مجلة الشرق الأوسط
للدراسات القانونية والفقهية
MESR
منار الشرق للدراسات والأبحاث
Manar Elsharq for Studies & Research

النظام العام كدفع لتعطيل القانون الأجنبي في النزاعات المدنية

م.د ثامر ياسين عبدالله

تدريسي في كلية الحقوق، جامعة الحدباء، الموصل/ العراق

Thamer.yaseen@hu.edu.iq

استلام البحث: 11/06/2026	مراجعة البحث: 08/07/2026	قبول البحث:09/08/2026

الملخص:

يتناول هذا البحث دراسة دفع النظام العام باعتباره قيداً على تطبيق القانون الأجنبي في المنازعات المدنية، وذلك في إطار القانون الدولي الخاص العراقي، ويمثل استثناء النظام العام أداة جوهرية لحماية النظام القانوني الوطني وقيمه الجوهرية، إلا أن إعمال هذا الدفع يستلزم ضوابط دقيقة تمنع من تحوله إلى ذريعة للإخلال بالتعاون القضائي الدولي واستقرار المعاملات العابرة للحدود. ويعتمد البحث في بنيته على محورين، يتناول أولهما الضوابط الموضوعية والإجرائية الحاكمة لإعمال الدفع، بما في ذلك معايير تقدير مخالفة المبادئ الأساسية والسلطة التقديرية للقاضي، فضلاً عن نطاق الاستبعاد والقيود الواردة عليه. فيما يخصص المحور الثاني لدراسة الآثار القانونية المترتبة على استبعاد القانون الأجنبي، مركزاً على قواعد إحلال قانون القاضي محل القانون المستبعد، والتمييز بين الاستبعاد الكلي والجزئي، وأثر ذلك على الحقوق المكتسبة واستقرار المعاملات الدولية. ويخلص البحث إلى ضرورة حصر تطبيق النظام العام في العراق على صورته الدولية، مع تفسيره بشكل ضيق واعتماد الأسلوب الانتقائي في الاستبعاد، مع الحرص على حماية الحقوق المكتسبة بحسن نية.

الكلمات المفتاحية: النظام العام، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، القانون الأجنبي، الحقوق المكتسبة، القانون المدني العراقي.

Abstract

This research examines the public policy clause as a constraint on the application of foreign law in civil disputes, within the framework of Iraqi private international law. The public policy exception represents a fundamental tool for protecting the national legal order and its core values, yet its invocation necessitates precise controls to prevent it from being employed as a pretext for undermining international judicial cooperation and the stability of cross-border transactions. The research adopts a dual structure, first analyzing the substantive and procedural controls governing the invocation of the public policy exception, including the criteria for assessing the violation of fundamental principles and the discretionary power of the judge, alongside the scope and limitations of this exception. Second, the research investigates the legal effects resulting from the exclusion of foreign law, focusing on the rules governing the replacement of the excluded law with the forum's law, the distinction between total and partial exclusion, and the impact of this exclusion on acquired rights and the stability of international dealings. The study concludes that the application of public policy in Iraq must be strictly confined to its international variant, ensuring a narrow interpretation and a restrictive approach to exclusion, with a clear preference for partial exclusion when feasible, and an emphasis on safeguarding acquired rights in good faith.

Keywords: Public Policy, Private International Law, Conflict of Laws, Foreign Law, Acquired Rights, Iraqi Civil Code.

المقدمة

تعد نظرية النظام العام من أكثر النظريات تعقيداً وأشدها حساسية في فروع القانون الدولي الخاص، وخاصة فيما يتعلق بقواعد تنازع القوانين. ففي الوقت الذي توجب فيه قواعد الإسناد على القاضي الوطني تطبيق القانون الأجنبي المختص في منازعات القانون الدولي الخاص، يبرز دفع النظام العام كاستثناء جوهري يسمح للقاضي باستبعاد هذا القانون متى تعارض مع المبادئ الأساسية والسياسية والقيم الجوهرية التي يقوم عليها نظامه القانوني والاجتماعي. ولا يقتصر الأمر على كونه مجرد أداة دفاعية لحماية السيادة الوطنية، بل يتعداه إلى كونه معياراً تقويمياً يعكس هوية المجتمع وقيمه

CC BY

الراسخة. وقد تطورت هذه النظرية عبر الزمن من مجرد استثناء دفاعي إلى أداة انتقائية تسهم في تشكيل ملامح القانون الدولي الخاص المعاصر، خاصة في ظل التحديات التي تفرضها العولمة وتزايد حركة رؤوس الأموال والأشخاص بين الدول.

وتتحدد إشكالية هذا الموضوع في التناقض الظاهر بين مبدأين: الأول، وجوب احترام القانون الأجنبي وتطبيقه وفاءً لقواعد الإسناد التي تقوم على فكرة العدالة الدولية والتعاون القضائي. والثاني، ضرورة حماية النظام القانوني الوطني من أي قانون أجنبي يتضمن أحكاماً تخالف العقيدة الدينية أو الآداب العامة أو النظام الاقتصادي أو المبادئ الدستورية الأساسية. وقد تناولت المادة (32) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 هذا الأمر بنص صريح مفاده أنه "لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي قررته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو للآداب في العراق". ورغم وضوح النص، إلا أن تطبيقه يثير العديد من الإشكاليات العملية والنظرية المتعلقة بسلطة القاضي التقديرية وحدودها، ونطاق الاستبعاد، والآثار المترتبة على ذلك في ظل غياب نصوص إجرائية واضحة تنظم كيفية إثارة هذا الدفع وآليات الاحتجاج به. وتبرز أهمية البحث في ظل تزايد المعاملات التجارية والاستثمارية الدولية التي يدخل فيها العراق كطرف، وفي ظل تعاظم دور التحكيم التجاري الدولي الذي يتطلب احتراماً أكبر للنظام العام كمعيار لرفض تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، لذا، فإن ضبط أحكام الدفع بالنظام العام وتحديد حدوده بدقة يعد أمراً ضرورياً لتحقيق التوازن بين حماية القيم الوطنية من جهة، وبين تشجيع الاستثمار الأجنبي والاندماج في الاقتصاد العالمي من جهة أخرى. ولمعالجة هذه الإشكالية، سيسير البحث وفق خطة ثنائية، حيث نخصص المبحث الأول لدراسة ضوابط إعمال الدفع بالنظام العام في استبعاد القانون الأجنبي، متناولين حالات إعماله وحدوده. ثم ننتقل في المبحث الثاني لتحليل الآثار القانونية المترتبة على هذا الدفع، مركزين على أثر استبعاد القانون الأجنبي على القانون الواجب التطبيق، وعلى الحقوق المكتسبة واستقرار المعاملات الدولية.

أولا: أهمية البحث

تتبلور القيمة العلمية لهذا البحث في كونه يتناول إحدى أهم إشكاليات القانون الدولي الخاص، وهي حدود سلطة القاضي الوطني في استبعاد القانون الأجنبي لحماية النظام العام، وهي إشكالية لم تحظَ بدراسة مستقلة ومتعمقة في الفقه العراقي المعاصر بالقدر الكافي. وتبرز الأهمية العملية للبحث في كونه يقدم إطاراً تحليلياً يمكن للقضاء العراقي الاستناد إليه عند إعمال هذا الدفع، خاصة في ظل تزايد المنازعات ذات الطابع الدولي التي تنظرها المحاكم العراقية، وما يصاحب ذلك من ضرورة التوفيق بين حماية القيم الوطنية واستقرار المعاملات الدولية، وهو ما يجعل هذا البحث مرجعاً مهماً للقضاة والمحامين والباحثين على حد سواء.

ثانيا: أهداف البحث

يهدف هذا البحث إلى تحقيق جملة من النتائج، يأتي في مقدمتها تحديد الضوابط الموضوعية والإجرائية التي تحكم إعمال القاضي العراقي للدفع بالنظام العام، وبيان مدى سلطته التقديرية في تقدير مخالفة القانون الأجنبي للمبادئ الأساسية في العراق. كما يهدف إلى الكشف عن الآثار القانونية المترتبة على استبعاد القانون الأجنبي، لا سيما فيما يتعلق بقواعد الإحلال والتمييز بين الاستبعاد الكلي والجزئي، وتوضيح أثر ذلك على الحقوق المكتسبة واستقرار

المعاملات الدولية. ويسعى البحث في النهاية إلى صياغة توصيات عملية تسهم في تطوير التشريع والاجتهاد القضائي العراقي في هذا المجال، بما يعزز ثقة المستثمرين الأجانب في بيئة الأعمال العراقية.

ثالثا: إشكالية البحث

تثور إشكالية النظام العام في القانون الدولي الخاص عندما يفرض القاضي الوطني استبعاد القانون الأجنبي المختص بحجة مخالفته للمبادئ الأساسية لمجتمعه، مما يخلق توتراً بين التزامه بقواعد الإسناد وواجبه في حماية القيم الوطنية. ويتحدد السؤال الرئيسي للبحث في: **إلى أي مدى يجوز للقاضي العراقي أن يستبعد تطبيق القانون الأجنبي استناداً إلى دفع النظام العام، وما هي الضوابط والآثار المترتبة على هذا الاستبعاد في ظل أحكام القانون المدني العراقي والاجتهادات القضائية؟**

ويتفرع عن هذا السؤال الرئيسي السؤالان الفرعيان التاليان: **السؤال الفرعي الأول:** ما هي الحالات التي توجب أو تجيز للقاضي العراقي إعمال دفع النظام العام، وما هي حدود سلطته التقديرية في تقدير مخالفة القانون الأجنبي للمبادئ الأساسية في العراق؟ **السؤال الفرعي الثاني:** ما هي الآثار القانونية المترتبة على استبعاد القانون الأجنبي بموجب دفع النظام العام، وكيف يؤثر هذا الاستبعاد على الحقوق المكتسبة واستقرار المعاملات الدولية، وما هو القانون الذي يحل محل القانون الأجنبي المستبعد؟

رابعا: منهجية البحث

اعتمد البحث منهجاً تكاملياً تطبيقياً، يجمع بين عدة مقاربات قانونية في إطار متكامل يخدم طبيعة الموضوع، حيث تم توظيف المنهج النقدي التحليلي لتقييم النصوص القانونية وأحكام محكمة التمييز وكشف مواطن القوة والضعف في التطبيق العملي للنظام العام. كما استُخدم المنهج الوظيفي لدراسة الأدوار الاجتماعية والاقتصادية التي يؤديها هذا الدفع، ومدى تحقيقها لأهدافها في حماية القيم الوطنية دون تعطيل المعاملات الدولية. وإلى جانبهما، أفاد البحث من المنهج التطوري التاريخي لتتبع تحولات مفهوم النظام العام في الفقه العراقي في ضوء المتغيرات السياسية والاقتصادية، إضافة إلى المنهج الاستشرافي الذي تجاوز دراسة الواقع الراهن إلى استشراف مستقبل التطبيق في ظل التزامات العراق الدولية المحتملة. وقد استُعين بالمنهج المقارن بشكل انتقائي مع نماذج قانونية رائدة، والمنهج الاستقرائي لتحليل مضامين الأحكام القضائية، ولا تقتصر قيمة هذه المنهجية على الدراسة النظرية، بل تمتد إلى تقديم رؤى تطبيقية تسهم في تطوير السياسة التشريعية والقضائية العراقية بما يتلاءم مع متطلبات الاندماج الدولي.

خامسا: خطة البحث

سيسير هذا البحث وفقاً للخطة التالية، حيث يبدأ بمقدمة تمهيدية تعرض الإشكالية والأهمية والأهداف والمنهج المتبع، ثم ينقسم إلى مبحثين رئيسيين، يتناول المبحث الأول ضوابط إعمال الدفع بالنظام العام في استبعاد القانون الأجنبي، ويندرج تحته مطلبان: المطلب الأول لحالات إعمال الدفع ويشمل فرعين هما مخالفة القانون الأجنبي للمبادئ الأساسية في دولة القاضي، وتقدير القاضي لمخالفة النظام العام. والمطلب الثاني لحدود الدفع بالنظام العام ويتضمن فرعين هما نطاق استبعاد القانون الأجنبي، والقيود الواردة على إعمال الدفع بالنظام العام. ثم ينتقل البحث في المبحث الثاني لدراسة الآثار القانونية للدفع بالنظام العام في استبعاد القانون الأجنبي، ويتضمن مطلبين: الأول لأثر استبعاد القانون

CC BY

الأجنبي على القانون الواجب التطبيق ويشمل فرعين هما إحلال قانون القاضي محل القانون الأجنبي، والاستبعاد الكلي والاستبعاد الجزئي للقانون الأجنبي. والمطلب الثاني لحدود الآثار المترتبة على الدفع بالنظام العام ويتناول فرعين هما أثر الدفع بالنظام العام على الحقوق المكتسبة، وأثر الدفع بالنظام العام على استقرار المعاملات الدولية. وينتهي البحث بخاتمة تعرض النتائج والتوصيات، ثم قائمة بالمصادر والمراجع.

المبحث الأول

ضوابط إعمال الدفع بالنظام العام في استبعاد القانون الأجنبي

يتطلب إعمال الدفع بالنظام العام في منازعات القانون الدولي الخاص وجود منظومة دقيقة من الضوابط والمعايير التي تحكم آلية استبعاد القانون الأجنبي المختار بموجب قاعدة الإسناد الوطنية وذلك منعا لتحول هذا القيد الاستثنائي إلى وسيلة تحكمية تؤدي إلى عزلة النظام القانوني الوطني ورفض التعاون القضائي الدولي ويهدف هذا المبحث إلى تسليط الضوء على الهيكل المفاهيمي للشروط الموضوعية والإجرائية التي تبرر تنحية القوانين الوافدة حيث ينقسم البحث هنا إلى مطلبين أساسيين يبحث الأول في الحالات الواقعية والتقديرية التي تبيح للقاضي إثارة هذا الدفع عند اصطدام النص الأجنبي بالمبادئ الجوهرية للدولة بينما يركز المطلب الثاني على رسم الحدود الفاصلة لنطاق الاستبعاد والقيود الذاتية والتشريعية التي تحد من إطلاقية هذا الدفع بما يضمن بقاءه كأداة دفاعية لحماية سيادة المنظومة الوطنية دون الإخلال بمتطلبات العدالة الدولية. **وعليه سنقوم بتقسيم هذا المبحث الى مطلبين المطلب الأول يتناول حالات إعمال الدفع بالنظام العام اما المطلب الثاني يتناول حدود الدفع بالنظام العام.**

المطلب الأول

حالات إعمال الدفع بالنظام العام

يقصد بحالات إعمال الدفع بالنظام العام تلك الظروف والمعايير التي تستدعي تدخل القاضي لاستبعاد القانون الأجنبي من التطبيق. وهذه الحالات لا تنحصر في مجرد النص القانوني المجرد، بل تتعداه إلى اعتبارات متصلة بطبيعة القاعدة القانونية المخالفة للمبادئ الأساسية، وكذلك بطبيعة السلطة الموكولة للقاضي في تقدير تلك المخالفة. ويمكن القول إن الشرط الأساسي لإعمال الدفع هو أن يكون القانون الأجنبي المختص بالإسناد يحتوي على حكم يتعارض مع ما يعتبر في المجتمع العراقي من قيم دينية وأخلاقية وسياسية واقتصادية جوهرية، بحيث لا يمكن التغاضي عن هذا التعارض مهما كانت درجة ارتباط النزاع بالدولة الأجنبية. وقد أشار الدكتور هشام علي صادق إلى أن الفقه يميز بين النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي تمييزاً واضحاً، وأن هذا التمييز له أثره البالغ في تحديد حالات إعمال الدفع. **ولنفهم هذا المطلب بشكل أفضل سنقوم بتقسيمه الى فرعين الفرع الأول يتضمن مخالفة القانون الأجنبي للمبادئ الأساسية في دولة القاضي اما الفرع الثاني سيتضمن تقدير القاضي لمخالفة النظام العام.**

الفرع الأول

مخالفة القانون الأجنبي للمبادئ الأساسية في دولة القاضي

إن جوهر الدفع بالنظام العام يقوم على فكرة المخالفة، أي وجود تعارض جوهري بين حكم القانون الأجنبي المختص وبين ما يعتبر من المبادئ الأساسية في دولة القاضي، وهذه المبادئ ليست مجرد قواعد قانونية عادية، بل هي تمثل الضمير الجمعي للمجتمع، والأسس التي يقوم عليها كيانه السياسي والديني والاقتصادي. وقد اختلف الفقه حول تحديد

طبيعة هذه المبادئ، إلا أن الاتجاه الغالب في الفقه العربي يقسمها إلى ثلاثة أقسام رئيسية: المبادئ الدينية والأخلاقية، والمبادئ الدستورية والسياسية، والمبادئ الاقتصادية والاجتماعية[1].

وفي العراق، يكتسي البعد الديني أهمية خاصة نظراً للطبيعة الإسلامية للمجتمع، حيث تعتبر أحكام الشريعة الإسلامية مصدراً رئيسياً للتشريع وفقاً للدستور العراقي النافذ، ومن ثم، فإن أي حكم في القانون الأجنبي يتعارض مع الأحكام القطعية للشريعة الإسلامية، كتلك التي تجيز التعامل بالربا الفاحش أو تلك التي تخالف أحكام الميراث الشرعية، يعتبر مخالفاً للنظام العام في العراق[2].

أن النظام العام في القانون الدولي الخاص العراقي يتخذ طابعاً مرناً بحيث لا يشمل سوى المبادئ الجوهرية التي لا يجوز التفريط بها، وليس كل قاعدة آمرة في القانون الداخلي، وهو ما يستلزم من القاضي أن يقوم بعملية تمحيص دقيقة للقانون الأجنبي قبل استبعاده. وهذا التمييز ضروري حتى لا يتحول النظام العام إلى أداة تعطيلية لكل قانون أجنبي يختلف ولو بشكل طفيف عن القانون الوطني[3].

وإن التحدي الأكبر والأهم الذي يواجه الفقه والقضاء في هذا الصدد يكمن دائماً في كيفية رسم الخطوط الفاصلة والحدود الدقيقة بين المبادئ الأساسية الحقيقية للمجتمع وبين الرغبة الفطرية للمحاكم في تفضيل القانون الوطني على القانون الأجنبي إذ إن المغالاة والتوسع غير المدروس في تفسير مفهوم المبادئ الجوهرية يؤدي حتما إلى إفراغ قواعد التنازع الدولية من محتواها الفني ويحول المحاكم الوطنية إلى بيئات تشريعية مغلقة ترفض التعاون الدولي في المجال القضائي والمدني ولذلك فقد أجمع رجال القانون في العراق والدول العربية على ضرورة توافر شرط المخالفة الصارخة والواضحة التي لا يمكن التسامح معها بأي حال من الأحوال بحيث يؤدي التطبيق العملي للقانون الأجنبي في النازلة المعروضة إلى إحداث صدمة شعورية أو خلل هيكلي في المنظومة القانونية الوطنية مما يسوغ للقاضي تنحيته بصورة استثنائية وبدافع الضرورة التشريعية القصوى لحماية سيادة الدولة وكيانها القانوني والاجتماعي وتتجلى هذه الحماية السيادية بوضوح في القضايا المالية والتجارية العابرة للحدود التي تمس السياسة النقدية والاقتصادية للدولة أو القوانين الآمرة المتعلقة بالتأميم ومصادرة الأموال للأغراض النفعية العامة حيث يمتنع القاضي العراقي تماماً عن تطبيق أي قانون أجنبي يجيز المساس بالثروات الوطنية أو يخالف التنظيم القانوني الداخلي للعملات والرقابة على الصرف نظراً لارتباط هذه المسائل الحيوية ارتباطاً وثيقاً بكيان الدولة الاقتصادي وقدرتها السيادية على إدارة شؤونها المالية واستقرارها العام وبناءً على ذلك يصبح مفهوم المخالفة للمبادئ الأساسية معياراً موضوعياً صارماً يقاس بمدى تعارض النتيجة العملية والنهائية لتطبيق القانون الأجنبي مع الغايات والمصالح العليا للمجتمع وليس بمجرد الاختلاف النظري أو الشكلي بين النصوص التشريعية الوطنية والنصوص الأجنبية مما يضمن بقاء هذا الدفع في إطاره الاستثنائي الصحيح دون التعدي على حقوق الأفراد التي نشأت وتكاملت في ظل أنظمة قانونية مغايرة ومتنوعة تحظى بالاحترام المتبادل في المجتمع الدولي[4].

---

[1] Batifol, Henri, and Paul Lagarde. Droit international privé. 7th ed. Paris: LGDJ, 1981, t. 1, no. 361, p. 340.

[2] المادة (2) من الدستور العراقي لسنة 2005.

[3] عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، القانون الدولي الخاص، ط 3، مكتبة السنهوري، بغداد، 2013، ص 215

[4] Cheshire, Geoffrey C., P. M. North, and J. J. Fawcett. Private International Law. 15th ed. Oxford: Oxford University Press, 2017, pp. 128–130.

CC BY

وأن الفقه العراقي يستقر على أن مخالفة المبادئ الأساسية يجب أن تكون مخالفة جسيمة، وأن مجرد الاختلاف في الأحكام بين القانون الأجنبي والقانون الوطني لا يكفي بذاته لإعمال الدفع، بل لا بد من أن يصل هذا الاختلاف إلى درجة المساس بالأسس التي لا يمكن للقاضي العراقي التخلي عنها تحت أي ظرف، كتلك المتعلقة بالأسرة والزواج والمواريث. وهذا الموقف الحذر يعكس إدراكاً عميقاً بأهمية التعاون القضائي الدولي، وعدم الرغبة في عزل القانون العراقي عن محيطه الإقليمي والدولي[1].

وخلاصة القول إن مخالفة القانون الأجنبي للمبادئ الأساسية في دولة القاضي هي الأساس الموضوعي الوحيد لإعمال دفع النظام العام، إلا أن تحديد هذه المبادئ يظل مرناً متغيراً تبعاً لظروف كل مجتمع وقيمه، على ألا يكون هذا التحديد تعسفياً أو واسعاً يؤدي إلى إفراغ قواعد الإسناد من مضمونها وتحويل القانون الدولي الخاص إلى مجرد قانون داخلي مزدوج. ويبقى الضمان الأهم في هذا المجال هو الرقابة القضائية التي تمارسها محكمة التمييز، والتي تعمل على ضبط اجتهادات المحاكم الأدنى درجة فيما يتصل بتحديد هذه المبادئ وإعمال الدفع على أساسها.

الفرع الثاني

تقدير القاضي لمخالفة النظام العام

إذا كانت المبادئ الأساسية تمثل الجانب الموضوعي لدفع النظام العام، فإن تقدير القاضي لمدى تحقق المخالفة يمثل الجانب الإجرائي والذاتي لهذا الدفع. وتكمن أهمية هذا الفرع في أن النص القانون المدني ال عراقي لم يضع معياراً محدداً لتقدير المخالفة، وإنما أطلق للقاضي السلطة التقديرية في تحديد ما إذا كان القانون الأجنبي يخالف النظام العام من عدمه، وهذه السلطة الواسعة للقاضي تثير إشكالية جوهرية تتعلق بإمكانية تحول النظام العام إلى سلاح فتاك بيد القاضي يمكن استخدامه لرفض تطبيق أي قانون أجنبي لا يرتضيه، مما يقوض فكرة التعاون القضائي الدولي التي يقوم عليها القانون الدولي الخاص[2]، لذلك، تحددت عدة ضوابط وآليات تكفل ضبط هذه السلطة التقديرية، وتجعل تقدير القاضي موضوعياً بقدر الإمكان، وهو ما سنتناوله في هذا الفرع بالتفصيل، مستعرضين آراء الفقهاء وأحكام القضاء في هذا الصدد.

وإن السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي في هذا المجال ليست سلطة تحكمية مطلقة بلا ضوابط بل هي سلطة مقيدة بالمرتكزات الأساسية للنظام القانوني للدولة حيث يتعين عليه تسبيب حكمه تسبباً كافياً وواضحاً يوضح فيه وجه المخالفة وجسامتها والضرر المحقق الذي يصيب المصلحة العامة من جراء تطبيق القانون الأجنبي ويشير الفقه العراقي إلى أن تقدير القاضي يتأثر بالوعي الاجتماعي والقانوني السائد في دولته مما يجعله مرآة حقيقية تعكس قيم المجتمع في مرحلة تاريخية معينة وهذا يتطلب من القاضي أن يكون على دراية عميقة بالتحولات التشريعية والسياسية الاقتصادية التي تمر بها بلاده لكي يأتي تقديره متوافقاً مع المصلحة الحقيقية للجماعة دون إفراط أو تفريط كما أن طبيعة النزاع تلعب دوراً حاسماً في توجيه سلطة التقدير ففي مجال المعاملات المالية والتجارية الدولية يميل القضاء عادة إلى التضييق من مفهوم النظام العام لتشجيع الاستثمار وتسهيل حركة رؤوس الأموال العابرة للحدود بينما يشتد التمسك بالنظام العام ويتسع نطاق تقدير المخالفة في مسائل الأحوال الشخصية والعلاقات الأسرية نظراً لارتباطها

[1] أحمد حسين جلاب، النظام العام وأثره في القانون الدولي الخاص، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، ع28 م8، 2016، ص73.

[2] ينظر في ذلك: المادة (32) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951.

CC BY

الوثيق بالعقيدة الدينية والموروث الأخلاقي والاجتماعي للمجتمع العراقي وتبرز صعوبة التقدير القضائي عندما يواجه القاضي قوانين أجنبية حديثة تنظم علاقات مستحدثة لم يتطرق إليها المشرع الوطني مما يضعه أمام مسؤولية موازنة دقيقة بين سد الفراغ القانوني وبين كفالة عدم تسرب أحكام قد تؤدي على المدى الطويل إلى زعزعة استقرار القيم الاجتماعية المستقرة[1].

وهو ما يفرض عليه التروي والاعتماد على القواعد العامة في التفسير والاستهداء بآراء كبار فقهاء القانون الدولي الخاص لتجنب الأحكام المبتسرة أو المواقف القضائية المتصلبة التي تضر بسمعة القضاء الوطني في المحافل الدولية وإن العملية التقديرية التي يقوم بها القاضي تشتمل على خطوتين رئيسيتين تتمثل الأولى في استظهار الحكم الموضوعي للقانون الأجنبي وتفسيره وفقاً للقواعد والأصول المعمول بها في دولته الأصلية بينما تتمثل الثانية في المقارنة والموازنة بين هذا الحكم وبين المبادئ الأساسية لدولة المنتدى فإذا وجد أن الأثر المترتب على التطبيق يصطدم بشكل مباشر وصارخ مع هذه المبادئ تعين عليه إعمال الدفع بالنظام العام واستبعاد القانون الأجنبي أما إذا كانت المخالفة بسيطة أو غير جوهرية أو لا تمس الأسس العميقة للمجتمع فإن الحكمة القانونية تقتضي التجاوز عنها وتطبيق القانون الأجنبي احتراما لإرادة الأطراف واستجابة لقواعد الإسناد الوطنية التي وجهت الاختصاص صوب ذلك القانون الأجنبي الكفيل بحل النزاع بعدالة وإن هذه الموازنة الدقيقة تعكس نضج النظام القضائي وقدرته على استيعاب متطلبات المجتمع الدولي والتعايش القانوني المشترك مع الأنظمة التشريعية المغايرة دون المساس بالخصوصية الأخلاقية والاجتماعية للبلاد وهو الهدف الأسمى لقواعد القانون الدولي الخاص في العصر المعاصر[2].

كما أن تقدير القاضي للمخالفة لا يتم في مرحلة معينة من الدعوى فحسب، بل يثار هذا الدفع كمسألة قانونية في أي مرحلة كانت عليها الدعوى، وحتى أمام محكمة التمييز، حيث أن القاعدة من النظام العام تعلق بالنظام العام، وتخضع لرقابة محكمة التمييز من ناحية توافر أركانها، ولكن لا تخضع لرقابتها من ناحية تقدير الوقائع التي بني عليها الاستبعاد، ما لم يكن هذا التقدير مشوباً بخطأ في تطبيق القانون. وهذا ما استقر عليه قضاء محكمة التمييز العراقية، حيث تعيد النظر في تطبيق شرط النظام العام من الناحية القانونية المجردة، ولكنها لا تتدخل في الوزن النسبي الذي أعطاه قاضي الموضوع لخطورة المخالفة ما دام في حدود السلطة التقديرية السليمة[3].

ولعل من أبرز ما يميز النظام القانوني العراقي في هذا الصدد هو النص الصريح في قانون الإثبات العراقي رقم (107) لسنة 1979 والذي ينص على أن للقاضي أن يستبعد الدليل الأجنبي إذا كان مخالفاً للنظام العام، وهذه إضافة مهمة تثبت أن النظام العام ليس قيداً على القانون الواجب التطبيق فقط، بل حتى على وسائل الإثبات، مما يوسع من سلطة القاضي التقديرية في جميع جوانب الدعوى، ويجعل النظام العام حاضرا في كل مراحل الخصومة[4].

وفي النهاية، يظل تقدير القاضي لمخالفة النظام العام من أخطر المهام الموكولة إليه، لأنه يعبر عن ضمير المجتمع القانوني في لحظة تاريخية معينة. ولذلك، فإن نجاح هذه المهمة يتوقف على مدى تجرد القاضي، وقدرته على الموازنة

---

[1] أحمد مسلم، القانون الدولي الخاص في الجنسية ومركز الأجانب وتنازع القوانين، دار الفكر العربي، القاهرة، 1974، ص 289.

[2] هشام علي صادق، تنازع القوانين، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001، ص 367.

[3] نوار رحمن كميل، فكرة النظام العام الوطني في تنازع القوانين، مجلة الجامعة العراقية، م71 ع 3، 2024، ص 290.

[4] المادة (2/ثانياً) من قانون الإثبات العراقي رقم (107) لسنة 1979.

CC BY

بين التزامه بقواعد الإسناد الدولية وبين واجبه في حماية المبادئ الأساسية لمجتمعه، مع الالتزام بالتفسير الضيق لهذا الاستثناء وعدم التوسع فيه إلا في حدود الضرورة القصوى.

المطلب الثاني

حدود الدفع بالنظام العام

بعد أن بينا حالات إعمال الدفع بالنظام العام، وهي الحالات التي يقوم فيها القاضي بتقدير المخالفة للقيم الأساسية، يبرز سؤال لا يقل أهمية عن حدود هذا الدفع ذاته. فالنظام العام وإن كان أداة لحماية السيادة الوطنية، إلا أنه لا يصح أن يكون أداة تعسفية تعطل كافة قواعد الإسناد، لذا كان لا بد من تحديد حدود لهذا الاستثناء بدقة. وهذه الحدود تتمثل في أمرين رئيسيين: الأول يتعلق بنطاق الاستبعاد نفسه، أي ما هي أجزاء القانون الأجنبي التي يمكن استبعادها؟ والثاني يتعلق بالقيود التي ترد على إعمال هذا الدفع، وهي قيود مستمدة من طبيعة العلاقات الدولية، ومن مبادئ حسن النية، ومن ضرورة حماية الحقوق التي اكتسبها الأفراد بحسن نية قبل إعمال الدفع. وسنتناول هذين الجانبين بالتحليل في الفرعين التاليين، وذلك لإكمال الصورة الكاملة عن كيفية عمل دفع النظام العام في الممارسة القضائية والقانونية. **وعليه سنقوم بتقسيم هذا المطلب الى فرعين الفرع الأول يتضمن نطاق استبعاد القانون الأجنبي اما الفرع الثاني يتناول القيود الواردة على إعمال الدفع بالنظام العام.**

الفرع الأول

نطاق استبعاد القانون الأجنبي

يترتب على قبول الدفع بالنظام العام استبعاد القانون الأجنبي الذي تشير إليه قاعدة الإسناد الوطنية ولكن هذا الاستبعاد ليس مطلقاً بلا حدود بل يخضع لنطاق دقيق يحدده الغرض الأساسي من وراء إعمال الدفع ذاته وهو حماية المنظومة القانونية الوطنية من الحكم المخالف[1]، ولذلك فإن نطاق استبعاد القانون الأجنبي يجب أن يتحدد بحدود الجزء المخالف للنظام العام فقط دون الامتداد إلى بقية أحكام القانون الأجنبي التي لا تتعارض مع المبادئ الأساسية لدولة القاضي وتعرف هذه القاعدة في الفقه الدولي الخاص بمبدأ التجزئة أو النطاق النسبي للاستبعاد حيث يعمل القاضي على عزل النص الأجنبي المعيب والمخالف للنظام العام ويترك بقية أجزاء القانون الأجنبي صالحة للتطبيق على جوانب النزاع الأخرى إذا كانت مستقلة عن الحكم المستبعد ولم تكن مرتبطة به ارتباطاً وثيقاً لا يقبل التجزئة ويهدف هذا التوجه الفقهي والقضائي المستقر في العراق والدول العربية إلى احترام الاختصاص التشريعي للقانون الأجنبي قدر الإمكان وعدم التوسع في استخدام الدفع بالنظام العام لأن التوسع فيه يعد خروجاً على المنطق الذي بنيت عليه قواعد التنازع الدولية والتي تفترض مساواة أولية بين القوانين الوطنية والأجنبية في شأن حكم العلاقات ذات العنصر الأجنبي[2].

ويشير رجال القانون في العراق إلى أن القاضي عندما يواجه عقداً دولياً يحتوي على شروط متعددة ويجد أن أحد هذه الشروط يخالف النظام العام العراقي كاشتراط فائدة ربوية مركبة تتجاوز الحد القانوني المسموح به فإن نطاق الاستبعاد يقتصر على هذا الشرط الربوي وحده بينما تظل بقية شروط العقد الخاضعة للقانون الأجنبي نافذة وسارية المفعول ما

[1] مرتضى عبد الله خيري، الدفع بالنظام العام لاستبعاد القانون الواجب التطبيق في منازعات التبني، مجلة بحوث ودراسات، ع162، 2024، ص64.

[2] عباس العبودي، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الاحكام الأجنبية، مكتبة نور، موقع كتب الكتروني، 2014، ص 67.

CC BY

دامت تحقق التوازن العقدي ولا تخالف أسس العدالة الوطنية وهو ما يعكس دقة الموازنة بين الحماية التشريعية واستقرار المعاملات ويتسع نطاق الاستبعاد أو يضيق تبعاً لطبيعة العلاقة القانونية ومدى تشابك نصوصها فإذا كان الحكم المخالف للنظام العام يمثل الركيزة الأساسية للرابطة القانونية بحيث لا يمكن تصور قيامها بدون هذا الحكم فإن الاستبعاد في هذه الحالة يمتد بالضرورة ليشمل القانون الأجنبي بأكمله في خصوص تلك الرابطة لأن إبقاء جزء منها ودون الجزء الآخر يؤدي إلى تشويه إرادة المتعاقدين أو خلق مركز قانوني هجين لا يعترف به القانون الأجنبي ولا يقبله القانون الوطني وهو ما يتنافى مع الغاية الإنسانية والقانونية للعدالة ويجب على القاضي أن يلتزم بجعل الاستبعاد متناسباً مع حجم المخالفة فلا يسوغ له استبعاد قانون أحوال شخصية أجنبي كاملاً لمجرد وجود نص فيه يتعلق بالولاية أو الميراث يخالف النظام العام الوطني بل يتعين عليه تنحية النص المخالف فقط[1].

والبحث في كيفية حكم بقية المسائل كالنفقة والحضانة وفقاً للأحكام الأجنبية الأخرى التي لا تثير أي حساسية تشريعية أو دينية مما يبرهن على أن نطاق الاستبعاد محكوم بالضرورة والضرورة تقدر بقدرها ولا يجوز التوسع فيها على حساب الحقوق المشروعة للأطراف وبذلك يتبين أن تحديد نطاق استبعاد القانون الأجنبي يمثل عملية جراحية تشريعية يقوم بها القاضي لاستئصال الجزء الفاسد والمخالف مع الإبقاء على البنية القانونية السليمة مما يحقق التناغم بين حماية القيم الوطنية وبين الانفتاح المدروس على الأنظمة القانونية الأجنبية بما يخدم حركة التبادل الإنساني والاقتصادي عبر الحدود الدولية دون إحداث قطيعة تشريعية غير مبررة قد تعصف بمصالح الأطراف وتفقد القضاء الوطني مصداقيته الدولية في تطبيق قواعد التنازع بإنصاف وموضوعية وجعلها منسجمة مع متطلبات الحياة المعاصرة والتكامل القضائي المنشود[2].

ومن ناحية أخرى، يمثل الاستبعاد الكلي للقانون الأجنبي الجزاء الأشد الذي يمارسه القاضي، ولا يلجأ إليه إلا في حالات نادرة للغاية، كتلك التي يكون فيها القانون الأجنبي بأكمله قائماً على أسس تتناقض مع عقيدة الدولة أو نظامها السياس، وهذه الحالات نادرة الحدوث في المعاملات المدنية والتجارية العادية، ولكنها قد تظهر في المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية للمسلمين عندما يتضمن القانون الأجنبي أحكاماً تتعارض بشكل جوهري مع الشريعة الإسلامية، كالقوانين التي تجيز زواج المسلمة من غير المسلم دون قيد، أو التي تساوي بين الذكر والأنثى في الإرث خلافاً للفرائض الشرعية. في هذه الحالة، قد يميل القاضي إلى استبعاد القانون الأجنبي كله لأن هذه الأحكام تمثل منظومة متكاملة، وتطبيق بعضها دون بعض قد يؤدي إلى نتائج غير متجانسة[3].

كما أن المشرع العراقي أشار ضمناً إلى هذا التمييز في القانون المدني بقوله "لا يجوز تطبيق" دون تحديد ما إذا كان الاستبعاد للقاعدة أو للقانون بأكمله، مما يترك للقضاء تقدير ذلك وفق ظروف كل دعوى، وقد استقر الفقه العراقي على تفسير هذه العبارة بأن المقصود هو عدم تطبيق القاعدة المخالفة، وأن الأصل هو التطبيق الجزئي، وأن العدول عن الأصل يحتاج إلى مسوغات قوية، وهذا التفسير يجعل النظام العام في العراق من النوع الإيجابي الذي يكتفي باستبعاد

---

[1] حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص: تنازع القوانين، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، بغداد، 1997، ص 105.

[2] محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، 2008، ص 315.

[3] سلطان عبد الله محمود، الدفع بالنظام العام وأثره، مجلة الرافدين للحقوق، م 12 ع 43، 2010، ص 93.

CC BY

المخالف، بدلا من كونه نظاما عاما سدا للباب يرفض كامل الإسناد إلى القانون الأجنبي، مما يعكس نهجاً أكثر انفتاحاً على التعاون الدولي[1].

إن التحدي الذي يواجه القاضي في هذا المجال يتمثل في قدرته على التمييز بين الحكم المخالف وباقي أحكام القانون، وهو ما يتطلب منه معرفة معمقة بالقانون الأجنبي وثقافته، وهذا ما قد لا يتوفر دائماً أمام المحاكم الوطنية. ولذلك، يلجأ القضاء غالباً إلى الاستعانة بخبراء في القانون الأجنبي، أو إلى الاستناد إلى مبدأ "القرائن" الذي يفترض أن القانون الأجنبي يتمتع بالانسجام الداخلي، وأن أي حكم مخالف للنظام العام لا ينسحب إلا على ذاته. ويظل هذا المجال مفتوحاً لاجتهاد القضاة، الذين يتحملون مسؤولية كبيرة في تحقيق التوازن بين النصوص المجردة والواقع العملي للنزاعات الدولية.

الفرع الثاني

القيود الواردة على إعمال الدفع بالنظام العام

لم يعد الدفع بالنظام العام مطلق السراح في القوانين والأنظمة الحديثة بل فرضت التشريعات المقارنة والتوجهات الفقهية جملة من القيود الواردة على إعمال الدفع بالنظام العام وذلك بغية محاصرة هذه الأداة الاستثنائية ومنع القضاة من التوسع في استخدامها لحساب القانون الوطني دون مسوغ قانوني موضوعي وتأتي في مقدمة هذه القيود ضرورة وجود رابطة وثيقة وصارخة بين النزاع المعروض وبين دولة المنتدى وهو ما يُعرف في فقه القانون الدولي الخاص بشرط الصلة أو الرابطة الإقليمية وبموجب هذا القيد الجوهري لا يحق للقاضي الوطني أن يثير الدفع بالنظام العام لاستبعاد قانون أجنبي وافد إذا كانت العلاقة القانونية محل النزاع قد نشأت في الخارج بالكامل بين أطراف أجانب ولم تترتب عليها أي آثار مستقبلية أو حالية داخل إقليم دولة المنتدى إذ إن غياب المصلحة الوطنية الحقيقية في مثل هذه الحالات يجعل التدخل القضائي لاستبعاد القانون الأجنبي نوعاً من الفضول التشريعي الذي لا مبرر له ويضر باستقرار المراكز القانونية الدولية التي استقرت في بيئاتها الأصلية وفي المنظومة القانونية العراقية يستند الفقهاء إلى فكرة أن القيود على النظام العام تنبع من طبيعته الاستثنائية فالقاعدة هي تطبيق القانون الذي تشير إليه قاعدة الإسناد والاستثناء هو الاستبعاد والاستثناء لا يجوز التوسع فيه ولا القياس عليه مما يفرض على المحاكم الالتزام بالتحقق من مدى تأثير النزاع على المصالح الجوهرية المباشرة للعراق قبل الإقدام على تفعيل هذا الدفع الحمائي[2].

ومن القيود المهمة أيضاً تقيد القاضي بالتطور الزماني والمكاني لمفهوم النظام العام فلا يجوز له الاستناد إلى قيم بائدة أو مفاهيم قانونية هجرها المشرع الوطني أو استقر الفقه على عدم ضرورتها بل يجب أن تكون المخالفة واقعة لنظام عام حي ومعاصر ومطبق فعلياً في الدولة وقت صدور الحكم مما يمنع تحجر القضاء ويدفعه لمواكبة التطورات الدولية والانفتاح التشريعي[3]، ويضاف إلى ذلك قيد الرقابة القضائية العليا حيث تخضع قرارات محاكم الموضوع الصادرة باستبعاد القانون الأجنبي لرقابة محكمة التمييز الاتحادية في العراق والتي تدقق في الأسباب التشريعية والواقعية التي استند إليها القاضي لإعمال النظام العام وتملك سلطة نقض الحكم إذا تبين لها أن القاضي قد تعسف في التقدير أو أن المخالفة المدعاة لا تصل إلى درجة الجسامة التي تبرر تنحية القانون الأجنبي مما يوفر ضمانة حقيقية للأطراف

---

[1] ينظر في ذلك: المادة (32) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951.

[2] حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص: تنازع القوانين والمواطنة والأحوال الشخصية، المصدر السابق، ص 112.

[3] محمد حسناوي شويع حسون، تفوق قانون القاضي على القانون الأجنبي في نطاق القانون الدولي الخاص، المكتبة القانونية، بغداد، 2022، ص 145.

CC BY

ويحقق التجانس القضائي في تطبيق مقتضيات القانون الدولي الخاص ويسهم هذا التقييد الصارم للدفع بالنظام العام في تعزيز الثقة المتبادلة بين الأنظمة القانونية المختلفة ويبعث رسالة طمأنينة للمستثمرين والأجانب بأن حقوقهم المرتكزة على قوانينهم الوطنية لن تتعرض للاستبعاد المفاجئ أو العشوائي تحت مسمى النظام العام إلا إذا كانت هناك ضرورة قصوى تمس سيادة الدولة أو السلم الاجتماعي أو الأخلاق العامة الحية للمجتمع العراقي مما يجعل هذه القيود صمام أمان مزدوج يحمي المنظومة الوطنية وفي الوقت ذاته يصون العلاقات الدولية من التمزق والاضطراب التشريعي الذي قد ينشأ عن غياب المعايير الواضحة والمنضبطة في العمل القضائي اليومي للمحاكم المدنية والتجارية[1].

وهذه القيود ليست مجرد معوقات إجرائية بل هي في الواقع جوهر التوازن الفني والتشريعي الذي يحكم النظرية العامة لتنازع القوانين في العالم الحديث إذ تضمن بقاء الاستثناء في دائرته الضيقة كأداة دفاعية بحتة تستخدم لحماية مصالح المجتمع العليا الحقيقية دون الافتئات على حقوق الأفراد العادلة أو تعطيل حركة التبادل المدني والائتماني والتجاري الدولي المشترك بين الأقاليم والأنظمة القانونية المختلفة[2].

إن من أهم القيود التي تستجد في العصر الحديث هو ما يتعلق بالتزامات العراق الدولية في إطار المنظمات الاقتصادية الإقليمية والدولية، والتي قد تفرض عليه بعض التزامات تقيد سلطته في التوسع بالنظام العام. فعلى سبيل المثال، اتفاقيات منظمة التجارة العالمية التي يسعى العراق للانضمام إليها قد تتطلب منه تقييد استثناءات النظام العام بما لا يشكل عائقاً غير مبرر أمام التبادل التجاري، كما أن اتفاقيات الاستثمار الثنائية غالباً ما تنص على حماية المستثمرين من قيود النظام العام التعسفية، وهذا يمثل قيداً واقعياً يحد من سلطة القاضي العراقي في إعمال الدفع بشكل واسع في المنازعات ذات الطابع الاستثماري[3].

وخلاصة القول في المبحث الأول أن النظام العام في العراق محكوم بضوابط دقيقة تشمل حالات محددة لمخالفة المبادئ الأساسية، وتقديراً قضائياً خاضعاً للرقابة، ونطاقاً متدرجاً للاستبعاد، وقيوداً متعددة تمنع تحوله إلى أداة هدم لقواعد الإسناد، وهذه الضوابط تعكس فلسفة المشرع العراقي الذي أراد للنظام العام أن يكون صمام أمان لا مطرقة هدم، وأن يظل مجال تطبيقه استثنائياً بقدر ما يكون حاسماً في حماية الهوية الوطنية.

المبحث الثاني

الآثار القانونية للدفع بالنظام العام في استبعاد القانون الأجنبي

بعد أن استعرضنا في المبحث الأول الضوابط الحاكمة لإعمال دفع النظام العام، وحددنا حالاته ونطاقه وقيوده، يبرز الآن سؤال جوهري حول الآثار القانونية المترتبة على هذا الدفع بمجرد أن يقرره القاضي. فإن استبعاد القانون الأجنبي، سواء كان استبعاداً كلياً أو جزئياً، لا يمكن أن يترك فراغاً قانونياً في الدعوى، بل لا بد من تعويض هذا الفراغ بقانون آخر يحكم النزاع، وهذا هو الأثر المباشر للدفع. إلا أن هذه الآثار لا تتوقف عند مجرد إحلال قانون آخر، بل تمتد إلى ما هو أبعد من ذلك، إذ تمس الحقوق التي قد تكون اكتسبها الأفراد في ظل القانون الأجنبي قبل استبعاده، كما تؤثر في الاستقرار العام للمعاملات الدولية التي تعتمد على قابلية التنبؤ بالقانون الواجب التطبيق. وسنعالج هذه الآثار من

---

[1] ممدوح عبد الكريم الحافظ، القانون الدولي الخاص، المصدر السابق، ص 151.

[2] Dicey, Albert Venn, Lawrence Collins, and John P. Bell. Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws. 15th ed. London: Sweet & Maxwell, 2012, Rule 29, para. 29-012, p. 223.

[3] زينة غانم عبد الجبار، أثر التحولات الاقتصادية الحديثة في فكرة النظام العام: دراسة مقارنة، المكتبة القانونية، بغداد، 2018، ص 194.

CC BY

خلال مطلبين، نتناول في أولهما أثر استبعاد القانون الأجنبي على القانون الواجب التطبيق من حيث الإحلال والاستبعاد الكلي والجزئي، بينما نخصص المطلب الثاني لتحليل حدود هذه الآثار وما تثيره من إشكاليات تتعلق بالحقوق المكتسبة واستقرار المعاملات الدولية، وذلك للخروج بصورة متكاملة عن تداعيات هذا الاستثناء القانوني الخطير. **وبناء على ذلك سنقوم بتقسيم هذا المبحث الى مطلبين المطلب الأول يتناول أثر استبعاد القانون الأجنبي على القانون الواجب التطبيق اما المطلب الثاني حدود الآثار المترتبة على الدفع بالنظام العام.**

المطلب الأول

أثر استبعاد القانون الأجنبي على القانون الواجب التطبيق

عندما يقرر القاضي استبعاد القانون الأجنبي استناداً إلى مخالفته للنظام العام، فإن السؤال الفوري الذي يطرح نفسه هو: ما هو القانون الذي سيحل محل القانون الأجنبي المستبعد لحكم النزاع؟ فالقاضي لا يستطيع أن يترك الدعوى بغير قانون يحكمها، إذ أن ذلك يؤدي إلى إنكار العدالة. ولذلك، تتجسد الآلية القانونية في عملية الإحلال، وهي عملية تحل بموجبها قاعدة قانونية أخرى محل القاعدة المستبعدة. وتختلف طبيعة هذا الإحلال باختلاف ما إذا كان الاستبعاد كلياً أم جزئياً، الأمر الذي يستوجب دراسة مفصلة لكلا الحالتين، مع الأخذ بعين الاعتبار أن هذا الإحلال ليس مجرد عملية ميكانيكية، بل هو عملية اجتهادية تتطلب من القاضي أن يختار القانون الأنسب لملء الفراغ القانوني الناتج عن الاستبعاد. **وسنتناول في الفرعين التاليين تفصيل حكم الإحلال وآلياته، وكذلك التمييز بين الاستبعاد الكلي الذي يؤدي إلى إحلال كامل للقانون، والاستبعاد الجزئي الذي يحافظ على جزء من القانون الأجنبي.**

الفرع الأول

إحلال قانون القاضي محل قانو أجنبي

إن النتيجة المباشرة والبديهية لإعمال الدفع بالنظام العام هي تنحية القانون الأجنبي المخالف ولكن هذه التنحية تفرز معضلة قانونية تتمثل في نشوء فراغ تشريعي يتعين على القاضي معالجته فوراً لكي لا يكون مستنكفاً عن إحقاق الحق وهنا يظهر الأثر الإيجابي للنظام العام والمتمثل في إحلال قانون القاضي محل القانون الأجنبي المستبعد ليتولى حكم موضوع النزاع وتعرف هذه الآلية في فقه القانون الدولي الخاص بنظرية الحلول أو الأثر الاستبدالي لقانون القاضي حيث يمتد القانون الوطني للمنتدى ليملأ الفراغ التشريعي الذي تركه القانون الأجنبي المبعد مستنداً في ذلك إلى أن قانون القاضي هو القانون الأصيل المتاح دائماً والذي يستمد منه القاضي ولايته القضائية وقدرته على الفصل في الخصومات وفي إطار التشريع العراقي نجد أن القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 قد وضعت القاعدة الأساسية بقراراتها الصريحة أنه لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو الآداب في العراق ومقتضى هذا النص يفرض على القاضي العراقي إحلال الأحكام الموضوعية للقانون العراقي محل النصوص الأجنبية المستبعدة لضمان صدور حكم يتفق مع المعايير القانونية الوطنية ويبرر الفقه هذا الحلول بأن قاعدة الإسناد الوطنية عندما أشارت إلى القانون الأجنبي كانت تفترض أنه قانون صالح لحكم النزاع ولا يتعارض مع الثوابت الوطنية فإذا خاب هذا الافتراض وتبين عدم صلاحيته بسبب مخالفته للنظام العام سقط الاختصاص التشريعي

الأجنبي وعاد الاختصاص كاملاً لقانون القاضي باعتباره القانون الاحتياطي الجاهز لحل النزاعات وحماية مصالح الخصوم[1].

ويشير الفقه العراقي إلى أن إحلال قانون القاضي يدور وجوداً وعدماً مع حجم الاستبعاد الفعلي للقانون الأجنبي وتظهر الصعوبة العملية لتطبيق هذا الأثر في الحالات التي يكون فيها القانون الوطني غير منظم للمسألة المعروضة بالكامل أو يختلف هيكلياً عن طبيعة المؤسسة القانونية الأجنبية المستبعدة مما يتطلب من القاضي بذل جهد تفسيري استثنائي لتكييف القواعد الوطنية وجعلها متلائمة مع طبيعة النزاع الدولي مسترشدا بالمبادئ العامة للقانون وقواعد العدالة المستقرة في النظام القانوني العراقي لضمان عدم ضياع حقوق الأطراف بفعل هذا الإحلال التشريعي وبذلك يتضح أن إحلال قانون القاضي محل القانون الأجنبي المستبعد ليس مجرد إجراء فني بل هو تعبير صارخ عن سيادة الدولة وتشريعاتها الوطنية في مواجهة القوانين الوافدة وضمانة أكيدة بأن المحاكم الوطنية لن تنطق إلا بأحكام تنسجم تمام الانسجام مع الضمير القانوني والاخلاقي للمجتمع الذي تمثله مما يحقق الطمأنينة القضائية والعدالة الموضوعية المنشودة في منازعات التجارة والحياة المدنية الدولية العابرة للقارات والأقاليم الجغرافية والسياسية المختلفة[2].

والأساس المنطقي لإحلال قانون القاضي هو أن النظام العام يُعتبر تعبيراً عن إرادة الدولة في حماية قيمها الأساسية، وعندما تظهر هذه الإرادة لاستبعاد القانون الأجنبي، فإن القانون الوطني يعتبر الوسيلة الأكثر انسجاماً لتحقيق هذه الإرادة، فهو القانون الذي يعبر عن تلك القيم بشكل أصيل. ويذهب الدكتور حامد صالح حميدان في هذا الصدد إلى أن إحلال قانون القاضي ليس قاعدة إسناد جديدة، بل هو نتيجة منطقية لعدم تطبيق القانون الأجنبي، فإذا رفضنا القانون الأجنبي لتعارضه مع النظام العام، فإن أمامنا خياران: إما تطبيق قانون القاضي وإما اللجوء إلى قانون دولة ثالثة. إلا أن الخيار الأول هو الأكثر قبولاً في الفقه العراقي، لأنه يحقق الانسجام بين الجزاء والمبرر، بحيث يكون الجزاء هو تطبيق القانون الذي يمثل المبادئ التي دافعت عنها الدولة[3].

أن إحلال قانون القاضي يتم بعد إعمال ما يسمى بـ "طريقة الإحلال المباشر"، بمعنى أن القاضي يطبق قواعده الداخلية دون حاجة إلى العودة إلى قواعد الإسناد مرة أخرى، وذلك لأن العودة إلى قواعد الإسناد قد تؤدي إلى الإحالة مرة أخرى إلى قانون أجنبي آخر قد يكون مخالفاً للنظام العام أيضاً، مما يوقع القاضي في دائرة مفرغة لا نهاية لها. وقد استقر قضاء محكمة التمييز العراقية على هذا المبدأ، حيث قررت في العديد من قراراتها أنه عند استبعاد القانون الأجنبي، يطبق القانون العراقي مباشرة دون بحث قواعد الإسناد من جديد، وذلك استناداً إلى قاعدة "إذا سقط الأصل سقط الفرع" أو بتعبير أكثر دقة "إذا رفض القانون الأجنبي، عدنا إلى حضن القانون الوطني[4].

ويجب أخيرا التنبيه إلى أن إحلال قانون القاضي لا يتم إلا بعد أن يثبت القاضي استحالة تطبيق أي جزء من القانون الأجنبي دون الإضرار بالنظام العام، فإذا كان الاستبعاد جزئياً فإن الإحلال سيكون جزئياً أيضاً، وقد سبق أن ناقشنا الاستبعاد الجزئي، وسنفصله في الفرع التالي، لكن من المهم هنا التأكيد أن الإحلال الكامل لقانون القاضي لا يكون إلا

---

[1] المادة (32) من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.

[2] هادي حسين عليوي، أثر الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص، المصدر السابق، ص 45.

[3] سلطان عبد الله محمود، الدفع بالنظام العام وأثره، المصدر السابق، ص 94.

[4] حاكم جبير حنون الفرطوسي، حجية الحكم الأجنبي المقضي فيه رسالة ماجستير، جامعة القادسية / كلية القانون، 2016، ص 92.

CC BY

في حالات الاستبعاد الكلي للقانون الأجنبي، وهو نادر الحدوث كما أسلفنا، وبذلك، يظل الإحلال أداة مرنة بيد القاضي، يلجأ إليها بالقدر اللازم لحماية النظام العام دون أن يتسبب في إجحاف بحقوق الخصوم.

الفرع الثاني

الاستبعاد الكلي والاستبعاد الجزئي للقانون الأجنبي

يتنوع الأثر الاستبعادي للقانون الأجنبي تبعاً لمدى اتساع المخالفة وجسامتها وطبيعة الارتباط بين النصوص الأجنبية المعروضة مما يفرض على القضاء التمييز الدقيق بين الاستبعاد الكلي والاستبعاد الجزئي للقانون الأجنبي لضمان حماية النظام العام دون الإفراط في تنحية الأحكام الأجنبية الصالحة والتي لا تشوبها شائبة تشريعية وينصرف الاستبعاد الكلي إلى الحالات التي تكون فيها المنظومة القانونية الأجنبية المراد تطبيقها برمتها قائمة على أساس فلسفي أو أيديولوجي يتعارض تعارضاً كاملاً لا يتجزأ مع الثوابت الدستورية والاجتماعية لدولة المنتدى أو عندما يكون الحكم المخالف للنظام العام يمثل العصب الأساسي والركن الركين للرابطة القانونية بحيث إذا استبعد هذا الحكم تهاوت الرابطة بأكملها واستحال فصل أجزائها عن بعضها البعض وعلى النقيض من ذلك يمثل الاستبعاد الجزئي الأداة الأكثر مرونة وتناسباً في العمل القضائي الحديث حيث يقتصر دور القاضي فيه على قص واستئصال النص الأجنبي المحدد الذي يحمل المخالفة الصارخة للنظام العام مع الإبقاء على سائر الأحكام الأجنبية الأخرى صالحة ومنتجة لآثارها في حكم بقية جوانب النزاع المتعددة ما دامت هذه الأحكام مستقلة في مضمونها ولا يؤدي عزلها إلى تشويه طبيعة المؤسسة القانونية المستهدفة وفي السياسة التشريعية والقضائية العراقية يُنظر إلى الاستبعاد الجزئي باعتباره التطبيق الأمثل للطبيعة الاستثنائية للدفع بالنظام العام لأن حصر الاستبعاد في أضيق نطاق ممكن يتوافق مع مبدأ احترام الحقوق ويقلل من الآثار السلبية التي قد تلحق بأطراف النزاع الذين ارتضوا الاحتكام إلى القانون الأجنبي في معاملاتهم المالية أو الأسرية[1].

لاستبعاد الكلي، فيعتبر الحالة القصوى التي نادراً ما يلجأ إليها القضاء، ولا يحدث إلا عندما تكون المخالفة للنظام العام قائمة على فلسفة القانون الأجنبي كلها، بحيث لا يمكن فصل الحكم المخالف عن غيره. ومثال ذلك عندما يكون القانون الأجنبي قائماً على أساس التمييز العنصري أو على أساس ديني يختلف جذرياً عن الإسلام في الأحكام المتعلقة بالأسرة، فإن تطبيق هذا القانون ولو بشكل جزئي سيؤدي إلى تشويه النظام القانوني العراقي. وفي هذه الحالة، يرى القاضي أن أفضل حل هو استبعاد القانون كله والعودة إلى قانون القاضي[2].

ويشترط لإعمال الاستبعاد الجزئي أن تكون الرابطة القانونية قابلة للانقسام بطبيعتها فإذا كان النزاع يتعلق بعقد توريد دولي وتضمن القانون الأجنبي المختار نصاً يجيز المصادرة بلا تعويض أو يفرض شروطاً احتكارية خانقة تخالف النظام العام الاقتصادي العراقي فإن القاضي يستبعد هذا الحكم الاقتصادي الجائر وحده ويترك بقية بنود العقد المتعلقة بالالتزامات التبادلية والتسليم والضمان خاضعة للقانون الأجنبي مما يحقق التوازن بين الحماية السيادية واستقرار العقود أما إذا كان الانقسام مستحيلاً كما في حالة قانون أجنبي ينظم رابطة زوجية على أساس يبيح تعدد الزوجات بطرق أو شروط تخالف التنظيم القانوني الآمر في قانون الأحوال الشخصية العراقي وكان هذا الحكم مؤثراً على أصل قيام

---

[1] ممدوح عبد الكريم الحافظ، القانون الدولي الخاص، المصدر السابق، ص 148.

[2] أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين والولاية القضائية الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص 612.

CC BY

الرابطة فإن الاستبعاد قد يمتد ليصبح كلياً لتعلق الأمر بنظام الأسرة الجوهري الذي لا يقبل التجزئة أو الترقيع التشريعي مما يؤكد أن اختيار نوع الاستبعاد ليس أمراً تحكمياً بل هو خيار موضوعي محكوم بطبيعة البنية التشريعية للنزاع ومدى قابليتها للتجزئة الفنية والقانونية الكفيلة بحل القضية دون إخلال بالنظام العام ومقتضياته الموضوعية الحية المستقرة في ضمير المجتمع بصفة عامة وثابتة أكاديمياً وقضائياً[1].

أن معيار التمييز بين الاستبعاد الكلي والجزئي يقوم على مفهوم "الوحدة التشريعية"، بمعنى أن بعض القوانين تكون أحكامها مترابطة بشكل يصعب معه تطبيق بعضها دون بعض دون أن يؤدي ذلك إلى اختلال المعنى القانوني أو التناقض في النتائج. فإذا كان الحكم المخالف يشكل جوهر القانون الأجنبي أو محوره الرئيسي، كان الاستبعاد كلياً. أما إذا كان الحكم المخالف مجرد قاعدة ثانوية أو استثنائية، كان الاستبعاد جزئياً. وهذا المعيار يمنح القاضي مساحة لتقدير درجة الترابط في القانون الأجنبي، وهو تقدير موضوعي يخضع لرقابة محكمة التمييز[2].

ومن المهم أن يدرك الباحث القانوني أن الاستبعاد الجزئي لا يقل تعقيداً عن الاستبعاد الكلي، بل قد يكون أكثر تعقيداً، لأنه يتطلب من القاضي أن يقوم بعملية "تشريح" للقانون الأجنبي لفصل أحكامه المخالفة عن أحكامه السليمة، وهي عملية قد تكون شاقة وتستغرق وقتاً، وقد تتعارض مع مبدأ سرعة الفصل في المنازعات. ولكن هذا الجهد يبقى ضرورياً لتحقيق العدالة النوعية التي يبتغيها القانون الدولي الخاص، وهي عدالة لا تقوم على رفض كل ما هو أجنبي، بل تقوم على قبول الأجنبي بما يتوافق مع القيم الأساسية، ورفض ما يخالفها فقط. وهذا هو جوهر التطور في نظرية النظام العام في العصر الحديث، حيث تحولت من أداة دفاعية سلبية إلى أداة انتقائية إيجابية تسهم في بناء جسور التواصل القانوني بين الدول.

المطلب الثاني

حدود الآثار المترتبة على الدفع بالنظام العام

إن الآثار القانونية للدفع بالنظام العام، سواء تعلق الأمر بإحلال قانون القاضي أو بنوع الاستبعاد، لا تنتهي بمجرد إصدار الحكم القضائي، بل تمتد آثارها إلى ما هو أبعد من ذلك، فتطال مراكز قانونية قد تكون استقرت في ظل القانون الأجنبي قبل إعمال الدفع، كما تطال فكرة استقرار المعاملات الدولية التي تعتبر ركيزة أساسية من ركائز القانون التجاري الدولي، وهذه الآثار الممتدة تشكل تحدياً كبيراً للقاضي، حيث يواجه معادلة صعبة بين حماية النظام العام من جهة، والحفاظ على الحقوق التي اكتسبها الأفراد بحسن نية واعتماداً على قانون معين من جهة أخرى، وكذلك الحفاظ على بيئة قانونية مستقرة تجذب الاستثمارات الأجنبية، وسنتناول في الفرعين التاليين هذين الجانبين الخطيرين، محاولين تقديم رؤية متوازنة تحقق العدالة في كافة الاتجاهات، مع الإشارة إلى المواقف الفقهية والقضائية المختلفة في هذا الشأن. **وعليه سيتضمن هذا المطلب فرعين أساسيين الأول أثر الدفع بالنظام العام على الحقوق المكتسبة اما الفرع الثاني أثر الدفع بالنظام العام على استقرار المعاملات الدولية.**

---

[1] جابر جاد عبد الرحمن، القانون الدولي الخاص العربي، مطبعة مصر، القاهرة، 1959، ص 325.

[2] كاظم عبد الله الشمري، القواعد الآمرة والنظام العام في القانون المدني العراقي، المكتبة القانونية، بغداد، 2021، ص 300.

CC BY

الفرع الأول

أثر الدفع بالنظام العام على الحقوق المكتسبة

يعد أثر الدفع بالنظام العام على الحقوق المكتسبة من أدق وأعقد الموضوعات في القانون الدولي الخاص حيث تبلورت في الفقه القضائي نظرية الأثر المخفف للنظام العام للتفريق بين حالتين جوهريتين الأولى هي حالة نشوء أو إنشاء الحق ابتداءً داخل إقليم دولة القاضي والثانية هي حالة الاحتجاج بحق قد نشأ وتكاملت عناصر شروطه صحيحاً في الخارج وفقاً لقانون أجنبي مختص قبل الانتقال للمطالبة بآثاره داخل دولة المنتدى[1]، ويقضي هذا التوجه الفقهي الراسخ بأن النظام العام يتدخل بكل قوة وقسوة لمنع إنشاء أي حق داخل الدولة إذا كان يتعارض مع مبادئها الأساسية ولكنه يكون أكثر تسامحاً وأقل شدة عندما يتعلق الأمر بمجرد الاعتراف بالآثار المالية أو المدنية لحق ولد صحيحاً في بيئة قانونية أجنبية وهو ما يعكس رغبة القانون الدولي الخاص في حماية الاستقرار الشخصي والمالي للأفراد عبر الحدود السياسية للدول وفي المنظومة الفقهية العراقية يؤكد الباحثون أن هذا الأثر المخفف يجد تبريره في أن الصدمة التي يلقيها الحق المكتسب في الخارج على النظام القانوني الوطني هي صدمة ضعيفة وخفيفة مقارنة بالصدمة التي يخلّفها طلب إنشاء هذا الحق المخالف داخل إقليم الدولة ابتداءً ولذلك يجوز للقاضي العراقي الاعتراف بالحقوق المكتسبة وترتيب آثارها ما لم تكن تلك الآثار في حد ذاتها تمثل انتهاكاً صارخاً ومباشراً للآداب العامة أو السلم الاجتماعي في العراق[2].

وتتضح هذه الصورة الجلية في مسائل الأحوال الشخصية فإذا تزوج أجنبيان في خارجهما زواجاً صحيحاً يبيح تعدد الزوجات دون قيود معينة ثم جاءا إلى العراق وطالبت الزوجة بنفقتها الزوجية أو بحقها في الميراث فإن القاضي العراقي لا يثير الدفع بالنظام العام لإبطال الزواج المكتسب في الخارج بل يعترف بآثاره المالية المتمثلة في النفقة أو الإرث لأن هذه الآثار لا تصدم النظام العام العراقي بل تتوافق مع مبادئ العدالة الإنسانية ويشترط للاستفادة من الأثر المخفف للنظام العام وحماية الحق المكتسب أن يكون هذا الحق قد نشأ وتأسس صحيحاً بالكامل وفقاً للقانون الأجنبي الذي يعينه قانون دولة المنشأ وأن لا يكون الأطراف قد لجأوا إلى الغش نحو القانون للتهرب من أحكام قانونهم الوطني الآمر فإذا توفرت حسن النية وتكاملت الشروط الموضوعية أصبح الحق المكتسب محمياً بموجب المبادئ الدولية التي تصون استقرار المراكز القانونية وتمنع تجريد الأفراد من حقوقهم المشروعة لمجرد تنقلهم بين الأقاليم والدول المختلفة وهو ما يكرس الوظيفة التوفيقية للقانون الدولي الخاص وغايته الأسمى المتمثلة في كفالة السلم القانوني وحماية التوقعات المشروعة للمتعاملين في البيئة الدولية المفتوحة على شتى الثقافات والتشريعات الإنسانية المعاصرة[3].

ومن الناحية الفقهية، يمكن القول بأن الفكرة الراسخة هي أن النظام العام لا يعمل بأثر رجعي إلا في حالات استثنائية جداً، وهي الحالات التي تكون فيها الحقوق المكتسبة باطلة بطلاناً مطلقاً في النظام القانوني للدولة القاضي، أي أنها حقوق لم تكن مشروعة أصلاً وليس مجرد أنها مخالفة لقاعدة تنظيمية عادية، وقد عبر عن هذا المبدأ الفقيه المصري الكبير عبد الرزاق السنهوري بقوله "إن النظام العام لا ينظر إلى الماضي، بل ينظر إلى المستقبل، فهو يمنع نشوء حقوق جديدة مخالفة له، ولكنه لا يهدم حقوقاً نشأت قبله في ظل قانون آخر، إلا إذا كانت هذه الحقوق تمس أسس

---

[1] كمال كيحل، الأثر المخفف للنظام العام في القانون الدولي الخاص، المصدر السابق، ص 464.

[2] صاحب عبيد الفتلاوي، القانون الدولي الخاص المالي، دار الإثراء للنشر والتوزيع، بغداد، 2010، ص 88.

[3] شمس الدين الوكيل، موجز القانون الدولي الخاص، المصدر السابق، ص 270.

CC BY

المجتمع ذاتها، وهذا المبدأ مستقر في القانون المدني العراقي الذي يستند بشكل كبير إلى آراء السنهوري في تفسير النظام العام[1].

ويجب أن نضيف إلى ذلك أن حماية الحقوق المكتسبة تتأثر بطبيعة العلاقة الدولية، فإذا كانت العلاقة ذات صلة وثيقة بالدولة العراقية (كعلاقة عراقيين فيما بينهم)، فإن القاضي قد يكون أكثر ميلاً لمراجعة الحقوق المكتسبة في ضوء النظام العام. أما إذا كانت العلاقة ذات صلة ضعيفة (كعلاقة أجنبيين في دولة ثالثة)، فإن القاضي يكون أكثر تسامحاً في حماية الحقوق المكتسبة، لأنه لا يرى مساساً مباشراً بمجتمعه. وهذا الموقف تمليه فكرة أن النظام العام وسيلة لحماية المجتمع العراقي في المقام الأول، وليس وسيلة لإعادة تشكيل العلاقات الدولية التي لا تمس المجتمع مباشرة[2].

وخلاصة القول في هذا الفرع، أن أثر الدفع بالنظام العام على الحقوق المكتسبة يخضع لمعايير دقيقة تقوم على الموازنة بين حماية المراكز القانونية القائمة وبين ضرورة صيانة القيم الأساسية، مع الأخذ بعين الاعتبار حسن النية والارتباط بالدولة القاضي، بما يجعل من القضاء دوراً إبداعياً في تحقيق هذه الموازنة دون الوقوع في تطرف الحماية أو التضحية بالثقة في التعاملات القانونية.

الفرع الثاني

أثر الدفع بالنظام العام على استقرار المعاملات الدولية

يرتبط إعمال الدفع بالنظام العام ارتباطاً وثيقاً بالبيئة الاقتصادية والاجتماعية الدولية ومن هنا يتوجب دراسة أثر الدفع بالنظام العام على استقرار المعاملات الدولية إذ إن التوسع غير المدروس في استبعاد القوانين الأجنبية يؤدي بالضرورة إلى إشاعة حالة من الشك وعدم اليقين القانوني بين المتعاملين في مجال التجارة والاستثمار الدوليين مما يهدد حركة الائتمان وحرية تدفق الأموال عبر الحدود الوطنية للدول ويفرض المنطق القانوني المعاصر على الدول ضرورة التوفيق بين حماية سيادتها ومبادئها الداخلية وبين متطلبات الاندماج في الجماعة الدولية وتوفير بيئة تشريعية آمنة وقابلة للتنبؤ للأطراف الأجانب الذين يربطون مصالحهم المالية والاقتصادية بأنظمة قانونية متعددة ومتنوعة وفي هذا الصدد يرى الفقه القانوني العراقي أن الحفاظ على استقرار المعاملات الدولية يتطلب من القضاء تبني مفهوم ضيق ومرن للنظام العام في المواد التجارية والمالية بحيث لا يُلجأ إلى الاستبعاد إلا في الحالات التي تمس المصالح الحيوية العليا للعراق مساً مباشراً لأن الإفراط في تفعيل هذا الاستثناء ينعكس سلباً على سمعة الدولة الاستثمارية ويجعل الشركات الدولية تتخوف من الدخول في علاقات تعاقدية قد تنسف أحكامها في أي لحظة تحت مسمى النظام العام ويؤدي استقرار المعاملات الدولية إلى تعزيز الثقة بالحلول التي يقدمها القانون الدولي الخاص[3].

حيث يطمئن كل طرف في العلاقة العقدية الدولية إلى أن حقوقه والالتزامات المترتبة عليه ستظل محكومة بالقانون الذي اختاره أو الذي أشارت إليه قواعد الإسناد الموضوعية ولن تتعرض للمفاجآت القضائية الناشئة عن تفسيرات وطنية ضيقة لا تأخذ بعين الاعتبار خصوصية العلاقات الدولية وطبيعتها المغايرة للعلاقات الداخلية المحضة ويسهم هذا التوجه القضائي الحمائي للاستقرار في تقليل النزاعات الدولية وتسهيل تسويتها عبر تشجيع اللجوء إلى التحكيم التجاري

---

[1] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2022، ص 567.

[2] كاظم عبد الله الشمري، القواعد الآمرة والنظام العام في القانون المدني العراقي، المصدر السابق، ص 322.

[3] ممدوح عبد الكريم الحافظ، القانون الدولي الخاص، المصدر السابق، ص 165.

CC BY

الدولي والاعتراف بأحكامه إذ إن قضاء التحكيم يعتمد بالأساس على احترام إرادة المتعاقدين والتخفيف من غلواء القوانين الوطنية الآمرة التي لا تخدم حركة التجارة العالمية وهو ما استوعبه المشرع والقضاء في العراق من خلال السعي المستمر لتطوير القواعد القانونية المنظمة للتجارة الدولية والائتمان بما يتلاءم مع المعايير والاتفاقيات الدولية دون الإخلال بالركائز العميقة للنظام العام الوطني وبناءً على ذلك يصبح أثر النظام العام على استقرار المعاملات معياراً للحكمة التشريعية والقضائية حيث يقاس نجاح النظام القانوني بقدرته على حماية قيمها الذاتية والأساسية وفي الوقت ذاته كفالة التطور والازدهار لعلاقاته الاقتصادية والمدنية مع العالم الخارجي في إطار من الاحترام المتبادل والموازنة الدقيقة بين السيادة الوطنية والتعايش الدولي المشترك والفاعل عملياً ومستقبلياً[1].

من ناحية أخرى، فإن التقلب في تفسير النظام العام بين محكمة وأخرى، أو بين فترة زمنية وأخرى، يعد أحد أكبر عوامل زعزعة استقرار المعاملات الدولية. فالمستثمر الأجنبي يحتاج إلى يقين بأن القواعد التي تعاقد على أساسها ستبقى ثابتة، أو على الأقل لن تتغير بشكل جذري خلال مدة التعاقد. وهنا يأتي دور مبدأ "النظام العام المتحرك" الذي أشرنا إليه سابقاً، والذي يعني أن النظام العام يتغير بتغير الزمن. ورغم أن هذا المبدأ واقعي ويعبر عن تطور المجتمعات، إلا أنه يشكل تهديداً لاستقرار العقود طويلة الأجل. ولذلك، يفضل الفقه الحديث أن يتم تقييم مخالفة النظام العام بناءً على القانون السائد وقت إبرام العقد، وليس وقت الفصل في النزاع، على الأقل في العقود التجارية التي تتم بين أطراف محترفة، وذلك حفاظاً على الثقة في التعاملات التجارية الدولية[2].

وأخيراً، يجب الإشارة إلى أن استقرار المعاملات الدولية لا يتحقق فقط بتقييد النظام العام، بل يتحقق أيضاً بتطوير أدوات قانونية أخرى مثل التحكيم المؤسسي، ووضع قواعد موحدة للعقود الدولية ، بحيث تقل الحاجة إلى الاحتكام إلى النظام العام الوطني، وهذا يتطلب من المشرع العراقي أن يكون أكثر انفتاحاً على النماذج القانونية الدولية، وأن يطور أدواته التشريعية لتواكب متطلبات الاقتصاد العالمي، مع الاحتفاظ بحقه المشروع في حماية قيمه الأساسية. وبذلك، يصبح النظام العام أداة بناء لا أداة هدم، وسيظل دوره محورياً في تحقيق التوازن بين السيادة والانفتاح الدولي.

الخاتمة

في ختام هذا البحث، نستطيع أن نقول إن نظرية النظام العام في مجال تنازع القوانين تمثل إحدى الركائز الأساسية التي يقوم عليها القانون الدولي الخاص، فهي تمثل الجسر الذي يربط بين واجب القاضي بتطبيق القانون الأجنبي المستمد من قواعد الإسناد، وبين واجبه الأسمى في حماية المبادئ والقيم التي يقوم عليها مجتمعه. وقد تبين لنا من خلال الدراسة أن المشرع العراقي، ممثلاً في المادة (32) من القانون المدني، قد أحاط هذا الدفع بضوابط موضوعية وإجرائية تجعله استثناءً وليس قاعدة، وأن القضاء العراقي، وخاصة محكمة التمييز الاتحادية، يسير بخطى متزنة في تطبيق هذا الاستثناء، فلا يتوسع فيه بشكل يعطل قواعد الإسناد، ولا يتراخى في تطبيقه عندما تمس المخالفة جوهر القيم الإسلامية والدستورية للمجتمع العراقي. وقد توصلنا إلى أن حصر النظام العام في صورته الدولية (الأضيق) هو السبيل الأمثل لتحقيق التوازن المطلوب، بحيث لا يتحول النظام العام إلى أداة للعزلة القانونية، بل يظل صمام أمان

[1] حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص: تنازع القوانين والمواطنة والأحوال الشخصية، المصدر السابق، ص120.

[2] محمود سمير الشرقاوي، القانون الدولي الخاص، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2022، ص 490.

CC BY

يحمي الهوية الوطنية في عالم يشهد تزايداً مستمراً في التبادل التجاري والقضائي، وهو ما يتطلب من القضاة والمشرعين على حد سواء يقظة دائمة تجاه المتغيرات الدولية.

كما بينا أن الآثار المترتبة على استبعاد القانون الأجنبي لا تقف عند مجرد إحلال قانون القاضي، بل تمتد إلى مراكز قانونية معقدة كالحقوق المكتسبة واستقرار المعاملات الدولية، الأمر الذي يفرض على القاضي أن يكون على درجة عالية من الوعي والإدراك لمتغيرات العلاقات الدولية، وألا يغفل عن البعد الاقتصادي والاجتماعي لقراراته، وقد تبين لنا أن الاستبعاد الجزئي هو الأصل الذي ينبغي أن ينطلق منه القضاء، وأن الإحلال الكامل بالقانون الوطني لا يكون إلا في حالات الضرورة القصوى، وذلك حفاظاً على روح التعاون الدولي واحتراماً لإرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق. كما أن حماية الحقوق المكتسبة تعتبر ضرورة حتمية للحفاظ على الثقة في النظام القانوني، ولا يجوز المساس بها إلا إذا كانت الحقوق ذاتها مشوبة ببطلان جوهري منذ نشأتها. ويبقى التحدي الأكبر أمام القضاء العراقي هو كيفية التوفيق بين الالتزام بالنصوص القانونية الوطنية وبين متطلبات الاندماج في الاقتصاد العالمي، وهو تحدٍ يزداد تعقيداً في ظل المتغيرات السياسية والاقتصادية الراهنة، مما يستدعي تطويراً مستمراً في الثقافة القانونية للقضاة والمحامين على حد سواء، وفتح آفاق جديدة للتعاون القانوني مع الدول المتقدمة في هذا المجال.

النتائج

1. تأكيد الطبيعة الاستثنائية للنظام العام: يستخلص البحث أن دفع النظام العام في القانون الدولي الخاص العراقي هو استثناء يجب تفسيره تفسيراً ضيقاً، ولا يجوز التوسع فيه ليشمل كل مخالفة للقانون الوطني، بل يقتصر على المخالفات الجسيمة للمبادئ الأساسية الدينية والدستورية والاقتصادية، وذلك وفق النص الصريح للمادة (32) من القانون المدني العراقي والاجتهادات القضائية المقررة، مما يحول دون تحوله إلى أداة تعسفية.
2. أولوية الاستبعاد الجزئي على الاستبعاد الكلي: أثبت البحث أن القاعدة في الاستبعاد هي الجزئية، بحيث لا يستبعد القاضي من القانون الأجنبي سوى الحكم المخالف للنظام العام، ويبقي باقي أحكام القانون الأجنبي سارية، ولا يلجأ إلى الاستبعاد الكلي إلا في حالات نادرة عندما تكون المخالفة تشكل جوهر القانون ذاته أو عندما يكون الفصل بين الأحكام مستحيلاً عملياً، وهذا ما يعكس مرونة القانون الدولي الخاص العراقي.
3. حماية الحقوق المكتسبة بحسن نية: توصل البحث إلى أن الحقوق التي اكتسبها الأفراد في ظل القانون الأجنبي قبل إعمال الدفع بالنظام العام محمية ولا يجوز المساس بها بأثر رجعي، شريطة أن تكون هذه الحقوق قد نشأت بحسن نية وفي ظل تطبيق صحيح لقواعد الإسناد، إلا في حالة كانت هذه الحقوق باطلة بطلاناً مطلقاً لمخالفتها صريحاً لأحكام الشريعة الإسلامية أو الدستور العراقي، وهي استثناءات محددة وليست قاعدة عامة.
4. الالتزام بالمعايير الدولية لضمان استقرار المعاملات: خلص البحث إلى ضرورة أن يلتزم القضاء العراقي بمعايير دقيقة عند إعمال النظام العام في المنازعات التجارية والتحكيمية، بما لا يشكل عائقاً أمام تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية أو الاستثمارات الدولية، وأن يتم تطبيق النظام العام في هذا السياق وفق مفهومه الضيق

CC BY

حفاظاً على سمعة العراق كبيئة قانونية جاذبة للاستثمار وملتزمة بالتزاماتها الدولية، خاصة في ظل سعيه للانضمام إلى المنظمات الاقتصادية الدولية.

التوصيات

1. إصدار دليل قضائي استرشادي عن النظام العام: يوصي الباحث بأن تقوم محكمة التمييز الاتحادية بالتعاون مع المعهد العالي للقضاء بإصدار دليل قضائي استرشادي يوضح بالتفصيل حالات النظام العام ومعايير تطبيقه في المنازعات المدنية والتجارية الدولية، وذلك لتوحيد اجتهادات المحاكم والحد من التباين في تفسير هذه النظرية، مما يسهم في تعزيز الثقة في الأحكام القضائية الصادرة.
2. تعديل المادة (32) من القانون المدني النافذ لجهة الإحلال: يوصي الباحث بإضافة فقرة إلى المادة (32) من القانون المدني العراقي تنص صراحة على القانون الذي يحل محل القانون الأجنبي المستبعد، مع إجازة اللجوء إلى قانون دولة ثالثة وثيقة الصلة بالنزاع كحل بديل عن قانون القاضي في الحالات التي يكون فيها قانون القاضي غير مناسب لطبيعة العلاقة القانونية، وذلك لمواكبة التطورات في الفقه المقارن ولتوفير حلول أكثر عدالة.
3. تطوير آليات التحكيم الدولي في العراق: يوصي الباحث بضرورة تطوير البنية التشريعية للتحكيم في العراق، خاصة فيما يتعلق بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، وذلك بتحديد مفهوم "النظام العام" في قانون التحكيم بشكل أكثر وضوحاً بما يضمن عدم التوسع في رفض التنفيذ، مع تشجيع المؤسسات القضائية على التدريب المستمر في مجال التحكيم التجاري الدولي، والاستفادة من الخبرات الدولية في هذا المجال.
4. إدراج مقرر القانون الدولي الخاص المتقدم في مناهج كليات القانون: يوصي الباحث بتعميق دراسة نظرية النظام العام في المناهج الأكاديمية، وخاصة في الدراسات العليا، مع التركيز على الجوانب العملية من خلال تحليل الأحكام القضائية الواقعية والمنازعات الدولية المعاصرة، وذلك لإعداد جيل من المحامين والقضاة قادرين على التعامل مع تعقيدات المنازعات الدولية بوعي وإدراك كاملين للأبعاد القانونية والاقتصادية والاجتماعية لهذه النظرية، مما يعزز مكانة القانون العراقي دولياً.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: الكتب العامة

1. أحمد القشيري، القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 1972.
2. أحمد مسلم، القانون الدولي الخاص في الجنسية ومركز الأجانب وتنازع القوانين، دار الفكر العربي، القاهرة، 1974.
3. عباس العبودي، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الاحكام الأجنبية، مكتبة نور، موقع كتب الكتروني، 2014، ص 67.
4. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (النظرية العامة للالتزامات)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998.

5. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص: تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986.
6. جابر جاد عبد الرحمن، القانون الدولي الخاص العربي، مطبعة مصر، القاهرة، 1959.
7. محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، 1980.
8. ممدوح عبد الكريم الحافظ، القانون الدولي الخاص: دراسة مقارنة، دار الحرية للطباعة، بغداد، 1977.
9. شمس الدين الوكيل، موجز القانون الدولي الخاص، دار الفكر العربي، القاهرة، 1975.

ثانياً: الكتب المتخصصة

1. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين والولاية القضائية الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008.
2. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، القانون الدولي الخاص، ط 3، مكتبة السنهوري، بغداد، 2013.
3. عبد الرحمن حسين علي، النظام العام في القانون الدولي الخاص (دراسة مقارنة)، منشورات زين الحقوقية، بغداد، 2019.
4. حامد صالح حميدان، القانون الدولي الخاص العراقي، المكتبة القانونية، بغداد، 2018.
5. حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص: تنازع القوانين والمواطنة والأحوال الشخصية، مطبعة وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، 1983.
6. هشام علي صادق، تنازع القوانين، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001.
7. إبراهيم حامد مشعل، قانون المرافعات المدنية العراقي (دراسة تحليلية)، دار الثقافة، عمان، 2016.
8. كاظم عبد الله الشمري، القواعد الآمرة والنظام العام في القانون المدني العراقي، المكتبة القانونية، بغداد، 2021.
9. محمود سمير الشرقاوي، القانون الدولي الخاص، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2022.
10. محمد حسناوي شويع حسون، تفوق قانون القاضي على القانون الأجنبي في نطاق القانون الدولي الخاص، المكتبة القانونية، بغداد، 2022.
11. صاحب عبيد الفتلاوي، القانون الدولي الخاص المالي، دار الإثراء للنشر والتوزيع، بغداد، 2010.

ثالثاً: المجلات والمقالات والدوريات

1. أحمد حسين جلاب، "النظام العام وأثره في القانون الدولي الخاص"، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، العدد 28، المجلد 8، النجف، 2016.
2. حامد صالح الراوي، "القانون الدولي عند العرب"، مجلة القضاء الحقوقية، العدد 4، المجلد 1، بغداد، 1981، ص56.
3. مرتضى عبد الله خيري، "الدفع بالنظام العام لاستبعاد القانون الواجب التطبيق في منازعات التبني"، مجلة بحوث ودراسات، العدد 162، بغداد، 2024.
4. نوار رحمن كميل، "فكرة النظام العام الوطني في تنازع القوانين"، مجلة الجامعة العراقية، المجلد 71، العدد 3، بغداد، 2024.

5. سلطان عبد الله محمود، "الدفع بالنظام العام وأثره"، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 12، العدد 43، الموصل، 2010، ص 93-115.

رابعاً: الأطاريح

1. حاكم جبير حنون الفرطوسي، "حجية الحكم الأجنبي المقضي فيه في القانون الدولي الخاص العراقي"، أطروحة رسالة ماجستير أعدت لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة القادسية / كلية القانون، 2016.
2. سامي رشيد العبيدي، "النظام العام في القانون الدولي الخاص العراقي: دراسة تحليلية مقارنة"، أطروحة دكتوراه أعدت لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الدولي الخاص، جامعة بغداد / كلية القانون، 2018.

خامساً: الدساتير والقوانين

1. دستور جمهورية العراق النافذ، الصادر بتاريخ 28 حزيران 2005.
2. القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951.
3. قانون الإثبات العراقي رقم (107) لسنة 1979.

سادسا: المراجع الأجنبية

1. Batifol, Henri, and Paul Lagarde. Droit international privé. 7th ed. Paris: LGDJ, 1981.
2. Dicey, Albert Venn, Lawrence Collins, and John P. Bell. Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws. 15th ed. London: Sweet & Maxwell, 2012.
3. Cheshire, Geoffrey C., P. M. North, and J. J. Fawcett. Private International Law. 15th ed. Oxford: Oxford University Press, 2017.