



Journal of

STEPS

for Humanities and Social Sciences

Volume 1 | Issue 3

Article 16

The effect of the rules of public order in disturbing legal security (Comparative legal study)

Omer Hazem Bura Al-Fahdawi
Tikrit University, Iraq

Mohammed Subhi Khalaf Al-Juboary
Tikrit University, Iraq

Follow this and additional works at: <https://www.steps-journal.com/jshss>



Part of the Arts and Humanities Commons, Business Commons, Education Commons, Law Commons, and the Political Science Commons



This work is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial-No Derivative Works 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/).

Recommended Citation

Al-Fahdawi, Omer Hazem Bura and Al-Juboary, Mohammed Subhi Khalaf (2022) "The effect of the rules of public order in disturbing legal security (Comparative legal study)," *Journal of STEPS for Humanities and Social Sciences*: Vol. 1 : Iss. 3 , Article 16.

Available at: <https://doi.org/10.55384/2790-4237.1078>

This Original Study is brought to you for free and open access by Journal of STEPS for Humanities and Social Sciences (STEPS). It has been accepted for inclusion in Journal of STEPS for Humanities and Social Sciences by an authorized editor of Journal of STEPS for Humanities and Social Sciences (STEPS).

تأثير قواعد النظام العام في الاخلال بالأمن القانوني (دراسة قانونية مقارنة)

عمر حازم برع*

أ.م.د محمد صبحي خلف

تاريخ القبول: 2022/08/12

تاريخ الاستلام: 2022/04/21

المستخلص

من المسائل المعقدة في القانون الدولي الخاص هي فكرة النظام العام حيث يكاد يكون الاتفاق بين الفقهاء معدوماً على تبني ضابط مستقر للنظام العام، كما خلت نصوص القوانين في اكثر الدول على ايراد تعريف جامع لهذه الفكرة، ورغم ذلك فإنه لا خلاف على مفعول النظام العام كدفع لاستبعاد القانون الاجنبي الواجب التطبيق في حالة تعارضه مع المفاهيم الاساسية في دولة القاضي، بحجة انتفاء الاشتراك القانوني ما بين قانون القاضي والقانون الاجنبي المختص، ويثير القاضي الدفع بالنظام العام مهما كانت جنسية اطراف العلاقة، كما لا يستبعد من القانون الاجنبي سوى احكامه المخالفة للنظام العام.

يلعب النظام العام دوراً أساسياً في تشكيل النظام القانوني لكل دولة، حيث يتواجد في داخله مجموعة من القواعد الاساسية التي يتعين تطبيقها على الافراد بصورة آمرة، ومن الملاحظ ان هذه الفكرة ليست فكرة ثابتة فهي تخضع للتطور السائد في الدولة من النواحي السياسية والاجتماعية والاقتصادية، كما تتميز القواعد المتعلقة بالنظام العام بعدم جواز اتفاق الافراد على ما يخالفها، وبهذا تكون هذه الفكرة بمثابة "صمام الامان" الذي يحمي الاسس الجوهرية في المجتمع.

كما يرمي النظام العام في اطار العلاقات الداخلية والدولية ذات العنصر الاجنبي الى تحقيق هدف رئيسي واحد هو حماية النظام القانوني الوطني وتدعيم قوانين الدولة الاساسية، ان فكرة النظام العام هي فكرة مرنة وقابلة للتغيير ويسودها الغموض، نظراً لخضوع هذه الفكرة للتطور الحاصل في قوانين الدول المختلفة، فما يعد متعلقاً بالنظام العام في قانون دولة، لا يعد بالضرورة كذلك في دولة اخرى، وما يعد متعلقاً بالنظام العام في زمن ما، لا يعد بالضرورة كذلك في وقت لاحق، لذلك يصعب اعطاء تعريف محدد ومنضبط لهذه الفكرة، ولهذا السبب يؤكد الفقه ان العبرة في تقدير مدى تعلق الامر بالنظام العام من عدمه هي بوقت نظر الدعوى، وليس بالوقت الذي نشأ فيه المركز القانوني محل النزاع.

الكلمات المفتاحية: النظام العام. تنازع القوانين. الامن القانوني. الاخلال.

* طالب دراسات عليا، كلية الحقوق، جامعة تكريت، العراق.

Omerhazem1997@gmail.com

The effect of the rules of public order in disturbing legal security (Comparative legal study)

*Omer Hazem Bura Al-Fahdawi, *College of Rights, Tikrit University, Iraq*

Mohammed Subhi Khalaf Al-Juboary, *College of Rights, Tikrit University, Iraq*

Received: 21/04/2022

Accepted: 12/08/2022

Abstract

One of the complex issues in private international law is the idea of public order, where there is almost no agreement between jurists on the adoption of a stable officer of public order, and the texts of laws in most countries did not include a comprehensive definition of this idea, and despite that, there is no dispute over the effect of public order as a push to exclude The applicable foreign law in case it conflicts with the basic concepts in the judge's country, under the pretext that there is no legal participation between the judge's law and the relevant foreign law. The public order plays a key role in shaping the legal system of each state, as there is within it a set of basic rules that must be applied to individuals in a peremptory manner. Rules related to public order that it is not permissible for individuals to agree on what contradicts them, and thus this idea serves as a "safety valve" that protects the fundamental foundations of society. It also aims public order within the framework of internal and international relations with a foreign element to achieve one main goal, which is the protection of the national legal system and the strengthening of the basic laws of the state. What is related to public order in the law of a state is not necessarily considered the same in another country, and what is related to public order at a certain time is not necessarily so at a later time, so it is difficult to give a specific and disciplined definition of this idea, and for this reason jurisprudence confirms that the lesson in the assessment of whether or not the matter is related to public order is at the time of hearing the case, and not at the time when the legal center in question arose.

Keywords: General system, conflict of laws, legal security, breach

المقدمة

قد ينعقد الاختصاص للقانون الاجنبي بحكم النزاع بموجب قاعدة الاسناد الوطنية التي تشير بتطبيقه بوصفه القانون الانسب لحكم العلاقة الخاصة الدولية، او القانون الذي اختاره الاطراف غير ان مضمون القانون المشار اليه يتعارض مع الاسس الجوهرية في دولة القاضي وبالتالي فيتم استبعاد القانون الاجنبي، حيث يلعب النظام العام في مجال تنازع القوانين دوراً هاماً كأداة لاستبعاد القانون الاجنبي الذي أشارت اليه قاعدة الاسناد او القانون الذي اتفق عليه أطراف العقد، اذ يعتبر النظام العام من اهم القيود الواردة في التشريعات الحديثة على ارادة الاطراف العقدية في مجال العلاقات الخاصة الدولية، وهنا يبرز الدور المخل للنظام العام في الاخلال بتوقعات الاطراف والامن القانوني بالنسبة للحقوق التي اكتسبت في الخارج، الامر الذي يتطلب التخفيف من حدة النظام العام وتلطيف هذه الفكرة على نحو يحقق قدر من الامن القانوني لحقوق الاطراف في الخارج، وعلى الرغم من صعوبة تحديد وضبط مدلول هذه الفكرة فقد ذهب رأي فقهي الى وضع ضوابط عامة يتم بموجبها تحديد هذه الفكرة، اذ عرفها " هي القواعد التي تتعلق بأصل اسس النظام الاجتماعي او السياسي لدولة ما في وقت معين"، كما عرفها رأي ثانٍ على انها " الوسيلة التي تؤدي الى حماية المصالح العليا العامة سياسية او اجتماعية او اقتصادية او اخلاقية او دينية تتعلق بنظام المجتمع الاعلى وتعلو على مصلحة الفرد، كما يجب على القاضي الا يقف بالأمر عند البحث عن مضمون القانون الاجنبي، بل يجب عليه ان يبحث في الاثر المترتب عن اعمال القانون الاجنبي المختص الواجب التطبيق، حيث يترك للقاضي بحث كل حالة على حدة للوقوف على ما اذا كان القانون الاجنبي يخالف مقتضيات النظام في دولته ام لا، وبذات الصدد يذهب رأي فقهي ثالث الى تعريف النظام العام على انه " الكيان السياسي والاجتماعي والاقتصادي لهذه الدولة بما يقوم عليه هذا الكيان من معتقدات تتعلق بالأمن والحرية والديمقراطية ومعتقدات اجتماعية تتعلق بالمساواة امام القانون او احترام افكار دينية اساسية معينة او عقائد مذهبية اقتصادية كالاشرافية او الرأسمالية او محوها من المذاهب والافكار الاقتصادية كالعادلة الاجتماعية وتكافؤ الفرص وغير ذلك، ومن هذا المنطلق يرى الباحث بأن النظام العام في مجال تنازع القوانين يعتبر نقطة تفتيش كمركية لمضمون القانون الاجنبي المختص واجب التطبيق ووسيلة اساسية لتقييم القانون الاجنبي قبل منح تأشيرة الدخول لدولة القاضي.

مشكلة البحث

تكمن مشكلة البحث في بيان أثر النظام العام في الاخلال بتوقعات الاطراف والامن القانوني في اطار العلاقات الخاصة الدولية وذلك باستبعاد القانون الاجنبي المختص بموجب قاعدة الاسناد، لا سيما ان هذه الفكرة نسبية ومتغيرة فمن الصعب ضبط مدلول هذه الفكرة وتوقع محتواها.

أسباب اختيار البحث

ان النظام العام في القانون الدولي الخاص من المواضيع المعقدة والتي تستخدم كدفع لاستبعاد القانون الاجنبي الواجب التطبيق على العلاقات ذات العنصر الاجنبي، وازدياد التعامل في الروابط التجارية العابرة للحدود، الامر الذي يتطلب توفير قدر من المرونة لحماية مصالح تلك الاطراف وجلب الاستثمارات للاقتصاد الوطني.

أهداف البحث

ان الهدف الرئيسي هو التخفيف من حدة النظام العام في العلاقات العابرة للحدود، وذلك بتوفير عدالة في الحلول لتلك العلاقات بما يضمن حماية توقعاتهم المشروعة والاعتراف بالحقوق والمراكز القانونية التي تم انشائها في الخارج ويراد الاعتراف بها في الداخل.

منهجية البحث

ان المنهج المتبع في البحث هو المنهج التحليلي وذلك بتحليل آراء الفقهاء والنصوص القانونية وبيان الرأي السليم فيها، والمنهج المقارن بين التشريعات الجرمانية كالقانون الالمانى واللاتينية، وموقف التشريع العراقي منها، وتعزيز البحث ببعض التطبيقات القضائية ذات الصدد.

خطة البحث

قسنا هذه الخطة الى مطلبين، حيث المطلب الاول تناول أثر قواعد النظام العام في الاخلال بالأمن القانوني، والى ثلاث فروع، حيث الفرع الاول الاثر السلبي، والفرع الثاني الاثر الايجابي، والفرع الثالث الاثر الانعكاسي، اما المطلب الثاني تناولنا فيه الدور المخفف للنظام العام وأثر هذا الدور في حماية توقعات الاطراف.

المطلب الاول

أثر قواعد النظام العام في الاخلال بالأمن القانوني

ان قواعد النظام العام في دولة القاضي يرتب عليها آثار مهمة في منع تطبيق الاحكام الموضوعية للقانون الاجنبي المختص الذي اشارت اليه قاعدة التنازع الوطنية او الذي اختاره الاطراف، عند مخالفة القانون الاجنبي للأسس الجوهرية في دولة القاضي، وان الوقوف عند اثر المنع والاكتفاء به يؤدي الى وضع النزاع في حلقة فارغة مما يشكل مساساً وانكاراً للعدالة، ولتحاشي هذه النتيجة يلزم فض النزاع وفق قانون يحل محل القانون المستبعد [1].

لهذا فإن الدفع بالنظام العام يرتب عدة آثار، اثر سلبي يتعلق باستبعاد القانون الاجنبي الواجب التطبيق وعدم حلول اي قانون آخر محله، و تحقق الاثر الايجابي الذي يؤكد فيه بثبوت الاختصاص التشريعي لدولة القاضي، و اثر انعكاسي يتعلق باحترام قواعد النظام العام في دولة اجنبية.

الفرع الاول

الاثر السلبي للنظام العام

يتمثل الاثر السلبي للدفع بالنظام العام باستبعاد احكام القانون الاجنبي الواجب التطبيق الذي يتعارض مع الاسس الجوهرية والمصالح العليا في دولة القاضي، ولهذا فإن الاثر السلبي يقتضي عدم تطبيق الاحكام الموضوعية للقانون الاجنبي وعدم استبدالها بقانون آخر وذلك حماية للمفاهيم الاساسية في دولة القاضي [2].

فهو يؤدي وظيفة سلبية اي يقتصر دور القاضي الوطني على استبعاد القانون الاجنبي لان قواعد النظام العام في بلده ناهية، وبالتالي يتخذ قانون القاضي موقفاً سلبياً [3]، ولهذا يظهر الاثر السلبي "الوظيفة الوقائية" للدفع بالنظام العام، حيث يحمي النظام العام الوطني من أسباب الضعف التي قد تتسرب اليه من احد الانظمة القانونية الاجنبية [4].

الا ان السؤال الذي يتبادر الى الازهان يتعلق بمدى استبعاد القانون الاجنبي الواجب التطبيق؟ هل نستبعد القانون الاجنبي برمته؟ ام يقتصر استبعاده على الجزء المخالف فقط؟ وهو محل جدل بين فقهاء القانون الدولي الخاص.

يرى جانب من الفقه بوجوب استبعاد القانون الاجنبي برمته في هذه الحالة، لان استبعاد الجزء المخالف فقط وتطبيق اجزائه الاخرى غير المتعارضة مع النظام العام يؤدي الى تجزئة القانون الاجنبي وتطبيقه

على نحو يخالف ارادة المشرع الذ وضعه، فضلاً على انه ينطوي على مخالفة لقاعدة الاسناد الوطنية التي أشارت الى تطبيقه كاملاً، لا بعض احكامه دون البعض الاخر [5].

ومستند هذا الرأي هو فكرة الاسناد الاجمالي، فطالما ان الاختصاص قد انعقد للقانون الاجنبي الواجب التطبيق، فهو كل لا يتجزأ، والامر يتعلق بالنسبة له بأن يطبق أو لا يطبق، ولا يصلح استبعاد بعض احكامه المتعارضة مع النظام العام في دولة القاضي واستبقاء البعض الاخر، لأنه يؤدي الى تفتيت وحدة ذلك القانون، فضلاً عن ذلك فعندما يضع المشرع الوطني قاعدة تنازع يكون هدفه تطبيق القانون الاكثر اتصالاً بالعلاقة والاقدر على تحقيق العدالة، وهذا الامر لا يتوفر في حالة الاستبعاد الجزئي [6].

كما يذهب رأي فقهي مفاده ان استبعاد القانون الاجنبي الواجب التطبيق يكون كاملاً اذا كان الجزء المخالف منه يرتبط ارتباطاً وثيقاً ببقية الاجزاء الاخرى، بحيث يترتب على عدم تطبيق الجزء المخالف عدم امكانية تطبيق الاجزاء الاخرى، ففي هذه الحالة يتم استبعاده كلياً، كما لو كان القانون الاجنبي يجيز العقد استناداً لسبب معين، وكان هذا السبب مخالفاً للنظام العام في دولة القاضي، فأن تدخل النظام العام في مواجهة هذا السبب يؤدي الى هدم العقد بأكمله، حتى لو كانت بقية اجزاء العقد صحيحة [7].

واستناداً لما تقدم يكون الاستبعاد كلياً للقانون الاجنبي حفاظاً على الصفة النظامية لذلك القانون، وتأكيداً للصفة النظامية وتماسك قانون دولة القاضي [8].

اما الرأي الراجح لدى فقه القانون الدولي الخاص هو ان استبعاد القانون الاجنبي يقتصر فقط على الجزء المخالف لمقتضيات النظام العام دون سائر الاجزاء الاخرى، وذلك ان آثار الدفع بالنظام العام هي آثار استثنائية ونسبية لا تترتب الا في الحدود اللازمة لحماية النظام العام الوطني، ويستند هذا الرأي لعدة حجج منها ينبغي استخدام الدفع بالنظام العام بحذر شديد وفقاً للغاية التي يسعى لتحقيقها، وكذلك ان استبعاد الجزء المخالف فقط يؤدي الى الاحتفاظ بالقانون الاجنبي ولقاعدة التنازع التي قررت بتطبيقه بأكبر قدر من الفعالية، وهذا ما سار اليه الفقه الراجح في فرنسا [9].

الفرع الثاني

الاثر الايجابي للنظام العام

اذا استبعد الجزء المخالف من القانون الاجنبي لمقتضيات النظام العام الوطني، فأي قانون يملئ ذلك الفراغ؟ هل هو قانون القاضي، ام قانون اجنبي آخر؟ فبمقتضى الاثر الايجابي يحل قانون القاضي محل القانون الاجنبي المختص، اما اذا تعلق الاستبعاد بجزء من القانون الاجنبي فهنا يجب على القاضي سد الفراغ التشريعي الناجم عن ذلك الاستبعاد، ما دام لا يوجد في القانون الاجنبي الواجب التطبيق نص بديل للنص الذي جرى استبعاده

مما يعني ان الاثر الايجابي لا يمكن اعماله الا بعد الاثر السلبي، حيث لا يظهر بصورة منفردة في حين يمكن ان يظهر الاثر السلبي بصورة منفردة.

وإذا كان الفقه الغالب قد اكد ضرورة اقتران الاثر السلبي للنظام العام بأثر ايجابي هو تطبيق القانون الوطني اي قانون دولة القاضي الذي استبعد احكام القانون الاجنبي المخالف للنظام العام، فأن هذا الرأي قد تعرض للنقد ذلك ان من المقرر ان قواعد التنازع تهدف الى اسناد الرابطة العقدية لانسب القوانين لحكمها، وبالتالي ليس من المؤكد ان يكون قانون القاضي هو القانون الملائم لحكم العلاقة [10].

لذلك يقتضي الامر بالبحث عن حلول أخرى من اجل اسناد العلاقات الخاصة الدولية لأكثر القوانين ملائمة لها بهدف تحقيق الامن القانوني لتلك العلاقات واحترام التوقع المشروع لأطراف العلاقة.

ومن هذه الحلول ما سار اليه الفقه الالمانى الذي يقضى بضرورة البحث في القانون الاجنبى المختص عن قاعدة اخرى تحل محل القاعدة المستبعدة دون اللجوء لقانون القاضى محل الجزاء المستبعد، وذلك تماشياً مع فعالية قاعدة الاسناد الوطنية التى تشير لاختصاص ذلك القانون الاجنبى او حتى القانون المختار من قبل ارادة الاطراف باعتباره القانون الملائم والانسب للتطبيق، وهذا بدوره يحقق قدر من الضمانات لأطراف العلاقة الخاصة الدولية [11].

وما يؤكد ذلك ما ذهب اليه القضاء الالمانى فى حكمه الشهير الصادر عام 1921 الذى استبعد النص الوارد فى القانون السويسرى الواجب التطبيق والذي يقضى بعدم قابلية الدين للسقوط بمرور الزمن، لأنه مخالف للنظام العام الالمانى، وبدلاً من ان يطبق القانون الالمانى، ذهب للبحث عن نص بديل فى القانون السويسرى يفرض اطول مدة لمرور الزمن [12].

واستناداً لما تقدم ان توجه القضاء الالمانى هو منطقي لاعتبارات عدة، منها عندما يتم استبعاد الجزاء المخالف من القانون الاجنبى المختص فهذا لا يعنى ان البديل حتماً هو قانون القاضى، لان الاصل هو اعمال القانون الاجنبى حسبما أشارت اليه قاعدة التنازع الوطنية، هذا من جانب.

ومن جانب آخر نرى ان حلول قانون القاضى مكان القانون الاجنبى المختص على العلاقة الخاصة الدولية يجعل تحديد القانون الواجب التطبيق مرهوناً بإرادة القاضى الذى ينظر النزاع، وهذا بحد ذاته يشكل مساساً بالأمن القانونى ويخل بتوقعات الاطراف، اذ قد يقوم القاضى بإخضاع علاقاتهم لقانون لا يكون فى حساباتهم [13].

فضلاً عن ذلك فإنه لا يوجد أي مبرر يؤدي لهدم قاعدة التنازع الوطنية التى اشارت للقانون الاجنبى المختص، على اعتباره القانون الانسب والافضل لحكم العلاقة الخاصة الدولية، نستنتج مما تقدم ان الرجوع للقانون الاجنبى ذاته لتكملة الفراغ القانونى يحفظ لهذا القانون احترامه

الا ان هنالك ثمة صعوبات لا بد من عدم انكارها، فمن غير المقبول احتواء القانون الاجنبى على قاعدة بديلة الا اذا اتهمنا ذلك القانون بالتكرار وعدم التناسق.

ومن الحلول الاخرى التى اقترحت لإسناد العلاقات الخاصة الدولية عندما يتم استبعاد القانون الاجنبى المختص، البحث عن حل فى قانون اجنبى آخر غير القانون المستبعد يكون على صلة وثيقة بالعلاقة العقدية، [14] ولا شك فى ان هذا الحل يعد من الحلول المناسبة بهدف عدم مفاجأة توقعات أطراف العلاقة الخاصة الدولية وضمان الامن القانونى لهم [15].

اما بشأن موقف التشريعات من تطبيق قانون القاضى الوطنى محل القانون الاجنبى المستبعد، فالقانون الدولى الخاص التونسى قد اكد على تطبيق قانون القاضى محل القانون الاجنبى المستبعد ولم يشير الى تطبيق قانون اجنبى آخر، حسبما نص عليه فى الفصل (36) من مجلة القانون الدولى الخاص التونسى على انه (.. ولا يستبعد من القانون الاجنبى عند العمل بالنظام العام سوى احكامه المخالفة للنظام العام فى مفهوم القانون الدولى الخاص التونسى، ويطبق القاضى احكام القانون التونسى بدلاً عن أحكام القانون الاجنبى التى استبعد تطبيقها) [16].

اما بالنسبة لموقف المشرع العراقى من ذلك، فقد نص فى المادة (32) من القانون المدنى على انه (لا يجوز تطبيق أحكام قانون اجنبى قررتة النصوص السابقة اذا كانت هذه الاحكام مخالفة للنظام العام او للأداب فى العراق)، فمن خلال النص المذكور لا توجد اى اشارة صريحة على تطبيق قانون القاضى محل القانون الاجنبى المستبعد، حيث لم يشير بنص صريح على ذلك، الا اننا نعتقد ان تطبيق قانون القاضى هو امر مفروض فى الواقع العملي، لان القاضى من المؤكد انحيازه لقانون دولته.

الفرع الثالث

الآثار الانعكاسية للنظام العام

كقاعدة عامة ليس على القاضي الوطني ان يأخذ بالاعتبار مقتضيات النظام العام في القانون الاجنبي، والا سلمنا بإمكانية استبعاد القانون الوطني اذا خالف النظام العام الاجنبي، اذ ان الدفع بالنظام العام هو فكرة وطنية تستخدم لحماية المصالح الاساسية العليا، وذلك باستبعاد تطبيق القانون الاجنبي المختص الذي يتعارض مع المبادئ الاساسية في دولة القاضي، وطالما ان الهدف من استخدام الدفع بالنظام العام هو حماية المجتمع الوطني، فلا يجوز استخدام هذا الدفع لحماية ما يعد من النظام العام في دولة أجنبية، على ان القضاء الفرنسي يذهب في بعض الحالات الى الاعتراف بالنظام العام لدولة أجنبية بشرط ان يكون متفقاً مع النظام العام الفرنسي، وهذا ما يطلق عليه بالآثار الانعكاسية للنظام العام [17].

ولتوضيح ذلك نعطي المثال الاتي " اذا تزوج انكليزي مسلم في المغرب بزوجة ثانية مخالفاً القانون الانكليزي الذي يحظر تعدد الزوجات، ثم نشب نزاع بصحة الزواج امام القضاء المغربي الذي حكم بسلامة الزواج، ثم بعد ذلك رفعت الزوجة الثانية دعوى نفقة عادية لها امام القضاء العراقي، فاذا احترم القضاء العراقي ما قضت به المحاكم المغربية من اعتبار الزواج الثاني صحيحاً على اساس ان النظام المغربي في تعدد الزوجات يتفق مع النظام العام العراقي فأن هذا القضاء يكون بأثر انعكاسي امام القضاء العراقي.

وان هذه الفكرة مستمدة من القضاء الفرنسي في القضية الشهيرة التي تتلخص وقائعها في ان بولنديين تزوجا في بلجيكا بموجب الشكل المدني خلافاً لأحكام القانون البولندي الذي كان يستلزم الشكل الديني، وقد حكمت المحاكم البلجيكية بصحة الزواج واستبعدت القانون البولندي، فعندما عرض النزاع على القضاء الفرنسي حكمت بصحة ما قرره القضاء البلجيكي واعتبارها الزواج صحيحاً، بناءً على اتفاق مقتضيات النظام العام البلجيكي مع مقتضيات النظام العام الفرنسي [18].

حيث يذهب الفقه الحديث الى الاخذ بالآثار الانعكاسية للنظام العام والاعتراف بالمركز القانوني الذي ينشأ في بلد أجنبي اعمالاً لفكرة النظام العام فيه، خاصة اذا وجد تطابق وانسجام ما بين النظام العام لقانون الدولة التي نشأ فيها المركز القانوني وما بين قانون القاضي الوطني [19].، وبطبيعة الحال اذا لم يكن النظام العام للدولة الاجنبية غير متفق مع النظام العام لدولة القاضي فهنا لا يصح الاحتجاج بآثار الحق المكتسب في الدولة الاجنبية.

وتطبيقاً لذلك فأن من حق الزوجين البولنديين التمسك بآثار زواجهما في فرنسا على اعتبار اتفاق مقتضيات النظام العام في بلجيكا مع مقتضيات النظام العام الفرنسي.

من جانبنا نتفق مع هذا الرأي لان فيه تبسيط لحلول تنازع القوانين، ويساهم في التقارب ما بين النظام العام في القانون الاجنبي وقانون دولة القاضي بشرط ان لا يؤدي ذلك الى التعارض بينهما.

المطلب الثاني

الدور المخفف للنظام العام

مع كل ما تقدم ذكره، فأن التطبيق الحرفي للنظام العام في القانون الدولي الخاص يؤدي الى تعرض العلاقات الخاصة الدولية بالضعف والشلل وما يستتبعه من اخلال بالأمن القانوني والتوقعات المشروعة، لذلك اتجه القضاء الفرنسي لاستحداث فكرة الاثر او "الدور" المخفف للنظام العام والتي لاقت قبولاً واسعاً من اجل الاعتراف بالحقوق والمراكز القانونية التي يتم انشائها في الخارج والاعتراف بها في دولة القاضي، ولعل ابرزها قيام المحاكم الفرنسية بالاعتراف بآثار الطلاق الذي تم في الخارج بناءً على أسباب لا يقرها القانون الفرنسي لتعارضها مع النظام العام هناك [20].

حيث تقوم فكرة الدور المخفف على التفرقة ما بين الحالة التي يراد فيها انشاء حق او مركز قانوني في دولة القاضي وما بين الحالة التي ينشأ بموجبها الحق او المركز القانوني في الخارج ويراد الاعتراف والاحتجاج به في دولة القاضي، اذ ان النظام العام يمارس دوره بقوة في الحالة الاولى، ويقل دوره في الحالة الثانية لتحقيق الاستقرار في العلاقات القانونية. وهذا ما سيتم توضيحه.

الفرع الاول

نطاق الدور المخفف للنظام العام

من اهم ما قيل عن الاثر المخفف للنظام العام هو انه ليس ذات طابع عام، حيث ان الاخذ بفكرة الدور المخفف للنظام العام لا يتم تطبيقه بصورة آلية كلما نشأ المركز القانوني في الخارج [21]، فالقاضي الوطني هو الذي يقدر على ضوء دراسة كل حالة على حدة، مدى تعارض الاعتراف بالحق او المركز القانوني مع المبادئ الرئيسية في دولة القاضي، مما يعني بإمكان القاضي الوطني ان يرفض الاعتراف بحق نشأ في الخارج متى ما كان يتعارض مع النظام العام الوطني [22].

اذ ان غياب معيار ثابت للتمييز ما بين فكرة الاثر المخفف وما سواها يمنح القاضي الوطني السلطة التقديرية لتقدير مدى تعارض كل مسألة مع القواعد الجوهرية في دولة القاضي من عدمها، فاذا قرر القاضي تعارض الحق او المركز القانوني مع قواعده فإنه لا يقرر ابطال تلك الحقوق وانما فقط يكون بعدم سريانها والاعتراف بآثارها في دولته [23].

حيث ان هنالك بعض الحقوق تبلغ درجة من الشذوذ مما لا يصح الاعتراف بها في دولة القاضي كتمسك بشخص بآثار ملكية رقيق مثلاً، اذ يرى البعض ان الدفع بالنظام العام لا يتم بنفس السبب لاستبعاد القانون الاجنبي بموجب قاعدة التنازع الوطنية، فأسباب التعارض في مرحلة انشاء الحقوق في الخارج هي التي تكون محل دفع للنظام العام، اما اذا تم انشاء الحق واريد التمسك به في دولة القاضي فمن الممكن ان يتم الاعتراف به في دولة القاضي الوطني، على اعتبار ان الحق المكتسب في الخارج من الصعوبة انكاره او تجاهله [24].

الفرع الثاني

أثر الدور المخفف للنظام العام

لابد من التفرقة بين الحقوق والمراكز القانونية التي يتم انشائها في قانون دولة القاضي، وتلك الحقوق التي تنشأ في الخارج ويتم الاحتجاج والتمسك بها في قانون دولة القاضي، ففي الحالة الاولى يتم استبعاد القانون الاجنبي الواجب التطبيق على المركز القانوني الذي يراد انشائه في دولة القاضي اذا كان القانون الاجنبي يتعارض مع مقتضيات النظام العام الوطني، أما في الحالة الثانية فإن انشاء مركز قانوني في الخارج مخالف للنظام العام في دولة القاضي ليس من شأنه في جميع الاحوال استخدام الدفع بالنظام العام، لان المطلوب هو مجرد الاعتراف بمركز قانوني تكون في الخارج [25].

فالنظام العام هنا لا يتم أعماله بنفس الدرجة في الحالتين رغم ان تطبيقه يتعلق بنفس المركز القانوني المراد انشاؤه، ومثالها توجه المحاكم الفرنسية بالاعتراف بآثار الطلاق الذي تم في الخارج بناءً على أسباب لا يقرها القانون الفرنسي لتعارضها مع النظام العام هناك.

حيث يميل الاتجاه الحديث الى احترام آثار الحق المكتسب في الخارج بمقتضى القانون الاجنبي المختص حتى لو كان قانون القاضي لا يسمح بإنشاء مثل هذا الحق لتعارضه مع النظام العام، اذ ان الاعتراف بالحقوق المكتسبة في الخارج ما هو الا تطبيق لفكرة النظام العام، الا انه لا يعني استبعاده كلياً وانما تحقيق قدر من الاستقرار في العلاقات الخاصة الدولية بهدف ضمان الامن القانوني لتلك العلاقات وحماية توقعاتهم المشروعة [26].

اذ بتقديرنا المتواضع ان التخفيف من حدة النظام العام هو يرتبط بفكرة احترام الحقوق المكتسبة في الخارج، اذ يجب على القاضي الوطني ان يتسامح في الاعتراف بتلك الحقوق من اجل ضمان ديمومة استقرار تلك المعاملات وعدم تعرضها للشلل تحقيقاً للأمن القانوني لها.

وهذا ما بررته محكمة النقض الفرنسية في عدة قرارات لها، منها (ان ردة الفعل في مواجهة نص في القانون الاجنبي مخالف للنظام العام الفرنسي ليس واحداً بحسب ما اذا كان الامر يتعلق بمنع نشوء حق في فرنسا، او بتركة يرتب آثاراً لحق اكتسب في الخارج بدون غش وكان موافقاً للقانون الواجب التطبيق بمقتضى القانون الدولي الخاص الفرنسي) [27].

كما ان فكرة الدور المخفف للنظام العام اتاحت للعديد من المحاكم في فرنسا وانكلترا والمانيا ان تبرر لنفسها الاعتراف ببعض الحقوق القائمة في الشريعة الاسلامية مثل تعدد الزوجات على الرغم من عدم جواز نشوء مثل هذه الحقوق في هذه الدول، وما يؤيد ذلك ما سمحت به محكمة النقض الفرنسية للزوجة الثانية التونسية للمطالبة بحقها في النفقة تجاه زوجها وفقاً للقانون التونسي على أساس ان علاقة التعدد نشأت خارج فرنسا[28].

وما يؤيد ذلك ما ذهب اليه محكمة النقض الفرنسية في قرار لها عام 1973 الذي اعتبر فيه (ان الزوجة الثانية لزوج جزائري لا يمكنها المطالبة بمنحة الضمان الاجتماعي، ما دام ان الزوجة الاولى قد استفادت منه لتعارض ذلك مع النظام العام في فرنسا) [29].

ومن المبررات التي قبلت للدفاع عن فكرة الاثر المخفف للنظام العام من انه لا يصح ان يفسد على اطراف العلاقة توقعاتهم المشروعة في الحقوق التي اكتسبوها في الخارج، فضلاً عن ذلك فإنه لا ينبغي تجاهل التصرفات القانونية التي تتم في الخارج، اذ لا بد من الاعتراف بها لديمومة استقرار العلاقات ما دام لا يوجد تعارض مع الاسس الجوهرية في دولة القاضي، كما ان الدفع بالنظام العام يفترض وقت انشاء الحقوق وليس بعد تكوينها وترتيب آثارها [30].

نستنتج مما تقدم أنه يشترط لأعمال فكرة الاثر المخفف للنظام العام ان يكون الحق او المركز القانوني المراد التمسك به قد اكتسب في الخارج واستكمل جميع مراحل تكوينه، وان يكون الحق قد اكتسب بطريقة صحيحة وليس بطريق الغش نحو القانون، وان لا يتعارض مع المبادئ الاساسية في دولة القاضي الوطني، وكذلك ان يكون هذا الحق معروفاً في النظام القانوني للقانون الاجنبي، اذ ان توافر تلك المقومات في الحق او المركز القانوني يتيح للقاضي الوطني امكانية الاعتراف به لضمان الاستقرار في العلاقات الخاصة الدولية [31].

وفي تقديرنا المتواضع فإن فكرة الدور المخفف للنظام العام في القانون الدولي الخاص هي من صنع محكمة النقض الفرنسية التي أسستها من خلال احكامها القضائية التي سبق وان تم ذكر البعض منها بهدف احترام الحقوق التي تكتسب في الخارج واعمال اثارها في دولة القاضي من اجل توحيد الاجتهاد القضائي وعدم صدور احكام متناقضة او رفض تلك الحقوق لأنه يخل بالأمن القانوني ويفاجئ التوقعات المشروعة لأطراف العلاقات الخاصة الدولية.

الا انه يجب عدم التوسع في تفسيرها والخذ بها لأنه ذلك يؤدي الى تفرغ للنظام العام الوطني وعدم مراعاة للأسس الجوهرية.

الخاتمة

النتائج:

- 1- ان الدفع بالنظام العام في اطار العلاقات الخاصة الدولية يمس التوقع المشروع لأطراف العلاقة وذلك بمفاجأتهم باستبعاد القانون الاجنبي المختص.
- 2- لا يوجد ضابط يحدد ما يندرج تحت فكرة النظام العام وما لا يندرج، لان هذه الفكرة تتغير تبعاً لتغير الزمان والمكان.
- 3- ان المشرع العراقي اخذ بالأثر السلبي للدفع بالنظام العام، حيث يستفاد ذلك ضمناً من نص المادة 32 من القانون المدني العراقي وذلك عندما نص (لا يجوز تطبيق احكام قانون اجنبي) ولم ينص على استبعاد مجموع ذلك القانون.
- 4- توصلنا الى ان المشرع العراقي لم ينص على تطبيق قانون القاضي محل القانون الاجنبي المستبعد، وذلك لعدم وجود اشارة صريحة في المادة 32 من القانون المدني العراقي، على عكس القانون الدولي الخاص التونسي الذي اوجب تطبيق قانون القاضي.
- 5- كما توصلنا الى ان الاعتراف بالحقوق التي تنشأ في الخارج ويتم تنفيذها في دولة القاضي تحقق قدر من الامن القانوني لتلك العلاقات في مجال قواعد الاسناد.

التوصيات:

- 1- نوصي المشرع العراقي بإيراد نص صريح يتعلق بالاستبعاد الجزئي للقانون الاجنبي المختص وذلك بتعديل نص المادة 32 من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.
- 2- ندعوا المشرع العراقي بحسم الخلاف الفقهي حول تطبيق قانون القاضي من عدمه في حالة تطبيق الاثر الايجابي للدفع بالنظام العام.
- 3- كما نوصي المشرع العراقي بالنص على الاعتراف بالحقوق التي تنشأ في الخارج ويراد الاعتراف بها في دولة القاضي من اجل استقرار المعاملات والمراكز القانونية.

قائمة المصادر

- André Garnefsky, *Public Policy in Soviet Private International Law* [1]
(The Hague: Martinus Nijoff, 1968), p.12
- [2] د. عباس العبودي، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الاحكام الاجنبية، مصدر سابق، ص 214.
- [3] د. علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، دون سنة نشر، ص 154.
- Chantal Mak, “Fundamental Rights and the European Regulation of 4]
Consumer[Contracts,” *Journal Consum Policy* (2008) 31, p.429.
[pp.425–439]. Available at:<http://dare.uva.nl/document271212>
- [5] د. مجد الدين خربوط. القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، حلب، 2008 ص 161. كذلك د. احمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009. ص 272
- [6] د. عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، الطبعة الاولى، المؤسسة الجامعية للنشر والتوزيع، بيروت، 2008، ص 214.
- [7] د. فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، جامعة دمشق، 1986، ص 76.
- Case C-244/06 *Dynamic Medien vertriebs GmbH v Avides Media* [8]
AG[14 February 2008], the national rules prohibiting sale by mail order
of image storage media not examined and classified by national
competent authority-label affixed by authority indicating appropriate
viewing age
- [9] د. عزيز اطوبان، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، القسم الثاني، دون دار نشر، 2016، ص 51. كذلك د. محمد موساوي، قاعدة الاسناد في القانون الدولي الخاص المغربي، المطبعة الوطنية، مراكش، 2002، ص 545
- [10] د. حفيظة السيد حداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007، ص 306.
- [11] د. امحمدي بوزينة أمنة، اشكالات تنازع القوانين في مسائل الاحوال الشخصية، دار الجامعة الجديد، الاسكندرية، 2019، ص 99.
- [12] نقلًا عن د. عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص 218
- Nasim Seyedi, “The Results of Public Order in Private [13]
International Law,” *International Science and Investigation Journal*, Vol.
3(2)(2014). p.29, [pp.29-35].
- [14] د. أشرف وفا محمد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، الطبعة الاولى، دار النهضة العربي، القاهرة، 2009، ص 221.

Article 17 The Hague convention 1978, “The application of a law [15] specified by this convention may be refused only where such application would be manifestly incompatible with public policy (ordre public). See also article 10 the Hague convention on the law applicable to products liability 2 October 1973. “The application of a law declared applicable under this Convention may be refused only where such application would be manifestly incompatible with public policy, ”ordre public”.

[16] الفصل 36 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي لعام 1998.

[17] د. عباس العبودي، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الاحكام الاجنبية، مصدر سابق، ص 217

[18] د. مجد الدين خربوط. القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص 167

[19] د. سالم ارجيعة، الوجيز في القانون الدولي الخاص الليبي، الطبعة الرابعة، دار الكتب الوطنية، بنغازي، 2007، ص 188. كذلك د. اعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، مصدر سابق، ص 184

[20] د. نادية فضيل، تطبيق القانون الاجنبي امام القضاء الوطني، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2001، ص 128

Chantal Mak, “Harmonizing Effects of Fundamental Rights in [21] European Contacts Law,” Erasmus Law Review, Vol. 01, Issu. 01 (2007) p.70. [pp .60-79].

[22] د. جمال الدين عنان، الاثر المخفف للنظام العام في القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، العدد الثاني، 2016، ص 123 على الموقع الاتي: <https://www.asjp.cerist.dz/en/article/64985> اخر زيارة: 2022/3/22.

[23] د. عز الدين عبدالله، القانون الدولي الخاص، الطبعة التاسعة، الجزء الثاني، الهيئة المصرية العامة للكتاب، مصر، 1986، ص 552

[24] د. نادية فضيل، مصدر سابق، ص 128

[25] د. أشرف وفا محمد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص 222

[26] د. حسن الهداوي، تنازع القوانين، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الاردني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1995، ص 193

[27] نقض فرنسي، 11 نيسان 1945، نقلاً عن د. عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص 224

[28] قرار قضائي مشار اليه في دربة امين، قواعد التنازع المتعلقة بالزواج وانحلاله، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة ابو بكر بلقايد، الجزائر، 2008، ص 134

[29] نقض فرنسي، 1 مارس 1973، نقلاً عن د. امحمدي بوزينة أمنة، اشكالات تنازع القوانين في مسائل الاحوال الشخصية، مصدر سابق، ص 105.

[30] د. عنايت عبد الحميد ثابت، اطراح فكرة الدفع بالنظام العام في نطاق القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995، ص 79-80

[31] د. جمال الدين عنان، الاثر المخفف للنظام العام في القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص 124، على الموقع الاتي:

اخر زيارة: 2022/3/22 <https://www.asjp.cerist.dz/en/article/64985>