Journal Of the Iraqia University (71-3) August (2024)

ISSN(Print): 1813-4521 OnIine ISSN:2663-7502
Journal Of the Iraqia University
available online at: https://www.mabdaa.edu.iq

فكرة النظام العام الوطني في تنازع القوانين

نوار رحمن كميل

ا.د.هلا العريس

الجامعة الاسلامية في لبنان/ كلية الحقوق/ قسم القانون الخاص

Nwarmo26@gmail.com

The idea of national public order in conflict of laws

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

الملخص

إن الاطار النظري لفكرة النظام العام فكرة مرنة وديناميكية وقد أشبع الفقه الغربي والعربي فضلاً عن التشريعات والقضاء المقارن في مجال القانون الدولي الخاص، تعريفات. مما أدى سعة وضيق في تعريف النظام العام الوطني والى الاختلاف في مجال اعماله في نطاق تنازع القوانين.[1]كذلك ان فكرة النظام العام الوطني في تنازع القوانين، لانقصد به كل نظام عام، بل ينبغي ان تتوفر مجموعة من الشروط حتى يمكن اعمال النظام العام الوطني في نطاق تنازع القوانين.ومن اجل الوقوف على مضمون النظام العام الوطني في تنازع القوانين، سنقسم هذا المبحث على مطلبين يكون الأول لماهية النظام العام الوطني في تنازع القوانين، بينما يكون المطلب الثاني لشروط النظام العام الوطني في تنازع القوانين.الكلمات المفتاحية: تنازع القوانين , النظام العام الوطني , القانون الدولي الخاص

Abstrct

The theoretical framework of the idea of public order is a flexible and dynamic idea, and Western and Arab jurisprudence, as well as legislation and comparative judiciary in the field of private international law, have provided definitions. Which led to a broad and narrow definition of the national public order and differences in the scope of its work within the scope of conflict of laws .Likewise, the idea of the national public order in conflict of laws does not mean every public order. Rather, a set of conditions must be present so that the national public order can be implemented within the scope of the conflict of laws .In order to determine the content of the national public order in conflict of laws, we will divide this topic into two demands, the first being the nature of the national public order in conflict of laws, while the second requirement is for the conditions of the national public order in conflict of laws.Keywords: Conflict of laws, national public order, private international law

المقدمة

أولا: فكرة الموضوع: ان فكرة النظام العام بوجه عام والنظام العام الوطني، فكرة فضفاضة وتكاد لا توجد فكرة او مصطلح تم الاختلاف عليه اكثر منه، بسبب ان مصطلح النظام العام يرتبط بالبنى اللاشعورية للمجتمعات، وكل مجتمع له نظام عام خاص به، لذلك نجد الفقه والتشريعات والقضاء الغربي يعطيه مفاهيم ومجالات قد تختلف عن الفقه والتشريعات والقضاء العربي.[2] ووجدت هذه الفكرة لحماية القيم العليا والاسس والمبادئ الجوهرية التي يقوم عليها المجتمع الوطني، وهذه الفكرة تعد من أكثر الافكار غموضاً في تنازع القوانين ويرجع ذلك الى الطبيعة الوطنية التي تتصف بها هذه الفكرة والتي تختلف من دولة الى دولة اخرى، ومن مجتمع الى مجتمع اخر، حيث يرتبط النظام العام بالمثل العليا الراسخة في ضمير مجتمع كل دولة.[3] ورغم وجود قواعد اساسية مشتركة بين الدول الا ان الصفة الوطنية للنظام العام تتصف من جهة بالطبيعة الوطنية للقانون الدولي الخاص، ومن جهة ثانية بدور الحماية الذي يلعبه النظام العام. وهو نوجد بالأساس وطنياً ليحكم العلاقات الخاصة العابرة للحدود ذات العنصر

الاجنبي، ويكون هدفه الرئيس هو حماية القوانين الوطنية ودعم النظام القانوني للدولة، وذلك بمنع الافراد من الاتفاق على مخالفة القواعد القانونية الامرة، وكذلك الوقوف بوجه القانون الاجنبي المخالف لهذه الاسس والمبادئ التي يقوم عليها النظام القانوني الوطني.[٤] **ثانيا:** إشكالية البحث: من خصوصية مفهوم النظام العام الوطني فقد اضحى لهذه الأسس والقيم العليا في بلد ما، أثر حمائي للقانون الوطني، وذلك من خلال استبعاد القانون الأجنبي استبعاداً كلياً او جزئياً المخالف للنظام العام الوطني والذي تحيل له قاعدة الاسناد.[٥] **ثالثاً:** خطة البحث: ولبحث هذا الموضوع في تفصيل أكثر سنقسم هذا الفصل على مبحثين: يكون المبحث الأول لمضمون النظام العام الوطني في تنازع القوانين، بينما يكون المبحث الثاني للأثر الحمائي للنظام العام الوطني في تنازع القوانين.

المبحث الأول ماهية النظام العام الوطني في تنازع القوانين

للوقوف على ماهية النظام العام الوطني، لابد ان نستعرض تعريفه الفقهي والتشريعي والقضائي وموقف الفقه الإسلامي منه في الفرع الأول، بينما الفرع الثاني نخصصه للموقف التشريعي والقضائي من النظام العام الوطني.

المطلب الأول التعريف الفقهي للنظام العام الوطني

كثيراً ما يذكر مصطلح النظام العام في دراسة القانون على الرغم من ان مفهومه يصعب الإحاطة به بشكل واضح ودقيق بحيث لا نجد له تعريف جامع ومنضبط يمكن من خلاله اعطاء صورة دقيقة عن ماهيته على الرغم من المحاولات المتعددة على المستوى الفقهي.[٦] وسنقسم هذا المطلب على فرعين وهما:

الفرع الأول تعريف النظام العام الوطني بالفقه القانوني

لتعريف النظام العام الوطني لابد من استعراض اراء الفقه الغربي والعربي فضلاً عن موقف الفقه الاسلامي وعلى النحو الاتي:

أولا: تعريف النظام العام الوطني بالفقه الغربي: ان عملية تعريف النظام العام صعبة جدا فوصفه بعض فقهاء الغرب بأنه المغامرة على الرمال المتحركة ووصفه اخرون بأنه عذاب حقيقي للفكر كما وصفوه بأنه هو السير على الاشواك.[٧] وصفه احد القُضاة الإنجليز: " إنّك إذا حاولت تعريف النّظام العام، فإنما تركب حصانا جائحا لا تدري بأي أرض سيلقى بك ".[٨] فعرفه الفقيه الفرنسي مالوري على انه: "مجموعة المبادئ والاسس الضرورية لتعايش افراد المجموعة فيما بينهم وكذلك انه المصلحة العامة المقيدة للأفراد"،[٩] وقد ميز مالوري بين نوعين من النظام العام فمن الزاوية التقليدية يعتبره ذلك الحامي لأركان المجتمع وتنظيمه تجاه التصرفات الفردية فيحافظ على القيم الاساسية في المجتمع لاسيما حرية التعاقد، اما من الزاوية الحديثة فيتوزع النظام العام بين نظام عام اقتصادي واجتماعي ومهني ويكون مصدره التشريع كما قد يكون مصدره قضائيا.[١٠]وعرف الفقيه كابتان النظام العام بأنه:" النظام في الدولة يعني تنسيقاً للنظم وتنظيماً للقواعد القانونية التي هي ضرورة للدولة في استعمالها وعملها فكلمة النظام العام تدل على فكرة تنظيم منطقي وعلى فكرة التدرج في النظم التي تعطي الى المجموع الوحدة والحياة ".[١١]وقد عرفه الاستاذ دوموغ بأنه:" يتألف النظام العام من الافكار التي كونت المجتمع، مستبعدا الحرية بشأنها كونه يعتقد ان هذه الافكار تشكل الحقيقة"،[١٢] اما الفقيه جستان فيعرفه على انه " ذلك المفهوم الموحد بمضمون متغير ومتنوع ".[١٣] وقد عرفه الفقيه جيليودي لانوراندبير بأنه "تلك الفكرة التي تترجم ضرورة النظام والسلام داخل الدولة" بينما عرفه بارتان بأنه "تلك المقتضيات التي لا يمكن لاتفاقات الاطراف مخالفتها او تعديلها كما عرفه الفقيه دوغي بأنه مصلحة اجتماعية مهما كان مفهومها".[١٤]اما الفقه الانجلوامريكي فقد عرّف النظام العام في نطاق تنازع القوانين بأنه " السياسة العامة التي تتجسد باحتفاظ المحاكم الوطنية دائمًا بصلاحية رفض تطبيق قانون أجنبي أو الاعتراف به أو فرض حكم أجنبي على أساس عدم الاتساق مع السياسة العامة التي تتمثل بسياسة الامن القومي والاتفاقيات والمعاهدات والمبادئ العليا في الولايات المتحدة الامريكية".[١٥] فقد يكون القانون الذي يمكن تطبيقه عادة بموجب قواعد اختيار القانون يتعارض بشكل واضح مع السياسة العامة "النظام العام"، وقد يتم رفض الاعتراف بحكم أجنبي على أساس أنه متعارض مع الامن القومي او مع سياسة الجمهور والرأي العام.

المطلب الثاني تعريف النظام العام الوطني بالفقه العربي

اما في الفقه العربي فعرفه الأستاذ عبد الرزاق السنهوري على أنه: " القواعد القانونية التي تعتبر من النظام العام هي قواعد يقصد بها تحقيق مصلحة عامة سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية 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 ولو حققت هذه الاتفاقات لهم مصالح فردية، فإن المصالح الفردية لا تقوم أمام المصلحة العامة ".[١٦] كما عرفه مصطفى العوجي على أنه: " مجموع ما يعتبر مهما نوعا ما في مجتمع وزمن معينين كي يتصف بالإلزامية ولو حصل ذلك خلافا لإرادة الأفراد وهو مجموعة الأسس التي يقوم عليها المجتمع سواء كانت هذه الأسس سياسية، اقتصادية، خلقية أم اجتماعية ".[١٧]

ولكن على مستوى النظام العام في نطاق القانون الدولي الخاص فهو: " مجموعة الأسس والمعتقدات السامية للمجتمع والتي يقوم الإجماع فيه بضرورة حمايتها وعدم انتهاكها وتحريم اتفاق الأفراد على خلافها في نطاق القانون الداخلي وتتيح للقاضي الوطني استبعاد القانون الذي أشارت اليه قاعدة الإسناد في قانون دولته ويطبق قانونه إذا خالفها في نطاق القانون الدولي".[١٨] إذ أن أعمال أثر النظام العام يؤدي الى تعطيل بما تشير اليه قاعدة الإسناد والذي يفرض القانون أتباعها بالأصل لذا فأن أعمال فكرة النظام العام تستوجب الحذر والدقة من قبل القاضي ولا يتم إلا عبر اجتماع ضوابط خاصة بالنظام العام وعليه لابد من معرفة هذه الضوابط.[١٩]وفي نفس المعنى تقريباً ذهب البعض على أنه " مجموع المصالح الأساسية للجماعة، أي مجموعة الأسس والدعامات التي يقوم عليها بناء الجماعة وكيانها بحيث لا يتصور بقاء هذا الكيان سليماً دون استقراره عليها، ولذلك كانت القواعد القانونية المتعلقة بالمصالح الأساسية للجماعة أي المتعلقة بالنظام العام، قواعد آمرة لا تملك الإرادة الفردية إزاءها أي سلطان أو قدرة على مخالفتها، إذ تعرض مخالفتها كيان المجتمع نفسه للانهيار والتصدع، فلا يسمح لأي كان تجري إرادته على خلافها.[٢٠] وهناك من ربط فكرة النظام العام بتنازع القوانين في المصالح السياسية بقوله "هو مجموع المصالح السياسية التي يقوم عليها كيان المجتمع سواء كانت سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية "[٢١] بينما اخرون ربطه بالقيم الاجتماعية حيث تم تعريفه بأنه "مجموعة من القيم والعادات والتقاليد التي تشكل النظام الاجتماعي الاقتصادي والسياسي للدولة ويعد من الاصول التي يرتكز عليها المجتمع".[٢٢] ومما تقدم في التعريف للفقهين الغربي والعربي تجد الباحثة إن أغلب التعاريف الفقهية اشتملت على وظيفة جوهرية لفكرة النظام العام وهي حماية المصالح العليا في الدولة دون الإتيان بتعريف جامع مانع للفكرة، إلا أنه أتضح أن ماهية النظام العام هي من الأفكار المرنة التي يصعب تحديدها، وهي تعبر بصفة عامة عن الأسس السياسية والاقتصادية والاجتماعية والخلقية التي يقوم عليها نظام المجتمع، فالقواعد المتعلقة بالنظام العام ليست هي التي يقصد بها تحقيق النظام في المجتمع، أو تحقيق مصلحة عامة، لأن كل قواعد القانون تهدف إلى تحقيق الحد الأدنى الذي لا يمكن الاستغناء عنه، ولم يتوصلوا لتعريف دقيق للنظام العام، وإنما قربوا الفكرة الى الأذهان فقط. فمفهوم النظام العام كما نرى متغير تعكسه متطلبات الحياة في المجتمع سواء كانت الاقتصادية أو السياسية أو الاجتماعية، الأمر الذي فرض التغير فتحركت الدولة لتلعب أدواراً في تحقيق النفع للمجتمع عند تدخلها في الحياة الاقتصادية والاجتماعية خاصة، ومن هنا اتسعت فكرة النظام العام واكتسبت طابعا إيجابيا وتعددت أهدافها وغاياتها، فبعدما كان مجاله سياسيا بحتا أصبح يوصف بالنظام العام الاقتصادي والحمائي في مجال القانون الدولي الخاص.واخيراً أن هناك إجماعاً بين الفقهاء على أن أحد أهم عناصر النظام العام هي المصلحة العامة، إضافة إلى المرونة التي يتميز بها وعدم استقراره فما يعتبر من النظام العام اليوم قد لا يعتبر كذلك غدا فمحاولة إعطاء تعريف يكون جامعا ومانعا يؤدي ذلك إلى خلق تناقض مع روح النظام العام وجوهره، كون هذا المفهوم واسع وفضفاض ومتطور، وهذه الخصائص هي التي تسمح له بالمحافظة على المبادئ الأساسية للمجتمع، وحماية فئات أصبحت جديرة بالحماية.[٢٣]

المبحث الثاني الموقف التشريعي والقضائي المقارن من النظام العام الوطني

بعد ان بيّنا الموقف الفقه القانوني والإسلامي من النظام العام الوطني، نعرج لبيان موقف التشريع والقضاء المقارن من النظام العام الوطني سنقسم هذا المطلب الى فرعين الأول نبين فيه الموقف التشريعي المقارن اما الثاني فيكون عن الموقف القضائي المقارن.

المطلب الأول الموقف التشريعي المقارن

تطرقت كل التشريعات المقارنة للنظام العام، وان تحاشى بعضها وضع تعريف متكامل له فبالنسبة للمشرع العراقي فإنه لم يخرج من إطار ما قررته القوانين العربية حيث اقتصر ذكر النظام العام بالقانون على شكل تطبيقات تشريعية ولم يحدده بتعريف معين او محددات معينة، ففي نطاق القانون المدني ورد ذكر النظام العام في تسع مواد هي كل من المواد(١٠،٣٢،٥٩،٧٥،١٣٠،١٣١،١٣٢،٢٨٧،٧٠٤) وكانت طريقة وروده على سبيل المثال في كل هذه المواد دون تحديد معالمه وحصره بفكرة معينة، فقد جاء ذكره في نص المادة (٣٢[٢٤]) في نطاق قواعد الاسناد، وكذلك في المادة (١٣٠) التي نصت في فقرتيها على ان: ١- يلزم ان يكون محل الالتزام غير ممنوع قانونا ولا مخالفا للنظام العام او للآداب والا كان العقد باطلا. ٢ – ويعتبر من النظام العام بوجه خاص الاحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية كالأهلية والميراث والاحكام المتعلقة بالانتقال والاجراءات اللازمة للتصرف في الوقف وفي العقار والتصرف في مال المحجور ومال الوقف ومال الدولة وقوانين التسعير الجبري وسائر القوانين التي تصدر لحاجة المستهلكين في الظروف الاستثنائية ". وهو مسلك القانون الأردني كذلك.[٢٥] أما المشرع اللبناني فأنه اسوة بمختلف التشريعات العالمية تجنب وضع تعريف للنظام العام تاركا امر تحديد مضمونه للاجتهاد القضائي. فعلى سبيل المثال جاء في المادة (١٩٨) من قانون الموجبات والعقود اللبناني " السبب غير المباح هو الذي يخالف النظام العام والآداب وأحكام القانون الإلزامية ".[٢٦] وكذلك المادة (١٦٦) من نفس القانون التي نصت على "إن قانون العقود خاضع لمبدأ حرية التعاقد، فللأفراد أن يرتبوا علاقاتهم القانونية كما يشاؤون بشرط أن يراعوا مقتضى النظام العام والآداب العامة

والأحكام القانونية التي لها صفة إلزامية". اما على مستوى التشريع الأمريكي على الرغم من انه قد صدرت جملة من التشريعات الخاصة بالنظام العام كان أولها في سنة ١٩٦٥ لم تعرف النظام العام، ولكن في سنة ٢٠٠١ صدر تشريع عُرف باسم تشريع فيجي قد عرف النظام العام بأنه " أي تعبيرات نحوية تؤدي الى اظهار سيادة الدولة في مكان ما سواء كان هذا الاظهار عن طريق السلطات التنفيذية او القضائية او التشريعية ".[٢٧]وقد علق بعض الفقه الأمريكي على النظرة التشريعية في أمريكا للنظام العام بأنه قد يعبر في الولايات المتحدة الامريكية بالأمن القومي (national security) او النظام الاساسي وهوء مفهوم تم احاطته وحمايته بمجموعة من القوانين العليا في أمريكا كالدستور الأمريكي وقانون باتريوت وقانون وقرار سلطة الحرب،[٢٨] و قانون الطوارئ الاقتصادي لعام ١٩٧٩.[٢٩]

ثانيا: الموقف القضائي المقارن: اما التوجه القضائي في تعريف النظام العام فقد اختلف موقف المحاكم العربية في تطرقها لتعريف النظام العام فمنها من أورد تعريفاً واضحاً له مثل القضاء الجزائري والقضاء القطري،[٣٠] ومنها من لم يورد لها تعريفاً مباشراً، فبالنسبة للقضاء العراقي لم يورد تعريف خاص للنظام العام.بينما القضاء اللبناني فقد اعتبرت محكمة التمييز اللبنانية ان النظام العام " يتكون من المبادئ الاساسية التي يقوم عليها المجتمع اللبناني والتي يحميها القانون باسم المحافظة على هذا النظام".[٣١] وفي قرار قضائي لاحد المحاكم الابتدائية عرفت النظام العام في حكم صادر بتاريخ ١٩٧٣/١١/٥ بانه: " القواعد القانونية التي يقصد بها تحقيق مصلحة عامة تتعلق بنظام المجتمع الاعلى وتعلو على مصلحة الافراد الذين يجب عليهم مراعاة هذه المصلحة وتحقيقها ولا يجوز ان يناهضوها باتفاقات في ما بينهم، لان المصالح الفردية لا تقوم امام المصلحة العامة".[٣٢]اما القضاء العراقي فقد أشار بصورة واضحة الى النظام العام ذكر صورة له، إذ ربطت محكمة التمييز العراقية بين مسائل الحل والحرمة والنظام العام الوطني بقولها: " إن مسائل الحل والحرمة والاحكام المتعلقة بالزواج والطلاق والثابتة باحكام قطعية، هي من النظام العام التي لا اجتهاد او اتفاق فيها".[٣٣]

المطلب الثاني شروط الدفع بالنظام العام الوطني في مواجهة القانون الأجنبي

ان الامتناع عن تطبيق القانون الأجنبي المخالف للنظام العام لا يتم الا بعد تحقق مجموعة من الشروط منها ما هو خارجي عن جوهر النظام العام الوطني نفسه، ومنها ماهي شروط داخلية مرتبطة بجوهر النظام العام الوطني.[٣٤]لذلك سنبحث كل قسم من هذه الشروط تحت فرع من الفروع في هذا المطلب.

الفرع الأول الشروط الخارجة عن جوهر النظام العام الوطني

هناك جملة من الشروط التي يجب ان تتوفر في النزاع حتى يمكن وصف النظام العام الوطني بأنه دفعاً للقانون الأجنبي في تنازع القوانين وهذه الشروط هي:

أولا: . ان تكون هناك علاقة قانونية مشوبة بعنصر أجنبي.ان المحرك الاساس لتطبيق القانون الاجنبي الذي تشير اليه قاعدة الاسناد هو ان هناك علاقة قانونية مشوبة بعنصر اجنبي، وان اتصال العلاقة القانونية بقانون دولتين كحد ادنى هو العامل الاول في تحريك التنازع بين القوانين،[٣٥] حيث ان اي علاقة تتكون من ثلاثة عناصر وهي:

١- عنصر الاشخاص وهم أطراف العلاقة وهؤلاء تتغير صفتهم حسب طبيعة العلاقة.

٢- عنصر الموضوع وهو محل العلاقة.

٣- عنصر السبب وهو مصدر نشوء العلاقة.فاذا اتصلت العلاقة القانونية بجميع هذه العناصر بدولة واحدة فأنها تكون وطنية ومن ثم تخضع بشكل خالص لحكم القانون الوطني، اما إذا اتصلت العلاقة بدولتين او أكثر عن طريق عناصرها فسيتوزع على حكمها أكثر من قانون وتكون هي موضوع التنازع وفقا للمعيار القانوني.[٣٦]وفي المعيار القانوني الذي يعد الأشهر بين المعايير التي تطبيق القانون الأجنبي، تكون الرابطة القانونية اجنبية اذ كان عنصر من هذه العناصر اجنبياً او كانت كلها عناصر اجنبية، فاذا تحقق ذلك فتصبح علاقة عابرة للحدود أي دولية، ويصطلح عليها البعض بالعلاقة المختلطة، بمعنى اختلاط الحكم بمجموعة من القوانين، ويمكن تشبيه العلاقة الوطنية والدولية بإن الاولى تشبه الملكية المفردة اما الثانية فهي ملكية شائعة، وهذا هو وضع العلاقة الدولية حيث تتداخل عدة قوانين لحكمها طالما كانت متصلة بكل هذه القوانين، وتتفاوت ولاية كل قانون بحسب درجة اتصال العلاقة، فكلما احتفظت العلاقة بعدد اكثر من عناصر الاتصال بقانون كلما كان ذلك القانون هو الاكثر مساحة في حكمها.[٣٧]

ثانياً: ان تكون العلاقة المشوبة بعنصر أجنبي متعلقة بالقانون الخاص.

لا تكفي الصفة الدولية للعلاقة القانونية لتحريك التنازع ومن ثم تحريك قاعدة الاسناد وتطبيق القانون الأجنبي، انما لا بد من ان تتصف العلاقة بالصفة الخاصة اي ان تكون متعلقة بالقانون الخاص لا بالقانون العام، ذلك لان القوانين الخاصة موضوعة لحماية الحقوق والمصالح الشخصية المتعلقة بالأفراد فيفترض استمرار حمايتهم سواء كانوا داخل الدولة ام خارجها، وتتمثل علاقات القانون الخاص بالعلاقات ذات الصلة بالقانون المدني او التجاري او قانون الاحوال الشخصية، كما يمكن ان تكون ذات صلة بالقانون الجنائي طالما كانت اثارها تنصرف الى موضوع يتعلق بالقانون الخاص مثل التعويض في المسائل الجزائية.[٣٨] ومقابل ذلك فلا يحصل التنازع بين القوانين العامة، ذلك لأنها تهدف الى حماية سيادة الدولة والحقوق المتعلقة بها فهي قوانين تغادر الوطنيين عند الحدود ولا تتجاوزها ويكون تطبيقها محدود بالحدود الاقليمية للدولة، لأنها تتعلق بسيادة الدولة التي اصدرتها فلا يمكن ان تطبق على اراضي غير الاراضي الوطنية بل تتجاوز على سيادة القوانين العامة الاجنبية، اضافة الى ذلك انها متعلقة بالإقليم فتكون ثابتة ومحدودة التطبيق تبعاً لطبيعتها الإقليمية وفيها تتفوق صفة العموم على الاستمرار فتكون عامة اي تسري على جميع الأشخاص في الاقليم سواء كانوا وطنيين ام أجانب، وفي جميع العلاقات التي يكونوا طرفاً فيها فهي غير ممتدة عبر الحدود عكس القوانين الخاصة التي تمتد عبر الحدود وتوصف بأنها محمولة مع الوطنيين اينما وجدوا، فقانون العقوبات مثلاً يسري على جميع الافعال التي تأخذ وصف الجريمة سواء وقعت من وطنيين ام اجانب طالما انها تؤثر على النظام الاجتماعي لمكان مرتكبها وتأخذ نفس حكم القوانين المالية والادارية والقواعد الدستورية كما ان اكثر قواعد القانون العام متعلقة بالنظام العام.[٣٩]

ثالثاً: ان تخالف قاعدة الاسناد قاعدة آمرة للقانون الوطني.

وينقسم الاخذ بهذا الشرط الى اتجاهين:

الاتجاه التقليديقد درج الاتجاه التقليدي على اعتبار ان قاعدة الاسناد التي تشير الى تطبيق القانون الاجنبي تعتبر مخالفة للنظام العام الوطني متى ما كانت مخالفة للقواعد الآمرة في قانون القاضي الذي يطرح امامه النزاع، لذا يذهب هذا الاتجاه الى الربط بين القواعد الآمرة والنظام العام ، فمادام ان النظام العام يتعلق بالقوانين الماسة بالمصالح الجوهرية للدولة وان تنظيم هذه المصالح وحمايتها يكون بموجب قواعد آمرة فإن النظام العام حسب هذا الاتجاه ما هو الا القواعد الآمرة ويترتب على الاخذ بهذا الاتجاه استبعاد القانون الاجنبي في معظم الاحوال وتطبيق القواعد الآمرة دون الرجوع الى قواعد الاسناد.[٤٠]

الاتجاه الحديثيذهب هذا الاتجاه الى وجوب التضييق من مجال اعمال النظام العام في العلاقات الخاصة الدولية، حيث ان مخالفة القواعد الآمرة لا تؤدي دائماً الى استبعاد القانون الاجنبي فلا تعد كل القواعد الآمرة من النظام العام مثل القواعد التي تنظم الولاية والوصاية على القاصر، فهذه القواعد قواعد آمرة مع ذلك فلا تتعلق احكامها التفصيلية بمصلحة المجتمع العامة ولا بالنظام العام، لأنها تهدف بالدرجة الاساس الى حماية القاصر وكذلك قواعد الميراث التي تحمي الورثة وقواعد الزواج التي تهدف الى حماية الطرفين، فالنظام العام له من الخصوصية بشكل ما يعتبر قواعده مستقلة عن القواعد الآمرة، والجانب الذي تتعلق في القواعد الامرة مع النظام العام هي عندما تكون القواعد الآمرة تمس مصالح المجتمع العليا.[٤١]في كل الأحوال ترى الباحثة ان النظام العام الوطني يرتبط بفكرة القواعد الامرة التي في اغلبها تتعلق بالمصالح العليا في الدولة، ومن ثم سواء كنا مع الاتجاه التقليدي او الحديث يتطلب ان ينأ النظام العام الوطني عن مخالفة القواعد الامرة، وهذا الشرط له أهمية عند القاضي عندما يريد تطبيق القانون الأجنبي.

الفرع الثاني الشروط الداخلة في جوهر النظام العام الوطني

هناك جملة من الشروط ترتبط بجوهر النظام العام الوطني وماهيته الذاتية التي تتطلب ان تتوافر حتى يمكن للقاضي ان يستعمله كدفع للقانون الأجنبي، وهذه الشروط هي:

أولاً: ان يمس القانون الاجنبي مصلحة وطنية علياقد لا يكون القانون الاجنبي الذي يراد تطبيقه مخالف لقاعدة امرة في دولة القاضي، وانما قد يكون ماساً بمصلحة عليا لهذه الدولة، ان استبعاد القانون الاجنبي في حالة كونه يعارض مصلحة وطنية عليا يجب ان يكون هذا التعارض جوهري مع المثل والقيم العليا متمثلا في المسائل التي تعتبر نظاما عاما من الدرجة الاولى كمسائل الشريعة الاسلامية[٤٢] وهذا ما قررته محكمة التمييز الاتحادية العراقية بقولها " ذلك ان من المقرر في قضاء هذه المحكمة ان مؤدى نص المادة (١٣٠) من القانون المدني العراقي ان الاحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية كالزواج والميراث والنسب تعتبر من النظام العام لا يجوز مخالفتها وعلى المحاكم تطبيقه على ما يعرض عليها بشأنه وانه لا يجوز تطبيق القانون الاجنبي كلما كانت احكامه متعارضة مع الشريعة الاسلامية او النظام العام او الآداب في الدولة".[٤٣]تلاحظ الباحثة إن هذا القرار يمثل اعتبار الشريعة الاسلامية هنا من المصالح العليا للدولة التي لا يجوز مخالفتها، وحتى في هذا السياق المتعلق بقواعد الشريعة الاسلامية

تجب التفرقة بين القواعد المطبقة على المسلمين فحسب وتلك المطبقة على المسلمين وغيرهم على حد سواء فالأولى لا تبرر اعمال الدفع بالنظام العام في حالة كان النزاع متعلقا بطرف أجنبي غير مسلم.لذلك يرى البعض ومن خلال هذا الشرط ضرورة احترام قيم المجتمع العليا السائدة في المجتمع سواء من افراده المقيمين في اقليمه او من الاجانب مادامت احكام القوانين الاجنبية تمس بمصالح هذا المجتمع وقيمه.[٤٤]اذن لا يكفي ان يكون القانون الاجنبي المختار مناسباً وملائماً لحكم العلاقات الدولية للأفراد بل لا بد ان يكون متناسباً مع المبادئ والقيم الاساسية لمجتمع دولة القاضي غير متعارض معها، وهذا قيد او تحفظ على اعمال ذلك القانون يجسده النظام العام الذي سمي بالشرط الاستثنائي او التحفظي.[٤٥] ويتمتع القاضي بسلطة تقديرية في تقدير التعارض بين القانون الاجنبي وبين مصالح دولته الوطنية العليا ويجب ان يكون معياره موضوعيا يقوم على وجود تعارض حقيقي بين القانون الاجنبي ومصالح مجتمعه العليا، وان ينأ عن التقديرات الانطباعية او التأثرية التي لا تدعمها وقائع واسباب حقيقية والا تعرض حكمه للطعن.[٤٦] كما ينبغي على القاضي في تقديره لهذا التعارض الا يكون تقديره ظاهريا فقط انما يتعين البحث في الاثار الواقعية والفعلية لتطبيق احكام القانون الاجنبي على ما هو معروض امامه فمن ناحية قد تكون تلك الاحكام غير مخالفة في حد ذاتها لاعتبارات النظام العام الوطني غير ان تطبيقها الفعلي يقود الى المخالفة، او من ناحية اخرى قد تكون احكام القانون الاجنبي مخالفة من حيث المبدأ لاعتبارات النظام العام ولكن يتلاشى التعارض عند تطبيقها الفعلي، وما يدل على اهمية المبادئ الاساسية القائمة في دولة القاضي هي ان القاضي يطبق هذا القانون متى ما كان ملائما لنظام دولته حتى لو كان مخالفا للنظام العام لدولة اجنبية اخرى الا في حالة ما اذا كان ملتزما معها في اتفاقيات بخصوص هذا المجال.[٤٧]

ثانياً: ان تكون مخالفة النظام العام الوطني ذات اثر ملموس.يقصد بهذا الشرط ألا 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، إذ يجب النظر إلى الاثر 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.[٤٨]

ثالثاً: ان تكون المخالفة للنظام العام الوطني حالية.يتعين على القاضي استبعاد القانون الاجنبي المختص إذا كان يصطدم مع مقتضيات النظام العام في بلده، الا أن هناك تساؤلاً مهماً يجب طرحه في هذا الصدد وهو في أي لحظة يجب أن يتقرر ما إذا كان هذا التصادم موجودا أم لا؟للإجابة: فقد استقر الرأي على أن القاضي يقدر توافر مقتضيات النظام العام من عدمه لحظة الفصل في الدعوى وليس وقت نشوء الحق أو المركز القانوني محل النزاع وتجدر الاشارة إلى أن حالية النظام العام تعتبر مسألة في غاية الاهمية وقد انتبه القضاء والفقه إليها كثيرا على اعتبار انها تصنع حداً فاصلاً بين المفهوم السابق لفكرة النظام العام والمفهوم الجديد في ظل التطور والتغير المستمر لهذه الفكرة،[٤٩] ذلك لان النظام العام متطور ونسبي في الزمان والمكان.[٥٠]وهذا الشرط يعتبر أثراً لآنية النظام العام ونسبيته من حيث الزمان، فالعبرة من تحديد ما يعد من النظام العام وما يعد مخالفا له هو وقت نظر الدعوى وليس وقت نشوء الحق وهو ما ذهب إليه القضاء الفرنسي في مجموعة من القضايا ومنها قضية " تبني" سنة ١٩٣٦ التي تتلخص وقائع هذه القضية في أن فرنسيين تبنيا اطفال وهما خارج فرنسا قبل عام ١٩٢٣ وكان القانون الفرنسي يشترط في ذلك الوقت لصحة التبني أن يكون الزوجان قد بلغا من السن ما يجعلهما يائسين من الانجاب، ولما صدر في عام ١٩٢٣ قانون يجيز التبني حتى لمن لم يبلغ سن اليأس من الانجاب، طعنا أمام محكمة باريس في صحته على أساس مخالفته للنظام العام في وقت التبني لإن الزوجين كانا شابين ،الا أن المحكمة رفضت الطعن على أساس أن مثل هذا التبني لم يعد مخالفا للنظام العام وقت رفع الدعوى.[٥١] ويترتب على شرط حالية النظام العام عدة آثار لعل من أبرزها، إذا كان المركز القانوني الذي نشأ طبقا لقانون أجنبي مختص وكان مخالفا للنظام العام في قانون القاضي عند نشوء النزاع ومن ثم تغير بعد ذلك قانون القاضي وأصبح ذلك المركز القانوني لا يصطدم ومقتضيات النظام العام عند النظر في النزاع فلا يمكن للقاضي ان يعتد بالمخالفة السابقة ويؤثر بالدفع بالنظام العام، كذلك يترتب على هذا الشرط ان الروابط القانونية القائمة في ظل القانون القديم المخالف لمفهوم النظام العام تخضع للقانون الجديد.[٥٢]ومما تقدم يستطيع القاضي الوطني عند توفر هذه الشروط الامتناع عن تطبيق القانون الاجنبي لمخالفته للنظام العام في قانونه الوطني وهذه الشروط اخذت بها اغلب الدول والتشريعات المقارنة. أن الفقه اللبناني على الرغم من تأكيده على دور النظام العام الوطني كأداة لاستبعاد القانون الاجنبي اذا كان مضمون هذا القانون يختلف مع الاسس الجوهرية في مجتمع قاضي النزاع، وإن المحكمة ملزمة باستبعاد القانون الاجنبي المخالف للنظام العام الوطني كما لو كان الحكم الذي جاء به القانون الاجنبي يتعارض مع مجموعة من المبادئ الجوهرية، كمبدأ حرية الدفاع او حرية الزواج او اي مبدأ من المبادئ والقيم الاساسية التي يقوم عليها المجتمع في لبنان،[٥٣] الا انه اختلف في تحديد شروط النظام العام الوطني المانع من تطبيق القانون الاجنبي فمنهم من حدد التعارض في محور محصور بالمصالح العامة للدولة والمصالح الحيوية كالقوانين

التي تخل بالسياسة النقدية، والبعض الاخر يرى ان التعارض يحصل بين القانون الاجنبي واللبناني عند التعارض بين المعتقدات المشتركة للمجتمع الانساني كما في مبادئ القانون الطبيعي بغية المحافظة على المبادئ الاساسية العليا في المجتمع، ورأي ثالث يذهب الى ان سبب استبعاد القانون الاجنبي هو المخالفه للسياسة التشريعية في البلد، بينما رابع يتبنى فكرة الدفع بالنظام العام كمانع لتطبيق القانون الاجنبي لأنه يحتوي على نظم قانونية غير معروفة في قانون القاضي كالقانون الامريكي الذي يسمح بنظام التبني.[٥٤] ترى الباحثة إن الفكرة الاساسية لكل ما طرح اعلاه هو ان القانون الاجنبي يجب ان يستبعد متى ما كان يتعارض مع الافكار الاساسية السياسية والاقتصادية والخلقية والاجتماعية والفكرية لمجتمع معين وهذا يعتبر معياراً موضوعياً عاماً ودليلاً لفكرة النظام العام يستعين بها القاضي لامتناعه عن تنفيذ حكم أجنبي.اما على صعيد القانون الامريكي فإن الاحكام الاجنبية القضائية تعامل معاملة الاحكام القضائية الامريكية، ونجد ذلك بموقف المعهد الامريكي للقانون الذي نشر مدونة قانونية تعرف باسم مدونة قانون العلاقات الأجنبية التي تقدم هذه المدونة فائدة كبيرة وتم اعتمادها من الكونغرس كمدونة تشريعية لشروط تطبيق القانون الأجنبي وموانع تطبيقه؛ لأنها تقدم موقف النظام القانوني الامريكي بما يتعلق بالتطبيق والتنفيذ والاعتراف بالأحكام الاجنبية في الولايات المتحدة الامريكية.[٥٥] اما شروط تطبيق القانون الأجنبي والاحكام الأجنبية، فأولها: ان يكون القانون أو الحكم نهائيا من المحكمة الاجنبية وتعترف المحكمة الامريكية بهذا الحكم. وثانيهما: عدم التعارض مع النظام العام وتشير المدونة الى ان القانون القضائي الاجنبي إذا كان مستند على قوانين عنصرية فلا يجوز الاعتراف به في الولايات المتحدة الاميركية.[٥٦] **ونرى هنا:** ان الشرط الجوهري للدفع بالنظام العام كمانع من تطبيق القانون الأجنبي هو شرط المساس بمصلحة عليا للدولة التي ينتمي اليها القاضي، ايً كانت هذه المصلحة مادامت تؤدي الى خدش الشعور العام للمجتمع ومادام تطبيق القانون الاجنبي قد يؤثر تأثيرا سلبياً على هذا المجتمع، بشكل يدخل معه ما لا يكون من كينونة هذا المجتمع مما يؤدي الى اختلال توازنه وعدم استيعابه لهذا التغيير. وكما ذكرنا اننا نرجح الاتجاه الحديث الذي يقول بعدم تدخل القواعد الآمرة دائماً بالنظام العام فليس كل قاعدة آمرة هي من النظام العام، ولو كانت القواعد الوطنية لا يسمح بمخالفتها بتاتاً لما سمح كل مشرع بضرورة تطبيق القانون الاجنبي في بعض الاحيان عن طريق قواعد الاسناد، فالقانون الاجنبي بحد ذاته هو مخالفة للقواعد الآمرة فلا ضرورة لهذا الاختلاف الا إذا تعلقت القواعد الامرة بمصلحة عليا للدولة التي ينتمي اليها القاضي.

الخاتمة

أولًا: الاستنتاجات/

١. إن النظام العام في تنازع القوانين له أدوار وصور متعددة، فهو لا يقتصر على فكرة النظام العام كمانع من موانع تطبيق القانون الأجنبي، وانما نتملس وجود النظام العام في كل قاعدة قانونية او ذات تطبيق ضروري ترتبط بالنظام العام في نطاق تنازع القوانين.

٢. إن للنظام العام مفهوم فضفاض واسع لايمكن حصره وفق معايير محدد صارمة واضحة، مما جعل الفقه والقضاء والتشريعات تختلف في تعريفه اختلافاً معيارياً، انعكس على القانون الدولي الخاص.

٣. إن للنظام العام دور إيجابي وقائي يتمثل في قدرة المحكمة من حماية النظام العام في نطاق تنازع القوانين من خلال استبعاد القانون الأجنبي استبعاد كلي او جزئي.

٤. يختلف النظام العام الوطني عن الأجنبي باختلاف شروطه الداخلية او الخارجية، التي يجب ان تتوفر حتى يمكن ان نعرف نوع النظام العام.

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

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

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

ثانيًا: المقترحات:

١. نقترح على المشرّع العراقي حتى يتمكن من إعادة بناء فلسفة النظام العام، إخراج الأحكام الخاصة بمسائل التنازع القوانين من القانون المدني، وتنظيمها بقانون خاص مستقل مثلما فعل مع قانون الإثبات، يتولى تنظيم المسائل الخاصة بتنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، وغيرها من موضوعات هذا القانون في ضوء المنهج الحديث، فقد آن الأوان لكي يرى هذا القانون النور مستندًا في تنظيمه لأحدث التشريعات المقارنة والاتفاقيات الدولية.

٢. نتمنى على المشرّع العراقي إعادة النظر في أحكام المادة (١٤، ١٥) من القانون المدني والأحكام القانونية الواردة في قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية رقم ٣٠ لعام ١٩٢٨ في ضوء نظرية الحل الوظيفي من خلال منح القاضي العراقي سلطة تقديرية للتخلي عن الاختصاص القضائي فيما إذا اتضح أن المحكمة الأجنبية أقدر على الفصل في النزاع من ناحية فاعلية الأحكام التي تصدرها.

المصادر

أولا: الكتب القانونية.

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

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

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

٤. ابو العلا النمر، مقدمة في القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين)، دار الكتب القانونية، مصر ٢٠٠٢.

٥. ابو العلا النمر، مقدمة في قانون الإجراءات المدنية والدولية، دار النهضة العربية، سنة الطبع بلا .

٦. أحمد السيد الصاوي. رمزي سيف، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، بلا دار نشر ، سنة ١٩٦١م .

٧. حسن محمد الهداوي وغالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص) تنازع القوانين(، دار المكتبة القنونية . بغداد.٢٠١٧/٢٠١٨م.

٨. حسن الهداوي، الجنسية ومركز الاجانب واحكامهما في القانون العراقي، جامعة بغداد، بغداد ، .1972

٩. حسن الهداوي، الجنسية ومركز الأجانب وأحكامهما في القانون العراقي، بغداد، ١٩٧٢.

١٠. حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، منشورات الحلبي، ٢٠٠٥م. فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وآثار الأحكام الأجنبية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٤.

١١. حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت – لبنان،.2003

١٢. خليل جريج، النظرية العامة للموجبات ، الجزء الثاني ، مصادر الموجبات المتصلة بالإرادة، منشورات صادر الحقوقية ، ٢٠٠٠.

١٣. عباس العبودي، القانون الدولي الخاص، دار السنهوري،٢٠١٥م.

١٤. عبد الباقي البكري وزهير البشير، الحقوق العينية، ج١، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٢م.

١٥. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مج،٣.

١٦. عبد الرسول عبد الرضا الاسدي، القانون الدولي الخاص، دار السنهوري، بيروت، ٢٠١٧.

١٧. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، مصادر الالتزام.

١٨. عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، منشورات زين الحقوقية, ٢٠١١م.

١٩. عبير ربحي شاكر، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، لايوجد دار للنشر، ٢٠٠٧.

٢٠. عدنان باقي لطيف، تنازع القوانين في مسائل الاهلية والعامة دراسة تحليلية مقارنة، دار النهضة العربية، ٢٠١٧.

ثانيا: البحوث

١. إبراهيم خالد يحيى، تضييق نطاق النظام العام لمصلحة القانون الأجنبي في سياق القانون الدولي الخاص، بحث منشور في مجلة الشارقة للعلوم القانونية، المجلد ١٦، العدد ٢، ٢٠١٩.

٢. بلاق محمد، دور النظام العام في تطبيق قانون القاضي، بحث منشور مجلة البحوث العلمية في التشريعات البيئة، مجلد١١، ٢٠٢١.

٣. جهاد محمد الجراح، تعطيل أثر قاعدة الاسناد في تطبيق القانون الأجنبي اعمالاً للدفع بالنظام العام في القانون الأردني دراسة مقارنة، مجلد (١٢)، العدد (٤)، المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، ٢٠٢٠م.

٤. حمد عبد الكريم سلامة، مسائل الاجراءات في الخصومة المدنية الدولية ، العدد ٣٤، المجلة المصرية للقانون الدولي ، ١٩٨٦م.

٥. ختام عبد الحسن، موانع تطبيق القانون الأجنبي، مجلة الكلية الإسلامية الجامعية بالنجف العراق، مجلة علمية، اقتصادية، محكمة، العدد ٢٠، ٢٠٢٠.

٦. خير الدين كاظم الامين ، سلطة القاضي التقديرية في القانون الدولي الخاص، المجلد ١٥ ، العدد ٢ مجلة جامعة بابل للعلوم الانسانية ، ٢٠٠٨م.

خير الدين كاظم الأمين، دور القضاء في العلاقات الخاص جهاد محمد الجراح، تعطيل أثر قاعدة الاسناد في تطبيق القانون الأجنبي اعمالاً للدفع بالنظام العام في القانون الأردني

ثانياً: المراجع الأجنبية.

أ: المصادر الفرنسية.

1. Belle -Metzger: L'Arbitrage international dans le nouveaux code de prendre civile, R, Crit, 1981.
2. Bernard Audit: Droit international privé, 3e édition, Economica 2000.
3. Bernard Audit: international privé, 3e édition économico, paris, 2000.
4. D: Hafiza El Haddad: Le problème des questions préalables en droit international privé, thèse pour le Doctorat Etat en Droit, Nice, 1984.
5. Desbois: propriété Littéraire et artistique, Droit international privé, paris, 1993.
6. Francescakis: La théorie du renvoi et le conflit de systèmes en droit international privé, paris, Sirey, 1958.
7. François Mélin, Droit international privé, cabah, Alger, édition, 2004.
8. François Mélin, Droit international privé, Casbah, Alger, édition, 2004.
9. G. Khairallah: les suretés mobilières en Droit international privé, paris, 1982.
10. Helene Gaude ment- Tallon, Inutilisation des règles de conflit a caractère Substantiel dans les conventions internationales, Mélanges en I honneur de Yvon Loussouarn, Dalloz, 1994. .
11. Lalive: "cours général de droit international privé ". Rec. des Cours, La Haye 1977, T155.

ب. المصادر الانكليزية.

1. Robertson: characterization in conflict of Laws, Cambridge Harvard university pres, 1984.
2. Gotlib: The incidental Question revisited Theory and practice in the conflict of laws, 1977.

ثالثاً: مواقع الأنترنت.

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

رابعاً:

سادساً: القوانين والأنظمة.

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

هوامش البحث

[١]. أحمد عبد الكريم سلامة، التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ص٤٠٨.

[٢]. غالب علي الداوودي و حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين، العاتك، القاهرة – مصر، ٢٠١١، ص١٧٦.

[٣]. صلاح الدين جمال الدين، فكرة النظام العام في العلاقات الخاصة الدولية بين القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية، ط١، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٤، ص٢١.

[٤]. عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين (دراسة مقارنة)، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٠٢، ص٥٠٧.

[٥]. حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص٢٩٦.

[٦]. غالب علي الداوودي، القانون الدولي الخاص (دراسة مقارنة)، دار وائل للنشر، ط٥، ٢٠١٠، ص٢٣٥.

[٧]. Wery Patrick, Droit des obligations: V. I, theorie generale des contrats, d. Larcer, Bruxelles, 2010, p278.

David P, Stewart, New Directions in Private International Law, Agenda Internacional, vol, 2017, p.285.٠١

[٩]. philippe Malaurie, L'ordre public et le contrat (Etude de droit civil compare France Angleterre,URSS), these de doctorat, paris, Matot-Braine,1953,p69.

3.Malaurie OP.CIT. p.70.

[١١]. Henre Capitan, "introduction a l'etude de droit civil" 01 ere edition, libraire de la court d'appel, paris, 1925, p60.

[١٢]. حسين عبد الله الكلابي، النظام العام العقدي (دراسة مقارنة)، الطبعة الاولى، دار السنهوري، ٢٠١٦، ص٤٢.

[١٣]. Ghestin Jaques, Traite de droit civil, La formation du contract, editions L.G.D.J, Paris 1996, p27..

[١٤]. عبد القادر علاق، إشكالية تحديد مفهوم النظام العام، بحث منشور في مجلة معهد العلوم القانونية والادارية، المجلد العاشر، العدد الرابع، ٢٠١٩، ص٥.

[١٥]. Alex Mills, The Dimensions of Public Policy in Private International Law, Vol: 201, (2008) 4, Journal of Private International Law, 2008, p1.

[١٦]. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد؛ نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان،٢٠٠٠، ص، ٣٩٩.

[١٧]. مصطفى العوجي، القانون المدني، العقد، مع مقدمة في الموجبات المدنية، مصدر سابق، ص ٤٣٩.

[١٨]. هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ٢٠٠٤، ص١٩٥-١٩٦.

[١٩]. فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، ط الجديدة، دمشق١٩٨٦، ص١٤٧ومابعدها.

[٢٠]. حسن كيرة، المدخل إلى القانون، الطبعة الخامسة، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، ص٤٧.

[٢١]. عبد القادر علاق، اشكالية تحديد مفهوم النظام العام، مصدر سابق، ص٦.

[٢٢]. عبد الرسول عبد الرضا الاسدي، القانون الدولي الخاص، دار السنهوري، بيروت، ٢٠١٧، ص٣٥٥.

[٢٣]. منال بوروح، النظام العام والعقد، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق/ جامعة الجزائر،٢٠١٩، ص٥٨.

[٢٤]. المادة (٣٢) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ نصت على (لا يجوز تطبيق احكام قانون أجنبي قررته النصوص السابقة إذا كانت هذه الاحكام مخالفة للنظام العام او للآداب في العراق).

[٢٥]. عدّد المشرع الاردني بعض صور النّظام العام في قانونه المدني من خلال المادة ١٦٣ التي نصّت على أنه: " ويُعد من النّظام العام بوجه خاص، الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية، كالأهلية والميراث، والأحكام المتعلقة بالانتقال، والإجراءات اللازمة للتّصرّف في الوقف والعقار والتّصرّف في مال المحجور، ومال الوقف، ومال الدولة، وقوانين التّسعير الجبري، وسائر القوانين التي تصدر لحاجة المستهلكين في الظروف الاستثنائية".

[٢٦]. قانون الموجبات والعقود الصادر في ٩ إذار سنة ١٩٣٢.

[٢٧]. بينت ديباجة القانون في ان (قانون باتريوت الأمريكي (المعروف باسم قانون باتريوت) كان قانونًا تاريخيًا لكونغرس الولايات المتحدة، وقعه الرئيس جورج دبليو بوش ليصبح قانونًا. الاسم الرسمي للنظام الأساسي هو توحيد وتقوية أمريكا من خلال توفير الأدوات المناسبة المطلوبة لاعتراض وعرقلة الإرهاب (USA PATRIOT) لعام ٢٠٠١، وهو قانون يتضمن تطوير أنظمة المراقبة والارصاد والتكنلوجيا العسكرية). للتفصيل ينظر.

- UNITING AND STRENGTHENING AMERICA BYPROVIDING APPROPRIATE TOOLS REQUIRED TO INTERCEPT AND OBSTRUCT TERRORISM (USA PATRIOT ACT) ACT OF 2001.act.

[٢٨]. قرار باتريوت او قانون سلطات الحرب المعروف أيضًا باسم قرار سلطات الحرب لعام ١٩٧٣ أو قانون صلاحيات الحرب، (٥٠ USC الفصل ٣٣) هو قانون فيدرالي يهدف إلى التحقق من سلطة الرئيس الأمريكي في إلزام الولايات المتحدة بنزاع مسلح دون موافقة الكونجرس الأمريكي. تم تبني القرار في شكل قرار مشترك للكونغرس الأمريكي. وينص على أنه لا يمكن للرئيس إرسال القوات المسلحة الأمريكية للعمل في الخارج إلا بإعلان الحرب من قبل الكونجرس، "التفويض القانوني"، أو في حالة الطوارئ الوطنية الناتجة عن الهجوم على الولايات المتحدة أو أراضيها أو ممتلكاتها أو قواتها المسلح.

- AUTHORIZATION FOR USE OF MILITARY FORCE AGAINST IRAQ RESOLUTION OF 2002 act.

[٢٩]. قانون سلطات الطوارئ الاقتصادية الدولية (IEEPA)، هو قانون اتحادي أمريكي يخول الرئيس تنظيم التجارة الدولية بعد إعلان حالة الطوارئ الوطنية عند حدوث تهديد غير عادي على الولايات المتحدة يكون مصدره من الخارج. تم التوقيع على القانون من قبل الرئيس جيمي كارتر في ٢٨ ديسمبر ١٩٧٧.

- Peters, Gerhard; Woolley, John T. "Jimmy Carter: "Presidential War Powers Bill Statement on Signing H.R. 7738 Into Law.," December 28, 1977". The American Presidency Project. University of California – Santa Barbara.p28.

[٣٠] . فقد قدم القضاء الجزائري تعريفا للنّظام العام بموجب قرار قضائي صدر سنة ١٩٨٢، حيث عرّفه بأنه " لفظ النّظام العام يعني مجموع القواعد اللازمة لحماية السلم الاجتماعي والواجب توفرها كي يستطيع كل ساكن ممارسة جميع حقوقه السياسية عبر التّراب الوطني في إطار حقوقه المشروعة. وكذلك القضاء القطري قد عرف النظام العام في قرار صادر عن محكمة التمييز القطرية بأن "النظام العام يعني مجموعة المبادئ الأساسية التي ترعى النظام السياسي، والتوافقات الاجتماعية، والقواعد الاقتصادية، والقيم الأخلاقية التي يقوم عليها كيان المجتمع، ويتحقق بها الصالح العام". وإن انصهر مفهوم النظام العام في الأغلب الأعم ضمن نص تشريعي، إلا أنه لا يضيق بتلك النصوص، بل يتسع ليشكل مفهوماً مطلقاً قائماً بذاته. فإذا ما تضمن نص تشريعي لقاعدة آمرة أو ناهية تتصل بأحد تلك الأسس، وتتوخى المصلحة العامة لا مصلحة الأفراد، فلا يجوز التحلل منها، أو إهدارها، باعتبارها أصون لتلك المصالح المرتبطة بها، وأدعى إلى تنحية المصلحة الفردية التي تناقضها، بوصفها واقعة في المجال الطبيعي للنظام العام، الذي يتحدد نطاقا ومفهوماً على ضوء تلك العوامل الأساسية للمجتمع. إعلاء للصالح العام وتغليبه، فيضحى كل التزام انصب محله على مناهضة تلك القاعدة، أو أبرم لسبب يتعارض معها، باطلاً بطلاناً مطلقاً إعمالاً لنص المادتين ١٥١، ١٥٥ من القانون المدني، فينعدم معه وجوداً – من الناحية القانونية– العقد المبرم على خلاف تلك القاعدة، وهو انعدام لا تتعدد مراتبه أو تتدرج، بل هو درجه وأحدة لا تفاوت فيها. يعود به المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها عند التعاقد، ما لم يكن ذلك مستحيلاً، فيجوز عندئذ الحكم بتعويض عادل إن كان له مقتضى 2– تحديد مفهوم النظام العام هو مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة التمييز بحسبانها القيمة على احترام وحماية المبادئ العامة التي يقوم عليها النظام القانوني .بالنسبة للقضاء الجزائري: الغرفة الإدارية لمحكمة قضاء الجزائر بتاريخ ١٧ يناير ١٩٨٢، نقلاً عن: عليان عدة، فكرة النّظام العام وحرية التعاقد في ضوء القانون الجزائري والفقه الإسلامي، أطروحة مُقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، السنة الجامعية، ٢٠١٥ – ٢٠١٦، ص٣١. وبالنسبة للقضاء القطري ينظر: محكمة التمييز القطرية – الدائرة المدنية والتجارية، رقم ٢٠١٥/٣٤٨ في ٢٠١٥/١١/١٧ منشور على موقع وزارة العدل القطرية على الرابط https://www.almeezan.qa/RulingView.aspx?opt&RulID=1591&language=ar .

[٣١]. محكمة التمييز اللبنانية المدنية، الغرفة الاولى، قرار رقم ١ تاريخ ٩/٣/١٩٨٢، مجلة العدل، ص٥.

[٣٢]. قاسم حسن قاسم، النظام العام في التشريع اللبناني، مصدر سابق، ص١٩.

[٣٣] . قرار تمييزي رقم (١٤٤\ ١٢٢٧ في ٢٠١٧\١٣\١١) الدائرة الموسعة\ الأحوال الشخصية ، مجلة القضاء، العدد الرابع والعشرون، مجلس القضاء الأعلى العراقي،٢٠٢٠، ص٤١٨.

[٣٤] . عباس العبودي، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص٨٨.

[٣٥]. يونس صلاح الدين علي، القانون الدولي الخاص، منشورات زين الحقوقية، ط١، بيروت–لبنان، ٢٠١٦، ص٢٧٥.

١. منير عبد المجيد، تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٩٢، ص٢٠.

[٣٧]. سامي بديع منصور وعكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٩٥، ص٦٦ وما بعدها.

[٣٨]. عبد الرسول عبد الرضا الاسدي، القانون الدولي الخاص، دار السنهوري، بيروت، ٢٠١٧، ص٢٤٦.

[٣٩]. عبد الرسول عبد الرضا الاسدي، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص٢٤٧.

[٤٠]. زاير فاطمة الزهراء، النظام العام في النزاعات الدولية الخاصة المتعلقة بالأحوال الشخصية، رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة ابي بكر بلقايد،٢٠١١، ص٣٥.

[٤١]. عباس علي سلمان، النظام العام وأثره في مسائل الاحوال الشخصية، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون– جامعة بغداد، ٢٠٢٠، ص٦٧–٦٦.

[٤٢]. حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص٣٠٥.

٢. قرار رقم (١١٣١٣\ مدنية\ ٢٠١٦) مجلة القضاء، العدد الرابع، المجلد الأول، ص٣٢٧.

[٤٤]. إبراهيم خالد يحيى، تضييق نطاق النظام العام لمصلحة القانون الأجنبي في سياق القانون الدولي الخاص، بحث منشور في مجلة الشارقة للعلوم القانونية، المجلد ١٦، العدد ٢، ٢٠١٩، ص١٥.

[٤٥]. احمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، الطبعة الاولى، دار النهضة العربية، ٢٠٠٨، ص٧٨٣.

[٤٦]. حفيظه السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص٢٦٥.

[٤٧]. احمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص٧٨٣.

[٤٨]. محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، الطبعة الاولى، دار الثقافة للتوزيع والنشر، عمان، الاردن،١٩٦٩، ص٢٦٢.

١. محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص٢٦٣.

[٥٠]. عكاشة محمد عبد العال، الاجراءات المدنية والتجارية الدولية في دولة الامارات العربية المتحدة – دراسة مقارنة، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٠، ص٢٩٠.

[٥١]. محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص٢٦٣.

[٥٢]. محمد صالح ملفي، أثر النظام العام في استبعاد القانون الاجنبي الواجب التطبيق، بحث منشور في مجلة جامعة الزيتونة الاردنية للدراسات القانونية، المجلد٣، العدد٣، ٢٠٢١، ص٩٤.

[٥٣]. سامي بديع منصور، دروس في القانون الدولي الخاص، بدون اسم الناشر، بيروت، ١٩٩٩، ص ١٥٥.

[٥٤]. سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص المضمون الواسع المتعدد الموضوعات، الطبعة الاولى، لبنان، بيروت،٢٠٠١، ص٧٣٤.

[٥٥]. تم إقرار المدونة كمجموعة تشريعية في عام ١٩٩٠ من قبل الكونغرس الأمريكي للتفصيل ينظر ديباجة المدونة.

- Restatement of the law foreign law of the united states (tentative 1983-1).

[٥٦]. Wery Patrick, Op.CIT.p284 .