصالح فردية باعتبار أن المصلحة الفردية لا تقوم أمام المصلحة العامة وسواء ورد في القانون نص يجرمها أو لم يرد". (القرار رقم ٩٧١٥ في٢٠٢١/٦/٢٠)

يتبين من هذا التعريف وعلى ما يبدو أرادة المحكمة إيضاح النظام العام الداخلي من خلال عدم اتفاق الأفراد على مخالفة القواعد القانونية التي تعد قواعد آمرة لغرض تحقيق المصلحة العامة وحمايتها؛ كونها تعلو على مصلحة الأفراد، وإذا كان هذا هو المقصود من ذلك التعريف فأنها (محكمة النقض) لم توضح ما يترتب على مخالفة النظام العام الداخلي ألا وهو جعل التصرف باطلًا بطلانًا مطلقًا، ولكن ما يلاحظ إن المحكمة الدستورية العليا المصرية أشارت إلى دور النظام العام في نطاق القانون الدولي الخاص في قرارها الذي جاء فيه أن " مناط استبعاد أحكام القانون الأجنبي الواجب التطبيق وفق المادة (٢٨) من القانون المدني، وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة هو أن تكون هذه الأحكام مخالفة للنظام العام؛ أي متعارضة مع الأسس

ISSN (Print): 1994-8999, ISSN (online): 2664-469X. DOI Prefix: 10.36317

الاجتماعية، أو السياسية، أو الاقتصادية، أو الخلقية في الدولة مما يتعلق بالمصلحة العليا للمجتمع، بما لا يكفي معه أن تتعارض بنص قانوني آخر". (القرار الصادر بتأريخ ٢٦/ ٤/ ١٩٨٢)

فيما يخص القضاء التونسي، عرّفت محكمة الاستئناف بسوسة التونسية الدفع بالنظام العام بأنَّه " الوسيلة القانونية في استبعاد ما يطبق من أحكام أجنبية متى تعارضت جذريًا مع الأفكار التي يقوم عليها قانون القاضي". (القرار رقم ٢٨١٩ في ١٩٧١/٦/٢٤)

يتضح من هذا التعريف إن النظام العام ما هو إلا وسيلة قانونية لدفع القانون الأجنبي المحدد بموجب قاعدة الإسناد الوطنية إذا كان متعارضًا مع الأفكار المعتمدة في قانون دولة القاضي، وبذلك فأن المحكمة التونسية أشارت إلى الأثر السلبي من دون الإشارة إلى الأثر الإيجابي للدفع بالنظام العام، فضلًا عن الإشارة إلى الاختلاف الجذري الذي ينبغي توافره بين القانون الوطني والقانون الأجنبي إلا إنَّه لم يتضمن ذلك التعريف المصالح التي يجب حمايتها للبلاد ألا وهي (السياسية والاجتماعية والاقتصادية والأخلاقية).

أما بالنسبة إلى القضاء الفرنسي، فإنَّ محكمة استئناف باريس عَرّفت الدفع بالنظام العام " هو إنَّ تعريف النظام العام الوطني يرتبط بالمفهوم الواسع للرأي العام الفرنسي في عصر معين". (القرار المؤرخ في ٢٢ /١٩٤٤/٣)

يتضح من هذا التعريف بأَنَّ المحكمة المذكورة أعلاه اعتمدت على النظام العام الوطني ولا سيما الرأي العام الفرنسي بمفهومه العام لتحديد النظام العام في مجال القانون الدولي الخاص؛ كون فكرة النظام العام ذات طابع وطني مرن ومتغير، ولكن ما يؤخذ على التعريف بأَنَّه جاء مختصر ولم يُبين فكرة الدفع بالنظام العام بصورة واضحة.

فيما يتعلق بالقضاء الأمريكي، عرّفت المحكمة العليا الأمريكية في تكساس الدفع بالنظام العام بأَنَّه " عدم تطبيق القانون الأجنبي الذي ينتهك الأخلاق الحميدة أو العدالة الطبيعية أو يضر بالمصالح العامة للمواطنين، وهذا تقييد معترف به من قبل جميع الولايات القضائية". (Corr,1985 , p. 673)

يتضح من هذا التعريف استبعاد القانون الأجنبي الذي يتعارض مع المبادئ المعتمدة في المجتمع أو إذا كان يسبب ضررًا في المصلحة العامة، ويصح القول: بأَن هذا التعريف لم يوضح الأثر الإيجابي لفكرة الدفع بالنظام العام، وعدم بيان الأساس القانوني للأخذ بهذه الفكرة المتمثل بالاختلاف الجوهري بين مفاهيم القانون الأجنبي والقانون الوطني، فضلًا عن ذلك عدم إيضاح المصالح العامة التي يلحق بها الضرر.

ومن الجدير بالذكر إن القضاء الأمريكي وصف الدفع بالنظام العام " بالجواد الجامح بمجرد امتطائه، لا تعرف أبدًا إلى أين سيأخذك، وينبغي التخلي عنه كلما أمكن ذلك". Ehrenzweig, (1954, p. 154)

يستنتج الباحث مما تقدم بان مشرعي قوانين الدول ذات الاتجاه اللاتيني والاتجاه الأنجلوسكسوني أخذوا بفكرة النظام العام واتفقا بعدم إيراد تعريف لهذه الفكرة ، وأوكلوا هذه

ISSN (Print): 1994-8999, ISSN (online): 2664-469X. DOI Prefix: 10.36317

المهمة إلى الفقه والقضاء، وحيث إنهما بذلا جهودًا، ومحاولات لوضع تعريف لفكرة النظام العام إلا إنَّ تلك الجهود والمحاولات لم تحقق الغاية المرجوة من ذلك ألا وهي إيراد تعريفًا واضحًا جامعًا مانعًا للفكرة المذكورة؛ والسبب في ذلك يعود إلى كون فكرة النظام العام مرنة ومتغيرة وغامضة حيث أنها تتغير من زمان إلى آخر ومن مكان إلى آخر حسب الأوساط الاجتماعية في البلد ، وعلى الرغم من ذلك، نجد كان من الأفضل أن يبادر المشرع إلى وضع تعريف لفكرة الدفع بالنظام العام، وعدم الاكتفاء بإيراد نصوص قانونية تتضمن مصطلح النظام العام وإن كان ذلك ليس من مهامه و واجبه إيراد التعاريف للمصطلحات القانونية، بغية توضيح معنى هذه الفكرة والمقصود بها مما يؤدي ذلك إلى قلة الاجتهادات الفقهية والقضائية، وبالتأكيد إنه لم يسلم من سهام النقد، وعليه ولما تقدم نقترح تعريف الدفع بالنظام العام في اطار القانون الدولي الخاص بالصيغة الآتية: (هو وسيلة فنية فعّالة يعتمدها القاضي في استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية عند انتفاء الأساس القانوني المشترك بين ذلك القانون وقانونه الوطني؛ نتيجةً لاختلاف الأصول و المفاهيم بين القانونين اختلافًا جوهريًا، وتطبيق قانون دولته وفقًا للرأي الراجح حمايةً للمصالح العليا السائدة في مجتمع دولته والمتمثلة بالمصالح السياسية والاجتماعية والاقتصادية والأخلاقية).

المطلب الثاني

الطبيعة القانونية للدفع بالنظام العام في إطار القانون الدولي الخاص

اختلف فقهاء القانون الدولي الخاص بشأن الطبيعة القانونية لفكرة الدفع بالنظام العام، هل تعد هذه الفكرة قاعدة أصلية شأنها شأن القاعدة التي تقضي بتحديد قانونٍ ما؛ ليكون واجب التطبيق على العلاقة القانونية محل النزاع أم إنها فكرة استثناءً لقاعدة أصلية؟ للإجابة على هذا التساؤل، يُلاحظ بأنَّه فقهاء القانون الدولي الخاص وضعوا نظريات لتحديد الطبيعة القانونية لهذه الفكرة، حيث وجدت نظريتين تصف تلك الفكرة بأنَّها قاعدة استثناءً على القاعدة الأصلية، في حين طُرحت نظرية تعدُ هذه الفكرة كقاعدة أصلية، وسنتطرق إلى هذه النظريات وفق التفصيل الآتي:

١. نظرية الفقيه سافيني (Savigny):

يرى الفقيه الألماني سافيني بأَنَّ الدفع بالنظام العام ما هو إلا استثناء لقاعدة تطبيق القانون الأجنبي المختص التي أشارت إليه قاعدة الإسناد الوطنية، فالأصل يتمثل بتطبيق القانون الأجنبي وإن احترام فكرة الدفع بالنظام العام يوجب الرجوع إلى قانون دولة القاضي، وحسب رأي هذا الفقيه لا يتم تطبيق القانون الأجنبي بوصفه كقاعدة أصلية إلا إذا كانت الدولة الأجنبية تتفق في نظام القانون مع دولة القاضي الوطني، فإذا اختلفت الدولتين في المبادئ القانونية الجوهرية فلا يمكن تطبيق القانون الأجنبي بل يُطبق القانون الوطني بوصفه هو الأصل، (مصطفى، د.ت، ص٢٥٧) وعليه فأن فكرة الدفع بالنظام العام في مجال القانون الدولي الخاص تعدُ أداة استثنائية

ISSN (Print): 1994-8999, ISSN (online): 2664-469X. DOI Prefix: 10.36317

لمنع تطبيق القانون الأجنبي الواجب التطبيق في حال مخالفته للمبادئ الأساسية في دولة القاضي؛ كون المشرع الوطني يفترض وجود الاتحاد القانوني بين القانون الأجنبي والقانون الوطني، فإذا تبين مخالفة القانون الأجنبي لهذا الافتراض فيتم استبعاد هذا القانون باسم فكرة الدفع بالنظام العام، وهذا ما أكده الفقيه صاحب هذه النظرية من خلال قوله " إنَّ التمسك بالدفع بالنظام العام يعود إلى عدم وجود اتحاد قانوني بين دولة القانون الأجنبي الواجب التطبيق وبين الدولة التي يمنع فيها النظام العام هذا التطبيق (تطبيق القانون الأجنبي)، (زلاسي، ٢٠١٦، ص٢٤) وبناءً على ذلك فأن فكرة الدفع بالنظام العام وصفت في حقيقتها وطبيعتها بأنَّها (صمام أمان وشرط تحفظي) يتم إعمالها ضد القانون الأجنبي الواجب التطبيق الذي يتعارض مع المفاهيم القانونية في مجتمع دولة القاضي، ومن ثم يظهر هذا الأعمال بقدر التصادم مع هذه المفاهيم. (بوخروبه، ٢٠١٣- ٢٠١٤، ص٤٤)

٢. نظرية الفقيه مانشيني (Mancini):

إنَّ الفقيه الإيطالي (مانشيني) أخذ في نطاق تنازع القوانين بمبدأ شخصية القوانين، ومن ثم يتم تطبيق القانون الشخصي على العلاقات القانونية المشوبة بعنصرٍ أجنبي بصورة أصلية إلا إنَّه أورد استثناءات على تطبيق هذا القانون بوصفها حالات تتعلق بالنظام العام كتلك المتعلقة بالمسؤولية التقصيرية والملكية العقارية، وفي هذا الحال ينبغي عدم تطبيق القانون الشخصي ويحل محله قانونًا آخرًا يتمثل بالقانون الوطني، ويبرر الفقيه (مانشيني) نظريته هذه بضرورة احترام استقلال الدولة وسيادتها. (وشاحي، ١٩٤٠- ١٩٤١، ص١٧٤)

٣. نظرية بيليه (Billet):

يرى الفقيه الفرنسي (بيليه) إن فكرة الدفع بالنظام العام في اطار العلاقات الدولية الخاصة يعد تطبيقًا لقاعدة عامة من قواعد القانون الدولي الخاص، وبناءً على ذلك فأن هذه الفكرة تكون من القواعد الأصلية والأساسية، وتأخذ بنظر الاعتبار بوصفها كعنصر من العناصر الأساسية للوضع السائد للأمور، ولم ينظر إليها بوصفها قواعد استثنائية تحول دون تطبيق القانون الأجنبي الواجب التطبيق، حيث توجد في قانون دولة القاضي قواعد ينبغي أن تطبق على جميع العلاقات القانونية من دون تمييز بين الوطنيين والأجانب، وهذه القواعد تكون شأنها شأن قانون جنسية الدولة التي ينتمون إليها الأشخاص ويتم تطبيقه على جميع علاقاتهم القانونية، ويُدعّم الفقيه (بيليه) رأيه هذا بأَنَّ فكرة الدفع بالنظام العام تستند على أساس السيادة الإقليمية، وبعض القوانين الإقليمية توصف بأنها قاعدة شأنها شأن قاعدة شخصية القوانين وكل منهما يُستمد من احترام السيادة المقررة إلى الدول. (جمال الدين، ٢٠٠٦، ص١١٢)

ويجد الباحث إن الفقيه الفرنسي (بيليه) يتفق مع الفقيه الإيطالي (مانشيني) فيما يتعلق بتبرير الأخذ بفكرة الدفع بالنظام العام والمتمثل باحترام سيادة الدولة واستقلالها إلا إنَّهما اختلفا بتحديد طبيعتها القانونية حيث عَدّها الفقيه (مانشيني) استثناءً على الأصل، بينما الفقيه (بيليه) وصف هذه الفكرة بأنها قاعد أصلية وليست كقاعدة استثنائية.

ISSN (Print): 1994-8999, ISSN (online): 2664-469X. DOI Prefix: 10.36317

إنَّ هذه النظرية لم تسلم من النقد حيث وجه إليها الانتقاد؛ كونها لم تفرق بين فكرة إقليمية القانون وفكرة الدفع بالنظام العام على الرغم من أنه ينبغي التفرقة بينهما، وإلا لأصبحت فكرة الدفع بالنظام العام لغوًا، ولا يتم العمل بها، ولا يدخل تحتها أيُّ طائلًا. فضلًا عن ذلك إنَّ بعض القوانين الإقليمية وحدها لم تعد كافية لاستبعاد القانون الأجنبي المختص، كما هو الحال إذا كان القانون الأخير يحتوي على نظام قانوني لم يأخذ به القانون الوطني، أو يتعارض بصورة ظاهرة وواضحة مع المصالح العامة، ففي هذه الحالات يجب اللجوء إلى فكرة الدفع بالنظام العام للحيلولة دون تطبيق القانون الأجنبي. (عبد الرحمن، ١٩٦٦، ص٥٧٢)

النظرية الراجحة:

إنَّ النظرية الراجحة لتحديد الطبيعة القانونية لفكرة الدفع بالنظام العام في مجال القانون الدولي الخاص هي النظرية التي تعد هذه الفكرة استثناءً لقاعدة تطبيق القانون الأجنبي الواجب التطبيق لاسيما نظرية الفقيه الألماني (سافيني)؛ كونها تتفق مع الواقع العملي بصورة كبيرة ويترتب على إعمالها استبعاد القانون الأجنبي المحدد بموجب قواعد الإسناد الوطنية، (وشاحي، ١٩٤- ١٩٤١، ص١٧٥) فضلًا عن ذلك إنَّ استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق لتصادمه مع الأسس الجوهرية والقيم العليا التي تمثل النظام العام في مجتمع دولة القاضي يؤدي إلى تطبيق القانون الوطني، فهذا لا يعني إن فكرة الدفع بالنظام العام هي التي حددت الاختصاص للقانون الإقليمي بصورة مباشرة، بل إنَّ استبعاد القانون الواجب التطبيق يمثل إجراء استثنائي من القاعدة الأصلية التي أعطت الاختصاص للقانون الأجنبي، وتجدر الإشارة إذا تبين بأنَّ قانون جنسية الأجنبي الواجب التطبيق في حالة من الأحوال الشخصية مخالفًا للنظام العام فيتم إبعاده بمقدار تصادمه مع ذلك النظام وما عدا ذلك يبقى الاختصاص إلى قانون جنسية الأجنبي وليس لقانون دولة القاضي. (الهداوي، ١٩٦٢، ص٨٠)

ويجد الباحث حسب اعتقاده المتواضع وجاهة ومعقولية الأسباب التي استندت عليها نظرية الفقيه الألماني (سافيني) والمشار إليها آنفًا، كما إنَّه لا يمكن الاعتداد بنظرية الفقيه الإيطالي (مانشيني)؛ كونه أخذ بفكرة الدفع بالنظام العام كوسيلة لتأكيد الاختصاص للقانون الإقليمي كاستثناء يرد على مبدأ شخصية القوانين الذي اعتمدهُ في نظريته فيما يتعلق بتنازع القوانين، ولم يأخذ بتلك الفكرة كوسيلة لاستبعاد القانون الأجنبي المختص بمقتضى قاعدة الإسناد؛ لتعارضه أو تصادمه مع الأسس الجوهرية في مجتمع دولة القاضي نتيجة لانتفاء الاشتراك القانوني بين القانون الأجنبي والقانون الوطني. كذلك إنَّ الانتقادات التي وجّهت إلى نظرية الفقيه الفرنسي (بيليه) كانت مقنعة إلى حدٍ ما، ولما تقدم يمكن الأخذ بنظرية الفقيه الألماني (سافيني) بوصف فكرة الدفع بالنظام العام في إطار القانون الدولي الخاص كوسيلة استثنائية لاستبعاد القانون الأجنبي المختص اعتمادًا على الأساس المتمثل بانتفاء الاتحاد القانوني بين ذلك القانون وقانون دولة القاضي، ومن ثم يصح القول: بأن هذه النظرية تكفي لتحديد الطبيعة القانونية للفكرة المذكورة أعلاه.

ISSN (Print): 1994-8999, ISSN (online): 2664-469X. DOI Prefix: 10.36317

ويبدو من خلال الواقع العملي أَنَّ الدول اللاتينية والدول الأنجلوسكسونية قد أخذت بهذه النظرية لتحديد الطبيعة القانونية لفكرة الدفع بالنظام العام في إطار القانون الدولي الخاص بوصفها أداة استثنائية لاستبعاد القانون الواجب التطبيق. وعليه فأن الاتجاهين اتفقا بشأن تحديد الطبيعة القانونية لهذه فكرة، بل هنالك جانب من الفقه الأمريكي وهما Paulsen and (Sovern) يؤكدان على أَنَّ فكرة الدفع بالنظام العام ما هي إلا استثناء يتم اللجوء إليها عندما تكون لمجتمع دولة القاضي مصلحة مهمة في نتيجة قضية معروضة على قاضي تلك الدولة. (Corr,1985, p.669)

- **الخاتمة.**

بعد الانتهاء من البحث فقد توصلنا إلى الاستنتاجات والمقترحات الآتية:

أولًا- الاستنتاجات.

١- إنَّ مشرعي قوانين الدول اللاتينية والأنجلوسكسونية لم يضعوا تعريفًا جامعًا مانعًا للدفع بالنظام العام على الصعيدين الداخلي (الوطني) والدولي، وإنما وضعوا نصوص قانونية تتضمن ذلك المصطلح وتركوا ذلك للفقه والقضاء، وكان من الأفضل إيراد تعريف للدفع بالنظام العام لا سيما في مجال القانون الدولي الخاص لبيان المقصود منها وتجنبًا للاجتهادات الفقهية والقضائية بشأن ذلك.

٢- إنَّ القضاء العراقي و قضاء الدول محل المقارنة لم يضع تعريفًا جامعًا مانعًا للدفع بالنظام العام في مجال تنازع القوانين، بل إنَّ الفقه في القانون الدولي الخاص اختلفوا بشأن وضع تعريفًا لذلك الدفع، حيث يرى البعض عدم وجود جدوى من وضع تعريف لهذا الدفع وتركه لتقدير القضاء، في حين هنالك من ذهب إلى ضرورة وضع تعريفًا للدفع المشار إليها أعلاه، كما أوضحنا سابقًا في هذا البحث، إلا إنَّ التعاريف التي وضعها الفقه لم تكن كافيةً لإيضاح مضمون فكرة الدفع بالنظام العام في إطار القانون الدولي الخاص؛ كونها فكرة غامضة ومرنة ومتغيرة من زمانٍ إلى آخر ومن مكانٍ إلى آخر، ومن هنا وصف الدفع بالنظام العام بأنه فكرة نسبية.

٣- اختلف الفقه بشأن الطبيعة القانونية للدفع بالنظام العام في مجال القانون الدولي الخاص، حيث يرى البعض بأنه قاعدة أصلية، بينما يرى البعض الآخر بأنه قاعدة استثنائية، والنظرية الراجحة بصدد هذا الموضوع، هي قاعدة استثنائية لاسيما نظرية الفقيه الألماني (سافيني)؛ لأنها تتفق مع الحقيقة والواقع وإنَّ إعمال الدفع بالنظام العام في مجال تنازع القوانين يؤدي إلى استبعاد القانون الأجنبي المختص بموجب قاعدة الإسناد الوطنية ويحل محله قانون دولة قاضي النزاع، فهذا يعد إجراءً استثنائيًا من القاعدة الأصلية التي منحت الاختصاص للقانون الأجنبي. والواقع العملي يشير إلى أَنَّ الدول اللاتينية والأنجلوسكسونية قد أخذت بهذه النظرية لتحديد الطبيعة القانونية للدفع بالنظام العام في نطاق العلاقات الدولية

ISSN (Print): 1994-8999, ISSN (online): 2664-469X. DOI Prefix: 10.36317

الخاصة بوصفها أداة استثنائية لاستبعاد القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية المشوبة بعنصرٍ أجنبي وتطبيق قانون دولة قاضي النزاع بما يتناسب مع الأثر الإستبعادي.

ثانيًا- المقترحات.

١- نظرًا إلى أهمية الدفع بالنظام العام في إطار القانون الدولي الخاص، لذا نقترح تعريفه ولاسيما على المشرع العراقي بالصيغة المبينة أدناه، و إن كان ذلك ليس من مهامه وواجبه؛ بغية تقليل الاجتهادات الفقهية والقضائية بشأن هذا الموضوع. (هو وسيلة فنية فعّاله يعتمدها القاضي في استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية عند انتفاء الأساس القانوني المشترك بين ذلك القانون وقانونه الوطني؛ نتيجةً لاختلاف الأصول و المفاهيم بين القانونين اختلافًا جوهريًا، وتطبيق قانون دولته وفقًا للرأي الراجح حمايةً للمصالح العليا السائدة في مجتمع دولته والمتمثلة بالمصالح السياسية والاجتماعية والاقتصادية والأخلاقية).

٢- نقترح ضرورة اعتماد نظرية الفقيه الألماني (سافيني) لتحديد الطبيعة القانونية للدفع بالنظام العام في مجال القانون الدولي الخاص كوسيلة استثنائية لاستبعاد القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية محل النزاع للأسباب المذكورة في الفقرة (٣) من الاستنتاجات.

1- Data Availability Statement: (The manuscript includes all the data used in the study.)

2- Conflict of Interest Statement: (The authors confirm that there are no conflicts of interest that could affect the content of this research.)

3- Funding Statement: This research was fully funded by the authors without any financial support from other entities.

ISSN (Print): 1994-8999, ISSN (online): 2664-469X. DOI Prefix: 10.36317

- **قائمة المصادر.**

أولًا- معاجم اللغة العربية.

ابن منظور. (١٩٩٩). *لسان العرب* ج ١١. (ط ٣)، دار إحياء التراث العربي. بيروت- لبنان.
ابن يعقوب، مجد الدين محمد. (٢٠٠٥). *القاموس المحيط*.(ط ٨)، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان.
مجمع اللغة العربية في جمهورية مصر العربية. (٢٠٠٤). *المعجم الوسيط*. (ط ٤)، مكتبة الشروق الدولية.

ثانيًا- المصادر باللغة العربية.

بنموس، مبروك . (٢٠٠٣). *شرح المجلة التونسية للقانون الدولي الخاص*. المغاربية للطباعة والنشر والإشهار. تونس.
جمال الدين، صلاح الدين. (٢٠٠٦). *تنازع القوانين، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون*. دار النهضة العربية. القاهرة.
خالد، هشام. (٢٠١٤). *القانون الدولي الخاص، النظرية العامة- النظرية العامة للجنسية- الجنسية المصرية- مركز الأجانب- تنازع القوانين- تنازع الاختصاص القضائي الدولي- تنفيذ الأحكام الجنبية*. دار الفكر الجامعي. الإسكندرية.
زمزم، عبد المنعم. (٢٠١٥). *الوسيط في القانون الدولي الخاص*. دار الثقافة العربية. بلا مكان نشر.
سلامة، محمود. (٢٠٠٧). *الموسوعة الشاملة في التحكيم والمحكمين*. دار مصر للموسوعات القانونية. القاهرة.
شبي، كريم مزعل وآخرون. (٢٠١٨). *مباحث في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين*. مكتبة زين الحقوقية والأدبية. لبنان.
صادق، هشام علي. (٢٠١٤). *المطول في القانون الدولي الخاص*، ج ١، تنازع القوانين. المجلد الأول. المبادئ العامة في تنازع القوانين. دار الفكر الجامعي. الإسكندرية.
عبد الرحمن، جابر جاد. (١٩٦٦). *تنازع القوانين*. دار النهضة العربية. القاهرة.
عرفة، محمد السيد. (١٩٩٤). *الوجيز في التنازع الدولي للقوانين*. (ط ٣)، دار النهضة العربية. القاهرة.
علي، يونس صلاح الدين. (٢٠١٦). *القانون الدولي الخاص. دراسة تحليلية في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية*. مكتبة زين الحقوقية والأدبية. لبنان.

ISSN (Print): 1994-8999, ISSN (online): 2664-469X. DOI Prefix: 10.36317

الفضل، منذر. (٢٠٠٦). *الوسيط في شرح القانون المدني. دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية العربية والأجنبية معززة بآراء الفقه وأحكام القضاء*. دار ئاراس للطباعة والنشر. أربيل- العراق .
الكردي، جمال محمود. (٢٠٠٥). *تنازع القوانين*. دار النهضة العربية. القاهرة.
مصطفى، حامد. (د.ت). *القانون الدولي الخاص العراقي*. مطبعة المعارف. بغداد.
الهداوي، حسن . (١٩٦٢). *الوجيز في القانون الدولي الخاص*. ج ٣ في تنازع القوانين. مطبعة الإرشاد. بغداد.
وشاحي، عبد الحميد عمر. (١٩٤٠-١٩٤١). *القانون الدولي الخاص في العراق*، ج ١. مطبعة التفيض الأهلية. بغداد.

ثالثًا ـ البحوث العلمية.

زلاسي، بشرى. (٢٠١٦). *النظام العام وأثره على اعتبارات الملاءمة لقواعد الإسناد، بحث منشور في مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية*. جامعة البليدة ٢. الجزائر. المجلد (٥). العدد (١٠).
عبد الغني، مروة محمد. (٢٠١٧). *فكرة النظام العام والآداب وتطبيقاتها في القانون الأمريكي بالمقارنة مع بالقانون المصري*. بحث منشور في مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية. جامعة الإسكندرية، كلية الحقوق، المجلد (٢)، العدد (٢).

رابعًا- القوانين

القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤ النافذ والمعدل.
إعادة الصياغة الأولى لتنازع القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية ١٩٣٤.
القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ المعدل.
القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.
إعادة الصياغة الثانية لتنازع القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية ١٩٧١.
إعادة صياغة العقود (ثانيًا) في الولايات المتحدة الأمريكية لعام (١٩٨١).
مجلة القانون الدولي الخاص التونسي رقم (٩٧) لسنة ١٩٩٨.
مجلة الالتزامات والعقود التونسية.

خامسًا- القرارات القضائية.

قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم (٦١٤٧/ الهيئة المدنية/ ٢٠٢٢) والمؤرخ في(٨/١/ ٢٠٢٢). قرار غير منشور.
قرار المحكمة الاتحادية العليا ذي العدد (٤٦/ اتحادية/ ٢٠١١) المؤرخ في (٢٠١١/٨/٢٢) *(www.iraqfsc.com)*. تأريخ الزيارة (٢٠٢٣/١٢/١٩).

ISSN (Print): 1994-8999, ISSN (online): 2664-469X. DOI Prefix: 10.36317

قرار محكمة النقض المصرية بالعدد (٩٧١٥ لسنة ٩٠ قضائية) والمؤرخ في (٢٠٢١/٦/٢٠)، الدائرة المدنية. (https://egyls.com)، تأريخ الزيارة (٢٠٢٣/١٢/٢٠).

قرار المحكمة الدستورية العليا المصرية الصادر بتأريخ (٢٦/ ٤/ ١٩٨٢)، *والمنشور في الموسوعة الشاملة في التحكيم والمحكمين*، سلامة، محمود، ٢٠٠٧، دار مصر للموسوعات القانونية، القاهرة، ص٣٧.

قرار محكمة الاستئناف بسوسة التونسية ذي العدد (٢٨١٩) الصادر بتأريخ (١٩٧١/٦/٢٤) ، نقلًا عن: بنموس، مبروك . (٢٠٠٣). *شرح المجلة التونسية للقانون الدولي الخاص*. المغاربية للطباعة والنشر والإشهار. تونس.

القرار الصادر من محكمة استئناف باريس بتأريخ (١٩٤٤/٣/٢٢)، أشار إليه: بوخروبه، حمزة. (٢٠١٣-٢٠١٤). *موانع تطبيق القانون الأجنبي في ضوء المادة(٢٤) من القانون المدني الجزائري*. دراسة مقارنة. رسالة ماجستير. جامعة سطيف. كلية الحقوق والعلوم السياسية. قسم الحقوق.

سادسًا- المصادر باللغة الأجنبية.

Berger ,David Clifford.(1984).*Transnational Public Policy as a Factor in the Choice of Law Analysis*. Nyls International and comparative law .Magazine.Issue (2). Volume (5).

Corr, John Bernard.(1985).*The Modern Choice of Law and Public Policy*. William and Mary Law School Press.

Ehrenzweig, Albert A.(1954).*University of Pennsylvania Law Review. The Law of American Conflicts in Historical Perspective*. Issue (2).Volume (103).

Frison, Mary Ann.(2007).*Private International Law*. 5e edition.

Murphy, Kent.(1981).*The Traditional Theory of Public Policy and Public Order in Private International Law.*

Symeonides, Symon C. (2016). *Choice of Law*. Oxford University Press.

ISSN (Print): 1994-8999, ISSN (online): 2664-469X. DOI Prefix: 10.36317