جامعة كربلاء

كلية القانون

فرع القانون الخاص

تقييد سلطة القضاء بالدفع بالنظام العام في مسائل الأحوال الشخصية

(دراسة مقارنة)

رسالة مقدمة إلى مجلس كلية القانون- جامعة كربلاء

وهي جزء من متطلبات نيل درجة الماجستير في القانون الخاص- القانون الدولي الخاص

كتبت بواسطة الطالب

ثامر عبد الحسين غافل مـچـي

بإشراف

أ.م. د. ثامر داود عبود الشافعي

٢٠٢٥ م **١٤٤٦ هـ**

بسم الله الرحمن الرحيم

" وَمَا كَانَ ٱلنَّاسُ إِلَّآ أُمَّةً وَاحِدَةً فَٱخْتَلَفُوا۟ وَلَوْلَا كَلِمَةٌ سَبَقَتْ مِن رَّبِّكَ لَقُضِىَ بَيْنَهُمْ فِيمَا فِيهِ يَخْتَلِفُونَ " .

صدق الله العلي العظيم

(سورة يونس/الآية ١٩)

إقرار المشرف

تحية طيبة:

أشهد إن رسالة الماجستير الموسومة بـ: (تقييد سلطة القضاء بالدفع بالنظام العام في مسائل الأحوال الشخصية - دراسة مقارنة) المقدمة من قبل الطالب (ثامر عبد الحسين غافل مچي) إلى مجلس كلية القانون - جامعة كربلاء بوصفها جزء من متطلبات نيل درجة الماجستير في القانون الخاص- القانون الدولي الخاص قد جرت تحت إشرافي ورُشحت للمناقشة.

... مع الاحترام.

التوقيع:

الاسم : أ.م.د. ثامر داود عبود الشافعي.

الدرجة العلمية: أستاذ مساعد.

الاختصاص: القانون الدولي الخاص.

جامعة كربلاء - كلية القانون.

إقرار المقوم اللغوي

تحية طيبة:

أشهد إني قرأت رسالة الماجستير الموسومة بـ (تقييد سلطة القضاء بالدفع بالنظام العام في مسائل الأحوال الشخصية - دراسة مقارنة) المقدمة من قبل الطالب (ثامر عبد الحسين غافل مـچـي) إلى مجلس كلية القانون- جامعة كربلاء، وقد وجدتها صالحة للمناقشة من الناحيتين اللغوية والتعبيرية، بعد أن أخذ الطالب بالملاحظات المسجلة على متن الرسالة.

...مع الاحترام.

التوقيع:

الاسم: أ.م. د. علي صادق جعفر

الاختصاص العام: اللغة العربية

الاختصاص الدقيق: اللسانيات

إقرار لجنة مناقشة

نشهد نحن أعضاء لجنة المناقشة إننا اطلعنا على هذه الرسالة الموسومة بـ (تقييد سلطة القضاء بالدفع بالنظام العام في مسائل الأحوال الشخصية "دراسة مقارنة")، وناقشنا الطالب (ثامر عبد الحسين غافل) على محتواها، وفيما له علاقة بها، ونعتقد إنها جديرة بالقبول لنيل درجة الماجستير في القانون / فرع القانون الخاص وبدرجة (جيد جداً).

التوقيع :

الاسم: أ.د حسن علي كاظم

(رئيساً)

التاريخ: ٦/ ٢/ ٢٠٢٥

التوقيع :

الاسم: أ.د. غسان عبيد محمد

(عضواً)

التاريخ: / / ٢٠٢٥

التوقيع :

الاسم: أ.د. ختام عبد الحسن شنان

(عضواً)

التاريخ: / / ٢٠٢٥

التوقيع :

الاسم: أ.م.د. ثامر داود عبود

(عضواً ومشرفاً)

التاريخ: / / ٢٠٢٥

صادق مجلس كلية القانون / جامعة كربلاء على قرار لجنة المناقشة

التوقيع:

أ.د. احمد شاكر سلمان

عميد كلية القانون / جامعة كربلاء

التاريخ: / / ٢٠٢٥

الإهداء

إلى السـادة الميـامين

محمّـدٍ وآلـه الطيبين الطاهريـن.

إلى من فارقنا أثناء رحلتي الدراسية (المرحلة التحضيرية) وترك جُرحًا لا يلتئمُ

والدي رحمهُ الله وأسكنه فسيح جناته.

إلى من عَبَّدت طريق النجاح بدعائها وعطائها

والدتي حفظها الله وأدامها ذخرًا لنا.

إلى من كانوا سندي وعضدي و ركيزةً أتّكئُ عليها بعد الله سبحانه وتعالى

أخوتي الأعزّاء وأختي الغالية حماهم الله.

إلى من كانوا عونًا لي خلال دراستي

عائلتي وفقّهم الله وعافاهم.

الباحث

شكر وامتنان

" اللهم لك الحمد حمدًا لا ينفد أوله، ولا ينقطع آخره، اللهم لك الحمد فأنت أهلٌ أن تُحمد وتُعبد وتُشكر"، بفضل الله عزَّ وجلّ ونعمه تم إكمال كتابة هذه الرسالة، فله الشكر وله الحمد.

أما بعد:

لا يسعني إلّا أن أتقدَّم بجزيل الشكر والامتنان إلى أستاذي الفاضل السيد المشرف الأستاذ المساعد الدكتور(ثامر داود عبود الشافعي) المحترم؛ لقبوله عنوان الرسالة والإشراف عليها حتى إنجازها، ولم تكن الرسالة بهذه الصورة لولا ملاحظاته القيّمة، وتوجيهاته السديدة، ولا أملك سوى الدعاء له فاسأل العلي القدير أن يمّن عليه بدوام الصحة والعافية، وأن يوفّقه في مسيرته العلمية ولكل فعلٍ خير.

كما أتقدَّم بالشكر الجزيل إلى السادة رئيس وأعضاء لجنة المناقشة المحترمين لما بذلوه من جهدٍ في إبداء ملاحظاتهم بشأن الرسالة؛ لتكون أكثر رصانة علمية.

وأتقدَّم بوافر الشكر والاحترام إلى جميع أعضاء الهيئة التدريسية المحترمين في فرع القانون الخاص لا سيما أساتذتي الأعزاء في المرحلة التحضيرية، وإلى كل من قدّم لي يد العون والمساعدة خلال فترة الدراسة.

كذلك ينبغي تقديم الشكر والعرفان إلى موظفي المكتبات التي تم مراجعتها للحصول على المصادر لإنجاز هذه الرسالة وهم كل من: (مكتبة كلية القانون/ جامعة كربلاء، مكتبة كلية القانون/ جامعة الكوفة، مكتبة كلية القانون/ جامعة بابل، مكتبة جامعة الكوفة المركزية، مكتبة العتبة العلوية المقدسة، مكتبة الإمام الحسن(ع)، مكتبة العتبة الحسينية المقدسة، مكتبة مسجد الكوفة المعظم، مكتبة معهد العلمين، مكتبة أبو سعيدة، مكتبة الكوفة المركزية).

الباحث

قائمة المحتويات

الموضــوع	الصفحة
المقدمـــــة	**١- ٦**
فصل تمهيدي **التعريف بتقييد سلطة القضاء**	**٨ - ٣٠**
المبحث الأول- ماهية تقييد سلطة القضاء واستقلالها	**٩ - ١٨**
المطلب الأول- ماهية تقييد سلطة القضاء	**٩ - ١٤**
المطلب الثاني- استقلال سلطة القضاء	**١٤ - ١٨**
المبحث الثاني- سلطة القضاء على الصعيدين الداخلي والدولي	**١٩ - ٣٠**
المطلب الأول- سلطة القضاء على الصعيد الداخلي	**١٩ - ٢٤**
المطلب الثاني- سلطة القضاء على الصعيد الدولي	**٢٤ - ٣٠**
الفصل الأول- الدفع بالنظام العام في إطار القانون الدولي الخاص	**٣٢ - ١١٠**
المبحث الأول- مفهوم الدفع بالنظام العام في إطار القانون الدولي الخاص	**٣٣ - ٧٥**
المطلب الأول- ماهية الدفع بالنظام العام في إطار القانون الدولي الخاص	**٣٣ - ٥٦**
الفرع الأول- تعريف الدفع بالنظام العام في إطار القانون الدولي الخاص ونشأته	**٣٤ - ٥٢**
أولًا- تعريف الدفع بالنظام العام في إطار القانون الدولي الخاص	**٣٤ - ٤٨**
ثانيًا- نشأة الدفع بالنظام العام في إطار القانون الدولي الخاص	**٤٨ - ٥٢**
الفرع الثاني- الأساس القانوني للدفع بالنظام العام في إطار القانون الدولي الخاص	**٥٣ - ٥٦**
المطلب الثاني- الخصائص والطبيعة القانونية للدفع بالنظام العام وتمييزه عن بعض المصطلحات القانونية الأخرى	**٥٧ - ٧٥**
الفرع الأول- خصائص الدفع بالنظام العام في مجال القانون الدولي الخاص وطبيعته القانونية	**٥٧ - ٦٤**
أولًا- خصائص الدفع بالنظام العام في مجال القانون الدولي الخاص	**٥٧ - ٦١**
ثانيًا- الطبيعة القانونية للدفع بالنظام العام في إطار القانون الدولي الخاص	**٦١ - ٦٤**
الفرع الثاني- تمييز الدفع بالنظام العام في إطار القانون الدولي الخاص عن بعض المصطلحات القانونية الأخرى	**٦٥ - ٧٥**
أولًا- التمييز بين الدفع بالنظام العام في إطار القانون الدولي الخاص وفكرة النظام العام الداخلي	**٦٥ - ٦٧**
ثانيًا- التمييز بين الدفع بالنظام العام في إطار القانون الدولي الخاص و الدفع بالتحايل نحو القانون	**٦٨ - ٧٠**
ثالثًا- التمييز بين الدفع بالنظام العام وفكرة التكييف في إطار القانون الدولي الخاص	**٧٠ - ٧٠**
رابعًا- التمييز بين الدفع بالنظام العام في إطار القانون الدولي الخاص وفكرة الإحالة من الدرجة الأولى	**٧٠ - ٧١**

الموضوع	الصفحة
خامسًا- التمييز بين الدفع بالنظام العام في إطار القانون الدولي الخاص ومنهج القواعد ذات التطبيق الضروري	٧٢ - ٧٤
سادسًا- التمييز بين الدفع بالنظام العام في إطار القانون الدولي الخاص وفكرة النظام العام في الإسلام	٧٤ - ٧٥
المبحث الثاني- متطلبات الدفع بالنظام العام في مجال القانون الدولي الخاص وآثاره	٧٦ - ١١٠
المطلب الأول- متطلبات الدفع بالنظام العام في مجال القانون الدولي الخاص	٧٦ - ٩١
الفرع الأول- شروط الدفع بالنظام العام في مجال القانون الدولي الخاص ومعاييره	٧٧ - ٨٤
أولًا- شروط الدفع بالنظام العام	٧٧ - ٨١
ثانيًا- معايير الدفع بالنظام العام	٨١ - ٨٤
الفرع الثاني- مدى انطباق الدفع بالنظام العام ودور القاضي فيه	٨٤ - ٩١
أولًا- مدى انطباق الدفع بالنظام العام	٨٤ - ٨٨
ثانيًا- دور القاضي في الدفع بالنظام العام	٨٨ - ٩١
المطلب الثاني- الآثار المترتبة على الدفع بالنظام العام في إطار القانون الدولي الخاص	٩١ - ١١٠
الفرع الأول- الآثار العادية الناتجة عن الدفع بالنظام العام	٩٢ - ٩٩
أولًا- الأثر السلبي للدفع بالنظام العام	٩٢ - ٩٤
ثانيًا- الأثر الإيجابي للدفع بالنظام العام	٩٤ - ٩٩
الفرع الثاني- الآثار الاستثنائية الناتجة عن الدفع بالنظام العام	١٠٠ - ١١٠
أولًا- الأثر المخفف للدفع بالنظام العام	١٠٠ - ١٠٦
ثانيًا- الأثر الانعكاسي للدفع بالنظام العام	١٠٧ - ١١٠
الفصل الثانـــي **تطبيقات الدفع بالنظام العام في مسائل الأحوال الشخصية**	١١٢ - ٢١١
المبحث الأول- التطبيقات العملية للدفع بالنظام العام في الحالات الشخصية	١١٣ - ١٧٠
المطلب الأول- مسائل الحالة والأهلية	١١٣ - ١٤٢
الفرع الأول- مسائل الحالة	١١٣ - ١٣٣
الفرع الثاني- مسائل الأهلية	١٣٣ - ١٤٢
المطلب الثاني- الزواج وما يترتب عليه	١٤٢ - ١٧٠
الفرع الأول- مسائل الممهدة للزواج وتكوينه	١٤٣ - ١٥٨
أولًا- مسائل الممهدة للزواج	١٤٣ - ١٤٥
ثانيًا- مسائل تكوين الزواج	١٤٥ - ١٥٨
الفرع الثاني- المسائل المترتبة على الزواج	١٥٨ - ١٧٠
أولًا- مسائل البنوة	١٥٨ - ١٦٤
ثانيًا- انقضاء الزواج	١٦٤ - ١٧٠
المبحث الثاني- التطبيقات العملية للدفع بالنظام العام في الحالات المالية الأسرية	١٧٠ - ٢١١

الموضوع	الصفحة
المطلب الأول- مسائل النفقة والحضانة	١٧٠ - ١٩١
الفرع الأول- مسائل النفقة	١٧١ - ١٨٠
الفرع الثاني- مسائل الحضانة	١٨١ - ١٩١
المطلب الثاني- مسائل التركات	١٩١ - ٢١١
الفرع الأول- مسائل الوصايا	١٩٢ - ٢٠٢
الفرع الثاني- مسائل المواريث	٢٠٢ - ٢١١
الخاتمة	٢١٣ - ٢٢٠
المصادر	٢٢٢ - ٢٣٧
The abstract	**A - B**

- **الملخص.**

إنَّ موضوع هذه الرسالة تضمن البحث في تقييد سلطة القضاء بالدفع بالنظام العام في مسائل الأحوال الشخصية على صعيد القانون الدولي الخاص من خلال الدراسة المقارنة بين القوانين ذات الاتجاه اللاتيني والاتجاه الأنجلوأمريكي. إنَّ المشرع الوطني يخول القضاء بسلطة قضائية مستقلة عن السلطتين التشريعية، والتنفيذية تطبيقًا لمبدأ الفصل بين السلطات، فضلًا عن منحه للقضاء ولاية عامة تسري على جميع الأشخاص الطبيعية والمعنوية الوطنيين والأجانب إلّا ما أُستثني بنصٍ خاص، وإنَّ القضاء الوطني يتمتع بالسلطة القضائية على الصعيدين الداخلي والدولي، فعلى الصعيد الداخلي يختص بالنظر في المنازعات التي تكون جميع أطرافها وطنيين، وعلى الصعيد الدولي يختص بالنظر في المنازعات التي يكون أحد أطرافها أجنبيًا، وعلى الرغم من تمتع القضاء الوطني بالاستقلالية والولاية العامة على جميع الأشخاص فقد يتم تقييد سلطة القضاء باللجوء إلى دفع موضوعي ألا وهو الدفع بالنظام العام؛ لارتباطه بالمبادئ الجوهرية والأسس والقيم العليا في مجتمع الدولة، والجانب العملي يشير إلى عادةً ما يتم تقييد سلطة القضاء بالدفع بالنظام العام في مسائل الأحوال الشخصية على صعيد العلاقات الدولية الخاصة.

أخذ بالدفع بالنظام العام أغلب مشرعي قوانين الدول اللاتينية و الأنجلوأمريكية، ونتيجةً لصعوبة تحديد مفهوم هذا الدفع بسبب مرونته وغموضه لم يضعوا تعريفًا لذلك الدفع وإنما جاءوا بنصوص قانونية تحتوي عليه مما أدى ذلك إلى خضوع موضوع تعريف الدفع بالنظام العام إلى الاجتهادات الفقيه والقضائية، كما أصبح الدفع بالنظام العام في نطاق العلاقات الدولية الخاصة وسيلة لاستبعاد القانون الأجنبي المخالف للمبادئ الجوهرية والقيم العليا في مجتمع دولة قاضي النزاع في القرن التاسع عشر على يد الفقيه الألماني (سافيني)، والأساس القانوني لإعمال الدفع المذكور يتمثل بانعدام الحد الأدنى للاتفاق القانوني بين القانون الوطني والقانون الأجنبي المحدد بموجب قاعدة التنازع الوطنية، وللدفع بالنظام العام مجموعة من الخصائص، ومنها: الخاصية الوطنية، والمرونة والغموض...، إنَّ فقه القانون الدولي الخاص اختلف حول الطبيعة القانونية للدفع بالنظام العام إلى آراء شتى إذ تم تسليط الضوء على تلك الآراء وتم تحديد الرأي أو النظرية الراجحة منها، وبطبيعة الحال إنَّ الدفع بالنظام العام كمصطلح يختلف عن بعض المصطلحات القانونية السائدة في نطاق القانون الدولي الخاص مما تطلب الأمر الوقوف عند تلك المصطلحات لتحديد معناها وبيان أوجه الشبه والاختلاف فيما بينها، وإنَّ فقهاء القانون الدولي الخاص وضعوا مجموعة من المعايير لتحديد مضمون الدفع بالنظام العام في إطار تنازع القوانين، وهذه المعايير تقترب من فكرة أساسية تهدف إلى حماية الأسس الجوهرية والمصالح العليا لدولة القاضي. ويُلاحظ إنَّ إعمال الدفع بالنظام العام يرتب آثار عادية تتمثل بالأثر السلبي والأثر الإيجابي، كما يُرتب الدفع المشار إليه آثار استثنائية تتجسد بالأثر المخفف والأثر الانعكاسي.

إنَّ قوانين الدول اللاتينية والدول الأنجلوأمريكية اختلفت في تنظيم مسائل الأحوال الشخصية على صعيد العلاقات الدولية الخاصة وإنَّ قواعد تلك المسائل تعد من النظام العام؛ لذلك أصبحت تمثل التطبيقات العملية لتقييد سلطة القضاء بالدفع بالنظام العام، وهذا التقييد يتحقق من خلال اتباع الحلول القانونية التي وضعها المشرع الوطني لحكم مسألةٍ ما أو من خلال الاستثناءات التي ترد على القاعدة التي تنظم المسألة محل النزاع؛ كون تلك الحلول والاستثناءات يضعها المشرع الوطني الذي ينبغي على القضاء التقيُّد بها احترامًا لأوامر مشرعه ونواهيه وهذا ما هو متبع في قوانين الدول ذات الاتجاه اللاتيني و الأنجلوأمريكي.

المقدمة

المقدمــة

بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

الحَمدُ لله ربِّ العالمين والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين أبي القاسم محمد وآله الطيبين الطاهرين وصحبه المنتجبين.

سنتطرق إلى المقدمة من خلال الفقرات المبينة أدناه:

أولًا- موضوع الدراسة:

إنَّ القانون الوطني عادةً ما يمنح القضاء سلطة قضائية مستقلة للنظر في المنازعات المعروضة عليه والبت فيها، فالسلطة القضائية تتمثل بالاختصاص الذي هو الولاية التي يمنحها القانون إلى المحكمة للفصل في موضوعٍ معين، وعلى الرغم من تمتع القضاء بالسلطة القضائية والولاية العامة للنظر في جميع المنازعات إلّا إنَّه يتم تقييد هذه السلطة عن طريق الدفع بالنظام العام الذي تدفع به المحكمة من تلقاء نفسها؛ كونه يمثل المبادئ الأساسة والقيم الجوهرية في مجتمع الدولة.

إنَّ تحديد القانون الأجنبي الواجب التطبيق على العلاقة القانونية المشوبة بعنصرٍ أجنبي بناءً على إعمال قاعدة التنازع الوطنية لا يعني هذا التسليم المطلق لاختصاص هذا القانون مهما كانت طبيعة الأحكام التي يتبناها، ففي الواقع أَنَّ أغلب تشريعات العالم تكاد تتفق على استبعاد القانون الأجنبي إذا كان مخالفًا للنظام العام لدولة القاضي المعروض عليه النزاع.

ويلاحظ أَنَّ قوانين الدول اللاتينية والأنجلوأمريكية أخذت بالدفع بالنظام العام إلّا إنَّها لم تتضمن تعريفًا جامعًا مانعًا لذلك الدفع؛ لصعوبة ضبط فكرة النظام العام وسعة نطاق تطبيقها كونها لا تقتصر على نوع معين من العلاقات الدولية الخاصة إذ يتم العمل بها في مسائل الأحوال الشخصية؛ لذلك اكتفت تلك القوانين بإيراد نصوص قانونية تتضمن المسائل التي تعد أحكامها من النظام العام.

لقد بُذلت جهود كبيرة من الفقهاء والقضاء من أجل وضع تعريف للدفع بالنظام العام إلّا إنَّ تلك الجهود لم تحقق الغاية المقصودة والمتمثلة بوضع تعريف واضح وشامل للدفع المذكور؛ كون فكرة النظام العام متطورة ومتغيرة وتختلف من مكانٍ لمكان ومن زمانٍ لآخر، لذا فضَّل بعض فقهاء القانون الدولي الخاص وأكثر مشرعي الدول عدم إعطاء تعريف للدفع بالنظام العام وترك المسألة إلى السلطة التقديرية للقاضي.

قديمًا لم يكن دور للدفع بالنظام العام كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق بل كان أداة لتثبيت الاختصاص للقانون الإقليمي كما بان جليًا من خلال فقهاء الأحوال الإيطالية (بارتول) و(مانشيني)، وقد ظهر دور

الدفع بالنظام العام وفقًا للمفهوم الحديث (استبعاد القانون الأجنبي) في القرن التاسع عشر على يد الفقيه الألماني (سافيني)، ولكن الاتجاه الجديد أخذ بالدور التقليدي للنظام العام في بعض الحالات.

إنَّ أساس فكرة الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص يكمُن في انتفاء الأشتراك القانوني بين قانون دولة القاضي والقانون الأجنبي المختص بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية، وهذا الانتفاء يتحقق من خلال الاختلاف الجوهري بين المفاهيم العامة للقانونين، وقد أثارت الطبيعة القانونية للدفع بالنظام العام خلافًا بين فقهاء القانون الدولي الخاص، ويُمكن تمييز الدفع بالنظام العام في مجال القانون الدولي الخاص عن بعض المصطلحات الأخرى، نحو: (النظام العام الداخلي، والتحايل نحو القانون،...).

إنَّ إعمال فكرة الدفع بالنظام العام يتطلب شروط معينة تتمثل بـ: (وجود قانون أجنبي واجب التطبيق على العلاقة القانونية محل النزاع محدد بمقتضى قاعدة التنازع في قانون دولة القاضي، ومخالفة أحكام القانون الأجنبي لمقتضيات النظام العام في دولة القاضي). ولمّا كانت فكرة النظام العام تتسم بصعوبة ضبطها وتحديدها على وجه الدقة ذهب الفقه إلى طرح معايير معينة لتحديد إعمال القانون الأجنبي الواجب التطبيق على العلاقة القانونية الذي يتعارض مع مقتضيات النظام العام الوطني من عدمه وهذه المعايير تتمثل بـ: (إذا كان القانون الأجنبي يتضمن نظم قانونية غير معروفة في قانون القاضي، والأخذ بالمعتقدات المشتركة للمجتمع الإنساني ومبادئ القانون الطبيعي، والأخذ بالمصلحة الحيوية أو المصلحة العامة للدولة، والاعتماد على معيار السياسة التشريعية)، والجدير بالذكر أَنَّ قاضي النزاع لا يستطيع تحديد فكرة النظام العام وفقًا لنظرته الشخصية للأمور، بل ينبغي عليه الأخذ بالأفكار الموجودة في مجتمعه والمنسجمة مع مصالح دولته، وتجدر الإشارة بأَنَّ الدفع بالنظام العام في مجال القانون الدولي الخاص يرتب آثارًا وهذه الآثار قد تكون عادية والمتمثلة بالأثر السلبي، والأثر الإيجابي، وقد تكون استثنائية، نحو: الأثر المخفف، والأثر الانعكاسي.

إنَّ القواعد المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية تعد قواعد من النظام العام، فلذلك يتقيَّد القاضي بها ولا يجوز له عدم اتباعها؛ كونها محددة من قبل المشرع الوطني الذي ينبغي على القاضي الوطني الالتزام بأوامر مشرعه ونواهيه، ومن المسائل المذكورة أعلاه، نحو: مسألة حالة الشخص الطبيعي التي تُعد من النظام العام فإنَّ المشرع الوطني عندما يحدد القانون الواجب التطبيق على الحالة المدنية سواء كان قانون الجنسية أم قانون الموطن، وبذلك يكون المشرع قد وضع قيّدًا لسلطة القضاء للالتزام بالقانون الذي يحكم حالة الشخص ومن ثم الدفع بالنظام العام مادام تلك الحالة تعد من الأحوال الشخصية، فالمشرع العراقي قيَّد سلطة القاضي عندما أخذ بمعيار الجنسية في جميع مسائل الأحوال الشخصية وأخضعها إلى قانون الدولة التي ينتمي إليها الشخص بجنسيته، وعليه فإنَّ حالة الشخص المدنية تخضع إلى قانون الجنسية على الرغم من أَنَّه لم يورد نصًا صريحًا بذلك في القانون المدني. كذلك الحال فيما يتعلق بتحديد حالة ونشاط الشخص الاعتباري الأجنبي إذ أخضع المشرع العراقي ذلك الشخص إلى قانون مركز

الإدارة الرئيس الفعلي على وفق ما ورد في نص المادة (١/٤٩) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١، ولكن أورد استثناء في الفقرة (٢) من هذه المادة وقيد سلطة القاضي بتطبيق القانون العراقي عندما يباشر الشخص المعنوي نشاطه في العراق حتى لو كان مركز إدارته الرئيس الفعلي في الخارج.

كما أخذ المشرع العراقي بفكرة تقييد سلطة القضاء بالدفع بالنظام العام في موضوع تحديد أهلية الشخص، فالمبدأ الأساس خضوع تحديد مسائل الأهلية إلى قاعدة قانون الدولة التي ينتمي إليها الشخص بجنسيته على وفق نص المادة (١٨/ ١) من القانون المدني العراقي، ولكن المشرع جاء باستثناء لهذه القاعدة في الفقرة (٢) من ذات المادة والمتعلقة بموضوع المصلحة الوطنية التي تدل على استبعاد حكم القانون الأجنبي بشأن الأهلية إذا كان التصرف ماليًا وتم انعقاده في العراق، وترتبت آثاره فيه، وكان أحد الأطراف أجنبي ناقص الأهلية وفقًا لقانون جنسيته وفي الوقت ذاته كامل الأهلية بموجب القانون العراقي وأن يعود نقص أهلية الأجنبي إلى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الآخر معرفته، وبذلك قيَّد المشرع سلطة القاضي بتطبيق القانون العراقي بصدد هذا الموضوع. كما أَنَّ المشرع العراقي قد جاء بتقييدٍ آخر على المادة القانونية سالفة الذكر بموجب نصوص قانونية خاصة كنص المادة (١/ج) من قانون الجنسية رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٦ التي أشارت إلى تحديد سن الرشد (١٨) سنة كاملة، وإنَّ الأجنبي عند مطالبته بالجنسية العراقية فأن تحديد سن الرشد وكمال الأهلية لا يتحدد على وفق قانون جنسيته، وإنما يتم ذلك على وفق القانون العراقي، وكذلك نص المادة (٤٨) من قانون التجارة العراقي رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤بشأن تحديد أهلية الملتزم في الحوالة، فيكون تحديد أهلية ذلك الملتزم على وفق قانون الجنسية، ولكن إذا كان يعد ناقصًا للأهلية على وفق قانون دولته ووقّع الحوالة في دولة يعد كاملًا للأهلية فيتم العمل بقانون الدولة التي وقّع الملتزم فيها الحوالة ولا يتم العمل بحكم قانون جنسية الملتزم، وبناءً على ذلك يكون المشرع قد أورد استثناءً على الأصل ومن ثم يعد تقييدًا لسلطة القاضي بضرورة اتباع ذلك.

وبعد إيضاح فكرة تقييد سلطة القاضي بالدفع بالنظام العام في مجال القانون الدولي الخاص، سيتم التطرق إلى المسائل الأخرى التي تدخل ضمن مصطلح الأحوال الشخصية وكيفية تقييد سلطة القضاء فيها بالمقارنة مع القوانين محل الدراسة.

ثانيًا- أهمية الدراسة:

إنَّ موضوع تقييد سلطة القضاء بالدفع بالنظام العام في مسائل الأحوال الشخصية في مجال القانون الدولي الخاص يُعد من الموضوعات المهمة التي ينبغي البحث فيها؛ كونه موضوعًا عمليًا لاسيما في ظل مستجدات الحياة الحالية والواقعية، وفي ظل مرونة فكرة الدفع بالنظام العام؛ كونها فكرة متغيرة ومتطورة تختلف من مكان لآخر ومن زمان لآخر، إذ تناولها فقهاء القانون الدولي الخاص بشيء من التركيز إلّا إنّهم لم يتفقوا على وضع قواعد تحدد هذه الفكرة على وجه التحديد والدقة مما أدى ذلك إلى خلو النصوص القانونية من إعطاء ضابط مستقر لفكرة النظام العام

المعقدة، فضلًا عن ذلك تعد فكرة الدفع بالنظام العام وسيلة فعّالة لحماية المصالح العامة سواء كانت سياسية، أم اجتماعية، أم أخلاقية، أم دينية تتعلق بنظام المجتمع التي تعلو على مصلحة الفرد وما يترتب على ذلك تغليب المصلحة العامة لمجتمع دولة القاضي على مصالح الأطراف في العلاقة محل النزاع، فالمصالح الفردية تهمل أمام مصلحة الجماعة.

لما كانت مسائل الأحوال الشخصية ترتبط بالدفع بالنظام العام فإنَّها تمثل التطبيقات العملية لتقييد سلطة القضاء بهذا الدفع والتي تختلف الدول في تنظيمها على وفق الفلسفة القانونية السائدة في الدولة. وبناءً على ما تقدم، ونتيجةً لانفتاح العراق على الدول الأخرى بعد عام (٢٠٠٣)، تم اختيار موضوع تقييد سلطة القضاء بالدفع بالنظام العام في مسائل الأحوال الشخصية عنوانًا للرسالة قيد الدراسة.

ثالثا- إشكالية الدراسة:

إنَّ إشكالية الدراسة تتمثل بناحيتين إحداهما عملية والأخرى علمية وعلى وفق الآتي:

فمن الناحية العملية: إنَّ الواقع العملي يشير إلى تخويل القضاء الوطني سلطة قضائية مستقلة لحسم النزاعات بين الخصوم وعلى الرغم من ذلك ضرورة تقييد سلطة القضاء بالدفع بالنظام العام كلّما تطلب الأمر ذلك، مع الأخذ بنظر الاعتبار أَنَّ فكرة النظام العام تتمتع بالمرونة ومتطورة يعتريها الغموض ومن ثم يكون تحديدها على وجه الدقة بصعوبة؛ كونها فكرة متغيرة بتغير الزمان والمكان. ففي الدولة الواحدة ما يعد مخالفًا للنظام العام في فترة ما قد لا يعد كذلك في فترة أخرى، وما يعد في احدى الدول مخالفًا للنظام العام قد لا يعد بالضرورة مخالفًا للنظام العام في دولة أخرى. وإنَّ النظام العام يمثل الأسس والمبادئ الجوهرية في المجتمع، لذا ينبغي على قاضي النزاع أن يتقيَّد بعدم الاعتداد بأي موضوع يتعارض مع ذلك النظام، فضلًا عن ذلك أَنَّ الواقع العملي يشير إلى تواصل العراق مع بقية الدول الأخرى بعد عام (٢٠٠٣) مما يثير بعض المشكلات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية التي تعد من النظام العام.

أما من الناحية العلمية: إنَّ فكرة تقييد سلطة القضاء بالدفع بالنظام العام اهتمت بها الدول لا سيما المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية في نطاق القانون الدولي الخاص، وقد أشارت إليها في تشريعاتها من خلال نصوص قانونية؛ لأَنَّ الدفع بالنظام العام يترتب عليه عدم تطبيق القانون الأجنبي المختص بموجب قاعدة الإسناد الوطنية لتعارضه مع مبادئ النظام العام السائدة في الدولة؛ لذلك يستدعي الأمر معرفة كيفية اعتماد فكرة تقييد سلطة القضاء بالدفع بالنظام العام في مسائل الأحوال الشخصية من قبل المشرع العراقي ومشرعي القوانين محل المقارنة، والإشارة إلى النقص التشريعي الحاصل في النصوص القانونية الواردة في القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ والمتعلقة بموضوع الدراسة.

رابعًا- منهجية الدراسة:

إنَّ الضرورة البحثية تتطلب إتباع المنهج التحليلي لتحليل النصوص القانونية والآراء الفقيهة المتعلقة بموضوع الدراسة، فضلًا عن ذلك إتباع المنهج المقارن بين القانون العراقي، والقانون المصري والقانون الفرنسي (بوصفهما يمثلان عن الاتجاه اللاتيني)، والقانون التونسي (بوصفه أحد القوانين العربية الحديثة المدونة للقانون الدولي الخاص)، والقانون الأمريكي (بوصفه ممثلًا عن الاتجاه الأنجلوأمريكي)، للوقوف على ملابسات وحيثيات موضوع الدراسة، مع الأخذ بنظر الاعتبار الجانب القضائي، والإشارة إلى موقف الشريعة الإسلامية، والنصوص القانونية الواردة في قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل، وبعض الاتفاقيات الدولية كاتفاقية لاهاي.

خامسًا- الدراسات السابقة للبحث:

من خلال البحث والاطلاع على الدراسات السابقة التي لها صلة بموضوع الدراسة أتضح أَنَّ من أهمها تتمثل بـالآتي:

- (النظام العام في النزاعات الدولية الخاصة المتعلقة بالأحوال الشخصية)، وهي رسالة ماجستير للباحثة (فاطمة الزهراء زاير)/ جامعة أبي بكر بلقايد – تلمسان / كلية الحقوق والعلوم السياسية / الجزائر/ العام الدراسي (٢٠١٠-٢٠١١)، التي أخذت بصورة أساس القانون الجزائري بالمقارنة مع القوانين الأخرى من دون تحديد موضوع الدراسة بقوانين معينة وهذا خلاف دراستنا المتعلقة بتقييد سلطة القضاء بالدفع بالنظام العام في مسائل الأحوال الشخصية في نطاق القانون الدولي الخاص التي ستقتصر على القوانين المشار إليها في منهجية الدراسة.
- (تأثير النظام العام في القانون الواجب التطبيق على الزواج المختلط)، وهي رسالة ماجستير للباحثة (علياء سليم جودي)/ جامعة النهرين/ كلية الحقوق/ العراق/ (٢٠١١)، التي تطرقت فيها إلى دور النظام العام في مسائل الزواج المختلط وحَسب، وهذا خلاف دراستنا التي ستسلط الضوء على تقييد سلطة القضاء بالدفع بالنظام العام في مسائل الأحوال الشخصية على صعيد العلاقات الدولية الخاصة.
- (النظام العام والعقود)، رسالة ماجستير للباحثة (مندي آسيا يسمينة)/ جامعة يوسف بن خده / كلية الحقوق/ الجزائر/ العام الدراسي (٢٠٠٨- ٢٠٠٩)، إذ تناولت الباحثة دور النظام العام في العقود وهذا يختلف عن موضوع رسالتنا التي ستبحث في تقييد سلطة القضاء بالدفع بالنظام العام في مسائل الأحوال الشخصية على صعيد القانون الدولي الخاص.

سادسًا- خطة الدراسة:

سنقسم الدراسة على فصل تمهيدي وفصلين، سنتطرق في الفصل التمهيدي إلى التعريف بتقييد سلطة القضاء، وسنقسمه على مبحثين وسنتناول في المبحث الأول ماهية تقييد سلطة القضاء واستقلالها، وفي المبحث الثاني سلطة القضاء على الصعيدين الداخلي والدولي، و سنبحث في الفصل الأول الدفع بالنظام العام في إطار القانون الدولي الخاص الذي سنقسمه على مبحثين وسنتناول في المبحث الأول مفهوم الدفع بالنظام العام في إطار القانون الدولي الخاص، وسنتطرق في المبحث الثاني إلى متطلبات الدفع بالنظام العام في مجال القانون الدولي الخاص وآثاره، أما الفصل الثاني سنتناول فيه تطبيقات الدفع بالنظام العام في مسائل الأحوال الشخصية، الذي سنقسمه على مبحثين سنبحث في المبحث الأول التطبيقات العملية للدفع بالنظام العام في الحالات الشخصية، وسنتطرق في المبحث الثاني إلى التطبيقات العملية للدفع بالنظام العام في الحالات المالية الأسرية.

وثم خاتمة الدراسة التي تتضمن الاستنتاجات والمقترحات التي سنتوصل إليها.

فصل تمهيدي
التعريف بتقييد سلطة القضاء

فصل تمهيدي

التعريف بتقييد سلطة القضاء

إنَّ النزاعات التي تحصل بين الأفراد أصبح فضها من قبل جهة مختصة في الدولة؛ نتيجةً للتطورات الحاصلة في الحياة الاجتماعية بعد ما كان سائدًا في المجتمعات القديمة بما يسمى: (بشريعة الغاب)، وهذه الجهة تتمثل بالجهاز القضائي الذي تتولى الدولة إنشائه لتحقيق العدل بين الأفراد، وهذا الجهاز القضائي يتمتع بسلطة قضائية تجعل له الولاية العامة للنظر في المنازعات كافة بين الأفراد سواء كانوا أشخاص طبيعية، أم معنوية، أم وطنيين، أم أجانب إلّا ما أُستثني منهم بموجب قوانين خاصة، أو اتفاقيات دولية، وفي الوقت ذاته يستطيع هؤلاء الأفراد اللجوء إلى القضاء لحماية حقوقهم وحرياتهم كون مبدأ حق اللجوء إلى القضاء أصبح في الوقت الحاضر من المبادئ الأساس في القانون الدولي، ويلاحظ أَنَّ سلطة القضاء قد يتم تقييدها بالدفع بالنظام العام لحماية المصالح العليا للمجتمع، كما أَنَّ للقضاء سلطة مستقلة عن بقية السلطات الأخرى (التشريعية، التنفيذية) اعتمادًا على مبدأ الفصل بين السلطات وتحقيقًا للعدالة بين للخصوم. في الأصل أَنَّ القضاء الوطني يختص بالنظر في المنازعات الحاصلة بين الوطنيين ومع ذلك قد ينظر في المنازعات التي تتضمن عنصرًا أجنبيًا؛ كون المحاكم الوطنية تختص في النظر بجميع المنازعات على الصعيد الإقليمي والدولي؛ لعدم وجود جهة قضائية دولية في نطاق القانون الدولي الخاص، وبذلك يكون للقضاء الوطني سلطة قضائية على الصعيد الداخلي، وكذلك على الصعيد الدولي وفي الصعيد الأخير (الدولي) يتولى المشرع تحديد الحالات التي تدخل ضمن نطاق الاختصاص القضائي الدولي، وبغية الوقوف وتسليط الضوء بصورة أكثر على سلطة القضاء فقد تم تخصيص فصل تمهيدي للتعريف بتقييد سلطة القضاء الذي تم تقسيمه على مبحثين، سنتناول في المبحث الأول ماهية تقييد سلطة القضاء واستقلالها، وسنتطرق في المبحث الثاني إلى سلطة القضاء على الصعيدين الداخلي والدولي.

المبحث الأول

ماهية تقييد سلطة القضاء و استقلالها

إنَّ معرفة ماهية تقييد سلطة القضاء واستقلالها يتطلب الأمر دراسة كل منهما في مطلبٍ خاص، لذلك سنخصص المطلب الأول إلى ماهية تقييد سلطة القضاء، والمطلب الثاني إلى استقلال سلطة القضاء وعلى وفق التفصيل الآتي:

المطلب الأول

ماهية تقييد سلطة القضاء

إنَّ القاعدة العامة تقضي بأَنَّ: " المطلق يجري على إطلاقه ما لم يقم دليل التقييد نصًا أو دلالةً"[١]، وقد أخذ المشرع العراقي بهذه القاعدة في المادة (١٦٠) من القانون المدني النافذ والمعدل التي نصت على أَنَّه: " المُطلق يجري على إطلاقه إذا لم يقم دليل التقييد نصًا أو دلالةً"[٢].

ويراد بالتقييد[٣] اصطلاحًا: " هو إدخال الشروط والصفات على المطلق، أو هو ما يدل على الماهية بقيدٍ"، والتقييد ضد (المطلق) فالمطلق: " هو إزالة المنع عمّن يجوز عليه ذلك، أو هو استعمال اللفظ في معناه سواء كان حقيقيةً أو مجازًا"[٤]، فالمُقيد ما هو إلا مطلق مع إضافة قيد يَحدُ من إطلاقه لبيان المراد منه[٥]. وإنَّ القضاء يتمتع بسلطة قضائية للنظر في المنازعات التي تطرح عليه بغية حسمها بين الخصوم، فإذا وجد تقييد لهذه السلطة ينبغي العمل بالتقييد ولا يجوز إغفاله[٦]، أي بمعنى يجب على القاضي مراعاة التقييد المذكور في النص وتطبيق الحكم الوارد فيه[٧].

---

[١] د. عبد المجيد الحكيم، د. عبد الباقي البكري، د. محمد طه البشير ، الوجيز في نظرية في نظرية الإلتزام في القانون المدني العراقي، ج ١ في مصار الالتزام، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، بلا سنة نشر، ص١٥٦.

[٢] القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ والمنشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد(٣٠١٥) بتأريخ (١٩٥١/٩/٨).

[٣] التقييد (لغةً): من القَيدُ: ويقال: قيَّدتُ الدابة، والجمع: أقيادٌ و قيودٌ. ابن منظور، لسان العرب، ج١١، ط ٣، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ١٩٩٩، ص٣٦٨.

[٤] خالد ضو، تقدير القاضي بين الإطلاق والتقييد في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، بحث منشور في مجلة الذخيرة للبحوث والدراسات الإسلامية، المجلد (٥)،العدد (٢)، الجزائر،٢٠٢١،ص٣٣٢.

[٥] د. مصطفى إبراهيم الزلمي، أصول الفقه في نسيجه الجديد، ج ١، ط ١٠، شركة الخنساء للطباعة، بغداد، ٢٠٠٢، ص٣١٨.

[٦] د. عبد الكريم زيدان، الوجيز في شرح القواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية، ط ١، مؤسسة الرسالة، بيروت، ٢٠٠١، ص٢٩.

[٧] د. مصطفى إبراهيم الزلمي، أصول الفقه في نسيجه الجديد، المصدر نفسه، ص٣٢٠.

وإنَّ سلطة القضاء تتمثل بالاختصاص[١] ويُعرّف بأَنَّه: " الولاية التي يخولها القانون لمحكمةٍ ما للفصل في موضوعٍ ما، فهو عبارة عن توزيع العمل بين المحاكم والجهات القضائية المختلفة عن طريق بيان نصيب كل محكمة من المنازعات التي يجوز لها الفصل فيها"[٢].

يتضح من ذلك بأَنَّ القانون يخول القضاء سلطة الفصل في النزاعات كافة مادام تلك النزاعات تدخل ضمن نطاق اختصاصها، ولكن هذه السلطة ممكن تقييدها، فإذا تم تقييدها بالنص الصريح أو دلالة فلابد من اعتماد هذا التقييد.

إنَّ للقضاء الولاية في النظر في المنازعات، وإنَّ تلك الولاية تتوزع على جهتين قضائيتين أحدهما: تتمثل بالقضاء العادي وهي الجهة صاحبة الولاية العامة بالنظر في المنازعات المدنية والتجارية ومسائل الأحوال الشخصية، والأخرى تتمثل بالقضاء الإداري الذي تكون ولايته مقتصرة على النظر في المسائل الإدارية وبذلك يكون القضاء الإداري في مقابل القضاء العادي، ولغرض تحديد الجهة القضائية المختصة في النظر بالدعوى تكون العبرة في وقت نشوء الحق محل النزاع[٣].

إنَّ ولاية المحاكم تسري على جميع الأشخاص سواء أكانوا أشخاصًا طبيعية أم معنوية[٤] عراقيين[٥] أم أجانب[٦]، وتنظر المحاكم في جميع المنازعات وتفصل فيها إلّا إذا وجد نص قانوني يشير إلى استثناء بعض الأشخاص من الخضوع إلى ولايتها أو إخراج بعض النزاعات من تلك الولاية[٧] وهذا ما قضت به المادة (٢٩) من قانون المرافعات المدنية العراقي[٨] التي نصت على أَنَّه: " تسري ولاية المحاكم المدنية على جميع الأشخاص الطبيعية والمعنوية بما في ذلك الحكومة، وتختص بالفصل في كافة المنازعات إلّا ما أستثنى بنصٍ خاص".

---

[١] الاختصاص (لغةً): من خصص، خصه بالشيء يَخُصُهُ خَصًّا وخُصُوصًا وخَصُوصِيَّةً، ويقال: اختص فُلانٌ بالأمر وتَخَصَّصَ لهُ إذا انفردَ. ابن منظور، لسان العرب، المجلد الثاني، دار المعارف، القاهرة، ١٩٨١، ص١١٧٣.

[٢] د. علي رمضان علي بركات، د. عبد الحكيم عكاشة، شرح قانون المرافعات المدنية و التجارية، جامعة الفيوم، كلية الحقوق، مصر، ٢٠٢٢، ص٣١٩.

[٣] د. أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، بلا دار نشر، بلا مكان نشر، ٢٠١٠،ص٣٩١.

[٤] الشخص المعنوي: هو مجموعة من الأشخاص أو الأموال تهدف إلى تحقيق غرض معين، ويمنح الشخصية القانونية بالقدر اللازم من أجل تحقيق هذا الغرض. د. نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى القانون، نظرية الحق، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠١٠، ص١٩٩.

[٥] إنَّ المادة (١/ ب) من قانون الجنسية العراقية رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٦ والمنشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد (٤٠١٩) بتاريخ (٧/ ٣/ ٢٠٠٦) تنص على أَنَّ " العراقي: الشخص الذي يتمتع بالجنسية العراقية".

[٦] الشخص الأجنبي: هو كل من لا يحمل جنسية جمهورية العراق، هذا ما أشارت إليه المادة (١) من قانون إقامة الأجانب رقم (٧٦) لسنة ٢٠١٧ والمنشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد (٤٤٦٦) بتأريخ (٢٠١٧/١٠/٢٣)، وبهذا المعنى عرفت الأجنبي المادة (١ / عاشرًا) من قانون الاستثمار العراقي رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ المعدل والمنشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد (٤٠٣١) بتأريخ (٢٠٠٧/١/١٧).

[٧] القاضي رحيم حسن العكيلي، دراسات في قانون المرافعات المدنية، بلا دار نشر، بلا مكان نشر، بلا سنة نشر،ص٦٣.

[٨] قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩المعدل والمنشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد (١٧٦٦) بتأريخ (١٩٦٩/١١/١٠).

كما أَنَّ قانون التنظيم القضائي العراقي[١] نص على الولاية العامة للمحاكم في المادة (٣) منه التي نصت على أَنَّه: " تسري ولاية القضاء على جميع الأشخاص الطبيعية، والمعنوية العامة، والخاصة إلّا ما أُستثني منها بنصٍ خاص"

إنَّ المشرع العراقي لم يضع في قانون المرافعات المدنية وقانون التنظيم القضائي نصوص قانونية خاصة توضح الاستثناءات الواردة على ولاية المحاكم للفصل بالمنازعات وإنما تم تحديدها بموجب النصوص الواردة في القوانين والاتفاقيات وكان من الأفضل تحديد تلك الاستثناءات لضمان حق التقاضي كونه حقًا دستوريًا[٢] وما يلاحظ بأَنَّ دستور جمهورية العراق قد أشار إلى أهم ضمانات حق التقاضي من خلال منع النص في القوانين على تحصين أي عمل أو قرار إداري من الطعن[٣]. كذلك أكد هذا المبدأ قانون إلغاء النصوص القانونية التي تمنع المحاكم من سماع الدعاوى[٤] في المادة (١) منه التي نصت على أَنَّه: " تُلغى النصوص القانونية أينما وردت في القوانين والقرارات الصادرة من مجلس قيادة الثورة المنحل اعتبارًا من (١٧/ ١٩٦٨/٧ لغاية ٩/ ٤/ ٢٠٠٣) التي تقضي بمنع المحاكم من سماع الدعاوى الناشئة من تطبيق القوانين و قرارات مجلس قيادة الثورة المنحل".

إنَّ أهم ما يخرج من ولاية المحاكم ويعد استثناءً منها هي: (أعمال السيادة، والدعاوى التي تُقام على الأشخاص الذين يتمتعون بالحصانة القضائية، والنظر في دستورية القوانين وتفسيرها)، وسنتناول تلك الاستثناءات على وفق التفصيل الآتي:

١- أعمال السيادة:

إنَّ المشرع العراقي لم يبين المراد من أعمال السيادة وإنما أشار إليها في قانون التنظيم القضائي[٥] بمادته بمادته (١٠) التي قضت بأَنَّ: " لا ينظر القضاء في كل ما يعتبر من أعمال السيادة" إلّا إنَّ محكمة تمييز العراق عَرّفت تلك الأعمال بأَنَّها: " هي الأعمال التي تصدر عن الحكومة باعتبارها سلطة حكم لا سلطة إدارة فتباشرها بمقتضى هذه السلطة العليا لتنظيم علاقاتها بالسلطات الأخرى داخلية أم خارجية أو تتخذها اضطرارًا للمحافظة على كيان الدولة في الداخل أو الذود عن سياستها في الخارج، ثم يغلب فيها أن تكون تدابير تتخذ في النطاق الداخلي أو الخارجي إما لتنظيم العلاقات الحكومية بالسلطات العامة وإما لدفع الأذى والشر عن الدولة في الداخل والخارج ، وهي طورًا تكون أعمالًا منظمة لعلاقات الحكومة بالمجلس الوطني أو

---

[١] قانون التنظيم القضائي رقم (١٦٠) لسنة ١٩٧٩ المعدل والمنشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد (٢٧٤٦) بتأريخ (١٩٧٩/١٢/١٧).
[٢] د. عباس العبودي، المرافعات المدنية، مكتبة السنهوري، بيروت، بلا سنة نشر، ص١٠٣.
[٣] نصت المادة (١٠٠) من الدستور العراقي لسنة (٢٠٠٥) المنشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد (٤٠١٢) في (٢٠٠٥/١٢/٢٨) على أَنَّه: أَنَّه: " يحظر النص في القوانين على تحصين أي عمل أو قرار إداري من الطعن".
[٤] القانون رقم (١٧) لسنة ٢٠٠٥ والمنشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد (٤٠١١) بتأريخ (٢٠٠٥/١٢/٢٢).
[٥] قانون التنظيم القضائي رقم (١٦٠) لسنة ١٩٧٩ المعدل.

مجلس الدفاع الأعلى أو هي طورًا تكون تدابير للدفاع عن الأمن العام من اضطراب داخلي بإعلان الأحكام العرفية أو إعلان حالة الطوارئ"[١]

يتضح مما تقدم بأَنَّ أعمال السيادة هي: الأعمال التي تصدرها الحكومة بوصفها سلطة حكم وليس سلطة إدارة و يترتب على ذلك منع المحاكم من النظر بأي خلاف يخص تلك الأعمال[٢].

٢- الدعاوى التي تقام على الأشخاص الذين يتمتعون بالحصانة القضائية:

إنَّ بعض القوانين والاتفاقيات الدولية تنص صراحةً على عدم خضوع بعض الأشخاص لولاية المحاكم المتعلقة بأعمالهم الرسمية لتمتعهم بالحصانة الدبلوماسية ومنهم: (الممثلين السياسيين للدول الأجنبية، و القنصل الأجنبي، و المبعوث الدبلوماسي) على وفق النصوص القانونية المذكورة أدناه.

نصت المادة (١) من قانون امتياز الممثلين السياسيين في العراق على: " إنَّ الممثلين السياسيين للدول الأجنبية والأشخاص الذين هم من حاشيتهم وفق التعامل الدولي مصونون من سلطة المحاكم في الأمور المدنية والتجارية والجزائية"[٣]

كذلك نص قانون امتيازات قناصل الدول الأجنبية في المادة (٢) منه على أَنَّه: " عدا ما ينص عليه في الاتفاقيات والمعاهدات القنصلية يخضع القنصل في الأعمال غير الرسمية لسلطة المحاكم المدنية في الأمور المدنية والتجارية والجزائية و لا صيانة له إلّا في الأعمال التي يقوم بها بحكم وظيفته وبصفته الرسمية؛ وذلك على أساس المقابلة بالمثل"[٤]، وقد نصت المادة (١/٣١) من اتفاقية فينا للعلاقات الدبلوماسية لسنة (١٩٦١) على " يتمتع المبعوث الدبلوماسي بالحصانة القضائية فيما يتعلق بالقضاء الجنائي للدولة المعتمد لديها، وكذلك فيما يتعلق بقضائها المدني والإداري إلا في الحالات الآتية:..."[٥]، كما نصت المادة (١/٤٣) من اتفاقية فينا للعلاقات القنصلية لعام (١٩٦٣) على أَنَه: " الأعضاء والموظفون المستخدمون القنصليون لا يخضعون لاختصاص

---

[١] قرار محكمة تمييز العراق رقم (١٩٤٨) المؤرخ في (١٩٦٦/٥/٩) أشار إليه الأستاذ ضياء شيت خطاب ، الوجيز في قانون المرافعات، نقلًا عن د. سعدون ناجي القشطيني، شرح أحكام المرافعات، دراسة تحليلية في شرح قانون المرافعات المدنية العراقي، ج ١، مطبعة المعارف، بغداد،١٩٧٢، ص١٣١.

[٢] و تجدر الإشارة إلى أَنَّ أعمال السيادة ونصوص القوانين والقرارات الصادرة من مجلس قيادة الثورة (المنحل) التي تمنع من سماع الدعاوى الناشئة من تطبيق تلك القوانين والقرارات قد تم إلغائها بموجب نص المادة (١٠٠) من الدستور العراقي، وأحكام المادة (١) من قانون إلغاء النصوص القانونية التي تمنع المحاكم من سماع الدعاوى.

[٣] قانون امتياز الممثلين السياسيين في العراق رقم (٤) لسنة ١٩٣٥.

[٤] قانون امتيازات قناصل الدول الأجنبية رقم (٢٦) لسنة ١٩٤٩.

[٥] انظم العراق إلى هذه الاتفاقية بموجب القانون رقم (٢٠) لسنة ١٩٦٢.

السلطات القضائية أو الإدارية بالدولة الموفد إليها فيما يتعلق بالأعمال التي يقومون بها لمباشرة أعمالهم القنصلية"[١].

٣- النظر في دستورية القوانين و تفسيرها:

إنَّ النظر في دستورية القوانين وتفسيرها تخرج من ولاية القضاء العادي لتكون من واجبات وأعمال المحكمة الدستورية العليا في البلد، وإنَّ هذه المحكمة لم تكن موجودة في العراق قبل عام (٢٠٠٥)، وإنما أنشأها دستور (٢٠٠٥) واطلق عليها المحكمة الاتحادية العليا وحددت المادة (٩٣)[٢] من الدستور المذكور اختصاصات تلك المحكمة[٣]. وتجدر الإشارة بأَنَّ الدولة قد تصدر قرارات تمنع المحاكم من النظر في دعاوى معينة كالدعاوى المتعلقة في الجنسية إذ منع مجلس قيادة الثورة المنحل في قراره رقم (٤١٣) المؤرخ في ١٩٧٥/٤/١٥ المحاكم من النظر في الدعاوى المتعلقة بتنفيذ أحكام قانون الجنسية، كذلك الحال فيما يخص بالدعاوى المتعلقة بتطبيق قانون الخدمة المدنية العراقي بشأن ما ورد في المادة (٥٩ / ١) منه [٤] ، وغيرها إلّا إنَّه في الوقت الحالي نجد أَنَّه لا يكون لتلك القرارات أي دور بحكم وجود نص المادة (١٠٠) من الدستور العراقي النافذ التي أشارت إلى حظر النص في القوانين على تحصين أي عمل أو قرار إداري من الطعن، وبذلك فإنَّ نص المادة (١٠٠) من الدستور، ونص المادة (١) من قانون إلغاء النصوص القانونية التي تمنع المحاكم من سماع الدعاوى المشار إليهما آنفًا قد كرسا الدور القانوني السليم للمحاكم وهو الولاية العامة لها على جميع الأشخاص الطبيعية و المعنوية بما في ذلك الحكومة إلّا ما أُستثني بنصٍ خاص.

كما يلاحظ أَنَّ مجلس الحكم الانتقالي ألغى جميع ما يمنع المحاكم من النظر في قضايا الجنسية والعمل وفقًا للولاية العامة للقضاء من خلال القرار رقم (١١١) لسنة ٢٠٠٣، والقرار رقم (١١٧) لسنة ٢٠٠٣، كذلك هو الحال في نص المادة (١٨/ ٦) من الدستور العراقي النافذ التي أشارت إلى أَنَّ: " تنظم أحكام الجنسية بقانون وينظر في الدعاوى الناشئة عنها من قبل المحاكم المختصة"، إذ إنَّ قانون الجنسية العراقية النافذ رقم (٢٦) لسنة

---

[١] تم مصادقة هذه الاتفاقية في العراق بموجب القانون رقم (٢٠٣) لسنة ١٩٦٨ والمنشور في جريدة الوقائع العراقية ذات العدد (١٦٨٨) بتأريخ (١٩٦٩/٢/٢).

[٢] نصت المادة (٩٣) من الدستور العراقي على أَنَّه: " تختص المحكمة الاتحادية العليا بما يأتي : أولا- الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة النافذة. ثانيا- تفسير نصوص الدستور. ثالثا- الفصل في القضايا التي تنشأ عن تطبيق القوانين الاتحادية....".

[٣] د. عباس العبودي ، المرافعات المدنية، مصدر سابق ، ص١١٥.

[٤] تنص المادة (٥٩) بفقرتها (١) من قانون الخدمة المدنية رقم (٢٤) لسنة ١٩٦٠ المعدل والمنشور في جريد الوقائع بالعدد (٣٠٠) بتأريخ (١٩٦٠/٦/٢). على أَنَّه: " لا تسمع في المحاكم الدعاوى التي يقيمها على الحكومة الموظف أو المستخدم الذي يدعي بحقوق نشأت من هذا القانون...."، يُنظر تفضلًا: د. آدم وهيب النداوي، المرافعات المدنية، مكتبة دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة بغداد، كلية القانون، ١٩٨٨، ص٨٢.

٢٠٠٦ قد أشار في مادته (١٩) إلى اختصاص المحاكم الإدارية في دعاوى الجنسية وبذلك يكون القضاء الإداري مختص في النظر في تلك الدعاوى[١].

لمّا كانت سلطة القضاء تتمثل بالولاية العامة والنظر في المنازعات كافة إلّا إنَّ هنالك ما يُقيّد تلك السلطة وهو الدفع بالنظام العام ويقصد بالدفع[٢] بمعناه العام: "هي تلك الوسائل التي يستخدمها المدعى عليه للرد على مطالب المدعي، وتجنب صدور الحُكم عليه في الدعوى"[٣]. وهذا الدفع قد يكون شكلي يتعلق بإجراءات الدعوى أو باختصاص المحاكم من دون التطرق إلى ذات الحق المدعى به، وقد يكون[٤] موضوعي يدفع به الخصم للاعتراض على الحق المدعى به[٥] أو تدفع به المحكمة من تلقاء نفسها كالدفع بفكرة النظام العام؛ كونها تمثل المبادئ الأساس والجوهرية والمصالح العليا في مجتمع الدولة[٦]. وإنَّ الحقيقة والواقع العملي يدل على أَنَّ مسائل الأحوال الشخصية أكثر تقييدًا إلى سلطة القضاء للدفع بالنظام العام؛ كون القواعد المنظمة لتلك المسائل من النظام العام[٧].

المطلب الثاني

استقلال سلطة القضاء

إنَّ أهم وظيفة من وظائف الدولة في المجتمعات الحديثة تتمثل بتحقيق العدل بين أفراد المجتمع فلا بد من وجود أجهزة السلطة القضائية تمارس الوظيفة القضائية بصورة مستقلة عن السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية[٨]، ويقصد باستقلال القضاء: " هو سلطة وكيان مستقل عن السلطتين التشريعية والتنفيذية، وعدم السماح لأي جهة بإعطاء الأوامر أو التعليمات أو الاقتراحات للسلطة القضائية تتعلق بتنظيم السلطة، كما يعني عدم المساس بالاختصاص الأصلي للقضاء وهو الفصل في المنازعات بتحويل الاختصاصات في الفصل إلى جهات أخرى كالمحاكم الاستثنائية أو المجالس التشريعية أو إعطاء صلاحيات القضاء إلى الإدارات التنفيذية"[٩]

---

(١) د. عبد الرسول عبد الرضا، القانون الدولي الخاص، الجنسية، الموطن، مركز الأجانب، التنازع الدولي للقوانين، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، مكتبة السنهوري، بيروت،٢٠١٥، ص١٢٨.

(٢) عرّف المشرع العراقي الدفع في نص المادة (٨/ ١) من قانون المرافعات المدنية "هو الإتيان بدعوى من جانب المدعى عليه تدفع دعوى المدعي وتستلزم ردها كلًا أو بعضًا".

(٣) د. محمد نور شحاته، الوجيز في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، بلا مكان نشر، بلا سنة نشر، ص٣١٣.

(٤) وقد يكون الدفع بعدم قبول الدعوى الذي يُراد به : (هو الوسيلة التي يستطيع الخصم من خلالها التمسك بعدم جواز النظر في الطلب أو الدفع أو الطعن المقدم من الخصم الآخر إلى المحكمة، كانتفاء المصلحة في الدعوى أو انتفاء صفة المدعي أو سبق الفصل بالدعوى). د. الأنصاري حسن النيداني، قانون المرافعات المدنية والتجارية، جامعة بنها، كلية الحقوق، بلا سنة نشر، ص١٩٢.

(٥) د. آدم وهيب النداوي، المرافعات المدنية، الدار العربية للقانون، توزيع مكتبة المواهب للطباعة والنشر، بغداد،٢٠١٠،ص٢٢٥،ص٢٣٣.

(٦) د. عباس العبودي، المرافعات المدنية، مصدر سابق،ص٢١٣.

(٧) نص المادة (١٣٠/ ٢) من القانون العراقي النافذ، وهذا ما سنوضحه في هذه الدراسة.

(٨) د. عباس العبودي، المرافعات المدنية، المصدر نفسه، ص٥٧.

(٩) د. هشام جليل إبراهيم الزبيدي، مبدأ الفصل بين السلطات وعلاقته باستقلال القضاء في العراق، دراسة مقارنة، جامعة النهرين، كلية الحقوق،٢٠١٢، ص٥٧.

إنَّ أساس استقلال السلطة القضائية يقوم على مبدأ الفصل بين سلطات الدولة الثلاث المتمثلة بـ: (التشريعية، التنفيذية، القضائية)، ويعد هذا المبدأ أحد دعائم النظم السياسية الحرة التي تصون الحريات ومنعًا من اجتماع السلطات الثلاث بسلطة واحدة، وإنَّ من نادى بهذا المبدأ هو: (مونتسكيو)[١]، فضلًا عن ذلك يعد استقلال القضاء ضمانًا أساسيًا إلى حقوق الأفراد وحرياتهم، إذ إنَّ عدم وجود قضاء مستقل في الدولة تصبح تلك الحقوق والحريات لا قيمةً لها؛ لأَنَّهُ بإمكان أي سلطة في الدولة الاعتداء على هذه الحريات والحقوق من دون وجود جهة مختصة تمنعها من ذلك[٢].

وتحقيقًا لمبدأ استقلال سلطة القضاء أخذت دساتير الدول[٣] تنص على هذا المبدأ ومنها الدستور العراقي النافذ النافذ إذ قضت المادة (٨٧) منه على أَنَّه: " السلطة القضائية مستقلة، وتتولاها المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها، وتصدر أحكامها وفقًا للقانون"، كما أكدت هذا المبدأ المادة (٨٨) من الدستور المذكور عندما نصت على أَنَّ: " القضاة مستقلون، لا سلطان عليهم في قضائهم لغير القانون، ولا يجوز لأية سلطة التدخل في القضاء أو في شؤون العدالة"[٤]. كذلك نص قانون التنظيم القضائي العراقي على استقلال القضاء ولا سلطان عليه إلّا للقانون[٥]. ويُعد من متطلبات استقلال القضاء ما ورد في النص المادة (٤٩/ أ) من القانون المذكور آنفًا التي منعت منعت نقل القاضي إلى أية وظيفة أخرى غير قضائية إلّا بعد الحصول على موافقته التحريرية منعًا من استعمال النقل كعقوبة للقاضي[٦].

كما أخذ بمبدأ استقلالية سلطة القضاء الدستور المصري في المادة (١٨٦) منه التي نصت على أَنَّه: " ... وذلك كله بما يحفظ استقلال القضاء والقضاة وحيدتهم، ويحول دون تعارض المصالح .ويبين القانون الحقوق والواجبات والضمانات المقررة لهم"[٧].

كما اعتمد المبدأ المذكور أعلاه الدستور التونسي إذ نص الفصل (١٠٢) منه على أَنَّه: " القضاء سلطة مستقلة تضمن إقامة العدل، وعلوية الدستور، وسيادة القانون، وحماية الحقوق والحريات. القاضي مستقل لا سلطان عليه في قضائه لغير القانون"[٨].

---

[١] د. أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، مصدر سابق، ص٦٦.
[٢] د. محمد نور شحاته، الوجيز في قانون المرافعات المدنية والتجارية، مصدر سابق، ص٣٢٤.
[٣] أخذ بهذا المبدأ دستور الجمهورية العربية السورية لعام (٢٠١٢)/ المادة (١٣٢)، و دستور المملكة الأردنية الهاشمية لعام (١٩٥٢)/ المادة (٩٧).
[٤] دستور جمهورية العراق لعام (٢٠٠٥).
[٥] تنص المادة (٢ / أولًا) من قانون تنظيم القضائي رقم (١٦٠) لسنة ١٩٧٩ المعدل على أَنَّه: " القضاء مستقل لا سلطان عليه لغير القانون".
[٦] جاء في المادة (٤٩/ أ) من القانون المذكور أعلاه " لا يجوز نقل القاضي إلى وظيفة غير قضائية إلّا بموافقته التحريرية".
[٧] دستور جمهورية مصر العربية الصادر عام (٢٠١٤).
[٨] دستور الجمهورية التونسية لعام (٢٠١٤).

كذلك أخذ بالمبدأ المشار إليه آنفًا الدستور الفرنسي من خلال أحكام المادة (٦٤) التي جاء فيها " يتعين على رئيس الجمهورية أن يكون الضامن لاستقلال السلطة القضائية، يساعده في ذلك المجلس الأعلى للقضاء..."[١].

والموقف ذاته بالنسبة إلى الدستور الأمريكي، إذ إنَّه أخذ بمبدأ استقلال القضاء عندما أناط السلطة القضائية في الولايات المتحدة إلى محكمة عليا واحدة ومحاكم أدنى درجة، وحدد القضايا التي تدخل ضمن نطاق السلطة القضائية فضلًا عن ذلك تحديد صلاحية المحكمة العليا عملًا بأحكام المادة (٣) من الدستور الأمريكي[٢].

إنَّ تحقيق المساواة وضمان العدل في الحكم القضائي يتطلب استقلال القضاء، وتمتع القاضي بالاستقلال التام وكامل الحرية والإرادة في عملية اتخاذ القرار القضائي عن طريق تطبيق القانون، فإنَّ القاضي يحكم في الوقائع والنزاعات المعروضة عليه وفقًا للحقائق ولإدراكه وفهمه للقانون بعيدًا عن أي تأثير سواء كان بالترغيب أم بالضغوط المباشرة أو غير المباشرة من أي جهة[٣]، بل إنَّ المشرع العراقي أَعدَّ التدخل في استقلالية القضاء جريمة يعاقب عليها القانون، وإنَّ المتدخل سوف يتعرض للعقوبة المنصوص عليها في ذلك القانون[٤] . كما يُلاحظ يُلاحظ أَنَّ قبول القاضي لتدخل الوسيط والتأثر به، و إصدار الحكم بناءً على ذلك التدخل فإنَّ القاضي سيتعرض للعقوبة الجزائية المنصوص عليها في المادة (٢٣٤) من قانون العقوبات العراقي النافذ التي قضت على أَنَّه: " يُعاقب بالحبس وبالغرامة أو بإحدى هاتين العقوبتين كل حاكم أو قاضي أصدر حكمًا ثبت أنه غير حق وكان ذلك نتيجة التوسط لديه"، فضلًا عن ذلك تعرض القاضي للعقوبات التي نص عليها قانون التنظيم القضائي رقم (١٦٠) لسنة ١٩٧٩ المعدل[٥].

نستنتج مما تقدم بأَنَّ القضاء يتمتع بسلطة قضائية مستقلة عن بقية السلطات المتمثلة بالسلطة التشريعية والسلطة التنفيذية إستنادًا إلى مبدأ الفصل بين السلطات، وبناءً على ما ورد في الدستور وقانون التنظيم القضائي العراقي، ومن ثم لا يجوز لأي شخصٍ كان التدخل في شؤون القضاء وإلّا تعرض للمسائلة القانونية ومن ثم للعقوبة الجزائية المنصوص عليها في القانون المشار إليها آنفًا، وبالمقابل لا يمكن للقاضي قبول توسط أي شخص سواء كان موظف أو مسؤول في الدولة تحقيقًا للعدالة ومنعًا للمحاباة إلى أحد الخصوم عند صدور الحكم، فضلًا

---

[١] الدستور الفرنسي لعام (١٩٥٨) المعدل.

[٢] تُنظر تفضلًا: المادة (٣) من الدستور الأمريكي لعام (١٧٨٩) النافذ والمعدل.

[٣]) د. آدم وهيب النداوي، المرافعات المدنية، مصدر سابق، ٢٠١٠، ص٣٢.

[٤] نصت المادة (٢٣٣) من قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ المعدل والمنشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد (١٧٧٨) بتأريخ (١٩٦٩/١٢/١٥) على أَنَّه: " يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة واحدة وبغرامة لا تزيد على مائة دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين كل موظف أو شخص مكلف بخدمة عامة توسط لدى حاكم أو قاضٍ أو محكمة لصالح أحد الخصوم أو الإضرار به".

[٥] تنص المادة (٥٨) من قانون التنظيم القضائي العراقي على أَنَّه: " تصدر لجنة شؤون القضاء المشكلة بموجب قانون مجلس القضاء الأعلى في في الدعاوى الانضباطية المقامة على القاضي إحدى العقوبات الانضباطية الآتية: أولًا- الإنذار ويترتب عليه تأخير علاوة القاضي وترفيعه لمدة ستة أشهر. ثانيًا- تأخير الترفيع أو العلاوة أو كليهما، مدة لا تقل عن سنة ولا تزيد على ثلاث سنوات من تأريخ القرار إذا كان قد أكمل المدة القانونية للترفيع وإلا من تأريخ إكمالهما. ثالثًا- إنهاء الخدمة وتفرض هذه العقوبة على القاضي إذا صدر عليه حكم بات بعقوبة من محكمة مختصة عن فعل لا يأتلف وشرف الوظيفة القضائية أو إذا ثبت عن محاكمة تجريها اللجنة عدم أهليتهُ للاستمرار في الخدمة القضائية ويتخذ مجلس القضاء الأعلى قرارًا بسحب يده إلى حين صدور المرسوم الجمهوري بإنهاء خدمته".

عن ذلك تجنب القاضي للعقوبة التي قد يتعرض لها نتيجةً لذلك التوسط، وبذلك يتحقق مبدأ استقلالية سلطة القضاء ليكون ضمانًا لحقوق وحريات المواطنين من الاعتداء عليها.

ولمّا كانت السلطة القضائية واستقلالها ضمانةً لحقوق الأفراد؛ فلذلك يستطيع هؤلاء الأفراد اللجوء إلى القضاء عندما يقرر المشُرع لهم حقًا معينًا، فلا فائدة من ذلك الحق إذا لم تكن له الحماية اللازمة؛ كون الاعتراف بحق معين يتطلب السماح لصاحبهِ في الدفاع عنه والاحتجاج به أمام القضاء[١]، و يكون القضاء الوطني الجهة المختصة بالنظر في المنازعات التي تحصل بين الأفراد سواء كانت هذه المنازعات وطنية أم مشوبة بعنصرٍ أجنبي؛ لعدم وجود هيئة قضائية دولية تختص بحل المنازعات الداخلية على صعيد القانون الدولي الخاص[٢]،ففي الوقت السابق لم تعترف الدول للأجانب بحق الالتجاء إلى قضائها؛ كون القضاء الوطني يمثل مرفقًا خاصًا أو إمتيازًا للوطنيين وهم فقط يتمتعون بحق العدالة في داخل الإقليم من دون سواهم، وبناءً على ذلك فلا ينظر القضاء الداخلي في المنازعات الحاصلة بين الأجانب، والسبب في ذلك يعود إلى أَنَّ الدول كانت تعيش في مجتمعات مغلقة ولم تسمح بدخول الأجانب إليها، وفي حال دخولهم وتواجدهم فيها يعاملون معاملة الأعداء أو معاملة العبيد الذين ليس لهم حقوق[٣]. ولكن هذا الوضع السائد أنذاك لم يبقَ على حاله نتيجةً لتطور الحياة الاجتماعية، والقانونية، والاقتصادية، في العصر الحديث، مما تطلب الأمر الاعتراف بالشخصية القانونية للأجنبي التي تجعله مؤهلًا لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات، كما أَنَّ الدول أخذت تبتعد تدريجيًا من وصف القضاء كمرفق مقتصرًا على الوطنيين وتسمح للأجانب بالالتجاء إلى القضاء الداخلي عندما أَيقنت بأَنَّ إي نزاع يحصل بين أفراد مقيمين في داخل إقليمها يؤدي إلى الإخلال في النظام والأمن السائدين في هذا الإقليم سواء كان أطراف النزاع وطنيين أم أجانب[٤]. ومع ذلك هنالك بعض الدول أخذت بنظام الكفالة القضائية التي تشكل قيدًا على الأجانب للحصول على الحماية القضائية، ومن هذه الدول (فرنسا) التي كانت تُلزم الأجنبي بتقديم الكفالة القضائية إذا أراد اللجوء إلى القضاء الفرنسي، والهدف من هذه الكفالة يتمثل بإمكانية الحصول على التعويضات والمصروفات القضائية التي قد يُحكم بها على الأجنبي عند خسارته للدعوى، فضلًا عن ذلك منع رفع دعاوى كيدية من قبل الأجنبي، ونظرًا للانتقادات التي تَعَرض لها المشرع الفرنسي والمتمثلة بأَنَّ الكفالة القضائية يجب أن تشمل الوطنيين كذلك وعدم اقتصارها على الأجانب وحَسب؛ بغية تحقيق الحكمة من الكفالة المذكورة أعلاه، ولا داعي لقصرها على الأجنبي[٥] أدى ذلك إلى إلغاء نصوص المواد القانونية المنظمة للكفالة القضائية في عامي (١٩٧٢،١٩٧٥) والتي

---

[١] إذ يجوز إقامة الدعوى من قبل الشخص المعنوي إضافة لوظيفته سواء كان مدعي أم مدعى عليه وتُرد عند إقامتها بصفته الشخصية، وهذا ما ورد في قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم (٥٣٦/ خصوصية / ٢٠٠٨) الصادر بتأريخ (٢٠٠٨/٨/١٨)، المنشور على الموقع الإلكتروني (https://e-jud-lib.e-sjc-services.iq) والخاص بـ (جمهورية العراق – مجلس القضاء الأعلى- مكتبة القضاء الإلكترونية)، تأريخ الزيارة (٢٠٢٣/١٢/١٠).

[٢] د. فؤاد عبد المنعم رياض، د. سامية راشد، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وآثار الأحكام الأجنبية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٤، ص٣٦٥.

[٣] د. هشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٢، ص٢٥.

[٤] د. حسام الدين فتحي ناصف، الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٢ ص٢٠.

[٥] د. هشام خالد، القانون القضائي الخاص الدولي، منشأة المعارف، الاسكندرية،٢٠٠٦، ص٤١.

كانت في القانون المدني بمادته (١٦)، وقانون المرافعات بمادتيه (١٦٦،١٦٧)، ومن ثم أصبح للأجنبي حق اللجوء إلى القضاء الفرنسي من دون أي قيود، وفي إطار القانون الدولي المعاصر يَعدُ حق الأجنبي في الالتجاء إلى القضاء الوطني من الحقوق الأساسية التي كفلها ذلك القانون للأجانب[١].

وتجدر الإشارة بأَنَّ الأجنبي لم يتمتع بحق اللجوء إلى القضاء بموجب القوانين الوضعية حتى منتصف القرن التاسع عشر، بينما الشريعة الإسلامية قد كفلت هذا الحق للأجنبي إذ إنَّها تمنح للمستأمن[٢](الأجنبي في المصطلح الحديث) حق اللجوء للقاضي المسلم أسوةً بالذمي[٣] الذي يعد من الوطنيين[٤]، عملًا بالقاعدة الجوهرية العامة التي تقضي بـ: " لهم ما لنا وعليهم ما علينا" وبموجب هذه القاعدة أَنَّ غير المسلم يلتزم بتقاليد وقوانين وأحكام الدولة التي يوجد فيها ومن ثم يخضع إلى قضاء هذه الدولة[٥].

إنَّ المشرع العراقي أخذ بمبدأ المساواة بين الوطني والأجنبي في منح حق اللجوء إلى القضاء العراقي بدليل ما ورد في الدستور النافذ الذي جعل حق التقاضي بأَنَّه حقٌ مصون ومكفول للناس كافة[٦]، وإنَّ القاعدة الفقهية تقضي: (إنَّ المطلق يجري على إطلاقه مالم يقم دليل التقييد صراحةً أو دلالةً)، وحسنًا فعل المشرع في ذلك؛ كونه اتبع الاتجاه الحديث الذي يقضي بالمساواة بين الوطني والأجنبي في منح حق الالتجاء إلى القضاء الوطني من دون اشتراط الكفالة القضائية، فضلًا عن ذلك أَنَّ المشرع العراقي قد ساير ما هو مُتبع في الشريعة الإسلامية التي كانت تمنح الأجانب حق اللجوء للقاضي المسلم.

---

[١] د. محمد خالد الترجمان، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وآثار الأحكام القضائية، بلا دار نشر، بلا مكان نشر، بلا سنة نشر، ص٤٥٣.

[٢] المُستأمن: " هو غير المسلم الذي دخل دار الإسلام بأمان مؤقت من غير اكتساب جنسية، لمهمة معينة كطلب العلم أو السياحة". د. عبد الودود محمد السريتي، الوصايا والأوقاف والمواريث في الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، ١٩٩٧، ص٥١.

[٣] الذمي: " هو الذي يدفع الجزية للمسلمين ليكون على ذمتهم". د. جواد أحمد البهادلي، الوجيز في الوصايا والمواريث في ضوء قانون الأحوال الشخصية العراقي طبقًا للمذاهب الخمسة، ط ١، إيران، ٢٠١٨ ص٤٩.

[٤] د. فؤاد عبد المنعم رياض، د. سامية راشد، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وآثار الأحكام الأجنبية، دار النهضة العربية، مصدر سابق، ص٣٧٨.

[٥] د. رمزي محمد علي، فكرة تنازع القوانين في الفقه الإسلامي، ط ١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠١١، ص٣٤٣.

[٦] نصت المادة (١٩) بفقرتها الثالثة من الدستور العراقي النافذ على أَنَّه: " التقاضي حق مصون ومكفول للجميع".

المبحث الثاني

سلطة القضاء على الصعيدين الداخلي و الدولي

إنَّ القضاء يتمتع بسلطة في النطاق الداخلي والدولي للنظر في المنازعات المطروحة أمامه بغية إحقاق الحق و تحقيقًا للعدالة؛ لذا يتطلب الأمر معرفة هذه السلطة على الصعيدين الداخلي والدولي من خلال البحث في كل منهما في مطلب مستقل.

المطلب الأول

سلطة القضاء على الصعيد الداخلي

إنَّ السلطة القضائية في النطاق الداخلي تتمثل باختصاص المحاكم الوطنية بالنظر في المنازعات ويطلق عليه بـ: (الاختصاص الداخلي) الذي يمكن تعرّيفهُ بأنَّه: (هو ذلك الاختصاص الذي ينظم ويحدد اختصاص كل محكمة من المحاكم الموجودة في داخل الدولة)[١].

يتضح من ذلك أَنَّ الاختصاص الداخلي يتعلق في المنازعات الوطنية الداخلية[٢] ؛ أي: إنَّ جميع عناصر تلك المنازعات تكون في داخل نطاق الدولة ذاتها، إذ إنَّ هذه المنازعات لم يحصل بشأنها تنازع دولي في الاختصاص وهذا خلاف المنازعات المشوبة بعنصرٍ أجنبي التي قد ينشأ بشأنها ذلك التنازع[٣]، فلا شك أَنَّ محاكم هذه الدولة تكون مختصة في نظر تلك المنازعات ويتم تحديد الاختصاص المحلي والنوعي للمحاكم طبقًا لقانون المرافعات[٤].

إنَّ المشرع العراقي عالج موضوع سلطة القضاء على الصعيد الداخلي فيما يخص الاختصاص المحلي (المكاني)، والنوعي في قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل وهذا ما سنوضحه في أدناه:

أولًا- الاختصاص المكاني للمحكمة:

إنَّ حل المنازعات بين أطراف الدعوى (الخصوم) بصورة سريعة وتسهيل عملية التقاضي يتطلب الأمر وجود محاكم متعددة ومنتشرة في كل جزء من إقليم الدولة حتى تكون هذه المحاكم قريبة من موطن الخصوم أو

---

[١] د. هشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، مصدر سابق، ص٥.
[٢] د. صلاح جاد المنزلاوي، الاختصاص القضائي بالمنازعات الخاصة الدولية والاعتراف والتنفيذ الدولي للأحكام الأجنبية، بلا دار نشر، بلا مكان نشر، ٢٠٠٨، ص٢٥.
[٣]) سنتناول فيما يتعلق بالاختصاص القضائي الدولي في الفرع الثاني من هذا المطلب.
[٤] د. حسام الدين فتحي ناصيف، الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مصدر سابق، ص٨.

من محل وجود موضوع النزاع الحاصل فيما بينهم[١]، ويطلق على هذا الاختصاص بـ: (الاختصاص المكاني أو المحلي أو الإقليمي)[٢] ويقصد به: " هو قدرٍ ما لمحكمةٍ معينة من محاكم ذات الدرجة الواحدة بنظر المنازعات التي تقع في حدود مكانية معينة"[٣]

يتضح مما تقدم بـأَنَّ سلطة القضاء المكانية يتم تحديدها وفقًا للموقع الجغرافي للمحكمة بغية النظر في المنازعات التي تدخل ضمن نطاق هذا الموقع آخذًا بنظر الاعتبار موطن اطراف الدعوى ومكان موضوع النزاع لتسهيل عملية اللجوء إلى القضاء وفض الخلافات بصورةٍ سريعة وتحقيق العدالة بين الخصوم.

إنَّ القاعدة العامة المتعلقة بتحديد الاختصاص المحلي للمحكمة تقضي بإعطاء ذلك الاختصاص إلى محكمة موطن[٤] المدعى عليه؛ كون الأصل هو براءة ذمة المدعى عليه، وعليه فمن يخاصم غيره بشيءٍ عليه أن يسعى إليه في أقرب محكمة إلى موطن ذلك الغير (موطن المدعى عليه)[٥].

إنَّ أغلب القوانين أخذت بالقاعدة العامة المذكورة أعلاه كقانون المرافعات المدنية والتجارية المصري في المادة (٤٩)[٦] إلّا إنَّ المشرع العراقي لم يأخذ بتلك القاعدة في قانون المرافعات المدنية النافذ، وإنما جاء بنصوص بنصوص قانونية حدد فيها لكل دعوى محكمة مختصة للنظر فيها[٧]. ونعتقد كان من الأفضل اعتماد قاعدة عامة لتحديد الاختصاص المحلي وإيراد بعض الاستثناءات عليها.

والجدير بالإشارة أَنَّ القواعد التي تحدد الاختصاص المكاني للمحكمة والواردة في قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ تتمثل بالآتي:

١- إذا تعلقت الدعوى بحق عيني عقاري فأنها تقام في محكمة محل العقار، وإذا تعددت العقارات يجوز إقامة الدعوى في محل احد هذه العقارات[٨] وإذ قضت محكمة التمييز الاتحادية بـأَنَّ: " محكمة موقع العقار تكون

---

[١] د. عباس العبودي، المرافعات المدنية، مصدر سابق، ص١٣١.
[٢] تنص المادة (٤٣) من قانون المرافعات المدنية العراقي على أَنَّه: " يحدد الاختصاص المكاني تبعًا للتقسيمات الإدارية".
[٣] د. عبد الرحمن العَلّام، شرح قانون المرافعات المدنية، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٧٠ص٤٩٨.
[٤] عرّف المشرع العراقي الموطن في المادة (٤٢) من القانون المدني العراقي بأَنَّه: " هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادةً بصفة دائمة أو مؤقتة ويجوز أن يكون للشخص أكثر من موطن واحد". وبهذا المعنى عرّفه المشرع المصري في نص المادة (٤٠) من القانون المدني رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ المعدل، علمًا ثمة فرق بين الموطن والإقامة، فالموطن يتوافر فيه الركن المادي المتمثل بالوجود المادي في المكان الذي يتخذه الشخص للإقامة، والركن المعنوي المتمثل بنية الاستقرار في ذلك المكان، بينما الإقامة يتوافر فيها الركن المادي من دون الركن المعنوي. للمزيد من التفصيل يُنظر تفضلًا: د. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، القانون الدولي الخاص ، مصدر سابق، ص١٤٣.
[٥] د. نبيل إسماعيل عمر، د. أحمد خليل، د. أحمد هندي، قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٤، ص١٤١.
[٦] تنص المادة (٤٩/ ١) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ على أَنَّه: " يكون الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعى عليه ما لم ينص القانون على خلاف ذلك"، وتجدر الإشارة بأَنَّ المشرع المصري قد عالج الاختصاص المحلي في القانون المذكور من المادة (٤٩) إلى المادة (٦٢).
[٧] القاضي رحيم حسن العكيلي، دراسات في قانون المرافعات المدنية، مصدر سابق، ص١١٠.
[٨] المادة (٣٦) من قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ.

مختصة نوعيًا ومكانيًا بنظر الدعاوى المتعلقة بحق عيني عقاري ومنها دعاوى التمليك الخاصة بالعقار ضمن دائرة عملها"[١].

٢- إذا كان موضوع الدعوى يتعلق بدين أو بمنقول يتم إقامة الدعوى في محكمة موطن المدعى عليه أو مركز معاملاته أو المحل الذي نشأ فيه الالتزام أو محل التنفيذ أو المحل الذي اختاره الطرفان لإقامة الدعوى، أما إذا تعدد المدعى عليهم وأتحد الادعاء أو كان مترابط فتقام الدعوى في محل إقامة أحدهم[٢].

٣- إذا تعلق الموضوع في المسائل الخاصة بالأشخاص المعنوية القائمة أو التي في دور التصفية يتم إقامة الدعوى في المحكمة التي يقع في دائرتها مركز إدارتها الرئيس، إما بالنسبة إلى الدعوى الخاصة بالمعاملة مع فرع الشخص المعنوي فيتم إقامة تلك الدعوى في محكمة مركز الإدارة أو المحكمة التي يقع بدائرتها ذلك الفرع[٣].

٤- إنَّ دعوى الإفلاس والدعاوى الناشئة عنه يتم أقامتها في محكمة متجر المفلس، وإذا تعددت متاجره فتقام الدعوى في محكمة المحل الذي اتخذه مركزًا رئيسًا لأعماله التجارية، أما في حالة اعتزال التاجر للتجارة أو توفى يتم إقامة الدعوى في المحكمة التابع لها موطن المدعى عليه[٤].

٥- إذا كان الموضوع يتعلق بمصروفات دعوى وأجور محاماة فيتم إقامة الدعوى في المحكمة التي قضت في أساس الدعوى ولو لم تدخل في اختصاصها أو صلاحيتها باستثناء محاكم الجزاء والاستئناف والتمييز[٥].

٦- تقام الدعوى في المحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعي أو سكنه في حال لم يكن للمدعى عليه موطن ولاسكن في العراق، وإذا لم يوجد للمدعي موطن ولا سكن في العراق فيتم إقامة الدعوى في محاكم (بغداد)[٦].

٧- فيما يتعلق بدعاوى الأحوال الشخصية فإنَّ المشرع يعطي خيارات عديدة لإقامة هذه الدعاوى انسجامًا مع خصوصية هذه الدعوى، وبناءً على ذلك فإنَّ الدعاوى الشرعية تقام في محكمة محل إقامة المدعى عليه ويجوز إقامة دعوى الزواج في محكمة محل العقد، كذلك يجوز إقامة دعوى الفرقة والطلاق في إحدى هاتين المحكمتين أو في محكمة المحل الذي حدث فيه سبب الدعوى، بينما الدعاوى الخاصة بالنفقات (الأصول والفروع والزوجات) فتقام في محكمة إقامة المدعي أو المدعى عليه، أما النفقات الأخرى تقام الدعوى بصددها في محكمة محل إقامة المدعى عليه، في حين أَنَّ القسام الشرعي تختص بإصداره المحكمة التي يقع فيها محل إقامة المتوفى الدائم، ولا

---

[١] قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم (٣٧/ الهيئة العامة/٢٠١٨) الصادر بتأريخ (٢٠١٨/١١/٢٥)، المنشور على الموقع الإلكتروني (https://e-jud-lib.e-sjc-services.iq) والخاص بـ (جمهورية العراق – مجلس القضاء الأعلى- مكتبة القضاء الإلكترونية)، تأريخ الزيارة (٢٠٢٣/١٢/١٠).

[٢] المادة (٣٧) بفقرتيها من قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ.

[٣] الفقرتين (٢،١)/ المادة (٣٨) من قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ.

[٤] المادة (٣٩) بفقرتيها (٢،١) من قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ.

[٥] المادة (٤٠) من قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ.

[٦] المادة (٤١) من قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ.

يعتد بالقسامات الشرعية الصادرة من محكمة أخرى، وتختص اختصاصًا مكانيًا محكمة إقامة المتوفى الدائم ومحكمة محل التركة بتحرير التركة[١].

والجدير بالملاحظة أَنَّ قواعد الاختصاص المكاني لا تعد من النظام العام، ومن ثم يجوز للخصوم الاتفاق على مخالفتها، كما أَنَّ الدفع بعدم الاختصاص المكاني ينبغي إيراده قبل الدخول في أساس الدعوى على وفق نص المادة (٧٤)[٢] من قانون المرافعات المدنية العراقي، فضلًا عن أَنَّه لا يجوز للمحكمة أن تثيره من تلقاء نفسها[٣] وهذا ما أكدته محكمة التمييز الاتحادية إذ جاء في قرارٍ لها " الطعن في الصلاحية المكانية للمحكمة بنظر الدعوى هو من حق الخصوم وليس للمحكمة..."[٤].

ثانيًا- الاختصاص النوعي للمحكمة:

إنَّ للمحكمة سلطة معينة للنظر والفصل في نوع محدد من الدعاوى ولا يمكن لهذه المحكمة تجاوز سلطتها؛ فلذلك تم تعريف الاختصاص النوعي بأَنَّه: " سلطة المحاكم بالفصل في المنازعات بحسب نوعها"[٥].

يتضح من ذلك أَنَّ القانون يُحدد للمحاكم نوع معين من الدعاوى التي تستطيع أن تنظر بها، ومن ثم حسم النزاع الحاصل بين الخصوم، وتكون سلطتها محددة بهذه الدعاوى ولا يجوز مخالفتها.

و الجدير بالذكر فقد تم تحديد الاختصاص النوعي للمحاكم العراقية طبقًا للنصوص القانونية الواردة في قانون المرافعات المدنية والقوانين الخاصة على وفق الآتي:

١- **محاكم بالدرجة الأولى:** وتشمل المحاكم المبينة أدناه:

أ- **محكمة البداءة:** تختص هذه المحكمة بالنظر في نوعين من الدعاوى أحدهما بدرجة أخيرة قابلة للتمييز[٦] والأخرى بدرجة أولى قابلة للاستئناف والتمييز[٧].

ب- **محكمة العمل:** إنَّ اختصاص هذه المحكمة يتمثل بالنظر في المنازعات والقضايا المدنية والجزائية المنصوص عليها في قانون العمل النافذ، وقانون التقاعد والضمان الاجتماعي للعمال، والتشريعات

---

[١] المواد (٣٠٣، ٣٠٤، ٣٠٥) من قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ.
[٢] نصت المادة (٧٤) من قانون المرافعات العراقي على أنه " الدفع بعدم الاختصاص المكاني يجب إبداؤه كذلك قبل التعرض لموضوع الدعوى وإلّا سقط الحق فيه".
[٣] د. عبد الرحمن العَلّام، شرح قانون المرافعات المدنية، مصدر سابق، ص٤٩٨.
[٤] القرار المرقم (٣٢/ طعن/٢٠٠٧) المؤرخ في (٢٥/ ١/ ٢٠٠٧) الصادر من محكمة التمييز الاتحادية، المنشور على الموقع الإلكتروني (https://e-jud-lib.e-sjc-services.iq) والخاص بـ (جمهورية العراق – مجلس القضاء الأعلى- مكتبة القضاء الإلكترونية)، تأريخ الزيارة (١٠/ ١٢/ ٢٠٢٣).
[٥] د. عباس العبودي، المرافعات المدنية، مصدر سابق، ص١١٧.
[٦] تُنظر تفضلًا: المادة (٣١) من قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ.
[٧] تُنظر تفضلًا: المادة (٣٢) من قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ.

الأخرى، كما تنظر في القرارات المؤقتة التي تدخل في اختصاصها، والدعاوى والمسائل التي تنص القوانين على اختصاص محكمة العمل بها[١].

ت- **محكمة القضاء الإداري:** تختص هذه المحكمة بالنظر في صحة الأوامر والقرارات التي تصدر من الموظفين، والهيئات في دوائر الدولة والقطاع العام على وفق نص المادة (٧/ رابعًا) من قانون مجلس الدولة[٢].

ث- **محكمة الأحوال الشخصية:** تنظر هذه المحكمة في دعاوى الأحوال الشخصية المتعلقة بالمسلمين العراقيين، والمسلمين غير العراقيين الذين يُطَبَّق عليهم قانون الأحوال الشخصية[٣].

ج- **محكمة المواد الشخصية:** تختص محكمة البداءة بالنظر في دعاوى الأحوال الشخصية الخاصة بالعراقيين غير المسلمين، والأجانب الذين يُطَبَّق عليهم في أحوالهم الشخصية القانون المدني ويكون الحكم الصادر في هذه الدعاوى بدرجة أخيرة قابلًا للتمييز[٤]. وهذا ما أشارت إليه محكمة التمييز الاتحادية إذ قضت: " إذا كانت الزوجة عراقية الجنسية وديانتها مسيحية والزوج مسلم أجنبيي (تركي الجنسية) فأن محكمة البداءة للمواد الشخصية هي المختصة بنظر الدعوى استنادًا للمادة (٣٣) من قانون المرافعات المدنية المعدل وتخرج عن صلاحية محكمة الأحوال الشخصية"[٥].

٢- **محاكم بالدرجة الثانية:** تتمثل هذه المحاكم بمحكمة الاستئناف التي يكون لها اختصاصين (الاختصاص الاستئنافي، الاختصاص التمييزي)[٦].

٣- **المحاكم العليا:** تتمثل هذه المحاكم بالآتي:

أ- **محكمة التمييز الاتحادية:** تختص هذه المحكمة في النظر بالأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف ومحاكم البداءة و محاكم الأحوال الشخصية، فضلًا عن ذلك المسائل الأخرى المحددة في القانون[٧]، علمًا بأَنَّ هذه المحكمة تُعد محكمة رقابية وليست محكمة موضوع.

ب- **المحكمة الاتحادية العليا:** إنَّ دستور جمهورية العراق حدد اختصاص هذه المحكمة بالمادة (٩٣) منه والتي قضت على أنه: " تختص المحكمة الاتحادية العليا بما يلي: أولًا- الرقابة على دستورية القوانين

---

[١] نص المادة (١٦٦) من قانون العمل العراقي رقم (٣٧) لسنة ٢٠١٥ المنشور في جريد الوقائع العراقية بالعدد (٤٣٨٦) بتأريخ (٢٠١٥/١١/٩).

[٢] قانون مجلس شورى الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل، والجدير بالذكر بأَنَّه تم فك ارتباط مجلس شورى الدولة عن وزارة العدل وتم إبدال تسميته إلى مجلس الدولة انسجامًا مع الدستور بموجب القانون رقم (٧١) لسنة ٢٠١٧ المنشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد (٤٤٥٦) في (٢٠١٧/٨/٧).

[٣] تُنظر تفضلًا: المواد (٣٠٠،٣٠١،٣٠٢) من قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ.

[٤] نص المادة (٣٣) من قانون المرافعات المنية العراقي النافذ.

[٥] قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم (٢٥٩/ جنسية /٢٠٠٧) المؤرخ في (٢٠٠٧/٣/٢٦)، المنشور على الموقع الإلكتروني https://e-jud-lib.e-sjc-services.iq) والخاص بـ (جمهورية العراق – مجلس القضاء الأعلى- مكتبة القضاء الإلكترونية)، تأريخ الزيارة (٢٠٢٣/١٢/١٠).

[٦] تُنظر تفضلًا: المواد (٢١٦/ ١)،(١٨٥)،(٣٤) من قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ.

[٧] المادة (٣٥) من قانون المرافعات المدنية العراقي.

والأنظمة النافذة. ثانيًا- تفسير نصوص الدستور. ثالثًا- ...." علمًا بأَنَّ قرارات هذه المحكمة باتة وملزمة للسلطات كافة على وفق ما ورد في نص المادة (٩٤) من الدستور المشار إليه آنفًا.

والجدير بالذكر أَنَّ قواعد الاختصاص النوعي تعد من النظام العام ولا يجوز لأطراف الدعوى الاتفاق على ما يُخالفها، وينبغي على المحكمة مراعاتها ويمكن للمحكمة أن تدفع بعدم اختصاصها النوعي من تلقاء نفسها، كما يجوز للخصوم أن يدفعوا بهذا الدفع في أي مرحلة من مراحل الدعوى[١].

المطلب الثاني

سلطة القضاء على الصعيد الدولي

سبق أن أوضحنا بأَنَّ السلطة القضائية على الصعيد الداخلي يحدد الولاية لمحاكم الدولة الواحدة من ناحيتي نوع الدعاوى، والحدود المكانية التي تدخل ضمن نطاق دائرتها، فضلًا عن ذلك أَنَّ المحاكم الوطنية تنظر في الدعاوى ذات الطبيعة الوطنية في جميع عناصرها، وفي هذا الفرع سنسلط الضوء على سلطة القضاء على الصعيد الدولي.

إنَّ سلطة القضاء الدولي تتمثل بالاختصاص القضائي الدولي الذي يُراد به: " تحديد ولاية محاكم الدولة بنظر المنازعات التي تتضمن عنصرًا أجنبيًا، تجاه غيرها من محاكم الدول الأخرى"[٢].

يتضح من ذلك التعريف بأَنَّ السلطة القضائية في النطاق الدولي تتعلق بولاية المحاكم الوطنية وتحديد اختصاصها بالنزاعات المشوبة بعنصرٍ أجنبي في مقابل محاكم الدول الأجنبية.

إنَّ أهمية التمييز بين الاختصاص القضائي الدولي والاختصاص القضائي الداخلي للمحاكم الوطنية تظهر في تحديد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية أولًا، ومن ثم تحديد اختصاصها الداخلي، وبناءً على ذلك فإذا ثبت الاختصاص الدولي لمحاكم الدولة تَطلَّب الأمر البحث عن الاختصاص الداخلي لمحاكم هذه الدولة سواء كان الاختصاص نوعي أم محلي، أما إذا لم يثبت الاختصاص الدولي للمحاكم الوطنية فلا داعي لبحث الاختصاص الداخلي لمحاكمها. وقد يكون لهذا التحديد تأثيرًا على إجراءات التقاضي، والحق موضوع النزاع فيما يخص بتكييف النزاع، فضلًا عن ذلك تأثيره على تنفيذ الحكم الصادر من المحاكم الوطنية إذ يتم تنفيذ تلك الأحكام شأنها شأن الأحكام الوطنية[٣]، ونتيجةً للتمييز بين الاختصاصين المذكورين أعلاه أخذَ الفقه يعالج قواعد الاختصاص

---

[١] د. سعدون ناجي القشطيني، شرح أحكام المرافعات، دراسة تحليلية في شرح قانون المرافعات المدنية العراقي، مصدر سابق، ص١٣٧، كما أشارت إلى ذلك المادة (٧٧) من قانون المرافعات المدنية العراقي.

[٢] د. عوني محمد الفخري، الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العراقية وتنفيذ الأحكام الأجنبية في العراق في المسائل المدنية والتجارية، دراسة مقارنة في القانون الدولي الخاص، بلا دار نشر، بلا مكان نشر، بلا سنة نشر، ص٤.

[٣] د. حسام الدين فتحي ناصيف، الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مصدر سابق،ص١٠.

الدولي للمحاكم في موضوعات القانون الدولي الخاص، بينما قواعد الاختصاص الداخلي لهذه المحاكم يتم معالجتها في موضوعات قانون المرافعات[١].

إنَّ المشرع الوطني يمتلك الحرية المطلقة في وضع القواعد القانونية التي تنظم الاختصاص القضائي الدولي لمحاكمه (المحاكم الوطنية)، ولا يُقيِّد هذه الحرية سوى الالتزامات التي يطلبها القانون الدولي العام من الدولة بوصفها إحدى الدول المخاطبة بأحكامه، ويمكن القول: بأَنَّ الالتزامات الدولية التي تقع على عاتق الدولة التي ينبغي عليها مراعاتها عند تنظيم الاختصاص الدولي لمحاكمها قد تكون في المعاهدات الدولية كمعاهدة لاهاي الجماعية (١٩٧١) والخاصة بموضوع الاعتراف وتنفيذ الأحكام الأجنبية في المسائل المدنية والتجارية أو العرف الدولي بوصفه أحد مصادر القانون الدولي العام كمبدأ احترام الحصانة القضائية للدول ورؤسائها والممثلين الدبلوماسيين[٢].

إنَّ قواعد الاختصاص القضائي الدولي التي يتولى المشرع الوطني مهمة صياغتها لتحديد اختصاص محاكمه الوطنية في المنازعات التي تتضمن عنصرًا أجنبيًا تتسم بصفاتٍ ومميزاتٍ تتمثل بالآتي:

١- إنَّها قواعد قانونية ملزمة؛ لأَنَّ القاضي يلتزم بإعمالها من تلقاء نفسه بوصفها قاعدة من قواعد القانون الداخلي وإذا أخطأ في تطبيقها سيتم نقض حكمه من قبل محكمة النقض (التمييز)؛ كون المشرع عندما يضع القواعد القانونية يكفل احترامها[٣].

٢- إنَّها قواعد وطنية؛ لأَنَّ كل دولة تقوم بتحديد نطاق الاختصاص الدولي لمحاكمها[٤] كما هو موضح في أعلاه، لذلك تُعد قواعد الاختصاص القضائي الدولي ذات طبيعة وطنية وتتحد في هذه الطبيعة مع قواعد الجنسية وقواعد مركز الأجانب وقواعد تنازع القوانين (قواعد الأسناد)، وقد يترتب على الطابع الوطني لهذه القواعد اختلاف المبادئ التي تحدد الاختصاص الدولي للمحاكم الوطنية فمثلا: بعض الدول تأخذ بضابط جنسية المدعى عليه بينما دول أخرى تعتمد ضابط جنسية المدعي، فضلًا عن ذلك اعتماد ضوابط الاختصاص الداخلي كضوابط لتحديد الاختصاص القضائي الدولي مثل: اختصاص محكمة موقع المال[٥].

---

[١] د. هشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، مصدر سابق، ص٥.
[٢] د. حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، الكتاب الثاني، الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية وأحكام التحكيم، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٢، ص٩.
[٣] د. صالح جاد المنزلاوي، الاختصاص القضائي بالمنازعات الخاصة الدولية والاعتراف والتنفيذ الدولي للأحكام الأجنبية، مصدر سابق، ص٤٢.
[٤] د. سامي بديع منصور، د. عبده جميل غصوب، د. نصري أنطوان دياب ، القانون الدولي الخاص، الاختصاص القضائي الدولي وآثار الأحكام الأجنبية في لبنان، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بلا مكان نشر، بلا سنة نشر، ص٤٠.
[٥] د. حسام الدين فتحي ناصف، الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مصدر سابق، ص٣٠.

٣- إنَّها قواعد مفردة الجانب؛ لأَنَّها قواعد تحدد اختصاص المحاكم الوطنية، ولا تتولى تحديد اختصاص محاكم الدول الأجنبية، وبهذه الصفة تختلف قواعد الاختصاص الدولي عن قواعد الإسناد[١] كون الأخيرة تَعدُ قواعد مزدوجة؛ لأَنَّها قواعد تحدد حالات تطبيق القانون الوطني، كما أَنَّها تتولى تحديد الحالات التي يتم بها تطبيق القانون الأجنبي[٢] .

٤- إنَّها قواعد مادية؛ لأَنَّها قواعد (موضوعية) مباشرة إذ يؤدي تطبيقها إلى حسم موضوع تحديد المحكمة المختصة بشكلٍ نهائي ومباشر، بينما قواعد الإسناد توصف بأَنَّها قواعد غير مباشرة؛ كونها تفصل بموضوع تنازع القوانين بصورة غير مباشرة بغية تطبيق القانون الواجب التطبيق سواء كان القانون الوطني أم القانون الأجنبي[٣].

٥- إنَّها قواعد ذات صفة سياسية؛ لأَنَّ تحديد الاختصاص الدولي للمحاكم الوطنية يعتمد على ضابط الجنسية كون المدعي أو المدعى عليه أجنبي أم وطني، في حين قواعد تنازع القوانين تُعيَّن القانون واجب التطبيق بصرف النظر عن جنسية أطراف العلاقة الدولية الخاصة سواء كان أحد أطراف هذه العلاقة وطنيًا أم كلاهما أجانب[٤]. والجدير بالملاحظة أَنَّ قواعد الإسناد تشير إلى تطبيق أحد القوانين المتزاحمة الأكثر ملاءمة مع العلاقة القانونية المشوبة بعنصرٍ أجنبي، بينما قواعد الاختصاص القضاء الدولي تشير إلى تعيين اختصاص المحاكم الوطنية في النزاعات الدولية الخاصة، ومنها يتضح بأَنَّ التزاحم في تنازع القوانين ما هو إلّا تزاحم بين القوانين، أما بالنسبة إلى الاختصاص القضائي الدولي فيكون التزاحم ما بين محاكم دول مختلفة[٥]، وبناءً على ذلك فلا يكون تلازم بين بين الاختصاص القضائي والاختصاص القانوني، فعندما ينعقد الاختصاص القضائي إلى محاكم دولة معينة هذا لا يعني ضرورة قيام محاكم هذه الدولة بتطبيق قانونها على النزاع المطروح عليها، وقد أصبح مبدأ عدم التلازم بين الاختصاصين المذكورين أعلاه من المبادئ التقليدية المتفق عليها من قبل فقه القانون الدولي الخاص[٦]، وعلى

---

[١] يقصد بقواعد الأسناد: " بأَنَّها القواعد القانونية الوطنية المصدر أو الدولية أحيانًا التي بواسطتها يسترشد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق من بين القوانين المتزاحمة ويختار أكثرها ملائمة لحكم العلاقة الخاصة الدولية المشوبة بعنصرٍ أجنبي بما يحقق مصالحه الاقتصادية والسياسية والاجتماعية". د. كريم مزعل شبي، مفهوم قاعدة الإسناد وخصائصها، دراسة مقارنة في تنازع القوانين، بحث منشور في مجلة جامعة كربلاء/ المجلد (٣)، العدد(١٣)، كانون الأول،٢٠٠٥، البحوث الإنسانية، ص٢.

[٢] د. فؤاد عبد المنعم رياض، د. سامية راشد، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وآثار الأحكام الأجنبية، دار النهضة العربية، مصدر سابق، ص٣٦٧.

[٣] د. عوني محمد فخري، الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العراقية وتنفيذ الأحكام الأجنبية في العراق في المسائل المدنية والتجارية، مصدر سابق، ص٥.

[٤] د. أحمد سلام رشاد، الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم المصرية وتنفيذ الأحكام الأجنبية في مصر، بلا دار نشر، بلا مكان نشر، بلا سنة نشر، ص١٩.

[٥] د. هشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، مصدر سابق، ص٧.

[٦] يُنظر تفضلًا كل من: د. حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأحكام الأجنبية وأحكام التحكيم، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٩، ص٢٨. أستاذنا. د. حسن علي كاظم، القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة، المكتب الجامعي الحديث، بلا مكان نشر، ٢٠٢١، ص٣٦٨. د. غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين- تنازع الاختصاص القضائي الدولي- تنفيذ الأحكام الأجنبية، دراسة مقارنة، ط ١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، المملكة الأردنية الهاشمية،٢٠١١، ص٢٨٨. د. هشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، المصدر نفسه، ص١٠. د. صلاح جاد المنزلاوي، الاختصاص القضائي بالمنازعات الخاصة الدولية والاعتراف والتنفيذ الدولي للأحكام الأجنبية، مصدر سابق، ص٢٨.

الرغم من ذلك هنالك جانب من الفقه الأمريكي يرى ضرورة الأخذ بمبدأ الوحدة والتلازم بين الاختصاصين المشار إليهما آنفًا عملًا بتطبيق قانون الوطني (القاضي) كمبدأ عام، وما يترتب على ذلك بمجرد انعقاد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية تقوم هذه المحاكم بتطبيق قانونها الوطني[١].

ويمكن القول: بأَنَّ الاستقلال القائم بين الاختصاص القضائي الدولي عن الاختصاص القانوني ما هو إلّا استقلال نسبي[٢]، لأَنَّ الواقع العملي يشير إلى وجود تأثيرًا متبادلًا بين الاختصاصين، إذ إنَّ الاختصاص القضائي الدولي قد يؤثر على الاختصاص التشريعي، فعندما يتم تعيين المحكمة المختصة بالنظر في النزاع فقد يؤثر ذلك على تحديد الاختصاص القانوني وهذا ما نجده في موضوع التكييف، والإحالة[٣]، و فكرة النظام العام، وتفسير القانون الأجنبي، كما أَنَّ الاختصاص القانوني قد يؤثر على الاختصاص القضائي الدولي، إذ إنَّ تعيين القانون الواجب التطبيق قد يؤثر على الاختصاص القضائي، كما هو الحال في موضوع اتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية، والدعاوى المتعلقة بالعقار[٤]. علمًا بأَنَّ قواعد الاختصاص القضائي الدولي وفقًا للرأي الراجح لا تعد من النظام العام؛ كونها وضعت لمصلحة الأشخاص، وهذا لا يعني بأَنَّها قاعدة مطلقة بل لا يمكن مخالفة تلك القواعد في الحالات التي يحددها القانون[٥].

نستنتج مما تقدم بأَنَّ القاعدة الأساس تقضي بعدم وجود تلازم بين الاختصاص القضائي الدولي والاختصاص القانوني (التشريعي) إلّا إنَّ هذا لا يعني الاستقلال الكامل والتام بين الاختصاصين، بل هنالك تأثيرًا متبادلًا بينهما وكما موضح في أعلاه.

والتساؤل الذي يُطرح، هل توجد ضوابط أو مبادئ عامة تُحدد الاختصاص الدولي للمحاكم الوطنية؟، للإجابة على هذا التساؤل، يمكن القول: من خلال الاطلاع على مؤلفات فقه القانون الدولي الخاص بوجود ضوابط عامة تكاد تكون متفق عليها لاعتمادها من قبل المشرع الوطني؛ لغرض تحديد الاختصاص القضائي الدولي لمحاكمه والتي تتمثل بالآتي:

١- ضابط جنسية المدعى عليه: إنَّ هذا الضابط يحدد اختصاص المحاكم الوطنية في النظر بالدعاوى التي تقام على رعاياها سواء كان المدعى عليه متوطنًا أم مقيمًا في بلده أو في خارجه، ويشمل هذا الاختصاص جميع

---

[١] يمثل انصار هذا الاتجاه الأستاذ إهرينزويج (Ehrenzweig)، نقلًا عن: د. حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية وأحكام التحكيم ، مصدر سابق، ص٣٠.

[٢] د. سامي بديع منصور وآخرون، القانون الدولي الخاص، الاختصاص القضائي الدولي وآثار الأحكام الأجنبية في لبنان، مصدر سابق، ص٤٦.

[٣] يقصد بالإحالة: (هو تطبيق قواعد الإسناد في قانون الدولة الأجنبية الذي تحدد اختصاصه بناءً على قواعد إسناد قانون القاضي وصولًا إلى تحديد القانون المختص بشكل نهائي)، أما التكييف في نطاق تنازع القوانين فيقصد به: (هو عملية أولية ولازمة لأجل تحديد القانون المختص إذ من خلاله يتم التعرف على الفكرة المسندة التي تمثل العنصر الأول في قاعدة الإسناد)، د. عبد الرسول كريم أبوصبيع، أثر الاختصاص القضائي الدولي في تنازع القوانين، بحث منشور في مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، المجلد (٢)، العدد (٢)،٢٠٠٩،ص١٧٤،ص١٦٦.

[٤] د. هشام خالد، القانون القضائي الخاص الدولي، مصدر سابق، ص٤٤.

[٥] د. عباس العبودي، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مكتبة السنهوري، بيروت،٢٠١٥،ص٢٦٦.

الدعاوى ما عدا تلك التي تتعلق بالحقوق العينية العقارية المتعلقة بعقار موجود في خارج إقليم الدولة، أما بالنسبة إلى ضابط جنسية المدعي كونه وطنيًا فلا يكفي للاعتماد عليه في تعيين الاختصاص لمحاكم الدولة، وعلى الرغم من ذلك فإنَّ المشرع الفرنسي أخذ بهذا الضابط في المنازعات التي يكون فيها المدعي فرنسيًا ما عدا المنازعات المتعلقة بالحقوق العينية العقارية[١].

٢- ضابط موطن المدعى عليه أو محل إقامته: يعد هذين الضابطين من الضوابط الأساسية لعقد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية لتمتع المدعى عليه بموطنٍ أو محلٍ إقامة في الدولة، وإنَّ هذا الضابط يعتمد على افتراض براءة ذمة الشخص حتى يثبت خلاف ذلك، فضلًا عن ذلك من المتعارف عليه أَنَّ المدعي يسعى إلى المدعى عليه، وبهذا يتفق الاختصاص الدولي مع الاختصاص الداخلي بالاعتماد على هذا الضابط[٢].

٣- ضابط موقع المال: إنَّ هذا الضابط يجعل المحاكم الوطنية مختصة في النزاعات المتعلقة بالمال الموجود داخل إقليمها سواء كانت هذه المنازعات تخص عقارًا أم منقولًا[٣].

٤- ضابط محل مصدر الالتزام أو تنفيذه: يُعد محل مصدر الالتزام أو تنفيذه من الضوابط المعتمدة في انعقاد الاختصاص إلى محاكم الدولة التي نشأ فيها ذلك الالتزام أو كان تنفيذه فيها واجبًا؛ والسبب في ذلك يعود إلى ارتباط الالتزام أو تنفيذه بالدولة[٤].

٥- ضابط الخضوع الإرادي: إنَّ هذا الضابط يعتمد على إرادة أطراف العلاقة القانونية في تحديد الاختصاص الدولي، وعليه يمكن للأطراف المتعاقدة الخضوع إلى اختصاص محاكم دولة معينة سواء كان ذلك صراحةً أم ضمنًا.

٦- ضابط تلافي إنكار العدالة: يتم بموجب هذا الضابط عقد الاختصاص إلى المحاكم الوطنية في حال لم يكن للمدعى عليه موطن دولي معلوم أو إنَّه عديم الجنسية حمايةً لحقوقه وتحقيقًا للعدالة[٥].

٧- ضابط الارتباط والمسائل الأولية والتدابير والإجراءات الوقتية: تُعتمد هذه الضوابط في انعقاد الاختصاص إلى المحاكم الوطنية؛ كونها ضوابط طارئة[٦].

---

[١] د. عوني محمد الفخري، الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العراقية وتنفيذ الأحكام الأجنبية في العراق في المسائل المدنية والتجارية، مصدر سابق، ص١١.

[٢] د. حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية وأحكام التحكيم، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٥، ص٥٦.

[٣] د. هشام خالد، القانون القضائي الخاص الدولي، مصدر سابق، ص٦٤.

[٤] د. محمد خالد الترجمان، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وآثار الأحكام القضائية، مصدر سابق، ص٤٩٠.

[٥] د. عباس العبودي، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مصدر سابق،ص٢٨٤.

[٦] للمزيد من التفصيل يُنظر تفضلًا: د. عوني محمد الفخري، الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العراقية وتنفيذ الأحكام الأجنبية في العراق في في المسائل المدنية والتجارية، المصدر نفسه، ص١٤.

ويُلاحظ أَنَّ المشرع العراقي، والمصري، والفرنسي، والتونسي تناولوا موضوع سلطة القضاء الدولية (الاختصاص القضاء الدولي) للمحاكم الوطنية، وقد أخذوا بالمبادئ العامة المذكورة آنفًا لانعقاد الاختصاص الدولي لمحاكم دولهم إلّا إنَّ المشرع الفرنسي أخذ بضابط جنسية المدعي إذا كان فرنسيًا.

إذ إنَّ المشرع العراقي عالج الاختصاص القضائي الدولي في القانون المدني العراقي[١] في المادتين (١٤،١٥)، إذ نصت المادة (١٤) على أنه: " يُقاضى العراقي أمام محاكم العراق عما ترتب في ذمته من حقوق حتى ما نشأ منها في الخارج". كما نصت المادة (١٥) " يُقاضى الأجنبي أمام محاكم العراق في الأحوال الآتية: أ - إذا وجد في العراق. ب - إذا كانت المقاضاة في حق متعلق بعقارٍ موجود في العراق أو بمنقولٍ موجود فيه وقت رفع الدعوى. ج - إذا كان موضوع التقاضي عقدًا تم أبرامه في العراق أو كان واجب التنفيذ أو كان التقاضي عن حادثة وقعت في العراق". كذلك عالج الموضوع في قانون الأحوال الشخصية للأجانب رقم (٧٨) لسنة ١٩٣١ بمادته (٢)[٢]، فضلًا عن ذلك ما ورد في نص المادة (٧) من قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية رقم (٣٠) لسنة ١٩٢٨التي تناولت حالات اختصاص المحاكم الأجنبية ومن خلال مفهوم المخالفة لتلك الحالات يتم تحديد الاختصاص الدولي للمحاكم العراقية، وكذلك ما تتضمنه الاتفاقيات الدولية والمبرمة مع جمهورية العراق من نصوص تتعلق بتحديد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العراقية كاتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي والمصادق عليها بموجب القانون رقم (١١٠) لسنة١٩٨٣[٣].

أما بالنسبة إلى المشرع المصري فقد عالج الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم المصرية في المواد من (٢٨) إلى (٣٥) من قانون المرافعات المدنية والتجارية النافذ [٤].

فيما يخص المشرع الفرنسي تطرق إلى الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الفرنسية في المادتين (١٤،١٥) من القانون المدني النافذ، إذ نصت المادة (١٤) على أَنَّه: " يجوز رفع الدعوى أمام المحاكم الفرنسية على الأجنبي ولو لم يكن مقيمًا في فرنسا لتنفيذ الالتزامات التي عقدها في فرنسا مع فرنسي، كما يمكن مقاضاته أمام محاكم

---

[١] القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل.

[٢] تنص المادة (٢) من قانون الأحوال الشخصية للأجانب رقم (٧٨) لسنة ١٩٣١ والمنشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد(٩٩٢) بتأريخ (١٩٣١/٦/٩) على أَنَّه: " ١ ـ للمحاكم المدنية أن تنظر في دعاوى المواد الشخصية المختصة بالأجانب.٢ ـ للمحاكم الشرعية صلاحية النظر في المواد الشخصية المتعلقة بالمسلمين الأجانب فقط عندما لم يكن القانون الشخصي المقتضى تطبيقه وفق المادة الأولى من هذا القانون قانونًا مدنيًا بل هي الأحكام الفقهية الشرعية".

[٣] نصت المادة (٧) من قانون تنفيذ أحكام المحاكم الأجنبية في العراق رقم (٣٠) لسنة ١٩٢٨ على أَنَّه: " تعتبر المحكمة الأجنبية ذات صلاحية إذا تحقق أحد الشروط الأتية: أ- كون الدعوى متعلقة بأموال منقولة أو غير منقولة كائنة في البلاد الأجنبية. ب- كون الدعوى ناشئة عن عقد وقع في البلاد الأجنبية أو كان يقصد تنفيذه هناك كله أو قسمًا منه يتعلق به الحكم. ج- كون الدعوى ناشئة عن أعمال وقع كلها أو جزء منها في البلاد الأجنبية. د- كون المحكوم عليه مقيمًا عادةً في البلاد الأجنبية أو كان مشتغلًا بالتجارة فيها في التاريخ الذي أقيمت فيه الدعوى. هـ - كون المحكوم عليه قد حضر الدعوى باختياره. و- كون المحكوم عليه قد وافق على قضاء المحكمة الأجنبية في دعواه".

[٤] تُنظر تفضلًا: المواد القانونية المتعلقة بالموضوع من (٢٨) إلى (٣٥) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨.

فرنسا من أجل الالتزامات التي عقدها في بلد أجنبي مع فرنسي"[١]، كما قضت المادة (١٥) على أَنَّه: " يجوز مقاضاة الفرنسي أمام المحاكم الفرنسية من أجل الالتزامات التي عقدها في بلد أجنبي ولو مع أجنبي"[٢].

في حين المشرع التونسي تناول موضوع الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية في الفصول من (٣) إلى (١٠) تحت العنوان الثاني (اختصاص المحاكم التونسية) من مجلة القانون الدولي الخاص رقم (٩٧) لسنة ١٩٩٨[٣].

أما بالنسبة إلى القانون الأمريكي قد منح القضاء ولاية غير مُقيَّدة من جهة جنسيات الأشخاص أو موطنهم ،وإنما توجد لهذه الولاية حدود لمباشرتها تختلف باختلاف نوع الدعوى التي قد تكون (شخصية، أو عينية، أو متعلقة بالحالة) فيما يتعلق بالدعاوى الشخصية يجوز إقامة هذه الدعاوى على المدعى عليه أمام محاكم الدولة، إذا كان يتمتع بجنسيتها حتى لو كان غير موجود أو يقيم على إقليمها، أو كان المدعى عليه موجودًا باختياره في إقليم الدولة أو كان متوطنًا في هذا الإقليم أو باشر عملًا فيه أو وافق على اختصاص المحاكم (الخضوع الإرادي)، أما بالنسبة إلى الدعاوى المتعلقة بالحقوق العينية فتختص بها محاكم الدولة مادام المال موجودًا في إقليمها، فيما يخص دعاوى الحالة تكون من اختصاص محكمة الموطن على أساس تركز الحالة في المكان الذي يتوطن الشخص فيه وليس على أساس القاعدة التي تقضي بأَنَّ المدعي يسعى إلى المدعى عليه[٤].

---

[1] Article 14 :" L'étranger, même s'il n'est pas résident de France, peut être attrait devant les tribunaux français pour faire exécuter les obligations qu'il a conclues en France avec un Français. Il peut également être attrait devant les tribunaux français pour les obligations. il a conclu dans un pays étranger avec un Français".

[2] Article 15 :" Un Français peut être attrait devant les tribunaux français pour les obligations qu'il a conclues à l'étranger, même avec un étranger".

[٣] تُنظر تفضلًا: الفصول من (٣) إلى (١٠) في مجلة القانون الدولي الخاص التونسي النافذة.

[٤] د. عزالدين عبد الله، القانون الدولي الخاص المصري، ج ٢ في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، ١٩٥٥، ص٤٧٢. كما يُنظر تفضلًا: د. هشام خالد، الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العربية، دراسة فقهية قضائية في القوانين العربية- الأوربية- الأنجلوسكسونية واتفاقية بروكسل لعام ١٩٦٨، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٢، ص٤١٣.

الفصل الأول

الدفع بالنظام العام في إطار القانون الدولي الخاص

الفصل الأول

الدفع بالنظام العام في إطار القانون الدولي الخاص

تَعد فكرة الدفع بالنظام العام في إطار القانون الدولي الخاص فكرة في غاية الأهمية، فقد أخذت بها أغلب قوانين دول العالم ومنها: (القانون العراقي، والقوانين المقارنة) إلّا إنَّ مشرعي هذه القوانين لم يضعوا تعريفًا جامعًا مانعًا لهذه الفكرة ؛ كونها فكرة مرنة وغامضة، فلذلك وصفت بالنسبية لتغيرها بتغير الزمان والمكان، ولهذا السبب فضلوا ترك أمر تعريفها إلى الفقه والقضاء. إنَّ فكرة الدفع بالنظام العام في مجال القانون الدولي الخاص نشأت في بادئ الأمر عند الفقه الإيطالي بوصفها أداة لتثبيت الاختصاص الإقليمي، ومن ثم بعد ذلك أصبحت وسيلة لاستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق؛ لتعارضه مع المبادئ والأسس الجوهرية السائدة في مجتمع دولة القاضي نتيجةً لانتفاء الاشتراك القانوني بين القانونين، ولفكرة الدفع بالنظام العام في مجال القانون الدولي الخاص خصائص معينة تتمتع بها، فضلًا عن ذلك أَنَّها تتمتع بالطبيعة القانونية التي حددها فقه القانون الدولي الخاص، كما يمكن تمييز الدفع بالنظام العام عن المصطلحات القانونية الأخرى السائدة في نطاق القانون الدولي الخاص، وإنَّ إعمال فكرة الدفع بالنظام العام تتطلب شروط معينة ينبغي توافرها، إذ إنَّ الفقه في مجال القانون الدولي الخاص طرح معايير معينة لتحديد مفهوم هذه الفكرة إلّا إنَّهم اختلفوا بشأن مدى انطباق هذه الفكرة، وينبغي أن يتمتع القاضي الوطني بسلطة تقديرية لتقدير تعارض القانون الأجنبي الواجب التطبيق والمشار إليه بموجب قاعدة التنازع للنظام العام الوطني، وإنَّ إعمال الدفع بالنظام العام في إطار القانون الدولي الخاص لا بُدَّ من أن يُرتب آثار معينة إذ تختلف هذه الأثار على وفق نشأة الحقوق والمراكز القانونية في دولة قاضي النزاع أو في خارجها وتتمثل تلك الآثار بـ: (الآثار العادية والآثار الاستثنائية). ولِما تقدم سنتناول الموضوعات المذكورة أعلاه في هذا الفصل من خلال مبحثين إذ سنخصص المبحث الأول إلى مفهوم الدفع بالنظام العام في إطار القانون الدولي الخاص، في حين سنخصص المبحث الثاني إلى متطلبات الدفع بالنظام العام في مجال القانون الدولي الخاص وآثاره.

المبحث الأول

مفهوم الدفع بالنظام العام في إطار القانون الدولي الخاص

إنَّ البحث في مفهوم الدفع بالنظام العام في إطار القانون الدولي الخاص، ينبغي التطرق إلى ماهية الدفع بالنظام العام من خلال معرفة التعاريف التي طُرحت بشأنه، وكيفية نشوء هذا الدفع، كما يستوجب البحث في أساسه القانوني، وما الخصائص والطبيعة القانونية التي يتمتع بها هذا الدفع؟، وعّما يمكن تمييز الدفع بالنظام العام في مجال تنازع القوانين من المصطلحات القانونية الأخرى المعتمدة في إطار القانون الدولي الخاص؟، ولغرض الإحاطة بتلك الموضوعات ينبغي تناولها في هذا المبحث من خلال مطلبين إذ سنخصص المطلب الأول إلى ماهية الدفع بالنظام العام في إطار القانون الدولي الخاص، في حين سنخصص المطلب الثاني إلى الخصائص والطبيعة القانونية للدفع بالنظام العام في إطار القانون الدولي الخاص وتمييزه عن المصطلحات القانونية الأخرى.

المطلب الأول

ماهية الدفع بالنظام العام في إطار القانون الدولي الخاص

إنَّ معرفة ماهية الدفع بالنظام العام في إطار القانون الدولي الخاص يتطلب الأمر الوقوف على حيثيات وملابسات تعريف الدفع بالنظام العام لبيان الموقف الفقهي، والتشريعي، والقضائي من ذلك التعريف، كما ينبغي الوصول إلى بدايات فكرة الدفع بالنظام العام وكيفية نشوئها حتى أصبحت وسيلة استثنائية يتم اللجوء إليها لاستبعاد القانون الأجنبي المختص بمقتضى قاعدة التنازع الوطنية، فضلًا عن ذلك البحث في الأساس القانوني المعتمد للأخذ بهذا الدفع، ولهذا فقد تم تخصيص الفرع الأول إلى تعريف الدفع بالنظام العام في إطار القانون الدولي الخاص ونشأته، بينما تم تخصيص الفرع الثاني إلى الأساس القانوني للدفع بالنظام العام في إطار القانون الدولي الخاص.

الفرع الأول

تعريف الدفع بالنظام العام في إطار القانون الدولي الخاص ونشأته

سنتناول في هذا الفرع تعريف الدفع بالنظام العام في إطار القانون الدولي الخاص أولًا، ومن ثم نشأة الدفع بالنظام العام في إطار القانون الدولي الخاص ثانيًا، وعلى وفق التفصيل الآتي:

أولًا- تعريف الدفع بالنظام العام في إطار القانون الدولي الخاص.

إنَّ قاعدة الإسناد الوطنية تتمتع بخصائص متعددة[١]، ومن هذه الخصائص توصف بأنَّها قاعدة ذات طبيعة مزدوجة أو ثنائية الجانب، إذ يمكن من خلالها اختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع الحاصل بشأن علاقة قانونية مشوبة بعنصرٍ أجنبي الذي قد يكون القانون الوطني أو القانون الأجنبي ويتم اختيار القانون المختص عملًا باعتبارات العدالة والملاءمة[٢] إلّا إنَّ القانون الأجنبي الذي تم اختياره قد يتعارض مع الأفكار الأساسية التي تمثل المبادئ العليا والأسس الجوهرية السائدة في مجتمع دولة القاضي، فإنَّ القاضي في هذه الحالة يمتنع عن تطبيق القانون الأجنبي المحدد بموجب قاعدة الإسناد الوطنية[٣]، فالمشرع الوطني عندما يسمح بتطبيق القانون الأجنبي على إقليمه هذا لا يعني إنه منح جميع مشرعي دول العالم التوقيع على بياض[٤]، فضلًا عن ذلك أَنَّ القاضي لا يستطيع مسبقًا معرفة طبيعة الأحكام الموضوعية التي سترشده إليها قاعدة الإسناد الوطنية في كل نزاعٍ من نزاعات القانون الدولي الخاص، فالقاضي في هذه الحالة وكأنما: " يقفز في الظلام" وفقًا لتعبير الفقه الألماني[٥]، وبغية استبعاد القانون الأجنبي المختص في حكم العلاقة القانونية المشوبة بعنصرٍ أجنبي والمخالف إلى القيم العليا في المجتمع، فإنَّ القاضي يحتاج إلى استعمال وسيلة فنية لاستبعاد هذا القانون وهذه الوسيلة تتمثل بـ (الدفع بالنظام العام)[٦]. لذلك ففكرة النظام العام تُعد (صمام الأمان) لحماية الأسس الجوهرية السائدة في المجتمع[٧]، و إنَّها تلعب تلعب دورًا مهمًا في نطاق العلاقات الدولية الخاصة بوصفها الأداة التي يجوز من خلالها منع تطبيق القانون

---

[١] إنَ الخصائص الأخرى التي تمتاز بها قاعدة الإسناد تتمثل بـأَنَّها قاعدة (إرشادية وليست موضوعية؛ كونها تحدد القانون الواجب التطبيق على العلاقة محل النزاع، ووطنية؛ لأَنَّها من وضع المشرع الوطني، وحيادية؛ بسبب إسناد العلاقة القانونية إلى أكثر القوانين ارتباطًا بها). د. محمد جلال حسن الأتروشي، د. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، د. عبدالله فاضل ميراني، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين- تنازع الاختصاص القضائي الدولي- تنفيذ الأحكام الأجنبية، الكتاب الثاني، ط ١، مكتبة يادكَار لطباعة ونشر الكتب القانونية، السليمانية، ٢٠٢٠،ص٤٦.

[٢] د. يونس صلاح الدين علي، القانون الدولي الخاص، دراسة تحليلية في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، ط ١، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، بيروت، لبنان، ٢٠١٦، ص٢٦١.

[٣] د. محمد السيد عرفة، الوجيز في التنازع الدولي للقوانين، ط ٣، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٤، ص١٤٣.

[٤] د. حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، المبادئ العامة في تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٧، ص٢٨٩.

[٥] د. فؤاد عبد المنعم رياض، د. سامية راشد، الوجيز في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، ج ٢، دار النهضة العربية، القاهرة، بلا سنة نشر، ص١٢٩.

[٦] د. هشام خالد، القانون الدولي الخاص، النظرية العامة- النظرية العامة للجنسية- الجنسية المصرية- مركز الأجانب- تنازع القوانين- تنازع الاختصاص القضائي الدولي- تنفيذ الأحكام الأجنبية، ط ١، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١٤، ص٧٠٨.

[7] Maury, L'ordre public en droit int. privé Français et en droit int. privé.

أشار إليه د. هشام علي صادق، المطول في القانون الدولي الخاص، ج ١، تنازع القوانين، المجلد الأول، المبادئ العامة في تنازع القوانين، الإسكندرية، ٢٠١٤، ص ٤٧٥.

الأجنبي المختص في تنظيم العلاقة القانونية التي تتضمن عنصرًا أجنبيًا[١]، وفكرة النظام العام بمفهومها العام: " هي تلك الفكرة التي تتصل بالمبادئ الأساسية والمصلحة العليا للمجتمع حيث يخضع لها الجميع ولا تجوز مخالفتها "[٢].

وتجدر الإشارة إلى أَنَّ النظام العام قد يكون نظامًا عامًا داخليًا أو دوليًا، فالنظام العام الداخلي: " هو مجموعة القواعد الآمرة التي لا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها وإلّا كان الاتفاق باطلًا بطلانًا مطلقًا "، فالمشرع الوطني يحدد قواعد آمرة ينبغي أن تكون تصرفات الأفراد التي يتم إجرائها في داخل إقليم الدولة ضمن نطاق تلك القواعد وعدم الاتفاق على مخالفتها، بينما النظام العام الدولي: " فهو مجموعة من الأسس والمبادئ التي تشكل جوهر النظام القانوني للدولة والتي لا تقبل أن يترتب على تطبيق القانون الأجنبي مساسًا بها بأي شكلٍ من الأشكال[٣].

ويبدو أَنَّ المشرع الفرنسي أول من أخذ بمصطلح (النظام العام)[٤] في القانون المدني بمادته (٦) التي نصت على أَنَّه: " لا يجوز إبرام اتفاقات خاصة تنتهك القوانين المتعلقة بالنظام العام والآداب"[٥] . وبغية الوصول إلى تعريف (الدفع بالنظام العام) في إطار القانون الدولي الخاص يتطلب الأمر بحث ذلك على المستوى الفقهي والتشريعي والقضائي[٦].

- **تعريف الدفع بالنظام العام اصطلاحًا:**

سنتطرق إلى تعريف الدفع بالنظام العام الاصطلاحي على المستوى الفقهي، والتشريعي، والقضائي وعلى وفق التفصيل الآتي:

---

[١] د. جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥، ص١٨٣.

[٢] د. منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية العربية والأجنبية معززة بآراء الفقه وأحكام القضاء، ط ١، دار ئاراس للطباعة والنشر، العراق، أربيل،٢٠٠٦، ص٥٤٩.

[٣] د. عبد المنعم زمزم، الوسيط في القانون الدولي الخاص، دار الثقافة العربية، بلا مكان نشر، ٢٠١٥، ص١٥٧.

[٤] د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص المصري، ج ٢ في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، مصدر سابق، ص٣٨١.

[٥] القانون المدني الفرنسي لسنة (١٨٠٤) المعدل في عام (٢٠١٦).

[٦] **التعريف اللغوي للدفع بالنظام العام:**

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

أ- الدفع: من (دَفَعَ)، ويقال: طريق يَدْفَع إلى مكان كذا: ينتهي إليه. كما يقال: دفع القولَ: رَدَّهُ بالحجَّة. و(الدَّفْعُ): في المرافعات المدنية والتجارية: أَن يدّعى المُدعى عليه أمرًا يريد به درءَ الحكم عليه في الدعوى. مجمع اللغة العربية في جمهورية مصر العربية، المعجم الوسيط، ط٤، مكتبة الشروق الدولية، ٢٠٠٤، ص٢٨٩.

ب- النظام: من النظْمُ: التأليف، ونَظمْتُ اللُّؤلُؤَ؛ أي: جَمَعْتُهُ في السلكِ. والنِّظامُ: ما نَظَمْتَ فيهِ الشَّيءَ من خَيْطٍ وغَيْرِه، ونِظامُ كُلِّ أمرٍ: مِلاكُهُ، و الجمع أنظِمَةٌ وانـاظِيمُ ونُظُمٌ . ابن منظور، لسان العرب، مصدر سابق، ص٤٤٦٩.

ت- العام: من عَمَّ، وعَمَّ الشيءَ عُمومًا؛ أي: شمِلَ الجَماعَةَ. ويقال: عَمَّهم بالعَطِيةِ، وهو مِعَمٌّ؛ أي: خَيّرٌ يَعُمُّ بخَيره. والعام وهو خلاف الخاص. مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، ط ٨، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ٢٠٠٥، ص١١٤١.

أولًا- التعريف الفقهي للدفع بالنظام العام:

إنَّ الفقه أهتم بفكرة الدفع بالنظام العام إلّا إنَّه يصعب تحديدها فهي تعد فكرة متغيرة من زمانٍ إلى آخر ومن مكانٍ إلى مكان آخر، وإنَّها فكرة غامضة، فالأفكار التي تعد من النظام العام في دولةٍ معينة وفي زمنٍ معين قد لا تعد كذلك في زمنٍ آخر، كما أَنَّ الأفكار التي تتعارض مع النظام العام في دولةٍ ما قد لا تّعدُ كذلك في دولةٍ أُخرى[١]، لذلك وصفت عملية تحديد النظام العام بـ (المغامرة في رمالٍ متحركة، أو إرهاقٌ للفكر)، بل وصف النظام العام بـ (الأبن المخيف للقانون الدولي الخاص)[٢]؛ لذلك اختلف الفقه بشأن وضع تعريف للدفع بالنظام العام، فهناك من ذهب إلى عدم وضع تعريف محدد لهذه الفكرة؛ لأَنَّها فكرة وظيفية تهدف إلى تحقيق غاية معينة تتمثل بحماية المصالح العليا في المجتمع[٣] ومن ثم عدم وجود فائدة من وضع تعريف عام لفكرة الدفع بالنظام العام وترك المسألة لتقدير القاضي كونها فكرةٌ متغيرة بتغير الزمان والمكان[٤]، في حين ثمة من يرى ضرورة وضع تعريف لفكرة الدفع بالنظام العام، وسنتناول التعاريف التي طرحها الفقه العراقي وفقهاء القوانين محل المقارنة في موضوع الدراسة على وفق التفصيل الآتي:

١- الفقه العراقي:

هناك من يُعرّف الدفع بالنظام العام: " هو أداة لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص عندما يصطدم بالمصالح العليا السياسية، والاجتماعية، والاقتصادية، والأخلاقية لدولة القاضي"[٥].

يتضح من هذا التعريف بأَنَّ الدفع بالنظام العام يترتب عليه عدم تطبيق القانون الأجنبي المحدد بموجب قاعدة الإسناد الوطنية في دولة القاضي نتيجةً لتعارض هذا القانون مع المصالح العليا السياسية، والاجتماعية، والاقتصادية، والأخلاقية في مجتمع دولة القاضي وهذا هو الأثر السلبي المترتب على الدفع بالنظام العام، ويجد الباحث أَنَّ هذا التعريف قد أوضح الأثر السلبي لإعمال الدفع بالنظام العام من دون الإشارة إلى الأثر الإيجابي الذي يترتب على ذلك الدفع الذي يتمثل بتطبيق القانون الوطني على وفق الرأي الراجح بدلًا عن القانون الأجنبي المُستبعد، فضلًا عن ذلك أَنَّ هذا التعريف لم يشر إلى الاختلاف الجوهري الذي يحصل بين مفاهيم القانون

---

(١) د. ماهر محمد حامد، أثر النظام العام في الحد من اللجوء إلى التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٢، ص١٣.

(٢) د. سامي بديع منصور، د. عبده جميل غصوب، د. نصري أنطوان دياب، القانون الدولي الخاص، تنازع الاختصاص التشريعي، ط ١ ، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ٢٠٠٩، ص٨٩١.

(٣) يُنظر تفضلًا: د. هشام خالد، القانون الدولي الخاص، النظرية العامة- النظرية العامة للجنسية- الجنسية المصرية- مركز الأجانب- تنازع القوانين- تنازع الاختصاص القضائي الدولي- تنفيذ الأحكام الأجنبية، مصدر سابق، ص٧٠٧.

(٤) د. عبد الحميد عمر وشاحي، القانون الدولي الخاص في العراق، ج ١، مطبعة التفيض الأهلية، بغداد،١٩٤٠-١٩٤١،ص١٦٨.

(٥) د. يونس صلاح الدين علي، القانون الدولي الخاص، دراسة تحليلية في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مصدر سابق، ص٢٦٢.

الأجنبي والقانون الوطني وإن تضمن الإشارة إلى اصطدام القانون الأجنبي المختص بالمصالح العليا السياسية، والاجتماعية، والاقتصادية، والأخلاقية لدولة القاضي.

في حين هنالك من يُعرّف الدفع بالنظام العام: " هو ذلك الدفع أو الوسيلة التي يراد منها عدم تطبيق القانون الأجنبي الذي عينته القواعد القانونية الوطنية (قواعد الأسناد) لحكم تلك الرابطة القانونية وإحلال قانون المحكمة محله لوجود اختلاف كبير في المفهوم بين القوانين، أو أن هناك مصلحة تعود إلى تلك الدولة بتطبيق قانونها"[١].

يتبين لنا أَنَّ هذا التعريف يتضمن الأثر السلبي للدفع بالنظام العام أَلا وهو استبعاد القانون الأجنبي المختص والأثر الإيجابي لذلك الدفع وهو إحلال قانون دولة القاضي محل القانون الأجنبي المختص بموجب قاعدة الإسناد الوطنية، فضلًا عن ذلك أشار هذا التعريف إلى الاختلاف الذي يحصل بين مفهوم القانونين (القانون الأجنبي والقانون الوطني)، ولكن يرى الباحث بأَنَّ هذا التعريف تضمن الإشارة إلى وجود مصلحة للدولة عند تطبيق قانونها بدلًا عن القانون الأجنبي الواجب التطبيق على العلاقة القانونية المشوبة بعنصرٍ أجنبي إلّا إنَّه لم يوضح تلك المصلحة التي يمكن أن تتحقق للدولة نتيجةً لاستبعاد القانون الأجنبي إعمالًا لفكرة الدفع بالنظام العام، وهذه المصالح التي ينبغي ذكرها تتمثل بالمصالح العليا السياسية، والاجتماعية، والاقتصادية، والأخلاقية؛ كون فكرة الدفع بالنظام العام هي فكرة وظيفية تهدف إلى تحقيق غاية معينة أَلا وهي حماية المصالح المذكورة.

٢- الفقه المصري:

هناك من يرى بأَنَّ المقصود بالدفع بالنظام العام: " هو ذلك الدفع الذي يراد به استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق بشأن علاقة قانونية معينة وإحلال القانون الوطني (قانون القاضي) محله نظرًا لاختلاف الحكم الوارد في كل منهما في هذا الصدد اختلافًا جوهريًا أو لعدم وجود التكافؤ القانوني بين التشريعين في هذا الصدد"[٢].

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

---

[١] د. ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن، ط ٢، دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٧٧، ص٣٢٩.
[٢] د. جابر جاد عبد الرحمن، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٦، ص٥٥٤.

بينما هنالك من يرى بـأَنَّ الدفع بالنظام العام يراد به: " هو دفع يتم بمقتضاه منع تطبيق القاعدة القانونية في القانون الأجنبي واجب التطبيق بمقتضى قاعدة التنازع الوطنية، إذا كان حكمها يتعارض مع المبادئ و القيم العليا الاجتماعية، والاقتصادية، والسياسية، والدينية التي يقوم عليها مجتمع دولة القاضي "[١].

يتضح من هذا التعريف بأَنَّه يتفق مع التعريف السابق من جهة الإشارة إلى الأثر السلبي المترتب على إعمال الدفع بالنظام العام ، فضلًا عن ذلك تضمن الإشارة إلى المصالح العليا في مجتمع دولة القاضي، ويرى الباحث ما يؤخذ على هذا التعريف أَنَّه لم يوضح ما الذي يترتب على استبعاد القانون الأجنبي المختص أَلا وهو الأثر الإيجابي المتمثل بإحلال القانون الوطني محل القانون المُستبعد، أضف إلى ذلك عدم الإشارة إلى الاختلاف الجوهري بين مفاهيم القانونين.

٣- الفقه التونسي:

هناك من تبنى تعريفًا للدفع بالنظام العام: " هو استبعاد تطبيق القانون الأجنبي الذي عينته قاعدة الإسناد كقانون منطبق لحكم العلاقة القانونية الدولية الخاصة محل النزاع لمخالفته النظام العام الدولي الخاص في قانون القاضي، وتطبيق قانون المحكمة أو قانون القاضي بدلًا عنه"[٢].

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

في حين هنالك من يرى بأَنَّ المقصود بالدفع بالنظام العام: " هو المبدأ الذي يسمح للقاضي أن يطبق على جميع النزاعات المعروضة عليه الأحكام التي يرى فيها ضرورة متحتمة لاستبعاد قانون أجنبي تتعارض أحكامه مع المبادئ الأساسية للمجتمع والمصالح العليا للدولة وعلى الرغم من أن سلطة القاضي في هذا المجال هي سلطة تقديرية اجتهادية إلّا إنَّ في تطبيقه لمبدأ النظام العام تعطيلًا لقاعدة الإسناد الوارد بها تشريعه الوطني وهو أمر لا يمكن الالتجاء إليه إلّا في حالات دقيقة معينة ومن هذه الناحية فهي مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض"[٣].

---

[١] د. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، الجنسية والموطن ومعاملة الأجانب والتنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية، ط ١، دار النهضة العربية، القاهرة، بلا سنة نشر، ص٧٧٤.

[٢] القاضي مبروك بنموس، شرح المجلة التونسية للقانون الدولي الخاص، ط ١، المغاربية للطباعة والنشر والإشهار، تونس، ٢٠٠٣،ص٣٣٤. والجدير بالذكر إنَّ بعض كتاب الإنكليز يُعرّف الدفع بالنظام العام بأَنَه: " المبدأ الذي يوجب استبعاد تطبيق القانون الأجنبي في الأحوال التي يخالف فيها تطبيقه سياسة القانون الإنكليزي أو قواعد الآداب العامة المرعية في إنكلترا أو يتعارض مع ضرورة المحافظة على النظم السياسية فيها". د. حسن الهداوي، تنازع القوانين وأحكامه في القانون الدولي الخاص العراقي، مطبعة الإرشاد، بغداد،١٩٦٧،ص١٠٤.

[٣] حسن المِمّي، القانون الدولي الخاص، نظريات ومبادئ، بلا دار نشر، بلا مكان نشر، ١٩٩٤، ص١٣٢.

يتضح لنا بأَنَّ هذا التعريف شاملًا لما يترتب على الدفع بالنظام العام بأثريه السلبي والإيجابي، ولكن ما يؤخذ عليه أعدَ النظام العام (مبدأ) وعلى وفق اعتقاد الباحث إن المبدأ يعد أصلًا ولا يرد عليه استثناءً، وبناءً على ذلك لا يمكن وصف فكرة النظام العام بـ (المبدأ)؛ لأَنَّه يمكن أن يرد عليه استثناءً والمتمثل بالأثر المخفف والانعكاسي الذين سنوضحهما في موضوع الآثار المترتبة على إعمال الدفع بالنظام العام، فضلًا عن ذلك إن الأثر الإيجابي لإعمال فكرة النظام العام المذكور في التعريف كان من الأفضل أن يكون بصورةٍ أكثر وضوحًا وهو تطبيق القانون الوطني نتيجةً لاستبعاد القانون الأجنبي المختص، فضلًا عن ذلك ضرورة بيان المصالح العليا للدولة والمشار إليها آنفًا.

٤- الفقه الفرنسي:

عرّف أحد فقهاء الفرنسيين بأَنَّ الدفع بالنظام العام بأَنَّه: " سلاح للدفاع ضد أي قانون أجنبي يكون تطبيقه لازمًا في الأصل إذا ما ظهر تعارض فحواه للمفاهيم الوطنية"[١].

يتضح من هذا التعريف أَنَّ النظام العام ما هو إلّا وسيلة لاستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق عند تعارض مفاهيمه مع مفاهيم القانون الوطني (قانون دولة القاضي)، وهذا أمرًا طبيعيًا لإعمال فكرة الدفع بالنظام العام في إطار القانون الدولي الخاص، وما يمكن تثبيته على هذا التعريف على وفق اعتقاد الباحث إنَّه لم يبين الأثر ما بعد الاستبعاد للقانون الأجنبي أَلا وهو الأثر الإيجابي للدفع بفكرة النظام العام، فضلًا عن ذلك لم يوضح الغاية من استبعاد القانون المختص.

هنالك من عرّف الدفع بالنظام العام في الفقه الفرنسي بأَنَّه: " ضمان تماسك المجتمع الفرنسي من خلال الاحترام الفعّال لقيم معينة، كما هو وسيلة لضمان فعالية بعض السياسات التشريعية والإدارية والحماية المطبقة على الأراضي الفرنسية"[٢].

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

٥- الفقه الأمريكي:

---

[1] (Cremieu Louis)، أشار إليه د. غالب علي الداودي، د. حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، ج ٢، شركة العاتك لصناعة الكتب، القاهرة، بلا سنة نشر،ص١٨٢.

[2] Dr. Mary Ann Frison: Private International Law, 5e édition, 2007, p. 106.

عرّف الفقيه الأمريكي (David Clifford) الدفع بالنظام العام بأنَّه: " عدم تطبيق القواعد القانونية الأجنبية عندما يتعارض هذا التطبيق مع المعايير الأخلاقية، أو الاجتماعية، أو الاقتصادية، أو الثقافية الأساسية في مجتمع دولة القاضي، أو الأفكار المتعلقة بمبادئ العدالة أو المؤسسات الأساسية في النظام القانوني"[١].

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

بينما هنالك من تبنى تعريف آخر للدفع بالنظام العام: " هو رفض تطبيق القانون الأجنبي الواجب التطبيق لتعارضه مع اعتبارات السياسة المحلية"[٢].

يتضح من هذا التعريف بأنَّه تعريفًا مقتضبًا ولم يكن شاملًا لفكرة النظام العام في إطار القانون الدولي الخاص، فضلًا عن ذلك لم يوضح المراد بالاعتبارات السياسية المحلية، وبناءً على ذلك يمكن القول: بعدم إمكانية الاعتماد على هذا التعريف كتعريف جامع مانع لفكرة الدفع بالنظام العام.

ثانيًا- التعريف التشريعي للدفع بالنظام العام:

إنَّ أغلب تشريعات الدول أخذت بفكرة الدفع بالنظام العام في مجال القانون الدولي الخاص إلّا إنَّه يصعب تحديد مفهوم هذه الفكرة وبيان المراد منها بصورةٍ دقيقة وواضحة على الرغم من المحاولات التي بذلها الفقهاء في وضع تعريفٍ جامعًا مانعًا لفكرة الدفع بالنظام العام، وبناءً على ذلك لم يورد أغلب مشرعي الدول تعريفًا يوضح مفهوم الفكرة المذكورة أعلاه [٣] وإنما فضلوا الاكتفاء بإيراد نصوص قانونية تتضمن الإشارة إلى استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية والمتعارض مع النظام العام لدولة القاضي[٤].

إنَّ المشرع العراقي ومشرعي القوانين المقارنة لم يُعرّفوا فكرة الدفع بالنظام العام على الصعيدين الداخلي والدولي، وإنما وضعوا مواد قانونية تنص على تلك الفكرة، فقواعد الأسناد الواردة في القانون المدني العراقي النافذ لم تتضمن تعريفًا للنظام العام الدولي بل تم الاكتفاء بالمادة (٣٢)[٥] من القانون المذكور التي نصت على أنَّه:

---

(1)David Clifford Berger: Transnational Public Policy as a Factor in the Choice of Law Analysis, Nyls International and comparative law ,Magazine, Issue (2), Volume (5), 1984, p. 377.
ويلاحظ إنَّه يُطلق على النظام العام في الولايات المتحدة الأمريكية (السياسة العامة).

(2)Ernst Rabel: The Conflict of Laws, A Comparative Study, Volume I, Second Edition, prepared by Ulrich Drobnig, 1958, p. 188.

(٣) د. كريم مزعل شبي وآخرون، مباحث في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ط ١، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، بيروت، لبنان، ٢٠١٨،ص٣٤٧.

(٤) د. محمد السيد عرفة، الوجيز في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص١٤٤.

(٥) ويقابل نص هذه المادة ما ورد في المادة (٣٠) من القانون المدني السوري رقم (٨٤) لسنة ١٩٤٩، والمادة (٢٩) من القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦، والمادة (٢٨) من القانون المدني الليبي لسنة ١٩٥٣، والمادة (٢٤) من القانون المدني الجزائري لسنة ١٩٧٥، والمادة (١٦/ ٢) من قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة ١٩٨٤.

" لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي قررته النصوص السابقة اذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو للآداب في العراق" التي تقابلها المادة (٢٨) من القانون المدني[١] المصري النافذ التي قضت بأنَّه: " لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو للآداب في مصر".

وكذلك الفصل (٣٦) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي[٢] التي أشارت إلى: " لا يثير القاضي الدفع بالنظام العام إلّا إذا كانت أحكام القانون الأجنبي المعين تتعارض مع الاختيارات الأساسية للنظام القانوني التونسي. ويثير القاضي الدفع بالنظام العام مهما كانت جنسية أطراف النزاع. ولا يخضع الدفع بالنظام العام لمدى قوة ارتباط النزاع بالنظام القانوني التونسي. ولا يستبعد من القانون الأجنبي عند العمل بالنظام العام سوى أحكامه المخالفة للنظام العام في مفهوم القانون الدولي الخاص التونسي. ويطبق القاضي أحكام القانون التونسي بدلًا عن أحكام القانون الأجنبي التي استبعد تطبيقها".

أما بالنسبة إلى المشرع الفرنسي أخذ بفكرة النظام العام كمعيار عام تتمتع المحاكم من خلاله بسلطة قضائية للطعن في المعاملات والوقائع المسيئة للنظام العام[٣] عملًا بأحكام المادة (٦) من القانون المدني النافذ التي نصت على أنَّه: " لا يجوز بالاتفاقات الخاصة مخالفة القوانين المتعلقة بالنظام العام والآداب"

فيما يتعلق بالقانون الأمريكي فقد أخذ المشرع الأمريكي بفكرة الدفع بالنظام العام من خلال المادة (٩٠) من إعادة الصياغة (الأولى) لتنازع القوانين لعام (١٩٣٤) التي أشارت إلى الدور الاستثنائي للدفع بالنظام العام المتمثل باستبعاد القانون الأجنبي الذي يتعارض مع فكرة النظام العام. كما أخذ بهذا الدفع في المادة (٢/١٨٧/ب) من إعادة الصياغة (الثانية) لتنازع القوانين لعام (١٩٧١) والمتعلقة بموضوع العقود إذ تضمنت تلك المادة بأنَّه: (يعد قانون الدولة الذي اختاره اطراف العقد مخالفًا للنظام العام الخاص بالدولة التي تكون لها مصلحة مادية أكبر من مصلحة الدولة المختارة)، وهذا الأمر معتمد في معظم ولايات الولايات المتحدة الأمريكية[٤].

وكما أَنَّ المشرع العراقي لم يُعرّف النظام العام الداخلي بل أكتفى بما ورد في المادة (١٣٠/ ف ١) التي نصت على: " يُلزم أن يكون محل الالتزام غير ممنوع قانونًا ولا مخالفًا للنظام العام أو للآداب وإلّا كان العقد باطلا" التي تقابلها المادة (١٣٥) من القانون المدني المصري[٥]، كما أَنَّ المادة (١٣٢/ ف١) تنص على: " يكون

---

[١] القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨.

[٢] مجلة القانون الدولي الخاص التونسي رقم (٩٧) لسنة ١٩٩٨.

[3] as referred to by Kent Murphy: The Traditional Theory of Public Policy and Public Order in Private International Law, 1981, p. 596.

[4] Symon C. Symeonides: Choice of Law, Oxford University Press, 2016, p. 375.

[٥] تنص المادة (١٣٥) من القانون المدني المصري النافذ على أنه " إذا كان محل الالتزام مخالفا للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا".

يكون العقد باطلًا إذا التزم المتعاقدون دون سبب أو لسبب ممنوع قانونًا ومخالف للنظام العام أو للآداب". وتقابلها المادة (١٣٦) من القانون المدني المصري[١].

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

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

فيما يخص المشرع الأمريكي قد أخذ بفكرة النظام العام الداخلي في نص المادة (١٧٨) من إعادة صياغة العقود (ثانيًا) التي قضت بأَنَّه: " ١- أي وعد أو شرط يتضمنه العقد يُعتبر غير قابل للتنفيذ لاعتبارات النظام العام إذا ورد نص باعتباره كذلك، أو إذا أظهرت الظروف أن الإضرار بالنظام العام المترتب على تنفيذه يفوق المصلحة المرجوة من هذا التنفيذ..."[٢] .

وتجدر الإشارة بأَنَّ المشرع العراقي أورد تطبيقات لفكرة النظام العام وذلك في نص المادة (١٣٠) بفقرتها (٢) التي نصت على أَنَّه: " ويعتبر من النظام العام بوجه خاص الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية كالاهلية والميراث والأحكام المتعلقة بالانتقال والإجراءات اللازمة للتصرف في الوقف وفي العقار والتصرف في مال المحجور ومال الوقف ومال الدولة و قوانين التسعير الجبري وسائر القوانين التي تصدر لحاجة المستهلكين في الظروف الاستثنائية"، وهذا لم نلاحظه في القوانين المقارنة محل الدراسة.

فإنَّ المادة (١٣٠) بفقرتيها (٢،١) من القانون المدني العراقي جاءت لتوضح مفهوم النظام العام الداخلي ولكن هذا لا يمنع من الإفادة منها واستعمالها في بيان مفهوم النظام العام في إطار القانون الدولي الخاص[٣].

وتجدر الإشارة إلى أن نصوص القوانين المذكورة آنفًا تضمنت فكرتي النظام العام والآداب[٤]، وإن هاتين الفكرتين يوصفان بأَنَّ كل منهما فكرة مرنة متطورة (نسبية) تختلف باختلاف الزمان والمكان[١]، وهذا ما أيدته

---

[١] نصت المادة (١٣٦) من القانون المذكور أعلاه على أَنَّ: " إذا لم يكن للالتزام سبب، أو كان سببه مخالفا للنظام العام أو الآداب، كان العقد باطلا".

[2] Restatement of Contracts (Second) Act (1981), when the condition is unenforceable for reasons of public policy.

للمزيد من التفصيل، يُنظر تفضلًا: د. مروة محمد عبد الغني، فكرة النظام العام والآداب وتطبيقاتها في القانون الأمريكي مقارنة بالقانون المصري، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، جامعة الإسكندرية، كلية الحقوق، المجلد (٢)، العدد (٢)، ٢٠١٧، ص٥٤.

[٣] د. حسن الهداوي، الوجيز في القانون الدولي الخاص، ج ٣ في تنازع القوانين، مطبعة الإرشاد، بغداد، ١٩٦٢، ص٧٧.

[٤] يقصد بـ (الآداب العامة): (هي مجوعة القواعد الخلقية التي تدين بها أمة معينة في جيلٍ معين). د. عبد المجيد الحكيم وآخرون، الوجيز في نظرية في نظرية الإلتزام في القانون المدني العراقي مصدر سابق، ص٩٩.

المحكمة الاتحادية العليا عندما ذكرت في قرارها[٢] (وما يقال عن النظام العام يصدق على الآداب العامة)، وتعد الآداب العامة عنصرًا من عناصر النظام العام ومن ثم تكون جزءًا منه[٣].

ثالثًا- التعريف القضائي للدفع بالنظام العام:

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

١- القضاء العراقي:

إنَّ المحاكم العليا في العراق المتمثلة بمحكمة التمييز الاتحادية، والمحكمة الاتحادية العليا لم تضع تعريفًا جامعًا مانعًا لفكرة النظام العام سواء كان للحد من مبدأ سلطان الإرادة أو لاستبعاد القانون الأجنبي الذي يمس بالمصالح العليا للبلد والمخالف للمبادئ والقيم العليا في المجتمع على الرغم من صدور قرارات من هاتين المحكمتين تتضمن الإشارة إلى مصطلح النظام العام، إذ قضت محكمة التمييز الاتحادية في قرارٍ لها[٤] " بأَنَّ يكون الحكم الأجنبي والمطلوب تنفيذه مخالف للنظام العام وحيث يعتبر من النظام العام بوجه خاص الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية كالأهلية والميراث والأحكام المتعلقة .... عملًا بأحكام المادة (٢/١٣٠) من القانون المدني".

كما أشارت محكمة التمييز الاتحادية في قرارٍ صادرٍ منها إلى أَنَّ (فكرة النظام العام تعد مفهومًا نسبيًا يخضع لتغييرات الزمان والمكان)[٥]، فيتضح من ذلك أَنَّ محكمة التمييز الاتحادية قد بينت بأَنَّ النظام العام فكرة مرنة ومتغيرة تتأثر بتغييرات الزمان والمكان من دون إيراد تعريف معين يوضح مصطلح النظام العام.

كذلك لم تعرف المحكمة ذاتها النظام العام في قرارها الذي جاء فيه " إن المادة (١/١٣٠) قد أوجبت أن يكون محل الالتزام غير ممنوع قانونًا ولا مخالف للنظام العام أو الآداب العامة"[٦]، وبذلك تكون محكمة التمييز الاتحادية قد أشارت إلى نص المادة المذكورة من دون إيضاح مضمون فكرة النظام العام بصورة مفصلة.

---

(١) د. أحمد سلمان شهيب السعداوي، د. جواد كاظم جواد سميسم، مصادر الالتزام، دراسة مقارنة بالقوانين المدنية والفقه الإسلامي، ط ٢، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠١٧، ص ١٣٣.

(٢) قرار المحكمة الاتحادية العليا ذي العدد (٦٣/ اتحادية/ ٢٠١٢) المؤرخ في (٢٠١٢/١٠/١١)، والمنشور على الموقع الإلكتروني (www.iraqfsc.com) والخاص بـ (المحكمة الاتحادية العليا)، تأريخ الزيارة (٢٠٢٣/١٢/١٩).

(٣) د. أيمن مكرم البسيوني الوكيل، أثر فكرة النظام العام على أحكام عقد العمل- دراسة مقارنة، ط ١، مركز الدراسات العربية، الجيزة، مصر، ٢٠٢٠، ص٦٣.

(٤) قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم (٦١٤٧/ الهيئة المدنية/ ٢٠٢٢) والمؤرخ في(٨/١/ ٢٠٢٢)، قرار غير منشور.

(٥) القرار رقم (١٤٧/ أحوال شخصية / ٢٠١٧) الصادر من محكمة التمييز الاتحادية بتأريخ (٢٠١٧/٨/٢٣)، المنشور على الموقع الإلكتروني (https://e-jud-lib.e-sjc-services.iq) والخاص بـ (جمهورية العراق - مجلس القضاء الأعلى- مكتبة القضاء الإلكترونية)، تأريخ الزيارة (٢٠٢٣/١٢/١٩).

(٦) قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم (١١٠٢) والمؤرخ في (٧/ ١١/ ٢٠١٠)، المنشور في قاعدة التشريعات العراقية على الموقع الإلكتروني (www.Iraqld.e-sjc-services.iq)، تأريخ الزيارة (٢٠٢٣/١٢/١٩).

أما بالنسبة إلى المحكمة الاتحادية العليا فإنَّها كذلك لم تضع تعريفًا لفكرة النظام العام في قرارها الذي جاء فيه: " فإنَّ الدولة تكفل حرية التعبير وممارسة حرية الصحافة والطباعة والإعلان والإعلام والنشر المنصوص عليها في المادة (٣٨) من الدستور إذا لم تأت مخلة بالنظام العام والآداب ، أما إذا أتت ممارسة تلك الحريات مخلة بالنظام العام والآداب فإنَّ الدولة لا تكفل تلك الحريات حماية للغير والمجتمع من الاعتداء عن طريق جرائم النشر المشار إليها أعلاه، لذا فإنَّ ممارسة تلك الحريات المنصوص عليها في المادة (٣٨) من الدستور مناطة بشرط هو دون الأخلال بالنظام العام والآداب..."[١].

كما يلاحظ أَنَّ قرار المحكمة المذكورة المتعلق بموضوع الاستفسار الوارد من مجلس النواب العراقي / مكتب السيد النائب الأول حول الفقرات المذكورة فيه لا سيما تسمية الأفعال والأقوال التي تمثل إخلالًا بالنظام العام، والآداب العامة، والآداب الواردة في أولًا وثانيًا في المادتين الدستوريتين (٣٨،١٧). لم يتضمن تعريفًا جامعًا مانعًا لفكرة النظام العام، وإنما جاء فيه لبيان ما يعد من النظام العام إذ تضمن ذلك القرار[٢] " إنَّ مفهوم النظام العام ومفهوم (الآداب العامة) الوارد ذكرهما في الدستور وفي القوانين فكرة عامة تحددها في كثير من المواضع النصوص القانونية ومنها ما ورد في القانون المدني إذ تعتبر التصرفات في تركة أنسان على قيد الحياة محظورة وتعتبر ذلك من النظام العام ولا يجوز مخالفتها، كذلك تنازل الموظف العام عن وظيفته لأحد الأفراد محظورًا ويعتبر ذلك الحظر من النظام العام. وما يقال عن النظام العام يصدق على الآداب العامة فهناك نصوص في القوانين تقضي بأَنَّ العقود التي ترد على الإتجار بالجنس مخالفة للآداب العامة ولا يعتد قانونًا لمثل هذه العقود. وإذا ما أُريد معرفة ما إذا كان التصرف مخالفًا للنظام العام أو الآداب العامة فيلزم الرجوع إلى التشريعات كافة لمعرفة ما إذا كان ذلك التصرف محظورًا بنص من عدمه، فإذا لم يوجد نص فيقتضي الأمر الرجوع إلى القضاء فهو الذي يقرر ما إذا كان التصرف مخالفًا للنظام العام أو الآداب العامة، وذلك في ضوء القواعد المجتمعية التي توافق عليها أفراد المجتمع في زمان ومكان معينين؛ لأَنَّ مفاهيم النظام العام والآداب العامة تختلف زمانًا ومكانًا"

٢- القضاء المصري:

إنَّ محكمة النقض المصرية عرّفت النظام العام بأَنّه: " هي قواعد يقصد بها إلى تحقيق مصلحة عامة، سياسية، أو اجتماعية، أو اقتصادية تتعلق بنظام المجتمع الأعلى وتعلو على مصلحة الأفراد فيجب على جميع الأفراد مراعة هذه المصلحة وتحقيقها ولا يجوز لهم أن يناهضوها باتفاقات فيما بينهم حتى لو حققت هذه الاتفاقات مصالح فردية؛ لأَنَّ المصالح الفردية لا تقوم أمام مصلحة العامة "[٣].

---

[١] قرار المحكمة الاتحادية العليا ذي العدد (٤٦/ اتحادية/ ٢٠١١) المؤرخ في (٢٠١١/٨/٢٢)، والمنشور على الموقع الإلكتروني (www.iraqfsc.com) والخاص بـ (المحكمة الاتحادية العليا)، تأريخ الزيارة (٢٠٢٣/١٢/١٩).

[٢] قرار المحكمة الاتحادية العليا ذي العدد (٦٣/ اتحادية/ ٢٠١٢) المؤرخ في (٢٠١٢/١٠/١١)،والمشار إليه سابقًا.

[٣] قرار محكمة النقض المصرية الصادر بالطعن (٣٨٥) بتأريخ (١٩٨٠/٤/٢٤)، والمنشور في موسوعة أحكام النقض (مدني- جنائي)، المحامي. شريف أحمد الطباخ ص١٥١، كما ذهبت هذه المحكمة بذات المعنى عند تعريفها للنظام العام في قرارها المؤرخ (١٧/ ١/ ١٩٧٩)، والمنشور في مجموعة أحكام النقض، ١٩٧٩، ص٢٧٧.

يتضح من ذلك أَنَّ القضاء المصري وضع مفهومًا لفكرة النظام العام على الرغم من كونها فكرة متغيرة من زمانٍ لآخر ومن مكان إلى مكان آخر بهدف تحقيق و حماية المصلحة العامة في الدولة التي تعلو على مصلحة الأفراد؛ إي: عندما تتعارض المصلحة العامة مع المصلحة الخاصة فتقدم الأولى على الثانية وتكون لها الأولوية في الحماية إلّا إنَّه ما يمكن بيانه بأَنَّ مفهوم النظام العام الذي جاءت به محكمة النقض المصرية لم تحدد المراد منه سواء الحد من سلطان مبدأ الإرادة أم استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق وعلى ما يبدو أَنَّ المحكمة المذكورة جاءت بمفهومًا عامًا لفكرة النظام العام حمايةً للمصالح السياسية، و الاجتماعية، و الاقتصادية لمجتمع الدولة. ولكن ما يلاحظ أَنَّ المحكمة الدستورية العليا المصرية أشارت إلى دور النظام العام في نطاق القانون الدولي الخاص في قرارها الذي جاء فيه أن: " مناط استبعاد أحكام القانون الأجنبي الواجب التطبيق وفق المادة (٢٨) من القانون المدني، وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة هو أن يكون هذه الأحكام مخالفة للنظام العام؛ أي: متعارضة مع الأسس الاجتماعية، أو السياسية، أو الاقتصادية، أو الخلقية في الدولة مما يتعلق بالمصلحة العليا للمجتمع، بما لا يكفي معه أن تتعارض بنص قانوني آخر"[١].

وحيث صدر قرارًا[٢] حديثًا من محكمة النقض المصرية التي عَرّفت النظام العام من خلال تعريف القواعد القانونية بقولها: " وهي التي تعتبر من النظام العام هي قواعد يقصد بها تحقيق مصلحة عامة تتعلق بنظام المجتمع الأعلى، وتعلو على مصلحة الأفراد فيجب على جميع الأفراد مراعاة هذه المصلحة وتحقيقها، ولا يجوز لهم أن يناهضوها باتفاقات فيما بينهم حتى لو حققت هذه الاتفاقات لهم مصالح فردية باعتبار أن المصلحة الفردية لا تقوم أمام المصلحة العامة وسواء ورد في القانون نص يجرمها أو لم يرد". يتبين من هذا التعريف وعلى ما يبدو أرادة المحكمة إيضاح النظام العام الداخلي من خلال عدم اتفاق الأفراد على مخالفة القواعد القانونية التي تعد قواعد آمرة لغرض تحقيق المصلحة العامة وحمايتها؛ كونها تعلو على مصلحة الأفراد، وإذا كان هذا هو المقصود من ذلك التعريف فأنها (محكمة النقض) لم توضح ما يترتب على مخالفة النظام العام الداخلي أَلا وهو جعل التصرف باطلًا بطلانًا مطلقًا.

٣- القضاء التونسي:

عرّفت محكمة الاستئناف بسوسة التونسية الدفع بالنظام العام بأَنَّه: " الوسيلة القانونية في استبعاد ما يطبق من أحكام أجنبية متى تعارضت جذريًا مع الأفكار التي يقوم عليها قانون القاضي"[٣].

يتضح من هذا التعريف أَنَّ النظام العام ما هو إلّا وسيلة قانونية لدفع القانون الأجنبي المحدد بموجب قاعدة الإسناد الوطنية إذا كان متعارضًا مع الأفكار المعتمدة في قانون دولة القاضي، وبذلك فإنَّ المحكمة التونسية أشارت

---

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

[٢] قرار محكمة النقض المصرية بالعدد (٩٧١٥ لسنة ٩٠ قضائية) والمؤرخ في (٢٠٢١/٦/٢٠)، الدائرة المدنية، قرار منشور على الموقع الإلكتروني (https://egyls.com) والخاص بـ (نقابة المحامين المصرية)، تأريخ الزيارة (٢٠٢٣/١٢/٢٠).

[٣] قرار محكمة الاستئناف بسوسة التونسية ذي العدد (٢٨١٩) الصادر بتأريخ (١٩٧١/٦/٢٤) والمنشور في مجلة القضاء والتشريع، العدد (١) لسنة (١٩٧٢)، ص١٠١. نقلًا عن، القاضي. مبروك بنموس، شرح المجلة التونسية للقانون الدولي الخاص، مصدر سابق،ص٣٣٥.

إلى الأثر السلبي من دون الإشارة إلى الأثر الإيجابي للدفع بالنظام العام، فضلًا عن الإشارة إلى الاختلاف الجذري الذي ينبغي توافره بين القانون الوطني والقانون الأجنبي إلّا إنَّه لم يتضمن ذلك التعريف المصالح التي يجب حمايتها للبلاد أَلا وهي (السياسية، والاجتماعية، والاقتصادية، والأخلاقية).

٤- القضاء الفرنسي:

عرّفت محكمة النقض الفرنسية الدفع بالنظام العام: " هو إنَّ النظام العام الداخلي الفرنسي يمكنه التدخل فيما يتعلق بالأشياء المستخدمة في فرنسا وقت وقوع الحادث، مع مراعاة مبادئ العدالة التي يعدّها الرأي الفرنسي ذات قيمة دولية مطلقة"[١].

كما عرّفت محكمة استئناف باريس الدفع بالنظام العام: " هو إنَّ تعريف النظام العام الوطني يرتبط بالمفهوم الواسع للرأي العام الفرنسي في عصر معين"[٢].

يتضح من هذين التعريفين بأَنَّ المحاكم الفرنسية اعتمدت على النظام العام الوطني ولا سيما الرأي العام الفرنسي بمفهومه العام لتحديد النظام العام في مجال القانون الدولي الخاص؛ كون فكرة النظام العام ذات طابع وطني مرن ومتغير، ولكن ما يؤخذ على التعريفين المذكورين بأَنَّها جاءت مختصرة ولم تبين فكرة الدفع بالنظام العام بصورة واضحة.

٥- القضاء الأمريكي:

عرّفت المحكمة العليا الأمريكية في تكساس الدفع بالنظام العام بأَنَّه: " عدم تطبيق القانون الأجنبي الذي ينتهك الأخلاق الحميدة أو العدالة الطبيعية أو يضر بالمصالح العامة للمواطنين، وهذا تقييد معترف به من قبل جميع السلطات القضائية"[٣].

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

---

(١) جاء ذلك في قضية حدثت في عام (١٩٤٨) التي حصل فيها عدم تطبيق القانون الإسباني المختص؛ كونه لم يعترف بالمسؤولية عن الأشياء، يُنظر تفضلًا: Sandrine Clavell: Droit international privé, Cinquième édition, 2018, p.156.
والجدير بالملاحظة عرّفت محكمة التمييز اللبنانية النظام العام في مجال القانون الدولي الخاص في قرارها رقم (١٢١) والمؤرخ في (١٩٦٧/٧/٣) بأَنَّه: " القواعد القانونية التي تتعلق بالركائز الأساسية لكيان البنيان الاجتماعي أو السياسي أو الاقتصادي التي يحدث خرقها خللًا في هذه الركائز" ، القرار منشور في النشرة القضائية اللبنانية ، ١٩٦٩، ص٤١٣. يُنظر تفضلًا: د. عبده جميل غصوب، محاضرات في القانون الدولي الخاص، ط ٢، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، لبنان،٢٠١٠،ص١٢٠.

(٢) القرار الصادر من محكمة استئناف باريس بتأريخ (١٩٤٤/٣/٢٢)، أشار إليه، بوخروبه حمزة، موانع تطبيق القانون الأجنبي في ضوء المادة(٢٤) من القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة سطيف، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق،٢٠١٣-٢٠١٤،ص١٩.

(3) John Bernard Corr: The Modern Choice of Law and Public Policy, William and Mary Law School Press, 1985, p. 673.

عرّف أحد قضاة المحاكم الأمريكية الدفع بالنظام العام بأَنَّه: "عدم تطبيق المحاكم للقانون الأجنبي الذي ينتهك بعض المبادئ الأساسية للعدالة، والمفاهيم السائدة في المجتمع كالأخلاق والتقاليد المعمول بها"[١].

ومن الجدير بالذكر أَنَّ القضاء الأمريكي وصف الدفع بالنظام العام " بالجواد الجامح بمجرد امتطائه، لا تعرف أبدًا إلى أين سيأخذك، وينبغي التخلي عنه كلّما أمكن ذلك"[٢].

ولِما تقدم نجد أَنَّ المحاكم في الولايات المتحدة الأمريكية أخذت بفكرة النظام العام عند تعارض القانون الأجنبي المختص مع المبادئ والمفاهيم المعتمدة في المجتمع إلّا إنَّه يمكن القول: بأَنَّ التعاريف المشار إليها أعلاه لم تكن جامعة مانعة وشاملة لما يترتب على إعمال فكرة الدفع بالنظام العام، فضلًا عن ذلك أَنَّ وصف القضاء الأمريكي لفكرة النظام العام بـ (الجواد الجامح) هذا يدل على عدم الاعتماد على هذه الفكرة بصورةٍ دائمة، وإنما يمكن اللجوء إليها عندما تستحيل جميع الطرق الأخرى، ولعل وصف فكرة النظام العام بهذا الوصف يعود إلى الاعتقاد بالابتعاد عن جادة الصواب في تطبيق القانون المختص.

يستنتج الباحث مما تقدم بأَنَّ مشرعي قوانين الدول ذات الاتجاه اللاتيني والاتجاه الأنجلوأمريكي أخذوا بفكرة الدفع بالنظام العام واتفقا بعدم إيراد تعريف لهذه الفكرة، وأوكلوا هذه المهمة إلى الفقه والقضاء، وإذ إنَّهما بذلا جهودًا، ومحاولات لوضع تعريف لفكرة الدفع بالنظام العام إلّا إنَّ تلك الجهود والمحاولات لم تحقق الغاية المرجوة من ذلك أَلا وهي إيراد تعريفًا واضحًا جامعًا مانعًا للفكرة المذكورة؛ والسبب في ذلك يعود إلى كون فكرة النظام العام مرنة ومتغيرة وغامضة إذ إنَّها تتغير من زمان إلى آخر ومن مكان إلى آخر على وفق الأوساط الاجتماعية في البلد بل وصفها القضاء الأمريكي بالحصان الجامح، وبذلك نجد أَنَّ عدم إيراد تعريف لفكرة النظام العام من قبل المشرع فيه جانبين أحدهما إيجابي، والأخر سلبي، فالجانب الإيجابي يتعلق بأَنَّ فكرة النظام العام نسبية ومتغيرة لذلك أصبحت مسألة متروكة للقضاء للبت فيما يعد من النظام العام من عدمه، والجانب السلبي يتمثل بأَنَّ عدم وضع تعريف للفكرة المذكورة أدى إلى كثرة محاولات الفقه والقضاء بشأن تعريف تلك الفكرة وبصورة متعددة وغير دقيقة. وكان من الأفضل أن يبادر المشرع إلى وضع تعريف لفكرة الدفع بالنظام العام، وعدم الاكتفاء بنصوص قانونية تتضمن مصطلح النظام العام وإن كان ذلك ليس من مهامه و واجبه إيراد التعاريف للمصطلحات القانونية، بغية توضيح معنى هذه الفكرة والمقصود بها مما يؤدي ذلك إلى قلة الاجتهادات الفقهية والقضائية، وبالتأكيد إنه لم يسلم من سهام النقد، ولما كانت فكرة النظام العام تلعب دورًا مهمًا على الصعيد الداخلي إلّا إنَّ هذا الدور يزداد أهميةً وفعّالية في نطاق العلاقات الدولية الخاصة بوصفها الأداة أو الوسيلة التي يستعين بها

---

(1) Judge Cardozo, he pointed out, Gary J. Simpson: The Public Policy Doctrine of Choice of Law, University of Washington Law Quarterly, No. 3, Vol. (1974), p. 391.

(2) Albert A. Ehrenzweig: University of Pennsylvania Law Review, The Law of American Conflicts in Historical Perspective, Issue (2), Volume (103), 1954, p. 154.

القاضي لاستبعاد القانون الأجنبي المختص بحكم العلاقة القانونية المشوبة بعنصرٍ أجنبي؛ نتيجةً لتعارضه مع الأسس والمبادئ العليا في مجتمع دولته التي تمثل فكرة النظام العام.

وعليه ولِما تقدم يقترح الباحث تعريف الدفع بالنظام العام في إطار القانون الدولي الخاص بالصيغة الآتية: (هو وسيلة فنية فعّالة يعتمدها القاضي في استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية عند انتفاء الأساس القانوني المشترك بين ذلك القانون وقانونه الوطني؛ نتيجةً لاختلاف الأصول و المفاهيم بين القانونين اختلافًا جوهريًا، وتطبيق قانون دولته وفقًا للرأي الراجح حمايةً للمصالح العليا السائدة في مجتمع دولته والمتمثلة بالمصالح السياسية، والاجتماعية، والاقتصادية، والأخلاقية).

ومن الجدير بالذكر أَنَّ الشريعة الإسلامية أخذت بفكرة النظام العام وقد عرفتها بأَنَّها: " هي الأحكام الشرعية الآمرة والناهية التي ليس للأفراد أن يخالفوها؛ لوجود الجزاء المترتب عليها"[١].

يتضح من هذا التعريف بأَنَّ النصوص الشرعية الآمرة لا يجوز مخالفتها من قبل الأفراد، بل يجب الالتزام بتنفيذها والتقيُّد بها وإلّا تعرضوا للجزاء المترتب على تلك المخالفة.

ثانيًا- نشأة الدفع بالنظام العام في إطار القانون الدولي الخاص.

نشأت فكرة الدفع بالنظام العام في بادئ الأمر أداة لتثبيت الاختصاص للقانون الإقليمي (قانون القاضي) على يد الفقه الإيطالي إذ أخذت فكرة النظام العام الدور التقليدي أنذاك، وفي القرن التاسع عشر أصبحت هذه الفكرة كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق على العلاقة القانونية المشوبة بعنصرٍ أجنبي والمحدد بموجب قاعدة الإسناد الوطنية، وقد ظهر هذا الدور الحديث على يد الفقيه الألماني (سافيني) إلّا إنَّ الاتجاه المعاصر في فقه القانون الدولي الخاص أخذ يدعو إلى الأخذ بالدور التقليدي لفكرة النظام العام في بعض الحالات وهذا ما سنوضحه على وفق التفصيل الآتي:

١- فكرة الدفع بالنظام العام والفقه الإيطالي.

إنَّ نشوء فكرة تنازع القوانين بين قوانين مدن شمال إيطاليا منذ القرن الثالث عشر الميلادي[٢]، ساعد على ظهور بدايات فكرة النظام العام لدى الفقه الإيطالي القديم[٣] كأداة تستعمل لتثبيت الاختصاص للقانون الإقليمي (قانون القاضي) عندما ميّز الفقيه بارتول (Bartole) بين (الأحوال الملائمة)، و(الأحوال البغيضة أو

---

[١] إبراهيم بن موسى الغرناطي، الموافقات في أصول الشريعة، ج ٣، المكتبة التجارية الكبرى، مصر،١٩٧٥،ص٧١.

[٢] د. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، القانون الدولي الخاص، الجنسية – الموطن – مركز الأجانب – التنازع الدولي للقوانين- تنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار السنهوري، بيروت، ٢٠١٨، ص٢٥٩.

[٣] كان لأنصار هذا الاتجاه مدرسة تسمى بـ (مدرسة الحواشي)؛ بسبب التعليق في الحواشي على نصوص القانون الروماني بحواشٍ مقتضبة. د. غالب علي الداودي، د. حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مصدر سابق، ص٣٤.

المستهجنة)، فالأولى تتمثل بقواعد القوانين التي تصاحب الشخص وتُطَبَّق عليه أينما وجد؛ أي: إنَّها تُطَبَّق على الشخص سواء كان موجودًا في داخل إقليم البلد أم خارجه. أما بالنسبة إلى الأخرى تتمثل بقواعد القوانين التي لا تتجاوز آثارها نطاق إقليم البلد الذي صدرت فيه[١].

إنَّ الفقه الإيطالي القديم لم يُعبر عن فكرة النظام العام والأخذ بها بصورةٍ صريحة وواضحة، ولكن إعمال هذه الفكرة يبدو من خلال تأكيد الاختصاص للقانون الإقليمي عندما أخذ بالقوانين البغيضة التي لا تتعدى آثارها خارج إقليم الدولة[٢].

وبعد ذلك جاء عميد نظرية شخصية القوانين الفقيه مانشيني (Mancini)، واستعمل فكرة النظام العام باسمها الحالي إلّا إنَّه بوصفها أداة لتأكيد الاختصاص الإقليمي وليس كوسيلة للاستبعاد؛ بغية تبرير التطبيق الإقليمي لبعض القوانين الخاصة بالملكية العقارية والمسؤولية التقصيرية كاستثناء من مبدأ شخصية القوانين[٣] الذي أسس عليه نظريته في تنازع القوانين بوصفها تتعلق بالنظام العام[٤].ويعد الفقيه (مانشيني) أول من أخذ بفكرة (مصطلح) النظام العام في مجال تنازع القوانين لتثبيت الاختصاص لقانون القاضي (القانون الإقليمي).ففكرة النظام العام في هذا الحال تستعمل لبناء قاعدة إسناد تحدد الحالات التي يتم تطبيق القانون الإقليمي عليها، مثلًا: كالقانون العام، و قانون العقوبات، والقوانين المتعلقة بالملكية الخاصة؛ لأنَّ الفقه في هذه المرحلة كان يقسم القوانين على وفق موضوعها إلى: قوانين شخصية ويتم تطبيقها على الأشخاص حتى لو كانوا خارج الإقليم، والأخرى قوانين إقليمية فتطبق تطبيقًا إقليميًا لتعلقها بالنظام العام، ولم يعرف المنهج المتبع في الوقت الحاضر بشأن تنازع القوانين والمتمثل بتقسيم المسائل إلى طوائف، وبهذا الأمر فإنَّ فكرة النظام العام استعملت كبديل للفكرة المسندة من أجل تبرير تطبيق بعض القوانين تطبيقًا إقليميًا[٥].

إنَّ اعتماد الفقيه الإيطالي (مانشيني) على استعمال فكرة النظام العام كأداة لتثبيت الاختصاص للقانون الإقليمي لم يسلم من سهام النقد، كون فكرة النظام العام تتسم بالغموض وعدم الثابت؛ لذلك يصعب الاعتماد على هذه الفكرة في بناء قواعد الأسناد التي يجب أن تكون واضحة ودقيقة[٦]، فضلًا عن ذلك أَنَّ الأخذ بفكرة النظام العام كوسيلة لتثبيت الاختصاص للقانون المذكور أعلاه يؤدي إلى الخلط بين فكرة النظام العام من جهة، وفكرة الإقليمية وقواعد القانون العام من جهة أخرى. إذ إنَّ تطبيق القانون العام تطبيقًا إقليميًا على وفق وجهة نظر الفقيه (مانشيني) يعود

---

[١] محمد خيري كصير، حالات تطبيق قانون القاضي في نطاق تنازع القوانين، دراسة مقارنة، ط ١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان،٢٠١٢، ص١٣٢.

[٢] د. هشام علي صادق، المطول في القانون الدولي الخاص، ج ١، تنازع القوانين، المجلد الأول، المبادئ العامة في تنازع القوانين، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١٤، ص٤٧٧.

[٣] يقصد بهذا المبدأ: إنَّ قانون الدولة التي ينتمي إليها الأشخاص اطراف العلاقة يكون واجب التطبيق على جميع العلاقات القانونية. د. غالب علي الداودي، د. حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، المصدر نفسه، ص٤١.

[٤] د. فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، جامعة دمشق، كلية الحقوق، ٢٠١٠- ٢٠١١،ص١٣٧.

[٥] د. كمال كحيل، مفهوم النظام العام في القانون الدولي، بحث منشور في مجلة الحقيقة للعلوم الاجتماعية والإنسانية، الجزائر، العدد (٤٢)، ٢٠١٨، ص٤٨٥.

[٦] د. فؤاد عبد المنعم رياض، تنازع القوانين، الكتاب الأول، بلا دار نشر، بلا مكان نشر، ١٩٩٨-١٩٩٩، ص١٣٨.

إلى استبعاد قواعد هذا القانون عن موضوع تنظيم التنازع، في حين أَنَّ علاقات القانون العام عادةً ما تخضع إلى قانون القاضي (القانون الإقليمي) نتيجةً للاختصاص الأصلي لهذا القانون، وكقاعدة عامة لا يمكن تصور تنازع القوانين إلا في نطاق العلاقات القانونية الخاصة الدولية، وبناءً على ذلك فإنَّ الاعتماد على فكرة النظام العام لاستبعاد علاقات القانون العام من نطاق التنازع أمرٌ لا مبرر له ويخلو من أي معنى[١]. ومن الانتقادات الموجهة كذلك، استعمال فكرة النظام العام وفكرة الإقليمية كفكرتين مترادفتين، إذ إنَّ المعنى الحقيقي والواقعي للفكرة الإقليمية يتمثل بإخضاع كل ما يقع في داخل إقليم الدولة لقانون هذه الدولة سواء قامت بتطبيق ذلك القانون محاكم الدولة ذاتها (المحاكم الوطنية) أم محاكم دولة أجنبية، وهذا يخالف مفهوم فكرة النظام العام بوصفها أداة يعتمدها القاضي لاستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق بمقتضى قاعدة الأسناد نتيجةً لتعارض هذا القانون مع الأسس الجوهرية السائدة في المجتمع الوطني[٢].

خلاصة القول إنَّ الانتقادات المذكورة أعلاه بشأن الدور التقليدي لفكرة النظام العام كأداة لتثبيت الاختصاص للقانون الإقليمي مُقنعة ومبررة فيما تضمنته من ملاحظات ومن ثم يمكن الأخذ بها، فإنَّ الباحث يؤيد تلك الانتقادات لاسيما أَنَّ الفقه الحديث أخذ من فكرة النظام العام كوسيلة لعدم تطبيق القانون الأجنبي المختص لتصادمه مع المبادئ والأسس الجوهرية لمجتمع دولة القاضي وهذا ما سنوضحه في أدناه.

٢- فكرة الدفع بالنظام العام والفقه الألماني.

إنَّ ظهور فكرة الدفع بالنظام العام وتبلورها بدورها الحديث كأداة للاستبعاد على يد الفقيه الألماني سافيني (Savigny)، إذ وجد هذا الفقيه أَنَّ قاضي النزاع يقوم بتطبيق القانون الأجنبي إذا كان بين القانون الأخير وقانونه الوطني اشتراكًا قانونيًا، وهذا الاشتراك القانوني يكون متحققًا بين الدول المسيحية التي أخذت قوانينها من القانون الروماني، وفي الأغلب أَنَّ الطابع الاجتماعي للقانون يفرض وجود درجة من الاختلاف بين القانون الوطني والقانون الأجنبي، وبذلك فإنَّ كل حالة ينتفي فيها الاشتراك القانوني هذا يدل على وجود تعارض بين القانون الأجنبي وقانون دولة القاضي مما يتطلب استبعاد القانون الأجنبي، وبهذا يظهر الدور الحديث لفكرة الدفع بالنظام العام وجوهرها الإستبعادي[٣].

٣- فكرة الدفع بالنظام العام والاتجاه المعاصر في القانون الدولي الخاص.

إنَّ الاتجاه الجديد في القانون الدولي الخاص أخذ يدعو بالرجوع مرة أخرى بفكرة النظام العام إلى دورها التقليدي المتمثل بتثبيت الاختصاص للقانون الإقليمي ولكن تحت مسمى (القواعد ذات التطبيق الضروري)[٤].

---

[١] د. هشام علي صادق، المطول في القانون الدولي الخاص مصدر سابق، ص٤٧٨.

[٢] د. جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص١٨٧.

[٣] د. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، ج ٢، التنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١-٢٠٠٢، ص ٢٦٢.

[٤] د. جميلة أوحيدة، تقديم د. عبد الرزاق مولاي ارشيد، آليات تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص المغربي، بلا دار نشر، بلا مكان نشر، بلا سنة نشر، ص٢٩٢.

وقد تم تعريف هذه القواعد[١] بأَنَّها: " مجموعة القواعد الموضوعية التي تقوم داخل النظام القانوني الوطني والتي تبلغ في أهميتها لمجتمع الدولة حدًا يحول دون دخولها في منافسة القوانين الأجنبية ويتعين تطبيقها تطبيقًا مباشرًا على كافة العلاقات الداخلة في مجال تطبيقها، كالقوانين المتعلقة بالتسعير الجبري، والقوانين الضابطة لحرية المنافسة، والقواعد المتعلقة بحماية الائتمان العام، والرقابة على النقد، والقوانين الجمركية"[٢].

إنَّ سبب ظهور قواعد ذات التطبيق الضروري يعود إلى تدخل الدولة في مجال النشاط الاجتماعي، والاقتصادي للأفراد تحقيقًا للمصلحة العامة وحمايةً للطرف الضعيف في العلاقات العقدية وهذا التدخل جاء معبرًا عن انتصار الفكر الاشتراكي في بداية القرن العشرين[٣]، وإذ يعتمد منهج القواعد ذات التطبيق الضروري على تحليل القواعد القانونية الوطنية لبيان ما يُعد منها ضروري التطبيق، وما لا يُعد كذلك، وهذا خلاف منهج تنازع القوانين الذي ينطلق من خلال تحليل العلاقة القانونية محل النزاع؛ بغية الوصول إلى القانون الذي يحكم هذه العلاقة بوصفه أكثر القوانين ملاءمة سواء كان القانون الوطني أم القانون الأجنبي[٤].

إنَّ الاتجاه المعاصر في القانون الدولي الخاص يجد أَنَّ جميع نظم هذا القانون في دول العالم كافة تشعر بضرورة خضوع بعض المسائل إلى قانون دولة القاضي، و لا يجوز تطبيق أي قانون آخر بشأنها، ومن هذه المسائل المتعلقة بموضوعات الضمان الاجتماعي، ونظم التأمين، وبصورة عامة جميع المسائل التي تمس كيان وتنظيم الدولة الاجتماعي والاقتصادي وإن لم تكن من موضوعات القانون العام. فالأخذ بتحليل قواعد القوانين الموجودة في الدولة؛ لبيان مدى تطبيقها، فضلًا عن ذلك القول بوجود قواعد قانونية تخرج من دائرة التنازع، وتطبق مباشرةً على وقائع الدعوى، فهذا يُعيد إلى الأذهان العودة مرةً أُخرى إلى أهمية الدور التقليدي لفكرة النظام العام كأداة لتثبيت الاختصاص للقانون الإقليمي[٥]. يمكن القول: بوجود قواعد قانونية تُطَبَّق تطبيقًا مباشرًا تحقيقًا

---

[١] أثارت مشكلة اصطلاحية بشأن هذه القواعد التي يتم تطبيقها بصورة مباشرة على العلاقة القانونية المشوبة بعنصر أجنبي إذ استعملت عدة مصطلحات للدلالة عليها وهذه المصطلحات تتمثل بـ: (قواعد البوليس أو الأمن المدني) و(القواعد ذات التطبيق الفوري أو المباشر) و (القواعد ذات التطبيق الضروري)، إذ إنَّ هذه المصطلحات لم تسلم من سهام النقد ولم يكتب لها النجاح بصورة كاملة؛ لذلك تم تفضيل مصطلح (القواعد الآمرة الدولية)؛ لأنها " القواعد التي تلازم تدخل الدولة التي ترمي إلى تحقيق وحماية المصالح الحيوية والضرورية الاقتصادية والاجتماعية للجماعة، التي يترتب على عدم مراعاتها إهدار ما تبتغيه السياسة التشريعية، وتكون واجبة التطبيق على كافة الروابط التي تدخل في مجال سريانها أيًا كانت طبيعتها وطنية أو ذات طابع دولي". أستاذنا. د. غسان عبيد محمد المعموري، المنهج الأحادي ودوره في حل التنازع بين القوانين في عقود التجارة الدولية، محاضرات أُلقيت على طلبة الدراسات العليا / الماجستير، الكورس الثاني، جامعة كربلاء - كلية القانون، للعام الدراسي (٢٠٢٢-٢٠٢٣).

[٢] خليل إبراهيم محمد خليل، تكامل مناهج تنازع القوانين (دراسة تحليلية مقارنة)، أطروحة دكتوراه، جامعة الموصل، كلية الحقوق، ٢٠١٢، ص١٤٢.

[٣] د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، ط ٢، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠١، ص٧٧١.

[٤] د. عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، ط ١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٤، ص٥٣٤.

[٥] د. هشام علي صادق ، د. عكاشة محمد عبد العال، د. حفيظة السيد الحداد ، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين – الاختصاص القضائي الدولي – الجنسية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٦، ص١٩١، ص١٩٣.

للهدف الذي تسعى إليه، و لأهمية الاعتبارات التي تقوم عليها ومن ثم تخرج من نطاق التنازع، وما عدا ذلك يكون لفكرة النظام العام الدور الفعّال في نطاق نظرية تنازع القوانين كوسيلة لاستبعاد القانون الأجنبي المشار إليه بمقتضى قاعدة الإسناد إذا تعارض تطبيقه مع القيم والأسس الجوهرية في قانون دولة القاضي[١].

ومن الجدير بالذكر أَنَّ سبب نشأة فكرة النظام العام في قوانين الدول اللاتينية كالقانون العراقي والفرنسي وغيرها لاعتمادها على نظام الجنسية بوصفه القانون الشخصي، فلهذا ينبغي وجود وسيلة تعتمدها المحاكم في صد كل ما يخالف قوانينها، وبذلك فإنَّ الدولة تحمي نظامها الاجتماعي ضد تطبيق القانون الأجنبي من خلال إعمال فكرة الدفع بالنظام العام، بينما قوانين الدول الأنجلوأمريكية كالولايات المتحدة الأمريكية، فإنَّها ترتب الحقوق على أساس قانون الموطن، وفي الأغلب أَنَّ محاكم هذه الدول تحكم بموجب السياسة المستوحاة من قانون الموطن (القانون الإقليمي) من دون الاعتماد بصورة مستقلة على فكرة النظام العام، ولهذا السبب تكون محاكم الدول الأنجلوأمريكية قليلة اللجوء إلى تطبيق فكرة النظام العام بخلاف محاكم الدول اللاتينية التي تعتمد هذه الفكرة بصورةٍ كثيرة[٢].

يتضح مما تقدم بأَنَّ فكرة النظام العام نشأت بظهور تنازع القوانين في شمال مدن إيطاليا في القرن الثالث عشر، ومن ثم تطورت هذه الفكرة، ومرت بمراحل وعلى وفق ما هو موضح في أعلاه. وإنَّ الواقع العملي والحقيقي يشير إلى كل من فكرة الإقليمية وفكرة النظام العام ومنهج القواعد ذات التطبيق الضروري ما هي إلّا أُسس تُطَبَّق في الحالات الخاصة لإعمالها، إذ إنَّ فكرة الإقليمية تعمل على خضوع الوقائع لقانون الدولة التي حصلت فيها سواء قامت بتطبيق ذلك القانون المحاكم الوطنية أم محاكم دولة أجنبية، فضلًا عن ذلك أَنَّ علاقات القانون العام في الغالب تخضع إلى القانون الإقليمي؛ نتيجةً للاختصاص الأصلي لهذا القانون، أما بالنسبة إلى فكرة النظام العام لها دور مهم وفعّال في نطاق تنازع القوانين إذ تستعمل كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي المختص لتعارضه مع المبادئ والقيم السائدة في مجتمع دولة القاضي. فيما يتعلق بمنهج القواعد ذات التطبيق الضروري، إذ يعتمد هذا المنهج في فروض معينة تتطلَّب تطبيق القواعد القانونية تطبيقًا مباشرًا من دون المرور بقواعد الإسناد لتحقيق الهدف التي تسعى إليه، كقوانين الضمان الاجتماعي و التأمين، والجدير بالملاحظة إنَّ هذه القواعد[٣] يتم وضعها لتحكم العلاقات الوطنية إلّا إنَّه يتم تطبيقها على العلاقات القانونية الدولية الخاصة مراعاةٍ لطبيعتها الآمرة.

---

[١] د. هشام علي صادق، المطول في القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص٤٨٨.

[٢] د. ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن، مصدر سابق، ص٣٢٩.

[٣] عندما يطبق القاضي القواعد ذات التطبيق الضروري فلا يستعمل الدفع بالنظام العام إلّا في الحالة التي يُطَبّق فيها القاضي قواعد آمرة أجنبية وإنَّ هذه القواعد تتعارض مع الأسس الجوهرية في القانون القاضي. أستاذنا. د. غسان عبيد محمد المعموري، المنهج الأحادي ودوره في حل التنازع بين القوانين في عقود التجارة الدولية، مصدر سابق.

الفرع الثاني

الأساس القانوني للدفع بالنظام العام في إطار القانون الدولي الخاص

إنَّ أساس الأخذ بفكرة الدفع بالنظام العام يكمُن في أَنَّ النصوص الموضوعية في القانون الأجنبي الواجب التطبيق تختلف عن القواعد الموجودة في القانون الوطني اختلافًا محسوسًا، إذ إنَّ تطبيق القانون الأجنبي والأخذ بأحكامه قد يكون الحكم غير عادل ومنصف في نظر المشرع الوطني[١]، فالتمسك بفكرة الدفع بالنظام العام يعود إلى عدم وجود اتحاد قانوني بين دولة القانون الأجنبي الواجب التطبيق وبين قانون الدولة التي يمنع نظامها العام من تطبيق القانون الأجنبي، فإنَّ الاتحاد القانوني ما هو إلّا عبارة عن اتحاد في فكرة مشتركة تقوم عليها الأنظمة القانونية المختلفة التي تكون محل نظر المحكمة في النزاع المعروض عليها، فالاتحاد القانوني يوصف كالشخص الذي يكون من طبقةٍ معينة لا يستطيع الاختلاط بأشخاص ينتمون لطبقة لا تتفق مع طبقته، وكذلك الحال لا يمكن مناقشة شخصين لمفهومٍ معين إلّا إذا كان التفاهم بينهما بلغةٍ واحدة، ولهذا لا يمكن للقاضي في دولةٍ ما أن يُطَبِّق قوانين أجنبية إلّا إذا كانت هذه القوانين تتفق مع قانون دولته في الفكرة القانونية[٢]. إنَّ المشرع الوطني عندما يسمح بتطبيق القانون الأجنبي نتيجةً لتقدير وجود الاتفاق القانوني بين قانونه الوطني والقانون الأجنبي الذي منحه الاختصاص آخذًا بنظر الاعتبار حاجة المعاملات الدولية واعتبارات العدالة؛ كون قواعد تنازع القوانين في الدول المختلفة تفترض وجود بعض وجهات النظر التي تعد كحد أدنى للاتفاق في الفكرة القانونية، فإذا حصل اختلاف في وجهات نظر قوانين الدول فلا يمكن تطبيق هذه القوانين في الدول الأخرى إلّا إذا كان هذا التطبيق لا يُرتب ضررًا للحد الأدنى لفكرة الاتفاق القانوني[٣]، كالاختلاف في تعيين سن الرشد، ولا يخرج قانون أي دولة عن هذا الاتفاق، فحصول اختلاف جوهري بين قانون وآخر يدل على تعارض وانشقاق في اتفاقهما القانوني، ومن ثم ينعدم المسوغ الذي أدى إلى تطبيق القانون الأجنبي المتمثل بالحد الأدنى للاتفاق القانوني، وإنَّ الأخذ بفكرة الدفع بالنظام العام لاستبعاد القانون الأجنبي تُعد طريقة للدفاع عن النظام الاجتماعي للدولة؛ كون الدولة لا ترغب بتطبيق قواعد قانونية تتضمن اختلافًا جوهريًا بحيث تؤدي إلى انهيار وتصدع نظامها، ونادرًا ما يكون مقبولًا تطبيق القواعد القانونية في الدول المختلفة فيما بينها في المدنية؛ لأن التباين الحاصل في التوجهات الاجتماعية، والسياسية والأخلاقية، والاقتصادية يؤثر في وضع القواعد القانونية ويؤدي إلى اختلافها من دولة إلى أخرى[٤]. ويظهر عدم الاتفاق القانوني بين الدول المتمدنة والدول غير المتمدنة بدرجة كبيرة إذ لا يمكن تطبيق أي قانون من قوانين

---

[١] د. حامد زكي، القانون الدولي الخاص المصري، ط ١، مطبعة نورى بالقاهرة، ١٩٣٦، ص٣٣٥.

[٢] د. جابر جاد عبد الرحمن، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص٥٦٠.

[٣] هذا يعني إنَّ مجرد الاختلاف بين القانون الأجنبي وقانون دولة القاضي لا ينبغي أن يؤدي في حد ذاته إلى الاحتجاج بفكرة الدفع بالنظام العام مادام ذلك الاختلاف لا يترتب عليه انعدام الاشتراك القانوني. يُنظر تفضلًا:
John Bernard Corr: The Modern Choice of Law and Public Policy, op.cit.,p.656.

[٤] د. حسن الهداوي، تنازع القوانين وأحكامه في القانون الدولي الخاص العراقي، مصدر سابق، ص١٠١.

الدول غير المتمدنة في دولة متمدنة، وهذا لا يعني عدم وجود خلافات بين الدول المتمدنة في بعض نظمها، وبهذا الحال يكون الاتحاد القانوني منعدمًا في هذه النظم، كالنظم المتعلقة بالطلاق وإثبات نسب الابن غير الشرعي[١]. إنَّ عدم الاتفاق القانوني ما بين دولتين ليس بالضرورة أن يكون شاملًا للنظم القانونية كافة، فقد ينعدم الاتفاق القانوني في مسألة معينة من دون غيرها، ومع ذلك للنظام العام دورًا مهمًا في استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق، كانعدام الاتفاق القانوني في أحكام الزواج في حين يتوافر هذا الاتفاق في الأحكام المتعلقة بالبنوة الطبيعية. وهنا يتبادر إلى الذهن، هل يتحقق انعدام الاتحاد القانوني بسبب الصياغة القانونية المعتمدة في القانون الأجنبي المختص، كأن يكون النظام القانوني موجودًا في القانون الأجنبي وغير موجود في القانون الوطني، كما هو الحال في إجازة رهن منقول رهنًا رسميًا بصورة عامة التي يؤخذ بها القانون الأجنبي ولا يؤخذ بها قانون دولة القاضي، أو يكون النظام القانوني المعتمد في القانون الأجنبي بطريقةٍ تختلف عن تلك التي يؤخذ بها القانون الوطني، كحالة إجازة الرهن الحيازي من دون أن يتخلى الراهن عن الحيازة؟ للإجابة عن هذا التساؤل يلاحظ أن الفقه اختلف بهذا الشأن، فهناك من يرى أن موضوع اختلاف الاتفاق القانوني نتيجة الصياغة يدخل ضمن نطاق إعمال الدفع بالنظام العام، في حين هناك من تبنى رأيًا آخر يتمثل بعدم دخول هذا الموضوع ضمن مجال إعمال الدفع بالنظام العام؛ لأنَّ تعذر تطبيق القانون الأجنبي يعود لسبب الصياغة ومن ثم يكون غير مقبول التطبيق من الناحية الشكلية مما يتطلب الأمر تطبيق قانون القاضي بناءً على قاعدة إسناد احتياطية في قانون دولته[٢].

يتفق الباحث مع الرأي الأول إذ إنَّ عدم تحقق الاتفاق القانوني بين القانون الأجنبي والقانون الوطني نتيجة الصياغة القانونية كالحالات المذكورة أعلاه، تعد أسباب فنية تكفي الاعتماد عليها في اللجوء لفكرة الدفع بالنظام العام وهذا ما سنوضحه في العوامل التي يتحقق فيها الانتفاء القانوني وإن كان تعذر تطبيق القانون الأجنبي المختص يعود إلى الصياغة، وعليه لمّا كان عَد الأسباب الفنية إحدى العوامل التي يتحقق فيها انتفاء الاشتراك القانوني ومن ثم تحقق الاختلاف الجوهري بين القانون الأجنبي والقانون الوطني، فيكون للنظام العام دورًا مهمًا في استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق على العلاقة القانونية محل النزاع والمشوبة بعنصرٍ أجنبي.

والجدير بالذكر أَنَّ انتفاء الاشتراك القانوني بين القانون الأجنبي والقانون الوطني في الأغلب يكون بصورة ظاهرة وواضحة، كما لو كان القانون الأجنبي يُجيز الميراث لقاتل المورث، أو يُجيز زواج الخال لبنتِ أخته. وعلى القاضي أَلّا يكتفي بالحكم الظاهري للقاعدة القانونية في القانون الأجنبي المختص، بل ينبغي عليه - القاضي- أن يبحث عن الآثار الواقعية والفعلية التي تترتب على تطبيق تلك القاعدة القانونية في مجتمعه؛ لأَنَّ تلك القاعدة قد لا تكون مخالفة لمقتضيات النظام العام الداخلي في حد ذاتها إلّا إنَّ تطبيقها الواقعي والفعلي يؤدي إلى نتيجة

---

[١] د. محمد عبد المنعم رياض، مذكرات في القانون الدولي الخاص، مطبعة الفتوح، مصر، ١٩٢٦، ص١٦٦.

[٢] تبنى الرأي الأول الفقيه (نيبويت)، بينما أخذ بالرأي الثاني الفقيه (ليريبور بيجونيير)، يُنظر تفصلًا: د. عز الدين عبدالله، القانون الدولي الخاص المصري، ج ٢ في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، مصدر سابق، ص٣٩٠،ص٣٩٢.

تتعارض مع تلك المقتضيات، ولا يقبلها مجتمع دولته [١]، فمثلًا: إذا كانت القاعدة القانونية الأجنبية تنص على الميراث إلّا إنَّها تعد اختلاف اللون مانع من موانعه، فبهذا الحال أن الأخذ بالميراث لا يتعارض مع النظام العام الوطني ولكن تطبيق هذه القاعدة بصورة فعلية يجعل من اختلاف اللون نتيجة لا يمكن تقبلها في دولة القاضي وانها تتعارض مع مقتضيات النظام العام كون اختلاف اللون لا يعد مانعًا من موانع الميراث في الدول الإسلامية وفقًا للشريعة الإسلامية.

ويُلاحظ أَنَّ كثرة حركة التقنينات في دول العالم المختلفة بعد صدور القانون المدني الفرنسي أدى إلى زيادة عدم تحقق الاتفاق القانوني ومن ثم زيادة حالات الدفع بالنظام العام؛ كون المشرع الوطني يعتمد في وضع النصوص القانونية التي تتضمنها تشريعاته على بيئته الداخلية، فالاعتبارات التي تنبني عليها صياغة القاعدة القانونية في دولة معينة قد لا تتوافق أو تتماشى مع ما تتبناه ذات القاعد القانونية في دولةٍ أُخرى، ولمعالجة غياب التوافق القانوني والاختلاف الجوهري، كان لابد من إيجاد وسيلة فنية لاستبعاد القانون الأجنبي المتعارض مع مبادئ وقيم مجتمع دولة القاضي أَلا وهي فكرة الدفع بالنظام العام[٢].

إنَّ دفع القاضي المعروض عليه النزاع بالنظام العام تجاه القانون الأجنبي المحدد بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية نتيجةً لعدم تحقق الاتحاد القانوني بين القانون الأجنبي وقانون دولته يعود إلى عوامل متعددة التي تتمثل بالعوامل الفنية، والاقتصادية، والاجتماعية، والدينية وسنوضحها على وفق التفصيل الآتي:

١- **العوامل الفنية:** إنَّ التشريعات القانونية قد تختلف من الناحية الفنية في تنظيم حق من الحقوق مما يتسبب ذلك في عدم تحقق الاشتراك القانوني ومن ثم يتعذر تطبيق القانون الأجنبي، فقد تشترط بعض التشريعات لنفاذ الرهن الحيازي والاحتجاج به من قبل الدائن المرتهن في مواجهة الغير نقل الحيازة من المدين الراهن، كما هو الحال في القانون المدني العراقي[٣]، في حين تشريعات أُخرى لم تشترط هذا الأجراء كالقانون الأمريكي.

٢- **العوامل الاجتماعية:** إذا كان القانون الأجنبي ينص على انتهاك القيم الإنسانية كجواز الرق أو منع الزواج بسبب اللون فلا يكون هذا القانون محل احترام من قبل المحاكم الوطنية، ومن ثم يكون سببًا لانتفاء الاتفاق القانوني.

٣- **العوامل الاقتصادية:** إنَّ القانون الأجنبي لا يتم تطبيقه إذا كان يجيز شرط الدفع بالعملة الأجنبية مادام ذلك يتعارض مع القانون الوطني الذي لا يجيز التعامل إلّا بالعملة الوطنية[٤]، كذلك فيما يتعلق إذا كان القانون الأجنبي المختص

---

[١] د. أحمد عبد الكريم سلامة، التنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، بلا سنة نشر، ص٢٢٧.

[٢] د. سالم إرجيعة، الوجيز في القانون الدولي الخاص الليبي، تنازع القوانين من حيث المكان- تنازع الاختصاص القضائي الدولي- الجنسية ومركز الأجانب، ط ٤، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٧، ص١٧٥.

[٣] نصت المادة (١٣٢٢) من القانون المدني العراقي النافذ على أَنَّه: " ١- يشترط إتمام الرهن الحيازي ولزومه على الراهن أن يقبض المرتهن المرهون".

[٤] د. وفاء مزيد فلحوط، د. ساجر حميد الخابور، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، منشورات جامعة دمشق، كلية الحقوق، ٢٠٢١-٢٠٢٢، ص١١٣.

يعتمد على أسباب للدَّين لا يجوز اعتمادها في قانون دولة القاضي كالاعتراف بالديون المتحققة من القمار والرهان إذ تُعد هذه الأسباب مخالفة للنظام العام لقانون دولة القاضي.

٤- **العوامل الدينية:** إنَّ القانون الأجنبي قد يجيز الزواج بين مختلفي الدين، كزواج المسيحي من المسلمة بينما يمنع هكذا زواج القانون الوطني، وهذا هو موقف أغلب الدول التي تُطَبِّق أحكام الشريعة الإسلامية فيما يخص الزواج ومنها دولة العراق[١].

ويمكن أن يضاف إلى تلك العوامل المحافظة على السياسة التشريعية إذ إنَّها في الغالب تكون مأخوذة من بيئة ومبادئ المجتمع، لذلك لم يكن التوافق القانوني حليفها مطلقًا، إذ يجد مشرع دولةٍ ما وجود ضرورة للتدخل في وضع قواعد خاصة بالإجازة أو الحظر، كما هو الحال بزرع الأعضاء البشرية وغيرها، فإنَّ المحكمة لم تقم بتطبيق القانون الأجنبي مادام يتعارض مع موقف قانون دولتها، وإنَّ الأنظمة القانونية المطبقة في عدد معين من الدول لا يعني وجود موقف تشريعي موحدًا في جميع هذه الدول[٢]. كما تعد من النظام العام القوانين التي تصدر في دولة القاضي المتعلقة بالتسعير الجبري وجميع القوانين التي تصدر إلى حاجة المستهلكين في الظروف الاستثنائية[٣] فلا يجوز مخالفتها وتطبيق القواعد الأجنبية التي تسمح بالخروج عنها[٤].

ولِما تقدم يرى الباحث أَنَّ الدفع بالنظام العام في إطار القانون الدولي الخاص ما هو إلّا قيدًا لسلطة القضاء؛ لأَنَّ اختلاف المفاهيم والأصول في القانون الأجنبي الواجب التطبيق بموجب قاعد تنازع القوانين الوطنية اختلافًا جوهريًا مع قانون دولة القاضي يدل على انتفاء الحد الأدنى للاتحاد القانوني بين القانونين الذي سمح المشرع الوطني من خلاله تطبيق القانون الأجنبي آخذًا بنظر الاعتبار الحاجة للمعاملات الدولية، وما يترتب على هذا الانتفاء تعارض القانون الأجنبي مع المبادئ والقيم العليا في مجتمع دولة القاضي نتيجةً لأسبابٍ (فنية، اقتصادية، اجتماعية، سياسية، دينية) التي تم بيانها آنفًا، فينبغي على قاضي النزاع البحث عن وسيلة فعّالة يستعملها كسلاح لعدم تطبيق القانون الأجنبي المختص، وهذه الوسيلة تتمثل بـ (فكرة الدفع بالنظام العام). فإذًا أساس الأخذ بفكرة الدفع بالنظام العام يكمُن في انتفاء الاشتراك القانوني. ولمّا كانت فكرة الدفع بالنظام العام أخذت بها قوانين الدول اللاتينية وقوانين الدول الأنجلوأمريكية، فبالتأكيد يكون أساس إعمال هذه الفكرة مُتفق عليه بين الاتجاهيين أَلا وهو انعدام الاتفاق القانوني.

---

(١) د. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، القانون الدولي الخاص، الجنسية – الموطن – مركز الأجانب – التنازع الدولي للقوانين- تنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار السنهوري، بيروت ، ٢٠١٧، ص٣٥٦.

(٢) د. نافع بحر سلطان، مفاهيم القانون الدولي الخاص ومصطلحاته، ط ١، مكتب الهاشمي للكتاب الجامعي، بغداد، العراق ، ٢٠١٦، ص٨٧.

(٣) أشار إلى ذلك عجز الفقرة الثانية من المادة (١٣٠) من القانون المدني العراقي النافذ.

(٤) د. حسن الهداوي، تنازع القوانين وأحكامه في القانون الدولي الخاص العراقي، مصدر سابق، ص١٠٤.

المطلب الثاني

الخصائص والطبيعة القانونية للدفع بالنظام العام وتمييزه عن بعض المصطلحات القانونية الأخرى

إنَّ فكرة الدفع بالنظام العام في نطاق القانون الدولي الخاص تتمتع بمجموعة من الخصائص، فما هذه الخصائص؟ وهل هذه الخصائص تقتصر على فكرة الدفع بالنظام العام في قوانين الدول اللاتينية أو تشمل هذه الفكرة كذلك في قوانين الدول الأنجلوأمريكية، كما أَنَّ فقهاء القانون الدولي الخاص اختلفوا في تحديد الطبيعة القانونية لهذه الفكرة، فمنهم من ذهب إلى أَنَّها قاعدة أصلية، وهنالك من تبنى نظرية أخرى بأَنَّها استثناء لقاعدة تطبيق القانون الأجنبي، فما هو الرأي الراجح أو النظرية الراجحة بشأن تحديد الطبيعة القانونية لفكرة الدفع بالنظام العام، كذلك يتطلَّب الأمر تمييز هذه الفكرة عن المصطلحات الأخرى المتمثلة بـ (فكرة النظام العام الداخلي، والتحايل نحو القانون، والتكييف القانوني، والإحالة من الدرجة الأولى، ومنهج القواعد ذات التطبيق الضروري، و فكرة النظام العام في الإسلام).فسيتم الإجابة عن التساؤلات المشار إليها آنفًا، والتمييز للمصطلحات المذكورة أعلاه في هذا المطلب من خلال تخصيص الفرع الأول إلى الخصائص والطبيعة القانونية للدفع بالنظام العام في مجال القانون الدولي الخاص، والفرع الثاني إلى تمييز الدفع بالنظام العام في مجال القانون الدولي الخاص عن بعض المصطلحات القانونية الأخرى.

الفرع الأول

خصائص الدفع بالنظام العام في مجال القانون الدولي الخاص وطبيعته القانونية

سنتطرق في هذا الفرع إلى خصائص الدفع بالنظام العام في مجال القانون الدولي الخاص ومن ثم إلى طبيعته القانونية، وفقًا للتفصيل الآتي:

أولًا- خصائص الدفع بالنظام العام في مجال القانون الدولي الخاص.

تتمتع فكرة الدفع بالنظام العام في مجال القانون الدولي الخاص بمجموعة من الخصائص، بوصفها فكرة نسبية وتتأثر بتغيّر ظروف وأوضاع مجتمع الدولة، وهذه الخصائص تتمثل بكونها فكرة ذات طبيعة

(وطنية، مرنة، غامضة، قضائية، استبعادية، استثنائية، تبعية، واقعية، مستقلة، إيجابية)، وسنوضحها على وفق التفصيل الآتي:

١- فكرة الدفع بالنظام العام ذات طبيعة وطنية:

إنَّ فكرة الدفع بالنظام العام في نطاق القانون الدولي الخاص التي تمنع تطبيق القانون الأجنبي المختص المشار إليه من خلال قاعدة الإسناد الوطنية هو النظام العام في الدولة التابعة لها المحكمة المعروض عليها النزاع (النظام العام الوطني)؛ لأَنَّ هذا النظام يهدف إلى تحقيق الحماية للمبادئ الجوهرية والقيم العليا في النظام القانوني الوطني، إذ إنَّه يعد بأهدافه ومضمونه نظامًا عامًا بحت؛ لذلك يُلاحظ بأَنَّ فكرة الدفع بالنظام العام تختلف من دولةٍ إلى أخرى، حتى تلك الدول التي يوجد بينها نوع موحد في الأفكار والتقاليد، وبناءً على ذلك يمكن القول: بأَنَّ لكل دولة نظامًا عامًا خاصًا بها، فهنالك نظام عام (عراقي ومصري وتونسي وفرنسي وأمريكي...)[١]. وتجدر الإشارة بأَنَّ وصف فكرة الدفع بالنظام العام بالطابع الوطني متأثرًا بالطبيعة الوطنية للقانون الدولي الخاص، فضلًا عن ذلك الدور الذي يلعبه النظام العام في مجال تنازع القوانين والمتمثل بالدور الحمائي الذي يترتب عليه استبعاد القانون الأجنبي المختص عند اصطدامه مع تلك المبادئ والقيم المذكورة آنفًا[٢].

٢- فكرة الدفع بالنظام العام ذات طبيعة مرنة:

إنَّ فكرة الدفع بالنظام العام تُوصَف بأَنَّها فكرة ذات طابع مرن ومتطور؛ بسبب طبيعتها الحيوية التي لا تتماشى مع صياغتها في نصوص قانونية جامدة؛ فالمشرع الوطني يقوم ببيان مضمون هذه الفكرة، ويترك تحديد ما يعد مخالفًا للنظام العام للآراء الفقهية والأحكام القضائية[٣]، فضلًا عن ذلك نسبيتها من جهة المكان والزمان، ولمّا كانت هذه الفكرة تمثل الوضع الطبيعي للمجتمع، والمجتمع متطور فبالتأكيد سيكون النظام العام متغيرًا وغير ثابت. إذ إنَّ ظروف مجتمعٍ ما تختلف عن ظروف سائدة في مجتمعٍ آخر، فما يعد من النظام العام في دولةٍ معينة قد لا يعد كذلك في دولةٍ أخرى، فمثلًا نظام تعدد الزوجات يعد نظامًا مخالفًا للنظام العام على وفق القوانين الأوربية والأمريكية، ولا يعد كذلك في الدول الإسلامية[٤].كما أَنَّ المجتمع ذاته - الدولة الواحدة - قد تختلف ظروفها وأوضاعها بمرور الزمان لأسباب مختلفة فتبعًا لذلك سيتغير مفهوم فكرة النظام العام، إذ يصبح ما كان يعد مخالفًا

---

[١] د. فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، ج ٢، منشورات جامعة الجامعة الافتراضية السورية، الجمهورية العربية السورية، ٢٠١٨،ص٧٢.

[٢] د. سامي بديع منصور، د، أسامة العجوز، القانون الدولي الخاص، ط ٣، منشورات زين الحقوقية والأدبية، بيروت، ٢٠٠٩، ص١٧٤.

[٣] م. نادية كعب جبر، أثر النظام العام في القانون المدني، بحث منشور في مجلة إكليل للدراسات الإنسانية، مجلة فصلية تصدر عن الجمعية العراقية العلمية للمخطوطات، العدد (٩)، ٢٠٢٢، ص٨٤٩.

[٤] د. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، الجنسية والموطن ومعاملة الأجانب والتنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية، مصدر سابق، ص٧٧٩.

للنظام العام في الوقت السابق لا يعد كذلك في الوقت الحاضر، والعكس صحيح[١]. كذلك لو كانت الدولة لا تجيز الطلاق أو التبني؛ كونه مخالفًا للنظام العام ولكن قد يصبح غير مخالفًا لذلك النظام بعد مضي فترة معينة.

٣- فكرة الدفع بالنظام العام ذات طبيعة غامضة:

تعدُ فكرة الدفع بالنظام العام تعبيرًا غامضًا عن مفهومٍ شامل مرن، مما أدى ذلك إلى صعوبة تحديدها بصورة دقيقة من قبل الباحثين من خلال إيراد تعريفًا جامعًا مانعًا لهذه الفكرة[٢]، ومما جعل مضمون هذه الفكرة غامضًا وغير واضحًا هو تغيرها بتغير الزمان والمكان. وإنَّ معرفة إعمال الدفع بالنظام العام في إطار القانون الدولي الخاص لم يكن في مرحلة إعداد قواعد الإسناد، وإنما يتم في المرحلة اللاحقة لتحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية المتضمنة عنصرًا أجنبيًا، ومن ثم البحث في أحكام ومبادئ هذا القانون (القانون الأجنبي) ومقارنتها مع الأفكار والأحكام المذكورة في القانون الوطني، وهذا يكفي ليدل على غموض فكرة الدفع بالنظام العام، وعدم معرفتها بشكلٍ مسبق، وعدم وضوح مضمون هذه الفكرة[٣].

٤- فكرة الدفع بالنظام العام ذات طبيعة استبعادية:

إنَّ فكرة الدفع بالنظام العام في مجال القانون الدولي الخاص تُوصَف بأَنَّها فكرة ذات طابع استبعادي؛ لأَنَّ إعمال هذه الفكرة يترتب عليه أثر يتمثل باستبعاد القانون الأجنبي المختص، وهذا الموضوع يظهر في نطاق تنازع معين يحصل بشأن العلاقة بين القانون الأجنبي وبين القانون الوطني، فيتم استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق إذا أتضح بأَنَّ هذا القانون يصطدم مع مقتضيات النظام العام في دولة القاضي وغير مقبول فيها، واشتراط هذا الشرط للاستبعاد؛ لأَنَّ المشرع الوطني عندما يُحدد القانون الأجنبي عن طريق قاعدة الإسناد الوطنية، هذا لا يعني قبول هذا القانون بصورة مطلقة بصرف النظر عن النتائج التي تترتب عليه؛ لذلك يتم استبعاد القانون الأجنبي ليس بمجرد تحديده لحكم العلاقة القانونية، بل كلّما تبين عدم اتفاق أحكامه مع الأحكام والأفكار القانونية الموجودة في قانون دولة القاضي[٤].

٥- فكرة الدفع بالنظام العام ذات طبيعة قضائية:

إنَّ المرونة التي تتسم بها فكرة الدفع بالنظام العام جعل تحديد مضمونها ومحتواها غير مقتصرًا على المشرع الوطني وحَسب بل يتم تحديدها كذلك من قبل القضاء لا سيما عندما تكون بعض النصوص القانونية غير واضحة ولم يتم معرفة مدى تعلقها بالنظام العام من عدمه، أو أَنَّ المشرع يترك أمر تفسيرها إلى القضاء، إذ وصفت فكرة

---

[١] د. أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، دار هومه، الجزائر،٢٠٠٢، ص١٧٤.
[٢] عبد الله عبد الجليل الحديثي، النظرية العامة في القواعد الآمرة في القانون الدولي، ط ١، بلا دار نشر، بلا مكان نشر، ١٩٨٦، ص١٩.
[٣] د. فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص١٤٥.
[٤] د. أيمن مكرم البسيوني الوكيل، أثر فكرة النظام العام على أحكام عقد العمل، مصدر سابق، ص٤٢.

النظام العام بأَنَّها تنتمي إلى عائلة التفسير القضائي، وعلى الرغم من ذلك فإنَّه يخضع إلى رقابة المحاكم العليا في الدولة كمحكمة التمييز الاتحادية في العراق مثلًا[١]، وهذا ما أخذت به المحكمة الاتحادية العليا العراقية عندما قضت (لغرض معرفة كون التصرف مخالفًا للنظام العام والآداب العامة يتطلب الرجوع إلى النصوص التشريعية كافة، وعند عدم وجود نص ينبغي اللجوء إلى القضاء لتحديد ذلك التصرف)[٢].فإنَّ القاضي عندما يستعمل فكرة الدفع بالنظام العام في مجال القانون الدولي الخاص يجب أن يستعملها بشكلٍ متأني؛ لأَنَّ استبعاد القاضي للقانون الأجنبي الواجب التطبيق عندما يجد هذا القانون مغايرًا بصورةٍ واضحة وصارخة للمبادئ العليا والجوهرية في قانون دولته[٣].

٦- فكرة الدفع بالنظام العام ذات طبيعة استثنائية:

إنَّ فكرة الدفع بالنظام العام تتسم بالطابع الاستثنائي؛ كون الأصل العام في إطار القانون الدولي الخاص قيام قاضي النزاع بتطبيق القانون الأجنبي المشار إليه بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية، والاستثناء يتمثل بعدم تطبيق هذا القانون عند تعارضه مع قانون دولة القاضي، فالدفع بالنظام العام ما هو إلّا استثناءً يرد لدرء مخالفة القانون الأجنبي المختص للمصالح العليا لقانون دولة القاضي، وحيث يكون ذلك الاستثناء فيما يتعلق بتلك المخالفة.

٧- فكرة الدفع بالنظام العام ذات طبيعة تبعية:

إنَّ هذه الخصيصة تتعلق بفكرة الدفع بالنظام العام في إطار القانون الدولي الخاص؛ لأَنَّه قاعد الإسناد الوطنية تُطَبَّق أولًا ومن ثم يتم تطبيق فكرة الدفع بالنظام العام عند توافر الشروط اللازمة لإعمالها، وبناءً على ذلك يتم تحديد القانون الأجنبي الواجب التطبيق بموجب قاعدة الإسناد ومن ثم التأكد أن هذا القانون لا يصطدم بالمبادئ الجوهرية في مجتمع دولة القاضي، فاذا اتضح اصطدام هذا القانون مع تلك المبادئ فيتم استبعاد ذلك القانون (القانون الأجنبي) عملًا بفكرة الدفع بالنظام العام، وهذا يدل على أَنَّ هذه الفكرة تابعة لتطبيق قاعدة تنازع القوانين الوطنية[٤].

٨- فكرة الدفع بالنظام العام ذات طبيعة واقعية:

تعد فكرة الدفع بالنظام العام أداة تعكس الواقع السياسي، والاجتماعي، والاقتصادي، والأخلاقي للمجتمع، التي تمثل الركائز الأساسية لذلك المجتمع، إذ إنَّ هذه الركائز تُوصَف بأَنَّها متحركة؛ كونها متغيرة ومتطورة من مجتمع إلى آخر ومن وقتٍ لأخر، فمن الطبيعي يؤثر ذلك على فكرة الدفع بالنظام العام من جهة الزمان والمكان، بل إنَّ الصفة الواقعية لهذه الفكرة تضفي عليها مفهومًا نسبيًا من جهة الزمان والمكان[٥].

---

[١] حسن جعفر موسى العنبكي، دفع المحكمة بالنظام العام، دراسة مقارنة في قانون المرافعات المدنية، رسالة ماجستير، معهد العلمين للدراسات العليا، الكوفة،٢٠١٩،ص١٩.

[٢] قرار المحكمة الاتحادية العليا سالف الذكر، ذي العدد (٦٣/ اتحادية/ ٢٠١٢) المؤرخ في (٢٠١٢/١٠/١١).

[٣] د. عبده جميل غصوب، محاضرات في القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص١٢٥.

[٤] د. أرميض عبيد خلف، مدى فاعلية النظام العام أمام قضاء التحكيم التجاري الدولي، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة كركوك، المجلد (١١)، العدد (٤٠)،٢٠٢٢، ص٣٨٩.

[٥] د. عكاشة عبد العال، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص٥٩٠.

٩- فكرة الدفع بالنظام العام ذات طبيعة مستقلة:

إنَّ فكرة الدفع بالنظام العام في إطار القانون الدولي الخاص تتمتع بهذه الخصيصة لتمييزها عن النظريات القريبة الأخرى كالتحايل على القانون، والإحالة، والقواعد ذات التطبيق الضروري[١]، فضلًا عن ذلك أن هذه الفكرة تتمتع بدور مستقل في مجال تنازع القوانين يتمثل باستبعاد القانون الأجنبي المختص من حيز التطبيق[٢].

١٠- فكرة الدفع بالنظام العام ذات طبيعة إيجابية:

إنَّ فكرة الدفع بالنظام العام في مجال القانون الدولي الخاص يمكن وصفها بأَنَّها ذات طابع إيجابي؛ لأَنَّه عندما يتم استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق على العلاقة القانونية محل النزاع لتعارضه مع الأسس الجوهرية في مجتمع دولة القاضي، فينبغي إحلال قانونًا آخر محل ذلك القانون المُستبعد لحسم الموضوع محل النزاع أَلا وهو قانون دولة القاضي (القانون الوطني) بوصفة القانون الاحتياطي الذي يتم اللجوء إليه كلّما اقتضت الحاجة.

ويرى الباحث أَنَّ هذه الخصائص تتميز وتتصف بها فكرة الدفع بالنظام العام في نطاق القانون الدولي الخاص بصورة عامة، فيصح القول: بأَنَّ هذه الخصائص تتمتع بها فكرة الدفع بالنظام العام على صعيدي اتجاه قوانين الدول اللاتينية، واتجاه قوانين الدول الأنجلوأمريكية بوصفها فكرة معتمدة في قوانين الاتجاهين.

ثانيًا- الطبيعة القانونية للدفع بالنظام العام في إطار القانون الدولي الخاص.

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

١- نظرية الفقيه سافيني (Savigny):

---

[١] سيتم توضيح هذه المصطلحات في الموضوع الخاص بتمييز الدفع بالنظام العام في إطار القانون الدولي الخاص عن المصطلحات الأخرى.
[٢] د. سامي بديع منصور وآخرون، القانون الدولي الخاص، تنازع الاختصاص التشريعي، مصدر سابق، ص٩١١.

يرى الفقيه الألماني سافيني بأَنَّ الدفع بالنظام العام ما هو إلّا استثناء لقاعدة تطبيق القانون الأجنبي المختص التي أشارت إليه قاعدة الإسناد الوطنية، فالأصل يتمثل بتطبيق القانون الأجنبي وإن احترام فكرة الدفع بالنظام العام يوجب الرجوع إلى قانون دولة القاضي، وعلى وفق رأي هذا الفقيه لا يتم تطبيق القانون الأجنبي بوصفه كقاعدة أصلية إلّا إذا كانت الدولة الأجنبية تتفق في نظام القانون مع دولة القاضي الوطني، فإذا اختلفت الدولتين في المبادئ القانونية الجوهرية فلا يمكن تطبيق القانون الأجنبي بل يُطَبَّق القانون الوطني بوصفه هو الأصل[١]، وعليه فإنَّ فكرة الدفع بالنظام العام في مجال القانون الدولي الخاص تعدُ أداة استثنائية لمنع تطبيق القانون الأجنبي الواجب التطبيق في حال مخالفته للمبادئ الأساسية في دولة القاضي؛ كون المشرع الوطني يفترض وجود الاتحاد القانوني بين القانون الأجنبي والقانون الوطني، فإذا تبين مخالفة القانون الأجنبي لهذا الافتراض فيتم استبعاد هذا القانون باسم فكرة الدفع بالنظام العام، وهذا ما أكده الفقيه صاحب هذه النظرية من خلال قوله: " إنَّ التمسك بالدفع بالنظام العام يعود إلى عدم وجود اتحاد قانوني بين دولة القانون الأجنبي الواجب التطبيق وبين الدولة التي يمنع فيها النظام العام هذا التطبيق (تطبيق القانون الأجنبي)[٢]، وبناءً على ذلك فإنَّ فكرة الدفع بالنظام العام وصفت في حقيقتها وطبيعتها بأَنَّها (صمام أمان وشرط تحفظي) يتم إعمالها ضد القانون الأجنبي الواجب التطبيق الذي يتعارض مع المفاهيم القانونية في مجتمع دولة القاضي، ومن ثم يظهر هذا الإعمال بقدر التصادم مع هذه المفاهيم[٣].

وعملًا بفكرة الدفع بالنظام العام، فلم تأخذ المحاكم الأوربية بأحكام الشريعة الإسلامية في قضايا متعددة؛ كونها تعتمد على مفاهيم دينية تختلف عن مبادئ المسيحية التي تستند عليها قوانينها، كما هو الحال في موضوع تعدد الزوجات أو حق الزوج بالطلاق بمحض إرادته.

٢- نظرية الفقيه مانشيني (Mancini):

إنَّ الفقيه الإيطالي (مانشيني) أخذ في نطاق تنازع القوانين بمبدأ شخصية القوانين، ومن ثم تطبيق القانون الشخصي على العلاقات القانونية المشوبة بعنصرٍ أجنبي بصورة أصلية إلّا إنَّه أورد استثناءات على تطبيق هذا القانون بوصفها حالات تتعلق بالنظام العام كتلك المتعلقة بالمسؤولية التقصيرية، والملكية العقارية، وفي هذا الحال ينبغي عدم تطبيق القانون الشخصي ويحل محله قانونًا آخرًا يتمثل بالقانون الوطني[٤]، ويبرر الفقيه (مانشيني) نظريته هذه بضرورة احترام استقلال الدولة وسيادتها[٥].

٣- نظرية بيليه (Billet):

---

[١] د. حامد مصطفى، القانون الدولي الخاص العراقي، مطبعة المعارف، بغداد، بلا سنة نشر، ص٢٥٧.

[٢] د. بشرى زلاسي، النظام العام وأثره على اعتبارات الملاءمة لقواعد الإسناد، بحث منشور في مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، جامعة البليدة ٢، الجزائر، المجلد (٥)، العدد (١٠)،٢٠١٦، ص٢٤.

[٣] بوخروبه حمزة، موانع تطبيق القانون الأجنبي في ضوء المادة(٢٤) من القانون المدني الجزائري، مصدر سابق، ص٤٤.

[٤] للمزيد من التفصيل، يُنظر تفضلًا: ما تم إيضاحه بشأن موضوع نشأة الدفع بالنظام العام في الفقه الإيطالي لاسيما الانتقادات التي وجهّت إلى رأي الفقيه (مانشيني) في الصفحة (٤٩) من هذه الرسالة.

[٥] د. عبد الحميد عمر وشاحي، القانون الدولي الخاص في العراق، مصدر سابق، ص١٧٤.

يرى الفقيه الفرنسي (بيليه) أَنَّ فكرة الدفع بالنظام العام في إطار العلاقات الدولية الخاصة تعد تطبيقًا لقاعدة عامة من قواعد القانون الدولي الخاص، وبناءً على ذلك فأَنَّ هذه الفكرة تكون من القواعد الأصلية والأساسية، وتأخذ بنظر الاعتبار بوصفها عنصر من العناصر الأساس للوضع السائد للأمور، ولم ينظر إليها بوصفها قواعد استثنائية تحول دون تطبيق القانون الأجنبي الواجب التطبيق، إذ توجد في قانون دولة القاضي قواعد ينبغي أن تُطَبَّق على جميع العلاقات القانونية من دون تمييز بين الوطنيين والأجانب، وهذه القواعد تكون شأنها شأن قانون جنسية الدولة التي ينتمون إليها الأشخاص ويتم تطبيقه على جميع علاقاتهم القانونية، ويُدعّم الفقيه (بيليه) رأيه هذا بأَنَّ فكرة الدفع بالنظام العام تستند على أساس السيادة الإقليمية، وبعض القوانين الإقليمية توصف بأَنَّها قاعدة شأنها شأن قاعدة شخصية القوانين وكل منهما يُستمد من احترام السيادة المقررة إلى الدول[١].

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

إنَّ هذه النظرية لم تسلم من النقد إذ وجّه إليها الانتقاد؛ كونها لم تفرق بين فكرة إقليمية القانون وفكرة الدفع بالنظام العام؛ أي: إنَّها خلطت بين هاتين الفكرتين على الرغم من أَنَّه ينبغي التفرقة بينهما، وإلّا لأصبحت فكرة الدفع بالنظام العام لغوًا، ولا يتم العمل بها، فضلًا عن ذلك أَنَّ بعض القوانين الإقليمية وحدها لم تعد كافية لاستبعاد القانون الأجنبي المختص، كما هو الحال إذا كان القانون الأخير يحتوي على نظام قانوني لم يأخذ به القانون الوطني، أو يتعارض بصورة ظاهرة وواضحة مع المصالح العامة، ففي هذه الحالات يجب اللجوء إلى فكرة الدفع بالنظام العام للحيلولة من دون تطبيق القانون الأجنبي[٢]. كما أخذ على هذه النظرية بأَنَّها نظرت إلى فكرة الدفع بالنظام العام نظرةٌ تعصبية كونها قد تؤثر على التعاون الحاصل بين الدول واستمرار العلاقات الدولية الخاصة، فضلًا عن ذلك تؤدي إلى إنكار وظيفة قواعد الإسناد[٣].

- **النظرية الراجحة:**

إنَّ النظرية الراجحة لتحديد الطبيعة القانونية لفكرة الدفع بالنظام العام في مجال القانون الدولي الخاص هي النظرية التي تعد هذه الفكرة استثناءً[٤] لقاعدة تطبيق القانون الأجنبي الواجب التطبيق لاسيما نظرية الفقيه الألماني (سافيني)؛ كونها تتفق مع الواقع العملي بصورة كبيرة ويترتب على إعمالها استبعاد القانون الأجنبي المحدد

---

[١] د. صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، ط ١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦، ص١١٢.

[٢] د. جابر جاد عبد الرحمن، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص٥٧٢.

[٣] د. محمد مصلح ملفي القضاة، أثر النظام العام في استبعاد القانون الواجب التطبيق، دراسة مقارنة في القانون الأردني، بحث منشور في مجلة جامعة الزيتونة الأردنية للدراسات القانونية، المجلد (٢)، العدد (٣)، ٢٠٢١، ص٩١.

[٤] يرى الدكتور حامد مصطفى (بأَنَّ الرأي الراجح للأخذ بالنظام العام هو دفع تجاه قاعدة الإسناد الوطنية التي تشير إلى تطبيق القانون الأجنبي، وبذلك فإنَّ النظام العام يصبح أقوى من قاعد الإسناد الوطنية)، يُنظر تفضلًا: د. حامد مصطفى، القانون الدولي الخاص العراقي، مصدر سابق، ص٢٥٨. ويرى الباحث بالتأكيد الأخذ بفكرة النظام العام يعد دفع تجاه قاعدة الإسناد الوطنية، بل هو وسيلة لتعطيل القانون الأجنبي، ولكن لم يوضح هذا الرأي سبب عَد فكرة النظام العام دفعًا في وجه قاعدة الإسناد؛ لذلك يمكن القول: بأَنَّ النظرية الراجحة لتحديد الطبيعة القانونية لفكرة الدفع بالنظام العام في نطاق القانون الدولي الخاص هي نظرية الفقيه الألماني (سافيني) للأسباب المذكورة أعلاه.

بموجب قواعد الإسناد الوطنية[١]، فضلًا عن ذلك أَنَّ استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق لتصادمه مع الأسس الجوهرية والقيم العليا التي تمثل النظام العام في مجتمع دولة القاضي يؤدي إلى تطبيق القانون الوطني، فهذا لا يعني أَنَّ فكرة الدفع بالنظام العام هي التي حددت الاختصاص للقانون الإقليمي بصورة مباشرة، بل إنَّ استبعاد القانون الواجب التطبيق يمثل إجراء استثنائي من القاعدة الأصلية التي أعطت الاختصاص للقانون الأجنبي، وتجدر الإشارة إذا تبين بأَنَّ قانون الجنسية الأجنبي الواجب التطبيق في حالة من الأحوال الشخصية مخالفًا للنظام العام فيتم إبعاده بمقدار تصادمه مع ذلك النظام وما عدا ذلك يبقى الاختصاص إلى قانون جنسية الأجنبي وليس لقانون دولة القاضي[٢].

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

ويبدو من خلال الواقع العملي أَنَّ الدول اللاتينية والدول الأنجلوأمريكية قد أخذت بهذه النظرية لتحديد الطبيعة القانونية لفكرة الدفع بالنظام العام في إطار القانون الدولي الخاص بوصفها أداة استثنائية لاستبعاد القانون الواجب التطبيق. وعليه فأَنَّ الاتجاهين اتفقا بشأن تحديد الطبيعة القانونية لهذه فكرة، بل هنالك جانب من الفقه الأمريكي[٣] يؤكد أَنَّ فكرة الدفع بالنظام العام ما هي إلّا استثناء يتم اللجوء إليها عندما تكون لمجتمع دولة القاضي مصلحة مهمة في نتيجة قضية معروضة على قاضي تلك الدولة.

---

[١] د. عبد الحميد عمر وشاحي، القانون الدولي الخاص في العراق، مصدر سابق، ص١٧٥.

[٢] د. حسن الهداوي، الوجيز في القانون الدولي الخاص، مصدر سابق،ص٨٠.

[3] Professors Paulsen and Sovern, look, John Bernard Corr: The Modern Choice of Law and Public Policy, op.cit., p. 669.

الفرع الثاني

تمييز الدفع بالنظام العام في إطار القانون الدولي الخاص عن بعض المصطلحات القانونية الأخرى

إنَّ فكرة الدفع بالنظام العام في مجال القانون الدولي الخاص تتمتع بأهمية كبيرة؛ بوصفها مانع من موانع تطبيق القانون الأجنبي الواجب التطبيق بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية، لذا ينبغي تمييزها عن المصطلحات القانونية الأخرى السائدة والمعتمدة في القانون الدولي الخاص وهي: (كفكرة النظام العام الداخلي، والتحايل نحو القانون، والتكييف القانوني، والإحالة من الدرجة الأولى، ومنهج القواعد ذات التطبيق الضروري، و فكرة النظام العام في الإسلام)، وعلى وفق التفصيل الآتي:

أولًا- التمييز بين الدفع بالنظام العام في إطار القانون الدولي الخاص وفكرة النظام العام الداخلي.

إنَّ جميع دول العالم لها نظام عام وقد سبق أن أوضحنا في خصائص النظام العام في مجال القانون الدولي الخاص بأَنَّه ذو طابع وطني؛ كونه مستمد من النظام العام الوطني (الداخلي). وعليه يكون النظام العام في مجال تنازع القوانين والنظام العام الداخلي هو نفس النظام العام في الدولة، وعلى الرغم من ذلك ثمة أوجه اختلاف بين هذين النظامين وقبل التطرق إليها سنوضح أوجه الشبه بينهما وعلى وفق التفصيل الآتي:

١- أوجه الشبه بين الدفع بالنظام العام في إطار القانون الدولي الخاص والنظام العام الداخلي.

يشترك النظامان المشار إليهما أعلاه بالأمور الآتية:

أ- من جهة الهدف:

يهدف كل منهما إلى حماية مجتمع الدولة، والمصالح الأساسية والجوهرية في ذلك المجتمع.

ب- من جهة التمسك:

إنَّ التمسك في كل منهما يكون داخل الدولة.

ت- من جهة الاعتراض أمام المحكمة:

إنَّ الاعتراض في كل منهما يكون بذات الشكل أمام المحكمة المعروض عليها النزاع من خلال الدفع بالنظام العام، وفي الأغلب يكون الاعتراض بهذا الدفع من قبل المدعى عليه، ويجوز للمحكمة أن تتمسك بهذا الدفع من تلقاء نفسها؛ كونه يشكل قيدًا على سلطتها، فضلًا عن ذلك يُمكن الاعتراض بالدفع بالنظام العام في أي مرحلة من

مراحل الدعوى سواء كان النظام العام داخليًا أم دوليًا. ولا يجوز لأطراف العلاقة القانونية الاتفاق على التنازل عن ذلك الدفع[١].

٢- أوجه الاختلاف بين الدفع بالنظام العام في نطاق القانون الدولي الخاص والنظام العام الداخلي.

إن الاختلاف بين النظامين المشار إليهما أعلاه يتمثل بالآتي:

أ- من جهة المضمون:

إنَّ مضمون النظام العام الداخلي يتمثل بقواعد القوانين التي لا يجوز للأفراد الاتفاق على تجاوزها بإرادتهم الفردية؛ أي: لا يمكن للأفراد الاتفاق على ما يخالفها بموجب اتفاقٍ خاص، بينما مضمون الدفع بالنظام العام في مجال القانون الدولي الخاص يتمثل بكونه مانعًا من موانع تطبيق القانون الأجنبي؛ أي: إنَّه يعد وسيلة لاستبعاد القانون الواجب التطبيق على المسألة محل النزاع[٢].

ب- من جهة الاعتراض:

إنَّ فكرة النظام العام الداخلي يتم تطبيقها على مستوى العلاقات القانونية الوطنية التي لا تحتوي على عنصرٍ أجنبي، في حين تطبق فكرة الدفع بالنظام العام في مجال تنازع القوانين على العلاقات القانونية المتضمنة عنصرًا أجنبيًا[٣].

ت- من جهة الوظيفة:

إنَّ وظيفة فكرة النظام العام على الصعيد الداخلي تختلف عمّا هي عليه في فكرة الدفع بالنظام العام على الصعيد الدولي، إذ إنَّ وظيفة الأولى تشكل قيدًا على مبدأ سلطان الإرادة من أجل عدم خروج الأفراد عن أحكام القواعد القانونية ذات الطابع الآمر، بينما وظيفة الثانية تتمثل في استعمال هذه الفكرة للحيلولة من دون تطبيق القانون المختص بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية لتعارضه مع المصالح الجوهرية في مجتمع دولة القاضي، وهذا الاختلاف يتحقق على الرغم من وحدة هدف كل منهما المتمثل بحماية المصالح الأساسية للمجتمع[٤].

ث- من جهة النتيجة:

إنَّ النتيجة المترتبة على إعمال فكرة النظام العام الداخلي تتجسد بتأكيد الاختصاص التشريعي للقانون الوطني، ولا يترتب على إعمالها استبدال القانون الوطني بقانونٍ آخر، وهذا يتحقق من خلال إبطال جميع الاتفاقات

---

(١) د. حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني، دراسة مقارنة، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن،١٩٩٧، ص١٨٧.

(٢) د. سامي بديع منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، تقنية وحلول النزاعات الدولية الخاصة، ط ١، دار العلوم العربية، بيروت، لبنان، ١٩٩٤، ص٧٧٥.

(٣) د. علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ط ٥، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ١٩٨٠، ص١٥١.

(٤) د. عباس العبودي، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مصدر سابق، ص٢١١.

والتصرفات المخالفة لذلك القانون (القانون الوطني)، في حين النتيجة التي تترتب على إعمال فكرة الدفع بالنظام العام في مجال القانون الدولي الخاص تتمثل بتغيير الاختصاص التشريعي من خلال استبعاد القانون الأجنبي المختص التي أشارت إليه قاعدة الإسناد الوطنية واستبداله بقانونٍ آخر لم يكن مختصًا بحكم العلاقة القانونية محل النزاع أصلًا، وفي الأغلب يكون هذا القانون هو قانون دولة القاضي[١].

ج- من جهة مجال الإعمال:

تعد فكرة النظام العام الداخلي أكثر مجالًا من فكرة الدفع بالنظام العام في مجال تنازع القوانين؛ لأَنَّ حالات النظام العام في النطاق الداخلي تتعدد بتعدد القواعد القانونية الآمرة التي يحددها المشرع الوطني في مختلف فروع القانون، بينما حالات النظام العام في مجال القانون الدولي الخاص تقتصر على مجموعة من المبادئ الجوهرية المأخوذة من هذه الفروع المختلفة التي تعد مشتركة فيما بينها، وعليه فليس كل ما يُعد من النظام العام الداخلي يُعد حتمًا من النظام العام في إطار تنازع القوانين، فمثلًا: (عندما يُحدد القانون الوطني سن الرشد بتسعَ عشرةَ سنة ميلادية، فهذا التحديد يُعد من النظام العام الداخلي ولا يجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالفها، في حين القانون الأجنبي الواجب التطبيق عندما يحدد سن الرشد أكثر من هذا السن أو أقل فلا يتعارض مع النظام العام)[٢]. والعكس صحيح، فكل ما يعد من النظام العام الدولي يُعد حتمًا ضمن النظام العام الداخلي، فمثلًا: زواج صبي يبلغ من العمر ثلاثَ عشرةَ سنة ميلادية في دولةٍ تحدد سن الرشد للزواج إتمام الثامنة عشر، فينبغي على محكمة هذه الدولة الدفع بالنظام العام لتصادم سن زواج هذا الصبي مع سن الزواج المسموح به في قانون دولتها ما دام يعد ذلك السن من مسائل الأحوال الشخصية التي تتعلق بالنظام العام الداخلي على الرغم من قانون جنسية الصبي يسمح بالزواج بهذا السن، وبناءً على ذلك تتحقق الصفة التبعية؛ لأَنَّه تُوصَف فكرة النظام العام الداخلي بمثابة الأصل وفكرة الدفع بالنظام العام في نطاق العلاقات الدولية الخاصة كجزء منها أو فرع عنها[٣].

ح- من جهة الاهتمام بالقاعدة القانونية:

إنَّ فكرة النظام العام الداخلي تهتم بالقاعدة القانونية الوطنية بصورةٍ كبيرة، إذ تكون لها (حليف أو حامٍ)، بينما فكرة الدفع بالنظام العام في مجال تنازع القوانين تكون (ند أو رقيب) على القاعدة القانونية الأجنبية؛ كونها تمنع تطبيق القانون الأجنبي المختص الذي يتعارض مع الأسس والمبادئ في مجتمع دولة القاضي[٤].

---

[١] د. جمال محمود الكردي، محاضرات في القانون الدولي الخاص، المبادئ العامة في تنازع القوانين، ج ٢، ط ٣، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١، ص١٢٠.

[٢] د. عبد المنعم زمزم، الوسيط في القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص١٥٩.

[٣] د. يونس صلاح الدين علي، القانون الدولي الخاص، دراسة تحليلية في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مصدر سابق، ص٢٦٩.

[٤] د. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، الجنسية والموطن ومعاملة الأجانب والتنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية، مصدر سابق، ص٧٧٣.

ثانيًا- التمييز بين الدفع بالنظام العام في إطار القانون الدولي الخاص والدفع بالتحايل نحو القانون.

سنتناول أوجه الشبه والاختلاف من خلال بيان الآتي:

١- أوجه الشبه بين الدفع بالنظام العام في إطار القانون الدولي الخاص والدفع بالتحايل نحو القانون.

يتشابه الدفع بالنظام العام في مجال تنازع القوانين والدفع بالتحايل نحو القانون بالأمور الآتية:

أ- من جهة الهدف: إنَّ كل منهما يهدف إلى حماية المبادئ والأسس السائدة في مجتمع دولة القاضي.

ب- من جهة النتيجة: يعد كل منهما وسيلة فنية استثنائية تُستعمل لتحقيق نتيجة معينة أَلا وهي استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق[١].

٢- أوجه الاختلاف بين الدفع بالنظام العام في إطار القانون الدولي الخاص والدفع بالتحايل نحو القانون.

على الرغم من تشابه الدفعين المذكورين أعلاه من جهة الهدف والنتيجة إلّا إنَّهما يختلفان بالآتي:

أ- من جهة المضمون:

إنَّ مضمون الدفع بالنظام العام يتمثل بأَنَّه دفع تجاه القانون الأجنبي المختص، فهو أداة لاستبعاد ذلك القانون؛ كونه يصطدم مع المبادئ الجوهرية التي يقوم عليها مجتمع دولة القاضي، بينما مضمون التحايل نحو القانون يتجسد بأَنَّه دفع تجاه الوسيلة التي استعملها الأفراد لإعطاء الاختصاص للقانون الأجنبي بغية حكم علاقة قانونية لم تكن داخلة ضمن اختصاصه أصلًا[٢].

ب- من جهة النشأة:

إنَّ نشأة فكرة الدفع بالنظام العام في مجال القانون الدولي الخاص كما لاحظنا سابقًا عند ظهور تنازع القوانين بين المدن الإيطالية في القرن الثالث عشر على يد الفقه الإيطالي (بارتول- مانشيني) ومن ثم تطورت على يد الفقيه الألماني (سافيني) لتصبح وسيلة لاستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق، في حين نشأت فكرة الدفع بالتحايل نحو القانون في القرن التاسع عشر على يد القضاء الفرنسي في القضية المشهورة المتمثلة بقضية الأميرة (دوفورمون) إذ يتلخص موضوعها بأَنَّ زوجة الأمير (دوفورمون) كانت تحمل الجنسية الفرنسية وقد طلبت الطلاق إلّا إنَّ القانون الفرنسي لا يجيز الطلاق أنذاك مما أدى إلى لجوء الزوجة إلى التجنس بجنسية إحدى الولايات الألمانية التي كان قانونها يسمح بالطلاق، وحصل ذلك الطلاق بالفعل وتزوجت من الأمير (بيبسكو) وأقامت في فرنسا معه،

---

[١] د. صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، ط ١، مصدر سابق، ص١٥٧.
[٢] د. فؤاد عبد المنعم رياض، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص١٧٩.

وإذ طعن الزوج الأول بالطلاق والزواج الثاني، وقد عَدّت ذلك محكمة النقض الفرنسية تحايلًا نحو القانون وقضت ببطلان الزواج الثاني؛ كون الطلاق من الأمير الأول كان نتيجةً لتغيير جنسية الزوجة وهذا يعد تحايلًا نحو القانون[١].

ت- من جهة شروط الإعمال:

يُشترط لإعمال فكرة الدفع بالنظام العام، وجود قانون أجنبي واجب التطبيق تم تحديده بموجب قاعدة تنازع القوانين الوطنية، ومخالفة هذا القانون لمقتضيات النظام العام السائدة في مجتمع دولة القاضي مما يستوجب عدم تطبيق أحكام ذلك القانون[٢]، بينما يشترط لإعمال فكرة الدفع بالتحايل نحو القانون، تغيير الأفراد بإرادتهم لمعيار(ضابط) الإسناد (كالجنسية والموطن)، ووجود نية التحايل نحو القانون، فتكون العبرة في الباعث الدافع على العمل المتضمن التحايل أو الغش[٣]، فضلًا عن ذلك أن يكون نص القاعدة المتحايل عليها من النصوص الآمرة[٤].

ث- من جهة الأساس:

إنَّ أساس فكرة الدفع بالنظام العام يكمُن بانتفاء الاتحاد القانوني والمفاهيم العامة بين القانون الأجنبي المختص بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية وقانون دولة قاضي النزاع، في حين أساس الأخذ بفكر التحايل نحو القانون يكمُن في الحد من إرادة الأفراد الذين يُسيوؤن في استعمال الحق الذي منحه القانون لهم، ومنعهم من تغيير ظروف الإسناد لاصطناع الاختصاص لقانون آخر لم يكن مختصًا بالأصل[٥].

ج- من جهة الأثر:

إنَّ الدفع بالنظام العام يرتب أثرًا يتمثل باستبعاد القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعد الإسناد الوطنية وإحلال القانون دولة القاضي محله، في حين الأثر المترتب على التحايل نحو القانون يتمثل باستبعاد القانون الأجنبي الذي أصبح مختصًا لحكم العلاقة القانونية نتيجة لتغيير ضابط الإسناد من خلال تحايل الأفراد بإرادتهم، وإعادة الاختصاص القانوني للقانون المتحايل عليه الذي كان مختصًا بالأصل قبل حصول التحايل تجاهه.

ح- من جهة مجال الإعمال:

إنَّ التمسك بفكرة الدفع بالنظام العام قد يكون في وقت إنشاء الحق أو المركز القانوني ليرتب أثرًا يتمثل باستبعاد القانون الأجنبي المختص وإحلال القانون القاضي محله، أما بالنسبة لتلك التي يتم إنشائها خارج دولة القاضي فيترتب على التمسك بهذه الفكرة أثرًا مخففًا، بينما التمسك بفكرة التحايل نحو القانون يكون في وقت

---

[١] د. علي خليل إسماعيل الحديثي، القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٣، ص١٤٦.

[٢] د. مهند أحمد محمود، موانع تطبيق القانون الأجنبي واجب التطبيق في القانون البحريني، دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق- جامعة النهرين، المجلد (٢٢)، العدد (٢)، ٢٠٢٠، ص٧.

[٣] د. جابر إبراهيم الراوي، أحكام تنازع القوانين في القانون العراقي، جامعة بغداد، ١٩٧٩- ١٩٨٠، ص٥٣.

[٤] د. محمد جلال حسن الأتروشي وآخرون، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين- تنازع الاختصاص القضائي الدولي- تنفيذ الأحكام الأجنبية ، مصدر سابق،ص٢١٩.

[٥] د. غالب علي الداودي، د. حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مصدر سابق، ص١٩٧.

الاحتجاج بالمركز القانوني وليس في وقت إنشاؤه، إذ يُعد باطلًا كل ما حصل بناءً على التحايل استنادًا إلى القاعدة التي تقضي بأَنَّ " الغش يُفسد كل شيء"[١].

ثالثًا- التمييز بين فكرة الدفع بالنظام العام وفكرة التكييف القانوني في إطار القانون الدولي الخاص.

توجد هنالك أوجه شبه واختلاف بين فكرتي الدفع بالنظام العام والتكييف القانوني[٢] وسنبين ذلك على وفق التفصيل الآتي:

١- أوجه الشبه بين فكرة الدفع بالنظام العام وفكرة التكييف القانوني في إطار القانون الدولي الخاص.

يشترك كل منهما بشأن تطبيق قانون دولة القاضي، فهو يحدد المفاهيم التي يتم بموجبها تكييف العلاقة القانونية، وبالوقت ذاته يحدد المبادئ والقواعد الأساسية في المجتمع التي تشكل النظام العام التي لا يجوز التجاوز عليها.

٢- أوجه الاختلاف بين فكرة الدفع بالنظام العام وفكرة التكييف القانوني في إطار القانون الدولي الخاص.

أ- تعد فكرة الدفع بالنظام العام كما أشرنا سابقًا مانعًا من موانع تطبيق القانون الأجنبي الواجب التطبيق لحكم العلاقة القانونية محل النزاع، في حين أَنَّ فكرة التكييف تتمثل بتحليل طبيعة العلاقة القانونية محل النزاع وإعطائها الوصف القانوني المناسب لها، تمهيدًا لإسنادها إلى القانون الواجب التطبيق على تلك العلاقة[٣].

ب- إن فكرة الدفع بالنظام العام يتم إعمالها بعد تطبيق قاعدة الإسناد الوطنية التي تحدد القانون الأجنبي الواجب التطبيق ومن ثم يتم استبعاد ذلك القانون لتعارضه مع المبادئ والأسس الجوهرية التي يقوم عليها مجتمع دولة القاضي، بينما إعمال فكرة التكييف تتم قبل تحديد القانون المختص بغية تحديد وتسمية قاعدة الإسناد.

ت- إن إعمال فكرة الدفع بالنظام العام يترتب عليها دائمًا تطبيق القانون الوطني، بينما عملية التكييف قد تؤدي إلى تطبيق قانون أجنبي[٤].

رابعًا- التمييز بين فكرة الدفع بالنظام العام في إطار القانون الدولي الخاص وفكرة الإحالة من الدرجة الأولى.

سنتناول أوجه الشبه والاختلاف الخاصة بالفكرتين على وفق التفصيل الآتي:

١- أوجه الشبه بين فكرة الدفع بالنظام العام في إطار القانون الدولي الخاص وفكرة الإحالة من الدرجة الأولى.

---

[١] د. صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، ط ٢، مزيدة ومنقحة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٦، ص٥٩.

[٢] أخذ المشرع العراقي بفكرة التكييف في نص المادة (١٧) من القانون المدني النافذ التي قضت على أَنَّه: "١- القانون العراقي هو المرجع في تكييف العلاقات عندما يطلب تحديد نوع هذه العلاقات في قضية تتنازع فيها القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه من بينها.٢- مع ذلك فأن القانون الذي يحدد ما إذا كان الشيء عقارًا أو منقولًا هو قانون الدولة التي يوجد فيها هذا الشيء".

[٣] د. سالم إرجيعة، الوجيز في القانون الدولي الخاص الليبي، تنازع القوانين من حيث المكان- تنازع الاختصاص القضائي الدولي- الجنسية ومركز الأجانب، مصدر سابق، ص٩٠.

[٤] د. سامي بديع منصور وآخرون، القانون الدولي الخاص، تنازع الاختصاص التشريعي، مصدر سابق، ص٩١٢.

إنَّ أوجه الشبه بين فكرة الدفع بالنظام العام و فكرة الإحالة[١] من الدرجة الأولى[٢] تتمثل باشتراكهما من جهة النتيجة، إذ يترتب على إعمالهما استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق والمختص بصفة أصلية بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية لحكم المسألة محل النزاع، ليحل محله قانون دولة القاضي المعروض عليه تلك المسألة[٣].

٢- أوجه الاختلاف بين فكرة الدفع بالنظام العام في إطار القانون الدولي الخاص وفكرة الإحالة من الدرجة الأولى.

إنَّ تشابه الفكرتين المشار إليها أعلاه من جهة النتيجة، هذا لا يعني عدم وجود أوجه اختلاف بينها؛ لذلك سنتطرق لأوجه الاختلاف على وفق التفصيل الآتي:

أ- من جهة الغاية:

سبق أن أوضحنا الغاية المترتبة على فكرة الدفع بالنظام العام التي تتمثل باستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق لتصادمه مع المبادئ الجوهرية والمصالح العليا في مجتمع دولة القاضي، بينما الغاية المتوخاة من فكرة الإحالة من الدرجة الأولى تتمثل برد أو إرجاع الاختصاص إلى قانون دولة القاضي وذلك بسبب عدم قبول قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي للاختصاص القانوني والحكم في العلاقة القانونية محل النزاع[٤].

ب- من جهة الأساس:

إنَّ أساس الأخذ بفكرة الدفع بالنظام العام يتجسد بعدم تحقق الاتفاق القانوني بين القواعد الموضوعية في القانون الوطني والقانون الأجنبي المختص، بينما أساس الأخذ بفكرة الإحالة[٥] من الدرجة الأولى تتمثل بانعدام الاتفاق القانوني بين أحكام قواعد الإسناد في القانون الوطني والقانون الأجنبي (القانون المسند له الاختصاص)، وعليه عند تشابه أحكام قواعد الإسناد في هذين القانونين فلا تظهر الإحالة بينهما[٦].

---

[١] ظهرت فكرة الإحالة لأول مرة في القضاء الإنكليزي عام (١٨٤١) ولكن لم تتجسد معالمها إلّا على يد القضاء الفرنسي في عام (١٨٧٤) بشأن قضية الميراث الخاصة بالسيد (فوركو- Forgo)/ البافاري الجنسية والمقيم في فرنسا حتى تأريخ وفاته، للمزيد من التفصيل، يُنظر تفضلًا: أستاذنا: د. حسن علي كاظم، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص ٢٨٨.

[٢] هنالك نوع آخر للإحالة يسمى بـ (الإحالة من الدرجة الثانية)، إذ تتحقق هذه الإحالة عندما تُحيل قواعد الإسناد في القانون الأجنبي الواجب التطبيق الاختصاص القانوني إلى قانون أجنبي آخر وليس إلى قانون دولة القاضي المعروض عليه النزاع. د. أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، مصدر سابق،ص١٠١.

[٣] د. يونس صلاح الدين علي، القانون الدولي الخاص، دراسة تحليلية في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مصدر سابق، ص٢٦٧.

[٤] د. مجد الدين خربوط، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ج ٢، منشورات جامعة حلب- كلية الحقوق، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، بلا مكان نشر،٢٠٠٨، ص١١١.

[٥] تجدر الإشارة بأَنَّ المشرع العراقي لم يأخذ بفكرة الإحالة كقاعدة أصلية كما هو واضح من نص المادة (١/٣١) من القانون المدني النافذ التي نصت على أَنَّه: " إذا تقرر إنَّ قانونًا أجنبيًا هو واجب التطبيق فإنما يُطَبَّق منه أحكامه الموضوعية دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص". إلّا إنَّه أخذ بهذه الفكرة بصفة استثنائية مقررة بموجب نصوص خاصة، كنص المادة (٤٨/ ٢) من قانون التجارة رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ التي قضت بأَنَّه " يرجع في تحديد أهلية الالتزام بمقتضى الحوالة إلى قانون الدولة التي ينتمي إليها الملتزم بجنسيته. فاذا أحال هذا القانون إلى قانون دولة أخرى كانت القواعد الموضوعية في قانون تلك الدولة الواجبة التطبيق". للمزيد من التفصيل، يُنظر تفضلًا: د. غالب علي الداودي، د. حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مصدر سابق، ص٧٥.

[٦] د. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ٢٠١٥، ص٢٤٢.

خامسًا- التمييز بين فكرة الدفع بالنظام العام في إطار القانون الدولي الخاص ومنهج القواعد ذات التطبيق الضروري.

سنوضح أوجه الشبه والاختلاف بين فكرة الدفع بالنظام العام ومنهج القواعد ذات التطبيق الضروري[١] وفقًا للتفصيل الآتي:

١- أوجه الشبه بين فكرة الدفع بالنظام العام في إطار القانون الدولي الخاص ومنهج القواعد ذات التطبيق الضروري.

أ- من جهة الهدف:

يهدف كل منهما إلى حماية المصالح العليا والأساسية في مجتمع دولة القاضي[٢].

ب- من جهة الطابع الاستثنائي:

يعد كل منهما وسيلة استثنائية في استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق وتطبيق القانون الوطني لدولة القاضي المعروض عليه النزاع[٣].

٢- أوجه الاختلاف بين فكرة الدفع بالنظام العام في إطار القانون الدولي الخاص ومنهج القواعد ذات التطبيق الضروري.

هنالك اختلافات بين فكرة الدفع بالنظام العام والقواعد ذات التطبيق الضروري يمكن إيضاحها على وفق التفصيل الآتي:

أ- من جهة المضمون:

سبق أن أشرنا بأَنَّ مضمون فكرة الدفع بالنظام العام في مجال تنازع القوانين تتمثل بكونها أداة لاستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق والمتعارض مع المبادئ الجوهرية لمجتمع دولة القاضي بوصفها مانعًا من موانع تطبيق القانون الأجنبي، أما بالنسبة إلى مضمون منهج القواعد ذات التطبيق الضروري يتجسد بكونها قواعد يضعها المشرع الوطني بغية تنظيم العلاقات التي تدخل ضمن نطاق تطبيقها، وإنَّها تتصف بالصفة الآمرة من دون أن ينافسها أي قانون آخر حتى لو اختاره اطراف العلاقة القانونية[٤].

---

[١] يوجد منهج آخر يسمى بـ (منهج القواعد الموضوعية) الذي يُراد به: " مجموعة القواعد التي تضع مباشرةً حلولًا موضوعية لمشاكل العقود الدولية للتجارة، وبذلك تختلف عن قواعد الإسناد التي تحتويها النظم الوطنية في القانون الدولي الخاص"، م.م. إلهام فاهم نغيش، العلاقة التكاملية بين القواعد الموضوعية وقواعد الإسناد في نطاق القانون الدولي الخاص، بحث منشور في مجلة كلية القلم الجامعة، المجلد (٥)، العدد (١٠)، ٢٠٢١، ص١١٦. كما يتمتع هذا المنهج بخصائص معينة تتمثل بـ (الصفة المادية- الصفة الدولية ذات العلاقات الخاصة- الصفة التلقائية- الصفة الواقعية والفاعلية والنوعية). للمزيد من التفصيل، يُنظر تفضلًا: د. عباس العبودي، المناهج الجديدة في العلاقات الخاصة الدولية وأثرها على قاعدة تنازع القوانين، بحث منشور في مجلة اليرموك، المجلد (٨)، العدد (١)، ٢٠١٦، ص٥.

[٢] د. يونس صلاح الدين علي، القانون الدولي الخاص، دراسة تحليلية في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مصدر سابق، ص٢٦٦.

[٣] د. سامي بديع منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، تقنية وحلول النزاعات الدولية الخاصة، مصدر سابق، ص٧٨٠.

[٤] د. يونس محمد كريم النعيمي، القواعد الدولية فورية التطبيق في القانون الوطني، دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للحقوق، للحقوق، المجلد (٦)، العدد (٢)،٢٠٢١، ص٢٢١.

ب- من جهة مجال الإعمال:

إنَّ فكرة الدفع بالنظام العام يكون مجال إعمالها في نظرية تنازع القوانين الذي يترتب على ذلك الإعمال تمكين القاضي الوطني من الحيلولة دون تطبيق القانون الأجنبي لتصادمه مع مضمون القواعد الأساسية في مجتمع دولته، في حين إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري يكون بصورة مباشرة عندما تكون العلاقة القانونية داخله ضمن نطاق تطبيقها[١].

ت- من جهة المصدر:

إنَّ مصادر فكرة الدفع بالنظام العام قد تكون رسمية إذ تتمثل بالنصوص التشريعية والعرف، وقد تكون تفسيرية كالفقه والقضاء[٢]، بينما مصادر القواعد ذات التطبيق الضروري[٣] يكون مصدرها هو التشريع الوطني وحَسب؛ كونها تتمتع بالصفة الوطنية من جهة النشأة والهدف[٤].

ث- من جهة دولية العلاقة:

لمّا كان مجال إعمال فكرة النظام العام في نظرية تنازع القوانين إذ تشترط هذه النظرية وجود علاقة قانونية تتسم بالصفة الدولية الخاصة[٥]، وعليه ينبغي أن تشتمل العلاقة القانونية محل النزاع على عنصرٍ أجنبي؛ ليتسنى إعمال فكرة الدفع بالنظام العام، ومن ثم استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية، أما بالنسبة إلى منهج القواعد ذات التطبيق الضروري فإنَّ هذه القواعد لا تأخذ بنظر الاعتبار الصفة الدولية للعلاقة القانونية محل النزاع؛ كون المشرع الوطني عندما يسن القواعد ذات التطبيق المباشر يضع العلاقة ذات الطابع الدولي على قدم المساواة مع العلاقة ذات الطابع الداخلي، مما يترتب على ذلك تطبيق القانون الوطني من دون أي تمييز بين تلك العلاقتين[٦].

ج- من جهة الأفضلية:

يعد منهج القواعد ذات التطبيق الضروري أفضل من فكرة الدفع بالنظام العام من جهة اقتصادية الوسائل أو الإجراءات المعتمدة في استبعاد القانون الواجب التطبيق، فإنَّ إعمال فكرة الدفع بالنظام العام تأتي بعد أن أخذ

---

(١) د. سامي بديع، د. أسامة العجوز، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص١٨٣.

(٢) مندي آسيا يسمينة، النظام العام والعقود، رسالة ماجستير، جامعة يوسف بن خدة، كلية الحقوق، الجزائر، ٢٠٠٨-٢٠٠٩، ص١٤.

(٣) هنالك من يطلق على هذه القواعد بـ (النظام العام التوجيهي)؛ لأنَّها تعمل على حماية المصالح العامة من خلال توجيه جميع الأنشطة إلى خدمة ما تسعى إليه الدولة من خلال تطبيق سياستها الاقتصادية، وإذ يتم تطبيق هذه القواعد بصورة مباشرة بالأولوية والأفضلية على القانون الأجنبي الذي قد تعيينه قاعدة الإسناد، وهذه القواعد تقوم بوظيفة تتمثل بمنح اختصاص عادي للقانون الوطني، ويصف هذا الرأي بأَنَّ هذه القواعد ما هي إلّا نظام عام إسنادي، ويقسم هذا النوع من النظام العام إلى (النظام العام العائلي كالقواعد المتعقلة بمسائل الأسرة، مثل: حماية الأسرة، والنظام العام الاقتصادي كالقواعد المتعلقة بالرقابة على النقد- أسعار الفائدة، والنظام العام القضائي كالقواعد الخاصة بالمرافعات المدنية الدولية، والنظام العام الاجتماعي كالقواعد المتعلقة بحماية الطرف الضعيف في عقد العمل)، في حين يطلق على فكرة الدفع بالنظام العام في إطار تنازع القوانين (النظام العام الحمائي أو الإستبعادي)؛ لأنَّه يهدف إلى المحافظة على المبادئ والأسس الجوهرية في مجتمع دولة القاضي. د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨، ص٥٨٤.

(٤) أستاذنا. د. غسان عبيد محمد المعموري، المنهج الأحادي ودوره في حل التنازع بين القوانين في عقود التجارة الدولية، مصدر سابق.

(٥) كما يُشترط لإعمال هذ النظرية أن تتصل هذه العلاقة بأكثر من نظام قانوني يسري للإنطباق عليها، وأن يسمح المشرع الوطني في قبول تطبيق القانون الأجنبي. للمزيد من التفصيل ينظر تفضلًا: د. عباس العبودي، المناهج الجديدة في العلاقات الخاصة الدولية وأثرها على قاعدة تنازع القوانين، مصدر سابق، ص١٩.

(٦) خليل إبراهيم محمد خليل، تكامل مناهج تنازع القوانين، مصدر سابق، ص١٦٣.

القاضي الوطني مجموعة من الإجراءات بشأن المسألة محل النزاع إبتداءً من التكييف القانوني لتلك المسألة، ومن ثم ردها إلى إحدى الأفكار المسندة لمعرفة قاعدة الإسناد المتعلقة بها، وبعد ذلك النظر في دولية هذه المسألة بوصفها مسألة أولية ينبغي حسمها، ومن ثم يقوم القاضي الوطني بتطبيق قاعدة التنازع من أجل تحديد القانون الواجب التطبيق وبعد ذلك سيثار موضوع إثبات القانون الأجنبي وتفسيره، وبعد هذه الجملة من الإجراءات الطويلة إذا تبين للقاضي بأَنَّ القانون الأجنبي المختص يصطدم مع المبادئ الأساسية والمصالح العليا في مجتمع دولته، فإنَّه يلجأ إلى استعمال الدفع بالنظام العام لاستبعاد تطبيق ذلك القانون، بينما في منهج القواعد ذات التطبيق الضروري، فإنَّ القاضي يقوم بتطبيق قواعد القانون الذي يرغب بالانطباق على المسألة محل النزاع تحقيقًا للأهداف التشريعية وسواء كانت هذه القواعد هي قواعد القانون الوطني أم قواعد القانون الأجنبي، ولكن عندما تكون القواعد ذات التطبيق الضروري الأجنبية هي واجبة التطبيق، فيتم اللجوء إلى استعمال فكرة الدفع بالنظام العام متى ما تبين بأَنَّ تلك القواعد تتعارض مع المبادئ الجوهرية في دولة القاضي بغية استبعادها[١].

ح- من جهة الأثر:

إنَّ إعمال فكرة الدفع بالنظام العام في مجال العلاقات الدولية الخاصة يترتب عليها أثرين، الأول- الأثر السلبي الذي يتمثل باستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق، والآخر- الأثر الإيجابي الذي يتجسد بتطبيق القانون الوطني بدلًا عن القانون الأجنبي المُستبعد على وفق الرأي الراجح، في حين يترتب على إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري أثر إيجابي سواء كانت هذه القواعد هي قواعد وطنية أم قواعد أجنبية، يتمثل هذا الأثر بإعطاء الاختصاص إلى قانون الدولة التي تنتمي إليها هذه القواعد بصورة أصيلة ومباشرة، من دون الأخذ بنظر الاعتبار ما تقضي به قاعدة الإسناد الوطنية، بل إنَّ تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري الوطنية يؤدي إلى إنهاء مشكلة تنازع القوانين، واستبعاد احتمالية تطبيق القانون الأجنبي[٢].

سادسًا- التمييز بين فكرة الدفع بالنظام العام في إطار القانون الدولي الخاص وفكرة النظام العام في الإسلام.

سنتناول أوجه الشبه والاختلاف بين الفكرتين المذكورتين أعلاه على وفق الآتي:

١- أوجه الشبه بين فكرة الدفع بالنظام العام في إطار القانون الدولي الخاص وفكرة النظام العام في الإسلام.

تشترك كل من الفكرتين المذكورتين أعلاه من جهة النتيجة، إذ كل منهما يهدف إلى حماية كيان المجتمع والمحافظة عليه.

---

[١] هنالك اعتبارات تستوجب تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري تتمثل بتحقيق العدالة وحماية الطرف الضعيف كالعمال والمستهلك، بل هنالك اعتبارات أخرى تتعلق بوحدة الحلول والانسجام بين الأنظمة القانونية، فضلًا عن ذلك توجد اعتبارات عملية تعطي الأفضلية في التطبيق إلى القواعد ذات التطبيق الضروري على بعض الوسائل المتبعة في منهج تنازع القوانين لاستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق: كفكرة التحايل نحو القانون، وفكرة الدفع بالنظام العام، وفيما يتعلق بضمان تنفيذ الأحكام الأجنبية. أستاذنا. د. غسان عبيد محمد المعموري، المنهج الأحادي ودوره في حل التنازع بين القوانين في عقود التجارة الدولية، المصدر نفسه.

[٢] د. يونس صلاح الدين علي، القانون الدولي الخاص، دراسة تحليلية في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مصدر سابق، ص٢٦٦.

٢- أوجه الاختلاف بين فكرة الدفع بالنظام العام في إطار القانون الدولي الخاص وفكرة النظام العام في الإسلام.

توجد أوجه اختلاف بين الفكرتين المشار إليها أعلاه سنتطرق إليها على وفق التفصيل الآتي:

أ- من جهة الأساس:

إنَّ أساس فكرة النظام العام في الإسلام يكمُن في مصدر الحكم الشرعي ودليله الشرعي، فعندما يدل على الحكم الشرعي نص صريح تسودهُ قطعية الثبوت والدلالة يعد من النظام العام، ولا يجوز للأفراد مخالفته، بينما أساس فكرة الدفع بالنظام العام في مجال تنازع القوانين يكمُن في موضوع الحكم، فإذا كان مضمون الحكم يهدف إلى حماية المبادئ الجوهرية في مجتمع الدولة ومصالحه العليا (السياسية، والاقتصادية، والاجتماعية، والأخلاقية)، فيعد ذلك من النظام العام[١].

ب- من جهة المرونة:

تُوصف فكرة النظام العام الإسلامي بالفكرة المطلقة؛ لأَنَّ مفهومها ثابت وغير قابل للتغيير، والتبديل، وإن الأحكام تستمد من الشريعة الإسلامية السمحاء، وما تقرره هذه الشريعة من كليات ومبادئ لا تتغير بتغير الزمان، والمكان، بينما فكرة الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص تتصف بالنسبية؛ كون مفهومها متغير وغير ثابت وتختلف من زمانٍ إلى زمان ومن مجتمعٍ لآخر[٢].

ت- من جهة التحديد:

إنَّ تحديد قواعد النظام العام الإسلامي يكون بصورة مسبقة لِما تتمتع به من الثبات، والديمومة بشكلٍ مطلق، بينما قواعد الدفع بالنظام العام في مجال تنازع القوانين لا يمكن تحديدها بصورة مسبقة؛ كونها تتمتع بالصفة النسبية، ولهذا فإنَّ القاضي هو الذي يتولى عملية الكشف عنها في كل نزاع (حالة) يُعرض عليه وفي وقت الفصل في ذلك النزاع، ومن ثم معرفة ما يتعلق بفكرة النظام العام من عدمه[٣].

ث- من جهة الانضباط:

تُعد فكرة النظام العام في الإسلام فكرة منضبطة؛ لأَنَّ قواعد الشريعة الإسلامية تم وضعها من قبل الحكيم الخبير (الله سبحانه وتعالى)، والعالم بما يكون في مصلحة الناس، ومن ثم لا يكون للقاضي أي سلطة تقديرية بشأنها، أما بالنسبة إلى فكرة الدفع بالنظام العام في إطار العلاقات الدولية الخاصة يمكن القول: بأَنَّها غير منضبطة؛ لأَنَّه يتم وضعها من قبل مشرعي الدول الذين قد لا يعلمون بالمصالح التي تحميها تشريعاتهم، فضلًا عن ذلك قد تؤثر عليهم أهواؤهم ومصالحهم الشخصية[٤].

---

[١] د. عكاشة عبد العال، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص٥٦٧.
[٢] د. صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، ط ٢، مزيدة ومنقحة، مصدر سابق، ص١٢١.
[٣] د. سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، المضمون الواسع المتعدد الموضوعات- الجنسية والقومية- المركز القانوني للأجانب وللعرب- النظرية العامة لتنازع القوانين، ط ١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٩، ص٧٤٧.
[٤] د. صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، ط ١، مصدر سابق، ص١٢١.

المبحث الثاني

متطلبات الدفع بالنظام العام في مجال القانون الدولي الخاص وآثاره

بعد إكمال البحث في مفهوم الدفع بالنظام العام في إطار القانون الدولي الخاص، ينبغي علينا معرفة المتطلبات اللازمة لإعمال فكرة الدفع بالنظام العام في مجال القانون الدولي الخاص، من خلال تسليط الضوء على الشروط الواجب توافرها لتلك الفكرة، والمعايير التي طرحها فقه القانون الدولي الخاص بصددها؛ لغرض تحديد مضمونها، وبعد تحقق تلك الشروط، والبحث في موضوع المعايير. وما مدى انطباق أو إعمال فكرة الدفع بالنظام العام؟، ومن ثم الوصول إلى كيفية تمتع القاضي الوطني بالسلطة التقديرية بشأن تحديد فكرة الدفع بالنظام العام، وبعد ذلك يتطلَّب الأمر التطرق إلى الآثار الناجمة عن الدفع بالنظام العام في إطار القانون الدولي الخاص. وسيتم البحث في جميع الموضوعات المطروحة أعلاه من خلال هذا المبحث، إذ سنخصص المطلب الأول إلى متطلبات الدفع بالنظام العام في مجال القانون الدولي الخاص، بينما سنخصص المطلب الثاني إلى الآثار المترتبة على الدفع بالنظام العام في إطار القانون الدولي الخاص.

المطلب الأول

متطلبات الدفع بالنظام العام في مجال القانون الدولي الخاص

إنَّ إعمال الدفع بالنظام العام في إطار القانون الدولي الخاص يتطلب شروط معينة ينبغي توافرها لكي يعد أداة استثنائية لاستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق بمقتضى قاعدة التنازع الوطنية لتعارضه مع مقتضيات النظام العام السائدة في مجتمع دولة القاضي، كما أَنَّ الفقه اختلف بشأن المعايير التي يمكن الاعتماد عليها لتحديد مضمون فكرة الدفع بالنظام العام، كذلك اختلفوا فيما يتعلق بمدى انطباق هذه الفكرة، فضلًا عن ذلك ينبغي بيان دور القاضي بشأن هذا الدفع، ومتى يتم التمسك بهذا الدفع؟، لذا سنتطرق لتلك الموضوعات في هذا المطلب من خلال تخصيص الفرع الأول إلى شروط الدفع بالنظام العام ومعاييره، في حين سنخصص الفرع الثاني إلى مدى انطباق الدفع بالنظام العام ودور القاضي في هذا الدفع، وعلى وفق التفصيل الآتي:

الفرع الأول

شروط الدفع بالنظام العام في مجال القانون الدولي الخاص ومعاييره

سنتطرق في هذا الفرع إلى ما يتطلَّب الدفع بالنظام العام في نطاق القانون الدولي الخاص من شروط ليصبح وسيلة استثنائية تُستعمل لاستبعاد القانون الأجنبي المختص لحكم العلاقة القانونية المشوبة بعنصرٍ أجنبي، وبعد ذلك سيتم التطرق إلى المعايير التي طرحها الفقه لاعتمادها في بيان مضمون الدفع بالنظام العام.

أولًا- شروط الدفع بالنظام العام.

إنَّ شروط إعمال فكرة الدفع بالنظام العام في مجال تنازع القوانين تتمثل بوجود قانون أجنبي واجب التطبيق محدد بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية، ومخالفة القانون الأجنبي الواجب التطبيق إلى إحدى مقتضيات النظام العام الوطني، وسنتناول هذه الشروط على وفق التفصيل الآتي:

١- وجود قانون أجنبي واجب التطبيق محدد بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية.

يشترط للتمسك بفكرة الدفع بالنظام العام في مجال القانون الدولي الخاص أن يكون هنالك قانون أجنبي واجب التطبيق بموجب قاعدة التنازع الوطنية لحكم العلاقة القانونية المشوبة بعنصرٍ أجنبي، فإذا كان القانون الواجب التطبيق هو القانون الوطني فلا يتطلَّب الأمر التمسك بفكرة الدفع بالنظام العام، كما هو الحال في المسائل المتعلقة بقواعد قانون المرافعات، أو إذا كان القانون الوطني واجب التطبيق بصفته قانون محل المال؛ لأَنَّ فكرة الدفع بالنظام العام تُعد وسيلة لاستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق على العلاقة القانونية[١]، كما لا يمكن تصور إعمال هذه الفكرة حتى على صعيد التنازع الوطني (الداخلي) للقوانين؛ لأَنَّ هذه القوانين تصدر من السلطة التشريعية في الدولة أَلا وهو المشرع الوطني، ولكن يستثنى من ذلك الدول الفدرالية المتكونة من عدة ولايات التي تكون في كل ولاية سلطة تشريعية مستقلة عن الولاية الأخرى تمام الاستقلال، ومن ثم يُمكن ملاحظة الاختلاف في الأسس التي تعتمد عليها كل ولاية في نظامها القانوني، مما يؤدي ذلك إلى وجود دور لإعمال فكرة الدفع بالنظام العام بهذا الصدد[٢].

كما هو الحال في الولايات المتحدة الأمريكية؛ إذ استندت محاكم هذه الولايات على فكرة الدفع بالنظام العام لرفض الدفاع عن حقوق مكتسبة في ولايات أخرى، كما لو كانت تلك الحقوق مستندة في اكتسابها إلى قواعد دولة أجنبية[٣]. كقضية السيدة (ميرتز/ Mertz) التي تتلخص بأَنَّ (السيدة المذكورة وزوجها من سكان ولاية نيويورك

---

[١] د. سالم حماد دحدوح، الوجيز في القانون الدولي الخاص في ظل التشريعات المطبقة في فلسطين، ج ٢ في تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، دراسة مقارنة، ط ٨ ، بلا دار نشر، بلا مكان نشر، ٢٠٠٦، ص١٠٦.

[٢] د. مجد الدين خربوط، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص١٥٩.

[3] Kent Murphy: The Traditional Theory of Public Policy and Public Order in Private International Law, op.cit., p.594.

إلّا إنَّها أُصيبت في ولاية (كونيتيكت)؛ نتيجةً لإهمال زوجها في تشغيل السيارة، فأقامت السيدة المشار إليها أعلاه دعوى في محكمة استئناف (نيويورك) ضد زوجها للمطالبة بالتعويض عن الأضرار المترتبة على تلك الإصابة، وإذ كانت قاعدة الإسناد في قانون ولاية (نيويورك) تقضي بتطبيق قانون ولاية (كونيتيكت) بوصفه قانون مكان وقوع الحادث، وقد كان قانون الولاية الأخيرة يسمح للزوج بالحصول على تعويضات عن الإصابات الناتجة عن إهمال الزوج الآخر، بينما لم يعترف قانون ولاية (نيويورك) بهكذا دعاوى، إذ إنَّ محكمة استئناف (نيويورك) رفضت تطبيق قانون ولاية (كونيتيكت) وبررت ذلك الرفض؛ كونه قانون يتعارض بشكل مباشر مع فكرة النظام العام المتجسدة في قانون (نيويورك) الذي يحظر أفعال الإهمال ما بين الزوجين، وقررت أَنَّ ذلك القانون ينتهك النظام العام لولاية (نيويورك) استنادًا إلى المبدأ العام المتبع في سياسة نيويورك الذي يقضي بمنع الأزواج من اتخاذ الإجراءات ضد بعضهم البعض بسبب الإصابات الشخصية، ولم تخضع هذه السياسة للقانون الذي يطبق خلاف ذلك)[١].

٢- مخالفة القانون الأجنبي الواجب التطبيق إلى إحدى مقتضيات النظام العام الوطني.

لا يكفي لإعمال فكرة الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص وجود قانون أجنبي مختص بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية لحكم العلاقة القانونية، بل ينبغي مخالفة هذا القانون للنظام العام الوطني لتبرير عدم تطبيقه[٢]؛ كونه سيؤدي إلى نتائج تخالف المبادئ الجوهرية والمصالح العليا في مجتمع دولة القاضي[٣]. وهنالك من يرى[٤] بأَنَّه يكفي لإعمال فكرة الدفع بالنظام العام ما دام الحل الذي يقدمه القانون الأجنبي المختص غير مقبولًا في مجتمع دولة القاضي حتى لو كان القانون الأجنبي لم يتعارض مع المبادئ والأفكار الجوهرية السائدة في المجتمع

---

[1] David Clifford Berger: Transnational Public Policy as a Factor in the Choice of Law Analysis, op.cit., p.378.

[٢] بيار مايرـ فانسان هوزيه، القانون الدولي الخاص، ترجمة د. علي محمد مقلد، ط ١، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ٢٠٠٨، ص١٩٧. وتجدر الإشارة إلى أن الفقه والقضاء الألماني يشترط ضرورة وجود رابطة بين العلاقة القانونية محل النزاع و قانون دولة القاضي لإعمال فكرة الدفع بالنظام العام، ومن ثم استبعاد القانون الأجنبي المخالف للنظام العام لدولة القاضي، ففي ظل غياب هذه الرابطة لا يتم إعمال هذه الفكرة؛ لكون النزاع لا يهم دولة القاضي، وما يؤخذ على هذا الاتجاه أنهم لم يستطيعوا توضيح المراد من الرابطة بين النزاع ودولة القاضي، فهل المقصود بها هي الرابطة الجنسية أو الموطن أو موقع المال؟، ونتيجةً لهذه الصعوبة التي وقع فيها أنصار هذا الاتجاه، فقد توصل منهم في حال عدم وجود أي رابطة من الروابط المذكورة أعلاه، فمجرد عرض النزاع على قضاء الدولة يكفي لإنشاء هذه الرابطة أو الصلة. أشار إلى ذلك كل من: د. أحمد حسين جلاب، النظام العام وأثره في القانون الدولي الخاص، بحث منشور في مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، جامعة الكوفة، كلية القانون، المجلد (٩)، العدد (٢٨)، ٢٠١٦، ص٧٣. د. جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص٢٠١. ويجد الباحث بأَنَّ شرط وجود رابطة بين الواقعة محل النزاع وقانون دولة القاضي لإعمال فكرة الدفع بالنظام العام غير ضروري؛ لأَنَّ القضاء الوطني ينظر بالمنازعات ذات العنصر الأجنبي لعدم وجود جهة قضائية دولية في مجال القانون الدولي الخاص، وبذلك لا يشترط وجود أية صلة أو رابطة بين العلاقة القانونية محل النزاع ودولة القاضي، فعندما يجد قاضي النزاع أَنَّ أحكام القانون الأجنبي الواجب التطبيق مخالفًا لأحكام قانونه الوطني لتعارضه مع المبادئ الجوهرية في مجتمع دولته، فيتم الدفع بالنظام العام تلقائيًا حفاظًا على تلك المبادئ واحترامًا لما هو سائد في المجتمع، فضلًا عن ذلك أَنَّ بعض أنصار هذا الاتجاه اعترفوا لإعمال الدفع بالنظام العام بمجرد عرض النزاع أمام قضاء الدولة؛ لأَنَّ الصلة أو الرابطة تعد موجودة بين العلاقة القانونية محل النزاع ودولة القاضي، وما يؤيد رأينا ما أخذ به المشرع التونسي في الفصل (٣٦) من مجلة القانون الدولي الخاص رقم (٩٧) لسنة ١٩٩٨ التي جاء بها " ولا يخضع الدفع بالنظام العام لمدى قوة ارتباط النزاع بالنظام القانوني التونسي". ولما تقدم يمكن القول: الاكتفاء بتوافر شرطين أساسيين لإعمال فكرة الدفع بالنظام العام في نطاق القانون الدولي الخاص ألا وهما (وجود قانون أجنبي واجب التطبيق بموجب قاعدة الإسناد الوطنية، ومخالفة هذا القانون لإحدى مقتضيات النظام العام الوطني).

[٣] د. مهند أحمد الصانوري، القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة في تنازع القوانين، ط ١، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ٢٠١١، ص١١٦.

[٤] أخذ بهذا الرأي الفقيه الفرنسي (R. David)، أشار إليه، د. فؤاد عبد المنعم رياض، د. سامية راشد، الوجيز في القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص١٤١.

الوطني، كحالة قبول القانون الأجنبي تبني الشخص لشخصٍ آخر كأخ له[١]. إلّا إنَّ هذا الرأي لم يسلم من سهام النقد لِما يؤدي إلى الصعوبة في التطبيق؛ كونه يطلب من قاضي النزاع عدم التقيُّد بالأفكار المعمول بها في مجتمعه، بل يتعدى ذلك ليبحث مدى إمكانية قبول المجتمع الوطني للحل الذي يقدمه القانون الأجنبي، على الرغم من عدم امتلاك القاضي الوطني معيار ليقيس به مدى اصطدام القانون الأجنبي للنظام العام الوطني سوى المعيار المأخوذ من نظامه القانوني[٢].

ويتفق الباحث مع الانتقاد الموجه إلى الرأي المشار إليه آنفًا؛ لأَنَّ الأساس الجوهري لإعمال فكرة الدفع بالنظام العام يعتمد على المبادئ والأسس العليا السائدة في مجتمع دولة القاضي من دون الأخذ بنظر الاعتبار بنتيجة الحل الذي يأتي به القانون الأجنبي كونه مقبولًا من قبل المجتمع الوطني.

والسؤال الذي يُثار، هل التشابه أو التماثل بين القاعدة القانونية في القانون الوطني والقاعدة القانونية في القانون الأجنبي يمنع من وصف القانون الأخير مخالفًا للنظام العام؟ للإجابة عن ذلك، يصح القول: بأَنَّ لا يمكن للقاضي الوطني عَد القانون الأجنبي مخالفًا لنظامه العام مادام قانون دولته يحتوي على القاعدة ذاتها وتتشابه معها إلّا إنَّه على الرغم من هذا التشابه والتماثل قد يحصل أن الهدف الذي تسعى إلى تحقيقه القاعدة الوطنية يختلف عن ذلك الهدف في القاعدة الأجنبية[٣]، ففي هذا الحال لا يمنع من التمسك بفكرة الدفع بالنظام العام وإعمالها في دولة القاضي، فمثلًا: إذا كان كل من القانون الوطني والأجنبي يتضمن قيودًا تتعلق بالنقد الأجنبي، فقد يكون هدف القانون الوطني من تلك القيود حماية الاقتصاد الوطني، بينما هدف القانون الأجنبي من هذه القيود يتمثل بحماية اقتصاد الدول الأجنبية ضد الدول الأخرى ومن ضمنها دولة القاضي التي قد تؤدي إلى الحاق الضرر بمصالح دولته، وبهذا الحال يجوز اللجوء إلى فكرة الدفع بالنظام العام في دولة القاضي[٤].

يؤيد الباحث ما ورد أعلاه؛ لأَنَّ القاضي لا يستطيع أن يتمسك بفكرة الدفع بالنظام العام ما دام القاعدتين في القانون الأجنبي والوطني تتماثل من جهة الحكم إلّا إنَّه يمكن التمسك بهذه الفكرة عند انتفاء الاشتراك القانوني بين القانونين المذكورين، كما رأينا ذلك في موضوع الأساس القانوني للأخذ بالدفع بالنظام العام، إذ إنَّ اختلاف الهدف بين القاعدتين المذكورتين في المثال السابق يدل على عدم تحقق الاتحاد القانوني، ومن ثم يجوز اللجوء إلى فكرة الدفع بالنظام العام حماية للاقتصاد الوطني في دولة القاضي.

كذلك يُثار تساؤل آخر، إذا كانت دولة القاضي طرفًا في اتفاقية دولية وهذه الاتفاقية تحدد قاعدة قانونية واجبة التطبيق بشأن المسألة محل النزاع إلّا إنَّ هذه القاعدة تتعارض مع النظام العام في دولة القاضي، فهل يقوم القاضي

---

[١] د. فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص١٤٨.
[٢] د. فؤاد عبد المنعم رياض، تنازع القوانين، مصدر سابق، ١٤١.
[٣] د. محمد خالد الترجمان، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وآثار الأحكام القضائية، مصدر سابق، ص١٥٨.
[٤] د. فؤاد عبد المنعم رياض، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص١٤٣.

باستبعاد هذه القاعدة القانونية حفاظًا على المبادئ الأساسية في دولته، أو يتم تطبيق تلك القاعدة احترامًا إلى المصدر الاتفاقي أَلا وهو الاتفاقية الدولية؟

إنَّ الإجابة عن هذا التساؤل ينبغي التمييز بين احتواء الاتفاقية الدولية على نص بصدد هذا الموضوع من عدمه، وسيتم بيان الحالتين على وفق الآتي:

الحالة الأولى:

إنَّ الاتفاقية الدولية قد تتضمن نص يقضي بإعمال القاعدة القانونية الواردة فيها يكون مقيدًا باعتبارات النظام العام في بلد القاضي، فيتم استبعادها متى ما تعارضت مع تلك الاعتبارات، وهذا ما أخذت به اتفاقية لاهاي لعام (١٩٧٣) الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على التزامات النفقة من خلال نص المادة (١١) التي قضت على أَنَّ: " تطبيق القانون المختص طبقًا لنصوصها لا يمكن استبعاده إلّا إذا كان منافيًا بطريقة واضحة لمقتضيات النظام العام"[١]. وقد تتضمن الاتفاقية الدولية نصًا يقضي بتطبيق القانون المختص بموجب أحكامها حتى لو كانت قواعد هذا القانون تصطدم مع اعتبارات النظام العام في مجتمع دولة القاضي؛ أي: لا يتعطل القانون الواجب التطبيق بفكرة الدفع بالنظام العام[٢].

الحالة الثانية:

إنَّ الاتفاقية الدولية تحدد القانون الواجب التطبيق من دون النص على مقتضيات الدفع بالنظام العام، فإنَّ سكوت الاتفاقية الدولية فيما يتعلق بإعمال الدفع بالنظام العام، هذا لا يعني إلزام دولة القاضي بتطبيق القانون المحدد بمقتضى أحكامها حتى في حال تصادم قواعد هذا القانون مع مقتضيات النظام العام، بل تستطيع محاكم الدولة المتعاقدة (دولة القاضي) استبعاد ذلك القانون عند تعارضه مع المبادئ الأساسية المعتمدة في مجتمعها استنادًا إلى فكرة الدفع بالنظام العام[٣]؛ كون إبرام دولة القاضي للاتفاقية الدولية لا يعني هذا قبولها لجميع القواعد القانونية الأخرى حتى لو كانت متعارضة مع نظامها العام الوطني، بل إنَّها (دولة القاضي) تتمتع بتحفظ ضمني على القوانين التي تخالف مقتضيات نظامها العام[٤].

هنالك من يرى[٥] (عند عدم وجود نص في الاتفاقية الدولية يتعلق بإعمال فكرة الدفع بالنظام العام)، ينبغي عدم التوسع بإعمال هذه الفكرة تجاه القواعد القانونية الواجبة التطبيق بموجب الاتفاقية الدولية، وإنما يكون إعمالها تجاه هذه القواعد إذا كانت ذات تأثير خطير على النظام العام في دولة القاضي؛ كون الاتفاقية الدولية تتمتع بقيمة أعلى من القانون الوطني، فضلًا عن ذلك أَنَّ حكم الاتفاقية اللاحق على الحكم الخاص بالنظام العام في القانون

---

[١] د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص٦٢٤

[٢] د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص المصري، ج ٢ في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، مصدر سابق، ص٣٩٦.

[٣] د. سيف الدين محمد محمود، النظام العام ومسألة استبعاد تطبيق القانون الأجنبي، بحث منشور في مجلة الأقصى، سلسلة العلوم الإنسانية، المجلد (٧)، العدد (٢)، ٢٠٠٣، ص٢٥٩.

[٤] د. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ٢٠١٨، ص٣٥٩.

[٥] د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص٦٢٧.

الوطني يعد حكمًا خاصًا يُقيّد النص العام، والحكم اللاحق يكون ناسخًا للحكم السابق إذا كان ينظم الموضوع نفسه من جديد؛ لأَنَّ إعادة النظر في تنظيم الموضوع ذاته هذا يدل على وجود الرغبة في إلغاء التنظيم السابق على الرغم من عدم وجود نص صريح على ذلك.

ويؤيد الباحث الرأي السابق للأسباب والمبررات المذكورة أعلاه، فضلًا عن ذلك فإنَّ عدم وجود نص في الاتفاقية الدولية يتضمن الإشارة إلى التمسك بفكرة الدفع بالنظام العام، لا يمكن أخذه بصورة مطلقة للتذرع بهذه الفكرة بصفة عامة تجاه قاعدة قانونية محددة بمقتضى أحكام الاتفاقية الدولية؛ بغية احتفاظ هذه الأخيرة بقيمتها وسماتها الدولية التي تفرض على الدول المتعاقدة ضرورة الالتزام بما ورد بها من أحكام إلّا إنَّ يتم اللجوء إلى هذه الفكرة عندما يترتب على تطبيق تلك القاعدة القانونية ضررًا أو خطرًا في النظام العام لمجتمع دولة القاضي.

ولِما تقدم نجد أَنَّ تماثل أو تشابه القاعدة القانونية في القانون الأجنبي والقانون الوطني، والإشارة إلى مقتضيات الدفع بالنظام العام في الاتفاقيات الدولية التي تكون دولة القاضي طرفًا فيها، ما هي إلّا قيودًا ترد على إعمال فكرة الدفع بالنظام العام في مجال القانون الدولي الخاص.

ثانيًا- معايير الدفع بالنظام العام.

إنَّ فقهاء القانون الدولي الخاص بذلوا جهودًا كبيرة من أجل تحديد الحالات التي يمكن بشأنها التمسك بإعمال فكرة الدفع بالنظام العام إلّا إنَّ هذه الجهود لم تُفلح في بيان مضمون هذه الفكرة بصورةٍ واضحة؛ كون إعمال فكرة الدفع بالنظام العام يرتبط بالعلاقة الفعلية أو الواقعية بين القانون الأجنبي و قانون دولة القاضي عند تطبيق ذلك القانون (القانون الأجنبي) على المسألة محل النزاع، وإنَّ فكرة الدفع بالنظام العام تتعدد بتعدد المنازعات ذات الطبيعية الدولية، فضلًا عن ذلك عدم معرفة بصورة مسبقة فيما إذا كان تطبيق القانون الأجنبي سيتعارض مع النظام العام الوطني من عدمه، كما أَنَّ هذه الفكرة تعد أداة انعكاسية للأفكار والمبادئ السائدة في دولة القاضي في زمنٍ ما، وهذه الأفكار والمبادئ تتطور وتتغير بصورة مستمرة، وإنَّها لم تكن ذاتها في الدول المختلفة، وعليه فلا يمكن تحديد مضمون فكرة الدفع بالنظام العام بصورة دقيقة ووضعها في إطار جامد، وعلى الرغم من ذلك فقد حاول الفقه وضع معايير معينة يتم من خلالها بيان فيما إذا كان تطبيق القانون الأجنبي المختص لحكم العلاقة القانونية يصطدم مع النظام العام الوطني من عدمه[١]. وهذه المعايير تتمثل بالآتي:

١- المعيار الأول: اختلاف الأفكار القانونية بين القانون الأجنبي الواجب التطبيق والقانون الوطني.

إنَّ هذا المعيار يقضي بضرورة عدم تطبيق القانون الأجنبي المختص باسم النظام العام إذا كان يتضمن أنظمة أو أفكار قانونية لم تكن معروفة في قانون دولة القاضي، ويبدو أَنَّ هذا المعيار لم يلقَ القبول؛ لأَنَّه قد يؤدي إلى زيادة الحالات التي يتم فيها استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق والمشار إليه بموجب قاعدة الإسناد الوطنية، فضلًا عن ذلك أَنَّ مجرد احتواء القانون الأجنبي على أفكار غير معروفة في قانون دولة

[١] د. محمود مصليحي، مبادئ تنازع القوانين والاختصاص القضائي وآثار الأحكام الأجنبية، بلا دار نشر، بلا مكان نشر، ٢٠٠٠، ص١٨٣.

القاضي لا يترتب عليه بالضرورة المساس بالمبادئ والأسس الجوهرية المعروفة في مجتمع دولة القاضي، فإنَّ التمسك بفكرة الدفع بالنظام العام يأتي من خلال تعلق الأمر بالمصالح العليا للمجتمع[١]. والجدير بالذكر بأَنَّ الولايات المتحدة الأمريكية تبدو قد أخذت بهذا المعيار كولاية (تكساس) إذ وصفت محاكم هذه الولاية بأنَّ اختلاف الأفكار القانونية يؤدي إلى صعوبة تحديد القانون الواجب التطبيق[٢].

٢- المعيار الثاني: اختلاف المعتقدات الإنسانية ومبادئ القانون الطبيعي[٣] بين القانون الأجنبي المختص والقانون الوطني.

يعتمد هذا المعيار على المعتقدات الإنسانية، والمبادئ الأساس للقانون الطبيعي السائدة في مجتمع دولة القاضي، فإذا كان القانون الأجنبي الواجب التطبيق يخالف تلك المعتقدات والمبادئ فيتم استبعاده؛ للحفاظ على الأسس والقيم العليا السائدة في مجتمعات المتمدنة، كالقوانين المتعلقة بتنظيم الرق، أو القوانين التي تمنع الزواج لأسباب دينية، أو تلك القوانين التي تحظر على الأم الاعتراف بأبنها غير الشرعي[٤].

٣- المعيار الثالث: مخالفة القانون الأجنبي للسياسة التشريعية في القانون الوطني.

إنَّ هذا المعيار يعتمد على السياسة التشريعية في مجتمع دولة القاضي، إذ يستبعد القانون الأجنبي الواجب التطبيق إذا أتضح مخالفته لتلك السياسة فيما يتعلق في بعض المسائل حتى لو كان ذلك القانون غير مخالف للأسس الاجتماعية، أو الاقتصادية، أو الأخلاقية، أو السياسية في مجتمع دولة القاضي، ويستند في ذلك ما قضت به محكمة النقض الفرنسية (عندما يحدد القانون الأجنبي مدة لإقامة الدعوى الخاصة بالاعتراف بالأبوة وكانت هذه المدة أطول من تلك المحددة في القانون الفرنسي فإنَّ ذلك يخالف النظام العام في دولة فرنسا، ولا يصح القول بأَنَّ تحديد الميعاد لإقامة الدعوى يصطدم مع الأسس الاجتماعية، أو الخلقية، أو السياسية، أو الاقتصادية السائدة في فرنسا)[٥].

٤- المعيار الرابع: تعارض القانون الأجنبي المختص مع المصلحة العامة في دولة القاضي.

إنَّ هذا المعيار يستند في استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق لحكم المسألة محل النزاع إذا كان هذا القانون يصطدم مع المصلحة الحيوية، أو المصالح العامة لمجتمع دولة القاضي، كالقوانين التي يترتب عليها

---

[١] د. هشام علي صادق، تنازع القوانين، دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري، ط ٣، بلا دار نشر، بلا مكان نشر، ١٩٧٤، ص٣١٣.

[2] Michael J. Guajardo: Conflict of Laws, Texas Tech Law Review, Vol. 22:837, 1991, p. 861.

[٣] يقصد بالقانون الطبيعي: (هو مجموعة من القواعد العامة التي تكمن في الطبيعة، ويكشفها العقل السليم عند التدقيق فيها، وتعد قواعد ثابتة لا تتغير بتغير الزمان والمكان، فضلًا عن ذلك إنَّها تُوصَف بالقواعد العليا للتشريع التي إن حاد عنها المشرع أو خرج عليها كان تشريعه ظالمًا، فمثلًا: يجب على المشرع أن يضمن حياة الناس وحرياتهم، وأن يحمي حرية العمل). د. أيمن مكرم البسيوني الوكيل، أثر فكرة النظام العام على أحكام عقد العمل، مصدر سابق، ص٦٠.

[٤] د. سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، المضمون الواسع المتعدد الموضوعات- الجنسية والقومية- المركز القانوني للأجانب وللعرب- النظرية العامة لتنازع القوانين مصدر سابق، ص٧٣٨.

[٥] د. منصور مصطفى منصور، مذكرات في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار المعارف بمصر، ١٩٥٧، ص١٣٧.

الإخلال بالسياسة النقدية[١]. ويبدو أَنَّ الولايات المتحدة الأمريكية اعتمدت هذا المعيار كولاية (ميريلاند)عندما قررت محكمة استئناف هذه الولاية (ميريلاند) بـأَنَّ إي شيء يؤدي إلى تقويض أو يؤثر على المصالح العامة، فيعد ذلك متعارضًا مع النظام العام[٢].

وفي جميع الأحوال فإنَّ المعايير المشار إليها آنفًا، إنَّها تتقارب من الفكرة الأساس أَلا وهي ضرورة استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق بمقتضى قاعدة التنازع الوطنية الذي يتعارض مع المبادئ الجوهرية والمصالح السياسية، والاقتصادية، والاجتماعية، والأخلاقية السائدة في مجتمع دولة القاضي. ويصح القول: بـأَنَّ هذه الفكرة تكفي لأَن تكون معيار موضوعي عام يعتمد عليها قاضي النزاع لإعمال الدفع بالنظام العام؛ بغية استبعاد القانون الأجنبي المخالف لتلك المبادئ والمصالح[٣]. فضلًا عن ذلك أَنَّ تلك الفكرة تُظهر الغاية المراد تحقيقها من خلال الدفع بالنظام العام أَلا وهي حماية القيم و المصالح العليا للمجتمع؛ كون فكرة الدفع بالنظام العام تعد فكرة وظيفية هدفها تحقيق تلك الغاية، ولمّا كانت فكرة الدفع بالنظام العام تتسم بالمرونة؛ لتغيرها بتغير الزمان، واختلافها من مكان إلى آخر؛ لذلك يصعب وضع مضمونها في إطار أو قالب علمي محدد، ومن ثم إي محاولة أو مبادرة لوضع ذلك القالب لم يكتب لها النجاح[٤].

ويجد الباحث أَنَّ المعايير المذكورة أعلاه، ممكن أن يستعين بها قاضي النزاع لإعمال فكرة الدفع بالنظام العام لاستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق إلّا إنَّه لا يمكن الاقتصار عليها لتحديد مضمونها؛ لأَنَّ تطبيقات هذه الفكرة تطبيقات عديدة وتختلف باختلاف العلاقات القانونية المشوبة بعنصرٍ أجنبي، ويبدو أَنَّ تلك المعايير معتمدة في الدول اللاتينية والدول الأنجلوأمريكية المتمثلة بالولايات المتحدة الأمريكية، وعلى الرغم من وضع تلك المعايير، فيصح القول: بعدم الاكتفاء بها وحَسب؛ كون فكرة الدفع بالنظام العام تتمتع بالصفة النسبية وغايتها الأساسية للتمسك بفكرة الدفع بالنظام العام هي حماية المصالح العليا لمجتمع دولة القاضي سالفة الذكر.

وتجدر الإشارة بأَنَّه حاول أنصار نظرية شخصية القوانين وعلى رأسهم الفقيه (مانشيني) تحديد الحالات التي يتم فيها تطبيق فكرة الدفع بالنظام العام، وأوضحوا القوانين التي تتعلق بالنظام العام والمتمثلة بـ (القوانين السياسية والإدارية- القوانين المتعلقة بالقانون العام- القوانين الجنائية وقوانين المسؤولية المدنية- قوانين التنفيذ الإجباري والمرافعات المدنية والإفلاس وما أشبه ذلك- القوانين المتعلقة بأنظمة الأموال المنقولة وغير المنقولة- قوانين شهر التصرفات أو علانيتها الموضوعية لمصلحة الغير- القوانين المتعلقة بالثقة العامة- القوانين المالية)، إذ إنَّ هذه المحاولة لم تسلم من سهام النقد، كون هذا التعداد جاء بصورة من الأفراط والخلط ، وكان من الأفضل تحديد

---

[١] د. سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص، تطور وتعدد طرق حل النزاعات الخاصة الدولية- تنازع القوانين - المعاهدات- التحكيم التجاري الدولي، ط ١، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان - بيروت، ٢٠٠٤، ص ٢٢٥.

[2] John Bernard Corr: The Modern Choice of Law and Public Policy, op.cit., p.657.

[٣] د. سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، المضمون الواسع المتعدد الموضوعات- الجنسية والقومية- المركز القانوني للأجانب وللعرب- النظرية العامة لتنازع القوانين، مصدر سابق، ص٧٣٩.

[٤] د. هشام علي صادق وآخرون، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين – الاختصاص القضائي الدولي – الجنسية، مصدر سابق، ص١٩٦.

القوانين التي لا تتعلق بالنظام العام، فضلًا عن ذلك بعض من تلك القوانين يتم تطبيقها مباشرةً من دون اللجوء إلى فكرة الدفع بالنظام العام، كما إنَّ البعض الآخر منها (القوانين) بعيدة من مشاكل تنازع القوانين التي تحصل في إطار القانون الدولي الخاص[١].

والجدير بالذكر أَنَّ الشريعة الإسلامية تعتمد في تطبيق الشرائع الأجنبية في دار الإسلام معيارًا يتمثل بعدم إلحاق الإضرار بالمسلمين عند تطبيق تلك الشرائع، وأَلّا يؤدي تطبيقها إلى إهدار القواعد الأساسية والجوهرية غير القابلة للتغيير أو التبديل في التشريع الإسلامي، وإنَّ الفقه والقضاء في دار الإسلام قد استقر على تحديد تلك القواعد، فمعيار تعيين فيما يتعلق بالنظام العام من عدمه يكون أمرًا أكثر سهولة ويسر مقارنةً مع القوانين الوضعية[٢].

الفرع الثاني

مدى انطباق الدفع بالنظام العام ودور القاضي فيه

إنَّ هذا الفرع مخصص لمعرفة مدى انطباق فكرة الدفع بالنظام العام من خلال بيان ما يتعلق بهذا الموضوع، فضلًا عن ذلك ضرورة تحديد دور القاضي فيما يخص بالتمسك بفكرة الدفع بالنظام العام، وللبحث في هذين الموضوعين، سنتناول كل منهما على وفق التفصيل الآتي:

أولًا- مدى انطباق الدفع بالنظام العام.

اختلف فقه القانون الدولي الخاص بشأن تحديد مدى تطبيق قواعد النظام العام؛ كونها قواعد غير متساوية من جهة المكان الذي يقع فيه أثرها (كالقواعد التي تُطَبَّق داخل الدولة وخارجها على حد السواء، أو تلك القواعد التي تُطَبَّق داخل الدولة وحَسب)، ومن جهة الأشخاص الذين يتم تطبيقها عليهم،(كالقواعد التي تُطَبَّق على جميع القاطنين في إقليم الدولة من الوطنيين والأجانب، أو تلك التي تُطَبَّق على الوطنين وحَسب). ونتيجةً لذلك فقد انقسم الفقه على رأيين، فالرأي الأول يُقسم قواعد النظام العام إلى قواعد نظام عام داخلي، وقواعد نظام عام دولي، بينما الرأي الثاني يرى قواعد النظام العام ما هي إلّا نوع واحد ولكنهم اختلفوا في تبرير ذلك، وسنوضح هذين الرأيين على وفق الآتي:

---

[١] يُنظر تفضلًا: د. جابر جاد عبد الرحمن، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص٥٦٤.
[٢] د. صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، ط ٢، مزيدة ومنقحة، مصدر سابق، ص١٣٦.

الرأي الأول:

يذهب أنصار هذا الرأي إلى ضرورة التمييز بين قواعد النظام العام الداخلي و قواعد النظام العام الدولي، فقواعد النوع الأول: تتمثل بتلك التي يتم تطبيقها داخل الدولة وتسري على المواطنين كافة حيثما وجدوا، ولا يجوز لهم مخالفتها، كالقاعدة التي تحدد سن الرشد، بينما هذه القاعدة لا تُطَبَّق على الأجانب وإنما يتم الرجوع إلى قوانين دولتهم لتحديد سن رشدهم. أما بالنسبة إلى قواعد النوع الثاني: فإنَّها تتمثل بالقواعد التي تُطَبَّق على الرعايا الوطنيين والأجانب وترتب آثارًا في خارج الدولة، فلا يجوز للأجانب مخالفتها منعًا للأضرار التي قد تصيب المصالح العامة للدولة، كالقواعد المتعلقة بالطلاق أو تعدد الزوجات في الدول المسيحية، ففي هذه الدول لا يمكن للعراقي إيقاع الطلاق بإرادته المحضة أو أَنَّ يتزوج بزوجتين[١].

الرأي الثاني:

يرى أصحاب هذ الرأي أَنَّ قواعد النظام العام قواعد من نوع واحد إلّا إنَّهم اختلفوا في التبرير: يرى بعض أنصار هذا الرأي بأَنَّ قواعد النظام العام هي قواعد واحدة، ولا يوجد ما يسمى بالنظام العام الدولي، ويُعد هذا التعبير خادع وخطأ، ولا يتماشى مع المراد منه؛ لأَنَّ التميّز بين قواعد النظام العام الداخلي والدولي هذا يشير إلى وجود نظام عام مشترك بين الدول، فالنظام العام في إطار القانون الدولي الخاص هو وطني محض وبناءً على ذلك يوجد نظام عام واحد[٢].

بينما هنالك من أنصار هذا الرأي: يذهب إلى وجود نظام عام واحد إلّا إنَّه يختلف مدى انطباق قواعده وأثرها باختلاف الغرض المرجو منها. فيقسم القواعد القانونية على وفق غرضها كالآتي:

١- القواعد القانونية التي تحقق غرضها إذا تم تطبيقها على الوطنيين، والأجانب، و الأعمال كافة سواء كانت في داخل الدولة أم خارجها، كالقواعد التي توجب المساواة بين الناس كمنع الرق وقد سُميت هذه القواعد بـ (قواعد النظام العام المطلق).
٢- القواعد القانونية التي يتحقق غرضها إذا طُبقت داخل الدولة على جميع القاطنين في إقليم الدولة من الوطنيين والأجانب، ولا يكون لها أي دور في خارج الدولة كالقاعدة المتعلقة بحفظ النظام للدولة، فمثلًا: قانون المرور، وتسمى هذه القواعد بـ (قواعد النظام العام المحلي).

---

[١] د. عبد الحميد عمر وشاحي، القانون الدولي الخاص في العراق، مصدر سابق، ص١٧٨.
[٢] تبنى هذا الرأي الأستاذان (بيليه- نبوابيه)، يُنظر تفضلًا: د. محمد عبد المنعم رياض، مذكرات في القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص١٧٣.

٣- القواعد القانونية التي يكفي لتحقيق غرضها عند تطبيقها على الرعايا الوطنيين أينما وجدوا ولا تُطَبَّق على الأجانب، كالقوانين الخاصة بالأحوال الشخصية؛ كونها تنظم علاقات الأفراد بصورة ثابتة، ويطلق على هذه القواعد بـ (قواعد النظام العام الشخصي).

٤- القواعد القانونية التي يكون تطبيقها على الوطنيين والأجانب في داخل الدولة والوطنيين اذا كانوا في الخارج، كالقاعدة الخاصة بحظر تعدد الزوجات في الدول المسيحية، وتسمى هذه القواعد بـ (قواعد النظام العام الشخصي المحلي).

إنَّ هذا الرأي تعرض إلى الانتقاد؛ لأنَّه قسم قواعد النظام العام على أربعة أقسام وليس على قسمين وهما قواعد النظام العام الداخلي و الدولي والمشار إيهما آنفًا[١].

الرأي الراجح:

إنَّ الرأي الراجح لتحديد مدى انطباق قواعد النظام العام يتمثل بوصف ذلك النظام ما هو إلّا نظام عام واحد؛ كون النظام العام في نطاق القانون الدولي الخاص يتمتع بالصفة الوطنية، وإنَّ فكرة (النظام العام الدولي) في الوقت الحالي لا يمكن تصورها؛ لعدم وجود سلطة عليا فوق الدول تستطيع فرض مثل هكذا نظام، وإذا كانت هنالك بعض المبادئ الأساسية المشتركة بين اغلب دول العالم نتيجةً لأهميتها، فيتم تطبيقها تحت عنوان (النظام العام الدولي) يعد خلطًا غير مستساغ؛ لأَنَّ القاضي عندما يقوم بتطبيق النظام العام الدولي المقال به؛ لوجود أمر يمس بالأصل (النظام العام الداخلي) المعتمد في دولته[٢]. فإذًا لا يوجد هنالك ما يسمى (نظام عام دولي ونظام عام وطني)، بل إنَّ النظام العام كقاعدة عامة يتمتع بالخصيصة المهمة أَلا وهي الطبيعة الوطنية[٣] إلّا إنَّه ما يُلاحظ إنَّ فكرة النظام العام في القانون الوطني تختلف عن فكرة النظام العام في نطاق القانون الدولي الخاص من جهة الدور الذي تلعبه ونطاق الإعمال[٤] كما أوضحنا سابقًا في موضوع التمييز بينهما[٥].

ويقف الباحث عند مرتكز، إنَّ القاضي المعروض عليه النزاع عندما ينظر إلى القانون الأجنبي الواجب التطبيق في حكم العلاقة القانونية المشتملة على العنصر الأجنبي كونه يتعارض مع أحكام قانونه الوطني أم لا، فمن جهة المبدأ يكون لديه معيار واحد أَلا وهو المبادئ والقيم الجوهرية السائدة في مجتمع دولته، والمصالح العليا لدولته، فهذا يدل بأَنَّ النظام العام في إطار القانون الدولي الخاص هو نظام عام ذو صفة وطنية، ومن هنا يصح القول: بأَنَّ النظام العام هو نظام عام واحد، ولكن دوره، ومجال إعماله يختلف في الصعيد الداخلي عن الصعيد الدولي، فعلى الصعيد الأول (الداخلي) يتجسد دوره في الحد من مبدأ سلطان الإرادة للأفراد، بينما على الصعيد

---

(١) أخذ بهذا الرأي الأستاذ (فاليري)، أشار إليه، د. عبد الحميد عمر وشاحي، القانون الدولي الخاص في العراق، المصدر نفسه، ص١٨٠.

(٢) د. هشام علي صادق، المطول في القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص٥٠٠.

(٣) تُنظر تفضلًا الخصائص سالفة الذكر في الصفحة (٥٨) من هذه الرسالة.

(٤) د. حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، المبادئ العامة في تنازع القوانين، مصدر سابق، ص٣٠٢.

(٥) سبق أن أوضحنا أوجه الشبه والاختلاف بين النظام العام الداخلي والنظام العام في مجال تنازع القوانين بصورة مفصلة في الصفحة (٦٥) من هذه الرسالة.

الثاني (الدولي) يتمثل دوره باستبعاد القانون الواجب التطبيق بموجب قاعدة التنازع الوطنية، أما بالنسبة إلى مجال الإعمال فإنَّ النظام العام الداخلي أو الوطني يكون ذات مجال إعمال أكثر اتساعًا من النظام العام في نطاق القانون الدولي الخاص؛ لذلك وصف النظام العام الأخير تابعًا للنظام العام الداخلي على الرغم من هدفهما واحد يتمثل بحماية المصالح العليا والأسس الجوهرية في مجتمع دولة القاضي، فضلًا عن ذلك عدم وجود سلطة دولية لتُحدد ما يعد من النظام العام في مجال تنازع القوانين من عدمه. ولِما تقدم فإنَّ الباحث يؤيد الرأي الراجح المشار إليه أعلاه.

وتجدر الإشارة إنَّ مدى انطباق قواعد الدفع بالنظام العام في الدول العلمانية يختلف عن الدول الطائفية، ففي الدول الأولى (العلمانية) يكون إعمال الدفع بالنظام العام بعد تطبيق قاعدة تنازع القوانين بغية استبعاد القانون الأجنبي المختص، بينما إعمال فكرة الدفع بالنظام العام في الدول الثانية (الطائفية) يكون بين تطبيق قوانين دينية مباشرة ومن ثم استبعاد القانون الأجنبي بصورة مُسبقة، أو بين عدم تطبيق القانون الأجنبي عندما يصطدم مع جوهر النظام الديني والقواعد الأساسية الموجودة فيه[١].

والجدير بالذكر أَنَّ مدى إعمال الدفع بالنظام العام يرتبط بالنظام القانوني المعمول به في الدولة، فالدول التي لا توجد فيها شرائع متعددة يكون نطاق إعمال فكرة الدفع بالنظام العام أكثر اتساعًا لاستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق لوجود نظام قانوني واحد، فتكون فرصة تصادم القانون الأجنبي كبيرة مع ذلك النظام، في حين نطاق تطبيق فكرة الدفع بالنظام العام تتراجع في الدول التي تتعدد بها الشرائع والطوائف[٢]، لأَنَّه تُستخلص المبادئ الأساسية التي يعتمد عليها النظام العام من جميع هذه الشرائع، وبذلك يكون احتمالية تعارض القانون الأجنبي مع تلك الشرائع محدودًا وبسيطًا قياسًا مع الدول التي يوجد فيها نظام قانوني واحد[٣].

والسؤال الذي يُثار، ما مدى انطباق قواعد الدفع بالنظام العام في الدول المتعددة الولايات؟ فهل يكون تطبيقها واسعًا شأنها شأن الدول ذات النظام القانوني الواحد، أو تكون شأنها شأن الدول المتعددة الطوائف التي يضيق فيها إعمال فكرة الدفع بالنظام العام؟

إنَّ الإجابة عن هذا التساؤل، يمكن القول: بأَنَّ الدول الفدرالية كالولايات المتحدة الأمريكية تأخذ بفكرة الدفع بالنظام العام لاستبعاد القانون الواجب التطبيق كولاية (تكساس) وولاية (نيويورك)، ولكن على ما يبدو أَنَّ نطاق

---

(١) د. سامي بديع منصور، د. عكاشة عبد العال، القانون الدولي الخاص، توزيع المكتبة القانونية، بغداد، بلا سنة نشر، ص١٤٨.

(٢) إنَّ محكمة التمييز اللبنانية قضت في قرارها الصادر بتأريخ (١٩٧٣/١٢/٢٧) بأَنَّه " إذا كان القانون الأجنبي مخالفًا لنظام طائفة أو عدة طوائف، فلا يمكن عَدهِ مخالف للنظام العام اللبناني مادام متوافقًا في أحكامه مع أحكام ونظام طائفة أخرى في لبنان، في حين إذا كانت جميع أنظمة الطوائف في لبنان تجمع على مسألة واحدة وتخضعها إلى قانون واحد، فالقانون الأجنبي الذي يخالف هذه المسألة بوجه صارخ يكون ماسًا بإحدى القيم الأساسية التي يقوم عليها المجتمع اللبناني وتلتقي عليها جميع طوائفه، ويكون هذا الإجماع بمثابة نظام عام لبناني يؤدي إلى استبعاد القانون الأجنبي إذا كان فيه ما يخالف ذلك النظام". يُنظر تفضلًا: د. عبده جميل غصوب، محاضرات في القانون الدولي الخاص، مصدر سابق،ص١٢١.

(٣) د. محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن- عمان، ٢٠١٩، ص٢٥٤.

إعمال هذه الفكرة يكون ضيقًا؛ كون هذه الولايات تشترك في نظام سياسي ودستوري فدرالي قد يتدخل هذا الاطار الفدرالي في حل موضوع استبعاد القانون الواجب التطبيق لولايةٍ ما والمتعارض مع فكرة النظام العام في ولايةٍ أخرى [١].

ثانيًا- دور القاضي في الدفع بالنظام العام.

لمّا كانت فكرة الدفع بالنظام العام هي فكرة مرنة ومتطورة من زمانٍ إلى آخر ومن مكان إلى مكان آخر، وعدم إمكانية حصر الحالات التي تدخل في نطاقها[٢]،فضلًا عن ذلك أَنَّ مشرعي الدول والفقهاء لم يضعوا تعريفًا جامعًا مانعًا ليوضح مضمون فكرة الدفع بالنظام العام مما ترتب على ذلك ترك مسألة تحديد ما يعد من النظام العام وما لا يعد كذلك إلى السلطة التقديرية للقاضي[٣]، وإنَّ عملية التحديد هذه، لا تكن وفقًا لمعتقداته ووجهة نظره الشخصية للأمور، بل يعتمد على الأفكار السائدة والمعمول بها في مجتمع دولته، ومن ثم البحث عن اصطدام القانون الأجنبي الواجب التطبيق بمقتضى قاعدة التنازع الوطنية لتلك الأفكار الأساسية، وإنَّ دور القاضي ينبغي أَلّا يقتصر على التأكد من القانون الأجنبي بكونه يتعارض مع النظام العام في دولته، وإنما يتعدى ذلك للبحث في النتيجة العملية والواقعية المترتبة على تطبيق القانون الأجنبي على العلاقة القانونية محل النزاع والمعروضة عليه، فقد يحصل إن القانون الأجنبي لم يكن مخالفًا للنظام العام في مجتمع دولته (دولة القاضي) إلّا إنَّ تطبيقهُ على العلاقة محل النزاع سيؤدي إلى نتيجة تصطدم مع النظام العام الوطني[٤]، فمثلًا: لو أثار خلاف أمام القضاء العراقي أو المصري حول صحة عقد زواج ثانٍ أُبرم في دولةٍ تُجيز تعدد الزوجات، فإنَّ موضوع تعدد الزوجات لا يعد مخالفًا للنظام العام في قضاء هاتين الدولتين؛ كونه يتماشى مع الشريعة الإسلامية، ولكن عندما يجد قاضي النزاع بأَنَّ قانون تلك الدولة لم يجعل الزوجات على قدم المساواة بل يضع بينهن ترتيبًا إذ تكون الزوجة الثانية خادمة للزوجة الأولى، فإنَّ هذه النتيجة لا تتفق مع النظام العام السائد في مجتمع دولة القاضي لمخالفتها لمبادئ الشريعة الإسلامية. كما على القاضي أن يتأكد من أحكام القانون الأجنبي بصورةٍ دقيقة؛ لأَنَّه قد تكون مخالفة للنظام العام في ظاهرها إلّا إنَّه عند تطبيقها في الواقع العملي تبدو مقبولة في دولته وغير مخالفة لمبادئ النظام العام، كما هو الحال بشأن مسألة الإقرار بالنسب، فعندما يُثار موضوع يتعلق بالتبني أمام قاضي النزاع تُطَبِّق دولته الشريعة الإسلامية فأن هذا الموضوع يعد مخالفًا للنظام العام في دولة القاضي ولكن عند تدقيق القاضي في

---

(1) Kent Murphy: The Traditional Theory of Public Policy and Public Order in Private International Law, op.cit., p.594.

(٢) د. محمد السيد عرفة، الوجيز في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص١٤٧.

(٣) يُقصد بالسلطة التقديرية للقاضي بأَنَّها: " النشاط الذهني والعقلي الذي يقوم به القاضي في فهم الواقع المطروح عليه، واستنباط العناصر التي تدخل هذا الواقع في نطاق قاعدة قانونية معينة، ويُقدر إنها هي التي تحكم النزاع المطروح عليه، أو هي مكنة وحرية لمواجهة ظروف تطبيق القانون"، وعليه فالسلطة التقديرية هي مكنة ذهنية أو عقلية يمنحها المشرع للقاضي من أجل تقدير مخالفة القانون الأجنبي الواجب التطبيق للنظام العام السائد في مجتمع دولته وقت الفصل في النزاع المعروض عليه. د. خير الدين كاظم الأمين، سلطة القاضي التقديرية في القانون الدولي الخاص، بحث منشور في مجلة جامعة بابل، العلوم الإنسانية، المجلد (١٥)، العدد (٢)، ٢٠٠٨، ص٨٢٤.

(٤) د. فؤاد عبد المنعم رياض، د. سامية راشد، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وآثار الأحكام الأجنبية، مصدر سابق، ص١٤٧. كما يُنظر تفضلًا: د. توفيق حسن فرج، أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٨٢، ص١١٥.

أحكام القانون الأجنبي يلاحظ بأَنَّ ذلك القانون يصف هذه حالة بـ (التبني) إلّا إنَّها في الواقع تدخل ضمن فكرة الإقرار بالنسب التي تأخذ بها الشريعة الإسلامية وليس تحت ما يسمى بالتبني، مادام المُتَبنّي أقر صراحة بأَنَّ الولد ابنهِ وإن المُقر ببنوته يُولد لمثل المُقر و المُقر له مجهول النسب وكان نتاج علاقة مشروعة[١].

كما يتطلب الأمر أَنَّ دور القاضي يجب أَلّا ينحصر بالتأكد من تصادم قواعد القانون الأجنبي مع المبادئ التي تعد أساسية للحياة في مجتمع دولته، بل عليه البحث والتحقق بأَنَّ تلك المبادئ ستبقى محتفظة بأهميتها حتى لو تم انتقالها من نطاق العلاقات الوطنية إلى نطاق العلاقات ذات الطابع الدولي، نتيجةً لاختلاف اعتبارات العلاقات الدولية الخاصة عن تلك التي تكون في العلاقات جميع عناصرها وطنية. ومن الأمثلة المهمة الخاصة بهذا الصدد كشرط الدفع بالذهب المذكور في العقود، فإنَّ أغلب محاكم الدول وقوانينها لا تجيز النص على هذا الشرط في العقود الوطنية، بل تصفهُ مخالف للنظام العام؛ كونه يؤدي إلى إضعاف الثقة بالعملة الوطنية، فمثل هذا الشرط يجوز الأخذ به في المعاملات الدولية الخاصة؛ لأَنَّه يعد من الضمانات الأساسية لاستمرار تلك المعاملات، فالقضاء الفرنسي لم يعد شرط الدفع بالذهب الوارد في عقود (الاستيراد، والتصدير، والقروض الدولية) مخالف للنظام العام الفرنسي[٢].

لمّا كان القاضي يتمتع بالسلطة التقديرية لتحديد كون القانون الأجنبي المختص مخالفًا للنظام العام الوطني من عدمه، فهذا لا يعني عدم خضوع ذلك التحديد إلى رقابة المحاكم العليا في دولته، بل إنَّه (التحديد) يخضع لرقابة هذه المحاكم؛ لأَنَّها تُعد من المسائل القانونية وليست واقعة تكون من اختصاص محاكم الموضوع فقط[٣].

إنَّ فكرة الدفع بالنظام العام تعد فكرة مرنة تتغير بتغير الزمان؛ لأَنَّها مرتبطة بالأفكار السائدة في مجتمع دولة القاضي بوقتٍ معين، وعليه فإنَّ القاضي يعتمد على مفهوم فكرة الدفع بالنظام العام السائدة في وقت الفصل بالمسألة محل النزاع لتقدير فيما إذا كان القانون الأجنبي المختص مخالفًا لتلك الفكرة من عدمه، فإذا أتضح لقاضي النزاع تصادم هذا القانون مع ذلك المفهوم السائد ينبغي عليه استبعاده (القانون الأجنبي)[٤]، ولهذا توصف فكرة الدفع بالنظام العام بأَنَّها فكرة (حالية أو آنية)؛ كون العبرة في تقدير اعتبارات النظام العام في لحظة الفصل في الدعوى من دون النظر إلى قبل ذلك، فإذا كان القانون الأجنبي يخالف مقتضيات النظام العام في مجتمع دولة القاضي في وقت نشوء الحق أو المركز القانوني ثم حصل تعديل أو تغيير في هذا القانون قبل النظر والبت في الدعوى مما يجعل ذلك الحق أو المركز القانوني غير متعارضًا مع النظام العام، فلا يتم استبعاد القانون الأجنبي؛

---

[١] د. عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص٥٥٦.
[٢] د. مجد الدين خربوط، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص١٥٨.
[٣] د. إيناس محمد البهجي، د. يوسف المصري، تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص، ط ١، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١٣، ص١٨.
[٤] د. محمود مصليحي، مبادئ تنازع القوانين والاختصاص القضائي وآثار الأحكام الأجنبية، مصدر سابق، ص١٨٩.

لأنَّه أصبح غير مخالف لمفهوم واعتبارات فكرة الدفع بالنظام العام وقت صدور الحكم بالدعوى، والعكس صحيح[١].

ويبدو أنَّ الصفة (الآنية أو الحالية) لفكرة الدفع بالنظام العام في القوانين الوضعية مماثلة أو مشابهة للصفة (الآنية أو الحالية) لفكرة النظام العام في الإسلام، ولكن يختلفان من جهة الأساس، ففي القوانين الوضعية تُستمد الفكرة الآنية من قابلية مفهوم الدفع بالنظام العام للتغير أو التعديل في مجتمع دولة القاضي ما بين نشوء الحق والتمسك به، بينما الفكرة الآنية في دار الإسلام تُستمد من أحكام الشريعة الإسلامية التي لا تقبل التغيير و التبديل، ولهذا يكون عدم قابلية مفهوم فكرة النظام العام في دار الإسلام للتغيير أو التعديل، فهو مفهومًا ثابتًا[٢].

إنَّ استعمال القاضي لفكرة الدفع بالنظام العام ينبغي أن يكون مقرونًا بالحكمة والاعتدال، ولا يلجأ إلى هذه الفكرة إلّا في الحالات التي يتطلب إعمالها لحماية المبادئ الجوهرية في مجتمع دولته من القانون الأجنبي الواجب التطبيق؛ بغية تجنب عدم تطبيق قاعدة الأسناد من دون مبرر حقيقي؛ كون فكرة الدفع بالنظام العام سلاح (ذو حدين)، فمادام الهدف منها هو حماية تلك المبادئ، فإنَّ سوء استعمالها أو التوسع فيها قد يؤدي إلى انهدام نظام تنازع القوانين الوطنية[٣].

يرى الباحث لمّا كانت فكرة الدفع بالنظام العام تعد فكرة نسبية تتغير من زمان إلى آخر في مجتمع دولة القاضي، أصبح من الضروري منح القاضي السلطة التقديرية لتحديد مدى مخالفة القانون الأجنبي المختص للمبادئ الأساسية والجوهرية التي تمثل النظام العام في مجتمع دولته، بل إنَّ إعمال فكرة الدفع بالنظام العام يكون تقييدًا لسلطة القاضي كلّما أتضح إنَّ القانون الأجنبي يتعارض مع تلك المبادئ، أما بالنسبة إلى الوقت الذي يتم فيه تقدير تعارض القانون الأجنبي، فمن الطبيعي يكون في وقت الفصل في الدعوى؛ لأنَّه في هذا الوقت يتم تحديد ما يُعد من النظام العام في مجتمع دولة القاضي وما لا يُعد كذلك، والواقع العملي يُشير إلى تمتع محاكم الدول اللاتينية والدول الأنجلوأمريكية بالسلطة التقديرية لتقدير تعارض القانون الأجنبي مع مفهوم النظام العام السائد في المجتمع وكما أوضحنا ذلك عند بيان موقف قضاء دول القوانين المقارنة[٤] من تعريف الدفع بالنظام العام.

ولمّا كان القانون المدني العراقي لم يتضمن نصًا صريحًا حول تمتع المحاكم العراقية بالسلطة التقديرية بشأن هذا الموضوع، ونظرًا إلى أهمية الموضوع، لذا كان من الأفضل على المشرع العراقي إيراد نص يشير إلى منح السلطة التقديرية للمحاكم الوطنية فيما يتعلق بتقدير مخالفة القانون الأجنبي لمقتضيات النظام العام الوطني

---

(١) د. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، الجنسية والموطن ومعاملة الأجانب والتنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية، مصدر سابق، ص٧٨٠.

(٢) محمد خيري كصير، حالات تطبيق قانون القاضي في نطاق تنازع القوانين، مصدر سابق، ص١٤٠.

(٣) د. فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص٧١.

(4) look, John Bernard Corr: The Modern Choice of Law and Public Policy, op.cit., p.652-p.658.

وبالصيغة الأتية: (يتمتع القضاء العراقي بالسلطة التقديرية لتحديد مدى مخالفة القانون الأجنبي الواجب التطبيق بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية للمبادئ الجوهرية والقيم العليا السائدة في المجتمع العراقي التي تُشكِّل النظام العام في جمهورية العراق، على أَنَّ يخضع ذلك التحديد للمحاكم الرقابية العليا الموجودة في الدولة).

المطلب الثاني

الآثار المترتبة على الدفع بالنظام العام في إطار القانون الدولي الخاص

إنَّ الفقه والقضاء يُميّز في إطار القانون الدولي الخاص بين الحقوق والمراكز القانونية المراد إنشائها في دولة قاضي النزاع وبين تلك الحقوق والمراكز التي يتم تكوينها في الخارج و يراد التمسك بها في دولة القاضي، ففي الحالة الأولى: إذا كان إنشاء الحق أو المركز في دولة القاضي طبقًا لقانون أجنبي معين، وكانت أحكام هذا القانون تتعارض مع المبادئ الجوهرية والمصالح العليا في دولة القاضي، ففكرة الدفع بالنظام العام في هذا الحال ستُرتب آثارًا عادية تتمثل بالأثر السلبي الذي يتجسد باستبعاد القانون الأجنبي المخالف لتلك المبادئ والمصالح، في حين أَنَّ الأثر الإيجابي يتمثل بإحلال قانون دولة القاضي محله، ويطلق على الآثار العادية بالآثار المطلقة أو الكاملة للدفع بالنظام العام، أما بالنسبة إلى الحالة الثانية: فالحقوق والمراكز القانونية التي يتم إنشائها في خارج دولة قاضي النزاع ويراد التمسك أو الاحتجاج بها في هذه الدولة، ففي هذا الفرض سيكون لفكرة الدفع بالنظام العام آثار تختلف عن تلك المذكورة في الحالة السابقة، فلا تنتج هذه الفكرة آثارها بصورة كاملة، وإنما تنتج آثارٌ مخففة أو انعكاسية، فتسمى هذه الآثار بـ (الآثار الاستثنائية، أو غير العادية)؛ ولغرض تسليط الضوء على تلك الآثار بنوعيها في إطار القانون الدولي الخاص، سنخصص الفرع الأول للآثار العادية، بينما سنخصص الفرع الآخر للآثار الاستثنائية وعلى وفق التفصيل الآتي:

الفرع الأول

الآثار العادية الناتجة عن الدفع بالنظام العام

إنَّ الآثار العادية التي تتمثل بالأثر السلبي والأثر الإيجابي تنتج عن إعمال فكرة الدفع بالنظام العام عند توافر الشروط اللازمة لإعمالها. والمتمثلة بـ (وجود القانون الأجنبي الواجب التطبيق المحدد بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية، وتعارض ذلك القانون مع مقتضيات النظام العام السائد في مجتمع القاضي الوطني)، وبغية معرفة الآثار العادية لفكرة الدفع بالنظام العام في مجال تنازع القوانين سنتناول الأثرين المذكورين أعلاه (السلبي والإيجابي) على وفق التفصيل الموضح أدناه:

أولًا- الأثر السلبي للدفع بالنظام العام.

إنَّ الأثر السلبي لإعمال فكرة الدفع بالنظام العام في نطاق القانون الدولي الخاص يتمثل باستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق بموجب قاعدة الأسناد الوطنية الذي يتصادم مع مقتضيات النظام العام السائدة في مجتمع دولة القاضي[1]، فمثلًا: لو كان القانون الأجنبي لا يورث لاختلاف اللون في حين قانون دولة القاضي لا يعتد بذلك.

في الأغلب يُطرح تساؤل، إذا كان القانون الأجنبي يتعارض مع المبادئ الجوهرية لمجتمع دولة القاضي التي تمثل النظام العام فيتم استبعاده، فهل يتم استبعاد ذلك القانون بجميع أحكامه؛ أي: بصورة كاملة، أو يتم استبعاد الجزء المتعارض مع تلك المبادئ؛ أي: بصورة جزئية؟

للإجابة على هذا التساؤل يتطلب الأمر معرفة الآراء الفقهية المطروحة بشأن هذا الموضوع. في الواقع أَنَّ فقه القانون الدولي الخاص انقسم على رأيين، وعلى وفق التفصيل الآتي:

الرأي الأول:

يرى أنصار هذا الرأي ضرورة استبعاد أحكام القانون الأجنبي المتعارض مع اعتبارات النظام العام في مجتمع دولة القاضي بصورة كاملة (شاملة) حتى لو كان يتعارض مع تلك الاعتبارات ببعض أحكامه؛ أي: بجزء منها. ويبررون ذلك، بأَنَّ القانون الأجنبي يمثل وحدة متكاملة لا يمكن تجزئته، فلا يصح استبعاد الجزء المخالف منه للنظام العام وتطبيق الجزء الآخر غير المخالف لذلك النظام؛ لأَنَّه في تلك التجزئة تعد خرقًا للقانون الواجب التطبيق وتشويهًا له وتقطيعًا لأوصاله. فضلًا عن خرق قاعدة الإسناد الوطنية في قانون دولة القاضي؛ لأَنَّ

---

[1] د. جابر إبراهيم الراوي، أحكام تنازع القوانين في القانون العراقي، مصدر سابق، ص٥١.

المشرع الوطني يهدف من خلال هذه القاعدة اختيار القانون الأكثر ارتباطًا بالعلاقة القانونية محل النزاع والأفضل في تحقيق العدالة، وتحقيق هذا الهدف لا يتم إلّا من خلال تطبيق أحكام القانون الأجنبي بصورة كاملة[١].

الرأي الثاني:

ذهب أنصار هذا الرأي إلى أَنَّ القانون الأجنبي إذا خالف مقتضيات النظام العام في دولة القاضي، فينبغي أن يكون الاستبعاد مقتصرًا على الحكم (الجزء) المخالف لتلك المقتضيات من دون غيره من أحكام ذلك القانون[٢].

الرأي الراجح:

يبدو أَنَّ الرأي الثاني هو الرأي الراجح؛ كون الاستبعاد ينبغي أن يكون مقتصرًا على الجزء المتعارض مع اعتبارات النظام العام وحَسب من دون الأجزاء الأخرى؛ لأَنَّ آثار فكرة الدفع بالنظام العام ما هي إلّا آثار استثنائية ونسبية، تترتب في الحدود المتطلبة لحماية النظام العام الداخلي، وإذا كانت هذه الحماية لا تتحقق إلّا من خلال استبعاد القاعدة المخالفة للنظام العام، فينبغي استبعاد هذه القاعدة وحَسب وتطبيق جميع القواعد القانونية الأخرى المنصوص عليها في القانون الأجنبي المختص[٣]، والواقع العملي يشير إلى اعتماد القضاء هذا الرأي، كالقضاء الفرنسي عندما قضى (إذا كان القانون الأجنبي يتعارض مع النظام العام الفرنسي في مسائل النسب الطبيعي، فيقتصر استبعاد حكمه على تلك المسألة من دون أن يتعدى هذا الاستبعاد إلى آثار النسب)، كما ذهب القضاء الفرنسي إلى أَنَّ (أحكام الشريعة الإسلامية المتعلقة بالميراث غير مخالفة للنظام العام الفرنسي إلّا فيما يخص بحرمانها لغير المسلم من حقه في الميراث، أما بالنسبة إلى ما يتعلق بتحديد الأنصبة للورثة يتم طبقًا لأحكامها)[٤].

وعلى الرغم من ذلك قد يكون حكم القانون الأجنبي المُستبعد لتعارضه مع مقتضيات النظام العام الوطني مرتبطًا ارتباطًا وثيقًا مع جميع الأحكام الأخرى في هذا القانون، إذ يتعذر على قاضي النزاع أن يكتفي بالاستبعاد الجزئي لذلك الحكم وحَسب وتطبيق الأحكام الأخرى غير المتعارضة مع مقتضيات النظام العام في مجتمع دولته، ففي هذا الحال ينبغي استبعاد أحكام القانون الأجنبي بصورة كاملة[٥]، فمثلًا: أجنبيين مختلفي اللون يقيمان في العراق وكان قانون جنسيتهما يمنع الزواج بينهما لاختلاف اللون، ولكن هذا الزواج يمكن إبرامه في العراق كون النظام العام في العراق لا يعتد باختلاف اللون وبذلك سيتم استبعاد القانون الأجنبي، وإبرام عقد الزواج على وفق القانون العراقي، وإذا عرض على القاضي العراقي خلاف بشأن آثار هذا الزواج فيجب على القاضي أن يستبعد

---

(١) أخذ بهذا الرأي كل من (نيبوابيه، ولوسوارن، و بورويل)، يُنظر تفضلًا: د. عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، ط ١، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ٢٠٠٨، ص٢١٤.

(٢) من أنصار هذا الرأي (موري، لاجارد)، أشار إليه، د. جميلة أوحيدة، تقديم د. عبد الرزاق مولاي ارشيد، آليات تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص المغربي، مصدر سابق، ص٣٢٣.

(٣) د. عباس العبودي، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مصدر سابق، ص٢١٥.

(٤) د. أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص١٧٧.

(٥) د. هشام علي صادق، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص٣٢٦.

القانون الأجنبي الواجب التطبيق على هذه الآثار استبعادًا كليًا ويُطَبِّق القانون العراقي؛ إذ كيف يتم تطبيق القانون وهو(قانون الجنسية) على آثار هذا الزواج الذي يعده مخالفًا أو باطلًا لأحكامه؟ بل لابد من إخضاع تلك العلاقة القانونية إلى القانون العراقي في جميع جوانبها ومن ضمنها آثار هذه العلاقة[١].

ويؤيد الباحث الرأي الراجح المذكور أعلاه؛ لأَنَّ استبعاد القانون الأجنبي بصورة كاملة يؤدي إلى انهيار أو انهدام قواعد نظام التنازع الوطنية الذي يعد أحد المناهج المعتمدة في حل تنازع القوانين، فضلًا عن ذلك أَنَّ المشرع الوطني عندما يسمح بتطبيق القانون الأجنبي المحدد بموجب تلك القواعد يجده أكثر القوانين ارتباطًا بالعلاقة القانونية محل النزاع آخذًا بنظر الاعتبار اعتبارات الملاءمة والعدالة، وعليه عندما يتعارض جزءًا من القانون الأجنبي مع النظام العام الداخلي ينبغي ضرورة استبعاد ذلك الجزء وحَسب، تحقيقًا للهدف الذي يسعى إليه المشرع الوطني من خلال قاعدة الإسناد الوطنية وحمايةً لهذا المنهج التقليدي إلّا إنَّ هذا الحل لم يتم اتباعه بصورة مطلقة، إذ يتم استبعاد أحكام القانون الأجنبي المختص بشكلٍ كامل عندما يُلاحظ القاضي الوطني أَنَّ هذا القانون يتعارض بشكلٍ كامل مع المبادئ الجوهرية في مجتمع دولته التي تشكل النظام العام الوطني، أو عندما يكون هنالك ارتباط أو اتصال وثيق بين النص القانوني المتعارض في القانون الأجنبي والنصوص القانونية الأخرى من ذات القانون.

ولِما تقدم يصح القول: إنَّ الأثر السلبي لإعمال الدفع بالنظام العام بالأصل يتمثل بـ (الاستبعاد الجزئي) للقانون الأجنبي المختص، ويكون الاستبعاد الكلي لذلك القانون ما هو إلّا استثناءً على الأصل.

يتضح من خلال النصوص القانونية سالفة الذكر[٢] بأَنَّ المشرع العراقي ومشرعي القوانين المقارنة أخذوا بالأثر السلبي المترتب على إعمال فكرة الدفع بالنظام العام، والمتمثل باستبعاد القانون الأجنبي المتعارض مع النظام العام الوطني من دون الإيضاح إلى الاستبعاد الجزئي أو الكلي لذلك القانون، باستثناء المشرع التونسي الذي أشار إلى الاستبعاد الجزئي للقانون الأجنبي بصورة صريحة وواضحة من خلال ما ورد في الفصل (٣٦) من مجلة القانون الدولي الخاص الذي تضمن (... ولا يستبعد من القانون الأجنبي عند العمل بالنظام العام سوى أحكامه المخالفة للنظام العام في مفهوم القانون الدولي الخاص التونسي...)[٣].

ثانيًا- الأثر الإيجابي للدفع بالنظام العام.

إنَّ الأثر الإيجابي لإعمال فكرة الدفع بالنظام العام الإستبعادي يتمثل بقيام قاضي النزاع بتطبيق قاعدة قانونية بدلًا عن القاعدة القانونية الأجنبية المُستبعدة نتيجةً لمخالفتها للنظام العام في دولته؛ لتجنب بقاء المسألة محل النزاع

---

(١) أشار إلى هذا الموضوع، د. هشام علي صادق، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص٣٢٧. د. إعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص١٧٨.

(٢) تُنظر تفضلًا النصوص القانونية المتعلقة بموضوع الدفع بالنظام العام والمشار إليها في الصفحة (٤٠،٤١) من هذه الرسالة.

(٣) مجلة القانون الدولي الخاص التونسي رقم (٩٧) لسنة ١٩٩٨.

معلقة من دون قانون يحكمها، أو للتخلص من توقف القاضي من النظر والسير في موضوع الدعوى، ومن ثم تحقيق العدالة وحسم النزاع[١].

التساؤل الذي يُطرح، ما القاعدة القانونية أو القانون الذي سيطبقه قاضي النزاع على المسألة المعروضة أمامه بعد استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق والمخالف لفكرة النظام العام في مجتمع دولته؟ للإجابة عن هذا التساؤل فقد وجدت آراء فقهيه عديدة سيتم بيانها على وفق التفصيل الآتي واختيار الرأي الراجح منها:

الرأي الأول:

إنَّ الفقه الألماني ذهب إلى عدم تطبيق قانون قاضي النزاع بدلًا عن قواعد القانون الأجنبي المُستبعد، وإنما ينبغي البقاء على هذا القانون والبحث فيه عن قاعدة قانونية أخرى لتحل محل القاعدة القانونية التي تم استبعادها تكون غير مخالفة لمفهوم النظام العام في مجتمع دولة القاضي[٢]، مما يؤدي ذلك إلى احتفاظ قاعدة الإسناد الوطنية بوظيفتها ومن ثم تؤدي دورها الذي أُنشأت من أجله[٣]، إذ تم توجيه انتقاد إلى هذا الرأي؛ لأنَّه يفترض بصورة دائمة وجود قواعد قانونية مماثلة أو مشابهة لتلك القواعد التي تم استبعادها باسم (النظام العام).

الرأي الثاني:

تبنى هذا الرأي بضرورة البحث عن أفضل القوانين إلى الطرف الضعيف في العلاقة القانونية محل النزاع، ومن ثم إحلاله محل القانون الأجنبي الذي تم استبعاده إلّا إنَّه هذا الرأي لم يسلم من سهام النقد؛ لأنَّه تحديد الطرف الضعيف يتوقف على ما تقضي به القاعدة القانونية التي ستحكم العلاقة القانونية، ولا يُمكن التعرف على الطرف الضعيف في تلك العلاقة قبل معرفة القانون المختص[٤].

الرأي الثالث:

يجد هذا الرأي إذا تم استبعاد القانون الأجنبي المخالف لمقتضيات النظام العام في دولة القاضي، ينبغي على قاضي النزاع الاستعانة بقواعد القانون الطبيعي ما دام أحكام قانون دولة القاضي لا تتماشى ولا تتلاءم مع طبيعة

---

[١] ثائر علي صبار، القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني، دراسة مقارنة، ط ١، منشورات زين الحقوقية والأدبية، بيروت، لبنان، ٢٠١٧، ص١٩٩.

[٢] بهذا المعنى قضت (المحكمة الاتحادية الألمانية)، بشأن تقادم دين خاضع إلى القانون السويسري، باستبعاد القاعدة المنصوص عليها في قانون الالتزامات السويسري(م/١٤٩/ فـ٥) التي تقرر بعدم تقادم الدين؛ لتعارض ذلك مع النظام العام الألماني إلّا إنَّها لم تطبق بدلًا عن تلك القاعدة، القاعدة المقابلة لها والمنصوص عليها في القانون الألماني، وإنما طبقت قاعدة أُخرى من قواعد القانون السويسري والخاصة بأطول تقادم يعرفه هذا القانون. د. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، ج ٢، التنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية، مصدر سابق، ص٢٧٤.

[٣] د. وفاء مزيد فلحوط، د. ساجر حميد الخابور، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص١٢٣.

[٤] د. سلطان عبد الله محمود، الدفع بالنظام العام وأثره، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، المجلد (١٢)، العدد (٤٣)، ٢٠١٠، ص٩٦.

العلاقة القانونية محل النزاع، أو خلو أحكام ذلك القانون من الحل المناسب لتلك العلاقة[١]، وعلى الرغم من محاولة هذا الرأي الاستعانة بمبادئ القانون الطبيعي[٢] لسد وتلافي الفراغ التشريعي الناتج عن استبعاد القانون الأجنبي المختص و تعذر الحصول على الحل في القواعد الوطنية إلّا إنَّه تم توجيه انتقاد إلى هذا الرأي؛ كون فكرة قواعد القانون الطبيعي تعدُ فكرة غامضة ومبهمة[٣].

الرأي الرابع:

يذهب هذا الرأي عند استبعاد القانون الأجنبي المختص، فيتم اللجوء إلى تطبيق القانون الأقرب في أحكامه إلى القانون الأجنبي الذي تم استبعاده، وذلك من خلال قاعدة تنازع احتياطية في قانون دولة القاضي. إذ وصف هذا الرأي بأنَّه غير سليم وملائم؛ لأنَّ اللجوء إلى قواعد الإسناد الاحتياطية عند استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق لم يكن مجديًا في الحالة التي يُريد فيها الأطراف إنشاء علاقة غير مشروعة في دولة قاضي النزاع تخالف اعتبارات النظام العام، فمثلًا: لو ادعى أجنبيًا أمام قاضي النزاع (بشرعية ابن) هو نتاج علاقة غير مشروعة، فالقانون الذي يحمي مقتضيات النظام العام في دولة القاضي هو قانون دولة القاضي ذاته من خلال منع نشوء هذه العلاقة، ولا يجوز لأي قانون آخر يجعل تلك العلاقة بأنَّها علاقة مشروعة تجاه قانون دولة القاضي[٤].

الرأي الخامس:

إنَّ هذا الرأي يذهب إلى ضرورة استبدال القانون الأجنبي الذي تم استبعاده لمخالفة النظام العام بقانون دولة القاضي؛ كون هذا الحل يتماشى مع فكرة الدفع بالنظام العام بوصفها ذات طبيعة وطنية، فضلًا عن ذلك أنَّ هذا الحل يتلاءم مع الاعتبارات العملية[٥].

الرأي الراجح:

إنَّ الرأي الراجح للأثر الإيجابي لإعمال فكرة الدفع بالنظام العام ينحصر في إحلال قانون دولة القاضي محل القانون الأجنبي المُستبعد؛ بوصفه المصدر الاحتياطي كبديل عن أحكام ذلك القانون، وهذا يتماشى مع الطبيعة الوطنية التي تتمتع بها فكرة الدفع بالنظام العام، فضلًا عن ذلك ينظر إلى هذا الأثر بوصفه مسألة موضوعية

---

[١] د. سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، المضمون الواسع المتعدد الموضوعات- الجنسية والقومية- المركز القانوني للأجانب وللعرب- النظرية العامة لتنازع القوانين، مصدر سابق، ص٧٦٠.

[٢] إنَّ القضاء المغربي اعتمد هذا الرأي فيما يتعلق بالمنازعات الخاصة بحالة الأشخاص الأجانب؛ لصعوبة تطبيق الأحكام الوطنية المتعلقة بهذا الموضوع على الأجانب المقيمين في المغرب. د. هشام علي صادق وآخرون، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين - الاختصاص القضائي الدولي - الجنسية، مصدر سابق، ص٢٠٧.

[٣] د. هشام علي صادق، المطول في القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص٥١٦.

[٤] د. جميلة أوحيدة، تقديم د. عبد الرزاق مولاي ارشيد، آليات تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص المغربي، مصدر سابق، ص٣٢٣.

[٥] د. حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، المبادئ العامة في تنازع القوانين، مصدر سابق، ص٣٠٧.

وليست مسألة إجرائية[١]. وإنَّ طبيعة هذا الإحلال يتأثر بطبيعة الأثر الإستبعادي، فإذا كان الاستبعاد لأحكام القانون الأجنبي بصورة كلية، فيقابل ذلك الاستبعاد الحلول الكلي لأحكام قانون دولة القاضي، فمثلًا: لو كان القانون الأجنبي المختص يجيز بيع التركات المستقبلية، ففي هذا الحال يتم استبعاد ذلك القانون بشكلٍ كلي مادام قانون دولة القاضي لا يجيز بيع تلك التركات ويعدّها مخالفة لفكرة النظام العام ويحل محله قانون دولة قاضي النزاع، أما إذا كان الاستبعاد بصورة جزئية، فيكون الإحلال لأحكام قانون دولة القاضي جزئيًا، كما لو كان القانون الأجنبي الواجب التطبيق يقرر بعض الآثار للزواج بحيث تصطدم مع النظام العام السائد في مجتمع دولة القاضي، فيتم استبعاد ذلك القانون بصورة جزئية ويحل قانون دولة القاضي في محل ذلك الجزء المُستبعد من القانون الأجنبي، ففي هذا الحال سيتم تطبيق القانونيين على الآثار بصورة جزئية[٢].

وعليه يمكن القول: إنَّ وجود الأثر السلبي لإعمال فكرة الدفع بالنظام العام المتمثل باستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق سواء كان استبعادًا كليًا أم جزيئًا يتبعهُ بالضرورة وجود الأثر الإيجابي[٣] الذي يتجسد بتطبيق قانون دولة قاضي النزاع كبديل عن القانون الأجنبي المُستبعد[٤].

والتساؤل الذي يُثار، هل يمكن إحلال قانون آخر غير قانون دولة قاضي النزاع محل القانون الأجنبي الذي تم استبعاده؟ للإجابة على هذا التساؤل، يصح القول: يمكن تصور ذلك في حال قبول الأخذ بالإحالة من الدرجة الثانية (الإحالة المطلقة)، وكانت قواعد القانون الأجنبي الذي أحالت إليه قاعدة التنازع الأجنبية تتعارض مع قواعد القانون الأجنبي المحدد بمقتضى قاعدة التنازع الوطنية، ففي هذا الحال فإنَّ قاضي النزاع لا يقوم بتطبيق قانونه الوطني وإنما يُطَبِّق قواعد القانون الأجنبي الواجب التطبيق والمشار إليه بموجب قاعدة التنازع الوطنية[٥].

إنَّ الباحث يتفق مع الرأي الراجح المشار إليه آنفًا، للأسباب والمبررات المذكورة أعلاه، فضلًا عن ذلك أَنَّ فكرة الدفع بالنظام العام تعدُ صمام أمان لحماية المبادئ والأسس الجوهرية والمصالح العليا لمجتمع دولة قاضي النزاع، ومن غير المقبول أن يتم استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق والمخالف لتلك المبادئ والمصالح من دون إحلال قانون آخر محله ليُطَبَّق على المسألة محل النزاع لِما يترتب على ذلك إنكارًا لإحقاق الحق والعدالة، وعليه يكون قانون دولة قاضي النزاع كأفضل حل لاعتماده بديلًا عن القانون الأجنبي المُستبعد لتحقيق الهدف

---

[١] د. مهند أحمد الصانوري، القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة في تنازع القوانين، مصدر سابق، ص١١٧. كما يُنظر تفضلًا: بيار مايز- فانسان هوزيه، القانون الدولي الخاص، ترجمة د. علي محمد مقلد، مصدر سابق، ص٢٠٣.

[٢] د. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، أحكام التنازع الدولي للقوانين، ط ١، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان- بيروت،٢٠١٢، ص١٤٤. كذلك يُنظر تفضلًا: بيار مايز- فانسان هوزيه، القانون الدولي الخاص، ترجمة د. علي محمد مقلد، المصدر نفسه، ص٢٠٤.

[٣] هذا بخلاف الدفع بالنظام العام في مجال الاختصاص القضائي الدولي الذي يُرتب أثرًا سلبيًا فقط في موضوع تنفيذ الأحكام الأجنبية، إذ يلجأ القاضي إلى إعمال فكرة الدفع بالنظام العام بغية رفض شمول الحكم الأجنبي بأمر التنفيذ. د. طلال ياسين العيسى، دراسة قانونية في علاقة الاختصاص القضائي الدولي بقواعد النظام العام، بحث منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد (٢٥)، العدد (١)، ٢٠٠٩، ص٣٢١.

[٤] د. يونس صلاح الدين علي، القانون الدولي الخاص، دراسة تحليلية في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مصدر سابق، ص٢٧٧.

[٥] د. فؤاد عبد المنعم رياض، د. سامية راشد، الوجيز في القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص١٤٩.

المرجو من إعمال فكرة الدفع بالنظام العام والمذكور آنفًا، على أَنَّ هذا الاستبدال لم يكن بصورة مطلقة وإنما مُقيَّد بالأثر الإستبعادي الذي قد يكون كليًا أو جزئيًا بحسب الأحوال.

ويمكن التساؤل، هل إعمال فكرة الدفع بالنظام العام تعد دفعًا موضوعيًا، أو دفعًا إجرائيًا (شكلي)؟

للإجابة على ذلك، يصح القول: لمّا كان إعمال فكرة الدفع بالنظام العام تتجسد باستبعاد القانون الأجنبي المخالف لمقتضيات النظام العام في مجتمع دولة القاضي وتطبيق قانون دولة القاضي محل ذلك القانون المُستبعد سواء كان بصورة كلية أو جزئية، ونظرًا لما يمثله هذا الحل بكونه أفضل الحلول وأسلمها لحسم العلاقة القانونية محل النزاع فإنَّها تعد دفعًا موضوعيًا[١]، وهذا ما أخذت به الأنظمة القانونية في الدول اللاتينية كالقانون العراقي والمصري والفرنسي على الرغم من عدم النص بصورة صريحة على ذلك الأثر الإيجابي[٢] إلّا إنَّ النظام القانوني التونسي أعتمد الحل المذكور آنفًا بصورة صريحة وواضحة[٣] من خلال نص الفصل (٣٦) المتضمن " ... ويطبق القاضي أحكام القانون التونسي بدلا عن أحكام القانون الأجنبي التي استبعد تطبيقها "[٤]. أما بالنسبة إلى الأنظمة القانونية في الدول الأنجلوأمريكية ومنها الولايات المتحدة الأمريكية على الرغم من أخذ بفكرة الدفع بالنظام العام لاستبعاد القانون المختص والمخالف للمبادئ الجوهرية في المجتمع إلّا إنَّها أعدت تلك الفكرة دفعًا شكليًا وليس موضوعيًا؛ أي: من مسائل الإجراءات، إذ إنَّ المحكمة المعروض عليها النزاع تقوم باستبعاد القانون الأجنبي الذي يتعارض مع مقتضيات النظام العام و إحالة أطراف النزاع (الخصوم) إلى محكمة دولة أخرى، وتختص المحكمة الأخيرة بالنظر في العلاقة القانونية محل النزاع والفصل بها[٥]؛ لأَنَّ المحكمة الأولى (المعروض عليها النزاع) تحكم بأَنَّها غير مختصة بذلك النزاع ولم تقم بالبحث عن بديل للقانون الأجنبي المُستبعد[٦]، وعلى ما يبدو أَنَّ بعض الولايات المتحدة الأمريكية كولاية (نيويورك) قد أخذت بإعمال فكرة الدفع بالنظام العام لاستبعاد القانون الواجب التطبيق والمتعارض مع نظامها العام كدفع موضوعي وهذا ما لاحظناه في قضية السيدة (ميرتز/ Mertz) والمشار إليها سابقًا[٧].

---

[١] ثائر علي صبار، القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني، مصدر سابق، ص٢٠٠.

[٢] يُنظر تفصيلًا: د. جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص٢٠٩.

[٣] كما أخذ بهذا الحل صراحةً القانون الكويتي رقم (٥) لسنة ١٩٦١ الخاص بتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي في نص المادة (٧٣) منه التي تضمنت " لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته النصوص الواردة في هذا الباب إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو للآداب في الكويت، ويتعين في هذه الحالة تطبيق القانون الكويتي".

[٤] مجلة القانون الدولي الخاص التونسي سالفة الذكر.

[٥] يُنظر تفصيلًا كل من: د. هشام خالد، النظرية العامة- النظرية العامة للجنسية- الجنسية المصرية- مركز الأجانب- تنازع القوانين- تنازع الاختصاص القضائي الدولي- تنفيذ الأحكام الأجنبية مصدر سابق.ص٧١٢. د. حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، المبادئ العامة في تنازع القوانين، مصدر سابق، ص٣٠٥. د. سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، المضمون الواسع المتعدد الموضوعات- الجنسية والقومية- المركز القانوني للأجانب وللعرب- النظرية العامة لتنازع القوانين، مصدر سابق، ص٧٥٧. د. مهند أحمد الصانوري، القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة في تنازع القوانين، مصدر سابق، ص١١٧.

[٦] د. عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص٦٠٦.

[٧] سبق أن تمت الإشارة إلى هذه القضية في الصفحة (٧٩) من هذه الرسالة.

يتضح مما تقدم بأَنَّ الدول اللاتينية المشار إليها آنفًا إنها أخذت بالأثر الإيجابي لإعمال فكرة الدفع بالنظام العام المتمثل بإحلال قانون دولة القاضي محل القانون الأجنبي المُستبعد على الرغم من عدم النص على ذلك، لذا يجد الباحث من الأفضل على مشرعي تلك الدول لا سيما المشرع العراقي، إيراد نصًا صريحًا بشأن الأثر الإيجابي المترتب على الفكرة المذكورة آنفًا لأهمية تلك الفكرة و دورها الفعّال الذي تلعبه في نطاق العلاقات الدولية الخاصة ومسايرة المشرع التونسي بهذا الموضوع، وعليه نقترح على المشرع العراقي وضع نص قانوني يتضمن الإشارة إلى الأثر الإيجابي المترتب على التمسك بالدفع بالنظام العام في إطار تنازع القوانين وبالصيغة الآتية: (يقوم القاضي باستبعاد قواعد القانون الأجنبي المختص والمخالف لمقتضيات النظام العام السائدة في المجتمع العراقي على وفق طبيعة الأثر الإستبعادي الذي قد يكون كليًا أو جزئيًا، وإحلال قواعد القانون العراقي النافذة محلها).

والجدير بالذكر أَنَّ الشريعة الإسلامية لم تأخذ بفكرة الاستبعاد الجزئي؛ لأَنَّ أحكامها تتسم بعدم قابليتها للتغيير والتعديل، ومن ثم ينبغي استبعاد القانون الأجنبي استبعادًا كليًا لتحل محله أحكام الشريعة الإسلامية التي تستأثر بجميع الاختصاص التشريعي، إذ إنَّه يجب استبعاد القانون الأجنبي المختص كلّما أتضح أن تطبيق القانون الأجنبي يؤدي إلى المساس في أصل من أصول الشريعة الإسلامية بوصفها المصدر الرئيس للقانون[١] في الدول الإسلامية[٢].

---

[١] نصت المادة (١) بفقرتها (٢) من القانون المدني العراقي النافذ على أَنَّه: " فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين فإذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة". تقابلها نص المادة (١/ ف ٢) من القانون المدني المصري النافذ.

[٢] د. صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، ط ١، مصدر سابق، ص١٣٩.

الفرع الثاني

الآثار الاستثنائية الناتجة عن الدفع بالنظام العام

إنَّ الآثار الاستثنائية الناتجة عن الدفع بالنظام العام في مجال تنازع القوانين، تتمثل بالأثر المخفف والأثر الانعكاسي التي تتحقق عند إنشاء الحقوق أو المراكز القانونية في الخارج؛ أي: (خارج دولة قاضي النزاع) ويراد التمسك أو الاحتجاج بها في هذه الدولة، ففكرة الدفع بالنظام العام بصدد هذا الموضوع لم يكن إعمالها بشكلٍ كامل وإنما يكون جزئيًا، ولغرض معرفة الإعمال الجزئي لهذه الفكرة يتطلب الأمر البحث في الآثار الاستثنائية الخاصة بها من خلال الأثرين المشار إليهما أعلاه (المخفف والانعكاسي) على وفق التفصل الآتي:

أولًا- الأثر المخفف للدفع بالنظام العام.

إنَّ اكتساب الحق أو نشوء المركز القانوني في دولة قاضي النزاع قد يتعارض مع النظام العام الوطني إلّا إنَّ هذا الحق أو المركز ذاته لو تم إنشائه في خارج دولة القاضي فأَنَّ آثاره قد لا تتعارض مع ذلك النظام (النظام العام الوطني)، إذ إنَّ إعمال الدفع بالنظام العام لا يتم بالدرجة ذاتها في الحالتين على الرغم من كون إعماله يتعلق بذات الحق أو المركز القانوني المطلوب إنشاؤه، ولهذا أطلق الفقه على أثر الدفع بالنظام العام فيما يخص الحقوق المكتسبة في الخارج بـ (فكرة الأثر المخفف للنظام العام)؛ لأَنَّ مقتضيات النظام العام في دولة القاضي لا تسمح بنشوء تلك الحقوق فيها إلّا إنَّه يمكن قبول الاحتجاج بهذه الحقوق لو تم إنشاؤها في خارج دولة القاضي[١]، فمثلًا: لو عُرض على القاضي الفرنسي نزاع بشأن نفقة زوجية تطالب بها الزوجة الثانية من زوجها المسلم (رجل مسلم)، فإنَّ الزواج الثاني في فرنسا يعد مخالف للنظام العام الفرنسي وينبغي بطلانه إلّا إنَّ هذا الزواج لو تم إبرامه في خارج فرنسا، فالقاضي لا يستطيع أن يحكم ببطلان ذلك الزواج، بل يعترف بهذا الزواج ويُرتب عليه الآثار المتمثلة بالحقوق للزوجية، كحق الزوجة الثانية في النفقة، أو حقها في الميراث، فإنَّ ضرورة احترام الحقوق والمراكز القانونية المكتسبة في الخارج تقتضي أن يكون أثر الدفع بالنظام العام بهذا الشأن مخففًا، فهذا الدفع سيصاب بشلل جزئي[٢].

ظهرت فكرة الأثر المخفف للنظام العام لأول مرة على يد القضاء الفرنسي في قضية (بولكلي – Bulkley) عام (١٨٦٠)، إذ منح حصانة فعلية للمراكز القانونية التي تم إنشاؤها في خارج فرنسا، بل إنَّ الفكرة المذكورة أعلاه عادت بشكلٍ فعّال من خلال القرار الصادر من محكمة النقض الفرنسية في (١٧/ ابريل/ ١٩٥٣) بشأن قضية (ريفيير– Riviere)، الذي تضمن " إنَّ رد الفعل ضد حكم مخالف للنظام العام ليس هو واحدًا بحسب ما إذا كان

---

[١] د. أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص١٨١.
[٢] د. أحمد عبد الكريم سلامة، التنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية، مصدر سابق، ص٢٣٦.

يعيق اكتساب الحق في فرنسا، أو ما إذا كان الأمر يتعلق بالآثار التي يرتبها الحق في فرنسا تم اكتسابه من دون احتيال في الخارج طبقًا للقانون المختص بموجب القانون الدولي الخاص الفرنسي"[١].

والتساؤل الذي يُطرح، ما هو موقف فقه القانون الدولي الخاص بشأن الأخذ بفكرة الأثر المخفف للدفع بالنظام العام؟ للإجابة على هذا التساؤل، يمكن القول: إنَّ فقه القانون الدولي الخاص اختلفوا بصدد هذه الفكرة بين رافضٍ ومؤيدٍ.

الاتجاه الرافض:

إنَّ هذا الاتجاه يتمثل بأنصار نظرية (الحقوق المكتسبة)[٢]، يرى أَنَّ إعمال فكرة الدفع بالنظام العام ينبغي التمييز بين مسألة اكتساب الحق ومسألة نفاذ هذا الحق دوليًا، فإذا تم اكتساب الحق في الخارج وأُريد التمسك بآثار هذا الحق في دولة القاضي، فإنَّ الاعتراف بآثاره لا تعدُ متعارضة مع مقتضيات النظام العام؛ لأَنَّ هذا الحق تم اكتسابه طبقًا لشروط وإجراءات أُكملت أو تمت في الخارج[٣]، كما أَنَّ صعوبة التمييز بين اكتساب الحق وبين آثاره؛ لأَنَّه توجد هنالك بعض المسائل تبدو (كآثار) لحقوق، وفي ذات الوقت يمكن أن تُعد (حقوقًا) مستقلة، كما هو الحال في التزام الأب بـ (النفقة) يبدو كأثر للنسب إلّا إنَّه يمكن عَد هذا الالتزام حقًا مستقلًا من خلال دعوى النفقة التي يتم إقامتها أمام القضاء، كذلك أَنَّ الحديث عن الحق الذي تم اكتسابه في الخارج والاعتراف بآثاره، يؤدي إلى نقل مبادئ حل التنازع الزمني بين القوانين إلى نطاق تنازع القوانين في المكان والدفع بالنظام العام، وهذا لا يجوز لتشويهه بالتمسك بالدفع بالنظام العام؛ كون القانون الأجنبي يُنظر إليه من جهة تصادمه مع مقتضيات النظام العام أم لا، ومن ثم يتم تحديد استبعاده من عدمه، ولا يوجد هنالك حل وسط[٤].

الاتجاه المؤيّد:

يرى أصحاب هذا الاتجاه أَنَّ الأخذ بفكرة الأثر المخفف للنظام العام يُفسر بأَنَّه ما دام الحق تم اكتسابه في خارج دولة القاضي بشكلٍ صحيح، فيجب على هذه الدولة أن تتسامح في الاعتراف بهذا الحق القانوني، لأَنَّه نشأ حق مُكتسب لأصحاب الشأن[٥]، كما أَنَّ الشعور العام في دولة القاضي لا يتأثر تجاه الحقوق المكتسبة في الخارج مقارنة مع تلك الحقوق أو المراكز القانونية التي يتم اكتسابها في دولة القاضي فيما يتعلق بإعمال فكرة الدفع

---

(1) Dr. Mary Ann Frison: Private International Law, op.cit., p.110.

(٢) الفقيه (بيليه) صاحب النظرية الفرنسية الحديثة المسماة بـ (نظرية الغاية الاجتماعية للقانون)، للمزيد من التفصيل، يُنظر تفضلًا: د. غالب علي الداودي، د. حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مصدر سابق، ص٤٤. كما يُنظر تفضلًا: د. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، القانون الدولي الخاص ، مصدر سابق، ٢٠١٨، ص٢٦٣.

(٣) د. جمال الدين عنان، الأثر المخفف للنظام العام في القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة الدراسات والبحوث القانونية، المجلد (١)، العدد (٢)، كلية الحقوق، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، الجزائر،٢٠١٦، ص١٢١.

(٤) د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص٦١٥.

(٥) د. أشرف وفا محمد، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين- تنازع الاختصاص القضائي الدولي- آثار الأحكام الأجنبية، بلا دار نشر، بلا مكان نشر، ٢٠٢٢، ص١٨٢.

بالنظام العام بذات الدرجة، فالدفع بالنظام العام لا يُرتب كامل آثاره إزاء الحقوق المكتسبة في الخارج، بل ينبغي على القاضي أن يعترف بآثار هذه الحقوق التي نشأت بالخارج أو ببعضها، وبهذا يكون (للنظام العام أثرًا مخففًا)، فالحقوق أو المراكز القانونية التي لم يسمح القانون الوطني بإنشائها داخل إقليم دولة القاضي ونشأت في الخارج وفقًا لقانون أجنبي يسمح بإنشائها فيتم الاعتراف بآثار هذه الحقوق أو المراكز وحَسب داخل إقليم دولة قاضي النزاع[١].

وتجدر الإشارة بتأريخ (٢٠/ مارس/ ١٩٦٨) أصدرت محكمة (روان- Rouen) حكمًا يقضي بإمكانية التمسك بحق تم اكتسابه وفقًا للقانون الأجنبي مادام ذلك لا يتعارض مع النظام العام الفرنسي، إذ إنَّ محكمة النقض الفرنسية كرست فكرة الأخذ بالأثر المخفف بالنظام العام، عندما أوجبت التمييز بين الحق الذي يُراد إنشاؤه في دولة قاضي النزاع، والتمسك بآثار حق نشأ في الخارج، على أساس أَنَّ إعمال الدفع بالنظام العام كوسيلة لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص يختلف في كلا الفرضين.

فإذا كان لفكرة الدفع بالنظام العام أثرًا مخففًا يتعلق بالحقوق أو المراكز القانونية المكتسبة في الخارج، وينصب هذا الأثر على التمسك بآثار تلك الحقوق أو المراكز في دولة القاضي ما دام تلك الآثار لا تتعارض مع مقتضيات النظام العام الوطني، فما الشروط الواجب توافرها لإعمال فكرة الأثر المخفف للدفع بالنظام العام؟

إنَّ إعمال الفكرة المذكورة أعلاه يتطلب شروط معينة يجب توافرها التي تتمثل بالآتي:

١- الاحتجاج في دولة قاضي النزاع بآثار حق أو مركز قانوني تم اكتسابه في الخارج واستكمل جميع شروط وإجراءات تكوينه.
٢- اكتساب هذا الحق أو المركز القانوني من خلال الطرق الصحيحة والسليمة وليس بطريق التحايل نحو القانون.
٣- أَلّا يؤدي الاحتجاج بآثار هذا الحق أو المركز القانوني المساس بصورة واضحة باعتبارات النظام العام في دولة قاضي النزاع.
٤- ينبغي أن يكون الحق أو المركز القانوني المراد الاحتجاج به معروفًا في قانون دولة القاضي، فلا يجوز التمسك بحق في دولةٍ يجهل نظامها القانوني هذا الحق، كما هو الحال التمسك في دولةٍ ما (العراق مثلًا) بحق رهن حيازي منقول من دون انتقال الحيازة إلى الدائن المرتهن على الرغم من عدم أخذ النظام القانوني لتلك الدولة بهذا الحق، في حين أَنَّ هذا الحق معمول به في الدول الأنجلوأمريكية[٢].

---

[١] د. جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص٢١٢.
[٢] د. جمال الدين عنان، الأثر المخفف للنظام العام في القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص١٢٢، ص١٢٣.

هنالك تساؤل يتبادر إلى الذهن، هل إعمال فكرة الأثر المخفف للنظام العام يكون بصورة مطلقة أم توجد قيود تحد من إعمال هذه الفكرة؟

إنَّ الإجابة عن هذا التساؤل، ينبغي القول: إنَّ الأخذ بفكرة الأثر المخفف للنظام العام ومن ثم الاعتراف في دولة قاضي النزاع بآثار الحق أو المركز القانوني الذي تم اكتسابه في الخارج، هذا لا يدل على إعمال تلك الفكرة بصورة مطلقة، ومن ثم استبعاد أو تجاهل مقتضيات الدفع بالنظام العام الوطني تجاه هذه الآثار، بل يتم إعمال الدفع بالنظام العام متى ما كانت الفروض أو الحالات تتصادم آثارها مع مقتضيات الدفع بالنظام العام في دولة القاضي، بينما في الفروض أو الحالات الأخرى التي لا تتعارض أثارها مع تلك المقتضيات فلا يتم إعمال فكرة الدفع بالنظام العام إزائها[١]. وبناءً على ذلك فإنَّ الأخذ بفكرة الأثر المخفف للنظام العام لا يتم تطبيقها بصورة آلية كلّما أُكتسب الحق أو المركز القانوني في الخارج، وإنما على القاضي الوطني أن يُقدِّر كل حالة على حدة، لبيان مدى تصادم آثار الاعتراف بهذا الحق أو المركز مع المبادئ الجوهرية في مجتمع دولته، فإذا أتضح للقاضي أَنَّ هذه الآثار تتعارض مع مقتضيات النظام العام في دولته، فبإمكانه رفض تلك الآثار على الرغم من اكتساب الحق أو المركز القانوني في الخارج، إعمالًا بفكرة الدفع بالنظام العام[٢].

كما تجدر الإشارة بعدم الأخذ بفكرة الأثر المخفف للنظام العام إذا كانت آثار الحق المكتسب في الخارج مستنده إلى فكرة التحايل تجاه الأثر المخفف، فمثلًا: يسافر الزوج إلى دولة أخرى بغية إيقاع الطلاق بالإرادة المنفردة التي لا يجيز ذلك قانون دولته[٣].

ويرى الفقيه (نبوابيه - Niboyet) أَنَّ تعطيل آثار الحق الذي تم اكتسابه في الخارج، نتيجةً لعدم ملاءمة تلك الآثار مع اعتبارات النظام العام الوطني، فضلًا عن ذلك قد يكون بسبب الصياغة القانونية، كحالة الرهن الرسمي على المنقول الذي لا يجيزه بلد القاضي ويجيزه القانون الأجنبي، كما يرى الفقيه (باتيفول - Batiffol)،إذا كان إعمال الدفع بالنظام العام يؤدي إلى الحيلولة من دون تطبيق القانون الأجنبي الذي يتعارض مع المبادئ الجوهرية والقيم العليا في مجتمع دولة القاضي، فإعمال ذلك الدفع كذلك يؤدي إلى منع التمسك في دولة قاضي النزاع بآثار الأعمال الصادرة في دولة أجنبية، فالقاضي لا يقوم بفحص صحة هذه الأعمال من عدمه، بل يقوم بمنع التمسك بآثارها وحَسب؛ بسبب تعارضها مع المبادئ الجوهرية السائدة في دولته[٤].

---

[١] د. فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص١٥٣.

[٢] د. أشرف وفا محمد، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين- تنازع الاختصاص القضائي الدولي- آثار الأحكام الأجنبية، مصدر سابق، ص١٨٣

[٣] د. عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص٦٣٠.

[٤] د. كمال كحيل، الأثر المخفف للنظام العام في القانون الدولي الخاص، بحث منشور في مجلة الحقيقة للعلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة بشار، العدد (٥)، الجزائر، ٢٠٠٩، ص٤٧٠.

والجدير بالملاحظة أَنَّ محكمة النقض الفرنسية لم تعترف بآثار الحق المُكتسب في الخارج ما دامها تتعارض مع النظام العام في فرنسا، وهذا ما هو ثابت من القرار الصادر منها الذي قضت به " لا يجوز الاحتجاج في فرنسا بحق الملكية في منقول ولو أنه أُكتسب في الخارج طبقًا إلى قانون موقع المال الذي يُجيز نزع الملكية من دون تعويض عنه"[١].

ويمكن القول: إنَّ الجزاء المترتب على مخالفة آثار الحق أو المركز القانوني المُكتسب في خارج دولة قاضي النزاع لمقتضيات النظام العام الوطني يتمثل بعدم سريان أو نفاذ هذه الآثار في دولة القاضي من دون أن يؤدي ذلك إلى بطلان الحق أو المركز القانوني التي نتجت عنه تلك الآثار[٢].

والجدير بالذكر عدم وجود معيار معين يُحدد بصورة دقيقة الحالات أو الفروض التي يُحترم فيها الحق المُكتسب في الخارج مع مخالفته لمقتضيات النظام العام في دولة القاضي، والحالات التي يُفضل فيها إعمال الدفع بالنظام العام، وعليه أصبح تحديد تلك الحالات مسألة تقديرية تختلف على وفق تقدير السلطة التي طُرح عليها الحق المُكتسب في الخارج وحسب متانة هذا الحق وخطورة آثاره[٣].

يتضح مما تقدم أَنَّ فكرة الأثر المخفف للنظام العام لا يترتب عليها عدم إمكانية إعمال الدفع بالنظام العام بصورة مطلقة فيما يخص بالحق المُكتسب أو المركز القانوني الذي تم إنشاؤه في الخارج، وإنما عدم إمكانية إعمال الدفع بالنظام العام بالنسبة لهذه الفئة لا يكون بذات الدرجة مقارنة مع تلك التي يتم بها إعماله تجاه الحقوق أو المراكز القانونية المراد إنشاؤها في إقليم دولة قاضي النزاع[٤]. فضلًا عن ذلك أَنَّ فكرة الأثر المخفف تتفق أو تتماشى مع الصفة النسبية التي تتمتع بها فكرة الدفع بالنظام العام، فأن تعارض القانون الأجنبي مع مقتضيات النظام العام الوطني يكون شديدًا في حال إنشاء الحقوق أو المراكز القانونية في دولة قاضي النزاع، في حين إذا حصل إنشاء هذه الحقوق أو المراكز في الخارج، فإنَّ الخطر وشدة التعارض مع تلك المقتضيات يزول أو تقل حدته بشكلٍ لا يمنع من الاعتراف بآثار تلك الحقوق أو المراكز القانونية في دولة قاضي النزاع، ويبدو أَنَّ فكرة الأثر المخفف يظهر دورها الفعّال في نطاق الأحوال الشخصية، إذ تسمح هذه الفكرة بدوام أو استمرار حالة الشخص، واحترام المراكز الواقعية التي نشأت بالفعل وينبغي عدم إهدارها، فمثلًا: الزواج الذي يحصل في الخارج طبقًا للقانون المختص، يجب أن يبقى صحيحًا، ولا ينقلب إلى علاقة غير شرعية نتيجة التمسك

---

[١] قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر بتأريخ (١٤/ مارس/ ١٩٣٩)، أشار إليه، د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص المصري، ج ٢ في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، مصدر سابق، ص٤٠٢.

[٢] د. فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص١٥٣، د. عز الدين عبدالله، القانون الدولي الخاص المصري، ج ٢ في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، المصدر نفسه، ص٤٠٢

[٣] د. حسن الهداوي، تنازع القوانين وأحكامه في القانون الدولي الخاص العراقي، مصدر سابق، ص١١٥.

[٤] د. فؤاد عبد المنعم رياض، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص١٥٧، كما يُنظر تفصلًا:
Dr. Mary Ann Frison: Private International Law, op.cit., p.111

بآثاره[١].كما أَنَّ الأخذ بفكرة الأثر المخفف أمر يتطلبه استمرار العلاقات الدولية؛ لأَنَّ التمسك بفكرة الدفع بالنظام العام لتعطيل آثار الحقوق أو المراكز القانونية التي يتم أنشاؤها في الخارج، فإنَّ هذا يؤدي إلى تقليل من العلاقات القانونية التي تمتد عبر حدود الدول على نحو يهدد حياة المجتمع الدولي للأفراد، فضلًا عن ذلك إصابة التجارة الدولية بأضرارٍ بالغة؛ نتيجةً لحرمانها مما تتطلبه من تأمين لحقوق الدائنين في النطاق الدولي[٢].

ويجد الباحث ضرورة الأخذ بفكرة الأثر المخفف للنظام العام احترامًا للحقوق والمراكز القانونية المكتسبة في خارج دولة قاضي النزاع، وأخذها بنظر الاعتبار لاسيما المتعلقة في إطار الأحوال الشخصية؛ لأَنَّها تصبح حالات واقعية، على أَنَّ يكون إعمال هذه الفكرة مقتصرًا على نفاذ الآثار لتلك الحقوق والمراكز في دولة القاضي، فضلًا عن ذلك تقييد هذا الإعمال بعدم مخالفة تلك الآثار لمقتضيات النظام العام الوطني، وغير مستند إلى التحايل على فكرة الأثر المخفف، وإنَّ تحديد مخالفة الآثار لتلك المقتضيات والتحايل تكون مسألة تقديرية تخضع إلى السلطة التقديرية للقاضي الوطني، والأخذ بفكرة الأثر المخفف للنظام العام لا يعني استبعاد الدفع بالنظام العام استبعادًا كليًا، وإنما يظهر دور هذا الدفع متى ما كانت آثار الحقوق أو المراكز القانونية المراد التمسك بها في دولة القاضي تصطدم مع النظام العام الوطني، ولذلك يمكن القول: إنَّ فكرة الأثر المخفف ما هي إلّا تلطيفًا للدفع بالنظام العام ومن ثم وصفها استثناءً عن الأصل المتمثل بإعمال الدفع بالنظام العام والمُترتب عليه استبعاد القانون الأجنبي المختص وإحلال قانون دولة القاضي محله طبقًا للرأي الراجح، وهذا ينسجم مع خاصية (النسبية) التي يتمتع بها الدفع بالنظام العام؛ كون التمسك بفكرة الأثر المخفف يختلف من جهة شدة اصطدام أو تعارض الحقوق المكتسبة فيما إذا كان اكتسابها في دولة القاضي أو في خارجها، فضلًا عن ذلك أَنَّ الواقع العملي يشير إلى ضرورة الأخذ بفكرة الأثر المخفف للنظام العام وهذا ما لاحظناه عند القضاء الفرنسي الذي يعدُ أساسًا أو مرجعًا لظهور هذه الفكرة. وعليه ولِما تقدم فإنَّ الباحث لا يتفق مع الاتجاه الرافض الذي هاجم الأخذ بفكرة الأثر المخفف للنظام العام، بل يتفق مع الاتجاه المؤيد للأخذ بهذه الفكرة لمقبولية الحجج التي تم الاستناد عليها، على أَنَّ يكون إعمالها ليس بصورة مطلقة كما موضح في رأينا أعلاه.

والجدير بالذكر أَنَّ المشرع العراقي والمصري لم ينصا صراحةً على فكرة الأثر المخفف للنظام العام في النصوص القانونية[٣] التي تضمنت موضوع الدفع بالنظام العام، في حين أَنَّ المشرع التونسي أخذ بهذه الفكرة من خلال الفصل (٣٧) من مجلة القانون الدولي الخاص[٤] الذي جاء فيه: " يتم الاعتراف بالبلاد التونسية بآثار وضعيات نشأت بصفة شرعية بالخارج على وفق القانون الذي عينته قاعدة التنازع التونسية، ما لم تكن هذه الآثار ذاتها متعارضة مع النظام العام الدولي التونسي"، بينما المشرع الفرنسي أعتمد فكرة الأثر المخفف للنظام العام،

---

[١] د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص٦١٦.
[٢] د. فؤاد عبد المنعم رياض، د. سامية راشد، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وآثار الأحكام الأجنبية، مصدر سابق، ص١٥٨.
[٣] المادة (٣٢) من القانون المدني العراقي النافذ، والمادة (٢٨) من القانون المدني المصري النافذ.
[٤] مجلة القانون الدولي الخاص التونسي رقم (٩٧) لسنة ١٩٩٨.

وأصبحت فكرة واقعية مطبقة في فرنسا من خلال إعمالها وتطبيقها من قبل القضاء في حالات نشأت في الخارج كانت تُوصَف بأنَّها تتعارض مع النظام العام الداخلي، ولكن أعترف بآثارها في داخل فرنسا إعمالًا لفكرة الأثر المخفف للنظام العام. أما بالنسبة إلى المشرع الأمريكي يبدو أنَّه أخذ بفكرة الأثر المخفف وتم وصفِها بالتطبيق التقييدي، إذ لم تُرفض الحقوق الناشئة بموجب القانون الأجنبي على أساس إنَّها تتعارض أو تصطدم مع النظام العام مادام تلك الحقوق تنسجم وتتماشى مع نص وروح الصياغة الأولى لتنازع القوانين، ومن خلال مفهوم المخالفة فيتم رفض الادعاءات أو الحقوق المتعارضة مع النظام العام التي لا تنسجم مع تلك الصياغة[١].

والواقع يُشير إلى أَنَّ الشريعة الإسلامية لم تأخذ بالأثر المخفف للنظام العام[٢]؛ لأَنَّها فكرةٌ مطلقة تستوجب أن يُستبعد القانون الأجنبي المتعارض مع فكرة النظام العام الإسلامي استبعادًا كليًا ليحل محله القانون الإسلامي من دون التمييز بشأن آثار النظام العام بين حالة يكون الدفع فيها بمناسبة إنشاء الحق في دولة قاضي النزاع، و بين نفاذ ذلك الحق في هذه الدولة (دولة القاضي)، فضلًا عن ذلك أَنَّ القاعدة الأساسية (الأصلية) تقضي بأَنَّ أحكام الشريعة الإسلامية ذات طابع إقليمي في دار الإسلام، وإنَّ هذه الأحكام تعد أحكامًا ملزمة للمسلمين وغير المسلمين فيما يخص بالمعاملات[٣].

وتجدر الإشارة أَنَّ عدم نص القانون العراقي على الأخذ بفكرة الأثر المخفف للنظام العام بصورة صريحة وواضحة، فلا يوجد مانع من إعمالها كلّما تطلب الأمر ذلك، على أَنَّ تؤخذ بنظر الاعتبار الشروط والقيود سالفة الذكر، بل من الأفضل الأخذ بها بشكلٍ صريح تجنبًا للإشكالات التي قد تحصل بصدد الموضوع، وعليه نقترح على المشرع العراقي وضع نص يتضمن الأخذ بفكرة الأثر المخفف للنظام العام وبالصيغة الآتية: (الاعتراف بالآثار الناجمة عن الحقوق والمراكز القانونية المُكتسبة في خارج جمهورية العراق بشكلٍ أصولي طبقًا لأحكام القانون الأجنبي المختص التي لا تتعارض مع مقتضيات النظام العام السائدة في المجتمع العراقي، ويتمتع القضاء العراقي بالسلطة التقديرية لتحديد مدى تعارض تلك الآثار مع المقتضيات المذكورة آنفًا).

---

[1] Michael H. Hoffheimer: Conflict of Laws, 4th edition, 2019, p. 156.

[٢] والجدير بالذكر إنَّ القضاء الإنكليزي كان لا يعترف بنظام تعدد الزوجات، وبآثاره لمخالفته للنظام العام، إذ أطلق عليه بأَنَّه زواج مُزيف، مما أدى ذلك إلى عَد الكثير من الزوجات وبناتهن غير شرعية، ولمّا كان هذا الأمر لا ينسجم مع مقتضيات العدالة، ولا يتفق مع متطلبات الحياة الحديثة، أخذ القضاء الإنكليزي الحديث يتجه نحو الأخذ بفكرة الأثر المخفف للنظام العام، من خلال التمييز بين الحق في الزواج بأكثر من واحدة، وبين آثار هذا الزواج، فنظام تعدد الزوجات غير مُعترف به في إنكلترا إلّا إنَّه في الوقت ذاته مُعترف بآثاره مادام نشأ في الخارج بموجب نظام أجنبي يقرهُ، كما تم الاعتراف بشرعية الأولاد الناتجين عن علاقات زوجية يُباح بها التعدد. د. غالب علي الداودي، د. حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مصدر سابق، ص١٩١.

[٣] د. صلاح الدين جمال الدين، فكرة النظام العام في العلاقات الخاصة الدولية بين القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية، ط ١، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٤، ص ٥١.

ثانيًا- الأثر الانعكاسي للدفع بالنظام العام.

إنَّ الدفع بالنظام العام يتم اللجوء إليه؛ لغرض حماية المجتمع الوطني من خلال استبعاد تطبيق أحكام القانون الأجنبي المخالف للمبادئ الجوهرية في دولة قاضي النزاع، فإذًا الهدف الأساس من استعمال الدفع بالنظام العام يتمثل بحماية المجتمع الوطني[١] فهل يستطيع القاضي أن يأخذ بنظر الاعتبار مقتضيات النظام العام السائدة في مجتمع دولة أجنبية وكانت تلك المقتضيات تتفق مع النظام العام في مجتمع دولته؟

إنَّ القضاء الفرنسي أَجاب على هذا السؤال، إذ ذهب إلى إمكانية الاعتراف بمقتضيات النظام العام السائدة في مجتمع الدولة الأجنبية ولاسيما إذا كانت تلك المقتضيات تتفق و فكرة النظام العام الفرنسي، وهذا ما أُطلق عليه بـ (فكرة الأثر الانعكاسي) للدفع بالنظام العام[٢]، وهذه الإجابة مستمدة من القرار الصادر من محكمة السين المدنية بتأريخ (٢٥ / فبراير/ ١٩٢٢) بشأن قضية زواج بولنديين حصلت في بلجيكيا، إذ تزوجا البولنديين طبقًا للشكل المدني المعتمد في القانون البلجيكي، وخلافًا لقانون جنسيتهما وهو القانون البولندي الذي كان يحظر الزواج المدني، ويستلزم الشكل الديني، فالمحاكم البلجيكية قضت بصحة الزواج واستبعاد القانون البولندي الذي عَدتهُ مخالفًا لمقتضيات النظام العام البلجيكي، وعندما حصل نزاع حول الزواج ذاته أمام القضاء الفرنسي، فحكم بسلامة ما قضت به المحاكم البلجيكية، ووصف الزواج بأَنَّه زواجًا صحيحًا؛ لأَنَّ مُقتضيات النظام العام في بلجيكيا تتشابه أو تتفق مع مُقتضيات النظام العام في فرنسا بصدد هذا الموضوع[٣].

والتساؤل الذي يُطرح، ما موقف فقه القانون الدولي الخاص من فكرة الأثر الانعكاسي للدفع بالنظام العام؟

للإجابة على هذا التساؤل، يمكن القول: بأَنَّ فقه القانون الدولي الخاص أختلف بشأن فكرة الأثر الانعكاسي للدفع بالنظام العام بين مؤيدٍ ورافضٍ، وسنبين ذلك على وفق التفصيل الآتي:

الاتجاه المؤيد:

يرى الفقيه (نبوابيه - Niboyet) إذا تم إنشاء الحق أو المركز القانوني في دولة أجنبية وفقًا لقانونها، بعد استبعاد القانون الواجب التطبيق بمقتضى قاعدة الإسناد في تلك الدولة؛ نتيجةً لمخالفته لمقتضيات النظام العام فيها، فيمكن الاعتراف بهذا الحق أو المركز أمام قضاء دولة ثالثة مادام مقتضيات النظام العام في هذه الدولة تتفق مع

---

[١] د. أشرف وفا محمد، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين- تنازع الاختصاص القضائي الدولي- آثار الأحكام الأجنبية، مصدر سابق، ص١٨٣.

[٢] د. عباس العبودي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين- تنازع الاختصاص القضائي الدولي- آثار الأحكام الأجنبية، مصدر سابق، ص٢١٧.

[٣] د. جابر جاد عبد الرحمن، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص٥٧٥.

مقتضيات النظام العام في الدولة التي تم إنشاء الحق أو المركز فيها وهذا ما يُطلق عليه بفكرة الأثر الانعكاسي للدفع بالنظام العام [١].

وهنالك من[٢] يؤيد فكرة (الأثر الانعكاسي) للدفع بالنظام العام لاعتبارات عديدة تتمثل بالآتي:

١- إنَّ الأخذ بفكرة الأثر الانعكاسي يؤدي إلى الحد من إعمال الدفع بالنظام العام؛ لأَنَّ قاضي النزاع في الدولة التي يحتج فيها بالحق المُكتسب طبقًا لمقتضيات النظام العام السائدة في دولة أجنبية قد يتغاضى النظر عن بعض أوجه الاختلاف بين النظام القانوني في دولته والنظم القانونية الأجنبية، وعليه فإنَّ هذه الفكرة تسهم في التقليل من تباين فكرة النظام العام نفسها من دولة إلى أُخرى.
٢- إنَّ تبني فكرة الأثر الانعكاسي يؤدي إلى توحيد وتنسيق الحلول القضائية؛ لأَنَّها تعمل على إزالة التناقض في التسبيب القضائي، فعندما يتم إنكار أثر النظام العام الأجنبي هذا سيؤدي إلى إنكار وجود الحق أو المركز القانوني المُكتسب في الخارج طبقًا لمقتضيات النظام العام الأجنبي، في حين يُمكن الاعتراف بذلك الوجود فيما لو ثارت مسألة إنشاء الحق لأول مرة أمام القاضي الوطني.
٣- إنَّ فكرة الأثر الانعكاسي تُساعد على تسهيل حلول تنازع القوانين؛ لأَنَّها تخفف العبء عن عاتق قاضي النزاع من خلال إعفائه من مهمة تحديد القانون المختص لحكم النزاع على وفق قواعد الإسناد الوطنية ومن ثم استبعاده إذا أتضح مخالفته لمقتضيات النظام العام الوطني، وتطبيق قانون دولته محله، فيكتفي (القاضي) بمعرفة التماثل أو التشابه لمضمون النظام العام في الدولة التي تم إنشاء الحق أو المركز القانوني فيها خلافًا إلى القانون الواجب التطبيق أصلًا، لكي يصل إلى الاعتراف بذلك الحق أو المركز القانوني.

الاتجاه الرافض:

هنالك من يرى[٣] إذا حصل نزاع بشأن زواج أمام قاضي دولة ثالثة، فهذا النزاع يُطرح بعد تكوين أو إنشاء الحق، وينبغي على القاضي الفصل في شروط صحة اكتساب هذا الحق طبقًا للقانون الواجب التطبيق بموجب قاعدة الإسناد الوطنية، فإذا تبين إن قواعد القانون المختص تتعارض مع مقتضيات النظام العام في مجتمع دولة قاضي النزاع فيتم استبعاد ذلك القانون وتطبيق قانون دولته محله، أما إذا كانت تلك المقتضيات مطابقة أو موافقة مع مقتضيات الدولة التي نشأ فيها الحق، عُدَّ الحق مستوفي للشروط الواجب توافرها لصحته، ومن ثم الاعتراف

---

[١] كما تبنى هذا الرأي (بيليه - Billet) و (لاجارد- Lagarde)، يُنظر تفضلًا: د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص٦١٨.
[٢] د. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، الجنسية والموطن ومعاملة الأجانب والتنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية، مصدر سابق، ص٧٨٩.
[٣] د. محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، الجنسية- الموطن- مركز الأجانب- مادة التنازع، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٦، ص٥٢١.

بالآثار الناجمة عنه آخذًا بنظر الاعتبار أَنَّ النظام العام ذات طابع إقليمي وأَنَّ سريان (نفاذ) الحق في هذا الحال إنما يكون بناءً على اعتبارات النظام العام في دولة قاضي النزاع، و لا يُعد هذا السريان أثر انعكاسي للنظام العام في الدولة التي تم اكتساب الحق فيها.

وعلى ما يبدو أَنَّ هذا الرأي يتفق مع رأي الفقيه (نبوابيه - Niboyet) من جهة الاعتراف بالحق أو المركز وآثارهما اعتمادًا على اتحاد مقتضيات النظام العام بين دولة قاضي النزاع والدولة التي نشأ فيها الحق إلّا إنَّهما اختلفا من جهة الاعتراف بالأثر الانعكاسي للنظام العام في الدولة التي نشأ فيها الحق، وكما موضح في أعلاه، وعليه يمكن القول: إنَّ النتيجة واحدة ألّا وهي الاعتراف بالحق المُكتسب في الخارج وآثاره.

بينما يرى الفقيه (بارتان - Bartin)، عدم وجود ما يُطلق عليه بـ (فكرة الأثر الانعكاسي) للنظام العام لدولة أجنبية أمام قاضي النزاع؛ لأَنَّ تنظيم العلاقات القانونية المشوبة بعنصرٍ أجنبي يتصف بالطابع الوطني، وإنَّ النظام العام ذات طبيعة وطنية، يهدف إلى الدفاع عن المبادئ الجوهرية والمصالح العليا في مجتمع دولة قاضي النزاع، فالصفة الوطنية التي يتمتع بها النظام العام تجعلهُ يتصف بالإقليمية، وبناءً على ذلك لا تمتد آثار النظام العام إلى خارج الدولة التي تم الدفع به فيها، فضلًا عن ذلك أَنَّ القاضي الوطني لا يأخذ بصورة عامة أو عمياء بصحة الحق أو المركز القانوني الذي تم إنشاؤه في الخارج وفقًا لاعتبارات النظام العام الأجنبي[١].

والجدير بالذكر أَنَّ هنالك حالات ينبغي الاعتراف بالأثر الانعكاسي للدفع بالنظام العام الأجنبي على الرغم من عدم توافق هذا الأثر مع مقتضيات النظام العام في دولة قاضي النزاع لاسيما في نطاق العقود الدولية التي يُطَبَّق عليها قانون الإرادة؛ لأَنَّه من المتفق عليه عدم الجواز لأطراف العقد الدولي الاتفاق على مخالفة القواعد الآمرة في القانون الواجب التطبيق لحكم هذا العقد، حتى لو كانت القواعد المماثلة في قانون دولة القاضي لا تتعلق بالنظام العام، فعدم أخذ القاضي الوطني بالاتفاق الذي يخالف القواعد الآمرة في القانون الأجنبي الواجب التطبيق لحكم العقد الدولي هذا يتضمن معنى الاعتراف بفكرة الأثر الانعكاسي للنظام العام الأجنبي[٢].

ولِما تقدم فأَنَّ الباحث يتفق مع الاتجاه المؤيد للأخذ بفكرة الأثر الانعكاسي للدفع بالنظام العام لعدم وجود ضير من الأخذ بها؛ لغرض حماية الحقوق والمراكز القانونية التي تم اكتسابها في الخارج، والمحافظة على استقرارها، فضلًا عن الدور الذي تلعبه هذه الفكرة وفقًا للاعتبارات السالفة الذكر، آخذًا بنظر الاعتبار الاتحاد القائم بين فكرتي النظام العام لدولة قاضي النزاع، والدولة التي نشأت بها تلك الحقوق أو المراكز، ويخضع هذا التماثل أو التشابه إلى السلطة التقديرية التي يتمتع بها القاضي الوطني بوصفها مسألة تقديرية، ومن ثم يصح القول: يجوز للقاضي الوطني أن يأخذ بمقتضيات النظام العام السائدة في مجتمع دولة أجنبية و لاسيما إذا كانت تتفق مع

---

[١] كذلك أخذ بهذا الرأي الأستاذ (ليربورس - Lerbours) والأستاذ (بيجونيير - Pigeonnierr)، يُنظر تفضلًا: د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص٦١٨.

[٢] يُنظر تفضلًا: د. هشام علي صادق، المطول في القانون الدولي الخاص، هامش الفقرة (٤)، مصدر سابق، ص٥٢٣.

مقتضيات النظام العام في مجتمع دولته، وفي حال عدم وجود هذا التوافق سيتم الاعتماد على مقتضيات النظام العام المعمول بها في دولته (قاضي النزاع)، ولهذا يمكن وصف فكرة الأثر الانعكاسي للدفع بالنظام العام ما هي إلّا استثناءً عن الأصل المتمثل بإعمال الدفع بالنظام العام لاستبعاد القانون المختص وإحلال القانون الوطني محله.

والجدير بالذكر أَنَّ القانون العراقي والقوانين محل المقارنة، لم تتضمن نصوصًا صريحة حول الأخذ بفكرة الأثر الانعكاسي للدفع بالنظام العام، ولكن الواقع العملي يشير إلى أَنَّ المشرع الفرنسي أعتمد هذه الفكرة من خلال القضاء على الرغم من عدم ورود نص بشأنها. وإنَّ عدم الإشارة إلى تلك الفكرة بمقتضى نص قانوني فأنه لا يوجد ما يحول الأخذ بها من قبل القاضي الوطني لاسيما القاضي العراقي ؛ بغية تحقيق الأهداف المرجوة من إعمال هذه الفكرة كلّما تطلب ذلك، فمثلًا: لو تزوج شخص فرنسي الجنسية في مصر بزوجة ثانية مخالفًا في ذلك قانون جنسيته الذي يمنع تعدد الزوجات، ثم حصل نزاع بشأن صحة هذا الزواج أمام القضاء المصري الذي قضى بصحة ذلك الزواج، وبعد ذلك لجأت الزوجة الثانية إلى القضاء العراقي بغية إقامة دعوى نفقة، فعندما يأخذ القضاء العراقي بنظر الاعتبار الحكم الصادر من المحاكم المصرية الذي عَدَّ الزواج الثاني زواجًا صحيحًا على أساس الاتفاق الحاصل بين النظام المصري والنظام العراقي بشأن تعدد الزوجات، فالاعتراف بالنظام المصري ومن ثم الحكم باستحقاق الزوجة الثانية للنفقة العادية، فهذا يدل على أَنَّ القضاء العراقي قد أخذ بفكرة الأثر الانعكاسي للدفع بالنظام العام[١].

ولمّا كان المشرع العراقي لم يورد نصًا بشأن فكرة الأثر الانعكاسي للدفع بالنظام العام، لذا نقترح عليه النص على تلك الفكرة بالشكل الآتي: (احترام القضاء العراقي لمقتضيات النظام العام السائدة في دولة أجنبية إذا كانت تلك المقتضيات تتفق مع مقتضيات النظام العام المعمول بها في جمهورية العراق، ويتولى القضاء المذكور مهمة تحديد ذلك الاتفاق).

أما بالنسبة إلى الشريعة الإسلامية، لمّا كانت هذه الشريعة تُوصَف بأَنَّها فكرة مطلقة وثابتة غير قابلة للتغيير والتبديل، فضلًا عن ذلك الطابع الإقليمي الذي يسود أحكامها والملزمة لجميع المسلمين وغير المسلمين فيما يخص بالمعاملات، كما أشرنا سلفًا[٢]، فهذا يدل على أَنَّ الشريعة الإسلامية لم تأخذ بفكرة الأثر الانعكاسي لفكرة النظام العام.

---

[١] يُنظر تفضلًا: بهذا الصدد، د. عباس العبودي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين- تنازع الاختصاص القضائي الدولي- آثار الأحكام الأجنبية، مصدر سابق، ص٢١٧.

[٢] يُنظر تفضلًا: ما ورد في الصفحة (١٠٨) من هذه الرسالة.

الفصل الثاني

تطبيقات الدفع بالنظام العام في مسائل الأحوال الشخصية

الفصل الثاني

تطبيقات الدفع بالنظام العام في مسائل الأحوال الشخصية

بعد أن تطرقنا في الفصل الأول إلى موضوع مُحتوى الدفع بالنظام العام في إطار القانون الدولي الخاص والانتهاء منه، أصبح من الضروري إيراد تطبيقات عملية وواقعية عن كيفية تقييد سلطة القضاء بالدفع بالنظام العام، ولمّا كانت مسائل الأحوال الشخصية من الموضوعات المهمة في نطاق القانون الدولي الخاص التي تكون أرضًا خصبة لتنازع القوانين ومن ثم الدفع بالنظام العام لاختلاف التشريعات القانونية في تنظيمها؛ لذلك تم تخصيص الفصل الثاني من هذه الرسالة إلى تطبيقات الدفع بالنظام العام في مسائل الأحوال الشخصية، إذ إنَّ الأحوال الشخصية تتضمن طائفتين، فالطائفة الأولى تتعلق بمسائل الحالات الشخصية التي تشمل (الحالة، والأهلية، والخطبة، والزواج، والبنوة، وانقضاء الزواج)، بينما الطائفة الثانية تتعلق بمسائل الحالات المالية الأسرية التي تشمل (النفقة، والحضانة، والتركات).

ونظرًا إلى أهمية الحالات المشار إليها بنوعيها في مجال القانون الدولي الخاص، لذا يتطلَّب الأمر البحث فيها من خلال معرفة القانون الواجب التطبيق عليها، ومعرفة الآراء الفقهية التي طُرحت بشأنها والأحكام القضائية المتعلقة بها، ومن ثم الوصول إلى كيفية تقييد سلطة القضاء الوطني بالدفع بالنظام العام؛ كون تلك الحالات تتعلق بالأحوال الشخصية التي تعد قواعدها من النظام العام، وعليه فالقاضي يلجأ إلى فكرة الدفع بالنظام العام كلّما كانت هنالك حاجة ماسة لإعمالها، ولِما تقدم ينبغي تقسيم هذا الفصل على مبحثين، سنتناول في المبحث الأول التطبيقات العملية للدفع بالنظام العام في الحالات الشخصية، بينما سنتطرق في المبحث الثاني إلى التطبيقات العملية للدفع بالنظام العام في الحالات المالية الأسرية.

المبحث الأول

التطبيقات العملية للدفع بالنظام العام في الحالات الشخصية

إنَّ مصطلح الأحوال الشخصية يتضمن طائفة الحالات الشخصية التي تعد من التطبيقات الواقعية للدفع بالنظام العام والتي تجعل القضاء الوطني في الأغلب يلجأ لهذا الدفع والتقيُّد به؛ كونها من أكثر الموضوعات التي تثير تنازعًا بين قوانين الدول المختلفة، والحالات الشخصية تتمثل بـ (الحالة، والأهلية، والخطبة، والزواج، والبنوة، وانقضاء الزواج)، وبغية تسليط الضوء على هذه الحالات والبحث فيها، ينبغي تناولها في هذا المبحث من خلال مطلبين إذ سنخصص المطلب الأول إلى مسائل الحالة والأهلية، في حين سنخصص المطلب الثاني إلى الزواج وما يترتب عليه.

المطلب الأول

مسائل الحالة والأهلية

إنَّ حالة الشخص والأهلية تدخل ضمن مسائل الأحوال الشخصية من ناحية الحالات الشخصية التي تعد كل منها من التطبيقات العملية لتقييد سلطة القضاء بالدفع بالنظام العام، ونظرًا إلى الأهمية الفعّالة لمسائل الحالة والأهلية في مجال الأحوال الشخصية ولا سيما في نطاق القانون الدولي الخاص، لذا يتطلب الأمر البحث في مسائل الحالة على الصعيدين الشخص الطبيعي، والشخص المعنوي، ومن ثم البحث في مسائل الأهلية، ولكل ما تقدم سنقسم هذا المطلب على فرعين، نتناول في الفرع الأول مسائل الحالة، في حين تم تخصيص الفرع الثاني إلى مسائل الأهلية.

الفرع الأول

مسائل الحالة

إنَّ معرفة مسائل الحالة يتطلب البحث في حالة الشخص والمصطلح الأخير لاشك ينصرف إلى الشخص الطبيعي، والشخص المعنوي؛ لذلك سيتم التطرق إلى حالة الشخص الطبيعي، ومن ثم إلى الشخص المعنوي (الاعتباري) وعلى وفق التفصيل الآتي:

أولًا- حالة الشخص الطبيعي:

إنَّ حالة الشخص الطبيعي تتمثل بجملة من الخصائص أو الصفات التي يتم من خلالها تحديد مركزهُ القانوني، من جهة أُسرته، ومن جهة دولته، وتتأثر بهذه الخصائص الحقوق التي يكتسبها، والالتزامات أو الواجبات المترتبة عليه، إذ إنَّ تلك الخصائص تقوم على أُسس من الواقع، فمثلًا: السن، والذكورة، والأنوثة، والصحة، أو تقوم على أسس من القانون، كحالة الزواج، والجنسية، والحجر[١]، وبناءً على ذلك فالحالة للشخص الطبيعي تنقسم على نوعين وهما: (الحالة الخاصة والحالة العامة)[٢] وسنوضحها وفقًا للتفصيل الآتي:

١- الحالة الخاصة (المدنية):

يقصد بالحالة المدنية: (هي مجموعة من الخصائص التي تلحق بالشخص الطبيعي وتحدد وضعه القانوني بوصفه عضوًا في أسرة معينة، من شأنها تؤثر في حقوقه، وواجباته، فقد يكون الشخص[٣]، أبًا أو أبنًا، أعزبًا أو متزوجًا، وراثًا أو مورثًا، مطلقًا أو أرملًا).

٢- الحالة العامة (السياسية):

إنَّ الحالة السياسية تتجسد بالصفة التي يتمتع بها الشخص الطبيعي وتدل على انتمائه إلى دولة معينة، ويطلق على ذلك بـ (الجنسية)؛ أي: النظام القانوني الذي تستطيع الدولة من خلاله تحديد ركن الشعب فيها، ومن ثم يكتسب

---

(١) د. عز الدين عبد الله، قواعد تنازع القوانين في القانون المدني الجزائري الجديد، دراسة مقارنة في قوانين بعض الدول العربية، بحث منشور في مجلة مصر المعاصر – الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والإحصاء والتشريع، المجلد (٧٠)، العدد (٣٧٨)، ١٩٧٩، ص٢٣.

(٢) يوجد هنالك نوع آخر للحالة كان سائدًا في عصر القانون الروماني يتمثل بـ (الحالة الحرية): (وهي حالة توضح وضع الشخص من حيث الحرية والعبودية؛ ونتيجةً لإلغاء الرق والعبودية لم تعد لهذه الحالة أية أهمية في الوقت الحاضر). د. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، ج ٢، التنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية، مصدر سابق، ص٢٨٨.

(٣) اختلفت الآراء بشأن القانون الواجب التطبيق على أسم الشخص الطبيعي بحسب وصفه من عناصر الحالة ومن الأحوال الشخصية أم لا، فالدول الأنجلوأمريكية لم تعد الاسم من مسائل الأحوال الشخصية، في حين الدول اللاتينية عدته من مسائل الأحوال الشخصية وأخضعته إلى قانون الجنسية؛ كونه لصيقًا بالشخص ويميزه عن غيره. د. صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، ط ١، مصدر سابق، ص١٦٩. والجدير بالإشارة إلى أَنَّ مصطلح (الأحوال الشخصية) ظهر في أواخر القرن الثاني عشر على يد الفقه الإيطالي عندما حصلت بعض صور التنازع في مدن شمال إيطاليا بين القواعد والأعراف الداخلية من جهة، وبينها وبين القانون الروماني من جهة أخرى، وكانت تسمى هذه الأعراف بـ (قوانين)، أو (أحوال). إذ كان يقصد بالأحوال الشخصية: " مجموعة من القواعد والأعراف التي تنظم المسائل المتعلقة بالأشخاص"، وفي نظيرها (الأحوال العينية) التي يقصد بها: " مجموعة القواعد التي تنظم المسائل المتعلقة بالمركز القانوني للأموال"، وهذا المصطلح يتم استعماله في الوقت الحاضر، إذ يصعب وضع تعريفًا منضبطًا لمصطلح (الأحوال الشخصية)؛ كونه مصطلح نسبي يتغير مدلوله بتغير الزمان والمكان؛ لذلك أغلب التشريعات اتجهت إلى عدم تعريف (الأحوال الشخصية) والاكتفاء بتعداد ما يدخل ضمن نطاق المسائل المتعلقة بالأشخاص، كالقانون العراقي والمصري. يُنظر تفضلًا كل من: د. أحمد عبد الكريم سلامة، التنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية، مصدر سابق، ص٢٥٣. عنان باقي لطيف، تنازع القوانين في مسائل الأهلية العامة، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠٠٩، ص ٨٩. د. محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي، مصدر سابق، ص١٠٨.

مع ذلك فقد تم تعريف (الأحوال الشخصية): " هي مجموعة العناصر المتعلقة بالوضع القانوني للشخص بصفته الخاصة وبعلاقته بأسرته، والتي يحكمها قانون الدولة التي يرتبط بها الشخص برابطة الموطن، أو الجنسية، وهي الزواج والطلاق والولادة والنسب والحضانة والنفقة والوصية والميراث والأهلية"، كما عَرّفت محكمة النقض المصرية هذا المصطلح في القرار الصادر منها بتأريخ (١٩٣٤/٦/٢١) بأَنَّه: " مجموعة ما يتميز به الإنسان عن غيره من الصفات الطبيعية والعائلية التي رتب القانون عليها أثرًا قانونيًا في حياته الاجتماعية، ككون الإنسان ذكرًا أو أنثى، وكونه زوجًا أو أرملًا أو مطلقًا أو أبنًا شرعيًا أو كونه تام الأهلية أو ناقصها لصغر سن أو جنون أو كونه مطلق الأهلية أو مُقيّدها بسبب من أسبابها القانونية". يُنظر تفضلًا أستاذنا: د. حسن علي كاظم، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص٢٩٤.

الشخص الصفة التي تشير إلى انتمائه لها، وهذه الصفة تؤثر على حقوق الشخص، وواجباته، فقوانين الدول غالبًا ما تُميّز بين الأشخاص فيما إذا كانوا وطنيين أو أجانب بشأن تلك الحقوق والواجبات، كما تُلحق بالحالة السياسية (فكرة الموطن) التي يتم من خلالها تحديد التبعية الجغرافية الإقليمية للشخص إلى دولة معينة[١].

إنَّ الواقع العملي يشير إلى خضوع حالة الشخص إلى القانون الشخصي، ولكن حصل خلاف بشأن تحديد ذلك القانون، هل هو قانون جنسية الشخص، أو قانون موطنه؟ للإجابة على ذلك يمكن القول: بأَنَّ الفقه انقسم على اتجاهين وعلى وفق التفصيل الآتي:

١- الاتجاه الأول: تطبيق قانون الجنسية.

أخذ هذا الاتجاه[٢] بتطبيق قانون الدولة التي يحمل الشخص جنسيتها على مسائل الحالة، والحجج التي تم طرحها للاعتداد بهذا القانون تتمثل بالآتي:

أ- إنَّ مبدأ سيادة الدولة ينصب على إقليم الدولة، وعلى جميع الأشخاص الذين يتمتعون بجنسية تلك الدولة، مما يترتب على ذلك ضرورة خضوع حالة الأشخاص إلى قانون الدولة التي يحملون جنسيتها من دون سواها.

ب- إنَّ قانون الجنسية يتفق بصورة كبيرة مع تقاليد أفراد المجتمع وأخلاقهم وتُراثهم، فيكون من الأفضل تطبيق قانون الجنسية على الأفراد الذين ينتمون إلى هذا المجتمع بوصفه القانون الأقرب إليهم، فضلًا عن ذلك أَنَّ قانون الجنسية يتصف بالثبات أكثر من قانون الموطن، وإن رابطة الجنسية تتسم بالوضوح والسهولة، وهذا خلاف رابطة الموطن.

٢- الاتجاه الثاني: تطبيق قانون الموطن.

يذهب أنصار هذا الاتجاه[٣] إلى تطبيق قانون موطن الشخص على مسائل الحالة، والحجج التي استند إليها هذا الاتجاه تتمثل بالآتي:

أ- إنَّ سيادة الدولة تعد إقليمية وليست شخصية، فهي تشمل جميع الموجودين على إقليمها سواء كانوا وطنيين أم أجانب، وإن تطبيق قانون دولة أخرى على هؤلاء الأفراد يكون مساسًا وانتهاكًا إلى سيادة الدولة الإقليمية.

---

[١] د. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، ج ٢، التنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية، مصدر سابق، ص٢٨٨.

[٢] تبنى هذا الاتجاه الفقيه الإيطالي(مانشيني/ Mancini)، الذي كان له دور مهم في دعم معيار الجنسية من خلال مقاله سنة (١٨٥١) وقد تضمن هذا المقال " إنَّ من حق كل أمة أن تكون دولة، وأن كل دولة تصدر قوانينها للوطنيين فيها". د. إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢، ص١٧٤.

[٣] أخذ بهذا الاتجاه فقه المدرسة الإيطالية القديمة، والفقه الفرنسي كل من (دار جنتريه)، و (ديمولان). يُنظر تفضلًا: د. هشام أحمد محمود، القانون الدولي الخاص الإماراتي، أحكام الجنسية الإماراتية - تنازع القوانين- تنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠١٧، ص٢٩٧- ص٢٩٩.

ب- إنَّ الفرد يتأثر بالمجتمع الذي يعيش فيه بصورة أكثر وأقوى من تأثره بمجتمع الدولة التي ينتمي إليها بجنسيتها، فالشخص عندما يتوطن في دولةٍ ما يدل على ارتباطه بها وتأثره بمعتقداتها وتقاليدها أكثر من تلك المعتقدات والتقاليد السائدة في الدولة التي يحمل جنسيتها.

ت- إنَّ الأخذ بقانون الموطن يؤدي إلى ازدهار المعاملات وتوفير الثقة اللازمة لها؛ لأَنَّه قانون الموطن يكون معروفًا ومعلومًا من قبل المتعاملين كافة على إقليم الدولة، فضلًا عن ذلك أَنَّ قانون الموطن يستند على المعيار المادي، في حين قانون الجنسية يقوم على الرابطة الروحية بين الفرد والدولة التي يحمل جنسيتها مما يترتب على ذلك صعوبة تحديدها. كما أَنَّ الاعتماد على قانون الموطن يؤدي إلى توحيد موطن الأسرة، وهذا خلاف الجنسية التي يصعب توحيدها لجميع من ينتمون إليها.

ويُلاحظ أَنَّ تحديد أي من القانونين يتم الأخذ به ليكون واجب التطبيق على حالة الشخص سواء كان قانون الجنسية أم قانون الموطن يعتمد ذلك على ظروف الدولة، فالدولة التي تكثر منها الهجرة يكون من مصلحتها تطبيق قانون الجنسية؛ لتكفل عدم انسجام واندماج أفراد مجتمعها بصورة كاملة في المجتمعات الأخرى التي وجدوا فيها، ففي هذا الحال تبقى العلاقة الروحية بينها (الدولة) وبين رعاياها في المهجر، بينما الدول التي تكثر إليها الهجرة فيكون الأخذ بقانون الموطن من مصلحتها؛ بغية تمكينها من تطبيق قانونها على جميع الأجانب المقيمين على إقليمها، وتحقيق التجانس القانوني في داخل الإقليم، ويصح القول: بصعوبة إعمال قانون الموطن في الدول التي تكون فيها الأحوال الشخصية للوطنيين خاضعة إلى قوانين طائفية متعددة؛ لأَنَّه سيتعذر عندئذ تعيين القانون الواجب التطبيق على الأجنبي المتوطن داخل إقليم الدولة[١].

نستنتج مما تقدم بأَنَّ كل من قانون الجنسية وقانون الموطن يتمتع بمزايا معينة، وعليه يؤيد الباحث الاعتماد على ظروف كل دولة بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق على حالة الشخص سواء كان قانون الجنسية أم قانون الموطن فيما إذا كانت الدولة طاردة للسكان أو جاذبة له، وبما ينسجم مع مصلحتها.

والسؤال الذي يُطرح، ما موقف القانون العراقي والقوانين محل المقارنة من القانون الواجب التطبيق على حالة الشخص الطبيعي؟ للإجابة على هذا التساؤل، يمكن القول: ينبغي أن نُميّز بين الحالة المدنية والحالة السياسية للشخص الطبيعي وعلى وفق التفصيل الآتي:

١- الحالة المدنية:

إنَّ المشرع العراقي لم يورد في القانون المدني النافذ والمعدل قاعدة إسناد تتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق سواء كان قانون الجنسية أم قانون الموطن على الحالة المدنية للشخص، فلمّا كانت الحالة تتجسد بجملة من

---

[١] د. فؤاد عبد المنعم رياض، د. سامية راشد، الوجيز في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، مصدر سابق، ص١٩٢.

الصفات التي تثير مسائل تخص نظام العائلة كالزواج والنسب، وغيرها، وإنَّ المشرع العراقي أخذ بمعيار الجنسية في جميع مسائل الأحوال الشخصية وأخضعها إلى قانون الدولة التي ينتمي إليها الشخص بجنسيته، وعليه يمكن القول: إنَّ حالة الشخص تخضع إلى قانون الجنسية[١].

أما بالنسبة إلى المشرع المصري نص صراحةً على حالة الشخص المدنية وأخضعها إلى قانون الدولة التي ينتمي إليها الشخص بجنسيته من خلال أحكام المادة (١١) من القانون المدني المصري النافذ التي قضت بأنَّه: " الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم يسري عليها قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم...."[٢]. وبهذا النص فالمشرع المصري أشار إلى حالة الشخص بينما المشرع العراقي لم ينص صراحةً على الحالة في أحكام المادة (١/١٨) من القانون المدني النافذ التي جاء فيها: " الأهلية تسري عليها قانون الدولة التي ينتمي إليها الشخص بجنسيته".

فيما يخص المشرع التونسي فقد أخضع الحالة المدنية للشخص إلى القانون الشخصي من دون تحديد قانون الجنسية أو قانون الموطن، وهذا يتضح من خلال أحكام الفصل (٣٩) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي الذي جاء فيه: " تخضع الأحوال الشخصية للمعني بالأمر لقانونه الشخصي"، وكذلك الفصل (٤٢) من المجلة المذكورة آنفًا الذي نص على أَنَّه: " يخضع اللقب للقانون الشخصي للمعني به، وإذا كان من شأن تغيير الحالة المدنية أن يحدث تبديلًا في اللقب يطبق القانون المنظم للآثار المترتبة عن ذلك التغيير"[٣].

بينما أشار المشرع الفرنسي إلى موضوع الحالة المدنية للشخص في نص المادة (٣/ ٣) من القانون المدني النافذ والمعدل التي ورد فيها: " القوانين المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم تحكم الفرنسيين حتى ولو كانوا مقيمين في بلاد أجنبية". يتضح من هذا النص أن حالة الأشخاص تخضع للقانون الفرنسي ولم يتم تطبيق القانون الأجنبي عليها، والرأي الذي كان سائدًا آنذاك يقضي بمعاملة الأشخاص الأجانب الموجودين في فرنسا بالمثل إذ يسري على حالتهم وأهليتهم قانون جنسيتهم[٤] إلّا إنَّ المشرع الفرنسي من خلال نص المادة (٢٧) من المشروع الأول لقانون الدولي الخاص الملحق بالقانون المدني أخذ بتطبيق قانون الجنسية فيما يتعلق بالوطنيين، وفي الوقت ذاته يتم تطبيق قانون الموطن فيما يخص الأجانب القاطنين في إقليم الدولة، فالمشرع الفرنسي يهدف من ذلك توسيع حالات إعمال القانون الفرنسي من خلال إخضاع الأجانب المستقرين في إقليم الدولة لذلك القانون (القانون الفرنسي)، فضلًا عن ذلك خضوع الفرنسيين إلى القانون الفرنسي أيًا كان موطنهم، بل أصبح من

---

[١] د. يونس صلاح الدين علي، القانون الدولي الخاص، دراسة تحليلية في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مصدر سابق، ص٣١٠.

[٢] د. محمد السيد عرفة، الوجيز في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص١٩١.

[٣] مجلة القانون الدولي الخاص التونسي رقم (٩٧) لسنة ١٩٩٨.

[4] Henri Batiffol: Droit international privé, Le statut de nationalité des étrangers - Conflit de lois - Conflit de juridictions, Bibliothèque générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1949. p. 337.
كما يُنظر تفضلًا: د. منصور مصطفى منصور، مذكرات في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص١٨٣.

المعمول به يتم تطبيق قانون الموطن المشترك إذا كانا طرفي العلاقة القانونية مختلفي الجنسية وكان القانون المختص بشأن الحالة هو قانون الجنسية المشتركة، يلاحظ من ذلك أَنَّ المشرع الفرنسي جمع بين كل من قانون الجنسية وقانون الموطن[١].

فيما يتعلق بالدول الأنجلوأمريكية ومنها الولايات المتحدة الأمريكية، أخذت بقانون الموطن؛ كون نظام الجنسية في هذه الدول يعتمد على أساس وجود منفعة متبادلة بين الدولة والفرد، وإِنَّ أعداد الأجانب الذين يتواجدون في تلك الدول تكون كثيرة؛ لذلك تُفضل الأخذ بقانون الموطن وتطبيقه عليهم[٢] فضلًا عن ذلك أَنَّ التقليد التأريخي، والعرف في الدول الأنجلوأمريكية أصبح مستقرًا على تقديس رابطة الأنسان بالأرض، والموطن بحيث تجعل للإنسان الرابطة الأقوى بالدولة من أية رابطةٍ أُخرى[٣]، كالقانون الأمريكي الذي أخضع الحالة المدنية للشخص الطبيعي إلى قانون الموطن[٤].

يتضح مما تقدم أَنَّ الواقع العملي يشير إلى أَنَّ قوانين الدول المختلفة لم تتفق على قانون معين لحكم الحالة المدنية للشخص، بل إنَّ تشريعات الدول اللاتينية مختلفة فيما بينها، إذ أخذت بعضها بقانون الجنسية كالقانون المصري والقانون العراقي على الرغم من عدم النص على الحالة لاعتماده على معيار الجنسية في مسائل الأحوال الشخصية كافة، بينما أخذت بعضها الأخر بقانوني الجنسية والموطن كالقانون الفرنسي، وكذلك القانون التونسي نتيجة لعدم تحديد القانون الواجب التطبيق على الأحوال الشخصية عندما أخضعها إلى القانون الشخصي، هل هو قانون الجنسية أو قانون الموطن؟ أما بالنسبة إلى الدول الأنجلوأمريكية كالقانون الأمريكي فقد أخذت بقانون الموطن ليُطَبَّق على حالة الشخص والمراكز القانونية المرتبطة بها.

لمّا كانت حالة الشخص من الأحوال الشخصية التي تعد من النظام العام فإِنَّ المشرع الوطني عندما يحدد القانون الواجب التطبيق على الحالة المدنية سواء كان قانون الجنسية أم قانون الموطن، وبذلك يكون المشرع قد وضع قيّدًا لسلطة القضاء للالتزام بالقانون الذي يحكم حالة الشخص ومن ثم الدفع بالنظام العام مادام تلك الحالة تعد من الأحوال الشخصية. ويلاحظ بأَنَّ المشرع العراقي لم يُشر صراحةً إلى موضوع الحالة المدنية للشخص الطبيعي ضمن قواعد الإسناد الواردة في القانون المدني، ونعتقد كان من الأفضل إضافتها بصورة صريحة إلى تلك القواعد على الرغم من اعتماده على معيار الجنسية في مسائل الأحوال الشخصية، وتجنبًا لتزاحم وكثرة

---

[١] أشار إلى ذلك كل من: د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص٦٥٢. د. فؤاد عبد المنعم رياض، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص١٩٣. د. جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص٢٥٦. د. سامي بديع منصور، د. أسامة العجوز، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص٢٢٢.

[٢] د. ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن، مصدر سابق، ص٢٨٦.

[٣] د. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، أحكام التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص٦٩.

[٤] يُنظر تفضلًا كل من: د. هشام علي صادق وآخرون، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين - الاختصاص القضائي الدولي - الجنسية، مصدر سابق، ص٢٤٤. د. غالب علي الداودي، د. حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مصدر سابق، ص٨٢. د. فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مصدر سابق،ص١٧٣. د. منصور مصطفى منصور، مذكرات في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المصدر نفسه، ص١٨٣.

النصوص القانونية في القانون المدني العراقي، نقترح تعديل نص المادة (١/١٨) من القانون المذكور ليتضمن الحالة المدنية للشخص ومن ثم يصبح بالصيغة الآتية: (الحالة المدنية والأهلية يسري عليهما قانون الدولة التي ينتمي إليها الشخص بجنسيته).

٢- الحالة السياسية:

إنَّ الحالة السياسية تعد علاقة من علاقات القانون العام؛ لذلك تُستبعد من نطاق تنازع القوانين، فالدولة تكون مستقلة بوضع نظامها القانوني للتمتع بجنسيتها، وعليه فلا يتعرض القاضي إلى اختيار القانون الواجب التطبيق ليحكم تلك العلاقة إلّا إنَّه قد تعرض على القاضي عند تطبيق قواعد تنازع القوانين مسألة أُخرى تتعلق بمشكلات الجنسية التي تتمثل بتنازع الجنسيات[١] من جهة تعددها وانعدامها، إذ إنَّ المشرع الوطني يضع حلولًا لتلك المشكلات تعد تقييدًا لسلطة القضاء؛ لضرورة الالتزام بها، فما هي هذه الحلول؟ وبغية معرفتها يتطلب الأمر البحث في تعدد الجنسية وانعدامها على وفق التفصيل الآتي:

١- حالة تعدد الجنسية:

يُطلق على حالة تعدد الجنسية بـ (التنازع الإيجابي)[٢] ويعرف بأَنَّه: "هو حالة تدعي فيها دولتين أو أكثر السيادة على شخص واحد، وتصر كل واحدة من تلك الدول على أَنَّه يُعد من جنسيتها مما يترتب على ذلك حصول حالة ازدواج الجنسية".

إنَّ أسس حلول التنازع الإيجابي للجنسيات التي تُشكِّل قيّدًا على سلطة القاضي تختلف باختلاف فيما إذا كان التنازع معروض أمام قاضي النزاع (القضاء الوطني)، أو أمام قضاء أجنبي لا علاقة له بذلك النزاع[٣]، وسنوضح ذلك على وفق الآتي:

أ- التنازع المعروض أمام القضاء الوطني:

إذا حصل نزاع بين دولتين، أو أكثر وكان الشخص المتعدد الجنسية يحمل من بين تلك الجنسيات جنسية القاضي المعروض عليه النزاع، ففي هذا الحال ذهب الرأي الراجح إلى أَنَّ القاضي ينبغي عليه تطبيق قانونه الوطني من

---

[١] د. رجائي حسين الشتيوي، القانون الدولي الخاص، الكتاب الثاني، تنازع القوانين، بلا دار نشر، بلا مكان نشر،٢٠١٧- ٢٠١٨، ص٢٥٦.

[٢] يتحقق التنازع الإيجابي للجنسيات نتيجةً؛ لاختلاف الأسس الخاصة بفرض الجنسية الأصلية وأسس منح الجنسية المكتسبة، فالأولى تتجسد في حالة ولادة مولود لأبٍ يتمتع بجنسية دولة يعتمد قانونها على حق الدم في دولةٍ يأخذ قانونها بحق الإقليم، فهذا يؤدي إلى حصول المولود على جنسية والده وفي ذات الوقت جنسية مكان ميلاده، في حين الأسباب الثانية تتمثل بحالة حصول المرأة المتزوجة من أجنبي على جنسية زوجها وفقًا لقانون الزوج مع احتفاظها بجنسيتها طبقًا لقانونها أو إلزامها بالبقاء، والجدير بالملاحظة إنَّ أحكام المادة (١/١٠) من قانون الجنسية العراقية النافذ تؤدي إلى حصول حالة التنازع الإيجابي للجنسية؛ كونها تسمح للعراقي الذي يكتسب الجنسية الأجنبية الاحتفاظ بجنسيته العراقية مالم يعلن تحريريًا تخلية عنها. للمزيد عن حالة تعدد جنسية الفرد، يُنظر تفضلًا أستاذنا: د. ثامر داود عبود الشافعي، تعدد جنسية الفرد وآثاره القانونية، دراسة في القانون الدولي والمقارن، ط ١، المركز العربي للدراسات والبحوث العلمية، القاهرة، ٢٠٢٠، ص٧٣.

[٣] د. محمد ثامر، محاضرات في القانون الدولي الخاص، ج ١، دار السنهوري، بيروت، ٢٠١٧، ص٨٥.

دون النظر إلى أي قانون آخر، فقانون قاضي النزاع هو الذي يحدد من هم مواطني الدولة[١]، وإذ أخذت بهذا الحل اتفاقية لاهاي سنة (١٩٣٠) المتعلقة بموضوع تنازع القوانين في الجنسية، إذ تضمنت المادة (٣) منها " كل شخص يتمتع بجنسيتين أو أكثر يمكن أن تعتبره كل الدول التي لها جنسيتها من رعاياها"[٢]، فإذا كان هذا الحل هو المعمول به، فما موقف القانون العراقي والقوانين محل المقارنة من ذلك الحل؟

إنَّ المشرع العراقي قد أعتمد على الحل المذكور أعلاه بشأن تعدد الجنسية من خلال أحكام المادة (٣٣) بفقرتها (٢) من القانون المدني النافذ التي نصت على أَنَّه: " الأشخاص الذين تثبت لهم في وقتٍ واحد بالنسبة إلى العراق الجنسية العراقية وبالنسبة إلى دولة أجنبية أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدول فالقانون العراقي هو الذي يجب تطبيقه" وبذات المعنى أحكام المادة (١٠/ ثانيًا) من قانون الجنسية العراقية النافذ[٣] التي قضت على أَنَّه: " تُطَبِّق المحاكم العراقية القانون العراقي بحق من يحمل الجنسية العراقية وجنسية دولة أجنبية"، فمثلًا: لو عرض نزاع أمام القضاء العراقي وكان أحد اطراف الدعوى يحمل الجنسية الفرنسية، والعراقية، والإيطالية، فالقاضي عليه أن يأخذ بالجنسية العراقية ويتعامل مع هذا الشخص معاملة الوطني، وما يبرر ذلك؛ لأَنَّ الجنسية تتعلق بسيادة الدولة، والقاضي الوطني يأتمر بأوامر مشرعه، ونواهيه، فعند وجود الجنسية الوطنية من بين الجنسيات يعد بمثابة وجود لقانونه الوطني الذي يوجب على القاضي إعماله[٤]، ومن هنا يأتي التقييد لسلطة القاضي الذي ينبغي عليه الاعتداد بتلك الأوامر والنواهي.

فيما يتعلق بالمشرع المصري[٥] فقد أعتمد الحل المشار إليه آنفًا في القانون المدني بنص المادة (٢٥/ ٢)[٦] التي تقابل نص المادة (٣٣/ ٢) من القانون المدني العراقي.

كذلك المشرع التونسي أخذ بالحل ذاته عندما قيَّد سلطة القاضي بضرورة تطبيق القانون التونسي في حال تمتع الشخص بعدة جنسيات وكان من ضمنها الجنسية التونسية. وهذا ما أشار إليه الفصل (٣٩) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي الذي تضمن "... وإذا كان المعني بالأمر حاملًا لعدة جنسيات ومنها الجنسية التونسية فالقانون المنطبق هو القانون التونسي".

---

[١] والجدير بالذكر إنَّ القاضي لا يعتد بجنسيته الوطنية إذا كانت إحدى الجنسيات المتعددة التي يحملها الشخص معادية لدولته (دولة القاضي) إذ يعامل ذلك الشخص معاملة الأجنبي، كذلك هو الحال فيما إذا وجد هنالك اتفاق بين دولة قاضي النزاع ودولة أخرى يحمل الشخص جنسيتها يتضمن الاعتداد بجنسية غير جنسية القاضي المعروض أمامه النزاع. د. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، القانون الدولي الخاص، الجنسية- الموطن- مركز الأجانب - التنازع الدولي للقوانين- تنازع الاختصاص القضائي الدولي، مصدر سابق، ٢٠١٥، ص١٢٠.

[٢] د. جابر إبراهيم الراوي، القانون الدولي الخاص في الجنسية، مطبعة دار السلام، بغداد،١٩٧٧، ص٥٠.

[٣] قانون الجنسية العراقية رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٦.

[٤] د. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، القانون الدولي الخاص، الجنسية- الموطن- مركز الأجانب - التنازع الدولي للقوانين- تنازع الاختصاص الاختصاص القضائي الدولي مصدر سابق، ٢٠١٥، ص١١٨.

[٥] أخذ بهذا المبدأ كل من: المشرع السوري في المادة (٢٧/ ٢) من القانون المدني النافذ، والمشرع الجزائري في المادة (٢٢) من القانون المدني النافذ، والمشرع الأردني في المادة (٢٦) من القانون المدني النافذ، والمشرع اليمني في المادة(٣٤) من القانون المدني النافذ، والمشرع الليبي في المادة (٢/٢٥) من القانون المدني النافذ.

[٦] نصت المادة (٢٥/ ٢) من القانون المدني المصري النافذ على أَنَّه: " الأشخاص الذين تثبت لهم في وقتٍ واحد بالنسبة إلى مصر الجنسية المصرية، وبالنسبة إلي دولة أجنبية أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدول، فالقانون المصري هو الذي يجب تطبيقه".

بينما المشرع الفرنسي لم يأخذ بهذا الحل بصورة مباشرة وإنما أخذ به بشكلٍ ضمني من خلال نص المادة (٣/ ٣) من القانون المدني التي أشارت إلى إخضاع حالة الفرنسيين وأهليتهم إلى القانون الفرنسي حتى لو كانوا في بلدانٍ أجنبية من دون تمييز فيما إذا كانوا يتمتعون بجنسية أخرى[١] إلّا إنَّه يبدو المشرع الفرنسي أعتمد ذلك الحل بصورة صريحة من خلال نص المادة (٢٢٨٥) من مشروع القانون الدولي الخاص الفرنسي الملحق بالقانون المدني التي تضمنت " تُطَبَّق قواعد القانون الدولي الخاص الفرنسية، إذا كان الشخص يحمل عدة جنسيات بما في ذلك الجنسية الفرنسية، فإنَّ الأخيرة هي الوحيدة التي يتم الاعتداد بها..."[٢].

أما بالنسبة إلى المشرع الأمريكي، فالولايات المتحدة الأمريكية تعد من الدول المتعددة إقليميًا، وفي كل ولاية يوجد فيها قانون ينظم الأحوال الشخصية، فعندما يُثار موضوع مشكلة تعدد الجنسية ينبغي حلها من خلال التشريع الداخلي للدولة، فإذا لم يحدد ذلك التشريع أي من القوانين الواجبة التطبيق فيتطلب الأمر تطبيق قانون عاصمة الدولة، أو تطبيق قانون الولاية التي يرتبط بها الشخص صاحب الشأن إلّا إنَّه في الأغلب والمعمول به يتم تطبيق قانون الموطن بدلًا عن قانون الجنسية[٣].

ب- التنازع المعروض أمام قضاء أجنبي لا علاقة له بالنزاع:

إنَّ هذه الحالة تتطلَّب أن يكون النزاع معروضًا أمام قضاء الدولة التي لا يحمل الشخص المتعدد الجنسية لجنسيتها، أو أمام القضاء الدولي، ففي هذا الحال ينبغي الأخذ بجنسية واحدة من بين تلك الجنسيات التي يحملها الشخص لكي يتم تحديد القانون الشخصي لذلك الشخص، ووفقًا للرأي الراجح[٤] بهذا الصدد ينبغي الأخذ بـ (الجنسية الفعلية أو الواقعية)[٥]؛ كونها تمثل أكثر الجنسيات التي يرتبط بها الشخص ويفضلها عمّا سواها، وتترجم الظروف الفعلية والمعيشية لذلك الشخص، وتبين ارتباطه وأرادته الحقيقية للخضوع لتلك الجنسية من

---

(١) يُنظر تفضلًا: د. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، ، القانون الدولي الخاص، الجنسية- الموطن- مركز الأجانب - التنازع الدولي للقوانين- تنازع الاختصاص القضائي الدولي، مصدر سابق، ٢٠١٨، ص١٣٩.

(٢) أشار إلى ذلك: القاضي مبروك بنموس، شرح المجلة التونسية للقانون الدولي الخاص، مصدر سابق،ص٣٦٨.

(٣) يُنظر تفضلًا بهذا الصدد كل من: د.أحمد عبد الحميد عشوش، د. عبد الباقي حمدي عبد الباقي، القانون الدولي الخاص، العالمية للطباعة، بلا مكان نشر، بلا سنة نشر، ص٣٥٥. د. عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص٣٤٥. د. غالب علي الداودي، د. حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مصدر سابق، ص٧٩.

(٤) طُرحت عدة أراء بشأن هذا الموضوع، منها اعتمدت على حل هذا التنازع بالطرق الدبلوماسية احترامًا لسيادة الدول المعنية كافة، ومنها أخذت بترجيح الجنسية السابقة على غيرها من الجنسيات احترامًا للحقوق المكتسبة، في حين هنالك رأي آخر يذهب إلى ضرورة أثبات جنسية الدولة التي يكون قانونها أقرب إلى قانون دولة قاضي النزاع، بينما هنالك رأي تبنى ترجيح جنسية الدولة التي فيها موطن الشخص المتنازع على جنسيته، والجدير بالذكر جميع تلك الآراء تعرضت للانتقاد؛ لذلك أعتمد على الرأي القائل بضرورة الأخذ بالجنسية الفعلية للشخص المتنازع على جنسيته. للمزيد من التفصيل، يُنظر تفضلًا: د. محمد جلال حسن المزوري، القانون الدولي الخاص في الجنسية والموطن ومركز الأجانب، ط١، مكتبة يادكار، العراق- السليمانية، ٢٠١٨، ص١٣٦.

(٥) د.عبد المنعم زمزم، الجنسية ومركز الأجانب في القانون الدولي الخاص والقانون المصري المقارن، بلا دار نشر، بلا مكان نشر،٢٠١٦،ص٣١٢.

خلال الممارسة للحقوق الوطنية في دولةٍ ما: (كحق الانتخاب، والترشيح للمجالس المحلية، والتشريعية، أو تملك العقارات، أو التوظيف، أو التحدث باللغة الرسمية للدولة)[١].

لمّا كان مبدأ الأخذ بالجنسية الفعلية يعتمد عليه كحل للتنازع الإيجابي للجنسية عندما يكون النزاع معروضًا أمام القضاء الأجنبي[٢] وليس أمام القضاء الوطني فهذا يعد بصورة غير مباشرة تقييدًا لسلطة القاضي بضرورة الاعتداد بهذا المبدأ على الرغم من تمتعه (القاضي) بالسلطة التقديرية لتحديد الجنسية الواقعية للشخص المعني. وهذا ما أخذ به المشرع العراقي وإن لم يكن بصورة صريحة في نص المادة (١/٣٣) من القانون المدني النافذ التي نصت على أَنَّه: " تُعيّن المحكمة القانون الذي يجب تطبيقه في حالة الأشخاص الذين لا تُعرف لهم جنسية أو الذين تثبت لهم جنسيات متعددة في وقت واحد"، إلّا إنّه يمكن أن يستدل على اعتماد مبدأ الجنسية الفعلية من خلال نص المادة (٣٠) من القانون المذكور أعلاه التي جاء فيها " يتبع فيما لم يرد بشأنه نص في المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعًا"، وحيث إنّ مبدأ الجنسية الواقعية أو الفعلية يمكن أن يُعد من المبادئ الأكثر شيوعًا في القانون الدولي الخاص لاعتماده في حل تنازع القوانين[٣]، كما أَنَّ المادة (١٩/ ١) من قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ المعدل وصفت الشخص عديم الجنسية بالمواطن العراقي إذا كان مقيمًا في جمهورية العراق لأغراض تطبيق أحكام هذا القانون أو أي قانون عقابي[٤].

كما أخذ المشرع المصري بالحل المشار إليه آنفًا من خلال نص المادة (٢٥/ ١) من القانون المدني النافذ التي قضت بأَنّه " يُعيّن القاضي القانون الذي يجب تطبيقه في حالة الأشخاص الذين لا تُعرف لهم جنسية، أو الذين تثبت لهم جنسيات متعددة في وقتٍ واحد" فإذا كان هذا النص لم يبين بصورة واضحة وصريحة بالاعتماد على مبدأ الجنسية الفعلية فما تضمنته الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري يؤكد على اعتناق المشرع المصري للمبدأ المشار إليه آنفًا، إذ ورد في تلك الأعمال " يُعتد في حالة التنازع الإيجابي، متى ما كانت الجنسية المصرية غير داخلة في النزاع بالجنسية التي يظهر من الظروف أن الشخص يتعلق بها أكثر من سواها"[٥].

---

[١] أحمد عبد الحميد عشوش، القانون الدولي الخاص، الجنسية – تنازع القوانين محاضرات ألقيت على طلبة المستوى الرابع، فصل الدراسي الثاني، بلا دار نشر، بلا مكان نشر،٢٠١٢، ص٥٣.

[٢] إنَّ محكمة العدل الدولية أخذت بمبدأ الجنسية الفعلية من خلال القرار الصادر منها بتأريخ (٦/ أبريل/ ١٩٥٥) الذي جاء فيه " إنَّ أساس المفاضلة عند تعدد الجنسيات يتمثل بالجنسية الفعلية؛ أي: الجنسية التي تتماشى مع الواقع الحقيقي التي تقوم على رابطة فعلية بين الفرد وإحدى الدول التي تتنازع جنسياتها". يُنظر تفضلًا: د. محمد خالد الترجمان، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وآثار الأحكام القضائية، مصدر سابق، ص٢١٠.

[٣] د. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، القانون الدولي الخاص، الجنسية – الموطن – مركز الأجانب – التنازع الدولي للقوانين- تنازع الاختصاص القضائي الدولي، مصدر سابق، ٢٠١٧، ص١٤٣.

[٤] نصت المادة (١٩) من قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ المعدل على أَنَّه: " في تطبيق أحكام هذا القانون أو في أي قانون عقابي آخر تراعى التعاريف التالية ما لم يوجد نص على خلاف ذلك.١- المواطن: هو أحد رعايا جمهورية العراق ويعتبر في حكم المواطن من لا جنسية له إذا كان مقيما في الجمهورية...".

[٥] د. عبد المنعم زمزم، الجنسية ومركز الأجانب في القانون الدولي الخاص والقانون المصري المقارن، مصدر سابق، ص٣١٣.

ويلاحظ بأَنَّ المشرع التونسي قد أخذ بمبدأ الجنسية الفعلية بصورة صريحة وواضحة في نص الفصل (٣٩) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي الذي تضمن " وإذا كان المعني بالأمر حاملًا لعدة جنسيات يعتمد القاضي الجنسية الفعلية"[١].

كذلك المشرع الفرنسي أعتمد مبدأ الجنسية الفعلية من خلال نص المادة (٢٢٨٥) من مشروع القانون الدولي الخاص الفرنسي الملحق بالقانون المدني التي جاء فيها " تُطَبَّق قواعد القانون الدولي الخاص الفرنسية، إذا كان الشخص يحمل عدة جنسيات بما في ذلك الجنسية الفرنسية، فإِنَّ الأخيرة هي الوحيدة التي يتم الاعتداد بها، وإذا كان هذا الشخص لم يحمل الجنسية الفرنسية، فلا يؤخذ بالاعتبار سوى الجنسية الفعلية"[٢]، فضلًا عن ذلك أَنَّ محكمة النقض الفرنسية أخذت بضرورة إجراء عملية التوفيق بين الارتباط القانوني للجنسية والارتباط الفعلي[٣] ومن ثم الاعتماد على معيار الجنسية الفعلية[٤].

كما يبدو أَنَّ المشرع الأمريكي أخذ بالجنسية الفعلية، إذ ينبغي على المحكمة الفدرالية أنْ تحدد بشكل مستقل الجنسية الواقعية من بين الجنسيات الأجنبية والمحلية التي يحملها الشخص، كما يمكن للمحكمة المحلية أن تطبق مبدأ الجنسية الفعلية في بعض القضايا المحلية في حال تعلق الأمر بمصالح ولايتين أو أكثر، فعندما يحصل نزاع بشأن الجنسية بين ولايتين أمريكيتين، أو بين ولايةٍ ما والحكومة الفدرالية فيجوز للمحكمة الأخذ بنظر الاعتبار المبدأ المشار إليه أعلاه؛ لأَنَّ الإطار الثنائي يحتم اتباع أو تطبيق المبدأ المذكور آنفًا، فمبدأ الجنسية الفعلية أو الواقعية يعد طريقًا مناسبًا لحل مشكلات الجنسية المزدوجة في المحاكم المحلية عند تطبيقه بصورة صحيحة ودقيقة[٥]. كما يؤكد اتباع المشرع الأمريكي لمبدأ الجنسية الفعلية عندما ذهبت محكمة التحكيم (الأمريكية - الإيرانية) في عام (١٩٨١) في قضية السيد (ناصر الأصفهاني) إلى الاعتداد بالجنسية الأمريكية بوصفها الجنسية الفعلية للسيد المذكور[٦]. والجدير بالذكر أَنَّ اتفاقية لاهاي سنة (١٩٣٠) أخذت بمبدأ الجنسية الفعلية من خلال نص نص المادة (٥) منها التي قضت على أَنّه: " يجب على الدول التي يوجد فيها شخص يحمل عدة جنسيات أن تعاملهُ على أَنَّه يتمتع بجنسية دولة واحدة، ويمكن لها في هذا الشأن أن تعتد بجنسية الدولة التي يوجد بها محل إقامة

---

[١] مجلة القانون الدولي الخاص رقم (٩٧) لسنة ١٩٩٨.

[٢] يُنظر تفضلًا بهذا الصدد: القاضي مبروك بنموس، شرح المجلة التونسية للقانون الدولي الخاص، مصدر سابق،ص٣٦٨.

[3] Sandrine Clavell: Droit international privé, op.cit., p. 377.

[٤] اعتمدت محكمة النقض الفرنسية مبدأ الجنسية الفعلية بقرارها الصادر بتأريخ (١٩٧٤/٥/١٥) الصادر في قضية (مارتينللي) التي تتعلق بموضوع صحة تطليق وانحلال الزوجية بين زوج إيطالي وسيدة تونسية اكتسبت الجنسية الإيطالية بموجب عقد الزواج من دون أن تفقد جنسيتها التونسية. للمزيد من التفصيل، يُنظر تفضلًا كل من: د. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ٢٠١٥،ص١٤٤. د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص٦٥٨.

(5) Scott Bieler: Dual Citizenship, Dominant Nationality and Federal Diversity Jurisdiction, University of Washington School of Law, Volume (38), Issue (1), 1981, p. 85, p. 89.

[٦] يُنظر تفضلًا كل من: د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص٦٥٧. د. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، القانون الدولي الخاص، الجنسية- الموطن- مركز الأجانب - التنازع الدولي للقوانين- تنازع الاختصاص القضائي الدولي، طبعة جديدة منقحة، دار السنهوري، لبنان- بيروت، ٢٠٢٢، ص١٤٥.

الشخص العادية والأصلية، أو جنسية الدولة التي يظهر من الظروف والملابسات أنها أكثر اتصالًا بها من حيث الواقع".

٢- حالة انعدام الجنسية:

يطلق على انعدام الجنسية[١] بـ (التنازع السلبي)[٢] ويقصد به: (هو إنَّ الفرد لا يحمل أي جنسية على الإطلاق، حيث تتخلى عن ذلك الفرد قوانين الجنسية في جميع دول العالم، فلم تمنح له أي دولة الصفة الوطنية)[٣].

إنَّ الرأي الراجح لدى الفقه بصدد مسألة الأشخاص عديمي الجنسية يقضي بإعطاء الاختصاص إلى قانون الموطن للشخص، فإذا لم يكن له موطنًا، يكون الاختصاص إلى قانون محل الإقامة، وإذا تعذر تحديد الموطن أو محل الإقامة فيصار إلى تطبيق قانون دولة القاضي[٤].

إنَّ الحل المذكور آنفًا[٥] بصدد الأشخاص عديمي الجنسية يعد من الحلول التي تمثل مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعًا التي تُقيّد السلطة التقديرية لقاضي النزاع بضرورة اتباع ذلك الحل من خلال اعتماد أحد الخيارات المشار إليها آنفًا لحسم موضوع الشخص عديم الجنسية ومن ثم تحديد قانونه الشخصي، ويبدو أَنَّ المشرع العراقي قد أخذ بذلك الحل من خلال نص المادة (١/٣٣) من القانون المدني النافذ التي قضت على أَنَّه: " تُعيّن المحكمة القانون الذي يجب تطبيقه في حالة الأشخاص الذين لا تعرف لهم جنسية..."، على الرغم من عدم احتواء نص المادة القانونية على خيارات المعالجة بصورة صريحة المتمثلة بـ: (قانون الموطن، قانون محل الإقامة، قانون دولة القاضي) إلّا إنّه أعطى نص المادة للقاضي إمكانية تحديد القانون الواجب التطبيق للأشخاص

---

[١] كما عَرّفت اتفاقية الأمم المتحدة الخاصة بشأن وضع الأشخاص عديمي الجنسية لعام ١٩٥٤ بمادتها (١) مصطلح (عديمي الجنسية) " الشخص الذي لا تعتبره أية دولة مواطنًا فيها بمقتضى تشريعها ". نص الاتفاقية منشور على الموقع الإلكتروني الرسمي (للأمم المتحدة / حقوق الأنسان/ مكتب المفوض السامي).
(https://www.ohchr.org/ar/instruments-mechanisms/instruments/convention-relating-status-stateless-persons). تأريخ الزيارة (٢٠٢٤/٣/١).

[٢] إنَّ التنازع السلبي للجنسيات قد يكون معاصرًا للميلاد، وقد يكون لاحقًا له، فالحالة الأولى تتحقق عندما يولد مولود لأب تعتمد دولته على حق الإقليم في فرض الجنسية الأصلية في دولة يعتمد قانونها على حق الدم، ففي هذا الحال فأن المولود لا يستفيد من جنسية الدولتين. بينما الحالة الثانية تتحقق عند زواج المرأة الوطنية من رجل أجنبي، وفقدت جنسيتها الوطنية، لتفضيل الدخول في جنسية زوجها، ومن ثم بعد ذلك لا يسمح القانون منحها بالجنسية الأجنبية، وبناءً على ذلك فالزوجة تقع في حالة انعدام الجنسية، والجدير بالملاحظة إنَّ كلمة (التنازع) جاءت هنا بالمعنى المجازي؛ لأنَّه في حالة انعدام الجنسية لا يوجد بالأصل أي تنازع على الجنسيات بين الدول، بل كل ما في الأمر وجود مركز متحقق نتيجة لتخلي جميع قوانين الدول عن الشخص، فينبغي على قاضي النزاع تحديد القانون الواجب التطبيق على مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بذلك الشخص. يُنظر تفضلًا: رغد عبد الأمير مظلوم الخزرجي، مشكلة انعدام جنسية الفرد في ضوء القانون الدولي والمقارن، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، كلية القانون، ٢٠٠٥، ص١٠٣. د. محمد جلال حسن المزوري، القانون الدولي الخاص في الجنسية والموطن ومركز الأجانب، مصدر سابق، ص١٣٨.

[٣] د. محمد السيد عرفة، القانون الدولي الخاص للمملكة العربية السعودية، ج ١، الجنسية والموطن ومركز الأجانب، ط١، دار المؤيد للنشر والتوزيع بالرياض، ١٩٩٩، ص٥٧.

[٤] يُنظر تفضلًا كل من: د. عباس العبودي، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مصدر سابق،ص١٠٥. د. غالب علي الداودي، د. حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مصدر سابق،ص٨٦.

[٥] أخذت بذات الحل اتفاقية جنيف لعام (١٩٥١) الخاصة بالحالة الدولية للاجئين السياسيين إذ جاء في نص المادة (١٢) " إنَّ الحالة الشخصية لكل لاجئ سياسي يحكمها قانون بلد موطنه، وإذا تخلف الموطن، فيكون قانون بلد إقامته..." يُنظر تفضلًا: د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص٦٥٤.

عديمي الجنسية من خلال الظروف السائدة، وإن الحل السالف الذكر من مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعًا التي يمكن للقاضي اتباعه والتقيُّد به بمقتضى أحكام المادة (٣٠) من القانون المدني التي نصت على أَنَّه: " يتبع فيما لم يرد بشأنه نص في المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعًا"[١]. كذلك أخذ المشرع المصري بالحل المشار إليه آنفًا من خلال نص المادة (٢٥/ ١) من القانون المدني النافذ الذي جاء فيه: " يُعيّن القاضي القانون الذي يجب تطبيقه في حالة الأشخاص الذين لا تعرف لهم جنسية..."، كما أكدت ذلك الحل الأعمال التحضيرية للقانون المذكور[٢].

أما بالنسبة إلى المشرع التونسي لم يتطرق إلى حالة الأشخاص عديمي الجنسية في مجلة القانون الدولي الخاص التونسي؛ لوجود معاهدة نيويورك المبرمة في (٢٨/ سبتمبر/ ١٩٥٤) والمصادق عليها من قبل الجمهورية التونسية[٣]، إذ تضمنت هذه المعاهدة الحل المذكور آنفًا بشأن موضوع انعدام الجنسية من خلال نص المادة (١٢/ ١) من المعاهدة المذكورة الذي تضمن: " تخضع الأحوال الشخصية لعديم الجنسية لقانون بلد موطنه، أو لقانون بلد أقامته إذا لم يكن له موطن، أو لقانون القاضي عند انعدام المقر"[٤].

فيما يتعلق بالمشرع الفرنسي فقد عالج موضوع الأشخاص عديمي الجنسية من خلال ما ورد في المادة (٣/٣) من القانون المدني التي حددت القاعدة القانونية الوحيدة ألّا وهي تطبيق القانون الوطني كما موضح سابقًا، وعليه فإذا تعذر تحديد القانون الوطني بسبب انعدام الجنسية ينبغي تطبيق القانون الفرنسي مباشرةً بحكم اختصاصه الكامل، وفي الأغلب يكون قانون الموطن هو القانون الفرنسي، فضلًا عن ذلك يعد ضابط الموطن عنصر من عناصر الارتباط إلّا إنَّه مستبعد ضمنيًا لصالح ضابط الجنسية بموجب أحكام المادة القانونية المذكورة آنفًا، فعند انعدام الجنسية يستعيد الموطن قيمته وقوته بناءً على ذلك، فإذا كان الشخص عديم الجنسية ولديه موطن مستقر ينبغي تطبيق قانون واحد وهو قانون الموطن[٥]. فضلًا عن ذلك يبدو أَنَّ مشروع القانون الدولي الخاص الفرنسي بمادته (٢٢٩٠) أخضع حالة وأهلية الأشخاص عديمي الجنسية واللاجئين إلى قانون الموطن، وفي حال عدم وجود الموطن، يُطَبَّق قانون الإقامة، وعند عدم وجود كل من قانون الموطن والإقامة، فيخضعون إلى القانون الفرنسي[٦].

أما بالنسبة إلى المشرع الأمريكي يبدو أَنَّه أخذ بالحل المذكور آنفًا فيما يتعلق بمسألة الأشخاص عديمي الجنسية بدلالة المادة (١/١٢) من اتفاقية نيويورك التي أعطت الاختصاص بشأن معالجة انعدام الجنسية إلى قانون

---

[١] د. يونس صلاح الدين علي، القانون الدولي الخاص، دراسة تحليلية في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مصدر سابق، ص٣١٢، كما يُنظر تفضلًا: د. محمد ثامر، محاضرات في القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص٨٨.

[٢] د. صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، ط ١، مصدر سابق، ص١٧٠.

[٣] تم مصادقة هذه المعاهدة من قبل الجمهورية التونسية بموجب القانون (٢٧) لسنة ١٩٦٩.

[٤] د. لطفي الشاذلي، القاضي. مالك الغزواني، مجلة القانون الدولي الخاص، بلا دار نشر، تونس،٢٠٠٨، ص٥٦٧.

[5] Henri Batiffol: Droit international privé, Le statut de nationalité des étrangers - Conflit de lois - Conflit de juridictions, op.cit., p. 406.

[٦] يُنظر تفضلًا: القاضي مبروك بنموس، شرح المجلة التونسية للقانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص٣٧٩.

دولة الموطن وفي حال تعذره يكون قانون محل الإقامة واجب التطبيق، وإذا استحالة معرفة المقر من خلال الموطن أو محل الإقامة يتم تطبيق قانون دولة القاضي؛ أي: قانون دولة القاضي المعروض أمامه النزاع[١]. ويمكن القول: إنَّ هذا الحل يتفق أو يتماشى مع قوانين الدول الأنجلوأمريكية التي أخضعت حالة الأشخاص إلى قانون الموطن كما أوضحنا ذلك سابقًا[٢]. وتجدر الإشارة أَنَّ اتفاقية لاهاي اعتمدت في حل مشكلة الأشخاص عديمي الجنسية على قانون جنسية آخر دولة كان الشخص يحمل جنستها، وهذا ما تضمنته المادة (١) من الاتفاقية المذكورة إذ جاء بها " إذا لم يسبق حمله لجنسية يُعتمد قانون مكان ميلادهِ"[٣].

وفي ضوء ما تقدم نجد أَنَّ الدول اللاتينية فيما يتعلق بموضوع تعدد الجنسيات، أخذت بنظر الاعتبار جنسية دولة القاضي بوصفها مسألة تتعلق بسيادة الدولة إذا كان النزاع معروضًا أمام القضاء الوطني، وكان الشخص المتنازع على جنسيته يحمل أكثر من جنسية ومن ضمنها جنسية قاضي النزاع، بينما اعتمدت الدول الأنجلوأمريكية لا سيما المتعددة إقليمًا أخذت بحل موضوع تعدد الجنسية من خلال التشريع الداخلي للدولة، وعند عدم تعرض ذلك التشريع للحل المطلوب فيتم تطبيق قانون شريعة العاصمة، أو تطبيق قانون الولاية التي ينتمي إليها الشخص. أما إذا كان النزاع معروضًا أمام القضاء الأجنبي وكان الشخص يحمل أكثر من جنسية يبدو أَنَّ الدول اللاتينية والأنجلوأمريكية أخذت بمبدأ الجنسية الفعلية أو الواقعية لحسم الموضوع. أما بالنسبة إلى حالة انعدام الجنسية للشخص اتفقت الدول اللاتينية والدول الأنجلوأمريكية على اتباع الحل المتمثل بإعطاء الاختصاص إلى قانون دولة الموطن، أو قانون محل الإقامة، وعند تعذر تحديد هذين القانونين فيتم تطبيق قانون دولة القاضي.

إنَّ الحلول الوارد ذكرها آنفًا تشكل تقييدًا لسلطة القضاء بضرورة اتباعها والتي ينبغي الدفع بها من قبل القاضي؛ كونها من النظام العام لتعلقها بحالة الأشخاص التي تدخل ضمن الأحوال الشخصية. ولمّا كان المشرع العراقي لم يُشر بصورة صريحة وواضحة إلى حالة تعدد الجنسيات للشخص وعرض النزاع أمام القضاء العراقي ولم تكن من ضمنها الجنسية العراقي، وحالة انعدام الجنسية في نص المادة (٣٣/ ١)، لذا نقترح على المشرع العراقي تعديل المادة المذكورة أعلاه لتكون بالصيغة الأتية: (تُعيّن المحاكم العراقية القانون الذي يجب تطبيقه في حالة الأشخاص الذين لا تُعرف لهم جنسية من خلال قانون موطنهم، أو قانون محل الإقامة، وإذا تعذر تحديد هذين القانونين فيتم تطبيق القانون العراقي، أما بالنسبة إلى الأشخاص الذين تثبت لهم جنسيات متعددة في وقتٍ واحد فيتم تحديد القانون الواجب التطبيق عليهم اعتمادًا على الجنسية الفعلية التي يتم التحقق منها من خلال الظروف الواقعية).

---

[١] نصت المادة (١٢) بفقرتها (١) من اتفاقية نيويورك المبرمة في (٢٨/ سبتمبر/ ١٩٥٤) على أَنَّه: " تخضع الأحوال الشخصية لعديم الجنسية لقانون بلد موطنه، أو لقانون إقامته إذا لم يكن له موطن، أو لقانون القاضي عند انعدام المقر". تم إبرام هذه الاتفاقية برعاية المجلس الاقتصادي والاجتماعي للأمم المتحدة، والمتعلقة بتحديد مركز عديمي الجنسية، التي دخلت حيز التنفيذ ابتداءً من (٦/ يونيو/ ١٩٦٠).

[٢] يُنظر تفضلًا: ما ورد في الصفحة (١٢٠) من هذه الرسالة.

[٣] أشار إلى ذلك: د. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، القانون الدولي الخاص، الجنسية- الموطن- مركز الأجانب - التنازع الدولي للقوانين- تنازع الاختصاص القضائي الدولي، مصدر سابق، ٢٠١٨، ص١٤٦.

ثانيًا- حالة الشخص المعنوي[١]:

يقصد بالشخص المعنوي (الاعتباري): " هو عبارة عن مجموعة أشخاص أو أموال تنشأ لتحقيق غرضٍ ما، وتتمتع بالشخصية القانونية التي تمكنها من ممارسة الحقوق وأداء الالتزامات، كما تتمتع بكيان مستقل عن الأشخاص والأموال المكونة لها، وللشخص المعنوي ذمة مالية مستقلة، وأهلية التقاضي، ووجود افتراضي، وتحل إرادة الشخص المعنوي محل إرادة المؤسسين له في إنشاء العلاقات القانونية وآثارها"[٢].

إنَّ الشخص المعنوي يتمتع بحالة سياسية وحالة قانونية، وسنوضح هاتين الحالتين على وفق التفصيل الآتي:

١- الحالة السياسية للشخص المعنوي:

يقصد بالحالة السياسية: "هي تبعية الشخص المعنوي إلى دولة معينة عن طريق علاقة تربط بينه وبين تلك الدولة، ويطلق عليها الفقه بالجنسية"[٣]. ووفقًا للرأي المعمول به في فقه القانون الدولي الخاص الاعتماد على ضابط الجنسية لتعيين الصفة الوطنية والأجنبية للشخص المعنوي أسوةً بالشخص الطبيعي، وبغية تحديد جنسية الشخص المعنوي طُرحت عدة معايير لتحديد تلك الجنسية التي تتمثل بـ: (محل التأسيس- مزاولة النشاط - رأس المال- مركز الإدارة الرئيس- الرقابة والإشراف)[٤].

والتساؤل الذي يُطرح، ما موقف القانون العراقي والقوانين محل المقارنة من تلك المعايير لتحديد جنسية الشخص المعنوي؟ للإجابة على هذا التساؤل يمكن القول: اختلفت القوانين اللاتينية عن القوانين الأنجلوأمريكية في اختيار المعيار المُعتمد عليه في تحديد جنسية الشخص المعنوي، فعندما يحدد المشرع الوطني المعيار الواجب اتباعه لتحديد تلك الجنسية، فإنَّ ذلك التحديد يعد تقييدًا لسلطة القضاء التي ينبغي الالتزام به؛ كون تبعية الشخص المعنوي إلى دولة ما تمثل الحالة السياسية التي تعد من النظام العام، وإنّ المشرع العراقي اعتمد على أكثر من معيار لتقييد سلطة القاضي بشأن تحديد جنسية الشخص المعنوي، إذ إنَّه أخذ بمعيار محل التأسيس الذي بموجبه يمنح الشخص المعنوي جنسية دولة تأسيسها، ومعيار مركز الإدارة الرئيس وبمقتضى هذا المعيار يمنح الشخص المعنوي جنسية البلد الذي يوجد فيه المركز الرئيس الفعلي لإدارته، إذ جاء في أحكام المادة (٢٣) من قانون الشركات العراقي النافذ[٥] " تكون الشركة المؤسسة في العراق وفق أحكام هذا القانون عراقية). فيتضح من ذلك

---

[١] حددت المادة (٤٧) من القانون المدني العراقي النافذ الأشخاص المعنوية هي: " أ- الدولة. ب - الإدارات والمنشآت العامة التي يمنحها القانون شخصية معنوية مستقلة عن شخصية الدولة بالشروط التي يحددها. ج - الألوية والبلديات والقرى التي يمنحها القانون شخصية معنوية بالشروط التي يحددها. د - الطوائف الدينية التي يمنحها القانون شخصية معنوية بالشروط التي يحددها. هـ - الأوقاف. و - الشركات التجارية والمدنية إلا ما أُستثني منها بنص في القانون. ز - الجمعيات المؤسسة وفقًا للأحكام المقررة في القانون. ح - كل مجموعة من الأشخاص أو الأموال يمنحها القانون شخصية معنوية".

[٢] د. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، القانون الدولي الخاص، الجنسية- الموطن- مركز الأجانب - التنازع الدولي للقوانين- تنازع الاختصاص القضائي الدولي، طبعة جديدة منقحة، ٢٠٢٢، مصدر سابق،ص١١٧.

[٣] د. جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص٢٦٠.

[٤] د. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، الجنسية والعلاقات الدولية، ط ٢، منشورات زين الحقوقية والأدبية، لبنان، ٢٠١١، ص٦٧.

[٥] قانون الشركات العراقي رقم (٢١) لسنة ١٩٩٧ المعدل والمنشور في جريد الوقائع العراقية ذات العدد(٣٦٨٩) بتأريخ (١٩٩٧/٩/٢٩).

النص القانوني أَنَّ المشرع العراقي أخذ بنظر الاعتبار معيار تكوين الشخص المعنوي لاسيما في الشركات[١] بغية تحديد حالته السياسية، كما أَنَّ المشرع العراقي أخذ بمعيار مركز الإدارة الرئيس عندما أشترط بضرورة وجود مركز الإدارة للشركة في العراق[٢]، وهذا يتضح من خلال ما ورد في نص المادة (٢/١٣) من قانون الشركات التي قضت على أَنَّه: " يعد المؤسسون عقدًا للشركة، موقعًا منهم أو ممن يمثلهم قانونًا، يحتوي على: ... ثانيًا- المركز الرئيس للشركة على أن يكون في العراق...". هنالك من[٣] يرى أَنَّ معيار مركز الإدارة الرئيس الوارد في نص المادة (٤٩)[٤] من القانون المدني العراقي النافذ يعد معيارًا مزدوجًا، يُعتمد عليه كمعيار لتحديد التبعية القانونية، وفي الوقت ذاته يؤخذ كمعيار لتحديد جنسية الشخص المعنوي.

كما يبدو أَنَّ المشرع المصري أعتمد المعيارين المذكورين آنفًا (محل التأسيس- مركز الإدارة الرئيس) كمعايير أساسية لمعرفة الصفة الوطنية للشخص المعنوي فيما يتعلق بالشركات المساهمة[٥]، وعلى الرغم من عدم عدم تطرق المشرع إلى المعايير التي يجب اتباعها بشأن الأنواع الأخرى من الشركات إلّا إنَّ جرى العمل على استعمال ذات المعايير السابقة عن طريق القياس[٦].

أما بالنسبة إلى المشرع التونسي أخذ بمعيار مركز الإدارة الرئيس ومعيار الرقابة والإشراف لتحديد جنسية الشخص المعنوي وهذا ما هو موضح من خلال الفصل (٣) من المرسوم رقم (١٤) لسنة ١٩٦١ الخاص ببيان الشروط الواجب توافرها لمباشرة بعض أنواع النشاط التجاري الذي جاء فيه الآتي: " إنَّ الأشخاص المعنويين تكون لهم الجنسية التونسية إذا توفرت فيهم جملة الشروط الآتية:

١- أن يقع تأسيسهم طبق القوانين الجاري العمل بها، وأن يكون مقرهم الرئيسي بالبلاد التونسية.

---

[١] إنَّ المشرع العراقي أخذ بمعيار محل التأسيس ومعيار الإدارة الرئيس لمنح الجنسية العراقية للجمعية وهذا ثابت ضمنًا من خلال أحكام المادتين (١/٦) و(٢/٧) من قانون الجمعيات رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٠، والمنشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد(٣٨١٣) بتأريخ (٢٠٠٠/٢/٢٤). كما تم اعتماد المعيارين المذكورين آنفًا لتحديد جنسية المؤسسات وفقًا لما ورد في نص المادة (٢٣/١) من أمر سلطة الائتلاف رقم (٤٥) لسنة ٢٠٠٣، إذ إنَّ مفهوم المخالفة لهذه المادة يشير إلى أَنَّ المنظمة أو المؤسسة التي يتم تسجيلها داخل العراق ومركز إدارتها فيه تكون عراقية. والجدير بالذكر يقصد بالجمعية: هي مجموعة من الأفراد تهدف إلى تحقيق غرض إنساني معين. في حين يقصد بالمؤسسة: هي مجموعة من الأموال من أجل تحقيق هدف معين يتعلق بالجوانب الإنسانية، أو الفنية، أو الاجتماعية ولا تستهدف إلى تحقيق مردود إيجابيي؛ أي: ربح مادي. د. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، القانون الدولي الخاص، الجنسية- الموطن- مركز الأجانب - التنازع الدولي للقوانين- تنازع الاختصاص القضائي الدولي، طبعة جديدة منقحة، ٢٠٢٢، مصدر سابق، ص١٢٧، كما يُنظر تفضلًا: د. محمد جلال حسن المزوري، القانون الدولي الخاص في الجنسية والموطن ومركز الأجانب، مصدر سابق، ص١٢١، ص١٢٥.

[٢] د. محمد جلال حسن المزوري، القانون الدولي الخاص في الجنسية والموطن ومركز الأجانب، المصدر نفسه، ص١٢١، ص١٢٤.

[٣] د. يونس صلاح الدين علي، القانون الدولي الخاص، دراسة تحليلية في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مصدر سابق، ص٣١٤.

[٤] نصت المادة (٤٩) من القانون العراقي النافذ على أَنَّه: "١- يسري على النظام القانوني للأشخاص المعنوية الأجنبية من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها قانون الدولة التي يوجد فيها مركز إدارتها الرئيسي الفعلي. ٢- مع ذلك فإذا باشر الشخص المعنوي الأجنبي نشاطه الرئيسي في العراق فأن القانون العراقي هو الذي يسري".

[٥] إنَّ المادة (٤١) من قانون الشركات المصري (٨) لسنة ١٩٩٠ نصت على أَنَّه "على جميع الشركات المساهمة التي تؤسس في القطر المصري يجب أن تكون مصرية وأن يكون مركزها الأصلي في القطر المذكور". يُنظر تفضلًا بهذا الصدد: د. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، الجنسية والعلاقات الدولية ، مصدر سابق، ص٦٧.

[٦] د. هشام علي صادق، د. حفيظة السيد الحداد، دروس في القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٠، ص٣٠٢، كما يُنظر تفضلًا: د. أشرف وفا محمد، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين- تنازع الاختصاص القضائي الدولي- آثار الأحكام الأجنبية، مصدر سابق، ص٢٢٨.

٢- أن يشتمل رأس مالهم لحد خمسين في المائة على الأقل على اسهم رسمية يمسكها أشخاص ماديون أو معنويون تونسيون.

٣- أن يتألف مجلس الإدارة أو المجلس المكلف بالتصرف أو الرقابة من أغلبية أشخاص ماديين لهم الجنسية التونسية.

٤- أن يقوم بالإدارة العامة أو التصرف أشخاص ماديون لهم الجنسية التونسية"[١].

فيما يخص المشرع الفرنسي، فإنَّه اعتمد على معيار مركز الإدارة الرئيس الفعلي لتحديد جنسية الشخص المعنوي، فعلى أساس هذا المعيار يتم تحديد الصفة الوطنية أو الأجنبية لذلك الشخص، وإنَّ القضاء الفرنسي استقر على الاعتداد بهذا المعيار لتحديد التبعية السياسية للشخص المعنوي[٢]، إذ أصدرت محكمة استئناف باريس سنة (١٩٨٤) حكمًا يتضمن الأخذ بالمعيار المذكور آنفًا عندما عدّت الشركة محل النزاع بريطانية؛ بسبب وجود مركز إدارتها في لندن[٣].

أما بالنسبة إلى الدول الأنجلوأمريكية ومن ضمنها الولايات المتحدة الأمريكية، فقد اعتمدت على معيار محل التأسيس لتحديد الجنسية للشخص المعنوي، وعليه فإنَّه (الشخص المعنوي) يحمل جنسية البلد الذي تأسس فيه؛ كونه المكان الذي أُعطيت فيه الموافقات الرسمية والوثائق المتعلقة بتكوينه، وما يبرر هذا المعيار بأَنَّ قانون بلد التأسيس هو الذي منح الشخصية القانونية لذلك الشخص[٤].

ووفقًا لما تقدم، نستنتج بأَنَّ قوانين الدول اللاتينية اختلفت فيما بينها في الاعتماد على معيار معين لتحديد جنسية الشخص المعنوي، فبعضها أخذت بمعيارين (محل التأسيس، ومركز الإدارة الرئيس الفعلي) كالقانون العراقي والمصري، في حين بعضها اعتمدت على المعيارين (مركز الإدارة الرئيس، والرقابة والإشراف) كالقانون التونسي، وهنالك من اعتمدت فقط على معيار(مركز الإدارة الرئيس) كالقانون الفرنسي، ولكن يمكن القول: بأَنَّ تلك الدول أخذت بنظر الاعتبار معيار مركز الإدارة لتحديد التبعية السياسية للشخص المعنوي، بينما يُلاحظ أَنَّ قوانين الدول الأنجلوأمريكية اعتمدت على معيار واحد أَلّا وهو(محل التأسيس) كالقانون الأمريكي،

---

[١] والجدير بالذكر أَنَّ المشرع التونسي أكد الأخذ بمعيار مركز الإدارة الرئيس من خلال مفهوم المخالفة ما ورد في الفصل (١٦) من القانون رقم (١٥٤) لسنة ١٩٥٩ التونسي المتعلق بالجمعيات الذي تضمن " تعرف الجمعيات الأجنبية مهما كانت صبغتها بالمنظمات التي لها نفس مميزات الجمعيات ولها مقر اجتماعي بالبلاد التونسية وتشرف على تسييرها هيأة مديرة يتركب نصفها على الأقل من الأجانب".

[٢] د. هشام علي صادق، د. حفيظة السيد الحداد، دروس في القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص٢٧٢.

[٣] د. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، الجنسية والعلاقات الدولية، مصدر سابق، ص٦٧.

[٤] أشار إلى ذلك كل من: د. عباس العبودي، شرح أحكام قانون الجنسية العراقية رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٦ والموطن ومركز الأجانب، دراسة مقارنة في نطاق القانون الدولي الخاص، دار السنهوري، بيروت،٢٠١٥، ص١٠٦. د. عبد المنعم زمزم، الجنسية ومركز الأجانب في القانون الدولي الخاص والقانون المصري المقارن، مصدر سابق، ص٣٨٧. د. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، القانون الدولي الخاص، الجنسية- الموطن- مركز الأجانب - التنازع الدولي للقوانين- تنازع الاختصاص القضائي الدولي، طبعة جديدة منقحة، ٢٠٢٢، مصدر سابق، ص١٢٠. د. هشام خالد، الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العربية، دراسة فقهية قضائية في القوانين العربية- الأوربية- الأنجلوسكسونية واتفاقية بروكسل لعام ١٩٦٨، مصدر سابق، ص٩٤.

والجدير بالذكر أَنَّ إتباع هذه الحلول المقررة في القوانين الوطنية لتحديد الحالة السياسية للشخص الاعتباري تُشكِّل قيودًا لسلطة القضاء الوطني التي يجب اعتمادها بصدد الموضوع.

٢- الحالة القانونية للشخص المعنوي.

يقصد بالحالة القانونية: "جميع ما يتعلق بتكوين الشخص المعنوي وإدارته، وبالتصرف المنشئ له وطريق تعديل ذلك التصرف، وما يترتب من أثر قانوني على هذا التعديل، كما يشمل جميع ما يتعلق بكيفية انقضائه"[١]. وكقاعدة عامة أَنَّ الحالة القانونية للشخص المعنوي تخضع إلى قانون الدولة التي يوجد فيها مركز الإدارة الرئيس الفعلي لذلك الشخص، فإذًا العبرة بقانون مركز الإدارة الرئيس؛ لأَنَّه قد تكون الهيئات المسؤولة عن إدارة الشخص المعنوي متعددة وموزعة بين دول عديدة، كما يجب أن يكون مركز الإدارة فعليًا وليس صوريًا؛ لأَنَّه قد يقوم الشخص المعنوي باتخاذ مركز للإدارة لا يُعبر عن العلاقة الحقيقية بينه (الشخص المعنوي) وبين الدولة بغية التخلص من الالتزامات والقيود التي يطلبها قانون الدولة التي يرتبط بها الشخص المعنوي فعلًا[٢]. وإنَّ مركز الإدارة الرئيس الفعلي يتمثل بوجود مركز الإدارة في الدولة التي يُدار فيها الشخص المعنوي؛ أي: وجود اجتماعات مجلس الإدارة والجمعية العمومية في تلك الدولة، ويتم تحديد دولة مركز الإدارة الرئيس الفعلي من قبل القاضي الوطني[٣].

والسؤال هنا ما موقف قوانين الدول اللاتينية وقوانين الدول الأنجلوأمريكية من قاعدة خضوع تحديد التبعية القانونية للشخص المعنوي إلى قانون الدولة التي يوجد فيها مركز الإدارة الرئيس الفعلي لذلك الشخص؟ وهل وضعت تلك القوانين استثناءً لتلك القاعدة يعد تقييدًا لسلطة القاضي الذي ينبغي الدفع به بوصفه من النظام العام؟ إنَّ الإجابة عن هذا التساؤل يتطلب الأمر معرفة موقف القانون العراقي وقوانين الدول محل المقارنة وفقًا للتفصيل الآتي:

إنَّ المشرع العراقي والمصري اتفقا على الأخذ بالقاعدة المذكورة أعلاه، إذ إنّ المادة (٤٩) بفقرتها (١) من القانون المدني العراقي النافذ نصت على أَنَّه: " يسري على النظام القانوني للأشخاص المعنوية الأجنبية من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها قانون الدولة التي يوجد فيها مركز إدارتها الرئيسي الفعلي"، وتقابلها نص المادة (١١) بفقرتها (٢) من القانون المدني المصري النافذ التي جاء فيها: " أما النظام القانوني للأشخاص الاعتبارية الأجنبية من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها فيسري عليه قانون الدولة التي اتخذت فيها هذه الأشخاص مراكز إدارتها الرئيسي الفعلي..."[٤].

---

[١] د. عبد السند يمامه، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، بلا دار نشر، بلا مكان نشر، ١٩٩٩، ص١٦٨.
[٢] د. فؤاد عبد المنعم رياض، د. سامية راشد، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وآثار الأحكام الأجنبية، مصدر سابق، ص١٩٧.
[٣] د. إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، ج ٢، تنازع القوانين، بلا دار نشر، بلا مكان نشر، ١٩٩٤، ص١٢٤.
[٤] القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ المعدل.

ولكن يلاحظ بأَنَّ كل من المشرع العراقي والمصري وضع استثناءً على تلك القاعدة يتمثل بخضوع الشخص المعنوي الأجنبي إلى القانون الوطني (العراقي - المصري) إذا باشر الشخص المعنوي الأجنبي نشاطه الرئيس في دولتهم[١]، وإذ إنَّ هذا الاستثناء يشكل تقييد لسلطة القاضي الوطني الذي يجب عليه الالتزام به، والدفع به كلّما تطلب الأمر ذلك؛ كون الحالة القانونية تعد من النظام العام، وهذا التقييد ورد في أحكام الفقرة الثانية من المادة (٤٩) من القانون المدني العراقي إذ نصت على: " ومع ذلك فإذا باشر الشخص المعنوي الأجنبي نشاطه الرئيسي في العراق فإنَّ القانون العراقي هو الذي يسري". ويقابل ذلك عجز الفقرة (٢) من المادة (١١) من القانون المدني المصري النافذ التي نصت على: "...ومع ذلك فإذا باشرت نشاطها الرئيسي في مصر فأن القانون المصري هو الذي يسري"[٢]. والجدير بالذكر أَنَّ المشرع العراقي لم يتطرق في نص المادة (٤٩) من القانون المدني إلى الوقت الذي يجب الاعتداد به لتحديد مركز الإدارة الرئيس الفعلي للشخص المعنوي تجنبًا من موضوع التنازع المتغير[٣]، فضلًا عن ذلك كان من الأجدر على المشرع العراقي أن يؤكد بصورة واضحة وأكيدة في حال مباشرة الأشخاص المعنوية لنشاطها الرئيس في العراق فإنَّها تخضع إلى القانون العراقي على الرغم من عدم وجود مركز الإدارة الرئيس الفعلي في العراق. وفي ضوء ذلك، يرى الباحث ضرورة تعديل نص المادة (٤٩) من القانون العراقي لتكون بالشكل الآتي: (١- يسري على النظام القانوني للأشخاص المعنوية الأجنبية من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها قانون الدولة التي يوجد فيها مركز إدارتها الرئيس الفعلي الجديد مادام ذلك المركز تم طبقًا للقانون ومن دون قصد التحايل على ذلك القانون. ٢- مع ذلك فإذا باشر الشخص المعنوي الأجنبي نشاطه الرئيس في جمهورية العراق، فإنَّ القانون العراقي هو الذي يسري على الرغم من عدم وجود مركز إدارته الرئيس الفعلي في الجمهورية).

أما بالنسبة إلى المشرع التونسي فقد أخضع تحديد التبعية القانونية للشخص المعنوي إلى قاعدة مركز الإدارة الرئيس الفعلي إلّا إنَّه أورد استثناءً على هذه القاعدة قيّد القاضي الوطني بضرورة التمسك به أَلّا وهو خضوع الشخص المعنوي إلى القانون التونسي عندما يكون لديه مقرًا اجتماعي (مركز إدارة) في جمهورية تونس، عملًا بأحكام الفصل (١٠) من مجلة الشركات التونسية الذي جاء فيه: " تخضع للقانون التونسي الشركات التي لها مقر

---

[١] يبدو أَنَّ لهذا الاستثناء دور يتجسد في التخفيف من المغالاة في تطبيق القاعدة العامة أَلّا وهي الأخذ بقانون مركز الإدارة الرئيس الفعلي؛ كونها تعبيرًا عن مصالح الشركات المالية الكبرى التي تمارس نشاط اقتصادي واسع في أكثر من دولة، فضلًا عن ذلك إنَّه يؤدي إلى غلق أبواب التحايل على القانون الوطني لا سيما عند مباشرة الشخص المعنوي لنشاطه الرئيس على إقليم الدولة. د. هشام أحمد محمود، القانون الدولي الخاص الإماراتي، أحكام الجنسية الإماراتية - تنازع القوانين- تنازع الاختصاص القضائي الدولي، مصدر سابق، ص٣٠٥.

[٢] يُنظر تفضلًا بهذا الصدد كل من: د. غالب علي الداودي، د. حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مصدر سابق، ص٨٩. أستاذنا. د. حسن علي كاظم، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص٢٩٥. د. محمد جلال حسن الأتروشي وآخرون، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين- تنازع الاختصاص القضائي الدولي- تنفيذ الأحكام الأجنبية، مصدر سابق،ص٩١. د.أحمد عبد الحميد عشوش، د. عبد الباقي حمدي عبد الباقي، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص٣٥٩. د. محمد السيد عرفة، الوجيز في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص١٨٩.

[٣] يقصد بالتنازع المتغير(المتحرك): " هو ذلك التنازع الذي يحدث نتيجةً لتغيير ظروف الإسناد (الجنسية، الموطن، موقع المال، انتقال الأشخاص) مع بقاء قاعدة الإسناد من دون تغيير"، وتجدر الإشارة بأَنَّ الفقيه (بارتان/ Bartin) هو من أطلق مصطلح (التنازع المتغير) على هذا النوع من التنازع. يُنظر تفضلًا: د. غالب علي الداودي، د. حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، المصدر نفسه، ص٢٢٣.

اجتماعي بالتراب التونسي. ويقع مقر الشركة بمركزها الرئيسي ويكون هذا المركز كائنًا بالمحل الذي به قيام الإدارة الفعلية للشركة"[١]. وفي الوقت ذاته يبدو أَنَّ المشرع التونسي أخذ بمعيار مزاولة نشاط وأخضع الشخص المعنوي إلى قانون الدولة التي يزاول فيها نشاطه، طبقًا لأحكام الفصل (٤٠)[٢] من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي.

فيما يخص المشرع الفرنسي، يبدو أَنَّه أخذ بمعيار مركز الإدارة الرئيس الفعلي للشخص المعنوي كمعيار ذات طابع مزدوج حيث تم استعماله لتحديد التبعية السياسية، وفي الوقت ذاته استند عليه لتحديد التبعية القانونية للشخص المعنوي من خلال تحديد القانون الواجب التطبيق بشأن النظام القانوني لذلك الشخص ومن ثم الوصول إلى الحلول المتعلقة بموضوع تنازع القوانين[٣] إلّا إنَّ المشرع الفرنسي أورد تقييدًا للقاعدة المذكورة أعلاه ومن خلاله تم تقييد سلطة القاضي الفرنسي عندما أوجب خضوع الشخص المعنوي لاسيما الشركات إلى القانون الفرنسي إذا كان مركز الإدارة الرئيس يقع داخل الإقليم الفرنسي، وهذا ثابت من خلال نص المادة (١/٣) من قانون (٢٤/ يوليو/ ١٩٦٦) والمتعلق بالشركات التجارية الذي جاء فيه: " الشركات التي يوجد مركز إدارتها على الإقليم الفرنسي تخضع إلى القانون الفرنسي"، بل إنَّ المادة (١٨٣٧) من القانون المدني الفرنسي أكدت ذات الحكم عندما نصت على أَنَّ: " كل شركة يوجد مركز إدارتها على الإقليم الفرنسي تخضع لأحكام القانون الفرنسي"[٤].

أما بالنسبة إلى الدول الأنجلوأمريكية لم تأخذ بمعيار مركز الإدارة الرئيس الفعلي لتحديد التبعية القانونية للشخص المعنوي وإنما أخذت بمعيار محل التأسيس وبمقتضى هذا المعيار يخضع الشخص المعنوي إلى قانون البلد الذي تم اتخاذ إجراءات التأسيس والتسجيل فيه؛ لأَنَّ الشخص المعنوي في الدول الأنجلوأمريكية يعد مخلوقًا حكميًا أو مجازيًا، ولا يظهر إلى الوجود إلّا بمنحةٍ من القانون الذي تأسس وفقًا له من دون أهميةٍ إلى مركز الإدارة الفعلي، وهذا ما أخذ به القانون الأمريكي[٥]. ويبدو أَنَّ الدول الأنجلوأمريكية اعتمدت على ضابط محل التكوين لتحديد التبعية السياسية والتبعية القانونية للشخص المعنوي ومن ثم يخضع إلى قانون بلد التأسيس بوصفه بلد التسجيل والإجراءات، وبذلك يمكن القول: بأَنَّ سلطة القاضي في تلك الدول مُقيَّدة في اتباع الحلول المذكورة أعلاه من جهة تحديد الجنسية أو تحديد النظام القانوني الذي يخضع له الشخص المعنوي؛ كون الدول المشار إليها آنفًا لم تأخذ بنظر الاعتبار معيار مركز الإدارة الرئيس الفعلي كالأصل وإيراد الاستثناء عليه كما هو الحال

---

[١] مجلة الشركات التجارية التونسية رقم (٩٣) لسنة ٢٠٠٠.

[٢] ينص الفصل (٤٠) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي على أَنَّه: " تخضع أهلية التصرف للقانون الشخصي بالنسبة للذوات الطبيعية، أما بالنسبة للذوات المعنوية فهي تخضع إلى قانون الدولة التي تتعاطى فيها ذلك النشاط".

[٣] د. هشام علي صادق، د. حفيظة السيد الحداد، دروس في القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص٢٧٢.

[٤] تم إضافة هذه المادة بموجب القانون (٤/ يناير/١٩٧٨)، يُنظر تفضلًا بصدد هذا الموضوع كل من: د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص٦٧٥. د. إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، ج ٢، تنازع القوانين، ١٩٩٤، مصدر سابق، ص١٢٤. بيار مايرـ فانسان هوزيه، القانون الدولي الخاص، ترجمة د. علي محمد مقلد، مصدر سابق، ص٨٩٥.

[٥] أشار إلى ذلك كل من: د. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، ج ٢، التنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية، مصدر سابق، ص٣٠١. د. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، الجنسية والعلاقات الدولية، مصدر سابق، ص٦٩. د. عز الدين عبد الله، قواعد تنازع القوانين في القانون المدني الجزائري الجديد، دراسة مقارنة في قوانين بعض الدول العربية، مصدر سابق، ص٤٤٢.

والمعمول به في الدول اللاتينية. والجدير بالملاحظة يوجد هنالك استثناء آخر يعد تقييدًا لسلطة القضاء بشأن تطبيق قاعدة خضوع الحالة القانونية للشخص المعنوي إلى قانون الدولة التي يوجد فيها مركز الإدارة الرئيس الفعلي، ويتعلق هذا الاستثناء بالتصرفات القانونية التي يقوم بها الشخص المعنوي مع غيره سواء كانوا أشخاص طبيعيين أم معنويين، فعقود البيع والإيجار التي يتم إبرامها من قبل الشخص المعنوي فلا تخضع إلى قانون الدولة التي يوجد فيها مركز الإدارة وإنما تخضع إلى قانون الإرادة الذي اتفق عليه أطراف العلاقة القانونية[١].

الفرع الثاني

مسائل الأهلية

إنَّ موضوع الأهلية يعد من الموضوعات المهمة في نطاق الأحوال الشخصية، فهي بطبيعة الحال تتمتع بصفتين الشمول، والإطلاق؛ كونها تتناول كل شخص، و موضوعها يتعلق بكل تصرف قانوني وإنَّ إسناد فكرة الأهلية إلى الأحوال الشخصية يعود تأريخيًا إلى العصور الوسطى على يد أنصار المدرسة الإيطالية، فظهرت أنذاك الأحوال الشخصية التي تقابل الأحوال العينية[٢]، ويقصد بالأهلية بوجهٍ عام: "هي صلاحية الشخص لثبوت ومباشرة الحقوق له وعليه"[٣]. ويُميّز الفقه بين نوعين من الأهلية، وسنوضحها على وفق التفصيل الآتي:

أولًا- أهلية الوجوب:

إنَّ أهلية الوجوب تتمثل بالترجمة القانونية للشخص سواء كان شخصًا طبيعيًا أم معنويًا من الناحية القانونية، فأهلية الوجوب التي يتمتع بها الشخص الطبيعي تتجسد بصلاحيته لاكتساب الحقوق، وأداء الواجبات، وقد تكون هذه الأهلية ممتدة قبل ميلاد الشخص؛ أي: وهو جنين، أو بعد موته حتى تصفية التركة الخاصة به وسداد الديون. كما أَنَّ الشخص المعنوي يتمتع بأهلية الوجوب؛ كونه يعد شخصًا قانونيًا، فمن الضروري الاعتراف له باكتساب الحقوق وتحمل الواجبات، والجدير بالذكر أَنَّ أهلية الوجوب تدور وجودًا وعدمًا مع الشخصية القانونية، فبزوال هذه الأهلية يدل على زوال الشخصية القانونية، كالجنين الذي يولد ميتًا[٤].

---

[١] د. أحمد عبد الكريم سلامة، التنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية، مصدر سابق، ص٢٦١.

[٢] م. ماهر إبراهيم قنبر، الأهلية بين القانون الواجب التطبيق والنظام العام، بحث منشور في مجلة الكتاب للعلوم الإنسانية، مجلد (٢)، العدد (٣)، العراق، ٢٠٢٠، ص٤٩.

[٣] م.م. إقبال منذر نايف، القانون الواجب التطبيق على أهلية الملتزم بالورقة التجارية، دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة كلية التربية الأساسية للعلوم التربوية والإنسانية- جامعة بابل، العدد (٣٨) - نيسان- ٢٠١٨، ص١٢١٣.

[٤] د. عبد السند يمامه، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، مصدر سابق، ص٢٥٢.

ثانيًا- أهلية الأداء:

يقصد بأهلية الأداء: هي صلاحية أو قدرة الشخص لمباشرة التصرفات القانونية، وتنقسم أهلية الأداء إلى نوعين: فالأولى تتمثل بـ (أهلية الأداء العامة) التي تنصرف إلى جميع الأعمال القانونية، ويكون معيارها التمييز[١]، وهدفها حماية الشخص ذاته. أما بالنسبة إلى الثانية تتجسد بـ (أهلية الأداء الخاصة)، ويطلق عليها "عدم الأهلية الخاصة"، فهذه الأهلية غايتها حماية المصلحة العامة، أو حماية الغير، ولا يكون معيارها التمييز، فهي تقتصر على منع ممارسة تصرف معين بالذات من دون سواه من التصرفات القانونية، كحالة منع عمال القضاء[٢] من شراء الحق المتنازع عليه مادام النزاع يدخل ضمن اختصاص المحكمة التي يمارسون أعمالهم في دائرتها[٣].

والجدير بالذكر يعد كل من سن الرشد والحالة من أهم العوامل الأساسية لتحديد الأهلية، إذ إنَّ بعض القوانين تشترط لبلوغ شخصٍ ما سن الرشد لابد من إدراكه سنًا معينًا، إذ يشترط كل من القانون العراقي[٤]، والقانون التونسي[٥]، والقانون الفرنسي[٦]، والقانون الأمريكي[٧] كمال الثامنة عشرة من العمر، بينما القانون المصري[٨] المصري[٨] يشترط كمال الحادية والعشرون من العمر. فإذا لم يبلغ الشخص السن القانوني المحدد في قانون دولته دولته فيعد ناقص الأهلية، ولا يمكن له إجراء التصرفات القانونية بشكلٍ صحيح، ويبدو أَنَّ بلوغ سن الرشد لا يكفي إلى كمال الأهلية؛ لأَنَّه قد تتأثر أهلية الشخص بحالته، والحالة كما سبق إيضاحها بأَنَّها: " مجموعة من الصفات التي تحدد مركز الشخص ككونه ذكرًا أو أنثى، متزوجًا أو أعزب، وكونه أرملًا أو مطلقًا، مجنونًا أو معتوهًا أو محجورًا عليه أو تحت الولاية أجنبيًا كان أو وطنيًا"[٩].

---

[١] نصت المادة (٢/٩٧) من القانون المدني العراقي النافذ على أَنَّه: " سن التمييز سبع سنوات كاملة".

[٢] نصت المادة (٥٩٥) من القانون المدني العراقي النافذ على أَنَّه: " لا يجوز للحكام ولا للقضاة ولا للمدعين العامين ونوابهم وللمحامين ولا لكتبة المحكمة ومساعديهم، أن يشتروا باسمهم ولا باسم مستعار، الحق المتنازع فيه كله أو بعضه إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون عملهم في دائرتها"، وتقابلها المادة (٤٧١) من القانون المدني المصري . كما نصت المادة (٥٩٦) من القانون ذاته على أَنَّه: " لا يجوز للمحامين أن يتعاملوا مع موكليهم في الحقوق المتنازع فيها اذا كانوا هم الذين يتولون الدفاع عنها، سواء كان التعامل بأسمائهم أو بأسماء مستعارة". وتقابلها المادة (٤٧١) من القانون المدني المصري النافذ، كما أَنَّ المشرع الفرنسي منع الطبيب من تلقي هبة من مرضاه عملًا بأحكام المادة (٩٠٩) من القانون المدني الفرنسي النافذ.

[٣] د. إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ٢٠٠٢، مصدر سابق، ص١٨٩.

[٤] تنص المادة (١٠٦) من القانون المدني العراقي النافذ على أَنَّه: " سن الرشد هي ثماني عشرة سنة كاملة".

[٥] ينص الفصل (٧) من مجلة الالتزامات والعقود التونسية النافذة على أَنَّه: " كل إنسان ذكرًا كان أو أنثى تجاوز عمره ثماني عشرة سنة كاملة يعتبر رشيدًا بمقتضى هذا القانون" تم تعديل هذا الفصل بموجب القانون رقم (٣٩) لسنة ٢٠١٠.

[٦] أصبح سن الرشد للشخص الفرنسي (ثماني عشرة سنة) بدلًا من (أحدى وعشرون سنة) بموجب القانون الصادر في (٥/ يوليو/ ١٩٧٤). أشار إلى ذلك كل من: د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص٧٤١. د. صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، ط ٢، مزيدة ومنقحة، مصدر سابق، ص١٧٨.

[٧] يبدو أَنَّ سن الرشد في الولايات المتحدة الأمريكية يختلف من ولايةٍ إلى أخرى، إذ إنَّ ولاية (نيويورك) تشترط لسن الرشد إكمال (ثماني عشرة) سنة، بينما ولاية (بورتوريكو) تشترط لإكمال سن الرشد (أحدى وعشرون) سنة، وفي جميع الأحوال إنَّ الحد الأدنى لسن الرشد هو (ثماني عشرة) سنة. Look, Michael H. Hoffheimer: Conflict of Laws, op.cit., p391.

[٨] إنَّ المادة (٢/٤٤) من القانون المدني المصري النافذ نصت على أَنَّه: " وسن الرشد هي إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة".

[٩] د. حسن الهداوي، تنازع القوانين وأحكامه في القانون الدولي الخاص العراقي، مصدر سابق، ص١٤٨.

والتساؤل الذي يُطرح، ما القانون الذي يسري على فكرة الأهلية في التشريع العراقي والتشريعات محل المقارنة؟ للإجابة على هذا التساؤل يمكن القول: بأَنَّ قوانين الدول اللاتينية كالقانون العراقي والمصري و التونسي والفرنسي أخضعت مسألة الأهلية إلى قانون الجنسية سواء كانت هذه الأهلية تتعلق بالعلاقات العائلية أو العلاقات المدنية والتجارية؛ لأَنَّ القواعد التي نظمتها تم وضعها لضمان حماية الفرد وهذه الحماية تتحقق من خلال إخضاع الأهلية لقانون الجنسية (القانون الشخصي) والمستمد من حاجاته وظروفه[١]. إذ أخضع المشرع العراقي الأهلية إلى قانون الجنسية عملًا بأحكام المادة (١/١٨) التي نصت على أَنَّه: " الأهلية تسري عليها قانون الدولة التي ينتمي إليها الشخص بجنسيته"[٢]، كما نصت على ذلك المادة (٢/٤٨) من قانون التجارة العراقي على أَنَّه: " يرجع يرجع في تحديد أهلية الالتزام بمقتضى الحوالة إلى قانون الدولة التي ينتمي إليها الملتزم بجنسيته..."[٣].

فيما يتعلق بالمشرع المصري، فإِنَّه أخذ بتطبيق قانون الجنسية على فكرة الأهلية من خلال نص الفقرة الأولى من المادة (١١) التي قضت على أَنَّه: " الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم يسري عليها قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم..."[٤]، وكما قضت المادة (٣٨٨/ ١) من قانون التجارة المصري رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩ على أَنَّه: " يرجع في تحديد أهلية الملتزم بموجب الكمبيالة إلى قانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته".

كذلك المشرع التونسي أخذ بالقانون المذكور أعلاه بشأن موضوع الأهلية عندما نص في الفصل (٤٠) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي " تخضع أهلية التصرف للقانون الشخصي بالنسبة للذوات الطبيعية..."[٥].

فيما يخص المشرع الفرنسي اعتمد على قانون الجنسية في موضوع الأهلية وفقًا لما جاء في نص المادة (٣/٣) من القانون المدني التي قضت بأَنَّ: " القوانين المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم تحكم الفرنسيين ولو كانوا مقيمين في دولة أجنبية"، وهذا يدل على أَنَّ أهلية الأشخاص يُطَبَّق عليها قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم[٦].

وتجدر الإشارة إلى أَنَّه إذا كان القانون الشخصي أَلّا وهو قانون جنسية الشخص شاملًا لأهلية الوجوب، وأهلية الأداء فالعبرة في اختصاص ذلك القانون (وقت وجوب الحق، أو وقت إجراء التصرف القانوني) إلّا إنَّ المقصود بالأهلية المشار إليها في النصوص القانونية المذكورة أعلاه هي أهلية الأداء العامة[٧] التي تقوم على معيار التمييز؛ أي: قدرة الشخص لمباشرة التصرفات القانونية؛ لذلك تم إعطاء الاختصاص فيها إلى قانون

---

[١] أستاذنا. د. حسن علي كاظم، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص٢٩٦.
[٢] القانون المدني العراقي النافذ رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل.
[٣] قانون التجارة العراقي رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ المعدل، والمنشور في جريدة الوقائع العرقية بالعدد(٢٩٨٧) بتأريخ (١٩٨٤/٤/٢).
[٤] القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ المعدل.
[٥] مجلة القانون الدولي الخاص التونسي رقم (٩٧) لسنة ١٩٩٨.
[٦] القانون المدني الفرنسي لسنة (١٨٠٤) المعدل في عام (٢٠١٦).
[٧] هنالك من يرى بأَنَّ أهلية الوجوب وأهلية الأداء ينبغي أن يُطَبَّق عليها قانون جنسية الشخص، فالقانون الوطني هو الذي يكون مختصًا بهذا الموضوع. إدمون نعيم الموجز في القانون الدولي الخاص وفقًا للتشريع والاجتهاد في لبنان، ط ٣، ١٩٦٧، ص١٣٠، أشار إليه: د. عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص٧٨١. والجدير بالذكر إنَّ تكييف مسائل الأهلية، هل إنّها أهلية أداء عامة أو أهلية أداء خاصة؟ يخضع إلى قانون دولة القاضي، عملًا بالقاعدة العامة المتعلقة بالتكييف. د.أحمد عبد الحميد عشوش، د. عبد الباقي حمدي عبد الباقي، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص٣٦١.

الجنسية[١]. وبناءً على ذلك ضرورة الرجوع إلى قانون الجنسية لغرض معرفة تأثر أهلية الشخص بسن البلوغ، ومن ثم الوصول إلى كون الشخص كامل الأهلية، أو ناقصها، أو عديمها[٢]، و معرفة مدى صلاحية ناقص الأهلية على إبرام التصرفات القانونية المختلفة، والجزاء الذي يترتب على أداء التصرف على الرغم من عدم توافر الأهلية المطلوبة، كما يتم الرجوع إلى قانون الجنسية بشأن عوارض الأهلية (الجنون، العته، السفه، الغفلة)، والآثار المترتبة على كل منهما، فضلًا عن ذلك يتم الاعتماد على قانون الجنسية فيما يخص موانع الأهلية المترتبة على العاهة، أو الغيبة المقررة بحكم قضائي، فالمانع المقرر بموجب حكم قضائي صادر من محكمة أجنبية لا يؤخذ بنظر الاعتبار إلّا إذا كان حكمًا مدنيًا، وحائزًا على قوة الشيء المحكوم فيه في إقليم الدولة الذي يُراد تنفيذه فيه[٣].

أما بالنسبة إلى الدول الأنجلوأمريكية، أخذ فقه هذه الدول التمييز بين حالة الشخص وأهليته، فالحالة تمثل وضع الكائن الإنساني تجاه القانون كعضو في الأسرة أو في المجتمع، في حين الأهلية تكون صفة في التصرف القانوني والتأهيل لمباشرته، وعليه فالأهلية لم تكن شيئًا ثابتًا بل متغيرًا مع التصرف القانوني الذي ترتبط به، فهي (الأهلية) تعد عنصرًا من عناصر ذلك التصرف وليست من عناصر حالة الشخص، ونتيجةً على ذلك فلكل من الحالة والأهلية قانون أو قاعدة قانونية خاصة به، ففي النظم الأنجلوأمريكية الحالة تخضع إلى قانون الموطن، بينما الأهلية تخضع إلى القانون الواجب التطبيق على التصرف أو العلاقة محل الموضوع؛ لأنَّه لا يمكن حل تنازع القوانين المتعلق بالأهلية من دون الأخذ بنظر الاعتبار نوع التصرف القانوني الذي تعد الأهلية شرطًا لصحته وعنصرًا من عناصر تكوينه[٤]. وبناءً على ذلك فالمشرع الأمريكي أخضع الأهلية إلى قانون دولة محل إبرام العقد[٥] من خلال نص المادة (٣٣٣) من إعادة الصياغة الثانية لتنازع القوانين التي تضمنت بأنَّه: "
أهلية الشخص تخضع لقانون دولة الإبرام"، ولعل السبب في خضوع الأهلية إلى القانون المذكور يعود إلى رغبة المشرع الأمريكي في تحقق وحدة القانون الذي يخضع له التصرف القانوني (العقد)، فضلًا عن ذلك تعد الأهلية عندهم عنصرًا من عناصر الرضا؛ فلذلك يكون من المنطقي إخضاع الأهلية إلى القانون الذي ينظم تلك العناصر. ويُلاحظ أَنَّ القانون الذي يسري على فكرة الأهلية سيختلف أو سيتنوع بحسب نوع التصرف القانوني أو العلاقة القانونية، فمثلًا: أهلية الزواج وفقًا لهذا الاتجاه تعد من عناصر صحة التصرف، فهي تخضع إلى القانون الذي

---

[١] د. غالب علي الداودي، د. حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مصدر سابق، ص٩٢. د. فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص١٩٩.

[٢] والجدير بالملاحظة نصت المادة (٢٠) من القانون المدني العراقي النافذ على أَنَّه " المسائل الخاصة بالوصاية والقوامة وغيرها من النظم الموضوعة لحماية عديمي الأهلية وناقصيها والغائبين يسري عليها قانون الدولة التي ينتمون إليها".

[٣] د. حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، المبادئ العامة في تنازع القوانين، مصدر سابق، ص٣٥٠.

[٤] د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص٧١٢.

[٥] يستثنى من هذه القاعدة ولاية (لوسيانا) التي أخضعت فكرة الأهلية إلى القانون الشخصي. عنان باقي لطيف، تنازع القوانين في مسائل الأهلية الأهلية العامة، مصدر سابق، ص١٠٠، كما يبدو أَنَّ القانون الإنكليزي أخضع الأهلية إلى قانون الموطن بصورة عامة. أشار إلى ذلك: د. علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، مصدر سابق، ص٦٨.

يحكم الشروط الموضوعية للزواج أَلا وهو قانون الزوج، كذلك الحال فيما يتعلق بالتصرفات القانونية الواردة على العقارات فأن أهلية الشخص في هذه التصرفات تخضع إلى قانون موقع العقار[١].

لمّا كانت مسائل الأهلية تعد من الموضوعات المهمة في الأحوال الشخصية التي تخضع إلى القانون الشخصي لا سيما قانون الجنسية إلّا إنَّ المشرع الوطني قد يورد استثناءات على تلك القاعدة العامة تعد هذه الاستثناءات تقييدًا لسلطة القضاء الوطني التي يجب عليه الالتزام بها والدفع بها؛ كونها تتعلق بفكرة الأهلية التي تُوصَف قواعدها من النظام العام، لذلك يثار التساؤل، ما هي تلك الاستثناءات التي تُقيّد سلطة قاضي النزاع؟ للإجابة على هذا التساؤل يصح القول: ضرورة البحث في القانون العراقي والقوانين محل المقارنة بغية الوقف على تلك الاستثناءات، وعلى وفق الآتي بيانه:

١- إنَّ موضوع تحديد سن الرشد وكمال الأهلية في الأغلب يكون من اختصاص قانون الدولة التي يُراد الحصول على جنسيتها، إذ إنَّ المشرع العراقي أخذ بهذا التقييد عندما حددت أحكام المادة (١/ ج)[٢] من قانون الجنسية رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٦ سن الرشد بثمانية عشر سنة كاملة، فالأجنبي إذا رغب باكتساب الجنسية العراقية فأن تحديد سن الرشد وكمال الأهلية لا يتحدد على وفق قانون جنسيته وإنما يتم ذلك وفق القانون العراقي[٣]، كما يبدو أَنَّ المشرع المصري أخذ بهذا التقييد عندما اشترط بلوغ سن الرشد للأجنبي الذي يروم بالتجنس للحصول على الجنسية المصرية في المادة (٤) من قانون الجنسية المصري رقم (٢٦) لسنة ١٩٧٥ إلّا إنَّه لم يحدد سن البلوغ في هذه المادة، ويبدو أَنَّ هذا النص يعتمد على سن الرشد المذكور في المادة(٢/٤٤) من القانون المدني المصري التي نصت على أَنَّه: " وسن الرشد هي إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة"[٤]، كذلك أعتمد المشرع التونسي التقييد المذكور أعلاه من خلال الفصل (٤) من مجلة الجنسية التونسية الذي جاء فيه: " يعتبر رشيدًا في نظر هذه المجلة كل شخص بلغ من العمر ثمانية عشر عامًا كاملة"[٥].

والموقف ذاته بالنسبة إلى المشرع الفرنسي عندما أشترط سنًا معينًا للتجنس أَلا وهو البلوغ الثامنة عشر من العمر في نص المادة (٢١) بفقرتها (٢٢) من القانون المدني النافذ[٦] التي جاء فيها: " لا يجوز تجنيس أحد ما لم يبلغ الثامنة عشرة"، ومفاد ذلك أَنَّ تحديد سن الرشد وكمال الأهلية للأجنبي الذي يرغب اكتساب الجنسية الفرنسية يتم طبقًا للقانون الفرنسي عملًا بمضمون المادة القانونية المذكورة أعلاه.

---

[١] د. هشام أحمد محمود، القانون الدولي الخاص الإماراتي، أحكام الجنسية الإماراتية - تنازع القوانين- تنازع الاختصاص القضائي الدولي، مصدر سابق، ص٣٠٩. كما يُنظر تفضلًا: د. عزالدين عبد الله، القانون الدولي الخاص المصري، ج ٢ في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، مصدر سابق، ص١٧٠.

[٢] نصت المادة (١/ ج) من قانون الجنسية رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٦ على أَنَّه: " سن الرشد: ثمانية عشر سنة كاملة بحساب التقويم الميلادي".

[٣] د. محمد جلال حسن الأتروشي وآخرون، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين- تنازع الاختصاص القضائي الدولي- تنفيذ الأحكام الأجنبية، مصدر سابق، ص٩٥.

[٤] القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ المعدل.

[٥] مجلة الجنسية التونسية رقم (٦) لسنة ١٩٦٣، والجدير بالذكر تم تعديل نص الفصل (٤) بموجب القانون رقم (٥٥) لسنة ٢٠١٠، والمؤرخ في (١/ سبتمبر/ ٢٠١٠).

[٦] القانون المدني الفرنسي لسنة (١٨٠٤) المعدل في عام (٢٠١٦).

أما بالنسبة إلى المشرع الأمريكي كذلك أشترط لاكتساب الجنسية الأمريكية عن طريق التجنس إكمال الشخص الأجنبي الثامنة عشر من العمر، تطبيقًا لأحكام المادة (١٤٤٥/ ب) من قانون الهجرة والجنسية الأمريكي التي جاء فيها: " لا يجوز لأي شخص أن يقدم طلبًا صحيحًا للتجنس إلّا إذا كان قد بلغ الثامنة عشرة من العمر..."[١]، وبذلك أخذ المشرع الأمريكي بالتقييد المشار إليه آنفًا وأخضع سن الرشد وكمال الأهلية للقانون الأمريكي.

٢- إنَّ تحديد أهلية الملتزم بمقتضى الكمبيالة (الحوالة) تخضع إلى قانون الجنسية، ولكن إذا كان القانون الواجب التطبيق يعد الملتزم ناقصًا للأهلية، فيكون التزامه في الحوالة صحيحًا مادام وضع توقيعه على تلك الحوالة في دولةٍ يعدهُ قانونها كاملًا للأهلية[٢]، والغاية من ذلك تتمثل بتحقيق الاستقرار للمعاملات من أي تهديد مفاجئ يتجسد بتطبيق قانون أجنبي آخر[٣]، وهذا ما أخذ به المشرع العراقي عملًا بأحكام المادة (٣/٤٨) من قانون التجارة العراقي النافذ التي نصت على أَنَّه: " إذا كان القانون الواجب التطبيق يعتبر الملتزم ناقص الأهلية فأن التزامه بمقتضى الحوالة يبقى صحيحًا إذا وضع توقيعه عليها في دولة يعتبره قانونها كامل الأهلية"[٤]. و تقابلها أحكام المادة (٣٨٨) من قانون التجارة المصري النافذ[٥].

أما بالنسبة إلى القانون التونسي فقد أشار الفصل (٤٠) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي على أَنَّه: "... وإذا كان أحد الأطراف في التزام مالي له الأهلية حسب قانون الدولة التي أبرم فيها ذلك الالتزام فإنَّه لا يمكنه الاحتجاج بعدم أهليته أو نقصانها عملا بقانونه الشخصي..."[٦]. ولمّا كانت الكمبيالة (الحولة) تعد من التصرفات المالية فتكون مشمولة بنص الفصل المذكور ولو بصورة ضمنية، وعليه يمكن القول: إنَّ المشرع التونسي أخذ بالاستثناء المتعلق بقاعدة خضوع تحديد أهلية الملتزم في الكمبيالة لقانون الجنسية من خلال منع الشخص الملتزم بالاحتجاج بعدم أهليته أو ناقصها بمقتضى قانونه الشخصي ومن ثم يصبح التزامه صحيحًا بشأن تلك الكمبيالة.

فيما يتعلق بالمشرع الفرنسي يبدو أَنَّه أخضع أهلية التاجر سواء كان فرنسي أم أجنبي إلى قانون الدولة التي يتخذ فيها مقر نشاطه التجاري بغية استبعاد القانون الشخصي المختص بحكم الأهلية العامة؛ والغرض من ذلك الاستبعاد يتمثل بتوفير الحماية اللازمة للغير في ميدان التجارة، وتأمين سلامة المعاملات الخاصة بالتجارة[٧]، وبهذا الموقف فأَنَّ المشرع الفرنسي يتفق مع المشرع الأمريكي؛ لأَنَّه الأخير (المشرع الأمريكي) أخضع الأهلية

---

[١] عالج المشرع الأمريكي موضوع اكتساب الأجنبي للجنسية الأمريكية في قانون الهجرة والجنسية لعام (١٩٥٢).
[٢] د. فوزي محمد سامي، د. فائق محمود الشماع، القانون التجاري، الأوراق التجارية، دار الكتاب القانوني، بيروت، لبنان ، ٢٠١٩، ص٢٩.
[٣] د. علي خليل إسماعيل الحديثي، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص١٦٠.
[٤] قانون التجارة العراقي رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ المعدل.
[٥] نصت المادة (٣٨٨) من قانون التجارة المصري رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩ على أَنَّه: " ١- يرجع في تحديد أهلية الملتزم بموجب الكمبيالة إلى قانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته. ٢- و إذا كان القانون الواجب التطبيق يعتبر الملتزم بموجب الكمبيالة ناقص الأهلية فأن التزامه يبقى صحيحًا إذا وضع توقيعه على الكمبيالة في دولة يعتبره قانونها كامل الأهلية".
[٦] مجلة القانون الدولي الخاص التونسي رقم (٩٧) لسنة ١٩٩٨.
[٧] يعود هذا الرأي إلى اللجنة الفرنسية للقانون الدولي الخاص في عام (١٩٣٥)، أشار إليه كل من: د. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، الجنسية والعلاقات الدولية، مصدر سابق، ص١٤٩. د. عبد السند يمامه، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، مصدر سابق، ص٢٥٩.

المتعلقة بالأعمال التجارية إلى قانون المحل الذي يوجد فيه مشروع التاجر[١]، وبناءً على ذلك انتفاء حاجة اللجوء إلى الاستثناء المتعلق بتحديد أهلية الملتزم بمقتضى الكمبيالة (الحوالة)، لأنَّ القانون المذكور أصبح مختصًا بكل ما يخص الكمبيالة ومن ضمنها تحديد أهلية الملتزم بها، فضلًا عن ذلك أَنَّ الكمبيالة تعد من الأوراق التجارية التي تدخل ضمن الأعمال التجارية التي ينبغي خضوعها إلى قانون معين.

٣- إذا كان الموضوع يتعلق بمانع من موانع تطبيق القانون الأجنبي التي تتمثل بـ: (النظام العام، التحايل نحو القانون، المصلحة الوطنية)، فيما يتعلق بموضوع النظام العام كحالة تعارض قانون الجنسية الذي يحدد الأهلية المطلوبة مع الأسس والمبادئ التي يعتمد عليها النظام القانوني الداخلي مما يتطلب الأمر استبعاد ذلك القانون تطبيقًا لفكرة الدفع بالنظام العام، و قد يحصل هذا الاصطدام إذا كان قانون الجنسية يقضي بانعدام الأهلية أو نقصها لأسباب عنصرية أو سياسية كالجنس، أو اللون، أو الدين، كما هو موجود في الولايات المتحدة الأمريكية، ففي هذا الحال ينبغي استبعاد قانون الجنسية المختص ووصف الشخص بكمال الأهلية على الرغم مما يقضي فيه قانون جنسيته[٢]. فيما يخص التحايل على القانون كحالة تحديد تطبيق قانون الجنسية من خلال التحايل على القانون، كأن يقوم الشخص بتغيير جنسيته بهدف الهروب من قانون جنسيته الذي يعده غير أهلًا لممارسة التصرفات القانونية والدخول في جنسية دولة جديدة تعده كامل الأهلية بصدد هذا الموضوع، ففي هذا الحال يجب استبعاد قانون الجنسية وإعطاء الاختصاص إلى القانون المُستبعد بطريقة التحايل[٣].

أما بالنسبة إلى المصلحة الوطنية[٤]، إنَّ الأخذ بهذه المصلحة يتطلب شروط معينة تتمثل بأَنَّ يكون التصرف موضوع النزاع ماليًا أو تجاريًا[٥] وتم انعقاده داخل إقليم الدولة وترتبت آثاره فيه وكان أحد الأطراف أجنبي[٦]

---

[١] د. عبد السند يمامه، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، المصدر نفسه، ص٢٥٩، ص٢٦٤.

[٢] . د. صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، ط ١، مصدر سابق، ص١٨٦.

[٣] د. فؤاد عبد المنعم رياض، د. سامية راشد، الوجيز في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، مصدر سابق، ص٢٤٤.

[٤] كما يُطلق على فكرة المصلحة الوطنية بـ (الجهل المغتفر بالقانون الأجنبي)، ظهرت هذه الفكرة على يد القضاء الفرنسي عام (١٨٦١) في قضية الشاب المكسيكي الذي يدعى (ليزاردي)، و تتلخص وقائع هذه القضية بأَنَّ الشاب المذكور اشترى في باريس بعض المجوهرات من تاجر فرنسي، ووقّع على سندات عديدة بالدِّين، فعندما تم مطالبته بالتسديد دفع بالبطلان؛ بسبب نقص الأهلية وفقًا لقانون جنسيته ألا وهو القانون المكسيكي إذ كان يبلغ (٢٣) سنة من العمر، وفي الوقت ذاته كان يشترط القانون المكسيكي لبلوغ سن الرشد بـ (٢٥) سنة من العمر، فعندما عرض النزاع أمام محكمة النقض الفرنسية أصدرت حكمًا يقضي " بصحة هذه السندات على أساس إن المتعاقد الوطني معذورًا في جهله بأحكام القانون الأجنبي المتعلقة بالأهلية، وإنَّ المتعاقد الأجنبي كامل الأهلية طبقًا للقانون الفرنسي". د. رنا صادق الدليمي، د. رعد مقداد آل دولة، العلاقة بين الاختصاصين القضائي والتشريعي في القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة، ط ١، دار مصر للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠٢٤، ص٢٠١.

[٥] تجدر الإشارة إلى أَنَّه لا يجوز الأخذ بفكرة المصلحة الوطنية في التصرفات القانونية الخاصة بمسائل الأحوال الشخصية، فإنَّ هذه التصرفات التصرفات تخضع إلى قانون الجنسية؛ لارتباطها بالشخص ارتباطًا وثيقًا. ثائر علي صبار، القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني، مصدر سابق، ص٢١٠.

[٦] فيما يخص الطرف الآخر، هنالك من يشترط أن يكون وطنيًا، في حين الأغلب من فقه القانون الدولي الخاص يرى بأَنَّه لا يشترط بأَنَّ يكون الطرف الثاني وطنيًا بل يمكن أن يكون أجنبيًا كون النص القانوني المتعلق بالموضوع جاء مطلقًا فلم يتطرق إلى الطرف الآخر ولم يحدد انتماءه، وعليه يجوز للأجنبي أن يستفاد من فكرة المصلحة الوطنية. يُنظر تفضلًا كل من: د. محمد جلال حسن الأتروشي وآخرون، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين- تنازع الاختصاص القضائي الدولي- تنفيذ الأحكام الأجنبية، مصدر سابق، ص٩٨. د. غالب علي الداودي، د. حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مصدر سابق، ص٨٢. د. فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مصدر سابق،ص٩٨.

ناقص الأهلية وفقًا لقانون جنسيته وفي ذات الوقت كامل الأهلية بموجب القانون الدولة التي تم فيها ذلك التصرف وأن يعود نقص أهلية الأجنبي إلى سبب فيه خفاء لا يمكن على الطرف الآخر معرفته، فإنَّ إعمال فكرة المصلحة الوطنية يترتب عليها استبعاد حكم القانون الأجنبي بشأن الأهلية، إذ إنَّ قاضي النزاع لا يأخذ بنظر الاعتبار نقص أهلية الطرف الأجنبي الذي يقرره قانون جنسيته ويقضي بصحة التصرف الذي أبرمه الشخص الأجنبي[١]، وإلزامه بما ترتب على ذلك التصرف من آثار والتزامات شأنه شأن كامل الأهلية[٢].وهذا ما أخذ به المشرع العراقي من خلال ما ورد في المادة (٢/١٨) من القانون المدني العراقي النافذ التي نصت على أَنَّه: " ومع ذلك ففي التصرفات المالية التي تعقد في العراق وتترتب آثارها فيه، إذا كان أحد الطرفين أجنبيًا ناقص الأهلية وكان سبب نقص أهليته يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الآخر تبينه، فإنَّ الأجنبي يعتبر في هذا التصرف كامل الأهلية"[٣]، وتقابلها نص المادة (١١/ ١)[٤] من القانون المدني المصري، والفصل (٤٠)[٥] من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي.

أما بالنسبة إلى المشرع الفرنسي أخذ بفكرة المصلحة الوطنية من خلال نص المادة (٢٢٩١) من القانون المدني الفرنسي التي قضت على أَنَّه: " إنَّ نقص الأهلية المقرر وفقًا للقانون الوطني لأحد الأطراف يمكن أن يعتبر غير نافذ في مواجهة الطرف الآخر ذو الجنسية المختلفة والذي كان يجهل نقص الأهلية وتعاقد بدون رعونة في دولة لا يقبل قانونها نقص الأهلية هذا"[٦].

فيما يتعلق بالقانون الأمريكي، لمّا أخضع المشرع الأمريكي تحديد فكرة الأهلية إلى قانون محل الأبرام، فقد انتفت الحاجة إلى إعمال الاستثناء المتعلق بقاعد خضوع الأهلية إلى قانون الجنسية والمتمثل بفكرة (المصلحة الوطنية)، ومن ثم إخضاع الأهلية إلى قانون دولة القاضي، وما يؤخذ على موقف المشرع الأمريكي، إنَّ خضوع التصرف القانوني إلى قانون محل الإبرام في الأغلب يكون بصدفة عابرة، كما يصعب تحديد القانون المختص إذا تم ذلك التصرف عن طريق المراسلة[٧]، فضلًا عن أَنَّ ذلك الموقف يؤدي إلى فقدان الغاية التي تهدف إلى

---

[١] والجدير بالملاحظة يجوز التمسك بفكرة المصلحة الوطنية فيما يخص أهلية الشخص الاعتباري الأجنبي ولكن بشرط أن تكون إجراءات الشهر للنظام القانوني الخاص بذلك الشخص لم تتم في الدولة التي تم فيها التصرف. د. محمد جلال حسن الأتروشي وآخرون، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين- تنازع الاختصاص القضائي الدولي- تنفيذ الأحكام الأجنبية، المصدر نفسه، ص٩٩.

[٢] يُنظر تفضلًا بهذا الصدد كل من: أستاذنا. د. حسن علي كاظم، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص٢٩٦. د. أحمد عبد الكريم سلامة، التنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية، مصدر سابق، ص٢٦٩. د. جابر إبراهيم الراوي، أحكام تنازع القوانين في القانون العراقي، مصدر سابق، ص٥٦.

[٣] القانون المدني العراقي النافذ رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل.

[٤] جاء في هذه المادة " ...ومع ذلك ففي التصرفات المالية التي تعقد في مصر وتترتب آثارها فيها إذا كان أحد الطرفين أجنبيًا ناقص الأهلية وكان نقص الأهلية يرجع إلي سبب فيه خفاء لا يسهل علي الطرف الآخر تبينه فإنَّ هذا السبب لا يؤثر في أهليته".

[٥] نص الفصل (٤٠) من مجلة القانون الدولي التونسي رقم (٩٧) لسنة ١٩٩٨على أَنَّه: "... وإذا كان أحد الأطراف في التزام مالي له الأهلية حسب قانون الدولة التي أبرم فيها ذلك الالتزام، فإنه لا يمكنه الاحتجاج بعدم أهليته، أو نقصانها عملًا بقانونه الشخصي، أو بقانون الدولة التي نشأ فيها، أو تعاطى فيها نشاطه إلّا إذا كان الطرف المتعاقد معه يعلم، أو كان عليه العلم بانعدام أهليته، أو نقصانها عند إبرام الالتزام".

[٦] القانون المدني الفرنسي لسنة (١٨٠٤) المعدل في عام (٢٠١٦).

[٧] د. هشام أحمد محمود، القانون الدولي الخاص الإماراتي، أحكام الجنسية الإماراتية - تنازع القوانين- تنازع الاختصاص القضائي الدولي، مصدر سابق، ص٣١٠.

تحقيقيها فكرة المصلحة الوطنية أَلا وهي حماية الأوضاع الظاهرة، واستقرار المعاملات المالية في الأسواق الوطنية، فعندما يتعامل الأجنبي في هذه الأسواق حين بلوغه سن الرشد وفقًا لأحكام القانون الوطني، فلا يجوز لذلك الأجنبي الاحتجاج بنقص أهليته المستمد من قانون جنسيته؛ بغية توفير الحماية اللازمة للأشخاص المتعاملين معه طالما هؤلاء الأشخاص حسني النية ومعذورين في جهلهم بأحكام قانون جنسية الأجنبي[١].

٤- إنَّ أهلية الوجوب وأهلية الأداء الخاصة لم تخضع إلى قانون جنسية الشخص، لمّا كانت أهلية الوجوب تتمثل بصلاحية الشخص لاكتساب الحقوق، وأداء الالتزامات، فإنَّها لم تخضع إلى قاعدة إسناد واحدة (قانون واحد) وإنما إلى قواعد متعدد طبقًا للفكرة المسندة التي يدخل ضمنها الحق، كحق الشخص في الميراث فيخضع إلى القانون الواجب التطبيق على الميراث، كذلك هو الحال فيما يتعلق بحق التملك فيخضع إلى قانون موقع المال[٢]. أما بالنسبة إلى أهلية الأداء الخاصة، فإنَّها تخص أشخاص مُعيّنين يمنعهم القانون من ممارسة بعض الأعمال القانونية على الرغم من أَنَّهم يتمتعون بالأهلية الكاملة؛ لتحقيق الحماية إلى المصلحة العامة، أو مصلحة الغير، كحالة منع عمال القضاء من شراء الحق المتنازع عليه الذي يدخل ضمن نطاق المحكمة التي يمارسون أعمالهم فيها، فإنَّ أهلية الأداء الخاصة تخضع إلى القانون الذي يحكم التصرف القانوني[٣]. وتجدر الإشارة إلى أَنَّ أهلية المسؤولية التقصيرية تخرج من نطاق قانون الجنسية وتخضع إلى القانون الواجب التطبيق على الفعل الضار[٤].

والجدير بالذكر أَنَّ أهلية الشخص المعنوي تخضع إلى: (قانون الدولة التي يوجد فيها مركز الإدارة الرئيس)؛ لأَنَّ اختصاص قانون مركز الإدارة في حكم النظام القانوني للشخص المعنوي يشبه حالة اختصاص قانون الجنسية في حكم أهلية الأداء العامة بالنسبة إلى الشخص الطبيعي إلّا إنَّ النشاط الذي يمارسه أو يباشره الشخص المعنوي على إقليم دولة أجنبية، فيخرج ذلك النشاط من اختصاص قانون مركز الإدارة الرئيس ويُطَبَّق عليه قانون تلك الدولة وهذا يعد استثناءً لمصلحة القانون الإقليمي أَلا وهو قانون دولة مزاولة النشاط، وخروج هذه الحالة من اختصاص قانون المركز يمكن القول: بأَنَّها تشبه حالة خروج أهلية الوجوب من مجال قانون الجنسية فيما يخص الشخص الطبيعي، ولمّا كانت الحالة القانونية للشخص المعنوي تشمل الأهلية فيصح القول: بأَنَّ أهلية الشخص المعنوي تخضع في القانون العراقي والمصري والفرنسي إلى (قانون مركز الإدارة الرئيس الفعلي)[٥]، أما بالنسبة بالنسبة إلى القانون التونسي فقد أخضع أهلية الشخص المعنوي إلى قانون محل مزاولة النشاط عملًا بأحكام الفصل

---

[١] د. هشام علي صادق وآخرون، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين - الاختصاص القضائي الدولي - الجنسية، مصدر سابق، ص٣٠٥.
[٢] د. سالم إرجيعة، الوجيز في القانون الدولي الخاص الليبي، تنازع القوانين من حيث المكان- تنازع الاختصاص القضائي الدولي- الجنسية ومركز الأجانب، مصدر سابق، ص٢٣٢.
[٣] د. أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص٢١٧.
[٤] د. جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص٣٦٢.
[٥] د. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، الجنسية والعلاقات الدولية، مصدر سابق، ص١٥٢.

(٤٠) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي، في حين التشريع الأمريكي أخضع الحالة القانونية للشخص المعنوي إلى قانون محل التأسيس، وعليه فأَنَّ الأهلية لذلك الشخص المعنوي تخضع لأحكام القانون المذكور[١].

وخلاصة لِما تقدم، إنَّ الشخص الطبيعي يتمتع بأهلية وهذه الأهلية تتمثل بصلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الواجبات، وإنَّها على نوعين: الأولى أهلية الوجوب والثانية أهلية الأداء وهذه الأخيرة تنقسم بدورها على أهلية أداء عامة وأهلية أداء خاصة، وإنَّ الأهلية المعنية في الفكرة المسندة في النصوص القانونية هي أهلية الأداء العامة وتخضع هذه الأهلية كقاعدة عامة إلى قانون جنسية الشخص كما هو الحال في القانون العراقي والمصري والتونسي والفرنسي وهذه القوانين تمثل قوانين الدول اللاتينية، بينما القانون الأمريكي أخضع الأهلية إلى قانون محل إبرام التصرف؛ لأَنَّه يميّز بين حالة الشخص وأهليته، وعلى الرغم من تحديد القانون الواجب التطبيق على مسائل الأهلية إلّا إنَّ المشرع الوطني قد يضع استثناءات على القاعدة المعنية وتُشكِّل تلك الاستثناءات تقييدًا لسلطة القضاء الوطني التي ينبغي اتباعها والدفع بها؛ كونها من النظام العام، كحالة تحديد الأهلية اللازمة للشخص المتجنس، وتحديد أهلية الملتزم بالكمبيالة، وحالة تعلق الأمر بمانع من موانع تطبيق القانون الأجنبي كالنظام العام، والتحايل نحو القانون، المصلحة الوطنية، فضلًا عن ذلك خروج أهلية الوجوب وأهلية موانع التصرف (أهلية الأداء الخاصة) من القاعدة العامة التي تقضي بخضوع الأهلية إلى (قانون الدولة التي ينتمي الشخص إليها بجنسيته)، وقد أوضحنا موقف القوانين محل الدراسة من تلك الاستثناءات في الصفحات السابقة، أما بالنسبة إلى الشخص المعنوي فيتمتع بأهلية الأداء وتخضع إلى قانون مركز الإدارة الفعلي كما هو الحال في القانون العراقي والمصري والفرنسي، بينما القانون التونسي أخضع أهلية الشخص المعنوي إلى قانون محل مزاولة النشاط، في حين نجد أَنَّ القانون الأمريكي أخذ بقانون محل التأسيس ومن ثم خضوع أهلية الشخص المعنوي لذلك القانون.

المطلب الثاني

الزواج وما يترتب عليه

إنَّ موضوع الخطبة والزواج و البنوة وانقضاء الزواج يدخل ضمن نطاق مسائل الأحوال الشخصية التي تلعب دورًا مهمًا في نطاق القانون الدولي الخاص، فقد اختلفت تشريعات الدول في تنظيم أحكامها والقانون الواجب التطبيق عليها؛ لارتباطها بمبادئ الشريعة الإسلامية؛ لذلك أصبحت تلك المسائل من التطبيقات الأكثر واقعية لتقييد سلطة القضاء بالدفع بالنظام العام؛ ولغرض الإحاطة بالمسائل المشار إليها أعلاه، سنتناولها في هذا المطلب من خلال تخصيص الفرع الأول إلى مسائل الممهدة للزواج وتكوينه، والفرع الثاني إلى المسائل المترتبة على الزواج.

---

[١] للمزيد من التفصيل يُنظر تفضلًا موضوع الحالة القانونية للشخص المعنوي في الصفحة (١٣٢) من هذه الرسالة.

الفرع الأول

مسائل الممهدة للزواج وتكوينه

سنتطرق في هذا الفرع إلى مسائل الممهدة للزواج أولًا ومن ثم إلى مسائل تكوينه على وفق التفصيل الآتي:

أولًا- مسائل الممهدة للزواج:

نظرًا إلى أهمية عقد الزواج مقارنةً مع العقود الأخرى، جعلت الشريعة الإسلامية لهذا العقد مقدمات تكشف عن إبداء رغبة طرفي العقد في إبرامه الذي يستمر طيلة الحياة الزوجية، وهذه المقدمات يطلق عليها فقهاء الشريعة الإسلامية بـ (الخطبة)[١]، كما تسمى بـ (الوعد بالزواج)، ويقصد بها: " طلب الرجل الزواج من امرأة معينة، سواء توجه بالطلب إليها مباشرةً أم إلى أهلها"[٢]. ولمّا كانت الخطبة تعد مرحلة تمهيدية لانعقاد عقد الزواج، فهي قد تكون من مقدمات (الزواج المختلط) الذي يقوم على علاقة قانونية تتضمن عنصرًا أجنبيًا، وقد وجد هنالك اتجاهين بشأن الطبيعة القانونية للخطبة. فالاتجاه الأول: يذهب إلى أَنَّ الخطبة ما هي إلّا وعدًا بالزواج ولم تكن عقدًا[٣]، فلا يترتب عليها أي أثر ملزمًا[٤]، ويبدو أَنَّ قوانين الدول اللاتينية أخذت بهذا الاتجاه كالقانون العراقي[٥] والقانون المصري[٦] والقانون التونسي[٧] والقانون الفرنسي[٨]، في حين الاتجاه الآخر: أخذ يعد الخطبة عقدًا ملزمًا ولا يجوز للأطراف العدول عنه، وإذا حصل العدول من قبل أحد أطرافه فيُسأل على أساس المسؤولية

---

[١] أ. بومراو سفيان، تنازع القوانين في مجال انعقاد الزواج، دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة، بحث منشور في المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، عدد خاص، الجزائر، ٢٠١٥، ص١٠٧.

[٢] د. فاروق عبدالله كريم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ وتعديلاته، عقد الزواج وآثاره – الفرقة وآثارها – حقوق الأقارب، جامعة السليمانية، العراق،٢٠٠٤، ص٢٣.

[٣] كما أخذت بهذا الاتجاه الشريعة الإسلامية فلا تعد الخطبة عقدًا بل إنَّها وعد بالزواج. د. سلام عبد الزهرة الفتلاوي، د. نبيل مهدي زوين، الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ وتعديلاته، عقد الزواج وآثاره – الفرقة وآثارها – حقوق الأقارب، ط ١، مؤسسة النبراس للطباعة، ٢٠١٥، ص٢٠. و تجدر الإشارة إنَّ الخطبة تم ذكرها في القرآن الكريم في الآية (٢٣٥) من سورة البقرة، قوله تعالى: " وَلاَ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُم بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاء".

[٤] إذ يستطيع كل من الخاطبين إكمال الإجراءات المتعلقة بإبرام عقد الزواج لإنشاء الرابطة الزوجية، أو العدول عن ذلك في أي وقت، فلا يمكن إكراه أحدهما للآخر على إبرام عقد الزواج. د. جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص٢٦٩.

[٥] نصت المادة (٣/٣) من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل، والمنشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد (٢٨٠) بتأريخ (١٩٥٩/١٢/٣٠)، على أَنَّه: " الوعد بالزواج وقراءة الفاتحة والخطبة لا تعتبر عقدًا ".

[٦] : د. محمد خالد الترجمان، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وآثار الأحكام القضائية، مصدر سابق، ص٢٢٠.

[٧] نص الفصل (١) من مجلة الأحوال الشخصية التونسية رقم (١٣) لسنة ١٩٥٦ على أَنَّه: " كلّ من الوعد بالزواج والمواعدة به لا يعتبر زواجًا ولا يقضى به".

[٨] أشار إلى ذلك: د. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، الجنسية والموطن ومعاملة الأجانب والتنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية، مصدر سابق، ص٨٤٢. د. هشام أحمد محمود، القانون الدولي الخاص الإماراتي، أحكام الجنسية الإماراتية - تنازع القوانين- تنازع الاختصاص القضائي الدولي، مصدر سابق، ص٣١٥.

العقدية[١]، ويلاحظ بأَنَّ هذا الاتجاه أخذت به قوانين الدول الأنجلوأمريكية كالقانون الأمريكي[٢]. ويؤيد الباحث الاتجاه الأول بكون الخطبة وعدًا بالزواج وليست عقدًا؛ لأَنَّ العقد يتطلب ركن التراضي بين طرفي العقد الذي يتمثل بتوافق الإرادة لهما، وهذا لم يتحقق في الخطبة؛ كونها مرحلة تمهد للزواج، فلذلك وصفت بأَنَّها مقدمة من مقدمات الزواج، وغير ملزمة للطرفين ويستطيعان العدول عنها، وحسنًا ما فعله المشرع العراقي عندما عدَّ الخطبة وعدًا بالزواج وليس عقدًا؛ كونه يتماشى ذلك مع أحكام الشريعة الإسلامية الغراء.

وتجدر الإشارة بأَنَّ كل من المشرع العراقي، والمصري، والتونسي، والفرنسي لم يضع قاعدة إسناد خاصة تعالج موضوع الخطبة، فالخطبة تعد من مقدمات الزواج، وإنَّها مرحلة أولية لإبرام عقد الزواج، وتعد من مسائل الأحوال الشخصية؛ فلذلك تخضع إلى قانون الجنسية[٣]، وبناءً على ذلك فمن باب القياس إخضاع ما يتعلق بالخطبة بالخطبة إلى ذات القواعد التي تنظم أحكام الزواج، إذ يتم تطبيق قانون جنسية كل من الخاطب والمخطوبة على الشروط الموضوعية للخطبة، أما بالنسبة إلى الشروط الشكلية للخطبة فتخضع إلى قانون البلد التي تمت فيه الخطبة، وفيما يخص آثار الخطبة فيسري عليها قانون جنسية الخاطب وقت الخطبة، فيما يتعلق بالعدول عن الخطبة الذي يقترن بالخطأ ويترتب عليه ضررًا يُلحق بأحد الأطراف، مما يتطلب تحقيق المسؤولية التقصيرية، ففي هذا الحال يسري على المسؤولية عن الفعل الضار القاعدة القانونية المتعلقة بالالتزامات غير التعاقدية التي تقضي بإخضاع هذه المسؤولية إلى قانون مكان وقوع الفعل الضار[٤]، أما بالنسبة إلى الأنظمة القانونية التي تصف الخطبة بالعقد، فيترتب على العدول المترتب عليه الضرر تحقق المسؤولية التعاقدية للعاقد وليست المسؤولية التقصيرية[٥].

لمّا كانت الخطبة تعد من مسائل الأحوال الشخصية ومن ثم خضوعها إلى الأحكام القانونية التي تنظم موضوع الزواج من باب القياس، وعليه يمكن القول: إنَّ الاستثناءات التي ترد بشأن أحكام الزواج فيتم تطبيقها تلقائيًا على موضوع الخطبة التي تعد تلك الاستثناءات تقييدًا لسلطة القاضي الوطني التي ينبغي أخذها بنظر

---

[١] د. لخضر معاشو، تنازع القوانين في مجال انعقاد الزواج بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة، بحث منشور في مجلة القانون الدولي للدراسات البحثية، العدد (١)، ٢٠١٩، ص٢٨.

[2] W.J. Brocklebank: The Nature of the Promise of Marriage, A Comparative Study, Northwestern University, Volume (41), Issue (1), 1946, p. 1.

[٣] د. عباس العبودي، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مصدر سابق، ص١١٠.

[٤] نصت على ذلك المادة (٢٧/ ١) من القانون المدني العراقي النافذ وتقابلها المادة (٢١/ ١) من القانون المدني المصري، والفصل (٧٠) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية، كما أخذ بهذه القاعدة العامة القانون الفرنسي منذ حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر بتأريخ (٢٥/ مايو/ ١٩٤٨). د. هشام أحمد محمود، القانون الدولي الخاص الإماراتي، أحكام الجنسية الإماراتية - تنازع القوانين- تنازع الاختصاص القضائي الدولي، مصدر سابق، ص٤٠٠. والجدير بالملاحظة فيما يتعلق بموضوع الهدايا بين الخاطبين فيسري عليها قانون محل وقوع الفعل النافع؛ كونها تعد إثراء بلا سبب. د. عبد السند يمامه، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، مصدر سابق، ص١٧٦.

[٥] يُنظر تفضلًا بهذا الصدد كل من: د. غالب علي الداودي، د. حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مصدر سابق، ص١٠٢. د. يونس صلاح الدين علي، القانون الدولي الخاص، دراسة تحليلية في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مصدر سابق، ص٣٢٤. د.أحمد عبد الحميد عشوش، د. عبد الباقي حمدي عبد الباقي، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص٣٧٠. د. سامي بديع منصور وآخرون، القانون الدولي الخاص، تنازع الاختصاص التشريعي، مصدر سابق، ص٤٦١.

الاعتبار والدفع بها؛ كونها من النظام العام[١]، وبناءً على ذلك سنتناول جميع ما يتعلق بالخطبة بصورةٍ أكثر تفصيلًا من خلال موضوع الزواج في الفقرة الثانية تجنبًا للتكرار.

سبق أن أشرنا بأَنَّ المشرع العراقي لم يضع قاعدة إسناد خاصة تنظم أحكام الخطبة، لذا يقترح الباحث على المشرع العراقي إيراد نص يتعلق بالخطبة بصورة صريحة على الرغم من إمكانية تطبيق أحكام الزواج عليها كونها تعد من الأحوال الشخصية التي قد تدخل ضمن العلاقات الدولية الخاصة التي تتضمن عنصرًا أجنبيًا، فمن الضروري معالجة حالة تنازع القوانين التي قد تحصل بشأنها ومن خلال الصيغة الآتية: (يعد الوعد بالزواج من مسائل الأحوال الشخصية، ويسري على شروطه الموضوعية قانون جنسية كل من الخاطب والمخطوبة وقت الوعد، ويسري على الشروط الشكلية قانون البلد الذي تم فيه ذلك الوعد، وفيما يخص آثاره، وفسخه يسري عليه قانون جنسية الخاطب وقت الوعد بالزواج، وإذا كان أحد الخاطبين عراقي الجنسية وقت الوعد بالزواج، فيسري القانون العراقي وحده).

ثانيًا- مسائل تكوين الزواج.

إنَّ الزواج يعد من أهم موضوعات الأحوال الشخصية وتطبيقاتها في نطاق القانون الدولي الخاص؛ كون إبرام عقد الزواج لا ينحصر على أفراد الدولة الواحدة بل يمكن إبرامه بين أفراد من دولٍ مختلفة بحيث يطلق على هذا الزواج بـ (الزواج المختلط)؛ لأَنَّه يحصل بين أشخاص مختلفي الجنسية[٢]. ويقصد بالزواج بوجهٍ عام: " هو عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعًا غايته إنشاء رابطة للحياة المشتركة والنسل"[٣]. ولمّا كان عقد الزواج ظاهرة اجتماعية فلابد من وجود شروط معينة ينبغي توافرها ليصبح زواجًا صحيحًا ومنتجًا لآثاره، وهذه الشروط قد تكون موضوعية أو شكلية، ويخضع موضوع تكييف هذين النوعين من الشروط إلى القاعدة العامة في التكييف والمتمثلة بقانون القاضي؛ لأَنَّه قد يكون الشرط موضوعيًا في قانون دولةٍ ما ولكن قد يعد ذات الشرط شكليًا في قانون دولة أخرى والعكس صحيح[٤]. وبغية معرفة شروط عقد الزواج الموضوعية والشكلية، والآثار المترتبة على إبرام ذلك عقد، لذا سنتناولها على وفق التفصيل الآتي:

١- الشروط الموضوعية:

إنَّ الشروط الموضوعية لعقد الزواج تمثل الحجر الأساس في النظم القانونية كافة؛ لأَنَّها تعد أحد العناصر الجوهرية التي تمنح عقد الزواج الصفة الشرعية والقوة التنفيذية اللازمة لتحقيق آثاره القانونية، وهذه الأهمية

---

(١) يُنظر تفضلًا: د. عبد الواحد كرم، الأحوال الشخصية في القانون الدولي الخاص العراقي، ط ١، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧٩، ص١٠.
(٢) د. محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي، مصدر سابق، ص١٢٩.
(٣) نص المادة (١/٣) من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل.
(٤) ولاء الدين محمد، الزواج من الأجانب ومشكلة تنازع القوانين، بحث منشور في المجلة الاجتماعية القومية، المجلد (٤٥)، العدد (٢)، القاهرة، ٢٠٠٨، ص٥٧.

جاءت من خلال تأثر الأغلب من التشريعات المنظمة لموضوع عقد الزواج بالمفاهيم والمبادئ الأساسية السائدة في مجتمعاتنا التي تستمد أصولها من الأسس الدينية، والأخلاقية، والاجتماعية، ونتيجةً إلى أهمية الشروط الموضوعية والدور الذي تلعبه في عقد الزواج مما أدى ذلك إلى إدراجها ضمن مجموعة الحقوق الخاصة ذات العلاقة بالنظام العام[١]. ويقصد بالشروط الموضوعية هي: " تلك الشروط اللازمة لقيام رابطة الزواج التي يؤدي تخلفها إلى انتفاء الزواج، أو وجوده مع بقائه قابلًا للإبطال، تتعلق عمومًا بأركان عقد الزواج، من تراضٍ ومحل وسبب"[٢]. وتتمثل الشروط الموضوعية بـ: (شروط الانعقاد، وشروط الصحة، وشروط النفاذ، وشروط اللزوم)، وسنتناولها على وفق التفصيل الآتي:

أ- شروط الانعقاد: تتعلق هذه الشروط بأركان عقد الزواج فإذا لم تتحقق أصبح العقد باطلًا، وهذه الشروط تتمثل كون المتعاقدين كاملي الأهلية، وإنَّ المرأة محل العقد لم تكن محرمة على الرجل حرمةً مؤبدة، كالأم والأخت، فضلًا عن ذلك اتحاد مجلس العقد، ومطابقة الإيجاب للقبول.

ب- شروط الصحة: وهي تلك الشروط التي لم تكن ضمن شروط عقد الزواج إلّا إنَّه عند تخلفها أصبح العقد فاسدًا، فمثلًا: الشهادة على عقد الزواج، فعند عدم توافرها يصبح الزواج فاسدًا[٣].

ت- شروط النفاذ: هي تلك الشروط التي يتوقف عليها نفاذ عقد الزواج، و يكون العقد موقوفًا عند تخلفها[٤]، فهذه الشروط تتعلق بولاية من يقوم بإبرام عقد الزواج، فإذا كان المتعاقد يبرم العقد باسمه ينبغي أن يكون أهلًا لإنشاء ذلك العقد، أما إذا كان يبرم العقد للغير فيجب أن تتوافر لديه سلطة نيابية عن ذلك الغير[٥].

ث- شروط اللزوم: هي تلك الشروط التي تتمثل بضرورة تولي الأب، أو الجد زواج الشخص ناقص الأهلية[٦]، وجميع ما يتعلق بالمهر، والكفاءة الواجب توافرها في الزوج[٧]، فعقد الزواج عند تخلف هذه الشروط يكون صحيحًا نافذًا ولكن غير لازم إذ يستطيع أي من طرفي العقد أو لغيرهما المطالبة بفسخ ذلك العقد[٨].

---

[١] د. كريم مزعل شبي وآخرون، مباحث في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص٣٥٦.
[٢] د. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، ج ٢، التنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية، مصدر سابق، ص٣٣٥.
[٣] د. يونس صلاح الدين علي، القانون الدولي الخاص، دراسة تحليلية في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مصدر سابق، ص٣٢٨. يُنظر تفضلًا ما ورد في المادة (٦) من قانون الأحوال الشخصية العراقي النافذ.
[٤] د. حيدر حسين كاظم الشمري، المختصر في أحكام الزواج والطلاق وآثارهما في التشريع العراقي والفقه الإسلامي، ط ١، مطابع دار الوارث، كربلاء المقدسة، ٢٠٢٠، ص٣٤.
[٥] د. هشام علي صادق وآخرون، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين - الاختصاص القضائي الدولي - الجنسية، مصدر سابق، ٢٦٥.
[٦] والجدير بالملاحظة تعد موافقة أحد الوالدين بالزواج من الشروط الموضوعية؛ لأنَّها ضرورية لإبرام عقد زواج القاصر، فهي تعد شرط مكمل للأهلية. د. هشام علي صادق وآخرون، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين - الاختصاص القضائي الدولي - الجنسية، المصدر نفسه، ص٢٦٠. إذ إنَّ المشرع العراقي أجاز زواج ناقص الأهلية إذا بلغ أو أكمل الخامسة عشرة من العمر عملًا بأحكام المادة (٨) من قانون الأحوال الشخصية النافذ.
[٧] د. رجائي حسين الشتيوي، القانون الدولي الخاص، الكتاب الثاني، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص٢٨٦.
[٨] د. حيدر حسين كاظم الشمري، المختصر في أحكام الزواج والطلاق وآثارهما في التشريع العراقي والفقه الإسلامي، المصدر نفسه، ص٣٥.

إنَّ تشريعات دول العالم اختلفت بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية لعقد الزواج، فبعض منها أخذت بخضوع تلك الشروط إلى القانون الشخصي كل من الزوجين؛ أي: قانون الدولة التي ينتمي إليها كل زوج بجنسيته[١]، و تبرير ذلك التطبيق يتجسد بأَنَّ عقد الزواج يترتب عليه وجود نظام قانوني بين شخصين في الأغلب ينتميان إلى مجتمع سياسي مختلف، فلا يمكن التصور بأَنَّ ذلك النظام ينشئ صحيحًا وفقًا إلى قانون أحد المتعاقدين مع عدم الأخذ بنظر الاعتبار قانون المتعاقد الآخر، إذ إنَّ مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة المعتمد في الشريعة الإسلامية السمحاء يُحتّم اعتماد قانون كل من الزوجين[٢]. وهذا ما أخذت به قوانين الدول اللاتينية كالقانون العراقي عملًا بأحكام المادة (١/١٩) من القانون المدني العراقي التي نصت على أَنَّه: " يرجع في الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون كل من الزوجين..." إلّا إنّه ما يؤخذ على ذلك النص أَنَّ المشرع العراقي لم يحدد وقت الاعتداد بقانون جنسية الزوج، وعليه كان من الأفضل تحديد ذلك الوقت، التي تقابلها نص المادة (١٢) من القانون المدني المصري[٣]، والفصل (٤٥) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي[٤]، كما أخذ أخذ بتلك القاعدة المشار إليها آنفًا القانون الفرنسي من خلال التأويل أو التفسير الفقهي لما ورد في نص المادة (٣/٣) سالفة الذكر ونص المادة (١/١٧١) من القانون المدني الفرنسي[٥]، و إذ إنَّ المادة (١/١٧١) قد أوضحت بأَنَّ عقد الزواج الذي يبرمه الفرنسي في الخارج ينبغي أَلا يكون مخالفًا للأحكام المنصوص عليها في القانون الفرنسي وإلا عُدَّ العقد باطلًا، إذ جاء في المادة المذكورة (١٧١/ ١) " يكون الزواج الذي يتم التعاقد عليه في بلد أجنبي بين فرنسيين، أو بين فرنسي وأجنبي صحيحًا إذا تم الاحتفال به بالأشكال المعتادة في بلد الاحتفال بشرط أن الفرنسيين لم يخالفوا الأحكام الواردة في الفصل الأول من هذا العنوان..." [٦]. وتجدر الإشارة بأَنَّ اتفاقية لاهاي لعام (١٩٠٢) الخاصة بتنازع القوانين في مجال الزواج أخضعت الشروط الموضوعية إلى قانون جنسية كل من الزوجين اعتمادًا على أحكام المادة (١) منها[٧].

---

[١] د. صلاح الدين جمال الدين، مشكلات إبرام الزواج في القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،٢٠١٠، ص٨٥.

[٢] د. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، الجنسية والموطن ومعاملة الأجانب والتنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية، مصدر سابق، ص٨٤٥.

[٣] نصت المادة (١٢) من القانون المدني المصري النافذ على أَنَّه " يرجع في الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون كل من الزوجين ".

[٤] جاء في الفصل (٤٥) من مجلة القانون الدولي الخاص رقم (٩٧) لسنة ١٩٩٨ " تخضع الشروط الأصلية للزواج لقانون الشخصي للزوجين كل على حدة ".

[٥] بيار مايز- فانسان هوزيه، القانون الدولي الخاص، ترجمة د. علي محمد مقلد، مصدر سابق، ص٥٠٨. د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص٧٧٤. والجدير بالذكر بأَنَّ المادة (١٧١) كانت بتسلسل (١٧٠) سابقًا.

[6] L'article (171/1) du Code civil français en vigueur stipule que " le mariage contracté à l'étranger entre deux Français ou entre un Français et un étranger est valable s'il est célébré dans les formes usuelles dans le pays de célébration, à condition que les Français ne violent pas les dispositions contenues dans le chapitre premier…"

[٧] نصت هذه المادة على أَنَّه: " الحق في عقد الزواج ينظمه القانون الوطني لكل من الزوجين المستقبليّن، هذا ما لم يشر أحد أحكام هذا القانون صراحةً إلى قانون آخر".

والجدير بالذكر بأَنَّ قاعدة خضوع الشروط الموضوعية إلى قانون كل من الزوجين لم تُثر أية صعوبة إذا كان الزوجين من جنسية واحدة، فيطبق قانون جنسيتهما المشتركة إلّا إنَّه تُثار الصعوبة عندما يكون الزوجان أجنبيين وينتمي كل منهما إلى جنسية مختلفة، فهنا ينبغي معرفة المقصود بعبارة (قانون كل من الزوجين)[١]، إذ طُرحت بهذا الصدد طريقتان: الطريقة الأولى تتمثل بالتطبيق الجامع للقانونين، وعلى وفق هذه الطريقة ينبغي توافر الشروط الموضوعية اللازمة لقيام الرابطة الزوجية الصحيحة لدى الزوج في كل من قانونه وقانون زوجته، وكذلك الحال بالنسبة إلى الزوجة ينبغي توافر الشروط المطلوبة لديها طبقًا لقانونها وقانون زوجها. بينما الطريقة الثانية تتجسد بالتطبيق الموزع للقانونين[٢]، طبقًا لهذه الطريقة ينبغي أن يتوافر في الزوج الشروط المطلوبة في قانون دولته، وأن تتوافر في الزوجة الشروط التي يتطلبها قانون دولتها، فيتم تطبيق القانونين تطبيقًا موزعًا من خلال قصر ولاية كل منهما وحمايته على مواطنيه وحَسب. ويبدو أَنَّ الطريقة الثانية هي المعتمدة والراجحة؛ كونها تخدم مصالح العلاقات ذات العنصر الأجنبي ويشجعها، فضلًا عن ذلك تقليل حالات بطلان تلك العلاقات، ولكن هذا لا يعني إهمال الطريقة الأولى بل ينبغي اللجوء إليها كلّما تطلب الأمر إلى ذلك كحالة موانع الزواج، وعليه يجب تطبيق القانونين تطبيقًا جامعًا لتجنب نشوء رابطة زوجية على الرغم من وجود مانع في قانون أحد الزوجين، فمثلًا: قد توجد صلة قرابة لدرجةٍ ما بين الزوجين[٣]. و يؤيد الباحث اتباع الطريقة الثانية أَلا وهي تطبيق الموزع للقانونين للأسباب والمبررات المذكورة إلّا إنَّه ضرورة الأخذ بنظر الاعتبار التطبيق الجامع للقوانين عند وجود حاجة ملحة إلى إعماله.

فيما تقدم يتعلق الأمر بتشريعات الدول التي أخضعت الشروط الموضوعية إلى قانون كل من الزوجين، ولكن هنالك تشريعات دول أخرى تخضع الشروط المذكورة إلى قانون(محل إبرام الزواج)، ومن هذه الدول كالولايات المتحدة الأمريكية؛ لأَنَّ هذه القاعدة تساعد على إبرام عقد الزواج بين مواطني الولايات المتحدة الذين يتنقلون فيما بينها في ظل تراث حضاري، وقانوني مشترك، وإنَّ تطبيق أي قانون آخر، كقانون موطن الزوجية قد يؤدي إلى عرقلة إبرام الزيجات[٤]، وإذ إنَّ المادة (١/٢٨٣) من إعادة الصياغة الثانية أكدت على خضوع صحة الزواج إلى القانون المحلي للولاية[٥].

---

[١] د. مهند أحمد الصانوري، القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة في تنازع القوانين، مصدر سابق، ص١٤٥.

[٢] يبدو أَنَّ المشرع العراقي أخذ بقاعدة التطبيق الموزع للقانونين، بدلالة العبارة الواردة في نص المادة (١/١٩) وهي" قانون كل من الزوجين" وليست العبارة " كلا الزوجين" إلّا إنَّه يجوز للقاضي العراقي الأخذ بالتطبيق الجامع بغية التأكد من موضوع موانع الزواج. د. يونس صلاح الدين علي، القانون الدولي الخاص، دراسة تحليلية في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مصدر سابق، ص٣٢٧.

[٣] د. وفاء مزيد فلحوط، د. ساجر حميد الخابور، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص١٥٥.

[٤] د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص٧٧١.

[5] Symon C. Symeonides: Choice of Law, op.cit., p.554.

ويُلاحظ بأَنَّ المشرع الوطني قد يُقيّد سلطة القاضي من خلال الاستثناءات التي يضعها على القاعدة الأساسية التي تحكم وتنظم الشروط الموضوعية لعقد الزواج، ففي هذا الحال ينبغي على القاضي الوطني أن يتقيَّد بتلك الاستثناءات والالتزام بها، وسنوضح ذلك على وفق التفصيل الآتي:

أ- إذا كان أحد أطراف العلاقة العقدية وطنيًا، فيجب على القاضي الوطني أن يتقيَّد بتطبيق قانون دولته (القانون الوطني) عملًا بالاستثناء الذي جاء به المشرع الوطني على القاعدة الأساسية، وهذا ما أخذ به المشرع العراقي، عندما أخضع الشروط الموضوعية لعقد الزواج إلى قانون كل من الزوجين على وفق نص المادة (١/١٩) سالفة الذكر إلّا إنَّه أورد استثناءً على تلك القاعدة الذي جعل ضرورة تطبيق القانون العراقي عندما يكون أحد أطراف عقد الزواج عراقيًا وقت إبرام الزواج[١]، وهذا ما هو ثابت من خلال أحكام الفقرة (٥) من المادة ذاتها التي نصت على أنَّه: " في الأحوال المنصوص عليها في هذه المادة إذا كان أحد الزوجين عراقيًا وقت انعقاد الزواج يسري القانون العراقي وحده"[٢]. كما أخذ بهذا التقييد القانون المدني المصري النافذ طبقًا لأحكام المادة (١٤)[٣] منه، فيما يخص المشرع التونسي يبدو أَنَّه لم يورد التقييد المشار إليه آنفًا وإنما اكتفى بما جاء في الفصل (٤٥) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي من دون الإشارة إلى كون أحد أطراف العقد يحمل الجنسية التونسية وقت إبرام العقد، ولكن يمكن القول: إنَّ المشرع التونسي قد قيّد سلطة القاضي باتباع ما ورد من أحكام تتعلق بخضوع الشروط الموضوعية لقانون كل من الزوجين[٤]. والموقف ذاته بالنسبة إلى المشرع الفرنسي عندما أكتفى بمضمون المادة (٣/٣) والمادة (١/١٧١) من القانون المدني الفرنسي النافذ[٥]، وكذلك الحال فيما يخص المشرع الأمريكي الذي أخضع الشروط الموضوعية إلى قانون مكان إبرام عقد الزواج[٦].

ب- إذا تعلق الأمر بمخالفة مقتضيات النظام العام الوطني، فينبغي على قاضي النزاع تطبيق قانونه الوطني، ويعد الزواج من أكثر المواد التي يلجأ فيها القاضي إلى إعمال فكرة الدفع بالنظام العام كوسيلة لاستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق، ويتحقق ذلك بصورة واضحة بتطبيق قانون جنسية كل من الزوجين على الشروط الموضوعية لعقد الزواج[٧]. فمثلًا: إذا كان القانون الأجنبي يجيز زواج المرأة المسلمة من رجل غير مسلم، ففي هذا الحال

---

[١] وهذا ما أخذت به محكمة استئناف واسط الاتحادية في قرارها المؤرخ (٢٠١٦/٢/٣) عندما كانت الزوجة تحمل الجنسية العراقية والزوج سوداني الجنسية فطبقت القانون العراقي عملًا بنص المادة (٥/١٩)/ مدني. القرار منشور في مجلة التشريع والقضاء، السنة الثامنة، العدد (٢)، تصدر عن مجلس القضاء الأعلى، ٢٠١٦، ص٢٦٧- ص٢٦٩. أشار إليه : د. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، بعض قرارات القضاء العراقي في المسائل المتعلقة بالقانون الدولي الخاص، ط ١، دار السنهوري، بيروت، لبنان، ٢٠٢٣، ص٦٨.

[٢] أستاذنا. د. حسن علي كاظم، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص٣٠١.

[٣] نصت المادة (١٤) من القانون المدني المصري النافذ على أَنَّه: " في الأحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين إذا كان أحد الزوجين مصريًا وقت انعقاد الزواج يسري القانون المصري وحده، فيما عدا شرط الأهلية للزواج".

[٤] عملًا بأحكام الفصل (٤٥) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي التي أشارت إلى " تخضع الشروط الأصلية للزواج للقانون الشخصي للزوجين كل على حدة".

[٥] نص المادة (٣/٣) من القانون المدني التي قضت بأَنَّ " القوانين المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم تحكم الفرنسيين ولو كانوا مقيمين في دولة أجنبية"

[٦] يُنظر تفضلًا ما ورد في الصفحة السابقة من هذه الرسالة.

[٧] د.أحمد عبد الحميد عشوش، د. عبد الباقي حمدي عبد الباقي، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص٣٧٤.

ينبغي عدم تطبيق هذا الحكم لتصادمه مع أحكام الشريعة الإسلامية التي تحول من دون إبرام هكذا زواج، في حين لوكان القانون الأجنبي لا يجيز تعدد الزوجات[١] وكان الزوج مسلمًا فيجب عدم تطبيق ذلك القانون والسماح بإبرام عقد الزواج الثاني[٢]. وأخذ بهذا التقييد كل من القانون العراقي، والمصري، والتونسي، والفرنسي[٣]، أما بالنسبة إلى القانون الأمريكي فقد أخذ بهذا التقييد من خلال نص المادة (٢/٢٨٣) التي أشارت إلى الاعتراف بالزواج في كل مكان طالما لم ينتهك مقتضيات النظام العام[٤].

ت- فيما يتعلق بأهلية الزواج فلا تخضع إلى القانون الذي يحكم الشروط الموضوعية، وإنما تخضع إلى قانون جنسية الدولة التي ينتمي إليها الزوج بجنسيته، وهذا ما أخذ به المشرع العراقي عملًا بأحكام المادة (١٨) من القانون المدني النافذ التي تعد نصًا خاصًا مقارنةً بأحكام المادة (١/١٩) من القانون ذاته و القاعدة العامة تقضي بأَنَّ النص الخاص يقيد النص العام[٥]، ولاشك أَنَّ القوانين محل المقارنة أخذت بهذا التقييد بل إنَّ المشرع المصري نص صراحة في المادة (١٤) من القانون المدني المصري عدم تطبيق القانون المصري على أهلية الزواج[٦].

وتجدر الإشارة بأَنَّه سبق أن ذكرنا أَنَّ المشرع العراقي لم يحدد الوقت الذي يتم الاعتداد بالجنسية، لذا نقترح على المشرع العراقي تحديد ذلك الوقت للتخلص من موضوع التنازع المتحرك ليكون نص المادة (١/١٩) من القانون المدني العراقي المتعلق بالشروط الموضوعية بالشكل الآتي: (يرجع في الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون كل من الزوجين وقت إبرام عقد الزواج).

نستنتج مما تتقدم بأَنَّ الشروط الموضوعية لعقد الزواج تعد شروطًا مهمة إذ يتوقف عليها إبرام ذلك العقد، وقد أخضعتها الدول اللاتينية إلى قانون كل من الزوجين، بينما الدول الأنجلوأمريكية كالولايات المتحدة الأمريكية أخضعتها إلى قانون محل الإبرام إلّا إنَّ المشرع الوطني قد يورد استثناءات على تلك القاعدة تُقيّد سلطة القاضي

---

[١] تجدر الإشارة بعدم جواز تعدد الزوجات في القانون الفرنسي عملًا بأحكام المادة (١٤٧) من القانون المدني النافذ التي جاء فيها " لا يمكن للمرء أن يتعاقد على زواج ثانٍ قبل حل الأول"، وكذلك الحال بالنسبة إلى القانون التونسي استنادًا إلى ما ورد في الفصل (٤٦) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي الذي نص "...وإذا كان أحد الزوجين من مواطني بلد يسمح بتعدد الزوجات فإن ضابط الحالة المدنية أو عدلي الإشهاد لا يمكن لهم إبرام عقد الزواج إلّا بناءً على شهادة رسمية تثبت أن ذلك الزوج في حل من كل رابطة زوجية أخرى". كذلك هو الحال بالنسبة إلى القانون الأمريكي، بل عدَّ تعدد الزوجات أمرًا مخالفًا للقانون وإنَّه جريمة جناية معاقبًا عليها؛ كونه يشكل ظلمًا للزوجة، وانتهاكًا لحقوقها إلّا إنَّ قانون ولاية (يوتا) في عام (٢٠٢٠) خفف عقوبة تعدد الزوجات وجعلها مقاربة إلى الغرامة المرورية، مقال منشور على شبكة الأنترنت (https://www.almrsal.com)، للكاتب Judy Mallah، بتأريخ (٢٠٢٣/١١/٢٨)، تأريخ زيارة الموقع(٢٠٢٤/٤/٢). في حين نجد الشريعة الإسلامية أجازت ذلك التعدد من خلال الآية الكريمة (٣) من سورة النساء، قوله تعالى : " فَانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً". للمزيد من التفصيل، يُنظر تفضلًا: غسان عشا، الزواج والطلاق وتعدد الزوجات في الإسلام، الأحكام الفقهية وتبريرات الكتّاب المسلمين المعاصرين، دار الساقي، ط ١، بيروت، لبنان، ٢٠٠٤،ص٨٧.

[٢] د. فؤاد عبد المنعم رياض، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص٢٠٩.

[٣] أخذ القانون العراقي بفكرة الدفع بالنظام العام عملًا بأحكام المادة (٣٢) من القانون المدني النافذ التي تقابلها المادة (٢٨) من القانون المدني المصري، والفصل (٣٦) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي، والمادة (٦) من القانون المدني الفرنسي.

[4] Symon C. Symeonides: Choice of Law, op.cit., p.554.

[٥] د. محمد جلال حسن الأتروشي وآخرون، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين- تنازع الاختصاص القضائي الدولي- تنفيذ الأحكام الأجنبية، مصدر سابق،ص١٠٤.

[٦] للمزيد من التفصيل بشأن موضوع الأهلية، يُنظر تفضلًا ما ورد في الصفحة (١٣٦) من هذه الرسالة.

بعدم تطبيق القانون الذي يحكم الشروط الموضوعية، وهذه الاستثناءات تتمثل بكون أحد أطرف العقد وطنيًا أو ما يتعلق بمخالفة متطلبات النظام العام الداخلي أو فيما يخص بالأهلية المطلوبة لصحة الزواج وهذا ما أوضحناه في الصفحات السابقة.

٢- الشروط الشكلية:

إنَّ الشروط الشكلية لعقد الزواج تعد من المستلزمات الأساسية لأثبات حالة انعقاد الرابطة الزوجية التي يقصد بها هي: " تلك الإجراءات التي يتطلبها إظهار الإرادة إلى الخارج، كالإعلان السابق للزواج، والاعتراضات التي يقدمها الغير على إمكانية إجرائه، والسلطة الصالحة لإجرائه، وحضور الشهود[١] ومدى تأثير ذلك على صحة العقد أو إثباته، وكذلك الأوضاع اللازمة لإثبات الزواج"[٢]. والجدير بالذكر أَنَّ المراسيم الدينية تعد من الشروط الشكلية في حال وصف الزواج بأَنَّه عقدًا مدنيًا، في حين تعد تلك المراسيم من الشروط الموضوعية إذا تم وصف الزواج بكونه عقدًا دينيًا، كما هو معمول به لدى الدول المسيحية كاليونان مثلًا[٣]، في حين لا تعد المراسيم المذكورة ضرورية في أحكام الشريعة الإسلامية؛ لأَنَّها تشترط الإعلان والإظهار للناس (الملأ)، والكتابة تكون للأثبات[٤].

إنَّ القاعدة العامة والمعمول بها يتم خضوع الشروط الشكلية لعقد الزواج إلى (قانون الدولة التي يراد عمل الزواج فيها؛ أي: قانون محل إبرام عقد الزواج)[٥]، ولكن ما موقف القانون العراقي والقوانين محل المقارنة من تلك القاعدة؟ يبدو أَنَّ جميع القوانين المذكورة أخذت بالقاعدة المشار إليها أعلاه إلّا إنَّ بعضٍ منها أخذت بها بصفة اختيارية؛ لأَنَّه لم يتم الاعتماد عليها وحَسب، كالقانون العراقي، والقانون المصري، والقانون التونسي، في حين القانون الفرنسي والقانون الأمريكي أخذ بها بصفة الزامية[٦].

---

[١] هناك من يرى بأَنَّ الشهادة تعد شرطًا من الشروط الشكلية؛ لأَنَّها لم تكن جزء من التراضي والغاية منها الإعلان عن الزواج و الشهرة بين الناس، بينما هنالك من يذهب إلى أَنَّ الشهادة تعد من الشروط الشكلية في الفقه الإسلامي على الرغم من ذلك فأنها تكون من شروط الصحة وتخلفها يؤدي إلى جعل الزواج فاسدًا ولا يترتب عليه أية آثار. تبنى الرأي الأول: د. هشام علي صادق، د. عكاشة محمد عبد العال، في حين تبنى الرأي الثاني: د. أحمد عبد الكريم سلامة، أشار إلى ذلك: د. يونس صلاح الدين علي، القانون الدولي الخاص، دراسة تحليلية في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مصدر سابق، ص٣٣١. والجدير بالذكر أَنَّ المشرع العراقي أخذ بالشهادة كشرط من شروط الصحة عملًا بنص المادة (١/٦ د) من قانون الأحوال الشخصية النافذ التي قضت " شهادة شاهدين متمتعين بالأهلية القانونية على عقد الزواج".

[٢] د. سامي بديع منصور، د، أسامة العجوز، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص٢٥٣.

[٣] د. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، أحكام التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص٨٥.

[٤] د. ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن، مصدر سابق، ص٢٩٢.

[٥] وتجدر الإشارة إلى إمكانية إجراء عقد الزواج بين الطرفين أمام الممثل القنصلي، أو الدبلوماسي، فإذا اتحدا الجنسية يتم الزواج أمام قنصل واحد وهو قنصل الدولة التي ينتمون إليها، أما إذا اختلفا الجنسية فيتم الزواج أمام قنصلي دولتهما؛ أي: مرة أمام قنصل دولة الزوج، ومرة أخرى أمام قنصل الزوجة، ويسمى هذا الزواج بـ (الزواج القنصلي). د. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، الجنسية والعلاقات الدولية، مصدر سابق، ص١٧٤.

[٦] يُنظر تفصلًا بهذا الصدد: د. أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص٢٣٨، ص٢٤٠.

إنَّ المشرع العراقي اعتمد على قاعدة خضوع الشروط الشكلية لعقد الزواج إلى قانون محل إبرام العقد[١] استنادًا إلى أحكام المادة (١/١٩) من القانون المدني التي جاء بها: "... أما من حيث الشكل فيعتبر صحيحًا الزواج ما بين أجنبيين أو ما بين أجنبي وعراقي إذا عُقد وفقًا للشكل المقرر في قانون البلد الذي تم فيه، أو إذا روعيت فيه الأشكال التي قررها قانون كل من الزوجين"[٢]، وتجدر الإشارة بأَنَّ محكمة الأحوال الشخصية في النجف الأشرف قامت بتطبيق النص القانوني المذكور من خلال عقد الزواج بين الزوجين إذ كان الرجل يحمل الجنسية العراقية في حين الزوجة كانت تحمل الجنسية الأفغانية[٣]، كما تم عقد الزواج لزوجين كان يحمل كل منهما الجنسية الأفغانية[٤]. بينما المشرع المصري أخذ بالقاعدة المشار إليها آنفًا عملًا بنص المادة (٢٠) من القانون المدني التي تضمنت: " العقود ما بين الأحياء تخضع في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه، ويجوز أيضًا أن تخضع للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية، كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطني المشترك"[٥]، كما أَنَّ المشرع التونسي أعتمد تلك القاعدة من خلال أحكام الفصل (٤٦) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي الذي نص على أَنَّه: " تخضع الشروط الشكلية للزواج للقانون الشخصي المشترك أو لقانون مكان إبرام الزواج"[٦]. أما بالنسبة إلى المشرع الفرنسي أخذ بقاعدة محل الإبرام عندما عدَّ الزواج صحيحًا المبرم في الخارج إذا تم على وفق الشكل المقرر في قانون محل الاحتفال بالزواج استنادًا إلى أحكام المادتين (٤٨)[٧] و(١/١٧١) من القانون المدني الفرنسي [٨]. كما أخذت بالقاعدة المذكورة اتفاقية لاهاي لعام (١٩٠٢) من خلال المادة (٧)[٩].

فيما يخص المشرع الأمريكي يبدو أَنَّه أخذ بالقاعدة المشار إليها أعلاه بالطابع الآمر والمُقيِّد؛ أي: بصورة إلزامية، إذ إنَّ عقد الزواج لم يكن صحيحًا وسليمًا إذا تم إبرامه خلافًا للشكل المقرر في قانون دولة الإبرام، ويبرر

---

[١] يجوز إثبات عقد الزواج من خلال وسائل أو طرق الإثبات المقررة في القانون الذي يحكم الشكل؛ بسبب الصلة الوطيدة بين إبرام العقد وكيفية الإثبات فيتم تطبيق قواعد القانون الذي يحكم الشكل. د. حسن الهداوي، تنازع القوانين وأحكامه في القانون الدولي الخاص العراقي، مصدر سابق، ص١٥٩. كما تجدر الإشارة بأَنَّ المشرع العراقي لم يورد نصًا خاصًا لموضوع إثبات عقد الزواج ضمن قواعد الإسناد المذكورة في القانون المدني النافذ إلّا إنَّه جاء بنص يتعلق بإثبات التصرف القانوني في قانون الإثبات رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ المعدل والمنشور في جريدة الوقائع العراقية (٤٠٣١) بتأريخ (٢٠٠٧/١/١٧) من خلال المادة (١٣/ ١) التي جاء فيها " يسري في شأن أدلة الإثبات قانون الدولة التي تم فيها التصرف القانوني، ومع ذلك يجوز للمحكمة أن تطبق القانون العراقي إذا كان دليل الإثبات فيه أيسر من الدليل الذي يشترطه القانون الأجنبي". ويرى الباحث كان من الأفضل على المشرع العراقي أن يضع نصًا خاصًا يتضمن الإشارة إلى كيفية إثبات عقد الزواج، وعليه نقترح الصيغة الآتية: (يتم إثبات عقد الزواج بالوسائل المقررة في القانون الذي تم الزواج بموجبه من جهة الشكل).

[٢] القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل.

[٣] عقد الزواج ذي العدد (٧/ العرب والأجانب/٢٠٠٦) والمؤرخ في (٢٠٠٦/١٠/٩) الصادر من رئاسة محكمة استئناف النجف الأشرف/ محكمة الأحوال الشخصية في النجف الأشرف. غير منشور.

[٤] عقد الزواج ذي العدد (٨/ العرب والأجانب/٢٠٠٦) الصادر بتأريخ (٢٠٠٦/١٠/١٢) من رئاسة محكمة استئناف النجف الأشرف/ محكمة الأحوال الشخصية في النجف الأشرف. غير منشور.

[٥] القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ المعدل.

[٦] مجلة القانون الدولي الخاص التونسي رقم (٩٧) لسنة ١٩٩٨.

[٧] تضمنت هذه المادة " سيكون أي عمل من أعمال الحالة المدنية للفرنسيين في بلد أجنبي ساري المفعول إذا تم استلامه، وفقا للقوانين الفرنسية من قبل العملاء الدبلوماسيين أو القنصليين..."

[٨] يُنظر تفضلًا بصدد الموضوع: د. عبد الحميد عمر وشاحي، القانون الدولي الخاص في العراق، مصدر سابق، ص٢٤٩. د. هشام خالد، القانون الواجب التطبيق على شكل الزواج، دراسة مقارنة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٦، ص٥٧٣.

[٩] نصت المادة (٧) من الاتفاقية المذكورة أعلاه على أَنَّه: " إنَّ الزواج الذي يكون باطلًا من حيث الشكل في البلد الذي تم فيه الاحتفال، مع ذلك يمكن الاعتراف به على أَنَّه صحيح في البلدان الأخرى إذا تم مراعاة الشكل المنصوص عليه في القانون الوطني لكل من الطرفين".

الفقه الأنجلوأمريكية الطابع الآمر لقاعدة قانون محل الإبرام، بكونه يتماشى مع الاتجاه العام بشأن سريان أو تطبيق قانون الموطن على المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية، إذ إنَّ موطن تكوين الزواج هو محل الإبرام، فمادام قانون محل إبرام العقد يحكم وينظم الشروط الموضوعية لعقد الزواج يكون من الطبيعي أن يحكم ذلك القانون للشروط الشكلية[١].

والتساؤل الذي يُثار، هل الاستثناء المتعلق بالشروط الموضوعية لعقد الزواج يسري على الشروط الشكلية لذلك العقد؟ للإجابة على هذا التساؤل، يمكن القول: إنَّ ما ورد من استثناء بشأن الشروط الموضوعية لا يمكن سريانه على الشروط الشكلية، لأَنَّ نص الفقرة (٥) من المادة (١٩) من القانون المدني العراقي السالفة الذكر تعد نصًا عامًا يقضي بتطبيق القانون العراقي في جميع الحالات التي يكون فيها أحد الزوجين عراقي الجنسية عند إبرام عقد الزواج، ويقيد هذا النص العام بالنص الخاص ألا وهو المتعلق بشكل عقد الزواج والوارد في الفقرة (١) من ذات المادة القانونية المذكورة الذي تضمن "... أما من حيث الشكل فيعتبر صحيحًا الزواج ما بين أجنبيين أو ما بين أجنبي وعراقي إذا عُقد وفقًا للشكل المقرر في قانون البلد الذي تم فيه، أو إذا روعيت فيه الأشكال التي قررها قانون كل من الزوجين"، فيتضح من ذلك أَنَّ المشرع العراقي أجاز إبرام عقد الزواج طبقًا للشكل المقرر في قانون الدولة التي تم فيها على الرغم من أَنَّ أحد أطراف العقد عراقيًا، وعليه فأَنَّ نص الفقرة (٥) تُقيّد جميع ما ورد في الفقرات السابقة لها من المادة (١٩) باستثناء العبارة المتعلقة بموضوع الشروط الشكلية[٢]. ويعتقد الباحث الباحث كان من الأفضل وضع النص المتعلق بالشروط الشكلية لعقد الزواج بمادة قانونية منفصلة تجنبًا للإشكالات التي حصلت بشأن الفقرة (٥) من المادة (١٩) من القانون المدني العراقي، والجدير بالملاحظة نجد بأَنَّه ما ذكر أعلاه من الممكن تطبيقه بشأن ما ورد في المادتين (١٢) و(٢٠) من القانون المدني المصري النافذ المذكورتين سابقًا. ويمكن القول: إنَّ المشرع العراقي جاء بصورة عامة بتقييد من خلاله قيّد سلطة القاضي باتباعه في جميع العقود ألا وهو ما تضمنه نص المادة (٢٦) من القانون المدني الذي نص على أَنَّه: " تخضع العقود في شكلها لقانون الدولة التي تمت فيها". فيما يخص المشرع المصري والمشرع التونسي قيّدا سلطة القاضي باتباع ما ورد بالمادة (٢٠) من القانون المصري، والفصل (٤٦) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي بشأن تطبيق القانون الذي يحكم الشروط الشكلية على الرغم من كون هذين النصين كانا بالصيغة الاختيارية وليست بالصيغة الإلزامية، وهذا خلاف المشرع الفرنسي والأمريكي الذي جعل القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية لعقد الزواج بالصيغة الإلزامية وذات طابع آمر التي أخضع تلك الشروط إلى قانون محل إبرام الزواج، وبذلك فأَنَّ كل من

---

[١] يُنظر تفضلًا بصدد هذا الموضوع كل من: د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص٧٨٨. د. عزالدين عبد الله، القانون الدولي الخاص المصري، ج ٢ في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، مصدر سابق، ص١٩٥. د. علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، مصدر سابق، ص٧٠.

[٢] د. غالب علي الداودي، د. حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مصدر سابق، ص١٠٩. د. أياد مطشر صيهود، فلسفة تنازع الاختصاص التشريعي في مسائل الأحوال الشخصية، ط ١، شركة ناس للطباعة، القاهرة، ٢٠٢٠، ص١٠٣.

المشرع الفرنسي والأمريكي قيّدا سلطة القاضي بضرورة الأخذ بنظر الاعتبار تلك القاعدة والالتزام باتباعها والدفع بها؛ كونها تتعلق بمسائل الأحوال الشخصية التي تعد من النظام العام[١].

٣- آثار الزواج:

إنَّ استكمال عقد الزواج للشروط الموضوعية والشكلية التي يتطلبها القانون يصبح الزواج صحيحًا ونافذًا، وسوف تترتب عليه آثار، وتتمثل هذه الآثار بالشخصية والمالية[٢]، وسنتناولها على وفق الآتي:

أ- الآثار الشخصية للزواج:

يقصد بالآثار الشخصية للزواج هي: تلك الآثار التي تتعلق بالزوجين ونظام الأسرة التي تتمثل بالحقوق والالتزامات المتبادلة بين الزوجين، مثل: (المساكنة، وحسن المعاشرة، والإخلاص، وعدة الوفاة، وسلطة الزوج على زوجته)، وغيرها من الحقوق والسلطات التي يتمتع بها كل من الزوجين بغية تنظيم الحياة الأسرية واستمرارها[٣].

ب- الأثار المالية للزواج:

يُطلق على الآثار المالية للزواج بـ (النظام المالي للزوجين) التي تتجسد بأنَّها: " مجموعة من القواعد القانونية أو المتفق عليها بين الزوجين التي تقتضي بيان الحقوق والالتزامات لكل منهما (الزوجين) فيما يتعلق بملكية أموالهما وإيرادات هذه الأموال وإدارتها والانتفاع بها، والديون التي تحصل قبل الزواج وخلاله (إثناءه) وبعد انحلال الرابطة الزوجية، وتسوية الحقوق لكل من الزوجين بعد انقضاء الزواج"[٤]. وهذا النظام (النظام المالي للزوجين)، قد يكون نظامًا اتفاقيًا إذ يتفق أطراف عقد الزواج عليه، ويسمى بـ (مشارطة الزواج)، وقد يكون نظام قانوني يتولى القانون تنظيمه بغية تطبيقه بين أطراف العقد في حال عدم وجود النظام الاتفاقي ويطلق على هذا النظام بـ (النظام المالي القانوني)[٥].

---

[١] يُنظر تفضلًا ما ورد بشأن هذا الموضوع في الصفحة السابقة.
[٢] د. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، الجنسية والعلاقات الدولية، مصدر سابق، ص١٨٠.
[٣] د. فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مصدر سابق،ص٢٣٢.
[٤] د. هشام خالد، القانون الدولي الخاص، النظرية العامة- النظرية العامة للجنسية- الجنسية المصرية- مركز الأجانب- تنازع القوانين- تنازع الاختصاص القضائي الدولي- تنفيذ الأحكام الأجنبية، مصدر سابق، ص٨٠٧.
[٥] د. أشرف وفا محمد، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين- تنازع الاختصاص القضائي الدولي- آثار الأحكام الأجنبية، مصدر سابق ص٢٧١.

ويُلاحظ أَنَّ النظام المالي للزوجين عرفته بعض القوانين الأجنبية كالقانون الفرنسي، والقانون الأمريكي[١]، في حين الشريعة الإسلامية لا تعرف النظام المشار إليه أعلاه؛ كونها تمنح كل زوج الحق والحرية في التملك، وفي إدارة أمواله والانتفاع بها، والتصرف فيها، وبناءً على ذلك تكون الذمة المالية لكل زوج منفصلة عن الذمة المالية للزوج الآخر[٢].

والتساؤل الذي يُطرح، هل أَنَّ آثار الزواج[٣] بنوعيها المشار إليها آنفًا تخضع لقانونٍ واحد، أو يخضع كل نوع منها إلى قانون معين؟ للإجابة على هذا التساؤل يمكن القول: إنَّ تشريعات الدول المختلفة لم تتفق على قانون معين(واحد)؛ بغية تطبيقه على آثار الزواج، فبعض التشريعات أخذت بالقاعدة الوحدانية للقانون الذي يُطَبَّق على جميع آثار الزواج من دون التمييز بين الآثار الشخصية والآثار المالية، بينما التشريعات الأخرى اعتمدت قاعدة التعددية (الازدواجية) إذ يوجد هنالك قانون ينظم الآثار الشخصية، وقانون آخر ينظم الآثار المالية[٤].

إنَّ القاعدة الوحدانية أعتمدها المشرع العراقي والمشرع المصري، فالمشرع العراقي أخضع جميع الآثار المترتبة على الزواج (الشخصية والمالية)[٥] إلى قانون جنسية الزوج وقت إبرام عقد الزواج، إذ عَدّ الآثار المالية من الأحوال الشخصية، وهذا ثابت من خلال ما جاء في نص المادة (١٩) بفقرتها الثانية من القانون المدني التي نصت على أَنَّه: " ... ويسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار التي يرتبها عقد الزواج بما في ذلك من اثر بالنسبة للمال" وذات الموقف بالنسبة إلى المشرع المصري الذي أخذ بالقاعدة المذكورة أعلاه وفقًا لأحكام المادة (١٣/ ١)[٦] من القانون المدني المصري النافذ التي تقابل المادة (٢/١٩) من القانون

---

[١] والجدير بالذكر توجد أربعة أنواع من النظم المالية للزواج، وهي كالآتي: ١- نظام اشتراك الأموال الذي ينقسم إلى ثلاث طوائف (الأموال المشتركة وتكون ملكًا للزوجين، والأموال الخاصة بالزوج والأموال الخاصة بالزوجة والانتفاع مناصفة، وللزوج إدارة جميع الأموال المشتركة منها والخاصة مع اختلاف سلطته حسب نوعها). ٢- نظام عدم الاشتراك في الأموال: يختلف عن النظام السابق من جهة كونه لا يتضمن الأموال المشركة. ٣- نظام انفصال الأموال: بموجب هذا النظام يحتفظ كل من الزوجين بأمواله وله حق الانتفاع بها وإدارتها. ٤- نظام الدوطة وفقًا لهذا النظام تقوم الزوجة بتقديم بعض الأموال إلى زوجها على سبيل الدوطة، والزوج يتولى إدارة هذه الأموال والإنفاق منها على العائلة من دون أن يكون له حق التصرف بها. أشار إلى هذه النظم المالية: د. عبد السند يمامه، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، مصدر سابق، ص٢٠٣. د. عبد الحميد عمر وشاحي، القانون الدولي الخاص في العراق، مصدر سابق، ص٢٥٣.

[٢] د. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، الجنسية والموطن ومعاملة الأجانب والتنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية، مصدر سابق، ص٨٥٩.

[٣] وتجدر الإشارة بأَنَّ أهلية الزوجة لإجراء التصرفات القانونية تعد أثرًا من آثار الزواج فتخضع إلى قانون الزوج وقت انعقاد الزواج. د. جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص٢٩٤. أما بالنسبة إلى العقود التي يتم إبرامها بين الزوجين، وجدت بهذا الصدد اتجاهين، فالاتجاه الأول: ذهب إلى إخضاعها إلى قانون الإرادة، في حين الاتجاه الثاني: أخضع تلك العقود إلى قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج بغية حماية نظام الزواج؛ لذلك يتطلب الأمر ضرورة خضوع هذه العقود إلى القانون الذي يحكم وينظم آثار الزواج إلّا إنَّ هذا الاتجاه استثنى عقد الهبة الذي يتم بين الزوجين وإخضاعه إلى القانون الذي يحكم الميراث، وهذا هو الاتجاه الراجح. د. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، الجنسية والعلاقات الدولية، مصدر سابق، ص١٨٧. ويؤيد الباحث هذا الاتجاه؛ لأَنَّ العقود التي تبرم بين الزوجين في الأغلب تراعى فيها العلاقة الزوجية فلذلك يكون من الضروري وصفها من آثار الزواج وإخضاعها إلى القانون الذي يحكم تلك الآثار ألا وهو قانون جنسية الزوج وقت أبرام عقد الزواج.

[٤] د. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، ج ٢، التنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية، مصدر سابق، ص٣٥١.

[٥] هنالك من يطلق على هذه الآثار بالآثار الإيجابية تمييزًا عن الآثار السلبية التي تتمثل بالجزاءات المترتبة على مخالفة بند من بنود عقد الزواج الزواج كالخيانة الزوجية. يُنظر تفضلًا بهذا الصدد: د. سامي بديع منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، تقنية وحلول النزاعات الدولية الخاصة، مصدر سابق، ص٣٩٨، ص٤٠٢.

[٦] نصت هذه المادة على أَنَّه: " يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار التي يرتبها عقد الزواج بما في ذلك من أثر بالنسبة إلى المال".

المدني العراقي[١]. وتجدر الإشارة بأَنَّ سبب ترجيح قانون جنسية الزوج يعود إلى كونه رب الأسرة وله السلطة على الزوجة، وتقع على عاتقه معظم الالتزامات وأعباء الأسرة، والوقت الذي يُعتمد عليه في تحديد قانون الزوج هو وقت إبرام الزواج، وبناءً على ذلك فإذا غير الزوج جنسيته بعد الزواج فيبقى قانون جنسية الزوج محتفظًا باختصاصه والواجب التطبيق على الآثار الزوجية على الرغم من تغيير الجنسية[٢]، وحسنًا فعل المشرع العراقي عندما حدد وقت الاعتداد بجنسية الزوج تجنبًا لحصول التنازع المتغير، وإذ إنَّ محكمة التمييز قضت " إذا تبين أَنَّ أحد الزوجين عراقي وجب تطبيق القانون العراقي بصورة مطلقة"[٣].

أما بالنسبة إلى المشرع التونسي، والمشرع الفرنسي، والمشرع الأمريكي فقد اعتمدوا على قاعد الازدواجية بشأن آثار الزواج، إذ أخضع المشرع التونسي الآثار الشخصية إلى القانون الشخصي المشترك للزوجين، فإذا كانا الزوجان مختلفي الجنسية فيكون القانون الواجب التطبيق هو آخر مقر مشترك للزوجين، وإن تعذر القانونين المذكورين فيطبق قانون دولة القاضي. وهذا ما جاء في نص الفصل (٤٧) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي[٤]. في حين عَدَّ الآثار المالية للزواج من الأحوال العينية فأخضعها إلى قانون الإرادة[٥]؛ أي: إلى القانون القانون الذي يتم اختياره من قبل الزوجين، وفي حال عدم اختيارهما للقانون الذي يحكم النظام المالي، أو لم يستطيع كل منهما إثبات الاتفاق على اختيار ذلك القانون، أو عجزا عن إثبات مضمون القانون المتفق عليه، فيتم تطبيق الأحكام الواردة في الفصل (٤٨) من مجلة القانون الدولي الخاص النافذة الذي يقضي " يخضع النظام المالي للزوجية للقانون الشخصي المشترك إذا كان الزوجان من جنسية واحدة عند انعقاد الزواج وعند اختلاف الجنسية يخضع النظام المالي للزوجية لقانون أول مقر مشترك إن وجد وإلّا فلقانون مكان إبرام عقد الزواج"[٦].

بينما أخضع المشرع الفرنسي الآثار الشخصية إلى قانون جنسية الزوجين المشتركة، فإذا اختلفت جنسيتهما فيطبق قانون دولة الموطن المشترك للزوجين، وإنَّ اختلفا موطنًا، فيتم تطبيق القانون الفرنسي، وهذه القاعدة

---

[١] يُنظر تفضلًا بصدد هذا الموضوع كل من: د. عبد الواحد كرم، الأحوال الشخصية في القانون الدولي الخاص العراقي، مصدر سابق، ص٣١. د. جابر إبراهيم الراوي، القانون الدولي الخاص في الجنسية، مطبعة دار السلام، بغداد، ١٩٧٧، ص٩٢. د. رجائي حسين الشتيوي، القانون الدولي الخاص، الكتاب الثاني، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص٣٣٤.

[٢] د. محمد جلال حسن الأتروشي وآخرون، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين- تنازع الاختصاص القضائي الدولي- تنفيذ الأحكام الأجنبية، مصدر سابق،ص١٠٩.

[٣] قرار محكمة تمييز العراق رقم (٥٤/ شخصية / ١٩٦٢) الصادر بتأريخ (١٩٦٢/١٠/٣) أشار إليه: د. حسن الهداوي، تنازع القوانين وأحكامه في القانون الدولي الخاص العراقي، مصدر سابق، ص١٦١.

[٤] ينص الفصل (٤٧) من مجلة القانون الدولي الخاص النافذة على أَنَّه: " تخضع واجبات الزوجين للقانون الشخصي المشترك، وإذا لم يكن الزوجان من جنسية واحدة يكون القانون المنطبق هو قانون آخر مقر مشترك لهما وإلّا فقانون المحكمة".

[٥] وتجدر الإشارة بأَنَّ اتفاقية لاهاي لعام (١٩٧٨) المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على أنظمة الملكية الزوجية أخضعت النظام المالي للزوجين للزوجين إلى القانون الذي يتم تحديده بإرادة الزوجين، عملًا بنص المادة (٣) التي نصت على أَنَّه: " يحكم نظام الملكية الزوجية القانون الداخلي المحدد من قبل الزوجين قبل الزواج"، كما نصت المادة (١١) من الاتفاقية ذاتها على أَنَّه: " تحديد القانون الواجب التطبيق يجب أن يكون بتعاقد خاص، أو ينشأ بتضمينه كفقرة في مشارطة الزواج". يُنظر تفضلًا: د. رعد مقداد محمود، تنازع القوانين في النظام المالي للزوجين، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠٠٩، ص١٩٩.

[٦] القاضي مبروك بنموس، شرح المجلة التونسية للقانون الدولي الخاص، مصدر سابق،ص٤٢٦.

مستمدة من نص المادة (٣١٠) من القانون المدني الفرنسي التي أصبحت المادة (٣٠٩)[١] بموجب الأمر الصادر بتأريخ (٢٠٠٥/٧/٤)، بينما أخضع الأثار المالية إلى قانون الإرادة[٢]. فيما يخص المشرع الأمريكي فقد أخضع الأثار الشخصية إلى قانون محل الإقامة[٣] أما بالنسبة إلى الآثار المالية فإنَّ النظم القانونية الأنجلوأمريكية ومن ضمنها الولايات المتحدة الأمريكية على الرغم من وجود نظام انفصال الأموال للزوجين إلّا إنَّها تقرر بجواز اتفاق الزوجين على نظام مالي معين واختيار القانون الواجب التطبيق عليه، وعند عدم وجود الاختيار كان القانون الواجب على النظام المالي هو قانون موطن الزوجية[٤]، وعلى ما يبدو أَنّ المشرع الأمريكي أخضع الآثار المتعلقة بالعقار إلى قانون موقعه، والآثار المتعلقة بالمنقول إلى قانون موطن الزوجية[٥].

ويلاحظ أَنَّ القانونين العراقي و المصري اعتمدا على القاعدة الوحدانية بشأن الآثار الزوجية أَلا وهي تطبيق قانون جنسية الزوج وقت الزواج على جميع آثار الزواج بنوعيها الشخصية والمالية فإنَّ هذين القانونين تضمنا استثناءات على تلك القاعدة من شأنها تُقيّد سلطة القاضي بغية اتباعها والدفع بالنظام العام، وهي على وفق التفصيل الآتي:

١- إذا كان أحد الزوجين وطنيًا وقت انعقاد الزواج، فبناءً على ذلك إذا كان أحد الزوجين يحمل الجنسية العراقية فينبغي تطبيق القانون العراقي وحده واستبعاد قانون الزوج وقت إبرام الزواج عملًا بالاستثناء الوارد في أحكام المادة (٥/١٩) من القانون المدني العراقي سالفة الذكر، كما متبع ذلك في القانون المدني المصري النافذ استنادًا إلى أحكام المادة (١٤)[٦].

٢- إذا كان قانون جنسية الزوج وقت إبرام الزواج مخالفًا لمتطلبات النظام العام في دولة القاضي، فينبغي استبعاد ذلك القانون وتطبيق قانون قاضي النزاع فمثلًا: إذا كان القانون المختص على النفقة الزوجية[٧] يوجب التزامات أقل من الحد الأدنى الذي يقرره قانون دولة قاضي النزاع، فإنَّ ذلك يصطدم مع مقتضيات النظام العام، فينبغي على القاضي استبعاد القانون الواجب التطبيق وإحلال قانون دولته محله[٨]، وهذا ما أخذ به المشرع العراقي عملًا

---

[١] نصت المادة (٣٠٩) من القانون المدني الفرنسي النافذ على أَنَّه: " يخضع التطليق والانفصال الجسدي للقانون الفرنسي: عندما يكون كلاهما فرنسيين، عندما يكون لكل من الزوجين موطن في الأراضي الفرنسية، عندما لا يتم الاعتراف بأي قانون أجنبي على أَنَّه مختص، بينما تكون المحاكم الفرنسية مختصة في دعوى الطلاق أو الانفصال".

[٢] : د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص٨٠٧ . د. سامي بديع منصور وآخرون، القانون الدولي الخاص، تنازع الاختصاص التشريعي، مصدر سابق، ص٤٧٨. د. نوال صاري، الأحوال الشخصية للجزائريين أمام القضاء الفرنسي، بحث منشور في المجلة المتوسطية للقانون والاقتصاد، المجلد (٢)، العدد (٢)، ٢٠١٧، الجزائر، ص٢٩٩.

[٣] د. عزالدين عبد الله، القانون الدولي الخاص المصري، ج ٢ في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، مصدر سابق، ص٢١٢.

[٤] د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص٨٠٧.

[٥] د. عزالدين عبد الله، القانون الدولي الخاص المصري، ج ٢ في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، المصدر نفسه، ص٢١٢.

[٦] د. يونس صلاح الدين علي، القانون الدولي الخاص، دراسة تحليلية في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مصدر سابق، ص٣٣٥. د. محمد السيد عرفة، الوجيز في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص٢١٠.

[٧] سنتناول موضوع النفقة الزوجية في المبحث الثاني.

[٨] د. جابر جاد عبد الرحمن، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص٣٢٤.

عملًا بنص المادة (٣٢) من القانون المدني، وكذلك المشرع المصري اعتمد ذلك بموجب المادة (٢٨) من القانون المدني.

٣- إذا كان موضوع النزاع يتعلق بمال، فإذا كان المال عقارًا فيخضع إلى قانون محل العقار بموجب المادة (٢/٢٥)[١] من القانون المدني العراقي النافذ المعدل، أما إذا كان المال منقولًا فيتم تطبيق قانون محل وجود المال وقت وقوع التصرف أو الأمر عملًا بأحكام المادة (٢٤)[٢] من القانون المدني العراقي النافذ المعدل[٣]. ويقابل تلك تلك المادتين أحكام المادة (١٨) من القانون المدني المصري[٤].

أما بالنسبة إلى المشرع التونسي والمشرع الفرنسي والمشرع الأمريكي فقد قيّدوا سلطة القاضي بضرورة اتباع القوانين المحددة بشأن آثار الزواج فيما يخص الآثار الشخصية والآثار المالية كما موضح سابقًا[٥].

الفرع الثاني

المسائل المترتبة على الزواج

سنبحث في المسائل المترتبة على الزواج والمتمثلة بمسائل البنوة وانقضاء الزواج من خلال هذا الفرع وعلى وفق التفصيل الآتي:

أولًا - مسائل البنوة.

إنَّ القصد الأساسي من الزواج يتمثل بالتناسل، فلا توجد الأبوة والأمومة إلّا بالبنوة، ولا توجد البنوة إلّا بوجود الأبوة والأمومة، وبناءً على ذلك تكون العلاقة فيما بينهما هي علاقة عكسية، فالرابطة بين الأبوين والأولاد تعتمد على أساس النسب، وهذا يمثل نظام شرعي بتفرع الأولاد من الوالدين يؤدي إلى ترتب الحقوق والواجبات المتبادلة بينهم، كالاعتراف بالبنوة، والسلطة الأبوية، والواجبات المتعلقة بالتربية والتعليم والتوجيه، والبنوة قد تكون بنوة شرعية، وقد تكون بنوة طبيعية؛ أي: غير شرعية، فضلًا عن ذلك قد تكون بنوة التبني[٦].

---

[١] نصت الفقرة الثانية من المادة(٢٥) من القانون المدني العراقي على أَنَّه: " قانون موقع العقار هو الذي يسري على العقود التي أبرمت بشأنه".

[٢] جاء في هذه المادة "... ويسري بالنسبة للمنقول قانون الدولة التي يوجد فيها هذا المنقول وقت وقوع الأمر الذي ترتب عليه كسب الحق أو فقده".

[٣] أستاذنا. د. حسن علي كاظم، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص٣٠٤.

[٤] تنص المادة (١٨) من القانون المدني المصري النافذ على أَنَّه: " يسري على الحيازة والملكية والحقوق العينية الأخرى، قانون الموقع فيما يختص بالعقار، ويسري بالنسبة إلى المنقول، قانون الجهة التي يوجد فيها هذا المنقول وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى أو فقدها".

[٥] يُنظر تفضلًا ما ورد في الصفحة (١٥٩) من هذه الرسالة.

[٦] د. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، ج ٢، التنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية، مصدر سابق، ص٣٧٣.

فالبنوة الشرعية يقصد بها: " نسبة الولد لأبويه متى ما كان هناك عقد زواج بينهما"[١]. بينما يقصد بالبنوة غير الشرعية: " هو انتساب الولد لأحد والديه من دون أن تقوم بين الوالدين رابطة الزوجية"[٢]. أما بالنسبة إلى بنوة التبني فقد تم تعريفها بأَنَّها: " تصرف قانوني مقتضاه أن يتخذ الشخص ولد غيره المعروف أو المجهول نسبه كولده ونسبته إليه وإعطائه كل حقوق الولد الشرعي رغم عدم وجود صلة دم بينهما[٣].

فالأصل أن تكون البنوة بنوة شرعية ناشئة عن زواجٍ صحيح إذ يتم انتساب الولد إلى والديه، ومن المعمول به خضوع هذه البنوة إلى قانون الجنسية بوصفها من الأحوال الشخصية، وعليه إذا أتحدت جنسية الأبن مع جنسية أحد الأبوين الذي يراد الانتساب إليه سواء كان الأب أم الأم، ففي هذا الحال لا توجد صعوبة؛ لأَنَّ قاضي النزاع سيقوم بتطبيق (قانون الجنسية المشتركة بينهما)[٤]. إلّا إنَّه تظهر الصعوبة عند اختلاف الجنسية بين الولد والمراد الانتساب إليه من الأبوين، فطُرحت آراء بهذا الصدد، هنالك من يرى تطبيق (قانون جنسية الأب وقت النزاع)؛ كون البنوة من آثار الزواج وثبوتها يرتبط بمصلحة العائلة (الأسرة)، في حين هنالك من أخذ بسريان (قانون جنسية الأبن وقت النزاع)؛ لأَنَّ البنوة تحقق مصلحة للولد، بينما الرأي السائد والمعمول به في هذا الصدد تطبيق القانون الشخصي للأب[٥]. والتساؤل الذي يُطرح ما موقف القانون العراقي والقوانين محل المقارنة من القانون الواجب التطبيق على البنوة الشرعية؟ للإجابة على هذا التساؤل سنتطرق إلى موقف القانون العراقي وقوانين الدول محل المقارنة على وفق التفصيل الآتي:

إنَّ المشرع العراقي أخضع المسائل المتعلقة بالنبوة الشرعية[٦] إلى قانون جنسية الأب من خلال قاعدة الإسناد الإسناد الواردة في نص المادة (٤/١٩) من القانون المدني النافذ التي قضت: " المسائل الخاصة بالبنوة الشرعية والولاية وسائر الواجبات ما بين الآباء والأولاد يسري عليها قانون الأب"[٧]. وما يؤخذ على هذا النص بأَنَّه لم يتضمن وقت الاعتداد بقانون جنسية الأب، فهنالك من ذهب إلى الاعتداد بجنسية الأب في وقت ولادة الولد؛ لأَنَّ

---

[١] د. إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، ج ٢، تنازع القوانين، ١٩٩٤، مصدر سابق، ص١٧٦.
[٢] د. علي خليل إسماعيل الحديثي، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص١٩٢.
[٣] د. أشرف عبد العليم الرفاعي، التبني الدولي ومبدأ احترام مصلحة الطفل، دراسة مقارنة، ط ١، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١١، ص١٩.
[٤] د. محمد السيد عرفة، الوجيز في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص١٩١.
[٥] أشار إلى هذه الآراء: د. غالب علي الداودي، د. حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مصدر سابق، ص١١٥.
[٦] والجدير بالذكر أَنَّ المشرع العراقي تناول موضوع البنوة (النسب) في قانون الأحوال الشخصية النافذ، إذ نصت المادة (٥١) على أَنَّه: " ينسب ولد الزوجة إلى زوجها بالشرطين التاليين : ١- أن يمضي على عقد الزواج أقل مدة الحمل. ٢- أن يكون التلاقي بين الزوجين ممكنًا". كما نصت المادة (٥٢) على أَنَّه: " الإقرار بالبنوة - ولو في مرض الموت - لمجهول النسب يثبت به نسب المقر له إذا كان يولد مثله لمثله . ٢- إذا كان المقر امرأة متزوجة أو معتدة فلا يثبت نسب الولد من زوجها إلّا بتصديقه أو بالبينة ". كذلك المادة (٥٣) إلى أَنَّ " إقرار مجهول النسب بالأبوة أو بالأمومة يثبت به النسب إذا صدق المقر له وكان يولد مثله لمثله "، بينما قضت المادة (٥٤) على أَنَّه: " الإقرار بالنسب في غير البنوة والأبوة والأمومة لا يسري على غير المقر إلّا بتصديقه".
[٧] اعتمدت ذلك محكمة الأحوال الشخصية في النجف الأشرف في قرارها ذي العدد (٣٢١٨/س٢٠٠٩/٣٨) والصادر بتأريخ (٢٠٠٩/٦/١٤) الذي جاء فيه: " إنَّ البنوة تخضع إلى قانون الأب المادة (٤/١٩)/ مدني، و الزواج يخضع إلى قانون جنسية الزوجين المادة (١/١٩)/ مدني، وحيث إنَّ الزوجين عراقيين، فإنَّ دعوى تصديق الزواج وإثبات النسب تخضع للقانون العراقي". أشار إليه: د. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، بعض قرارات القضاء العراقي في المسائل المتعلقة بالقانون الدولي الخاص، مصدر سابق،ص٦٨.

هذا الأخير يظهر إلى حيز الوجود واكتسابه للحقوق اعتبارًا من هذا الوقت[١]، وقد وجِّه انتقاد إلى هذا الرأي؛ لأنَّه يؤدي إلى تغيير القانون الواجب التطبيق على البنوة الشرعية بالنسبة إلى الأولاد عند قيام الأب بتغيير جنسيته، بينما هنالك من أخذ بقانون جنسية الأب وقت انعقاد الزواج؛ كون البنوة الشرعية تعد أثرًا من آثار الزواج، والمنطق السليم يتطلب الاعتداد بقانون واحد وأقرب قانون يكون بهذا الموضوع هو قانون جنسية الأب وقت إبرام الزواج[٢]. ويرى الباحث من الممكن الأخذ بالرأي الثاني للأسباب المذكورة فضلًا عن ذلك التخلص من تغيير القانون الواجب التطبيق فيما لو قام الأب بتغيير جنسيته بعد الزواج وتم الاعتداد بجنسية الأب وقت الميلاد أو وقت رفع الدعوى، ولمّا كانت البنوة الشرعية (النسب) تعد من آثار الزواج كان الأفضل الأخذ بقانون جنسية الأب وقت انعقاد الزواج، وتجنبًا للاجتهادات الفقهية بشأن هذا الموضوع، نقترح على المشرع العراقي ضرورة تعديل نص الفقرة (٤) من المادة (١٩) من القانون المدني لتكون بالصيغة الآتية: (المسائل الخاصة بالبنوة الشرعية والولاية وسائر الواجبات ما بين الآباء والأولاد يسري عليها قانون الأب وقت إبرام عقد الزواج).

أما بالنسبة إلى المشرع المصري، فإنَّه لم يضع قاعدة إسناد تعالج موضوع البنوة الشرعية[٣]؛ لذلك اختلف الفقه المصري بشأن القانون الواجب التطبيق على البنوة الشرعية، فمن[٤] أخضعها إلى قانون جنسية المراد الانتساب إليه (الأب أو الأم)، ويستند انصار هذا الرأي إلى أحكام المادة (٩٥٠) من قانون المرافعات المصري الصادر في عام (١٩٤٩) التي نصت على أنَّه: " ترفع الدعوى بإثبات النسب وفقًا للأحكام والشروط وفي المواعيد التي ينص عليها قانون بلد من يطلب الانتساب إليه من الوالدين. وتتبع في إثباتها القواعد التي يقررها القانون المذكور"، ويبدو أَنَّ الرأي الراجح عند الفقه المصري بإخضاع البنوة الشرعية إلى قانون جنسية الأب إلّا إنَّه هنالك من أخذ بقانون جنسية الأب وقت الميلاد[٥]، بينما هنالك من اعتمد على قانون جنسية الأب وقت الزواج[٦].

الزواج[٦].

بينما عالج المشرع التونسي موضوع البنوة الشرعية من خلال أحكام الفصل (٥٢) من مجلة القانون الدولي الخاص الذي نص على أَنَّه: " يُطَبّق القاضي القانون الأفضل لإثبات بنوة الطفل من بين: القانون الشخصي

---

[١] د. عبد الحميد عمر وشاحي، القانون الدولي الخاص في العراق، مصدر سابق، ص٢٦٣.

[٢] د. حسن الهداوي، تنازع القوانين وأحكامه في القانون الدولي الخاص العراقي، مصدر سابق، ص١٦٥. د. جابر إبراهيم الراوي، أحكام تنازع القوانين في القانون العراقي، مصدر سابق، ص٩٩.

[٣] د. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، الجنسية والموطن ومعاملة الأجانب والتنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية، مصدر سابق، ص٨٨٢. وتجدر الإشارة بأَنَّ مشروع القانون المدني المصري كان يحتوي على نص قانوني يتناول موضوع البنوة الشرعية وهو نص المادة (٣١) التي قضت على أَنَّه: " يسري قانون الأب على المسائل الخاصة بالبنوة الشرعية وتثبيت النسب بالزواج والاعتراف بالبنوة وإنكارها" إلّا إنَّ القانون المدني صدر خاليًا من هذا النص. أشار إلى ذلك: د. فؤاد عبد المنعم رياض، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص٢٤٦.

[٤] . د. منصور مصطفى منصور، مذكرات في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص٢٣٦. د. إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ٢٠٠٢، مصدر سابق، ص٢٦٧.

[٥] د. عزالدين عبد الله، القانون الدولي الخاص المصري، ج ٢ في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين ص ٢٣٥.

[٦] د. جابر جاد عبد الرحمن، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص٣٢٤. د. أحمد عبد الكريم سلامة، التنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية، مصدر سابق، ص٢٩٩. د. فؤاد عبد المنعم رياض، د. سامية راشد، الوجيز في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، مصدر سابق، ص٢٣٣.

للمطلوب أو قانون مقره، أوالقانون الشخصي للطفل أو قانون مقره. وتخضع المنازعة في البنوة للقانون الذي نشأت بمقتضاه"، يتضح من ذلك النص أَنَّ المشرع التونسي أخضع البنوة الشرعية إلى القانون الأفضل سواء كان القانون الشخصي أم قانون المقر للمطلوب الانتساب إليه أو للطفل إلّا إنَّه لم يحدد الوقت الذي يعتمد عليه لإعمال قاعدة الإسناد المذكورة أعلاه، ويبدو أَنَّ الفقه التونسي أخذ بالقانون الشخصي أو المقر المتوافران في يوم ولادة الطفل؛ كون النسب حالة قانونية تقع منذ ذلك الوقت، فضلًا عن ذلك أَنَّ المشرع يهدف إلى تحقيق الحماية اللازمة للطفل من خلال إثبات النسب[١].

فيما يخص المشرع الفرنسي أخضع البنوة الشرعية إلى قانون جنسية الأم استنادًا إلى ما ورد في المادة (٣١١/ ١٤) من القانون المدني النافذ التي نصت على أَنَّه: " تُنظَّم البنوة بالقانون الشخصي للأم يوم ولادة الطفل، فإذا لم تُعرف الأم فبموجب القانون الشخصي للطفل"[٢].

في حين أخضع المشرع الأمريكي البنوة الشرعية إلى القانون الشخصي للأب أَلا وهو قانون الموطن للأب وقت ميلاد الولد؛ كونه ربُّ الأسرة، فضلًا عن ذلك أَنَّ هذا القانون يضمن تحديد القانون الواجب التطبيق في حال تعدد الأولاد[٣].

لمّا كانت البنوة الشرعية هي الأصل للاعتراف بالنسب إلى الولد، فالبنوة الطبيعية (غير الشرعية)، والبنوة بالتبني يعد كل منهما استثناءً على الأصل، ومن ثم يترتب عليهما تقييد سلطة القضاء الوطني من جهة الاعتراف بهاتين النوعين من البنوة من عدمه. وسنوضح ذلك على وفق الآتي من خلال بيان موقف المشرع العراقي ومشرعي القوانين محل المقارنة.

فيما يخص البنوة الطبيعية، إنَّ المشرع العراقي والمشرع المصري لم ينظما البنوة غير الشرعية ضمن قواعد الإسناد لمخالفتها للنظام العام الوطني؛ كون الشريعة الإسلامية الغراء تُحرّم العلاقات غير الشرعية التي تكون خارج نطاق الزواج الصحيح، ولم تُرتب أية آثار على تلك العلاقات، وبناءً على ذلك فالقاضي الوطني عليه أن يتقيد بذلك وعدم الاعتراف بالبنوة الطبيعية حتى لو كان معترف بها بموجب القانون الأجنبي الواجب التطبيق[٤].

---

[١] يُنظر تفضلًا بهذا الصدد: د. لطفي الشاذلي، القاضي. مالك الغزواني، مجلة القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص٦٣٨.

[٢] تم إضافة هذه المادة بموجب القانون الصادر بتأريخ (١٩٧٢/١/٣). يُنظر تفضلًا: بيار مايرـ فانسان هوزيه، القانون الدولي الخاص، ترجمة د. علي محمد مقلد، مصدر سابق، ص٥٥٧.

[٣] أشار إلى ذلك كل من: د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص٦٥٢. د. عزالدين عبد الله، القانون الدولي الخاص المصري، ج ٢ في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين ص ٢٣٤. د. جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص٣٣٧.

[٤] د. محمد جلال حسن الأتروشي وآخرون، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين- تنازع الاختصاص القضائي الدولي- تنفيذ الأحكام الأجنبية، مصدر سابق،ص١١٥. د. جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، المصدر نفسه، ص٣٣٧.

بينما المشرع التونسي يبدو أَنَّه أخذ بالبنوة الطبيعية، ومن ثم تقييد سلطة القاضي الوطني بالاعتراف بهذه البنوة من خلال الفصل (٥٢) مجلة القانون الدولي الخاص الذي لم يُميّز بين البنوة الشرعية، والبنوة الطبيعية، فيما يخص بقواعد الإسناد، بل تضمن ذلك الفصل قاعدة إسناد واحدة تتعلق بإثبات البنوة بصورة عامة والمشار إليها سابقًا، فضلًا عن ذلك أَنَّ ما يؤكد على أخذ المشرع التونسي بالبنوة الطبيعية القانون (٧٥) لسنة ١٩٩٨ الخاص بإسناد لقب عائلي للأطفال المهملين أو مجهولي النسب والمُنقح بموجب القانون رقم (٥١) لسنة ٢٠٠٣ الذي منح الحق لهؤلاء الأشخاص بإثبات بنوتهم لآبائهم من خلال الإقرار، أو الشهادة، أو التحليل الجيني[١].

كذلك بالنسبة إلى المشرع الفرنسي أخذ بالنبوة الطبيعية وقيَّد سلطة القاضي بها؛ وذلك عملًا بأحكام المادة (٣١١/ ١٤) من القانون المدني النافذ التي لم تفرق بين البنوة الشرعية والبنوة الطبيعية، إذ تم إخضاع البنوة بنوعيها إلى قانون الدولة التي تنتمي إليها الأم وقت الولادة (قانون جنسية الأم)، بل أجاز المشرع الفرنسي تصحيح البنوة الطبيعية من خلال الزواج بناءً على ما جاء بنص المادة (١٧/٣١١) من القانون المدني النافذ التي قضت: " إنَّ الاعتراف الإرادي بالأبوة أو بالأمومة يكون ساريًا إذا تم وفقًا للقانون الشخصي للفاعل، أو القانون الشخصي للطفل"[٢].

فيما يتعلق بالمشرع الأمريكي أخذ بنظر الاعتبار البنوة الطبيعية التي تعد استثناءً من الأصل التي ينبغي على القاضي الاعتداد بها والتقيّد بها؛ وذلك من خلال إجازة تصحيح البنوة غير الشرعية عن طريق الزواج اللاحق وقد تم إخضاعها إلى القانون الشخصي للأب أَلا وهو قانون الدولة التي يوجد فيها موطن الأب (قانون دولة موطن الأب) وقت الميلاد، أو وقت حصول الزواج اللاحق[٣].

أما بالنسبة إلى البنوة بالتبني، إنَّ المشرع العراقي لم يعالج موضوع التبني ضمن قواعد الإسناد الواردة في القانون المدني النافذ؛ لأَنَّه محرمًا في الشريعة الإسلامية[٤] ومخالفًا لمقتضيات النظام العام الوطني (العراقي)، فإذا كان القانون الأجنبي الواجب التطبيق بموجب قاعدة الإسناد الوطنية يجيز بنوة التبني فينبغي استبعاده وعدم تطبيقه[٥]. ولمّا كان المشرع العراقي لم يعترف ببنوة التبني؛ كونه مخالفًا لأحكام الشريعة الإسلامية إلّا إنَّه أخذ في

---

[١] القاضي مبروك بنموس، شرح المجلة التونسية للقانون الدولي الخاص، مصدر سابق،ص٤٥١.

[٢] يُنظر تفضلًا بهذا الصدد كل من: د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص٨٧٦، ص٨٩٢. بيار مايرـ فانسان هوزيه، القانون الدولي الخاص، ترجمة د. علي محمد مقلد، مصدر سابق، ص٥٥٩، ص٥٦٦. د. جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص٣٤٢.

[٣] د. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، ج ٢، التنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية، مصدر سابق، ص٣٧٨.

[٤] إنَّ السبب تحريم بنوة التبني يتمثل بعدم المحافظة على الأنساب وصون الأعراض، ومن هذا المنطلق حرمته الشريعة الإسلامية الغراء، إذ جاء دليل التحريم في القرآن الكريم، بقوله تعالى: "... وَما جَعَلَ أَدْعِياءَكُمْ أَبْناءَكُمْ ذلِكُمْ قَوْلُكُمْ بِأَفْواهِكُمْ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ"، و قوله تعالى: " ادْعُوهُمْ لِآبائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ". الآيتين (٤،٥) من سور الأحزاب. يُنظر تفضلًا: الشيخ محسن آل عصفور، قانون الأحوال الشخصية على ضوء الفقه الجعفري، مركز عيسى الثقافي، المكتبة الوطنية، البحرين، ٢٠١٤، ص٣٨٥.

[٥] د. عباس العبودي، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مصدر سابق، ص١٢٨.

قانون رعاية الأحداث النافذ[١] بنظامٍ يُطلق عليه بـ (نظام الضم) الذي أجاز من خلاله للزوجين أن يتقدما بطلبٍ مشترك إلى محكمة الأحداث بغية ضم صغير لهما سواء كان يتيم الأبوين أم مجهول النسب، وينبغي على المحكمة أن تتأكد من تمتع الزوجين بالجنسية العراقية وسلامتهما من الأمراض المعدية، فضلًا عن تمتعهما بالسمعة الحسنة وقدرتهما على رعاية الصغير، وبعد ذلك تقوم المحكمة بأصدار حكمًا مؤقتًا لمدة ستة أشهر للتأكد من صلاحيتهما في رعاية الصغير، ومن ثم يتم إصدار حكمًا نهائيًا عند تحقق مصلحة الصغير[٢]. يتضح من ذلك أن سلطة القاضي مُقيَّدة بالأحكام المذكورة آنفًا والمتمثلة بعدم الاعتراف بنظام التبني والأخذ بنظام ضم الصغير اللذان يعدان استثناءً على البنوة الشرعية وهذا ما أخذت به محكمة التمييز الاتحادية عند إصدار قرارها المؤرخ (٢٠٢٤/١/١٨)[٣].

كذلك بالنسبة إلى المشرع المصري لم يورد نصًا يتعلق ببنوة التبني في القانون المدني النافذ[٤]، ويلاحظ أَنَّ مبادئ الشريعة الإسلامية تتعلق بالنظام العام في جمهورية مصر فيما يخص الأحوال الشخصية الخاصة بالمسلمين، وعليه فإذا كان أحد أطراف علاقة التبني مسلمًا ولو كان يحمل الجنسية الأجنبية فلا يجوز الاعتراف ببنوة التبني لمخالفته للشريعة الإسلامية ويجب عدم تطبيق القانون الأجنبي المختص الذي يجيز نظام التبني إعمالًا بفكرة الدفع بالنظام العام[٥]. وتجدر الإشارة بأَنَّه توجد في جمهورية مصر طوائف دينية غير إسلامية تعترف ببنوة التبني، فمثلًا: الشريعة الأرثوذكسية[٦]. فيتضح من ذلك أَنَّ القاضي المصري سلطته مُقيَّدة بعدم الاعتراف ببنوة التبني مادام أحد أطرافها مسلمًا ولو كان أجنبيًا لمخالفته لأحكام الشريعة الإسلامية التي ينبغي الدفع بفكرة الدفع بالنظام العام، بينما ممكن الاعتراف بنظام التبني بالنسبة إلى الطوائف الدينية غير الإسلامية[٧].

---

[١] عالج المشرع العراقي نظام ضم الصغير في قانون رعاية الأحداث رقم (٧٦) لسنة ١٩٨٣من المادة (٣٩) وحتى المادة (٤٦)، المنشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد(٢٩٥١) بتأريخ (١٩٨٣/٨/١).

[٢] د. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، القانون الدولي الخاص، الجنسية- الموطن- مركز الأجانب - التنازع الدولي للقوانين- تنازع الاختصاص القضائي الدولي، مصدر سابق، ٢٠١٨، ص٦٨. د. محمد جلال حسن المزوري، القانون الدولي الخاص في الجنسية والموطن ومركز الأجانب، مصدر سابق، ص٤٢.

[٣] إنَّ محكمة التمييز الاتحادية بقرارها ذي العدد(١٦٨/ هيئة الأحداث/٢٠٢٤) الصادر بتأريخ (٢٠٢٤/١/١٨) نقضت قرار محكمة أحداث بغداد/ الكرخ المتضمن (رفض طلب طالبي ضم الطفل؛ كون الزوج من تولد ١٩٥٤ ومتزوج مسبقًا ولديه أبناء وأحفاد وإن ضم طفل مجهول النسب إليهم سوف يوَّلد خصومات في المستقبل مع أولاده الصلبيين، فمحكمة التمييز الاتحادية لم تأخذ بذلك التسبيب بل وصفته لم يكن سببًا موجبًا لرفض طلب الضم سيما إن الضم فيه مصلحة للصغير يتيم الأبوين أو مجهول النسب، وإن المادة (٤٣) من قانون رعاية الأحداث رتبت حقوق للصغير والتزامات على طالبي الضم)، قرار غير منشور.

[٤] والجدير بالذكر إنَّ مشروع القانون المدني المصري قد تضمن نصًا يتعلق بموضوع التبني ألا وهو نص المادة (٣٤) الذي جاء فيه " يسري قانون كل من المتبني والمتبنى على المسائل الخاصة بصحة التبني" إلّا إنَّ لجنة القانون المدني في مجلس الشيوخ حذف ذلك النص وتم تبرير هذا الحذف (لأنَّها تعالج نظامًا لا يعرفه القانون المصري، وإن القواعد العامة في القانون الدولي الخاص تغني عند التطبيق عن إيراد مثل هذه المادة). د. رجائي حسين الشتيوي، القانون الدولي الخاص، الكتاب الثاني، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص٣٥٨.

[٥] د. عبد السند يمامه، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، مصدر سابق، ص٢٢٢.

[٦] د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص٩٠٢.

[٧] والجدير بالملاحظة يبدو أَنَّ المشرع المصري أشار إلى إجراءات التبني في نص المادة (٩١١) من قانون المرافعات لسنة (١٩٤٩) والواردة ضمن الكتاب الرابع المضاف إلى قانون المرافعات بموجب القانون (١٢٦) لسنة ١٩٥١والنافذ حاليًا التي قضت على أَنَّه: " إذا كان قانون بلد الشخص الذي يريد التبني وقانون بلد الشخص المراد تبنيه يجيزان التبني يثبت التبني بمحضر يحرر لدى رئيس المحكمة الابتدائية التابع لها

فيما يتعلق بالمشرع التونسي، والمشرع الفرنسي، والمشرع الأمريكي، اعترفوا بنظام التبني وقيّدوا سلطة القاضي بضرورة الاعتراف به والالتزام بالنصوص القانونية التي عالجت ذلك النظام[١].

وتجدر الإشارة إلى وجود استثناءً آخر يتعلق بالبنوة الشرعية ويُقيّد سلطة القاضي بإتباعه ألا وهو إذا كان أحد الزوجين وطنيًا وقت إبرام الزواج، فهنا ينبغي على القاضي تطبيق قانون دولته، وهذا ما أخذ به المشرع العراقي عملًا بأحكام المادة (٥/١٩) من القانون المدني النافذ، كما اعتمد هذا الاستثناء المشرع المصري استنادًا لأحكام المادة (١٤) من القانون المدني النافذ سالفة الذكر[٢]. ويُلاحظ أَنَّ المشرع الفرنسي أورد استثناء على البنوة فيما إذا تحققت شروط الإقامة في الإقليم الفرنسي فيتم تطبيق القانون الفرنسي عملًا بإحكام المادة (٣١١/ ١٥) التي جاء فيها: " على كل حال إذا كان للولد الشرعي ولأبيه وأمه، وللولد الطبيعي ولأحد والديه مقام معتاد في فرنسا مشترك أو منفصل، فإنَّ امتلاكهم الحالة الشخصية تنتج جميع ما يترتب عليها وفقًا للقانون الفرنسي حتى لو كانت عناصر البنوة الأخرى قد يمكن أن تتعلق بقانون أجنبي"[٣]. أما بالنسبة إلى المشرع التونسي، والمشرع الأمريكي، فلم يتم ملاحظة إيراد هكذا استثناءات.

ثانيًا- انقضاء الزواج.

موطن أحدهما ويدون في هذا المحضر إقرارات الطرفين شخصيًا بعد التحقق من توفر الشروط والأحكام التي ينص عليها القانونان المذكوران لانعقاده وصحته".

[١] نظم المشرع التونسي أحكام التبني من خلال نص الفصل (٥٣) من مجلة القانون الدولي الخاص التي قضت بأَنَّه " تخضع شروط التبني لقانون المتبنى والمتبني كل فيما يتعلق به. تخضع آثار التبني للقانون الشخصي للمتبني. إذا قام بالتبني زوجان من جنسية مختلفة فأن آثار التبني ينظمها قانون مقرهما المشترك.وتخضع الكفالة لنفس الأحكام"، بينما عالج المشرع الفرنسي بنوة التبني في المواد من (٣٤٣) إلى (٣٧٠) من القانون المدني النافذ، وعلى نوعين(التبني الكامل والتبني البسيط) وأخضع شروط صحة التبني إلى قانون الوطني للمتبني أو للمتبنين عملًا بأحكام المادة (٣/٣٧٠) من القانون المذكور. فيما يخص المشرع الأمريكي فقد أعتمد بنوة التبني من خلال منح الولاية سلطة إجازة التبني إذا كانت موطنًا لأي من المتبني أو المتبنى وكانت لها ولاية قضائية شخصية عليهما (المتبني والمتبنى) عملًا بأحكام المادة (٧٨) من إعادة الصياغة الثانية لتنازع القوانين، فضلًا عن ذلك إنَّ المحكمة تقوم بتطبيق قانونها الخاص في تحديد ما إذا كانت ستمنح التبني من عدمه.
He pointed out that: Symon C. Symeonides: Choice of Law, op.cit., p.578.

وتجدر الإشارة بأَنَّ المشرع الأمريكي أخضع البنوة بالتبني إلى (قانون الدولة التي يتم فيها التبني). يُنظر تفضلًا كل من: د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص٨٩٩، د. جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص٣٤٧.

والجدير بالذكر إنَّ اتفاقية لاهاي لعام (١٩٦٥) أخضت التبني إلى (قانون محل الإقامة العادية للمتبني أو قانون جنسيته). د. محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي، مصدر سابق، ص١٤٩.

[٢] يُنظر تفضلًا بهذا الصدد: د. محمد جلال حسن الأتروشي وآخرون، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين- تنازع الاختصاص القضائي الدولي- تنفيذ الأحكام الأجنبية، مصدر سابق،ص١١٧. د. جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص٣٣٩.

[٣] بيار ماير- فانسان هوزيه، القانون الدولي الخاص، ترجمة د. علي محمد مقلد، مصدر سابق، ص٥٦٤.

إنَّ انقضاء عقد الزواج بعد إبرامه قد ينقضي بصورةٍ طبيعية بوفاة أحد الزوجين، أو ينقضي بصورة إرادية؛ أي: لأسباب إرادية[١]، كالطلاق والتطليق والانفصال الجسماني[٢].

فالطلاق[٣] يعد نظامًا معروفًا في الشريعة الإسلامية ويقصد به: " انقضاء الرابطة الزوجية بإرادة أحد الزوجين وهو الزوج في الأغلب". في حين التطليق[٤] تعرفه بعض التشريعات كالقانون الفرنسي والمقصود به: " إنهاء الرابطة الزوجية بحكم القاضي، بناءً على توافر سبب من الأسباب المقررة في القانون التي تختلف من دولةٍ إلى أخرى"[٥]. أما بالنسبة إلى الانفصال الجسماني[٦]، فهذا النظام معمول به عند الدول الغربية كفرنسا وإنكلترا وأمريكا، ويقصد به: " هو ذلك الانفصال الذي يترتب عليه انقطاع التعايش وانفصال الحياة المشتركة بين الزوجين من دون أن يترتب على ذلك انتهاء الرابطة الزوجية في الحال إلّا بعد مرور مدة معينة على الانفصال وصدور قرار قضائي بذلك". وتجدر الإشارة أَنَّ انقضاء الزواج بالوفاة لا يثير أية مشكلة بين القوانين، بينما انقضاء الزواج من خلال الطلاق والتطليق والانفصال البدني يثير تنازعًا بين القوانين؛ بسبب اختلاف الأحكام في التشريعات[٧]. والقانون الذي يحكم الطلاق والتطليق والانفصال قد يكون (قانون جنسية الزوجين، أو قانون موطن موطن الزوجية، أو قانون دولة قاضي النزاع) إلّا إنَّه يصعب اتباع أحد هذه القوانين من دون الآخر؛ لذلك تم اتباع

---

[١] قد تنقضي الرابطة الزوجية إذا أصبح عقد الزواج باطلًا بسبب تخلف أحد الشروط الشكلية، أو الموضوعية، ففي هذا الحال يخضع البطلان إلى ذات القانون الذي تم مخالفة الشروط التي يتطلبها لإبرام عقد الزواج. د. هشام علي صادق وآخرون، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين - الاختصاص القضائي الدولي - الجنسية، مصدر سابق، ص٢٧٨.

[٢] د. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، القانون الدولي الخاص، الجنسية- الموطن- مركز الأجانب - التنازع الدولي للقوانين- تنازع الاختصاص القضائي الدولي، طبعة جديدة منقحة، ٢٠٢٢، مصدر سابق، ص٣١٢.

[٣] والجدير بالملاحظة إنَّ الطلاق عند الإمامية يقصد به: " هو إزالة قيد النكاح بصيغة طالق"، فهذا يعني إنَّ الطلاق لا يقع إلّا بهذه الصيغة، في حين بقية فقهاء المسلمين ذهبوا إلى جواز إيقاع الطلاق سواء كان بلفظ الطلاق أم ما يدل على لفظة . القاضي صباح عبد الحسين، أحكام الطلاق والتفريق في الشريعة الإسلامية والقانون، ط١، شركة العاتك لصناعة الكتب، بيروت، ٢٠٢٢،ص١٠، كما عرّف المشرع العراقي الطلاق في المادة (٣٤/ أولًا) من قانون الأحوال الشخصية النافذ بأَنَّه " الطلاق رفع قيد الزواج بإيقاع من الزوج أو من الزوجة إن وكلت به أو فوضت أو من القاضي . ولا يقع الطلاق إلّا بالصيغة المخصصة له شرعًا ". والطلاق قسمان: أحدهما رجعي، والآخر بائن، وهذا قد يكون بائن بينونة صغرى، وقد يكون بائن بينونة كبرى. كما أشارت إلى ذلك المادة (٣٨) من القانون المذكور " ١- رجعي : وهو ما جاز للزوج مراجعة زوجته أثناء عدتها منه دون عقد وتثبت المراجعة بما يثبت به الطلاق. ٢- بائن : وهو قسمان : أ - بينونة صغرى - وهي ما جاز فيه للزوج التزوج بمطلقته بعقد جديد . ب - بينونة كبرى - وهي ما حرم فيه على الزوج التزوج من مطلقته التي طلقها ثلاثًا متفرقات ومضت عدتها".

[٤] يمكن القول: إنَّ التطليق يشبه ما يسمى بـ (التفريق القضائي) الذي يقصد به: " هو إنهاء العلاقة الزوجية بين الزوجين بحكم القاضي بناءً على طلب أحدهما لسبب، كالشقاق والضرر وعدم الإنفاق، أو من دون طلب من أحدٍ حفاظًا لحق الشرع، كما إذا أرتد أحد الزوجين". عدنان علي النجار، التفريق القضائي بين الزوجين، دراسة فقهية مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الفلسطيني، رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية، كلية الشريعة- قسم القضاء الشرعي، غزة،٢٠٠٤،ص٥، والجدير بالملاحظة إنَّ الغاية من التفريق القضائي تتمثل بحماية المرأة من الظلم التي قد تتعرض له من الزوج، وتمكينها من إنهاء العلاقة الزوجية جبرًا على الزوج، إذا لم تُفلح الوسائل الاختيارية من الطلاق. د. هادي حسين الكرعاوي، التفريق القضائي، دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، المجلد (١)، العدد (٤)، ٢٠١٠، ص١٠٤، علمًا بأَنَّ المشرع العراقي عالج موضوع التفريق القضائي في قانون الأحوال الشخصية النافذ من المادة (٤٠) وحتى المادة (٤٥).

[٥] د.أحمد عبد الحميد عشوش، د. عبد الباقي حمدي عبد الباقي، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص٣٨٣.

[٦] إنَّ الانفصال الجسماني يشبه حالة النشوز في القانون العراقي والشريعة الإسلامية. د. ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن، مصدر سابق، ص٢٩٥.

[٧] د. غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين- تنازع الاختصاص القضائي الدولي- تنفيذ الأحكام الأجنبية، مصدر سابق، ص١٧٩.

مذهب وسط يتمثل بتطبيق قانون جنسية الزوجين على أَلّا يتعارض مع قانون دولة قاضي النزاع، وعليه فلا يمكن طلب الطلاق من محكمة في دولةٍ لا تجيز ذلك الطلاق بالأصل؛ لأَنَّ ذلك يعد مخالفًا للنظام العام فيها[١].

والتساؤل الذي يُطرح، ما القانون الذي حدده المشرع العراقي ومشرعي قوانين الدول محل المقارنة بغية تطبيقه على موضوع انقضاء الزواج من خلال (الطلاق، والتطليق، والانفصال الجسماني)؟ للإجابة على ذلك ستكون على وفق الآتي: إنَّ المشرع العراقي أخذ بقانون جنسية الزوج وأخضع الطلاق والتطليق والانفصال إلى قانون جنسية الزوج وقت الطلاق أو وقت إقامة الدعوى وهذا ما نلاحظه من خلال أحكام المادة (٣/١٩) من القانون المدني التي نصت على أَنَّه: "... ويسري في الطلاق والتفريق والانفصال قانون الزوج وقت الطلاق أو وقت رفع الدعوى"، كما أشارت إلى ذلك محكمة التمييز الاتحادية في قرارها الصادر بتأريخ (٢٠٢٣/١٠/١٨)[٢]، وتجدر الإشارة بأَنَّه يقصد بوقت الطلاق: (الوقت الذي حصل فيه الطلاق قبل عرض الموضوع أمام القضاء، كون المذاهب الأربعة في الشريعة الإسلامية لم تشترط لصحة وقوع الطلاق ضرورة حصوله أمام القضاء، فالطلاق يكون واقعًا ونافذًا على الرغم من حصوله خارج المحكمة)، فيما يخص بوقت رفع الدعوى، فإنَّه يتجسد (بتأريخ رفع الدعوى المتعلقة بالطلاق أمام محكمة الموضوع المختصة، سواء كانت محكمة الأحوال الشخصية أم محكمة المواد الشخصية)[٣].

ويُلاحظ بأَنَّه تم توجيه انتقاد على ما اتبعه المشرع العراقي بشأن موضوع انقضاء الزواج؛ كونه لم يحترم الحقوق التي يكتسبها الزوج الآخر الذي يرتبط بالزواج على أساس يحكمه قانونًا معينًا، فمثلا: إذا كان قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج يمنع الطلاق، فعند تغيير الزوج جنسيته بعد الزواج فسيترتب على ذلك تغيير القانون المختص وإعمال قانون آخر أَلا وهو قانون جنسية الزوج الجديد الذي قد يجيز حصول الطلاق، وبغية الحفاظ على الحقوق التي أكتسبها الزوج وقت إبرام الزواج، وتحقيقًا للعدالة يُفضَّل أن يُعتمد على قانون جنسية الزوج وقت إبرام الزواج وليس وقت الطلاق أو وقت رفع الدعوى[٤]. ويؤيد الباحث بشأن اعتماد قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج حفاظًا على الأمان القانوني الذي يفترض أن يكون سائدًا بين الزوجين والذي بموجبه يتم تطبيق

---

[١] د. حامد زكي، القانون الدولي الخاص المصري، مصدر سابق، ص٢٥٦.

[٢] إذ تضمن قرار محكمة التمييز الاتحادية ذي العدد (٩٢٤٦/ الهيئة المدنية/٢٠٢٣) والمؤرخ في (٢٠٢٣/١٠/١٨) " بأَنَّ محكمة الموضوع (محكمة عمان الشرعية القضايا في المملكة الأردنية الهاشمية) طبقت قانون الأحوال الشخصية الأردني بشأن التفريق القضائي الحاصل بين الطرفين وهذا خلافًا لأحكام المادتين(٣/١٩ و٢/١٣٠) من القانون المدني العراقي التي أشارت إلى سريان قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت الطلاق أو وقت رفع الدعوى في المسائل الخاصة بالطلاق والتفريق القضائي..."، قرار غير منشور. وبذات المعنى ما تضمنه القرار ذي العدد (٦١٤٧/ الهيئة المدنية/ ٢٠٢٢) والمؤرخ في (٢٠٢٢/٨/١) الصادر من المحكمة المذكورة، (إذ إنَّها عدّت الحكم الخاص بطلاق المدعى عليه (المميز عليه) من زوجته المدعية مخالفًا لأحكام النظام العام؛ كون محكمة القانون الابتدائية الثانية بصفة محكمة الأسرة الجمهورية التركية قد طبقت أحكام المادة (٣/١٦٦) من القانون المدني التركي وليس قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل، وحيث تعتبر من النظام العام بوجه خاص الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية كالأهلية ... عملًا بأحكام المادة (١٣٠/ ٢) من القانون المدني العراقي، وعليه يكون الحكم الأجنبي فاقدًا لشروط التنفيذ أمام المحاكم العراقية وتكون دعوى المدعية فاقدة لسندها القانوني وواجبة الرد، فقررت المحكمة تصديق الحكم المميز الصادر من محكمة بداءة الديوانية من حيث النتيجة). قرار غير منشور.

[٣] د. ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن، مصدر سابق، ص٢٩٥.

[٤] د. حسن الهداوي، الوجيز في القانون الدولي الخاص، ج ٣ في تنازع القوانين، مصدر سابق، ص١٢٢.

القانون الواجب التطبيق على الزواج، ومن ثم المحافظة على الحقوق التي تم اكتسابها في ظل قانون جنسية الزوج وقت الزواج، وعدم فسح المجال لتغيير الجنسية وخضوع انقضاء الزواج إلى قانون جنسية الزوج وقت الطلاق أو وقت رفع الدعوى، والتخلص من التحايل على القانون الذي قد يتم اتباعه لغرض إنهاء العلاقة الزوجية، ولِما تقدم نقترح على المشرع العراقي ضرورة تعديل نص المادة (٣/١٩) من القانون المدني العراقي النافذ لتصبح بالشكل الآتي: (ويسري في الطلاق، والتفريق، والانفصال قانون الزوج وقت انعقاد الزواج).

بينما المشرع المصري أخضع انقضاء الزواج إلى قانون جنسية الزوج إلّا إنَّه ميّز بين الطلاق من جانب وبين التطليق والانفصال الجسماني من جانب آخر، إذ أخضع الطلاق إلى قانون جنسية الزوج وقت الطلاق، في حين طَبَّق قانون جنسية الزوج وقت إقامة الدعوى على التطليق والانفصال الجسماني[١]، هذا وفقًا لما ورد في نص المادة (١٣/ ٢) من القانون المدني المصري النافذ التي نصت على أَنَّه: " أما الطلاق فيسري عليه قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت الطلاق، ويسري على التطليق والانفصال قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت الدعوى".

في حين المشرع التونسي أخضع انقضاء الزواج إلى أحكام الفصل (٤٩) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي الذي نص على أَنَّه: " الطلاق والتفريق الجسدي ينظمهما القانون الشخصي المشترك عند إقامة الدعوى، وعند اختلاف الجنسية يكون القانون المنطبق هو قانون آخر مقر مشترك للزوجين إن وجد وإلّا تُطَبّق المحكمة قانونها". يتضح من ذلك النص أَنَّ المشرع التونسي لم يأخذ بالتطليق لإنهاء الرابطة الزوجية، وإنَّه غير معترف به في القانون التونسي حتى لو حصل في تونس بين زوجين أجنبيين لتصادمه مع النظام العام التونسي، فالطلاق في القانون التونسي له مفهوم خاص يتمثل بحل العلاقة الزوجية بحكم قضائي، فهو الوسيلة الوحيدة والمعتمدة في حل عقدة النكاح بغير وفاة أحد الزوجين[٢].

أما بالنسبة إلى المشرع الفرنسي عالج موضوع انقضاء الزواج من خلال نص المادة (٣٠٩) من القانون المدني الفرنسي النافذ التي قضت على أَنَّه: " يخضع التطليق والانفصال الجسدي للقانون الفرنسي: عندما يكون كلاهما فرنسيين، عندما يكون لكل من الزوجين موطن في الأراضي الفرنسية، عندما لا يتم الاعتراف بأي قانون أجنبي على أَنَّه مختص، بينما تكون المحاكم الفرنسية مختصة في دعوى الطلاق أو الانفصال"[٣]. والجدير بالملاحظة أَنَّ المشرع الفرنسي لم يجيز التطليق قبل عام (١٨٨٤)؛ كونه يعد مخالفًا للنظام العام الفرنسي إلّا إنَّه أجاز التطليق بعد ذلك العام، ومع ذلك لم يجيزه فيما يتعلق بالتطليق بالرضا المتبادل بين الزوجين، والطلاق

---

[١] د. فؤاد عبد المنعم رياض، د. سامية راشد، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وآثار الأحكام الأجنبية، مصدر سابق، ص٢٢٨.
[٢] القاضي مبروك بنموس، شرح المجلة التونسية للقانون الدولي الخاص، مصدر سابق،ص٤٣٥.
[٣] القانون المدني الفرنسي لسنة (١٨٠٤) المعدل في عام (٢٠١٦).

بالإرادة المنفردة[١]، وقد أصبحت الحالة الأولى جائزة من دون الحالة الثانية بموجب القانون الصادر بتأريخ (١١/ تموز/١٩٧٥) الذي تضمن نص المادة المذكورة أعلاه[٢].

فيما يخص المشرع الأمريكي فقد أخضع انقضاء الزواج[٣] إلى قانون القاضي، فإذا ثبت الاختصاص للمحاكم الوطنية فتقوم بتطبيق قانونها، فهي في الأغلب تكون مختصة عندما يكون لأحد الزوجين موطنًا في الإقليم الوطني أو إذا كان لأحدهما محل إقامة عادية في ذلك الإقليم، فالمحاكم الوطنية تُطَبِّق قانونها على الدعاوى الخاصة بالتطليق والانفصال الجسماني؛ لأَنَّ إنهاء العلاقة الزوجية يعد مساسًا بالمبادئ الأساسية لدولة القاضي الخاصة بالدين، والآداب العامة، والنظام العام[٤]، وإذ نصت المادة من (٢٨٥) من إعادة الصياغة الثانية لتنازع القوانين (١٩٧١) على أَنَّه: " القانون المحلي للمحكمة يحدد الحق في الطلاق... "[٥].

والجدير بالملاحظة بأَنَّ قانون جنسية الزوج وقت الطلاق، أو وقت إقامة الدعوى يدخل ضمن نطاقه أسباب الطلاق والتطليق والانفصال، والشروط الموضوعية التي تتعلق بصحة إيقاع الطلاق، وجميع المسائل الموضوعية المتعلقة بإثبات الوقائع التي يتم الاستناد عليها بشأن سبب الطلاق، أو التطليق، أو الانفصال[٦]، وسواء تعلق الأمر بمحل الأثبات، أم في عبء الإثبات وطرقه، والأدلة التي يتم قبولها في الإثبات وقوتها الثبوتية؛ لأَنَّ هذه المسائل لها علاقة وثيقة بموضوع الطلاق، والتطليق، والانفصال؛ لذلك لا يمكن فصلها عن القانون الواجب التطبيق[٧].

والجدير بالذكر أَنَّ المشرع العراقي، والمشرع المصري بعد خضوع انقضاء الزواج إلى قانون جنسية الزوج وقت الطلاق، أو وقت رفع الدعوى إلّا إنَّهما وضعا استثناءات على تلك القاعدة التي تُقيّد سلطة القاضي الوطني بالالتزام بها، وضرورة اتباعها؛ لتعلقها بالنظام العام، وهذه الاستثناءات تتمثل بالآتي:

---

[١] بينما أجازت الشريعة الإسلامية الطلاق، كما موضح في الآية الكريمة (٢٢٧) من سورة البقرة، قوله تعالى: " وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ "، كذلك في قوله تعالى: " الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ ۖ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ ۗ"، الآية (٢٢٩) من سورة البقرة، وغيرها من الآيات الكريمة المذكورة في القرآن الكريم.

[٢] د. سامي بديع منصور، د، أسامة العجوز، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص١٨٩. د. صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، ط ١، مصدر سابق، ص٢٥٧. د. نوال صاري، الأحوال الشخصية للجزائريين أمام القضاء الفرنسي، مصدر سابق، ص٣٠٢.

[٣] يبدو أَنَّ أسباب انقضاء الزواج تختلف في كل ولاية من الولايات المتحدة الأمريكية، فأسباب الطلاق في ولاية (نيويورك) تتمثل بـ (المعاملة القاسية واللاإنسانية التي تشكل خطرًا على المدعي، ترك المدعى عليه للزوجة مدة سنة، حبس المدعى عليه لمدة ثلاث سنوات متتالية بعد الزواج)، بينما في ولاية (مشيغن) يُعتمد على السبب المتمثل بانفصال الرباط الزوجي بحيث يصل إلى درجة انهيار أهداف الزواج، فالمحكمة هي التي تتولى تقدير ذلك وموافقتها على الزواج، أما بالنسبة إلى ولاية (ايلينوس) تعد ترك أحد الزوجين للزوج الآخر لمدة سنة من دون سبب معقول سببًا صحيحًا لإيقاع الطلاق. يُنظر تفضلًا: المحامي. نزيه نعيم شلالا، الموسوعة القضائية، الطلاق المدني، الكتاب الثاني، ج ١، ط ١، بلا دار نشر، بلا مكان نشر، ١٩٨٣، ص٢٢٢،ص٢٢٥، ص٢٣٠، ص٢٣٧.

[٤] يُنظر تفضلًا بهذا الصدد كل من: د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص٦٥٧. د. حامد زكي، القانون الدولي الخاص المصري، مصدر سابق، ص٢٥٦. زيدون بخته، المنازعات الأسرية في القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان، الجزائر،٢٠١٩-٢٠٢٠، ص٤٣.

[5] He pointed out that: Symon C. Symeonides: Choice of Law, op.cit., p.568.

[٦] د. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، ج ٢، التنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية، مصدر سابق، ص٢٩١.

[٧] د. فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص١٢٥.

١- استبعاد القانون الواجب التطبيق ألا وهو قانون الزوج وقت الطلاق أو وقت إقامة الدعوى أو الانفصال البدني إذا كان أحد الزوجين يحمل الجنسية العراقية وقت إبرام الزواج، وإحلال القانون العراقي محل القانون المختص عملًا بإحكام المادة (٥/١٩) من القانون المدني العراقي النافذ[١]، بل إنَّ المشرع العراقي لم يأخذ بنظر الاعتبار تغيير جنسية الزوج مادام كان يحمل الجنسية العراقية وقت إبرام عقد الزواج فإنَّه أبقى الاختصاص إلى القانون العراقي على الرغم من تغيير الجنسية بعد الزواج[٢]، كذلك الحال بالنسبة إلى المشرع المصري فقد أوجب تطبيق القانون المصري إذا كان أحد الزوجين يحمل الجنسية المصرية استنادًا إلى نص المادة (١٤) من القانون المدني المصري[٣]، ويبدو المشرع الفرنسي لم يأخذ بهذا الاستثناء احترامًا لمبدأ المساواة بين الزوجين[٤] فيما يتعلق بالتطليق بالتراضي المتبادل[٥]،أما بالنسبة إلى المشرع التونسي، والمشرع الأمريكي لم يُشرا إلى هذا الاستثناء بصدد موضوع انقضاء الزواج.

٢- عدم تطبيق القانون المختص في نطاق انقضاء الزواج إذا كان مخالفًا لمقتضيات النظام العام الوطني، وقد أخذ القانون العراقي والقوانين محل المقارنة بفكرة الدفع بالنظام العام[٦]، فمثلًا: إذا كان قانون الزوج يجيز الطلاق لأسباب لا يقرها قانون دولة قاضي النزاع، أو قد يكون قانون الزوج لا يجيز إنهاء العلاقة الزوجية وكان قانون قاضي النزاع يمنح الحق للزوجين في إنهاء الرابطة الزوجية بوصفه أحد الأسس التي تعتمد عليه الحرية الشخصية[٧].

٣- أما بالنسبة إلى إجراءات السير أو النظر في دعاوى انقضاء الزواج، والإجراءات التحفظية والوقتية التي يتم اتخاذها أثناء النظر في تلك الدعاوى، فإنَّها لم تخضع إلى قانون جنسية الزوج، وإنما يسري عليها قانون المحكمة (قانون دولة القاضي المعروض عليه النزاع)[٨]. وهذا ما أخذ به المشرع العراقي من خلال المادة (٢٨) من القانون المدني النافذ التي نصت على أنَّه: " قواعد الاختصاص وجميع الإجراءات يسري عليها قانون الدولة التي

---

[١] د. عباس العبودي، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مصدر سابق، ص١٢١.

[٢] د. حسن الهداوي، تنازع القوانين وأحكامه في القانون الدولي الخاص العراقي، مصدر سابق، ص١٤٨.

[٣] د. صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، ط ٢، مزيدة ومنقحة، مصدر سابق، ص٢٦١.

[٤] وتجدر الإشارة بأنَّ القضاء الفرنسي أعتمد هذا الاستثناء في قضية الطلاق الحاصلة بين السيد(فيراري/ Ferrari)/ الإيطالي الجنسية وبين السيدة الفرنسية، إذ إنَّ القضاء الفرنسي حكم بالطلاق بينهم على الرغم من كون قانون الزوج الإيطالي لا يجيز إيقاع الطلاق. للمزيد من التفصيل، يُنظر تفضلًا: د. غالب علي الداودي، د. حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مصدر سابق، ص١١٢.

[٥] بيار مايز- فانسان هوزيه، القانون الدولي الخاص، ترجمة د. علي محمد مقلد، مصدر سابق، ص٥٤٢.

[٦] أخذ المشرع العراقي بفكرة الدفع بالنظام العام في أحكام المادة (٣٢) من القانون المدني، وكذلك المشرع المصري في المادة (٢٨) من القانون القانون المدني، والمشرع التونسي في المادة (٣٦) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي، أما بالنسبة إلى المشرع الفرنسي أخذ بفكرة النظام العام بهذا الموضوع عندما لم يجيز لأحد الزوجين المطالبة بالتطليق، أو الطلاق بالإرادة المنفردة، فيما يخص المشرع الأمريكي فإنَّه جعل انحلال الرابطة الزوجية مرتبطة بفكرة الدفع بالنظام العام، كما أوضحنا سابقًا.

[٧] د. جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص٣٢٣. د. مجد الدين خربوط، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص٢٤٠.

[٨] د. آمنة بوزينة أمحمدي، محاضرات في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، بلا دار نشر، بلا مكان نشر، ٢٠١٥، ص١٣٣، إبراهيم بخوش، القانون الواجب التطبيق على الطلاق في القانون الدولي الخاص الجزائر، رسالة ماجستير، جامعة العربي بن مهيدي- أم البواقي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ٢٠١٥- ٢٠١٦،ص١٤.

تقام فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات"، وتقابلها المادة (٢٢)[١] من القانون المدني المصري، أما بالنسبة إلى المشرع التونسي فقد أخذ بهذا الاستثناء من خلال عجز الفصل (٤٩) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي الذي جاء فيه: "... وينظم القانون التونسي الوسائل الوقتية أثناء سير الدعوى"، فضلًا عن ذلك كون خضوع إجراءات التقاضي إلى قانون قاضي النزاع تعد قاعدة عامة[٢]. فيما يخص المشرع الفرنسي فقد أخضع التطليق والانفصال الجسماني إلى قانون مكان حدوث ذلك التطليق والانفصال[٣]، وقد نصت المادة (٣٠٩) من القانون المدني الفرنسي "...تكون المحاكم الفرنسية مختصة في دعوى الطلاق أو الانفصال"، فيما يتعلق بالمشرع الأمريكي فقد أخضع انقضاء الزواج إلى قانون القاضي فتلقائيًا تخضع لذلك القانون إجراءات السير في الدعاوى المتعلقة بهذا الصدد[٤].

المبحث الثاني

التطبيقات العملية للدفع بالنظام العام في الحالات المالية الأسرية

بعد الانتهاء من البحث في التطبيقات العملية لتقييد سلطة القضاء بالدفع بالنظام العام في الحالات الشخصية التي تتمثل بمسائل (الحالة، والأهلية، والخطبة، والزواج، والبنوة، وانقضاء الزواج)، ينبغي علينا تسليط الضوء والبحث فيما يخص بالتطبيقات العملية لتقييد سلطة القضاء بالدفع بالنظام العام في الحالات المالية الأسرية التي تدخل ضمن نطاق الأحوال الشخصية، إذ إنَّ الحالات المالية الأسرية تتمثل بمسائل (النفقة، والحضانة، والتركات التي تضم الوصايا، والمواريث)، وهذه الحالات لا تُثير أية صعوبة عندما يكون أطراف العلاقة القانونية وطنيين؛ لأنَّه سيتم تطبيق قانون دولتهم (القانون الوطني) ولكن تظهر الصعوبة، وتكون محلًا لتنازع القوانين عندما تكون العلاقة القانونية تتضمن عنصرًا أجنبيًا، والواقع يشير إلى أَنَّ الحالات المشار إليها آنفًا تعد تطبيقاتٍ عملية تُقيّد سلطة القضاء بالدفع بالنظام العام، وتلعب دورًا مهمًا وفعّالًا في نطاق القانون الدولي الخاص؛ لذلك سنتناول تلك الحالات في هذا المبحث من خلال مطلبين، سنتطرق في المطلب الأول إلى مسائل النفقة والحضانة، بينما سنتطرق إلى مسائل التركات في المطلب الثاني.

---

[١] نصت المادة (٢٢) من القانون المدني المصري على أَنَّه: " يسري على قواعد الاختصاص وجميع المسائل الخاصة بالإجراءات قانون البلد الذي تقام فيه الدعوى أو تباشر فيه الإجراءات ". كما نصت المادة (٣٤) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ على أَنَّه: " تختص محاكم الجمهورية بالإجراءات الوقتية والتحفظية التي تنفذ في الجمهورية ولو كانت غير مختصة بالدعوى الأصلية".

[٢] أشار إلى ذلك: القاضي مبروك بنموس، شرح المجلة التونسية للقانون الدولي الخاص، مصدر سابق،ص٤٣٨.

[٣] بيار مايز- فانسان هوزيه، القانون الدولي الخاص، ترجمة د. علي محمد مقلد، المصدر نفسه، ص٥٤٣.

[٤] يُنظر تفضلًا: ما ورد في الصفحة (١٧١) من هذه الرسالة.

المطلب الأول

مسائل النفقة والحضانة

إنَّ النفقة والحضانة تدخل ضمن نطاق مسائل الأحوال الشخصية من ناحية الحالات المالية الأسرية، وإنَّهما من التطبيقات الواقعية (العملية) لتقييد سلطة القضاء بالدفع بالنظام العام؛ لأهميتها في نطاق الأحوال الشخصية التي تعد من النظام العام، وتظهر هذه الأهمية بشكلٍ أوسع ولافت للنظر على صعيد العلاقات الدولية الخاصة، ولكي يتم البحث في مسائل النفقة والحضانة والوقوف على ما يتعلق بهما، سنتناول في الفرع الأول مسائل النفقة، بينما سنتطرق إلى مسائل الحضانة في الفرع الآخر.

الفرع الأول

مسائل النفقة

تعد النفقة التزام يتحمله شخصٍ ما من خلال تقديم المعونة المالية أو العينية إلى الشخص الدائن بها[١]، وتترتب النفقة نتيجةً لأسباب عديدة، فإنَّها (النفقة) قد تكون بسبب الزواج وانقضائه، أو بسبب القرابة[٢]، وإنَّ النفقة المعنية التي ستكون محل البحث هي النفقة بسبب القرابة؛ أي: النفقة بين الأقارب وليست النفقات الأخرى المذكورة التي سنوضح موقفها فيما بعد.

إنَّ القرابة[٣] تتمثل بالصلة التي تقوم بين الأشخاص بن

اءً على دم، أو أصل مشترك سواء أكانت القرابة مباشرة أم قرابة حواشي، فالقرابة المباشرة: "هي الصلة التي تقوم بين الأصول والفروع"، بينما قرابة الحواشي: "هي تلك الصلة التي تقوم بين من يجمعهم أصل مشترك من دون أن يكون أحدهم فرعًا للآخر، فمثلًا: القرابة بين الأخ وأخيه"، وقد تنشأ قرابة بسبب الزواج ويطلق عليها (قرابة المصاهرة)، وتتجسد هذه القرابة بالصلة التي تقوم بين الزوج وأقارب الزوج الآخر[٤].

إنَّ تحديد القانون الذي يسري على مسألة النفقة بين الأقارب لا تُثير أية صعوبة في حال اتحاد الجنسية بين المُطالِب بالنفقة والمدين بها إذ يتم تطبيق (القانون الوطني المشترك بينهما) إلّا إنَّه تظهر تلك الصعوبة عند

---

(١) د. فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مصدر سابق،ص٢٦٠.

(٢) د. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، القانون الدولي الخاص، الجنسية- الموطن- مركز الأجانب - التنازع الدولي للقوانين- تنازع الاختصاص القضائي الدولي، مصدر سابق، ٢٠١٨، ص٣١٥.

(٣) إنَّ المشرع العراقي تطرق إلى موضوع القرابة في المادة (٣٩) من القانون المدني النافذ التي جاء فيها " ١- القرابة المباشرة هي الصلة ما بين الأصول والفروع، وقرابة الحواشي هي الرابطة ما بين أشخاص يجمعهم أصل مشترك دون أن يكون أحدهم فرعًا للآخر. ٢- ويراعى في حساب درجة القرابة المباشرة اعتبار كل فرع درجة عند الصعود للأصل بخروج هذا الأصل، وعند حساب درجة قرابة الحواشي تعد الدرجات صعودًا من الفرع للأصل المشترك ثم نزولًا منه إلى الفرع الآخر وكل فرع يعتبر درجة دون أن يحسب الأصل المشترك. ٣- وأقارب أحد الزوجين يعتبرون في نفس القرابة والدرجة بالنسبة للزوج الآخر".

(٤) د. فؤاد عبد المنعم رياض، د. سامية راشد، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وآثار الأحكام الأجنبية، مصدر سابق، ص٢٥٣.

اختلاف جنسيتهما؛ لذلك طُرحت طُرق قانونية لمعالجة هذا الموضوع من خلال اتباع (قانون الدائن بالنفقة) أو (قانون المدين بالنفقة)، كما وجدت هنالك طرق أخرى لتحدد القانون الواجب التطبيق على مسائل النفقة أَلا وهي تطبيق (قانون قاضي النزاع) أو (قانون محل الإقامة الاعتيادية لطالب النفقة)[١].

والتساؤل الذي يطرح نفسه، ما موقف المشرع العراقي ومشرعي القوانين محل المقارنة من تحديد القانون الواجب التطبيق على مسائل النفقة بين الأقارب؟ للإجابة على هذا التساؤل ينبغي معرفة القانون المحدد بصدد هذا الموضوع على وفق التفصيل الآتي:

إنَّ المشرع العراقي جاء بقاعدة إسناد مطلقة تطرق فيها إلى مسألة النفقة أَلا وهي المادة (٢١) من القانون المدني النافذ التي نصت على أَنَّه: " الالتزام بالنفقة يسري عليه قانون المدين بها "، يتبين من هذا النص أَنَّ المشرع العراقي أخضع النفقة إلى قانون جنسية المدين بها إلّا إنَّه لم يوضح النفقات المشمولة بقاعدة الإسناد هذه، كما أَنَّه لم يورد كلمة (الأقارب) في النص لتكون قاعدة الإسناد المذكورة متعلقة أو مقتصرة بالنفقة ما بين الأقارب، وعلى الرغم من ذلك يبدو أَنَّ الفقه العراقي يجد نطاق سريان أحكام المادة المذكورة أعلاه (قاعدة الإسناد) على نفقة الجد والجدة على الأحفاد وبالعكس، ونفقة قرابة الحواشي التي تقوم بين أشخاص يجمعهم أصل مشترك ولا يكون أحدهم فرعًا للآخر، وبناءً على ذلك فلا يلتزم أي واحد منهم بنفقة قريبه إلّا إذا كان من الأشخاص الذين يرثونه[٢]، كذلك نفقة القرابة بالمصاهرة مشمولة بأحكام المادة المذكورة أعلاه[٣].

فيما يتعلق بالمشرع المصري عالج مسألة النفقة بين الأقارب من خلال أحكام المادة (١٥) من القانون المدني النافذ التي جاء فيها: " يسري على الالتزام بالنفقة فيما بين الأقارب، قانون المدين بها "، يتضح من ذلك النص أَنَّ المشرع المصري أخضع النفقة ما بين الأقارب بصورة صريحة إلى قانون جنسية المدين بالنفقة[٤].

---

[١] د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص٩١١.

[٢] يشترط لوجوب نفقة القريب على قريبه التوارث بينهما وإذ تكون هذه النفقة بمقدار الحصة من الميراث، كما يشترط اتحاد الدين بينهما ويسار المنفق وإعسار(حاجة) المنفق عليه للنفقة، ونفقة الأقارب تكون من تأريخ إقامة الدعوى. د. أحمد الكبيسي، الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية وتعديلاته، ج ١، الزواج والطلاق وآثارهما، طبعة جديدة و منقحة، مكتبة السنهوري، بغداد، ١٩٩٠، ص٢٤٨. علمًا بأَنَّ المشرع العراقي تطرق إلى موضوع نفقة الأقارب في المادة (٦٢) من قانون الأحوال الشخصية العراقي النافذ التي نصت على أَنَّه: " تجب نفقة كل فقير عاجز عن الكسب على من يرثه من أقاربه الموسرين بقدر إرثه منه"، والمادة (٦٣) من القانون المذكور التي جاء فيها " يقضي بنفقة الأقارب من تاريخ الادعاء".

[٣] يُنظر تفضلًا بهذا الصدد كل من: د. يونس صلاح الدين علي، القانون الدولي الخاص، دراسة تحليلية في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مصدر سابق، ص٣٤٤. د. غالب علي الداودي، د. حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مصدر سابق، ص١١٩. د. فراس كريم البيضاني، الباحث حسين نعمة نغميش، الحلول الحمائية لقواعد تنازع القوانين في مسائل النفقة بين الأقارب، بحث منشور في مجلة مركز دراسات الكوفة، مجلد(١٧)، العدد (٦٧)، ج ٢، ٢٠٢٢، ص٤٧. د. خليل إبراهيم محمد، تنازع القوانين في مسألة النفقة، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، المجلد (١١)، العدد (٤٠)، العراق، ٢٠٠٩، ص٩١.

[٤] د. فؤاد عبد المنعم رياض، د. سامية راشد، الوجيز في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، مصدر سابق، ص٢٣٦.

إنَّ قانون جنسية المدين يُبَيِّن الشخص الذي تجب له النفقة، كما يحدد الشخص الذي يكون ملتزمًا بإداء النفقة، فضلًا عن ذلك تحديد مقدار النفقة الواجب دفعها، والكيفية التي يتم من خلالها دفع النفقة، وسقوط الالتزام بها[١].

وتجدر الإشارة بأَنَّ القانون العراقي والقانون المصري أعطى الاختصاص في مسألة نفقة الأقارب إلى قانون جنسية المدين بها؛ بسبب التبرير المعتمد في هذا الموضوع أَلا وهو عند تحقق الشروط اللازمة للمطالبة بالنفقة

[١] د. إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ٢٠٠٢، مصدر سابق، ص٢٦٥.

هذا يدل على وجود التزام على عاتق المدين بها، ولا يمكن للشخص أن يلتزم خلافًا لما يقرره قانون دولته[١].

ويُلاحظ بأَنَّ عبارة (المدين بها) التي استعملها كل من المشرع العراقي والمصري تم انتقادها من قبل فقه القانون الدولي الخاص؛ كونه تعبيرًا مُعيبًا، إذ إنَّه يفترض بصورة مُسبقة أن شخصًا ما مدينًا بالنفقة، بينما قانون جنسية الشخص هو الذي يبت بالمديونية، ومن ثم تحديد فيما إذا كان الشخص مدينًا بالنفقة من عدمه؟، كما يؤخذ على الحكم الذي أورده المشرع العراقي في نص المادة (٢١) من القانون المدني العراقي لا يحل المشكلات التي تواجه تطبيق القانون الذي يسري على النفقة؛ لأَنَّ معرفة الشخص الذي تجب عليه النفقة وكونه ملزمًا بها أم لا، تعد من الأمور الأساسية التي تُثير خلافًا بين قوانين الدول المختلفة، فبعض القوانين تلزم بعضًا من الأقارب بالإنفاق على أحد أقاربه، بينما قوانين أخرى لا تلزم بذلك الإنفاق، ومن هنا يتطلب الأمر تحديد القانون الواجب التطبيق؛ بغية معرفة فيما إذا كان الشخص المطلوب منه النفقة ملزمًا ومدينًا بها أم لا وفقًا لأحكام هذا القانون[٢]، وتجدر الإشارة بأَنَّ نص المادة المذكور أعلاه لم يعالج موضوع التنازع المتغير؛ أي: تغيير جنسية المُطالَب بالنفقة (المدين) بين نشوء العلاقة القانونية التي تكون مصدرًا للنفقة ووقت الأخذ بجنسية المدين بتلك النفقة، فالرأي الراجح بهذا الصدد يذهب إلى الاعتداد بـ (جنسية المدين بالنفقة) وقت المطالبة بها (بالنفقة)[٣].

هناك من ذهب إلى إعطاء الاختصاص فيما يتعلق بمسألة النفقة ما بين الأقارب إلى قانون محل الإقامة العادية لطالِب النفقة (الدائن بالنفقة)، ويبرر ذلك أَنَّ طالب النفقة الطرف الضعيف في مسألة النفقة إذ ينبغي حمايته، كما أَنَّ طالب النفقة في الأغلب يكون مقيمًا في الدولة التي تكون محاكمها مختصة بالنظر في نزاعات النفقة، فضلًا عن ذلك أَنَّ قانون محل الإقامة العادية للدائن بالنفقة يؤدي إلى تجنب تجزئة الالتزام بالنفقة فيما بين المدينين بها وتوحيد القانون الواجب التطبيق على مسألة النفقة[٤].

نتيجةً للانتقادات والملاحظات المشار إليها أعلاه، ونظرًا إلى وجاهة ومقبولية المبررات المذكورة آنفًا لإعطاء الاختصاص إلى قانون محل الإقامة العادية لطالب النفقة، ولكون طالب النفقة يعد شخصًا ضعيفًا والذي يجب حمايته وتأمين كرامة المعيشة له ومتطلباته الحياتية. لذا يؤيد الباحث الرأي المشار إليه آنفًا، ويقترح على المشرع العراقي ضرورة تعديل نص المادة (٢١) من القانون المدني ليصبح بالصيغة الآتية: (يسري على الالتزام الخاص بنفقة الجد والجدة على الأحفاد أو العكس، والأقارب غير المباشرون قانون محل الإقامة العادية للدائن بها،

---

[١] د. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، الجنسية والموطن ومعاملة الأجانب والتنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية، مصدر سابق، ص٨٩٣.

[٢] د. هشام خالد، القانون الدولي الخاص، النظرية العامة- النظرية العامة للجنسية- الجنسية المصرية- مركز الأجانب- تنازع القوانين- تنازع الاختصاص القضائي الدولي- تنفيذ الأحكام الأجنبية، مصدر سابق، ص٨٣٣. د. عباس العبودي، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مصدر سابق، ص١٢٩. د. حسن الهداوي، تنازع القوانين وأحكامه في القانون الدولي الخاص العراقي، مصدر سابق، ص١٦٨. د. رجائي حسين الشتيوي، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص٣٦٢.

[٣] د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص٩٢٥. د. أياد مطشر صيهود، فلسفة تنازع الاختصاص التشريعي في مسائل الأحوال الشخصية، مصدر سابق، ص١١١. د. خليل إبراهيم محمد، تنازع القوانين في مسألة النفقة، مصدر سابق، ص٩٤.

[٤] د. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، ج ٢، التنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية، مصدر سابق، ص٣٨٩.

و فيما يتعلق بالنفقات الأخرى المترتبة عن آثار الزواج وانقضائه فتخضع إلى القانون الواجب التطبيق عليها عملًا بالنصوص القانونية السابقة).

أما بالنسبة إلى المشرع التونسي تناول موضوع النفقة في أحكام الفصل (٥١) من مجلة القانون الدولي الخاص الذي نص على أنَّه: " تخضع النفقة للقانون الشخصي للدائن أو قانون مقره أو القانون الشخصي للمدين أو قانون مقره .ويُطَبِّق القاضي القانون الأفضل للدائن...". فالمشرع التونسي جاء بقاعدة عامة بشأن مسائل النفقة وقد أخضع نفقة الأقارب إلى أربعة قوانين وهي: (القانون الشخصي للدائن أو قانون محل مقره، أو القانون الشخصي للمدين أو محل مقره) على أَنَّ يتم اختيار القانون الأفضل للدائن، وإنَّ مسألة الأفضلية يتم تحديدها من خلال السلطة التقديرية التي يتمتع بها القاضي، ويستطيع القاضي الاستعانة ببعض الاعتبارات التي من خلالها يُحدد القانون الأفضل، فمثلًا: (اتساع مشمولات النفقة أو ضيقها، وتقادم الحق بالنفقة بمضي الزمان أو عدم تقادمه، وتعدد الملتزمين بإداء النفقة و مسؤوليتهم التضامنية فيما بينهم)، وما يبرر منح الأفضلية لقانون الدائن بالنفقة؛ كون الأخير (الدائن بالنفقة) يعد الطرف الضعيف في الالتزام الذي ينبغي توفير الحماية اللازمة لاسيما أَنَّ دَينه يتعلق بمعيشته و احتياجاته اليومية[١].

بينما أخضع المشرع الفرنسي النفقة ما بين الأقارب إلى قانون محل الإقامة العادية للدائن بالنفقة (المُطالِب بالنفقة)، وهذا ما هو ثابت من خلال نص المادة (٤٦) من قانون المرافعات المدنية الفرنسي لعام ١٩٧٥ التي نصت على أَنَّه: "... في مسائل النفقة أو المساهمة في نفقات الزواج يكون الاختصاص للمكان الذي يقيم فيه الدائن"، كما أخذت بهذا الاتجاه اتفاقية لاهاي المنعقدة في (٢/ أكتوبر/ ١٩٧٣) المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على التزامات النفقة التي جاءت بصورة عامة يتم تطبيقها على جميع أنواع النفقات سواء كانت تتعلق في مجال نفقة الأسرة، أو نفقة الأقارب، أو نفقة الزواج، أو نفقة المصاهرة، أو نفقة النسب، إذ نصت هذه الاتفاقية بالفقرة (١) من المادة (٤) على أَنَّه: " يسري القانون الداخلي لمحل الإقامة العادية للدائن بالنفقة على التزامات النفقة المشار إليها في المادة الأولى"[٢]، كما تنص المادة (٥) من الاتفاقية ذاتها على أَنَّه: " ولا يُنحّى هذا القانون إلّا إذا لم يستطع طالب النفقة الحصول عليها طبقًا لأحكامه، حيث يسري القانون الوطني المشترك بينه وبين المدين بالنفقة "[٣].

---

[١] القاضي مبروك بنموس، شرح المجلة التونسية للقانون الدولي الخاص، مصدر سابق،ص٤٤٥.

[٢] والجدير بالذكر نصت المادة (١) من الاتفاقية المذكورة أعلاه على أَنَّه: " تسري هذه الاتفاقية على التزامات النفقة الناشئة عن علاقة أسرية أو نسب أو زواج أو مصاهرة، بما في ذلك التزام النفقة فيما يتعلق بالطفل غير الشرعي".

[٣] يُنظر تفصيلًا بهذا الصدد كل من: د. أحمد عبد الكريم سلامة، التنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية، مصدر سابق، ص٣٠٤.
د. رنا صادق الدليمي، د. رعد مقداد آل دولة، العلاقة بين الاختصاصين القضائي والتشريعي في القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص١٣٨. د. فراس كريم البيضاني، الباحث حسين نعمة نغميش، الحلول الحمائية لقواعد تنازع القوانين في مسائل النفقة بين الأقارب، مصدر سابق، ص٥٥.

في حين أخضع المشرع الأمريكي نفقة الأقارب إلى قانون دولة القاضي؛ كونها من الإجراءات التي يتم الفصل فيها بالتبعية إلى قضايا أصلية، فالقضاء الوطني عندما يختص بالنظر في المنازعة المتعلقة بمسألة النفقة يقوم بتطبيق قانون دولته (القانون الوطني)، وفي الأغلب ما يكون الدائن بالنفقة (مستحق النفقة) متوطن أو مقيم أو متواجد على أراضي الإقليم الوطني[١].

وعلى الرغم مما تقدم يُلاحظ بأَنَّ النفقات الأخرى المترتبة عن الزواج وانقضائه المتمثلة بـ: (نفقة الزوجية، ونفقة المطلقة، ونفقة الأصول والفروع أو العكس، والنفقة الوقتية) يخرجها المشرع الوطني عن أحكام المادة التي تعالج نفقة الأقارب ويُطَبِّق عليها أحكام قانونية خاصة بها، هذا الإخراج يشكل استثناء عن النص الذي يحكم نفقة الأقارب بوصفها نصوصًا مُقيَّدة لذلك النص (نص نفقة الأقارب) وما يترتب على هذا (تقييد لسلطة القضاء) الذي يتمثل بضرورة الالتزام بتلك النصوص القانونية الخاصة بالنفقات المذكورة أعلاه والدفع بفكرة الدفع بالنظام العام كلّما تطلب الأمر؛ كونها تدخل ضمن نطاق مسائل الأحوال الشخصية التي تعد من النظام العام، فضلًا عن ذلك هناك قيدٌ آخر يُقيِّد سلطة القضاء إذا تبين أَنَّ القانون الأجنبي الذي يحكم النفقة ما بين الأقارب مخالفًا لمبادئ النظام العام الوطني ففي هذا الحال ينبغي على القاضي الوطني استبعاد ذلك القانون من خلال فكرة الدفع بالنظام العام، وسنوضح ذلك على وفق التفصيل الآتي:

١- نفقة الزوجية: وهي النفقة التي تقع على عاتق أحد الزوجين لصالح الزوج الآخر، فإنَّها تنشأ عن عقد زواج صحيح[٢]، ومن ثم تعد أثر من آثار الزواج، وبناءً على ذلك فأَنَّ هذه النفقة في القانون العراقي تخضع إلى قانون جنسية الزوج وقت إبرام الزواج[٣]، أو إلى القانون العراقي إذا كان أحد الزوجين عراقي الجنسية وقت إبرام الزواج عملًا بأحكام المادة (١٩) بفقرتيها (٥،٢) من القانون المدني النافذ[٤]، كذلك الحال فيما يخص القانون

---

[١] د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص٩١٤. د. رنا صادق الدليمي، د. رعد مقداد آل دولة، العلاقة بين الاختصاصين القضائي والتشريعي في القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص١٣٧. د. جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص٣٥٤.

[٢] وتجدر الإشارة بأَنَّ المشرع العراقي جعل نفقة الزوجة على زوجها تماشيًا مع الشريعة الإسلامية؛ وذلك من خلال أحكام المادة (٥٨) من قانون الأحوال الشخصية النافذ التي نصت على أَنَّه: " نفقة كل إنسان في ماله إلّا الزوجة فنفقتها على زوجها ".

[٣] وبهذا الصدد أصدرت محكمة التمييز في العراق قرارها ذي العدد (٢٦ / شخصية / ٦٨ / هيئة عامة) والمؤرخ في (١٩٦٨/٥/١٩) الذي جاء فيه: " إنَّ الحكم الصادر يخالف أحكام المادة (٢١) من القانون المدني العراقي التي نصت على سريان قانون المدين بالالتزام بالنفقة، وحيث إنَّ الدعوى موضوع التمييز هي دعوى نفقة أقامتها المميز عليها وحيث إنَّهما إيرانيا الجنسية، فيكون القانون الإيراني المتعلق بالنفقة هو الساري على موضوع الدعوى وواجب التطبيق وهذا ما قررته الفقرة (٢) من المادة (١٩) من القانون المدني العراقي"، قرار منشور في المجلد الخامس، قضاء محكمة التمييز، القرارات الصادرة سنة (١٩٦٨)، دار الحرية للطباعة، مطبعة الحكومة، بغداد، ١٩٧١، ص٣٥، ص٣٦، مشار إليه لدى: د. فراس كريم البيضاني، الباحث حسين نعمة نغميش، الحلول الحمائية لقواعد تنازع القوانين في مسائل النفقة بين الأقارب، مصدر سابق، ص٤٢.

[٤] هناك من أشار إلى أَنَّ نص المادة (٢١) غير مشمول بالاستثناء الوراد في الفقرة (٥) من المادة (١٩)؛ لأَنَّ نص المادة (٢١) نصًا خاصًا بينما نص الفقرة المذكورة نصًا عامًا، والقاعدة القانونية تقضي بأَنَّ (الخاص يقيد العام)، وعليه فأن الاستثناء المذكور في تلك الفقرة يسري على الفقرات السابقة والمذكورة في المادة (١٩) ولا يمتد إلى حكم المادة (٢١). د. محمد جلال حسن الأتروشي وآخرون، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين- تنازع الاختصاص القضائي الدولي- تنفيذ الأحكام الأجنبية، مصدر سابق،ص١٢١.

المصري تطبيقًا لأحكام المادتين (١/١٣) و(١٤) من القانون المدني النافذ[١]. أما بالنسبة إلى القانون التونسي فقد تضمن قاعدة إسناد عامة تتعلق بموضوع النفقة التي نص عليها الفصل (٥١) من مجلة القانون الدولي الخاص وأخضعها إلى القانون الأفضل للدائن من القوانين الأربعة وهي: (القانون الشخصي للدائن أو قانون مقره أو القانون الشخصي للمدين أو قانون مقره) إلّا إنَّه هنالك من يرى[٢] في الفقه التونسي أن النفقة الزوجية تعد من واجبات الزواج ما دامت العلاقة الزوجية قائمة بين الزوجين فإنَّها تخرج من أحكام الفصل (٥١) وتخضع إلى أحكام الفصل (٤٧) من مجلة القانون الدولي الخاص.

فيما يتعلق بالقانون الفرنسي والقانون الأمريكي فهذه التشريعات تفرق بين الآثار الشخصية و الآثار المالية المترتبة عن عقد الزواج كما أوضحنا سابقًا[٣].

٢- نفقة المطلقة: وهي تلك النفقة التي تستحقها الزوجة بعد انقضاء العلاقة الزوجية من خلال الطلاق أو التطليق أو الانفصال الجسماني، فالمشرع العراقي عدَّ نفقة المطلقة أثر من آثار انتهاء العلاقة الزوجية ومن ثم تخضع إلى (قانون جنسية الزوج وقت الطلاق أو وقت رفع الدعوى، أو إلى القانون العراقي إذا كان أحد الزوجين عراقي الجنسية وقت إبرام الزواج) استنادًا إلى أحكام الفقرتين (٣،٥) من المادة (١٩) من القانون المدني النافذ، وهذا ما أخذ به كذلك المشرع المصري من خلال أحكام المادة (٢/١٣) والمادة (١٤) من القانون المدني المصري النافذ[٤]، في حين المشرع التونسي أخضع نفقة المطلقة إلى القانون الذي حصل بموجبه التصريح بحل العلاقة الزوجية عملًا بما ورد في عجز الفصل (٥١) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي[٥]، أما بالنسبة إلى المشرع الفرنسي عالج موضوع انقضاء الزواج بأحكام المادة (٣٠٩) من القانون المدني النافذ السالفة الذكر ومن ثم يدخل ضمن أحكام هذه المادة فيما يتعلق بموضوع نفقة المرأة المطلقة، بينما المشرع الأمريكي ذهب إلى تطبيق قانون دولة القاضي على موضوع انقضاء الزواج، وعليه يتم تطبيق قانون هذه الدولة على نفقة المطلقة كلّما ثبت الاختصاص للمحاكم الوطنية وتصبح هذه المحاكم مختصة عندما يكون هنالك موطنًا لأحد الزوجين في الإقليم الوطني أو محل إقامة عادية لأحدهما في الإقليم المذكور[٦].

---

[١] د. حسن الهداوي، الوجيز في القانون الدولي الخاص، ج ٣ في تنازع القوانين، مطبعة الإرشاد، بغداد، ١٩٦٢، ص١٢٧. د. محمد السيد عرفة، الوجيز في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص٢٢٢.

[٢] د. لطفي الشاذلي، القاضي. مالك الغزواني، مجلة القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص٦٣٤.

[٣] يُنظر تفضلًا فيما يتعلق بآثار الزواج بالنسبة إلى القانون الفرنسي والقانون الأمريكي في الصفحة (١٥٩) من هذه الرسالة.

[٤] يُنظر تفضلًا بشأن الموضوع كل من: د. يونس صلاح الدين علي، القانون الدولي الخاص، دراسة تحليلية في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مصدر سابق، ص٣٤٣. د. خليل إبراهيم محمد، تنازع القوانين في مسألة النفقة، مصدر سابق، ص١٠٧. د. صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، ط ١، مصدر سابق، ص٤٠٨. د. جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص٣٥٦.

[٥] جاء في عجز الفصل (٥١) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي "... إلاّ إنّ نفقة الزوجين ينظمها القانون الذي وقع بمقتضاه التصريح بحلّ الرابطة الزوجيّة ".

[٦] يُنظر تفضلًا ما ورد في موضوع انقضاء الزواج فيما يخص القانون الفرنسي والأمريكي في الصفحة (١٧٠،١٧١) من هذه الرسالة.

٣- نفقة الأصول والفروع: هي تلك النفقة التي تكون واجبة الأداء ولا يتوقف أدائها على صدور حكم قضائي، أو اتفاق رضائي، فإنَّها واجبة بصورة تلقائية شأنها شأن نفقة الزوجة عند توافر الشروط اللازمة[١] لاستحقاقها سواء كانت للأصول أو للفروع[٢]. فالمشرع العراقي أخضع نفقة الأصول على الفروع أو العكس إلى الأحكام الواردة في نص المادة (٤/١٩) من القانون المدني التي قضت بإعطاء الاختصاص إلى قانون جنسية الأب، وعليه يتم الرجوع إلى هذا القانون لتحديد فيما إذا كان المُطالَب بالنفقة يعد مدينًا بها من عدمه[٣]، كما يمكن تطبيق القانون العراقي إذا كان أحد الزوجين (الأبوين) عراقي الجنسية وقت إبرام الزواج عملًا بالاستثناء الوارد في المادة (١٩) بفقرتها (٥) من القانون المدني، وبناءً على ذلك فإنَّ نفقة الأصول والفروع أو العكس لا تدخل ضمن نطاق أحكام المادة (٢١)[٤] من القانون المدني العراقي النافذ[٥].

بينما المشرع المصري جعل تطبيق أحكام المادة (١٥) من القانون المدني شاملًا للنفقة فيما بين الأقارب سواء كانت قرابة النسب المباشرة (قرابة الأصول والفروع) أم قرابة غير مباشرة (قرابة الحواشي)أم قرابة مصاهرة، فيسري عليها قانون المدين بالنفقة[٦].

في حين المشرع التونسي تطرق إلى تنظيم مسألة النفقة في الفصل (٥١) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي من دون بيان أنواع النفقات، وعليه تكون نفقة الأصول والفروع أو العكس تدخل ضمن نطاق الفصل المذكور ومن ثم تخضع إلى القانون الأفضل للدائن الذي يحدده القاضي من بين القوانين الأربعة أَلا وهي: (القانون الشخصي للدائن أو قانون مقره، أو القانون الشخصي للمدين أو قانون مقره)[٧].

---

[١] أشار المشرع العراقي إلى شروط نفقة الفروع على الأصول في المادة (٥٩) من قانون الأحوال الشخصية النافذ التي نصت على أَنَّه: "١- إذا لم يكن للولد مال فنفقته على أبيه ما لم يكن فقيرًا عاجزًا عن النفقة والكسب. ٢- تستمر نفقة الأولاد إلى أن تتزوج الأنثى ويصل الغلام إلى الحد الذي يتكسب فيه أمثاله ما لم يكن طالب علم. ٣- الأبن الأكبر العاجز عن الكسب بحكم الأبن الصغير". كما نصت المادة (٦٠) من القانون ذاته على أَنَّه: "١- إذا كان الأب عاجزًا عن النفقة يكلف بنفقة الولد من تجب عليه عند عدم الأب. ٢- تكون هذه النفقة دينًا على الأب للمنفق يرجع بها عليه إذا أيسر". بينما تضمنت المادة (٦١) من القانون المذكور شروط نفقة الأصول على الفروع التي قضت على أَنَّه: " يجب على الولد الموسر كبيرًا كان أو صغيرًا نفقة والديه الفقيرين ولو كانا قادرين على الكسب ما لم يظهر الأب إصراره على اختيار البطالة".

[٢] د. مصطفى إبراهيم الزلمي، أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي المقارن، دراسة مقارنة بالقانون، ط ١، إحسان للنشر والتوزيع، بلا مكان نشر، ٢٠١٤، ص١٠٢. وتجدر الإشارة إنَّ قرار محكمة التمييز الاتحادية الصادر بتأريخ (٧/١٢/ ٢٠٢١) تضمن بأَنَّ " المدعية (الأم) تستحق النفقة على رغم من إنها تتقاضى راتبًا تقاعديًا؛ كونها امرأة مريضة وتحتاج إلى مراجعة الأطباء بصورة مستمرة ما دام أولادها موظفين وميسوري الحال فالواجب عليهم الأنفاق عليها وإيصالها إلى حالة عدم الحاجة إلى الآخرين"، قرار غير منشور، وبذات المعنى القرار ذي العدد (١٣٣١٩/ هيئة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية/ ٢٠١٢) والصادر من المحكمة المذكورة بتأريخ (٢٠/١٠/٢٠٢١)، قرار غير منشور.

[٣] أستاذنا. د. حسن علي كاظم، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص٣٠٧.

[٤] بينما يرى الدكتور عبد الواحد كرم (بأَنَّ أحكام المادة (٢١) تشمل نفقة الأقارب المباشرون؛ أي: نفقة الأصول والفروع). د. عبد الواحد كرم، الأحوال الشخصية في القانون الدولي الخاص العراقي، مصدر سابق، ص٤٨. ويجد الباحث إنَّ اعتماد هذا الرأي يؤدي إلى انتفاء الحاجة إلى نص المادة (٤/١٩) وإن وجودها لا مبرر له، وعليه نؤيد خروج نفقة الأصول والفروع من نص المادة (٢١) وإخضاعها إلى نص المادة (٤/١٩).

[٥] د. خليل إبراهيم محمد، تنازع القوانين في مسألة النفقة، مصدر سابق، ص٩٣، ص١٠٨.

[٦] د. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، ج ٢، التنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية، مصدر سابق، ص٣٩٠.

[٧] نص الفصل (٥١) من مجلة القانون الدولي الخاص على أَنَّه " تخضع النفقة للقانون الشخصي للدائن أو قانون مقره أو القانون الشخصي للمدين أو قانون مقره .ويُطَبّق القاضي القانون الأفضل للدائن...".

فيما يتعلق بالمشرع الفرنسي، يبدو أَنَّه أخضع نفقة الأصول والفروع أو العكس إلى (قانون محل الإقامة العادية للدائن بالنفقة) عملًا بأحكام المادة (٤٦) من قانون المرافعات المدنية؛ بوصفها تدخل ضمن النفقة ما بين الأقارب[١].

أما بالنسبة إلى المشرع الأمريكي، فعندما أخضع النفقة بصورة مطلقة إلى قانون القاضي، فيمكن القول: إنَّ نفقة الأصول والفروع أو العكس يسري عليها ذلك القانون[٢].

٤- النفقة المؤقتة: هي تلك النفقة التي يُطالب بها أحد الخصوم نتيجةً للضرورة والاستعجال والخوف من خطر التأخير خلال النظر في الدعوى الأصلية وحتى البت فيها سواء كانت تتعلق بالزواج أو الطلاق والتطليق. يبدو أَنَّ القاعدة المعمول بها خضوع النفقة الوقتية إلى قانون دولة قاضي النزاع[٣] (قانون المحكمة)[٤] إلّا إنَّه اختلف الفقه الفقه في أساس تطبيق هذه القاعدة، فهناك من يرى[٥] إنَّها تتعلق بالمسائل الإجرائية الوقتية، بينما هناك من ذهب إلى كونها تتعلق بإجراءات الأمن المدني[٦].

ويجد الباحث أَنَّ الغاية الأساسية من تطبيق القاعدة المذكورة آنفًا تتمثل بحصول طالب النفقة عليها (على النفقة)؛ لتجنب الأضرار التي تلحق به نتيجةً لتأخر إجراءات حسم الدعوى، والحصول على ما يسد متطلباته الحياتية (اليومية) أيًا كان أساس تطبيق تلك القاعدة وفقًا لما ورد أعلاه، وإنَّ كان من الأفضل ترجيح اتجاه (إجراءات الأمن المدني)؛ لوصفها من القواعد ذات التطبيق الضروري.

---

[١] نصت المادة (٤٦) من قانون المرافعات المدنية الفرنسي لعام ١٩٧٥على أَنَّه: "... في مسائل النفقة أو المساهمة في نفقات الزواج يكون الاختصاص للمكان الذي يقيم فيه الدائن".

[٢] يُنظر تفضلًا ما ورد في الصفحات السابقة من هذه الرسالة بشأن موقف المشرع الأمريكي من مسألة النفقة.

[٣] يرى الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة (بأَنَّ النفقة الوقتية يسري عليها القانون الواجب التطبيق على النفقة العادية وليس قانون دولة القاضي إلّا إلّا إنَّه يمكن تطبيق القانون الأخير عندما تحول ظروف السرعة والاستعجال دون تطبيق القانون الذي يحكم النفقة العادية كحالة البحث عن أحكام هذا القانون والكشف عنه وتفسيره وتحديد مدى عدم مخالفته للنظام العام الوطني، وعليه فالقانون الذي يحكم آثار الزواج هو الذي يُطَبَّق على النفقة الوقتية التي تطلبها الزوجة أثناء النظر في الدعوى التي تقيمها على زوجها للحصول على منزل شرعي، وكذلك الحال فيما يخص القانون الذي يحكم التطليق هو الذي يسري على النفقة الوقتية للزوجة والأولاد طيلة المدة التي تستغرقها الدعوى لغاية حسمها والبت فيها). يُنظر تفضلًا: د. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، الجنسية والموطن ومعاملة الأجانب والتنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية، مصدر سابق، ص٨٩٧.

[٤] د. أياد مطشر صيهود، فلسفة تنازع الاختصاص التشريعي في مسائل الأحوال الشخصية، مصدر سابق، ص١١١. د. فؤاد عبد المنعم رياض، رياض، د. سامية راشد، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وآثار الأحكام الأجنبية، مصدر سابق، ص٢٥٤.

[٥] تبنى هذا الاتجاه كل من: د. عبد الواحد كرم، الأحوال الشخصية في القانون الدولي الخاص العراقي، مصدر سابق، ص٤٩. د. فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص١٤٢. د. سالم حماد دحدوح، الوجيز في القانون الدولي الخاص في ظل التشريعات المطبقة في فلسطين، ج ٢ في تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مصدر سابق، ص١٧٠.

[٦] أخذ بهذا الاتجاه كل من: د. رجائي حسين الشتيوي، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص٣٦٥. د. محمد السيد عرفة، الوجيز في التنازع التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص٢٢٣. د. علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، مصدر سابق، ص٧٨.

يمكن القول: إنَّ القانون العراقي و القوانين محل المقارنة أخذت بقاعدة إخضاع النفقة الوقتية إلى قانون دولة القاضي، فالقانون العراقي أخذ بهذه القاعدة من خلال نص المادة (٢٨) من القانون المدني، والمواد القانونية الواردة في قانون المرافعات المدنية النافذ، إذ نصت المادة (٢٨) على أَنَّه: " قواعد الاختصاص وجميع الإجراءات يسري عليها قانون الدولة التي تقام فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات"، بينما نصت المادة (١٤١) من قانون المرافعات المدنية على أَنَّه: " ١- تختص محكمة البداءة بنظر المسائل المستعجلة التي يخشى عليها من فوات الوقت بشرط عدم المساس بأصل الحق .٢ - تختص محكمة الموضوع بنظر هذه المسائل إذا رفعت إليها بطريق التبعية أثناء السير في دعوى الموضوع". كما قضت المادة (٣٠٢) من القانون ذاته بأَنَّ: " تختص محكمة الأحوال الشخصية بالحكم بصفة مستعجلة بنفقة مؤقتة...".

كذلك بالنسبة إلى القانون المصري اعتمد القاعدة المذكورة أعلاه من خلال المادة (٢٢) من القانون المدني النافذ التي تقابل نص المادة (٢٨) من القانون المدني العراقي، فضلًا عن ذلك نصت المادة (٣٤) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ على أَنَّه: " تختص محاكم الجمهورية بالأمر بالإجراءات الوقتية والتحفظية التي تنفذ في الجمهورية ولو كانت غير مختصة بالدعوى الأصلية".

في حين القانون التونسي أخذ بالقاعدة المذكورة آنفًا من خلال عجز الفصل (٤٩) من مجلة القانون الدولي الخاص الذي نص على أَنَّه: "... وينظم القانون التونسي الوسائل الوقتية أثناء سير الدعوى"، فضلًا عن ذلك كون خضوع إجراءات التقاضي إلى قانون قاضي النزاع تعد قاعدة عامة[١].

كما اعتمد المشرع الفرنسي القاعدة المشار إليها آنفًا عندما منح القضاء الفرنسي إلى المحاكم الاختصاص بـ (الإجراءات الوقتية والتحفظية)[٢]، أما بالنسبة إلى القانون الأمريكي سبق أن أشرنا أخذ بتطبيق قانون دولة القاضي عند ثبوت الاختصاص القضائي للمحاكم الوطنية، وعليه فإنَّ النفقة الوقتية تعد من المسائل الإجرائية الوقتية التي تدخل ضمن قواعد الاختصاص فيُطَبَّق عليها قانون القاضي[٣].

٥- إذا كان القانون الأجنبي الواجب التطبيق على مسألة النفقة ما بين الأقارب مخالفًا لمقتضيات النظام العام الوطني، ففي هذا الحال ينبغي على قاضي النزاع استبعاد القانون الأجنبي المخالف لتلك المقتضيات، كحالة منع الدائن بالنفقة من المطالبة بها إلّا إنَّه لا يعد القانون الأجنبي المختص مخالفًا لمتطلبات النظام العام إذا وجد اختلاف في ترتيب المدين بالنفقة، أو في كيفية أداء النفقة[٤].

---

[١] مجلة القانون الدولي الخاص التونسي رقم (٩٧) لسنة ١٩٩٨.

[٢] د. إبراهيم أحمد إبراهيم، د. أحمد قسمت الجداوي، القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة،١٩٩٨، ص٢٠١٩، أشار إليه: د. فراس كريم البيضاني، الباحث حسين نعمة نغميش، الحلول الحمائية لقواعد تنازع القوانين في مسائل النفقة بين الأقارب، مصدر سابق، ص٤٧.

[٣] يُنظر تفضلًا ما جاء في الصفحة (١٧١،١٧٨) من هذه الرسالة.

[٤] د. صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، ط ١، مصدر سابق، ص٣٥٧.

والجدير بالملاحظة أَنَّ القانون العراقي والقوانين محل المقارنة أخذت بفكرة الدفع بالنظام العام وكما أوضحنا ذلك سابقًا، بل إنَّ القضاء الفرنسي وصف القواعد القانونية التي تتعلق بمسائل النفقة بأَنَّها تمس النظام العام[١].

نستنتج مما تقدم أَنَّ موضوع النفقة يعد من مسائل الأحوال الشخصية التي تدخل ضمن طائفة الحالات المالية الأسرية، وإنَّها تترتب بسبب الزواج أو انقضائه، أو بسبب القرابة التي تكون قرابة مباشرة أو قرابة غير مباشرة، ويطلق على هذه الأخيرة بـ (نفقة الأقارب) وقد اختلفت قوانين الدول اللاتينية والأنجلوأمريكية في تحديد القانون الذي يحكم مسألة النفقة ما بين الأقارب إذ جاء المشرع العراقي بنص مطلق يعالج موضوع النفقة وهو نص المادة (٢١) من القانون المدني إلّا إنَّ الفقه العراقي ذهب إلى أَنَّ النص المذكور يتعلق بنفقة (الجدة والجدة على الأحفاد أو العكس، وقرابة الحواشي والمصاهرة)، في حين المشرع المصري أخضع النفقة المذكورة صراحةً إلى نص المادة (١٥) من القانون المدني، بينما المشرع التونسي اعتمد على تطبيق القانون الأفضل للدائن بالنفقة من القوانين الأربعة وهي: (القانون الشخصي للدائن أو قانون مقره، أو القانون الشخصي للمدين أو قانون مقره) والمشار إليها في الفصل (٥١) من مجلة القانون الدولي الخاص، وتحديد مدى الأفضلية يتم من قبل القاضي، أما بالنسبة إلى المشرع الفرنسي فقد أخضع نفقة الأقارب إلى قانون محل الإقامة العادية للدائن، وفيما يخص المشرع الأمريكي أخذ بقانون دولة القاضي ليحكم نفقة الأقارب، وعلى الرغم من ذلك فالمشرع الوطني قد يخرج من نطاق القانون الذي يسري على نفقة الأقارب النفقات الأخرى المترتبة على الزواج وانقضائه، إذ إنَّها تعد استثناءً على النص القانوني الذي يعالج نفقة الأقارب ومن ثم تكون قيودًا لذلك النص التي من خلالها يتم تقييد سلطة القضاء الوطني بالالتزام بها والدفع بالنظام العام؛ كونها تدخل ضمن نطاق الأحوال الشخصية، وهذا ما اتبعه المشرع العراقي عندما أخرج نفقة الزوجية ونفقة المطلقة ونفقة الأصول والفروع والنفقة المؤقتة من أحكام نص المادة (٢١) من القانون المدني وأخضعها إلى نصوص قانونية خاصة بها وكما موضح سابقًا، وكذلك الحال بالنسبة إلى المشرع المصري ما عدا نفقة الأصول والفروع جعلها تدخل ضمن نطاق نص المادة (١٥) من القانون المدني السالفة الذكر، بينما المشرع التونسي أخرج من نطاق الفصل (٥١) من المجلة الدولية نفقة الزوجية ونفقة المطلقة والنفقة المؤقتة، فيما يخص المشرع الفرنسي فقد قيَّد سلطة القضاء بضرورة اتباع النصوص القانونية المتعلقة بحكم مسألة النفقة المذكورة آنفًا، وكذلك المشرع الأمريكي قيَّد سلطة القاضي من خلال إخضاع موضوع النفقة بصورة عامة إلى قانون دولة القاضي المعروض عليه النزاع. ويبدو أَنَّ الاتجاه اللاتيني و الأنجلوأمريكية اتفقا على تطبيق قانون دولة القاضي على مسألة (النفقة المؤقتة) سواء أكان أساسها يتعلق بالإجراءات الوقتية أم بإجراءات الأمن المدني، كما يتم تقييد سلطة القاضي بالدفع بالنظام العام كلّما وجد بأَنَّ القانون الأجنبي الواجب التطبيق على مسألة النفقة بين الأقارب يصطدم مع مقتضيات النظام العام السائدة في دولته.

---

[١] د.أحمد عبد الحميد عشوش، د. عبد الباقي حمدي عبد الباقي، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص٣٩٠. د. علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، مصدر سابق، ص٧٨.

الفرع الثاني

مسائل الحضانة

تعد الحضانة من المسائل المهمة التي تدخل ضمن نطاق الأحوال الشخصية من ناحية الحالات المالية الأسرية نظرًا إلى ما تتطلبه من أجرة إلى الحاضن بعد انحلال الرابطة الزوجية[١]، ونفقة إلى المحضون، إذ إنَّها (الحضانة)[٢] وضعت لمصلحة الصغير لغرض رعايته، وتربيته، وحمايته وصيانته من الانحراف والاهتمام به وعدم إهماله[٣]؛ بغية نشأته نشأه صحيحة وسليمة ومن ثم يتربى بتربية يستطيع من خلالها مواجهة ضغوطات المجتمع والتكيّف مع البيئة الداخلية والخارجية[٤].

وقد تم تعريف الحضانة[٥] بأنّها: " تربية الولد الصغير(ذكر أم أنثى) ورعاية شؤونه التي لا يقوى بنفسه على القيام بها في سن معينة تكون ما دون السابعة من عمره أو أكثر حسب الأحوال من قبل ممن له الحق في الحضانة"، كما تم تعريفها بأنَّها: " هي حفظ من لا يستقل بأموره وتربيته بما يحقق مصلحته"[٦].

---

[١] والجدير بالذكر إنَّ قرار محكمة التمييز الاتحادية ذي العدد (٢٠٢٤/٥٧٨٥) الصادر بتأريخ (٢٠٢٤/٤/١) تضمن بأَنَّ " أجرة الحضانة لا تستحق إن كانت الزوجية قائمة بحسب المادة (٣/٥٧) من قانون الأحوال الشخصية، وإنَّ حصول اتفاق بين طرفي الدعوى على أجرة الحضانة رغم قيام الزوجية لا قيمةً له لمخالفته أحكام المادة المذكورة، وعليه قررت نقض قرار محكمة الموضوع"، قرار غير منشور، كما ذهبت المحكمة ذاتها في إحدى قراراتها إلى أَنَّ " أجرة الحضانة تكون إلى إكمال المحضون (الطفل) سن العاشرة من العمر ومن ثم استمرار المدعي (المميز) بدفع الأجرة بعد هذا السن من العمر فإنَّه (المدعي) يستحق المبلغ المطالب به؛ لأَنَّه تم استلامه من قبل المدعى عليها من دون وجه حق اعتبارًا من تأريخ إكمال المحضون سن العاشرة من العمر ولغاية تأريخ صدور الحكم في الدعوى"، قرار محكمة التمييز الاتحادية ذي العدد (٣٥/ ٢٠٢٤) المؤرخ (٢٠٢٤/٢/١٤)، قرار غير منشور.

[٢] إنَّ أساس شرعية الحضانة تنطلق من، قوله تعالى: " ذلكَ مِنْ أنبَاءِ الغَيْبِ نُوحيهِ إليكَ وَمَا كُنتَ لَدَيْهِم إذْ يُلْقُون أقْلاَمَهُمْ أَيُّهُم يَكْفُلُ مَريمَ وَمَا كُنتَ لَدَيْهِمْ إذْ يَخْتَصِمُونَ ". سورة آل عمران/ الآية (٤٤)، تدل هذه الآية الكريمة على أجر الكفالة وثوابها، وما دلَّ على ذلك فعل الأحبار وهم يجرون القرعة فيما بينهم بغية تحديد أيهم يتولى كفالة وحضانة السيدة مريم لرغبتهم بالأجر.

كذلك قوله تعالى: " وَقَضَى رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا إِمَّا يَبْلُغَنَّ عِنْدَكَ الْكِبَرَ أَحَدُهُمَا أَوكِلَاهُمَا فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أُفٍّ وَلَا تَنْهَرْهُمَا وَقُلْ لَهُمَا قَوْلًا كَرِيمًا وَاخْفِضْ لَهُمَا جَنَاحَ الذُّلِّ مِنَ الرَّحْمَةِ وَقُلْ رَبِّ ارْحَمْهُمَا كَمَا رَبَّيَانِي صَغِيرًا رَبُّكُمْ أَعْلَمُ بِمَا فِي نُفُوسِكُمْ إِنْ تَكُونُوا صَالِحِينَ فَإِنَّهُ كَانَ لِلْأَوَّابِينَ غَفُورًا". سورة الإسراء/ الآيتين (٢٣) و(٢٤)، إنَّ هاتين الآيتين المباركتين تدل على وجوب رعاية الأبناء للوالدين عند الكبر في مقابل رعايتهم لهم (للأبناء) وحفظهم وحضانتهم في صغرهم عندما كانوا ضعفاء لا يملكون شيئًا. يُنظر تفضلًا: د. عطا مهدي فليح، الحضانة في الفقه الإسلامي، بحث منشور في مجلة كلية التربية الأساسية، عدد خاص، وقائع المؤتمر العلمي (١٩)، كلية التربية الأساسية- جامعة المستنصرية، ٢٠١٩، ص٥١٤. كما تم الاستدلال بقوله تعالى: "لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا". سورة البقرة / الآية (٢٣٣)، فضلًا عن ذلك استدل الفقه الإمامي بروايات تتعلق بموضوع الحضانة ومنها ما ورد عن الإمام الصادق (ع)، بقوله: " المرأة أحق بالولد ما لم تتزوج". يُنظر تفضلًا: د. حيدر حسين كاظم الشمري، المختصر في أحكام الزواج والطلاق وآثارهما في التشريع العراقي والفقه الإسلامي، مصدر سابق، ص٢٢٠.

[٣] إذ ورد في إحدى قرارات محكمة التمييز الاتحادية بأَنَّ " البيئة التي تسكن فيها المدعية غير ملائمة لحضانة البنت ومن ثم تكون إقامتها ومعيشتها مع والدها أفضل وأصلح لها سيما وإنَّها لم تتضرر من إقامتها مع والدها المدعى عليه، وقضت بأَنَّ دعوى المدعية فاقدة لسندها القانوني وواجبة الرد"، قرار محكمة التمييز الاتحادية ذي العدد (٢٠٢٣/١٥١٣٧) الصادر بتأريخ (٢٠٢٣/١١/٦)، قرار غير منشور.

[٤] د. آمنة بوزينة أمحمدي، تنازع القوانين في مسائل الحضانة بين الاتفاقيات الدولية والتشريعات العربية المقارنة، بحث منشور في المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد (١١)، العدد (٢)، الجزائر، ٢٠٢٠، ص٥٧٥.

[٥] والجدير بالذكر هناك ثمة اختلاف بين الحضانة وحفظ الصغير في الحاضنة بعد أقصى سن للحضانة، فالحضانة تكون مقررة بحكم القانون وأساسها الصغر، أو ما في حكمه، بينما حفظ الصغير يتقرر بموجب حكم قضائي وأساسه يتمثل بوجود مصلحة للصغير تقتضي ذلك. د. صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، ط ٢، مزيدة ومنقحة، مصدر سابق، ص٣٠٣.

[٦] د. حسين رجب محمد مخلف الزيدي، الحضانة في قانون الأحوال الشخصية العراقي، دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة التقني، المجلد (٢٤)، العدد (١٠)، ٢٠١١، ص١٤٥.

لما كانت الحضانة[١] تعد من المسائل المهمة التي تدخل ضمن نطاق الأحوال الشخصية إلّا إنَّه لم يتم الاتفاق بشأن تحديد طبيعتها القانونية، فقد وصِفَت بأَنَّها أثر من آثار الزواج؛ لأَنَّها تتعلق ببنوة الولد الناتج عن الرابطة الزوجية، وقد تم توجيه انتقاد إلى هذه الصفة؛ كون عقد الزواج انقضى من خلال الطلاق أو التطليق، ومن ثم فلا مجال للتطرق إلى آثار الزواج، كما وصِفَت بأَنَّها أثر من آثار النسب؛ كون الحضانة تعد التزام يقع على عاتق من يثبت نسب المحضون إليه، ومع ذلك فلم يتم الأخذ بهذا الوصف؛ لأَنَّ النسب مسألة أولية متعلقة بشرعية الأولاد ولا علاقة للنسب برعاية هؤلاء الأولاد، كما تم إدراج الحضانة ضمن مسائل الولاية على المال، فقد انتقد هذا الوصف للحضانة؛ كون الولاية على المال تهدف إلى حماية وحفظ مال الصغير في حين الحضانة تهدف إلى تربية الصغير ورعايته. ويبدو أَنَّ المعمول به بشأن تحديد الطبيعة القانونية للحضانة، وصفها آثر من آثار انقضاء عقد الزواج؛ لأَنَّ التنازع بشأن مسائل الحضانة لا تظهر إلّا بعد انحلال العلاقة الزوجية[٢].

إنَّ الاختلاف الحاصل بشأن تحديد الطبيعة القانونية للحضانة أدى إلى وجود إشكالية حول تحديد القانون الذي يحكم مسائل الحضانة، فهل يكون القانون الواجب التطبيق هو (قانون جنسية الزوج وقت إبرام الزواج، أو وقت انقضائه (وقت الطلاق أو وقت رفع الدعوى)، أو قانون جنسية الأب، أو قانون موطن الطفل، أو القانون الأصلح للطفل)؟

والتساؤل الذي يتبادر إلى الذهن، ما موقف المشرع العراقي ومشرعي القوانين محل المقارنة من القانون الواجب التطبيق على مسائل الحضانة؟

للإجابة على هذا التساؤل، يمكن القول: بأَنَّ القوانين محل الدراسة بعضها وضعت قاعدة إسناد تتضمن تحديد القانون الذي ينظم مسائل الحضانة، بينما بعضها الآخر لم تضع قاعدة إسناد تتعلق بالموضوع المذكور مما أدى الأمر إلى اختلاف وجهات النظر بشأن القانون الذي يتم تطبيقه على مسائل الحضانة. وسنوضح ذلك على وفق التفصيل الآتي:

---

[١] والجدير بالملاحظة إنَّ الفقهاء اختلفوا بشأن صاحب الحق في الحضانة، هل حق للأم، أو حق للصغير، أو حق مشترك لهما. فهناك من عدّ الحضانة حق للصغير على أمه وبناءً على هذا الرأي فلا يجوز للأم التنازل أو الامتناع عن حضانة الصغير بل تُجبر على ذلك، وهذا ما أخذ به القضاء العراقي عندما قضت محكمة التمييز في القرار رقم (١٣٤) لعام ١٩٦٠ " بأَنَّ الحضانة حق من حقوق الصغير لا يمكن للأم الصلح عنه"، بينما هناك من عدّ الحضانة حقٌ للأم، وعليه فأَنَّ الأم لا تُجبر على حضانة الصغير بل تستطيع التنازل عن الحضانة وهذا ما أخذ به كل من الفقه الحنفي والمالكي والحنبلي. في حين ذهب الفقه الإمامي إلى أَنَّ الحضانة للأم والأب معًا، إذ تكون الحضانة للأم للأنثى حتى تبلغ سبعًا، وعلى الذكر حتى يبلغ سنتين بعدها تنتقل الحضانة للأب. أما بالنسبة إلى الفقه الشافعي عَدَّ الحضانة حقٌ مشترك بين الأم والصغير، فإذا تنازلت الأم عن حقها في الحضانة بقي حق الصغير، فيترتب على هذا الرأي إنَّ الأم تُجبر على الحضانة طالما لم يوجد غيرها للقيام بهذه المهمة، فضلًا عن ذلك إذا خالعت الزوجة زوجها بمقابل تنازلها عن الحضانة كان الخلع صحيحًا في حين الشرط باطلًا مراعاة لحق الصغير. د. سلام عبد الزهرة الفتلاوي، د. نبيل مهدي زوين، الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ وتعديلاته، عقد الزواج وآثاره – الفرقة وآثارها – حقوق الأقارب، مصدر سابق، ص٢٤١. كما يُنظر تفضلًا بصدد هذا الموضوع: د. عطا مهدي فليح، الحضانة في الفقه الإسلامي، مصدر سابق، ص٥١٥.

[٢] د. غالي كحلة، الإشكالات القانونية التي تعترض بعد الطلاق في الزواج المختلط، بحث منشور في مجلة القانون، العدد (٩)، الجزائر، ٢٠١٧، ص١٦٠.

إنَّ المشرع العراقي وضع قاعدة إسناد من خلالها عالج مسائل الحضانة وأخضعها إلى قانون جنسية الأب، وبذلك فالمشرع العراقي عدَّ الحضانة أثر من آثار النسب وهذا ما نلاحظه من خلال أحكام المادة (٤/١٩) من القانون المدني التي نصت على أَنَّه: " المسائل الخاصة بالبنوة الشرعية والولاية وسائر الواجبات ما بين الآباء والأولاد يسري عليها قانون الأب"[١]، وهذا ما اعتمدته محكمة التمييز عندما طبقت المحكمة الشرعية في الموصل قانون جنسية الأب المصري في قرارها الصادر بتأريخ (٤/٧/ ١٩٧٩) بشأن قضية متعلقة بزوجين مصريين[٢].

بينما المشرع المصري لم يضع قاعدة إسناد خاصة بموضوع الحضانة ضمن قواعد الإسناد الواردة في القانون المدني النافذ مما أدى ذلك إلى اختلاف الفقه والقضاء المصري في تحديد القانون الواجب التطبيق على مسائل الحضانة، إذ وجدت عدة آراء بهذا الصدد[٣]، وكما موضح أدناه:

الرأي الأول

يذهب هذا الرأي بأَنَّ مسائل الحضانة تخضع إلى القانون الذي يحكم النسب أَلا وهو قانون دولة الأب وقت ولادة الولد؛ لأَنَّ الحضانة أثر من آثار النسب، وإنَّها المرحلة الأولى من المراحل المتعلقة بالولاية على النفس[٤]، ويبدو أَنَّ القضاء المصري استقر على هذا الرأي عندما ذهب إلى تطبيق قانون جنسية الطفل الذي يكون في نهاية

---

[١] القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١، كما يُنظر تفضلًا كل من: أستاذنا. د. حسن علي كاظم، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص٣٠٦. د. غالب علي الداودي، د. حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مصدر سابق، ص١١٧. والجدير بالذكر هناك ثمة من يسجل ملاحظته بشأن العبارة المذكورة في نص المادة(٤/١٩) من القانون المدني وهي "وسائر الواجبات بين الآباء والأولاد" فيرى إنَّها عبارة ليست في محلها؛ كون الواجبات لا تكون فقط بين الآباء والأولاد، بل تكون كذلك بين الأمهات والأولاد، وعليه كان من الأفضل أن تكون العبارة عامة ويقترح أن تكون بشكل آلاتي: (وسائر الواجبات بين الوالدين والأولاد). د. محمد جلال حسن الأتروشي وآخرون، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين- تنازع الاختصاص القضائي الدولي- تنفيذ الأحكام الأجنبية، مصدر سابق،ص١١٦. ويجد الباحث إنَّ ما ذكر وإن كانت وجهة نظر مقبولة نوعًا ما إلّا إنَّ المشرع عندما جاء بعبارة "وسائر الواجبات بين الآباء والأولاد" لم يكن اعتباطًا وإنما لكون الأب يتحمل جميع الالتزامات الخاصة بأفراد عائلته وتقع على عاتقه مسؤولية رعايتهم.

[٢] قرار محكمة تمييز العراق رقم (٢٠/ هيئة عامة/ ١٩٧٩) المؤرخ (١٩٧٩/٤/٧)، منشور في مجلة القضاء والصادرة من نقابة المحامين العراقيين العددان (٣،٤)، السنة (٣٤)،١٩٧٩، ص٢٠٧. مشار إليه لدى: د. فراس كريم شيعان، الباحث حسين نعمة نغميش، تنازع القوانين في الحضانة، دراسة تشريعية فقهية قضائية مقارنة، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، المجلد (٥)، العدد (١)، السنة الخامسة، العراق، ٢٠١٣، ص١٦٥، كذلك ما قضت به المحكمة المذكورة في قرارها ذي العدد (٤٦/ الهيئة المدنية منقول / ٢٠١٠) " إنَّ الحكم بنفقة الحضانة الذي أصدرته محكمة صويلح الشرعية في المملكة الأردنية الهاشمية قد صدر خلافًا لقواعد الاختصاص التشريعي لكون أطراف الدعوى الزوجين وطفليهما عراقيين وهذا يعني أن المدين بالنفقة هو الأب فيطبق قانون الأب؛ أي: القانون العراقي". د. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، بعض قرارات القضاء العراقي في المسائل المتعلقة بالقانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص٦٥، كما جاء في القرار ذي العدد (٣٢/ هيئة عامة/ ١٩٧٢) في (١٩٧٢/٤/٢٩) والصادر من ذات المحكمة بأَنَّ " المتوفى والد الصغيرة المتنازع على حضانتها هو سوري الجنسية، فيكون قانون الأحوال الشخصية السوري هو الواجب التطبيق في هذه الدعوى عند ثبوت كون أطراف الدعوى من اتباع الجمهورية السورية؛ لأَنَّه قانون الدولة التي ينتمون إليها..."، و المعنى ذاته في القرار ذي العدد (١٦٧٩/ شخصية أولى / ٢٠٠٧) والصادر بتأريخ (٢٠٠٧/٧/١) من المحكمة المذكورة آنفًا. أشار إلى هذين القرارين: د. يونس صلاح الدين علي، القانون الدولي الخاص، دراسة تحليلية في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مصدر سابق، ص٣٤١.

[٣] د. عبد السند يمامه، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، مصدر سابق، ص٢٢٧.

[٤] من انصار هذا الرأي كل من: د. عزالدين عبد الله، القانون الدولي الخاص المصري، ج ٢ في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، مصدر سابق،ص٢٣٩. د. محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، الجنسية- الموطن- مركز الأجانب- مادة التنازع، مصدر سابق، ص٥٥٦. د. منصور مصطفى منصور، مذكرات في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص٢٤٠. د. إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ٢٠٠٢، مصدر سابق، ص٢٧٥.

الأمر هو قانون جنسية الأب، وقد أخذت بهذا محكمة جنوب القاهرة الابتدائية في قرارها رقم (٥) لسنة ١٩٧٦ والصادر بتأريخ (١٩٧٦/٦/١)، إذ إنَّها قضت بتطبيق قانون دولة الأب عندما طالب الأخير بحضانة أبنائه ألا وهو القانون الفلسطيني[١].

الرأي الثاني

تبنى هذا الرأي خضوع مسائل الحضانة إلى قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج؛ كون الحضانة أثر من آثار الزواج، وإنَّ الولد نتاج الرابطة الزوجية[٢]، وقد أخذ القضاء المصري بهذا الرأي في أحكام عديدة منها ما قضت به محكمة الإسكندرية الابتدائية في قرارها الصادر بتأريخ (٢٦/ فبراير/ ١٩٥٢) بأَنَّ: " الحضانة من آثار الزواج ومن ثم إخضاعها إلى القانون الذي يحكم هذه الآثار"[٣].

الرأي الثالث

يجد هذا الرأي أَنَّ مسائل الحضانة يسري عليها القانون المذكور في أحكام قاعدة الإسناد المصرية (٢/١٣) من القانون المدني وهو قانون دولة الزوج (الأب) وقت الطلاق أو وقت إقامة الدعوى؛ لأَنَّ الحاضنة تعد من آثار انقضاء الزواج، وإنَّها لا تثور إلّا عند انحلال العلاقة الزوجية[٤]، وقد أخذت بهذا الرأي محكمة القاهرة الابتدائية في إحدى قراراتها الصادر بتأريخ (١٦/ أكتوبر/ ١٩٥١) الذي جاء فيه: " من المقرر فقهًا وقضاءً أَنَّ القانون الشخصي الذي يُطَبَّق على آثار الزواج وأسباب التطليق يتعين تطبيقه أيضًا على آثار التطليق سواء فيما بين الزوجين أو في العلاقة التي بينهما وبين الأولاد"[٥].

الرأي الرابع

على الرغم من طرح الآراء الفقهية المشار إليها أعلاه هناك ثمة من يرى[٦] خضوع مسائل الحضانة إلى (القانون الأصلح لحماية الطفل وتأمين رعايته)، والبحث عن هذا القانون ينحصر بين قانونين، أولهما القانون الذي يحكم آثار الطلاق وهو في القانون المصري قانون دولة الأب وقت الطلاق أو وقت إقامة الدعوى، وتبرير ذلك أَنَّ الواقع العملي والقضائي يشير إلى أَنَّ تنازع الحضانة لا يثور إلّا بعد انقضاء الرابطة الزوجية، وتدخل القضاء في تنظيم الحضانة؛ فلذلك تكون الأخيرة أثرًا من آثار انقضاء الزواج. وثانيهما يتمثل بالقانون الشخصي للطفل؛ أي:

---

[١] د. إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ٢٠٠٢، مصدر سابق، ص٢٧٥.
[٢] تبنى هذا الرأي: د. فؤاد عبد المنعم رياض، د. سامية راشد، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وآثار الأحكام الأجنبية، مصدر سابق، ص٢٢٠.
[٣] أشار إلى ذلك: د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص٨٤٧.
[٤] أخذ بهذا الرأي: د. جابر جاد عبد الرحمن، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص٣٨٢.
[٥] القرار رقم (١١٧) الصادر بتأريخ (١٦/ أكتوبر/ ١٩٥١)، مشار إليه لدى: د. عزالدين عبد الله، القانون الدولي الخاص المصري، ج ٢ في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، مصدر سابق،ص٢٣٨.
[٦] د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص٨٤٨.

قانون الدولة التي ينتمي إليها الطفل بجنسيته، وما يبرر ذلك عندما يقع الطلاق أو التطليق يصبح الصغير مركز الخطورة في الوضع القانوني الذي نشأ بشأنه وهو وضع يتعلق بحالته وفي إطار ذلك الوضع يتم البحث فيما يخص بـ (سن الطفل، وعلاقته بطالب الحضانة، وبمن ينازع فيها، وأهمها مصلحة الطفل البحتة)، فضلًا عن ذلك أَنَّ أحكام المادة (٩٣٦) من قانون المرافعات المصري تشير صراحةً إلى تطبيق قانون الطفل وعدم إهماله أو تجاهله، كما أخذت بذلك بعض الاتفاقيات الدولية، كاتفاقية لاهاي المنعقدة بتأريخ (٥/ أكتوبر/١٩٦١) والخاصة باختصاص السلطات والقانون الواجب التطبيق في نطاق حماية القصر، إذ إنَّ هذه الاتفاقية بعد ما نصت على اختصاص قانون دولة محل الإقامة العادية للصغير في مادتها الأولى، فقد جاءت بالنص المادة (٤) والمتضمن " إذا قدرت سلطات الدولة التي يتبعها الصغير أن مصلحته تقتضي اتخاذ التدابير اللازمة لحماية شخصه أو أمواله، فتقوم بذلك طبقًا لقانونها الداخلي بعد إخطار سلطات دولة محل إقامته العادية... وتحل تلك التدابير المتخذة محل التدابير المحتمل اتخاذها من قبل سلطات دولة محل الإقامة العادية للصغير". وبهذا تكون اتفاقية لاهاي[١] المذكورة أخضعت مسائل الحضانة إلى قانون الدولة التي ينتمي إليها الصغير بجنسيته وحده أو قانون حماية الصغير بصورة عامة. ويتفق الباحث مع هذا الرأي لوجاهة ومقبولية المبررات المذكورة آنفًا.

فيما يتعلق بالمشرع التونسي فقد جاء بقاعدة إسناد تنظم مسائل الحضانة في مجلة القانون الدولي الخاص، إذ إنَّه عَدَّ الحضانة أثر من آثار انقضاء العلاقة الزوجية ومن ثم تخضع إلى القانون الذي ينظم حل الرابطة الزوجية وفي حال تعذر ذلك القانون، فيتم تطبيق القانون الشخصي للطفل أو قانون موطنه، ومع ذلك فقد منح القاضي صلاحية اختيار القانون المناسب والأفضل لمصلحة الطفل من القوانين الثلاثة المذكورة، وهذا ما نلتمسه من خلال ما جاء في الفصل (٥٠) من مجلة القانون الدولي الخاص الذي نص على أَنَّه: " تخضع الحضانة للقانون الذي وقع بمقتضاه حل الرابطة الزوجيّة أو القانون الشخصي للطفل أو قانون مقرّه، ويُطَبّق القاضي القانون الأفضل للطفل"[٢].

أما بالنسبة إلى المشرع الفرنسي فإنَّه لم يورد نصًا صريحًا يتعلق بمسائل الحضانة في القانون المدني الفرنسي[٣]؛ لذلك اختلفت آراء الفقه الفرنسي بشأن تحديد القانون الذي يحكم مسائل الحضانة، وهذه الآراء تتمثل بالآتي:

---

[١] والجدير بالملاحظة إنَّ المادة (١/٣) من اتفاقية حقوق الطفل المنعقدة عام (١٩٨٩) تنص على أَنَّه: " في جميع الإجراءات التي تتعلق بالأطفال سواء قامت بها مؤسسات الرعاية الاجتماعية العامة أو الخاصة أو المحاكم أو السلطات الإدارية أو الهيئات التشريعية يولى الاعتبار الأول لمصالح الطفل الفضلى". تم اعتماد هذه الاتفاقية من قبل الجمعية العامة لمنظمة الأمم المتحدة بتأريخ (١٩٨٩/١١/٢٠) والمنشور نصها على الموقع الإلكتروني الرسمي الموضح أدناه والخاص بـ (الأمم المتحدة/ حقوق الأنسان/ مكتب المفوض السامي)، تأريخ الزيارة (٢٠٢٤/٥/٧).
(https://www.ohchr.org/ar/instruments-mechanisms/instruments/convention-rights-child).

[٢] مجلة القانون الدولي الخاص رقم (٩٧) لسنة ١٩٩٨.

[٣] د. آسية طاهري، تنازع القوانين في الحضانة، بحث منشور في مجلة المفكر، جامعة الجزائر، المجلد (٤)، العدد (٢)، ٢٠٢٠،ص١٤٩.

الرأي الأول

تبنى هذا الرأي تطبيق القانون الذي ينظم آثار الزواج على مسائل الحضانة ألا وهو قانون دولة الزوج وقت أبرام عقد الزواج[١].

الرأي الثاني

ذهب هذا الرأي إلى خضوع مسائل الحضانة إلى القانون الواجب التطبيق بشأن الولاية على المال؛ كون تنازع القوانين الذي قد يحصل بعد انقضاء الزواج بشأن الأطفال يرتبط ارتباطًا أساسيًا بالقانون الذي ينظم مسألة الولاية على مال الطفل[٢].

الرأي الثالث

إنَّ أنصار هذا الرأي أخضعوا مسائل الحضانة إلى القانون الذي يحكم آثار التطليق، لأَنَّ موضوع الحضانة لا ينشأ إلّا بعد حصول واقعة انحلال الزواج، ويبدو أَنَّ هذا الرأي هو السائد عند الفقه الفرنسي[٣]، وبناءً على ذلك فأَنَّ مسائل الحضانة تخضع إلى أحكام المادة (٣٠٩) من القانون المدني الفرنسي النافذ والمار ذكرها آنفًا.

بينما القضاء الفرنسي أخذ بتكييف الحضانة بأَنَّها أثر من آثار انحلال الرابطة الزوجية فيتم تطبيق القانون الذي ينظم انقضاء الزواج، ويبدو أَنَّ السائد والمعمول به لدى القضاء الفرنسي خضوع مسائل الحضانة إلى القانون الشخصي للصغير بوصفه القانون الذي يرمي إلى تحقيق المصلحة لذلك الصغير، ومع ذلك فأَنَّ القضاء سيواجه الإشكالية المتعلقة بالزواج الحاصل بين (مسلم وغير مسلمة فرنسية الجنسية) ففي هذا الحال أَنَّ دولة فرنسا تعد ابن الفرنسية مسيحي الديانة فيجب تربية الطفل على هذه الديانة، وإنَّ إنهاء العلاقة الزوجية بالإرادة المنفردة للزوج المسلم في تجاه الزوجة غير المسلمة تعد مسألة مخالفة لمقتضيات النظام العام السائدة في فرنسا؛ لأَنَّه يُشترط لإنهاء العلاقة الزوجية التوافق بين الطرفين تأسيسًا على مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في حل تلك العلاقة وهذا يختلف مضمونه مع حل الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة للزوج من دون اشتراط موافقة الزوجة

---

[١] من انصار هذا الرأي كل من:(ماير، مارتي، نبوابيه)، أشار إلى ذلك: د. صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، ط ١، مصدر سابق، ص٢٩٢، ص٣٥٠.

[٢] تبنى هذا الرأي الفقيه (بارتان)، يُنظر تفضلًا: د. صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، ط ٢، مزيدة ومنقحة، مصدر سابق، ص٣٥٦.

[٣] اعتمد هذا الرأي كل من: (باتيفول، ولاغارد، لوسوارن، وبوريل)، أشار إلى ذلك: د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص٨٤٧.

طبقًا لقواعد القوانين السائدة في الدول الإسلامية مما يؤدي ذلك إلى تأخير وتعطيل الحكم في مسائل الحضانة بوجود هكذا إشكال[١].

وذات الموقف فيما يخص المشرع الأمريكي إذ إنَّه لم يضع قاعدة إسناد تتضمن معالجة مسائل الحضانة[٢]، مما دفع الفقه الأمريكي إلى إخضاع الحضانة إلى القانون الواجب التطبيق على آثار التطليق؛ بوصفها من آثار انحلال الزواج، فضلًا عن ذلك تم إخضاعها إلى قانون الموطن الفعلي للصغير المحضون؛ أي: قانون الدولة التي يرتكز فيها حياة الصغير وعلاقاته الذي يمكن الاستدلال عليه عن طريق الظروف الذي تحيط بالصغير، وأسرته، ومجتمعه[٣].

في حين أخضع القضاء الأمريكي الحضانة إلى القانون الأصلح للطفل في المنازعات المتعلقة بالحضانة المشتملة على عنصرٍ أجنبي؛ كون الطفل العنصر الضعيف في هذه المنازعات ينبغي حمايته، فيتم تغليب حق الطفل على حق الحاضن لذلك يتطلب الأمر إعمال القانون الأفضل لمصلحة الطفل، وهذا ما اعتمدته محكمة ولاية (نيوجرسي) في الولايات المتحدة الأمريكية في القضية الواقعة بين المواطن الفلسطيني والمواطنة الأمريكية إذ تتلخص هذه الواقعة بأَنَّ (رجل فلسطيني الجنسية تزوج من امرأة أمريكية تحمل الجنسية الأمريكية في عام (١٩٨٣) وأنجبا طفلًا إلّا إنَّه في عام (١٩٩١) حصلت واقعة الانفصال بينهما (الطلاق)، فأقام الزوج دعوى أمام المحكمة الشرعية في غزة للحصول على حكم بحقه في حضانة طفله، وبالفعل حصل على ذلك الحكم، وفي الوقت ذاته لجأت الزوجة إلى محكمة ولاية (نيوجرسي) للمطالبة بالحضانة، إذ إنَّ المحكمة المذكورة لاحظت بأَنَّ القانون المُطبق من قبل المحكمة الشرعية في غزة يعتمد على أساس السن الذي يكون أساسًا تحكمي أو تلقائي للحصول على الحق في الحضانة وهذا يخالف قانون ولاية (نيوجرسي) الذي يؤسس الحق في الحضانة على أساس تحقيق (أفضل مصلحة للطفل)، فهذا الأساس يترتب عليه الأمن والسعادة والعيش الكريم للطفل، وعليه قضت محكمة ولاية (نيوجرسي) بأَنَّ القانون الذي اعتمدته المحكمة الشرعية في غزة يعد مخالفًا للنظام العام السائد في الولاية المذكورة التي تأخذ بنظر الاعتبار المصلحة الفُضلى للطفل)[٤].

---

[١] د. آمنه بوزينة أمحمدي، الإشكالات التي يثيرها تنازع القوانين في مسائل الحضانة، دراسة مقارنة على ضوء التشريعات العربية والاجتهاد القضائي بالجزائر، بحث منشور في المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، المجلد (٣)، العدد (٥)، ٢٠١٨، ص٢٣٩. د. آسية طاهري، تنازع القوانين في الحضانة، مصدر سابق، ص١٥٠.

[٢] سناء عماري، التطبيقات القضائية للحضانة وإشكالاتها في قانون الأسرة الجزائري، رسالة ماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمة لخضر الوادي، الجزائر، ٢٠١٤- ٢٠١٥، ص١٤٥، نقلًا عن: د. آمنة بوزينة أمحمدي، إشكالات تنازع القوانين حول حضانة الأطفال في إطار الزواج المختلط، دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خيضر بسكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، المجلد (١١)، العدد (٢)،٢٠١٩، ص١٨٧.

[٣] من انصار هذا الرأي كل من: (أهرينزويج، جايمي)، أشار إلى ذلك: د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص٨٤٨، كما يُنظر تفضلًا بهذا الصدد: د. صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، ط ١، مصدر سابق، ص٢٩٢، ص٣٥٨.

[٤] د. آمنة بوزينة أمحمدي، تنازع القوانين في مسائل الحضانة بين الاتفاقيات الدولية والتشريعات العربية المقارنة، مصدر سابق، ص٥٩٠.

الجدير بالذكر أَنَّ القانون الواجب التطبيق على الحضانة[١] يدخل ضمن نطاقه المسائل المتعلقة بـ: (الشروط التي يجب توافرها في الحاضن، والشروط المتعلقة باستمرار الحضانة وفقدانها، وتحديد سن المحضون وأهليته[٢]، ومدة الحضانة وأجرتها، ونفقة المحضون، والتنازل عن الحضانة، ورؤية الطفل المحضون وانتقاله من مكان إلى آخر)[٣].

إنَّ تحديد القانون الذي يحكم مسائل الحضانة[٤]، والذي ينبغي تطبيقه على جميع ما يدخل ضمن نطاقه، هذا لا يعني عدم إمكانية المشرع الوطني من وضع استثناءات تشكل قيودًا على تطبيق القانون المذكور التي من شأنها أن تُقيّد سلطة القاضي الوطني من خلال ضرورة اتباعها والالتزام بها ومن ثم إعمال فكرة الدفع بالنظام العام؛ لارتباطها بالنظام العام، فما هذه الاستثناءات، وما موقف القوانين محل الدراسة من تلك الاستثناءات؟

١- إذا كان أحد أطراف العلاقة القانونية المتعلقة بمسألة الحضانة وطنيًا، وقد يكون هذا الطرف الأم الحاضنة، أو الأب المكلف بالرعاية وأجرة الحضانة، أو الطفل المحضون، في هذا الحال لا يتم تطبيق القانون الذي يحكم الحضانة وإنما يُطَبَّق القانون الوطني، فعندما يُعرض نزاع أمام القاضي الوطني ويُلاحظ بأَنَّ أحد أشخاص النزاع وطنيًا يقوم بتطبيق قانون دولته، وهذا ما أخذ به المشرع العراقي عملًا بالاستثناء الوارد في المادة (٥/١٩) من القانون المدني، كما أخذ بذلك المشرع المصري استنادًا إلى أحكام المادة (١٤) من القانون المدني سالفة الذكر، والموقف ذاته بالنسبة إلى المشرع الفرنسي تطبيقًا للأحكام المادة (٣٠٩) من القانون المدني والمذكورة آنفًا فيما

---

(١) عالج المشرع العراقي موضوع الحضانة من خلال أحكام المادة (٥٧) من قانون الأحوال الشخصية النافذ التي نصت على الآتي:
"١- الأم أحق بحضانة الولد وتربيته حال قيام الزوجية وبعد الفرقة ما لم يتضرر المحضون من ذلك. ٢- يشترط أن تكون الحاضنة بالغة عاقلة أمينة قادرة على تربية المحضون وصيانته، ولا تسقط حضانة الأم المطلقة بزواجها، وتقرر المحكمة في هذه الحالة أحقية الأم والأب في الحضانة في ضوء مصلحة المحضون. ٣- إذا اختلفت الحاضنة مع من تجب عليه نفقة المحضون في أجرة الحضانة قدرتها المحكمة، ولا يحكم بأجرة الحضانة ما دامت الزوجية قائمة، أو كانت الزوجة معتدة من طلاق رجعي. ٤- للأب النظر في شؤون المحضون وتربيته وتعليمه حتى يتم العاشرة من العمر، وللمحكمة أن تأذن بتمديد حضانة الصغير حتى إكماله الخامسة عشرة إذا ثبت لها بعد الرجوع إلى اللجان المختصة الطبية منها والشعبية أن مصلحة الصغير تقضي بذلك، على أَن لا يبيت إلّا عند حاضنته. ٥- إذا أتم المحضون الخامسة عشرة من العمر يكون له حق الاختيار في الإقامة مع من يشاء من أبويه، أو أحد أقاربه لحين إكماله الثامنة عشرة من العمر إذا آنست المحكمة منه الرشد في هذا الاختيار . ٦- للحاضنة التي أنهيت حضانتها بحكم أن تطلب استرداد المحضون ممن حكم له باستلام المحضون منها إذا ثبت تضرر المحضون خلال مدة وجوده معه. ٧- في حالة فقدان أم الصغير أحد شروط الحضانة أو وفاتها تنتقل الحضانة إلى الأب إلّا إذا اقتضت مصلحة الصغير خلاف ذلك، وعندها تنتقل الحضانة إلى من تختاره المحكمة مراعية بذلك مصلحة الصغير. ٨- إذا لم يوجد من هو أهل للحضانة من الأبوين تودع المحكمة المحضون بيد حاضنة أو حاضن أمين، كما يجوز لها أن تودعه إلى دور الحضانة المعدة من قبل الدولة عند وجودها. ٩- أ- إذا فقد أبو الصغير أحد شروط الحضانة فيبقى الصغير لدى أمه ما دامت محتفظة بشروط الحضانة دون أن يكون لأقاربه من النساء أو الرجال حق منازعتها لحين بلوغه سن الرشد. ب - إذا مات أبو الصغير فيبقى الصغير لدى أمه وإن تزوجت بأجنبي عنه من العراقيين بشرط:١- أن تكون الأم محتفظة ببقية شروط الحضانة. ٢- أن تقتنع المحكمة بعدم تضرر الصغير من بقائه مع الأم. ٣- أن يتعهد زوج الأم حال عقد الزواج برعاية الصغير وعدم الإضرار به .ج - إذا أخل زوج الأم بالتعهد المنصوص عليه في (٣) من البند (ب) فيكون ذلك سببًا لطلب التفريق من قبل الزوجة".

(٢) وتجدر الإشارة إلى أَنَّ أهلية الحاضن للحضانة لا يسري عليها القانون الشخصي للحاضن بل تخضع إلى القانون الواجب التطبيق على الأهلية اللازمة للزواج. د. صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، ط ١، مصدر سابق، ص٣٠٩.

(٣) د. أحمد عبد الموجود محمد، حق الطفل في الحضانة في القانون الدولي الخاص، بحث منشور في مجلة الدراسات القانونية، جامعة أسيوط، كلية الحقوق، المجلد (٤٦)، العدد (١)، ٢٠١٩،ص٨٨.

(٤) والجدير بالملاحظة إنَّ الحضانة وجميع ما يتعلق بها تدخل ضمن نطاق ما يسمى بالولاية غير الذاتية المتعدية؛ إذ إنَّها وضعت لحفظ الغير الذي لا يستطيع حفظ نفسه وماله؛ بسبب الضعف والعجز الذي يعاني منه أو زوال عقله، علمًا بأَنَّه توجد هناك نوع آخر من الولاية يُطلق عليها (ولاية ذاتية قاصرة)، وتكون مقتصرة على ذات الإنسان فقط بنفسه أو ماله ولا تتعدى على الغير. د. صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، ط ٢، مزيدة ومنقحة، مصدر سابق، ص٢٨٢.

يتعلق بمسائل الحضانة[١]. أما بالنسبة إلى المشرع التونسي والمشرع الأمريكي لم يتطرقا إلى هذا الاستثناء بصدد موضوع الحضانة، فالمشرع التونسي قيَّد سلطة القاضي بضرورة اختيار القانون الأفضل لمصلحة الطفل من بين القوانين الثلاثة المتمثلة بـ: (القانون الذي وقع بمقتضاه حل الرابطة الزوجيّة، أو القانون الشخصي للطفل أو قانون مقرّه)، أما بخصوص المشرع الأمريكي فأنّهُ لم يورد قاعد إسناد صريحة بشأن مسائل الحضانة وقد سار القضاء الأمريكي على اعتماد القانون الأصلح للطفل[٢].

٢- إنَّ الإجراءات الخاصة بدعاوى الحضانة، والتدابير التحفظية أو الوقتية التي يتم اتخاذها خلال النظر في تلك الدعاوي فإنَّها تخرج من نطاق القانون الواجب التطبيق على مسائل الحضانة ويتم تطبيق قانون دولة القاضي بصدد ذلك[٣] بصرف النظر عن منح الاختصاص لقانون القاضي بوصفه اختصاصًا عاديًا أو اختصاصًا استثنائيًا وسواء كون تلك الإجراءات والتدابير متعلقة بالإجراءات والمرافعات التي تخضع وجوبًا إلى قانون القاضي، أم كونها متعلقة بمسائل الأمن الوطني[٤] ، وهذا ما أخذت به جميع القوانين محل الدراسة وكما أوضحنا ذلك سلفًا[٥].

٣- إذا كان القانون الأجنبي الواجب التطبيق على مسائل الحضانة والمحدد بموجب قاعدة الإسناد الوطنية يتعارض مع المبادئ والقيم الجوهرية السائدة في مجتمع دولة القاضي، كأن يكون تطبيق هذا القانون يؤدي إلى ضياع الحقوق التي يجب أن يتمتع بها الطفل المحضون، أو إنَّه لا يوفر الحماية اللازمة والمطلوبة لذلك الطفل بوصفه الطرف الضعيف في المنازعة المتعلقة بموضوع الحضانة، في هذا الحال ينبغي على القاضي الوطني استبعاد القانون الأجنبي المتعارض مع مقتضيات النظام العام الوطني وتطبيق قانون دولته مادام يوفر الحماية المطلوبة للطفل المحضون صاحب المركز الضعيف في مسائل الحضانة[٦]. وهذا ما اعتمده المشرع العراقي ومشرعي القوانين محل المقارنة عندما أخذوا بفكرة الدفع بالنظام العام لاستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق طالما يصطدم مع الأسس والمبادئ الجوهرية في المجتمع الوطني، وكما أوضحنا ذلك سابقًا[٧].

ولِما تقدم يتضح بأَنَّ الحضانة يظهر دورها بعد انحلال الرابطة الزوجية ووجدت لمصلحة الصغير المحضون بغية تربيته ،ورعاية شؤونه، وحمايته، وصيانته من الانحراف وتعليمه ما يكون متفقًا مع مبادئ وقيم المجتمع لكي لا يصبح ضحية زوال العلاقة الزوجية؛ لذلك تم تعريفها بأَنَّها: "هي حفظ من لا يستقل بأموره وتربيته بما يحقق مصلحته"، فالحضانة تعد من الحالات المالية الأسرية التي تدخل ضمن نطاق مسائل الأحوال الشخصية؛ كونها

---

[١] د. صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، ط ٢، مزيدة ومنقحة، مصدر سابق، ص٣٤٣.
[٢] للمزيد من التفصيل يُنظر تفضلًا ما ورد بشأن الموضوع في الصفحة (١٩٠) من هذه الرسالة.
[٣] د. آمنة بوزينة أمحمدي، الإشكالات التي يثيرها تنازع القوانين في مسائل الحضانة، دراسة مقارنة على ضوء التشريعات العربية والاجتهاد القضائي بالجزائر، مصدر سابق، ص٢٦٠.
[٤] د. صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، ط ١، مصدر سابق، ص٣٩٣.
[٥] تجنبًا للتكرار يُنظر تفضلًا ما تطرقنا إليه بصدد إجراءات الدعاوى والتدابير الوقتية في الصفحات السابقة من هذه الرسالة.
[٦] د. أحمد عبد الموجود محمد، حق الطفل في الحضانة في القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص١٢٧.
[٧] يُنظر تفضلًا بهذا الشأن ما ورد في الصفحات السابقة من هذه الرسالة.

تتم بمقابل أَلا وهو أجرة الحاضن، وتحتاج إلى الأنفاق على الطفل المحضون. إنَّ الأنظمة القانونية انقسمت بين اتجاهين بشأن معالجة مسائل الحضانة، فالاتجاه الأول وضع قاعدة إسناد تنظم مسائل الحضانة وتجنب الاجتهادات الفقيهة والقضائية التي تتعلق بشأن تحديد الطبيعة القانونية للحضانة ومن ثم تحديد القانون الواجب التطبيق عليها، هذا الاتجاه اتبعه كل من المشرع العراقي والمشرع التونسي، فالمشرع العراقي عَدَّ الحضانة من آثار النسب وأخضعها إلى قانون جنسية الأب عملًا بأحكام المادة (٤/١٩) من القانون المدني، فيما يخص المشرع التونسي عالج مسائل الحضانة من خلال أحكام الفصل (٥٠) من مجلة القانون الدولي الخاص الذي عَدَّ الحضانة من آثار انحلال الزواج وأخضعها إلى القانون الذي وقع بمقتضاه حل الرابطة الزوجيّة أو القانون الشخصي للطفل أو قانون مقرّه مع منح القاضي التونسي السلطة التقديرية لاختيار القانون الأفضل للطفل المحضون. أما بالنسبة إلى الاتجاه الثاني فأنَّه لم يضع قاعدة إسناد صريحة وواضحة تنظم موضوع الحضانة مما أدى ذلك إلى اختلاف الفقه والقضاء بشأن تحديد الطبيعة القانونية للحضانة والقانون الذي يحكمها، وهذا هو حال كل من المشرع المصري والفرنسي والأمريكي؛ لذلك ظهرت آراء فقهية عديدة بشأن الطبيعة القانونية للحضانة والقانون الواجب التطبيق عليها، فمنهم من ذهب إلى وصف الحضانة من آثار النسب وأخضعها إلى القانون الشخصي للأب، في حين هناك من تبنى رأيًا آخر وجعل الحضانة من آثار الزواج ومن ثم تخضع إلى القانون الذي يحكم هذه الآثار، وهناك من عَدَّ الحضانة من مسائل الولاية على مال الطفل وينبغي أن تخضع إلى القانون الذي يحكم الولاية على المال، بينما هناك من أخذ بالقانون الأصلح للطفل الذي قد يكون القانون الذي يحكم آثار الطلاق أو القانون الشخصي للطفل، كما تم اخضاع الحضانة إلى قانون الموطن الفعلي لإقامة الطفل المحضون، وعلى ما يبدو أَنَّ الرأي المعمول به والرائج عدّ الحضانة من آثار انحلال الرابطة الزوجية ومن ثم تخضع إلى القانون الذي يحكم انقضاء الزواج؛ كون مسألة الحضانة لا تظهر إلى حيز الوجود إلّا بعد انقضاء العلاقة الزوجية، فيما يخص القضاء، فالقضاء المصري كان متذبذبًا بشأن القانون التي تخضع إليه الحضانة و يبدو أَنَّه استقر على تطبيق قانون جنسية الأب، بينما القضاء الفرنسي كيّف الحضانة من آثار انقضاء الزواج ومن ثم تخضع إلى القانون الذي ينظم تلك الآثار إلّا إنَّ السائد عند القضاء الفرنسي إخضاع مسائل الحضانة إلى قانون الشخصي للصغير؛ كونه يهدف إلى تحقيق المصلحة له (للصغير)، فيما يخص القضاء الأمريكي ذهب إلى تطبيق القانون الأصلح للطفل على موضوع الحضانة؛ لأَنَّ الصغير المحضون يعد الطرف الضعيف في المنازعات المتعلقة بالحضانة المشوبة بعنصرٍ أجنبي.

وعلى الرغم من تحديد القانون الواجب على مسائل الحضانة وتحديد نطاق تطبيقه، فهذا لا يمنع المشرع الوطني من وضع استثناءات تكون قيودًا على القانون المختص في مسائل الحضانة التي من شأنها تشكل قيودًا على سلطة القاضي الوطني التي ينبغي الالتزام بها واتباعها؛ كونها ترتبط بالنظام العام، وعلى قاضي النزاع إعمال فكرة الدفع بالنظام العام كلّما تطلب الأمر ذلك، وهذه القيود تتمثل بـ (إذا كان أحد أطراف النزاع المتعلق بالحضانة وطنيًا، والإجراءات الخاصة بدعاوى الحضانة والتدابير التحفظية أو الوقتية، وإذا كان القانون الأجنبي

الواجب التطبيق بموجب قاعدة الإسناد الوطنية مخالفًا لمقتضيات النظام العام السائدة في دولة القاضي)، وإذ تم إيضاح موقف القوانين محل الدراسة من تلك القيود آنفًا.

المطلب الثاني

مسائل التركات

إنَّ الشخص إذا توفى وترك حقوقًا مالية، أو أموالًا سواء كانت عقارية أم منقولة، فيطلق على هذه الحقوق والأموال بـ (التركة)، وينبغي تسديد جميع الحقوق المترتبة بذمة المتوفى من تلك التركة ومن ثم انتقال ملكية المتبقي إلى خلفاء المتوفى عملًا بالقاعدة التي تقضي (لا تركة إلّا بعد سداد الديون).

إنَّ الخلافة في أموال التركة قد تكون خلافة اختيارية إذ إنَّها تثبت بإرادة الموصي للموصى له، ويطلق على هذه الخلافة بـ (الميراث الإيصائي أو الوصية) فهي تكون تمليك للموصى له من دون عوض، وقد تكون الخلافة إجبارية تثبت بموجب القانون، فالخلف الطبيعي للمتوفى هو (الوارث)، وتسمى هذه الخلافة بـ (الميراث الشرعي)، وبغية تسليط الضوء على المسائل الخاصة بالوصايا والمواريث وبحثها في هذا المطلب فقد تم تخصيص الفرع الأول إلى مسائل الوصايا، في حين تم تخصيص الفرع الثاني إلى مسائل المواريث.

الفرع الأول

مسائل الوصايا

إنَّ الوصية تعد الوسيلة التي يحدد الموصي من خلالها مصير بعض أمواله بعد موته، وتُعرّف الوصية[١] بأنَّها: " تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت[٢] بمقتضاه يتم التمليك بلا عِوَض"[٣]، فالوصية[٤] من الأحوال المختلطة التي تحتوي على الجانب الشخصي والجانب العيني، يتجسد الجانب الشخصي بالعلاقة ما بين الموصي والموصى له، ولا يجب أن تكون هذه العلاقة ناشئة عن قرابة أو زواج إذ يجوز أن يكون الموصى له ليس من ورثة الموصي، والجانب الشخصي يعتمد بالدرجة الأساس على الإرادة المنفردة للموصي في التبرع بجزء من أمواله بعد الوفاة إلى شخص مُعين أو جهة مُعينة، بينما الجانب العيني يتمثل بانتقال ملكية المال الموصى به سواء كان عقارًا أم منقولًا من الموصي إلى الموصى له[٥]، ومن هنا اختلفت الدول في تحديد الطبيعة الطبيعة القانونية للوصية وفقًا لتغليب أحد هذين الجانبين على الأخر، فبعض الدول أخذت بتغليب الجانب العيني على الجانب الشخصي وذهبت إلى عَدّ الوصية من الأحوال العينية وتبرر ذلك؛ لأَنَّ الوصية تتعلق بـ (مركز المال الموصى به) وإنَّ المسائل المالية تعد من الأحوال العينية، ومن الدول التي أخذت بهذا الاتجاه (فرنسا، والولايات المتحدة الأمريكية)، في حين أغلب الدول أخذت بتغليب الجانب الشخصي على الجانب العيني وعَدَّت الوصية بأَنَّها من مسائل الأحوال الشخصية؛ لاتصالها بعلاقات الأسرة، فضلًا عن ذلك أَنَّ الوصية تعد تعبيرًا عن استمرارية الروابط الشخصية التي تربط الخلف بالسلف، ومن الدول التي اعتمدت هذا الاتجاه (العراق، ومصر، وتونس)[٦].

وتونس)[٦].

إنَّ اختلاف الدول في تحديد الطبيعة القانونية للوصية أدى ذلك إلى اختلاف النظم القانونية في الدول فيما يخص بتحديد القانون الذي ينظم الأحكام الموضوعية لمسائل الوصية، إذ تم إخضاعها إلى قانون جنسية الموصي،

---

[١] عرّف المشرع العراقي الوصية في المادة (٦٤) من قانون الأحوال الشخصية النافذ بأَنَّها: " تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت مقتضاه التمليك بلا عِوَض ".

[٢] تجدر الإشارة بأَنَّه لم تكن الوصية التصرف الوحيد المضاف إلى ما بعد الموت، فعقود التوريث تأخذ حكم الوصية، كالتصرف الذي يصدر من الموصي في مرض الموت بقصد التبرع أو المحاباة. د. سالم إرجيعة، الوجيز في القانون الدولي الخاص الليبي، تنازع القوانين من حيث المكان- تنازع الاختصاص القضائي الدولي- الجنسية ومركز الأجانب، مصدر سابق،ص٢٥٤.

[٣] د. حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني، مصدر سابق، ص١٢٤.

[٤] إنَّ أساس الوصية جاء في القرآن الكريم والسنة النبوية، كقوله تعالى: " كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الموت إِن تَرَكَ خَيْرًا الوصية لِلْوَالِدَيْنِ والأقربين بالمعروف حَقًّا عَلَى المتقين". سورة البقرة / الآية (١٨٠)، كما قوله تعالى: " يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ شَهَـٰدَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ ٱلْمَوْتُ حِينَ ٱلْوَصِيَّةِ ٱثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ أَوْ ءَاخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنتُمْ ضَرَبْتُمْ فِى ٱلْأَرْضِ". سورة المائدة / الآية (١٠٦).
كذلك قول الرسول محمد (ص): " من مات بغير وصيةٍ مات ميتةً جاهلية ". الحر العاملي، وسائل الشيعة،ج١٩، ص٢٥٩، منشور على الموقع الإلكتروني (http://shiaonlinelibrary.com) والخاص بالمكتبة الشيعية، وكذلك قوله (ص): " الوصية حق على كل مسلم". محمد الريشهري، ميزان الحكمة، ج ٤، ص٣٥٥٠.والمنشور على ذات الموقع الإلكتروني المذكور، تأريخ الزيارة (٢٠٢٤/٤/٢٧).

[٥] د. محمد جلال حسن الأتروشي وآخرون، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين- تنازع الاختصاص القضائي الدولي- تنفيذ الأحكام الأجنبية، مصدر سابق،ص١٣٠.

[٦] م.م. علي عبد الرحمن علي قطيط، تنازع القوانين في الوصية، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الدولي الخاص، ط ١، مكتبة الوفاء الوفاء القانونية، الإسكندرية، ٢٠١١، ص٤٠.

كما تم إخضاعها إلى قانون الموقع فيما يتعلق بالعقارات، وإلى قانون موطن الموصي وقت وفاته بالنسبة إلى المنقولات، فضلًا عن ذلك تم تطبيق قانون الإرادة على الوصية؛ كونها تَعد بمثابة تصرف إرادي عادي[١].

فإذا كانت القوانين المذكورة آنفًا قد تم طرحها في تنظيم مسائل الوصايا، فما موقف المشرع العراقي ومشرعي القوانين محل المقارنة من تلك القوانين؟ ستتم الإجابة عن ذلك على وفق التفصيل الآتي:

إنَّ الدول التي عَدّت الوصية من الأحوال الشخصية أخضعتها إلى القانون الشخصي[٢]، فالمشرع العراقي أخذ بقانون جنسية الموصي وقت وفاته وأخضع الوصية لذلك القانون[٣]عملًا بأحكام المادة (١/٢٣) من القانون المدني النافذ التي نصت على أَنَّه: " قضايا الوصايا يسري عليها قانون الموصي وقت موته"[٤]، وحسنًا ما فعله المشرع العراقي عندما حدد وقت الاعتداد بقانون جنسية الموصي أَلا وهو وقت الوفاة تجنبًا للإشكالات التي تقع بسبب التنازع المتغير(المتحرك) إلّا إنَّه ما يؤخذ على النص القانوني المذكور لم يتضمن الإشارة إلى التصرفات القانونية الصادرة من الشخص في مرض موته[٥] التي تعد في حكم الوصية والمشار إليها في أحكام المادة (١١٠٩) من القانون المدني النافذ[٦] المتمثلة بـ (التبرع والمحاباة وإبراء الدين والكفالة).

وبناءً على ذلك يقترح الباحث على المشرع العراقي تعديل نص المادة (١/٢٣) من القانون المدني ليكون شاملًا لمسائل الوصايا وجميع التصرفات القانونية التي تعد مضافة إلى ما بعد الموت وبالصيغة الآتية:

(يسري على مسائل الوصايا وجميع التصرفات القانونية الصادرة من الشخص في مرض موته التي تعد مضافة إلى ما بعد الموت قانون جنسية الموصي أو الشخص المتصرف وقت موته، وتتولى المحاكم الوطنية مهمة تكييف تلك التصرفات).

---

[١] د. جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص٤٠٩.

[٢] تريكي دليلة، القانون الواجب التطبيق على قضايا الميراث، بحث منشور في المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، عدد خاص، الجزائر،٢٠١٥، ٢٦٤.

[٣] أستاذنا. د. حسن علي كاظم، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص٣١٠.

[٤] القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل.

[٥] يُعرّف مرض الموت بأَنَّه: " كل مرض يغلب فيه الهلاك ويتصل بالموت". د. حيدر حسين كاظم الشمري، المختصر في أحكام الزواج والطلاق وآثارهما في التشريع العراقي والفقه الإسلامي، مصدر سابق، ص١١٣.

[٦] نصت المادة (١١٠٩) من القانون المدني العراقي النافذ على أَنَّه: " ١- كل تصرف ناقل للملكية يصدر من شخص في مرض الموت، مقصود مقصود به التبرع أو المحاباة، يعتبر كله أو بقدر ما فيه عن محاباة تصرفًا مضافًا إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية أيًا كانت التسمية التي تعطى له. ٢- ويعتبر في حكم الوصية إبراء المريض في مرض موته مدينه وارثًا كان أو غير وارث، وكذلك الكفالة في مرض الموت". وتقابلها المادة (٩١٦) من القانون المدني المصري النافذ.

كذلك بالنسبة إلى المشرع المصري الذي اعتمد القانون المذكور آنفًا لتنظيم الوصية[١] استنادًا لأحكام المادة (١٧) بفقرتها (١) من القانون المدني النافذ التي قضت على أَنَّه: " يسري على.... الوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت قانون... الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته"[٢].

كما أَنَّ المشرع التونسي أخضع الوصية إلى قانون الموصي وقت موته من خلال أحكام الفصل (٥٥) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي الذي جاء فيه: " تخضع الوصية للقانون الشخصي للموصي زمن وفاته..."[٣].

أما بالنسبة إلى المشرع الفرنسي والمشرع الأمريكي، فإنَّهما وصفا الوصية من الأحوال العينية؛ لذلك (أخضعا الوصايا المتعلقة بالعقار إلى قانون موقعها، في حين أخضعا الوصاية الخاصة بالمنقولات إلى قانون موطن الموصي[٤] وقت وفاته)[٥].

والجدير بالذكر بأَنَّ (قانون جنسية الموصي وقت موته) يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بالوصية ويُقصد بهذه الشروط: " هي تلك الشروط التي تتوقف عليها صحة الوصية ووجودها القانوني"[٦]، وتتمثل الشروط الشروط الموضوعية بتلك التي تتعلق في كل من (الموصي، والموصى له، والمال الموصى به)[٧]، وعليه فإنَّ القانون المذكور يدخل ضمن نطاقه (الشروط الخاصة بعمل الوصية، و الشروط المتعلقة بإجازة الورثة للوصية إذا كانت هذه الإجازة ضرورية، وتحديد الحرية للموصي في الإيصاء والقيود الواردة عليها، وتحديد القدر أو الجزء

---

[١] د. جابر جاد عبد الرحمن، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص٤٦٥.
[٢] القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ المعدل.
[٣] مجلة القانون الدولي الخاص التونسي رقم (٩٧) لسنة ١٩٩٨.
[٤] والجدير بالملاحظة بأَنَّ ولاية (نيويورك) منحت إرادة الموصي دورًا مهمًا في اختيار القانون الواجب التطبيق على الوصية بموجب أحكام المادة (١/٥/٣) من قانون الولاية لسنة (١٩٦٦)، إذ إنَّ بعد ما تم النص على إعمال قانون موطن المتوفى ورد استثناء في المادة القانونية المذكورة يتضمن (السماح للموصي غير المتوطن في ولاية نيويورك في إخضاع أمواله الموجودة في هذه الولاية إلى قانون ولاية نيويورك إلّا إنَّ إرادة الموصي في اختيار القانون المختص بشأن وصيته لم تكن مطلقة وإنما مقيدة بعدم إلحاق الضرر بحقوق الورثة). م.م. علي عبد الرحمن علي قطيط، تنازع القوانين في الوصية، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص١١٠.
[٥] يُنظر تفضلًا بهذا الصدد كل من: د.أحمد عبد الحميد عشوش، د. عبد الباقي حمدي عبد الباقي، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص٣٩٨.د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص٩٥٣. د. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، أحكام التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص٩٤. بيار مايز- فانسان هوزيه، القانون الدولي الخاص، ترجمة د. علي محمد مقلد، مصدر سابق، ص٧٣٥. م.م. علي عبد الرحمن علي قطيط، المصدر نفسه، ص١١٨.
Symon C. Symeonides: Choice of Law, op.cit., p.617.
[٦] د. موسى محمد بن موسى، القانون الدولي الخاص، دار الوطنية للنشر والتوزيع، بلا مكان نشر، ٢٠٢٠،ص١١٦.
[٧] إنَّ المشرع العراقي عالج شروط الموصي في المادة (٦٧) من قانون الأحوال الشخصية النافذ التي نصت على أَنَّه: " يشترط في الموصي أن يكون أهلًا للتبرع قانونًا مالكًا لما أوصى به "، في حين تطرق إلى شروط الموصى له في أحكام المادة (٦٨) من القانون المذكور التي جاء فيها " يشترط في الموصى له ١- أن يكون حيًا حقيقة أو تقديرًا حين الوصية وحين موت الموصى، وتصح الوصية للأشخاص المعنوية والجهات الخيرية والمؤسسات ذات النفع العام. ٢- أن لا يكون قاتلًا للموصي"، كذلك أشار إلى شروط المال الموصى به في نص المادة (٦٩) من القانون ذاته التي قضت على أَنَّه: " يشترط في الموصى به أن يكون قابلًا للتمليك بعد موت الموصي ".

الذي يمكن الإيصاء به وحكم تجاوز ذلك القدر[١]، وتحديد الأشخاص الذين يصح الإيصاء لهم، وتحديد حالات موانع الوصية والرجوع عنها)[٢].

وعلى الرغم من تحديد القانون الواجب التطبيق على مسائل الوصايا، كما موضح آنفًا إلّا إنَّه قد ترد استثناءات تُقيّد من مجال تطبيق ذلك القانون، وهذه الاستثناءات في الوقت ذاته تعد تقييدًا لسلطة القاضي التي ينبغي الالتزام بها؛ كونها تتعلق بمسائل الوصايا التي تعد من النظام العام، وعلى قاضي النزاع إعمال فكرة الدفع بالنظام العام كلّما تطلب الأمر ذلك، فما هي هذه الاستثناءات التي تؤدي الدور الفعّال والمذكور أعلاه؟ وما موقف القانون العراقي والقوانين محل المقارنة من تلك الاستثناءات؟ سنوضح ذلك على وفق التفصيل الآتي:

١- إنَّ بعض من فقهاء القانون الدولي الخاص ذهب إلى إخراج أهلية الأداء العامة للموصي من نطاق (قانون جنسية الموصي وقت موته) وطَبَّق عليها قانون جنسية الموصي وقت عمل الوصية؛ لأَنَّ الوصية تعد تصرفًا قانونيًا إراديًا يستلزم ليكون صحيحًا كمال أهلية الموصي وقت عمل الوصية، وهذا يعني خضوع الأهلية العامة للموصي إلى قاعدة الأسناد العامة التي تنظم أحكام الأهلية[٣]، فالأهلية المذكورة طبقًا لما ورد آنفًا تخضع في القانون العراقي إلى أحكام المادة (١٨) من القانون المدني، وفي القانون المصري إلى نص المادة (١١) من القانون المدني المصري، بينما في القانون التونسي تخضع إلى الفصل (٤٠) من مجلة القانون الدولي الخاص، أما

---

[١] وتجدر الإشارة بأَنَّ مقدار الوصية المشروعة يكون بحدود ثلث التركة، تأسيسًا على قول النبي محمد (ص): " الثلث والثلث كثير"، وكذلك قوله (ص): " إنَّ الله تصدق عليكم بثلث أموالكم عند مماتكم". د. علاء الدين خروفه، شرح قانون الأحوال الشخصية، ج ٢، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٦٣، ص٣٢٧. علمًا بأَنَّه إذا تجاوزت الوصية عن الثلث فتكون موقوفة على إجازة الورثة، وهذه الإجازة تكون بالقول أو الفعل. د. عبد اللطيف محمد عامر، أحكام الوصايا والوقف، ط ١، مكتبة وهبة، القاهرة، ٢٠٠٦، ص١٣٢، ص١٣٣، كما أخذ بذلك المشرع العراقي من خلال نص المادة (٧٠) من قانون الأحوال الشخصية النافذ التي جاء فيها " لا تجوز الوصية بأكثر من الثلث إلا بإجازة الورثة...". وفي إطار القانون الدولي الخاص إذا تجاوزت الوصية عن حدود ثلث التركة، أو كانت الوصية في جميع التركة، فينبغي في هذا الصدد التمييز بين حالتين: فالحالة الأولى إذا كانت الوصية بين غير مسلمين؛ أي: كل من الموصي والموصى له غير مسلم، ففي هذا الحال يتم تطبيق قانون جنسية الموصي لتحديد مقدار ما يجوز الإيصاء به حيث ذلك لا يتعارض مع النظام العام الوطني؛ كونه لا يرتب أي مساس بحقوق الورثة المسلمين. أما بالنسبة إلى الحالة الثانية إذا كان أحد أطراف الوصية مسلمًا سواء كان الموصي أم الموصى له، فهنا يجب استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق على الوصية والرجوع إلى القواعد المتعلقة بمقدار الوصية المعتمدة في الشريعة الإسلامية الغراء التي لا يجوز الخروج عليها؛ لأَنَّ الخروج عن تلك القواعد يعد مساسًا بحقوق الورثة المسلمين. يُنظر تفضلًا بهذا الشأن: د. أشرف وفا محمد، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين- تنازع الاختصاص القضائي الدولي- آثار الأحكام الأجنبية، مصدر سابق، ص٣٢٧. د. هشام أحمد محمود، القانون الدولي الخاص الإماراتي، أحكام الجنسية الإماراتية - تنازع القوانين- تنازع الاختصاص القضائي الدولي، مصدر سابق، ص٣٥٣.

[٢] د. يونس صلاح الدين علي، القانون الدولي الخاص، دراسة تحليلية في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مصدر سابق، ص٣٥٠. د. هشام علي صادق وآخرون، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين - الاختصاص القضائي الدولي - الجنسية، مصدر سابق، ص٣١٩.

[٣] د. غالب علي الداودي، د. حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مصدر سابق، ص١٢٥. د. محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، الجنسية- الموطن- مركز الأجانب- مادة التنازع، مصدر سابق، ص٥٧١. وتجدر الإشارة هناك من ذهب إلى إخضاع جميع الشروط الموضوعية ومن ضمنها أهلية الإيصاء إلى قانون جنسية الموصي وقت وفاته؛ لأَنَّ الوصية تعد تصرفًا إراديًا لا يترتب علية أية حقوق أو التزامات من الناحية القانونية إلّا من وقت الوفاة. تبنى هذا الرأي كل من: د. فؤاد عبد المنعم رياض، د. سامية راشد، الوجيز في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، مصدر سابق، ص٢٦٩. د. إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ٢٠٠٢، مصدر سابق، ص٣٠١. بينما هناك من يقترح حلًا تخييريًا إذ بمقتضاه يكفي أن تتوافر الأهلية لدى الموصي وقت إبرام الوصية أو وقت الوفاة؛ أي: اعتماد الوقت الأصلح لصحة الوصية؛ كون الوصية تؤدي إلى إتاحة الفرصة للموصي في تدارك ما فاته من الواجبات خلال حياته والقيام بفعل الخير وتقديم المساعدة للأشخاص الذين يحتاجونها. أخذ بهذا الحل كل من: د. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، ج ٢، التنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية، مصدر سابق، ص٤٠٣. أستاذنا. د. حسن علي كاظم، قواعد الإسناد وآليات التطبيق في العراق، بحث منشور في مجلة أهل البيت عليهم السلام، العدد (٢٠)، ٢٠١٦، ص٣٢٨.

بالنسبة إلى القانون الفرنسي والقانون الأمريكي اتفقا على خضوع أهلية الموصي للإيصاء المتعلقة بالعقارات إلى قانون موقع العقار إلّا إنَّهما اختلفا بأهلية الموصي للإيصاء بالمنقولات، فالقانون الفرنسي أخضعها إلى قانون جنسية الموصي وقت إنشاء(عمل) الوصية، بينما القانون الأمريكي أخضع تلك الأهلية إلى قانون آخر موطن للموصي[١].

٢- إنَّ ركن التراضي بشأن الوصية و سلامة إرادة الموصي وخلوها من العيوب تخرج من نطاق سريان قانون جنسية الموصي وقت وفاته وتخضع إلى قانون الموصي وقت إجراء الوصية؛ كون هذا الوقت يعد مناسبًا للتأكد من سلامة إرادة الموصي من عيوب الإرادة، بينما ركني محل الوصية وسببها يبقى كل منهما خاضعًا إلى قانون جنسية الموصي وقت وفاته؛ كونهما يمثلان ماهية الوصية، وهذا ما ينبغي أن يكون معتمدًا في الأنظمة القانونية للدول التي عَدَّت الوصية من مسائل الأحوال الشخصية وأخضعتها إلى قانون جنسية الموصي كالقانون العراقي والقانون المصري والقانون التونسي[٢]، بينما الأنظمة القانونية في الدول التي غَلبت الجانب العيني للوصية كالقانون الفرنسي، والأمريكي، فهذه الأنظمة أخذت بإخضاع ركن التراضي وعيوب الإرادة إلى القانون المختص بحكم الأحكام الموضوعية بحسب المال الموصى به سواء كان عقارًا أم منقولًا، وعليه فإذا كانت الوصية تتعلق بعقار فيتم تطبيق قانون موقع العقار، وأما إذا كانت الوصية تتعلق بمنقول فيسري عليها القانون الذي ينظم الأحكام الموضوعية للوصية بمنقول، أما بالنسبة إلى ركني المحل والسبب كذلك هو الحال فيتم تطبيق القانون الذي يسري على الوصية من جهة الموضوع[٣].

٣- إنَّ أهلية الموصى له تخرج من قانون جنسية الموصي وقت وفاته وتخضع إلى قانون جنسيته (الموصى له)، وهذا يعني خضوع أهلية الموصى له إلى القاعدة العامة المتعلقة بالأهلية التي تقضي بخضوع أهلية الشخص إلى قانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته، وهذه القاعدة أخذ بها كل من القانون العراقي والقانون المصري والقانون التونسي في النصوص القانونية المشار إليها آنفًا التي يُفترض أن تأخذ هذه القوانين بالاستثناء المذكور؛ كونها وصفت الوصية من مسائل الأحوال الشخصية التي تخضع إلى القانون الشخصي، أما بالنسبة إلى الوقت الذي

---

[١] يُنظر تفضلًا كل من: د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص٩٥٦. د. عزالدين عبد الله، القانون الدولي الخاص المصري، ج ٢ في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، مصدر سابق، ص٢٦٤. م.م. علي عبد الرحمن علي قطيط، تنازع القوانين في الوصية، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص٢٢١.

[٢] يُنظر تفضلًا بهذا الشأن كل من: د. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، الجنسية والموطن ومعاملة الأجانب والتنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية، مصدر سابق، ص٩٠٩. د. هشام علي صادق وآخرون، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين – الاختصاص القضائي الدولي – الجنسية، مصدر سابق، ص٣٢٠.

[٣] م.م. علي عبد الرحمن علي قطيط، تنازع القوانين في الوصية، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الدولي الخاص، المصدر نفسه، ص٢٥١، ص٢٥٤.

يؤخذ بنظر الاعتبار لتحديد القانون الذي يسري على أهلية الموصى له، فيعتد بوقت صدور القبول من الموصى له[١].

فيما يخص القانون الفرنسي، والقانون الأمريكي عندما جعلا الوصية من مسائل الأحوال العينية وأخضعاها إلى القانون الذي ينظم تلك الوصية بحسب المال الموصى به (عقارًا أو منقولًا) هذا يدل على خضوع أهلية الموصى له لذات القانون الذي يحكم الوصية من جهة الأحكام الموضوعية[٢].

٤- إنَّ الشروط الشكلية[٣] للوصية تخرج من نطاق إعمال قانون جنسية الموصي وقت وفاته، فالدول التي رجحت الجانب الشخصي للوصية أخضعت شكل الوصية[٤] إلى قانون جنسية الموصي وقت عمل الوصية (وقت الإيصاء) أو قانون الدولة التي تمت فيها الوصية[٥]، ويلاحظ بأَنَّ القانون المدني العراقي لم يتضمن قاعدة إسناد تتعلق ببيان القانون المختص في حكم شكل الوصية؛ لذلك يرى بعض من الفقه العراقي[٦] بخضوع شكل الوصية إلى قانون الدولة التي تمت فيها عملًا بالقاعدة العامة التي تقضي بخضوع شكل التصرف إلى قانون محل الإبرام والمشار إليها في المادة (٢٦) من القانون المدني النافذ التي جاء فيها " تخضع العقود في شكلها لقانون الدولة التي تمت فيها".

بينما القانون المصري نص صراحة على القانون الذي يحكم شكل الوصية في المادة (٢/١٧) من القانون المدني النافذ التي جاء فيها: " ومع ذلك يسري على شكل الوصية، قانون الموصي وقت الإيصاء أو قانون البلد الذي تمت فيه الوصية، وكذلك الحكم في شكل سائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت"[٧]، ويقابل هذه المادة

---

[١] د. أشرف وفا محمد، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين- تنازع الاختصاص القضائي الدولي- آثار الأحكام الأجنبية، مصدر سابق، ص٣٢٥. د. رجائي حسين الشتيوي، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص٣٩٠.

[٢] يُنظر تفضلًا ما ورد بهذا الصدد في الصفحات السابقة من هذه الرسالة.

[٣] يُقصد بالشروط الشكلية للوصية: " هي إجراءات إظهار الإرادة إلى العالم الخارجي، وقد تكون قاصرة على الكتابة بخط يد الموصي، أو التوثيق الرسمي لدى موثق العقود (الكاتب العدل أو المحكمة المختصة)، وقد تكون قاصرة على العلنية بحضور شهود"، وفي الأغلب تكون الوصية في ثلاثة أشكال بـ (السند الرسمي الموثق، أو الشكل العرفي المكتوب والموقع بخط يد الموصي، أو القول شفويًا أمام الشهود). د. غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين- تنازع الاختصاص القضائي الدولي- تنفيذ الأحكام الأجنبية، مصدر سابق، ص١٩٧.

[٤] نصت المادة (٦٥) من قانون الأحوال الشخصية النافذ على أَنَّه: "١- لا تعتبر الوصية إلا بدليل كتابي مُوقع من الوصي أو مبصوم بختمه أو طبعة إبهامه فإذا كان الموصى به عقارًا أو مالًا منقولًا تزيد قيمته على خمسمائة دينار وجب تصديقه من الكاتب العدل. ٢- يجوز إثبات الوصية بالشهادة إذا وجد مانع مادي يحول دون الحصول على دليل كتابي".

[٥] د. جابر جاد عبد الرحمن، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص٤٦٧.

[٦] أستاذنا. د. حسن علي كاظم، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص٣١١. د. عباس العبودي، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مصدر سابق، ص١٥٢. د. ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن، مصدر سابق، ص٢٩٧. د. عبد الواحد كرم، الأحوال الشخصية في القانون الدولي الخاص العراقي، مصدر سابق، ص٦١.

[٧] القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ المعدل، كما يُنظر تفضلًا: د. عاطف عبد الحميد عبد المجيد، الفكرة المسندة في قاعدة خضوع شكل التصرفات القانونية لقانون محل إبرامها، دراسة مقارنة في تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦، ص٧٨.

عجز الفصل (٥٥) من مجلة القانون الدولي الخاص الذي نص على أَنَّه: "... ويخضع شكل الوصية للقانون الشخصي للموصي أو لقانون المكان الذي حرّرت به"[١].

فيما يخص القانون الفرنسي أخضع شكل الوصية إلى قانون محل الإبرام[٢] من خلال ما تضمنه نص المادة (٩٩٩) من القانون المدني التي جاء فيها: " يجوز للفرنسي في الخارج أن يوصي في الشكل الرسمي المحلي، أو في الشكل الخطي الفرنسي"[٣] إلا إنَّه يبدو وَسَّع من نطاق القوانين التي تنظم الشكلية للوصية عندما اعتمد ما جاء في المادة (١) من اتفاقية لاهاي المنعقدة في (٥/ أكتوبر/ ١٩٦١) المتعلقة في شكل التصرفات الإيصائية؛ لأَنَّ هذه الاتفاقية سارية المفعول في دولة فرنسا إذ نصت تلك المادة على أَنَّه: " الوصية تكون صحيحة من حيث الشكل إذا تمت وفقًا لأي من القوانين الآتية: ١- قانون محل تمام الوصية. ٢- القانون الوطني للموصي وقت إبرام الوصية. ٣- القانون الوطني للموصي وقت وفاته. ٤- قانون الدولة التي يتوطن فيها الموصي وقت إبرام الوصية. ٥- قانون الدولة التي يتوطن فيها الموصي وقت الوفاة. ٦- قانون الدولة التي كانت بها الإقامة العادية للموصي وقت عمل الوصية. ٧- قانون الدولة التي كانت بها الإقامة العادية للموصي وقت وفاته"، فضلًا عن ذلك قانون موقع العقار بالنسبة إلى العقارات. كما يبدو أَنَّ التشريعات القانونية في الدول الأنجلوأمريكية ومن ضمنها قانون الولايات المتحدة الأمريكية أخذت بالقوانين الثمانية المذكورة أعلاه لحكم شكل الوصية، إذ يكفي لكي تكون الوصية صحيحة من جهة الشكل ينبغي أن تستوفي الشكل الذي يستلزمه أحد القوانين المشار إليها آنفًا[٤].

والجدير بالذكر يُلاحظ بأَنَّ المشرع العراقي لم يورد نصًا قانونيًا صريحًا يحكم الشروط الشكلية للوصية ضمن النصوص المنظمة لمسائل الوصايا، وكان من الأفضل إيراد نص صريح بشأن هذا الموضوع، وعدم الاعتماد على القاعدة العامة الواردة في نص المادة (٢٦) من القانون المدني السالفة الذكر، ولِما تقدم نقترح على المشرع العراقي مسايرة المشرع المصري والمشرع التونسي بشأن شكلية الوصية وتعديل نص المادة (٢٣) من خلال إضافة نص قانوني يتعلق بأحكام الشكلية للوصية ليكون فقرة ثانية من هذه المادة وبالصيغة الآتية: (يسري على شكل الوصية قانون الموصي وقت الإيصاء، أو قانون البلد الذي تمت فيه الوصية)[٥].

---

[١] مجلة القانون الدولي الخاص التونسي رقم (٩٧) لسنة ١٩٩٨.

[٢] د. أحمد عبد الحميد عشوش، د. عبد الباقي حمدي عبد الباقي، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص٤٠١. د. عاطف عبد الحميد عبد المجيد، الفكرة المسندة في قاعدة خضوع شكل التصرفات القانونية لقانون محل إبرامها، دراسة مقارنة في تنازع القوانين، مصدر سابق، ص٧٠.

[٣] القانون المدني الفرنسي النافذ.

[٤] يُنظر تفضلًا بصدد هذا الموضوع كل من: د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص٩٦٥، ص٩٦٦. د. جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص٤١١. م.م. علي عبد الرحمن علي قطيط، تنازع القوانين في الوصية، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص٣٥٩، ص٣٦١.

[٥] بناءً على هذا النص المقترح تصبح الفقرة (٢) الأصلية من المادة (٢٣) والمتعلقة بموضوع الوصية بالعقار فقرة (٣).

٥- إنَّ الجانب العيني للوصية والمتمثل بـ: (ملكية الأموال الموصى بها، وكيفية انتقالها وحيازتها، والحقوق العينية المترتبة عليها) يخرج من نطاق قانون جنسية الموصي وقت موته ويتم تطبيق قانون موقع المال عليه[١] إلّا إنَّ هذا القانون لا يسري بشأن تعيين منفذ الوصية، وتحديد الاختصاصات والسلطات الممنوحة له (للمنفذ)، ومدى تأثر الموصى له فيما يتعلق بديون التركة وتطبيق القاعدة التي تقضي (لا تركة إلّا بعد سداد الديون) إذ يُطَبَّق على هذه المسائل قانون جنسية الموصي وقت وفاته[٢]، وهذا ما اتبعه المشرع العراقي، والمشرع المصري، و المشرع التونسي، عندما أخضعوا المسائل المتعلقة بملكية الأموال وحيازتها إلى قانون واحد أَلا وهو قانون موقع المال[٣]، فالقانون العراقي تضمن ذلك من خلال نص المادة (٢٤) من القانون المدني التي جاء فيها: " المسائل الخاصة بالملكية والحيازة والحقوق العينية الأخرى، وبنوع خاص طرق انتقال هذه الحقوق بالعقد والميراث والوصية وغيرها، يسري عليها قانون الموقع فيما يختص بالعقار، ويسري بالنسبة للمنقول قانون الدولة التي يوجد فيها هذا المنقول وقت وقوع الأمر الذي ترتب عليه كسب الحق أو فقده". كما أكدت ذلك أحكام المادة (٢/٢٣) من القانون المدني المتعلقة بشأن الوصية بالعقار[٤] التي نصت على أَنَّه: " تُطَبَّق القوانين العراقية في صحة الوصية بالأموال غير المنقولة الكائنة في العراق والعائدة إلى متوفي أجنبي وفي كيفية انتقالها"[٥].

كذلك القانون المصري أخذ بهذا الاستثناء من خلال نص المادة (١٨) من القانون المدني " يسري على الحيازة والملكية والحقوق العينية الأخرى، قانون الموقع فيما يختص بالعقار، ويسري بالنسبة إلى المنقول، قانون الجهة التي يوجد فيها هذا المنقول وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى أو فقدها"[٦].

---

[١] د. محمد جلال حسن الأتروشي وآخرون، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين- تنازع الاختصاص القضائي الدولي- تنفيذ الأحكام الأجنبية، مصدر سابق،ص١٣٣. د. محمد خالد الترجمان، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وآثار الأحكام القضائية، مصدر سابق، ص٣١٥.

[٢] د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص٩٥٩.

[٣] والجدير بالذكر إنَّ قرار محكمة التمييز الاتحادية ذي العدد (١٩٥/ الهيئة العامة /٢٠٠٨) والمؤرخ في (٢٠٠٩/٦/٢٩) تضمن بأَنَّ " مسائل الأحوال العينية المتعلقة بالأموال ينعقد الاختصاص التشريعي والقضائي بشأنها لدولة موقع المال، وبذلك تخضع الأموال إلى قانون موقعها". قرار ذكرهُ: د. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، بعض قرارات القضاء العراقي في المسائل المتعلقة بالقانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص٧٠.

[٤] نصت المادة (٢٤٩) من قانون التسجيل العقاري العراقي النافذ على أَنَّه: " ١- تسجل الوصية الواردة على حق الملكية العقارية سواء كانت الوصية بالتمليك أو بصرف ثمن العقار (الوصية بالعين) أو بريع العقار بعد وفاة الموصي وذلك بالاستناد إلى الأحكام القضائية الحائزة درجة البتات أو الحجج الشرعية والوصية المنظمة من الكاتب العدل ما لم يعترض عليهما من قبل ذوي العلاقة. ٢- اذا وقع اعتراض على الوصية غير المستندة إلى حكم قضائي فيكلف المعترض بمراجعة المحاكم المختصة خلال ثلاثين يوما من تاريخ تبليغه وعند انتهاء المدة وعدم ورود إشعار من المحكمة بإيقاف التسجيل خلالها يجرى التسجيل وفقا للوثيقة المقدمة. ٣- لا يخضع تسجيل الوصية لإقرار الورثة إلّا إذا كان الإيصاء بأكثر من ثلث التركة وفي هذه الحالة يقتضى اخذ موافقتهم على التسجيل فيما زاد على الثلث. ٤- يجوز تأشير الوصية في السجل العقاري أثناء حياة الموصي ولا يجوز إجراء أي تصرف عقاري على الحقوق الموصى بها إلّا إذا أبطلت الوصية وفقا للقانون.

[٥] القانون المدني العراقي رقم رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل.

[٦] القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ المعدل.

والموقف ذاته بالنسبة إلى القانون التونسي إذ نص الفصل (٥٨) من مجلة القانون الدولي الخاص على أَنَّه: " الحوز والملكية وغيرها من الحقوق العينية ينظّمها قانون مكان وجود المال "، كما تضمن الفصل (٥٩) من المجلة المذكورة " يخضع المال المنقول المرسّم أو المسجّل لقانون الدولة التي سجّل أو رسم فيها "، كذلك أشار الفصل (٦٠) من المجلة ذاتها إلى أَنَّ " تخضع الحقوق العينية على مال في حالة عبور لقانون البلاد التي يوجد بها"[١].

فيما يخص القانون الفرنسي، والقانون الأمريكي، إنَّ المشرع الفرنسي والمشرع الأمريكي ذهبا إلى أَنَّ الوصية من مسائل الأحوال العينية، وإنَّها تخضع إلى القانون المختص بحسب (طبيعية المال الموصى به) الذي قد يكون عقارًا أم منقولًا. فهذا يدل بأَنَّ القانونين المذكورين لم يخضعا الوصية إلى قانون واحد كما هو معتمد في القوانين المشار إليها آنفًا (القانون العراقي، والمصري، والتونسي)، بل تم معاملة الوصية بمعاملتين مختلفتين طبقًا لطبيعة المال فيما إذا كان عقارًا أو منقولًا، فإذا كانت الوصية متعلقة بعقار فتخضع إلى قانون (موقع العقار)؛ لأَنَّ العقار يتمتع بصفة الثبات، بينما إذا كانت الوصية تتعلق بمنقول فتخضع إلى قانون موطن الموصي؛ كون المنقول لا يتصف بصفة الثبات فالمشرع يفترض موقع المنقول في موطن الموصي[٢].

٦- إذا كان القانون المختص بحكم مسائل الوصية يخالف النظام العام الوطني، فمثلًا: (يجيز الوصية لقاتل الموصي، أو لم يجيز الوصية لاختلاف الجنس[٣] أو اللون أو المعتقدات السياسية، أو يجيز الوصية لجهة معصية).

---

[١] مجلة القانون الدولي الخاص التونسي رقم (٩٧) لسنة ١٩٩٨.

[٢] د. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، أحكام التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص٩٥. م.م. علي عبد الرحمن علي قطيط، تنازع القوانين في الوصية، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص٢٩٨.

[٣] والجدير بالذكر إِنَّ اختلاف الدين لا يعد مانعًا من موانع الوصية انطلاقًا من قوله تعالى: " لَا يَنْهَاكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقَاتِلُوكُمْ فِي الدِّينِ وَلَمْ يُخْرِجُوكُمْ مِنْ دِيَارِكُمْ أَنْ تَبَرُّوهُمْ وَتُقْسِطُوا إِلَيْهِمْ ۚ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ ". سورة الممتحنة / الآية (٨). وبناءً على ذلك فتصح الوصية من المسلم لغير المسلم إلّا إِنَّه يُلاحظ بأَنَّ المشرع العراقي قيَّد هذا الحكم بما رود في نص المادة (٧٣) من قانون الأحوال الشخصية التي قضت على أَنَّه: " تصح الوصية بالمنقول فقط مع اختلاف الدين وتصح به مع اختلاف الجنسية بشرط المقابلة بالمثل". وهذا يدل على أَنَّه لا تصح الوصية في العقارات وتكون باطلة عند اختلاف الدين أو الجنسية. ينظر تفضلًا كل من: د. غالب علي الداودي، د. حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مصدر سابق، ص١٢٧. د. عباس العبودي، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مصدر سابق، ص١٥٣. علمًا بأَنَّ أحكام المادة (١١٩٩) من القانون المدني العراقي لم تُجيز حق الانتقال في الأراضي الأميرية عن طريق الوصية عند اختلاف الدين أو الجنسية إذ نصت المادة المذكورة على أَنَّه: " لا يثبت حق الانتقال ما بين المختلفين في الدين ولا بين عراقي واجنبي".

ففي هذا الحال يكون القانون الواجب التطبيق متعارضًا مع مقتضيات النظام العام[١] فينبغي على قاضي النزاع استبعاد ذلك القانون إعمالًا لفكرة الدفع بالنظام العام[٢]. إذ إنَّ فكرة الدفع بالنظام العام أخذ بها القانون العراقي والقوانين محل المقارنة كما أوضحنا ذلك سلفًا، وعلى القاضي الوطني اللجوء إلى هذا الدفع متى ما اتضح له مخالفة القانون الواجب التطبيق الذي ينظم الوصية لمقتضيات النظام العام السائدة في مجتمع دولته واستبعاد ذلك القانون وإحلال قانون دولته محله وفقًا للرأي الراجح بهذا الصدد[٣].

٧- إنَّ الإجراءات التحفظية أو الوقتية المتعلقة بدعاوى الوصايا تخرج من نطاق تطبيق قانون الموصي وقت موته وتخضع إلى قانون دولة القاضي المعروض عليه النزاع، كحالة إدارة الأموال الموصى بها بصورة وقتية، أو وضع هذه الأموال تحت يد حارس قضائي، أو إجراء الحجز عليها[٤]، ويمكن القول: إنَّ القانون العراقي والقوانين محل المقارنة اعتمدوا القاعدة العامة التي تقضي إلى خضوع قواعد الاختصاص والإجراءات إلى قانون دولة المحكمة التي تنظر النزاع[٥].

وفي ضوء ما تقدم، نستنتج بأَنَّ الوصية تصرف يرد على التركة مضاف إلى بعد الموت، وإنَّها تمليك من دون عِوَض، وإنَّ القانون العراقي والقوانين محل المقارنة لم تتفق بشأن القانون الواجب التطبيق على الوصية من جهة الموضوع؛ بسبب الاختلاف في تحديد الطبيعة القانونية للوصية، بل إن قوانين الدول اللاتينية لم تتفق فيما بينها في تحديد تلك الطبيعة، فالقانون العراقي، والقانون المصري، والقانون التونسي جعل الوصية من مسائل الأحوال الشخصية وأخضعها إلى قانون جنسية الموصي وقت موته، بينما القانون الفرنسي، والقانون الأمريكي وصف الوصية من مسائل الأحوال العينية وإخضاعها إلى القانون بحسب طبيعة المال الموصى به فإذا كان المال عقارًا فيسري عليها قانون موقع العقار، في حين إذا كان المال منقولًا فيتم تطبيق قانون موطن الموصي.

---

[١] اختلف الفقه حول أحكام الوصية الواجبة من جهة تعلقها بالنظام العام، فهناك من ذهب إلى إنَّها تعد من النظام العام ومن ثم ينبغي الأخذ بالوصية الواجبة حتى لو كان قانون جنسية الموصي وقت الوفاة لا يقرها، في حين هناك من تبنى بأَنَّ أحكام الوصية المذكورة لا تعد من النظام العام في إطار العلاقات الدولية الخاصة ومن ثم لا يمكن استبعاد القانون الأجنبي؛ لمجرد لا يقضي (يقر) بهذه الوصية. أشار إلى ذلك كل من: د. هشام علي صادق وآخرون، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين - الاختصاص القضائي الدولي - الجنسية، مصدر سابق، ص٣٢٢. د. جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، مصدر سابق،ص٤٢٠. ويقصد بالوصية الواجبة: " قدر من المال يستحقه فرع الولد الميت إذا مات أبوه في حياة جده فيأخذ نصيب والده كما لوكان حيًا فيما لا يزيد عن الثلث ويأخذ هذا القدر إلزامًا بحكم القانون ". د. حيدر حسين الشمري، المختصر في أحكام الوصايا والمواريث في التشريع العراقي والفقه الإسلامي، ط ٢، منقحة ومزيدة، دار الوارث للطباعة والنشر، كربلاء المقدسة، ٢٠٢٢ ص٧٤. والجدير بالملاحظة بأَنَّ المشرع العراقي أخذ بالوصية الواجبة في أحكام المادة (٧٤) من قانون الأحوال الشخصية النافذ التي نصت على أَنَّه: " إذا مات الولد ذكرًا كان أم أنثى قبل وفاة أبيه أو أمه، فإنَّه يعتبر بحكم الحي عند وفاة أي منهما، وينتقل استحقاقه من الإرث إلى أولاده ذكورًا كانوا أم إناثًا حسب الأحكام الشرعية باعتباره وصية واجبة على أن لا تتجاوز ثلث التركة. ٢- تقدم الوصية الواجبة بموجب الفقرة (١) من هذه المادة على غيرها من الوصايا الأخرى وفي الاستيفاء من ثلث التركة "، وتقابلها المادة (٧٦) من قانون الوصية المصري رقـم (٧١) لسنة ١٩٤٦ النافذ.

[٢] د. فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مصدر سابق،ص٢٨٥. د. جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص٤١٨. د. عبد السند يمامه، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، مصدر سابق، ص٢٤٦.

[٣] يُنظر تفضلًا موقف القانون العراقي والقوانين محل المقارنة بشأن فكرة الدفع بالنظام العام والموضح في الفصل الأول من هذه الرسالة.

[٤] د. جابر جاد عبد الرحمن، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص٤٦٩. د. عبد الواحد كرم، الأحوال الشخصية في القانون الدولي الخاص العراقي، مصدر سابق، ص٦٢.

[٥] للمزيد من التفصيل يُنظر تفضلًا ما ورد بشأن الدعاوى المتعلقة بانقضاء الزواج والنفقة الوقتية في هذه الرسالة.

إنَّ تحديد القانون الواجب التطبيق على قضايا الوصايا هذا لا يعني عدم وجود استثناءات تحد من نطاق تطبيق القانون الواجب التطبيق بل هذه الاستثناءات تُوصَف بأنَّها قيودًا ترد على تطبيق ذلك القانون مما يترتب عليها تقييد لسلطة قاضي النزاع التي ينبغي الالتزام بها واللجوء إلى إعمال فكرة الدفع بالنظام العام؛ كونها تتعلق بمسائل الوصايا التي تعد من النظام العام، وهذه الاستثناءات في الأغلب تكون معمول بها في الأنظمة القانونية التي أخضعت مسائل الوصايا إلى قانون جنسية الموصي وقت موته كالقانون العراقي، والمصري، والتونسي، وهذا لا يعني بأَنَّ التشريعات القانونية التي جعلت الوصية من المسائل الأحوال العينية كالقانون الفرنسي، والأمريكي لا تأخذ بنظر الاعتبار بتلك الاستثناءات، وهذه الاستثناءات تتعلق (بأهلية الإيصاء، و ركن التراضي وإرادة الموصي وسلامتها من العيوب، وأهلية الموصى له، والأحكام المتعلقة بشكلية الوصية، والجانب العيني للوصية المتمثل بملكية الأموال الموصى بها وحيازتها والحقوق العينية المترتبة عليها، ومخالفة القانون الواجب التطبيق على الوصية لمقتضيات النظام العام الوطني، والإجراءات التحفظية والوقتية التي تتعلق بدعاوى الوصية) وقد أوضحنا فيما سبق موقف القانون العراقي والقوانين محل المقارنة من تلك الاستثناءات.

الفرع الثاني

مسائل المواريث

يعد الميراث خلافة إجبارية بحكم الشرع والقانون إذ يترتب عليه انتقال الأموال من المتوفى إلى الأشخاص الذين تربطهم به رابطة القرابة أو الزوجية[١]، ويُقصد بالميراث بأَنَّه: " انتقال الملكية من الميت إلى ورثته الأحياء سواء كان المتروك مالًا أم حقًا من الحقوق الشرعية "[٢]. كما تم تعرِّيفه بأَنَّه: " خلافة جبرية للوارث في مال مورثه عند تحقق أسبابه وشروطه وانتفاء موانعه "[٣].

لمّا كان الميراث[٤] يتصف بصفة الأحوال المختلطة؛ لأَنَّه يتضمن الجانب الشخصي، والجانب العيني، إذ إنَّ الجانب الشخصي يكمُن في الرابطة الشخصية بين (المورث، و الوارث) التي تنشأ بينهما بسبب القرابة، أو الزوجية، أو النسب، بينما الجانب العيني يتجسد في ملكية الأموال الموروثة التي قد تكون عقارًا أو منقولًا، وانتقال

---

(١) د. فؤاد عبد المنعم رياض، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص٢٧٦.

(٢) الشيخ محمد علي الصابوني، المواريث في الشريعة الإسلامية في ضوء الكتاب والسُّنة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، بلا سنة نشر، ص٣٤.

(٣) د. حيدر حسين كاظم الشمري، المختصر في أحكام الوصايا والمواريث في التشريع العراقي والفقه الإسلامي ، مصدر سابق، ص١٠١.

(٤) إنَّ مشروعية الميراث تستند إلى القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة، كقوله تعالى: " يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِيٓ أَوۡلَٰدِكُمۡۖ لِلذَّكَرِ مِثۡلُ حَظِّ ٱلۡأُنثَيَيۡنِۚ فَإِن كُنَّ نِسَآءٗ فَوۡقَ ٱثۡنَتَيۡنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَۖ وَإِن كَانَتۡ وَٰحِدَةٗ فَلَهَا ٱلنِّصۡفُۚ وَلِأَبَوَيۡهِ لِكُلِّ وَٰحِدٖ مِّنۡهُمَا ٱلسُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِن كَانَ لَهُۥ وَلَدٞۚ فَإِن لَّمۡ يَكُن لَّهُۥ وَلَدٞ وَوَرِثَهُۥٓ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ ٱلثُّلُثُۚ فَإِن كَانَ لَهُۥٓ إِخۡوَةٞ فَلِأُمِّهِ ٱلسُّدُسُۚ مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍۗ ءَابَآؤُكُمۡ وَأَبۡنَآؤُكُمۡ لَا تَدۡرُونَ أَيُّهُمۡ أَقۡرَبُ لَكُمۡ نَفۡعٗاۚ فَرِيضَةٗ مِّنَ ٱللَّهِۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمٗا". سورة النساء/ الآية (١١). بينما في السنة النبوية، كقول النبي محمد (ص): " لا يرث الكافر المسلم والمسلم الكافر". الحديث الشريف منشور على الموقع الإلكتروني (https://hadeethenc.com) والخاص بموسوعة الأحاديث النبوية، تأريخ الزيارة (٢٠٢٤/٤/٢٧).

تلك الأموال من المورثِ إلى الورثةِ[١]. ظهرت اتجاهين مختلفين لتحديد الطبيعة القانونية للميراث[٢] مما ترتب على ذلك اختلاف القانون الذي يحكمه (الميراث)، وعلى وفق التفصيل الآتي:

الاتجاه الأول: ترجيح الجانب الشخصي للميراث.

يذهب هذا الاتجاه إلى ترجيح الجانب الشخصي للميراث على الجانب العيني، ويعد الميراث من مسائل الأحوال الشخصية؛ لتعلقه بشخص المورث ومن ثم يخضع إلى قانون جنسية المورث وقت موته[٣] سواء كانت الأموال الموروثة تتعلق بعقارٍ أم بمنقولٍ[٤]، وميزة هذا التوحيد يترتب عليه سريان قانون واحد على تلك الأموال؛ بوصفها أموالًا قائمة بذاتها[٥]، ويبدو أَنَّ جعل الميراث من مسائل الأحوال الشخصية تأثرًا بنظرية الفقيه الإيطالي مانشيني (Mancini) التي وَسَّعت من نطاق تطبيق قانون الجنسية وأَدخلت الميراث في نطاق ذلك القانون[٦].

إنَّ المشرع العراقي، والمصري، والتونسي أخذوا بهذا الاتجاه، فالمشرع العراقي اتبع الاتجاه المذكور آنفًا من خلال أحكام المادة (٢٢) من القانون المدني التي جاء فيها: " قضايا الميراث يسري عليها قانون الموروث

---

(١) د. محمد جلال حسن الأتروشي وآخرون، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين- تنازع الاختصاص القضائي الدولي- تنفيذ الأحكام الأجنبية، مصدر سابق،ص١٢٢.

(٢) هناك ثمة اختلاف بين الوصية والميراث على الرغم من تشابهما من جهة كونهما خلافة ما بعد وفاة مالك المال (الموصي، المورث)، وإنَّهما من دون مقابل، وهذا الاختلاف يتمثل بالآتي: ١- الوصية خلافة اختيارية للموصى له في مال الموصي، فيكون لإرادة الموصي دورًا مهمًا في إنشائها، بينما الميراث خلافة إجبارية تتحقق بأمر الهي وليس لإرادة المورث أو الوارث أي دور في ذلك. ٢- عدم وجود أساس أو سبب محدد للوصية، فالموصي يستطيع الإيصاء لمن شاء ولا يمنعه من ذلك سوى الشرع والقانون، في حين أساس الميراث يتمثل بالقرابة أو الزوجية الصحيحة، وفي حال انعدامهما فتكون الدولة وارثًا لمن لا وارث له. ٣- يشترط الإيجاب والقبول في الوصية، أما بالنسبة إلى الميراث فلا يشترط فيه ذلك. ٤- إنَّ المال محل الوصية قد يكون جزء شائع من عموم التركة، وقد يكون جزء معين بالذات، في حين المال محل الميراث قبل القسمة دائمًا ما يكون مالًا شائعًا. د. حيدر حسين كاظم الشمري، المختصر في أحكام الوصايا والمواريث في التشريع العراقي والفقه الإسلامي، مصدر سابق، ص١٠١.

(٣) وتجدر الإشارة بأَنَّ اعتماد قانون جنسية المورث وقت موته فيما يخص مسائل الإرث تعرض إلى الانتقاد، إذ هناك من يُفضِّل الأخذ بقانون الموطن للمورث بشأن هذا الموضوع؛ لأَنَّه الأقرب إلى تحقيق وحدة النظام القانوني للتركة، إذ إنَّ قانون الموطن للمتوفى في الأغلب يكون قانون موقع المال سواء كان عقارًا أم منقولًا؛ كون أموال الشخص عادةً ما تكون موجودة في البلد الذي يتوطن فيه، فضلًا عن ذلك إنَّ هذا المكان دائما ما يكون موطنًا لعائلة المتوفى (المورث)، وهذا يؤدي إلى انتفاء التعارض بين القوانين التي تنظم المسائل الخاصة بالتركة. يُنظر تفضلًا بهذا الصدد كل من: د. جابر جاد عبد الرحمن، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص٤٨٧. د. فؤاد عبد المنعم رياض، د. سامية راشد، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وآثار الأحكام الأجنبية، مصدر سابق، ص٢٧٩. د. إبراهيم حسن محمد عمر الغزاوي، المركز القانوني للطفل في مجال القانون الدولي الخاص، بلا دار نشر، بلا مكان نشر،٢٠٠٧، ص٤٦٠.

(٤) تجدر الإشارة بأَنَّ المادة (١١٩٩) من القانون المدني العراقي تمنع التوارث في الأراضي الأميرية عند اختلاف الدين أو الجنسية إذ نصت هذه المادة على أَنَّه: " لا يثبت حق الانتقال ما بين المختلفين في الدين ولا بين عراقي واجنبي". وهذا ما سارت عليه محكمة التمييز في قرارها الصادر بتأريخ (١١/ ٣/ ١٩٥٩)، إذ إنَّها (منعت انتقال الحقوق في الأراضي الأميرية من المتوفى العراقي إلى زوجته التركية)، قرار محكمة تمييز العراق رقم (٢٥٠٤/ حقوقية/ ١٩٥٧) في (١٩٥٩/٣/١١)، والمنشور في مجلة القضاء الصادرة من نقابة المحامين، العددان (١، ٢)، كانون الثاني- نيسان، السنة (٦)، مطبعة العاني، بغداد،١٩٥٨، ص١٩٥، ص١٩٦، مشار إليه لدى: د. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، الجنسية والعلاقات الدولية، مصدر سابق، ص٢٠٥.

(٥) د. عبد الحميد عمر وشاحي، القانون الدولي الخاص في العراق، مصدر سابق، ص٢٧٩.

(٦) د. فؤاد عبد المنعم رياض، د. سامية راشد، الوجيز في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، مصدر سابق، ص٢٥٨.

وقت موته..."[١]، والمشرع العراقي أحسن عندما حدد وقت الاعتداد بجنسية المورث وهو وقت وفاته للتخلص مما قد يثيره (التنازع المتغير) من مشكلات.

والموقف ذاته بالنسبة إلى المشرع المصري عندما نصت المادة (١/١٧) من القانون المدني على أَنَّه: " يسري على الميراث... قانون المورث... وقت موته "[٢]، وكذلك الحال فيما يتعلق بالمشرع التونسي عملًا بأحكام الفصل (٥٤) من مجلة القانون الدولي الخاص الذي نص على أَنَّه: " يخضع الميراث للقانون الداخلي للدولة التي يحمل المتوفى جنسيتها عند وفاته أو لقانون دولة آخر مقرّ له أو لقانون الدولة التي ترك فيها أملاكًا..."[٣].

وتجدر الإشارة بأَنَّ الأنظمة القانونية التي أخذت بتطبيق قانون جنسية المورث وقت وفاته على مسائل الميراث منحت هذا القانون الاختصاص فيما يتعلق بـ: (شروط استحقاق الميراث[٤] كوفاة المورث حقيقةً أو حكمًا، وحياة الوارث حقيقةً أو حكمًا، فضلًا عن ذلك البت في المسائل المتعلقة بتعيين الورثة ومراتبهم، وتحديد أنصبتهم، وبيان أهلية الوارث، وتحديد الوارث المحجوب والمحروم من الأموال الموروثة (الإرث)؛ لوجود مانعًا من الموانع الشرعية الخاصة بالإرث، كقتل الوارث للمورث، أو اختلاف الدين بينهما[٥].

الاتجاه الثاني: ترجيح الجانب العيني للميراث.

تبنى هذا الاتجاه ترجيح الجانب العيني للميراث على الجانب الشخصي، ويصف الميراث من مسائل الأحوال العينية[٦]؛ لأَنَّ مركزه (مال أو شيء مالي) ويتم امتلاكه عند تحقيق سبب الملكية الخاص به أَلا وهو وفاة صاحبه، صاحبه، فالعبرة بمحل الملكية المتمثل بالمال المُكوِّن للتركة وليس بصاحب المال، ونظرًا إلى أهمية ذلك المال من الناحية الاقتصادية، والاجتماعية، والسياسية بالنسبة للمجتمع، فينبغي خضوعه (المال) إلى ذات الأنظمة القانونية

---

[١] القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل، وتقابل هذه المادة، المادة (٤٧) من قانون تنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي رقم (٥) لسنة ١٩٦١ الكويتي، والمادة (١٦) من القانون المدني الجزائري، والمادة (١/١٧) من القانون الإماراتي، والمادة (١٨) من القانون المدني الأردني، والمادة(١٨) من القانون المدني السوري.

[٢] القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ المعدل.

[٣] مجلة القانون الدولي الخاص التونسي رقم (٩٧) لسنة ١٩٩٨، والجدير بالملاحظة بأَنَّ العطف (أو) الوارد في نص الفصل المذكور أعلاه يفيد الترتيب للقوانين التي تحكم مسائل الميراث وليس للتخيير؛ لأَنَّ الخيار يتطلب المفاضلة ولا يوجد أي مسوغ لتفضيل قانون على آخر من القوانين المشار إليها في النص القانوني. أشار إلى ذلك: القاضي مبروك بنموس، شرح المجلة التونسية للقانون الدولي الخاص، مصدر سابق،ص٤٦٩.

[٤] نصت المادة (٨٦) من قانون الأحوال الشخصية العراقي النافذ على أَنَّه: " أ- أركان الإرث ثلاثة: ١- المورث :وهو المتوفى. ٢- الوارث : وهو الحي الذي يستحق الميراث. ٣- الميراث : هو مال المتوفى الذي يأخذه الوارث . ب - أسباب الإرث اثنان هما القرابة والنكاح الصحيح. ج- شروط الميراث ثلاثة هي: ١- موت المورث حقيقةً أو حكمًا. ٢- تحقق حياة الوارث بعد موت المورث. ٣- العلم بجهة الإرث".

[٥] يُنظر تفضلًا كل من: د. غالب علي الداودي، د. حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مصدر سابق، ص١٢١. د. هشام خالد، القانون الدولي الخاص، النظرية العامة- النظرية العامة للجنسية- الجنسية المصرية- مركز الأجانب- تنازع القوانين- تنازع الاختصاص القضائي الدولي- تنفيذ الأحكام الأجنبية، مصدر سابق، ص٨٤٧. د. علي خليل إسماعيل الحديثي، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص١٧٩.

[٦] هناك ثمة من يرى بأَنَّ الميراث والوصية يدخل كل منهما في فئة قانونية مستقلة، فالميراث شأنه شأن الوصية ليسا من مسائل الأحوال الشخصية؛ كونها نتيجةً لانتهاء الحالة الشخصية، في حين الأحوال الشخصية تكون نتيجةً لوجود شخص، وارتباط العلاقات الداخلة ضمن نطاقها به مباشرةً، كما إنَّهما ليسا من المسائل العينية؛ لأَنَّ ما يدخل في مضمون الإرث والوصية يختلف عن مضمون فكرة موقع الأموال، فموضوع كل منهما يتمثل بتركة المتوفى يُنظر لها كمجموعة شائعة وليس المال في التركة يُنظر له منفردًا. د. سامي بديع منصور وآخرون، القانون الدولي الخاص، تنازع الاختصاص التشريعي، مصدر سابق، ص٦٨٨

الخاصة بالملكية، وبناءً على ذلك فإذا كان الميراث يتعلق بعقارٍ يتم تطبيق قانون موقعه (العقار)، وإذا كان الميراث يتعلق بمنقولٍ يسري عليه قانون آخر موطن للمورث؛ بغية تحقيق الرغبة في توحيد القانون الواجب التطبيق عند تعدد وتوزيع التركة المنقولة بين دول عديدة إذ ينظر لها كذمة مالية لغرض خضوعها إلى ذلك القانون، وقد أخذ بهذا الاتجاه كل من المشرع الفرنسي، والأمريكي إذ إنَّهما أخضعا الميراث إلى القانون بحسب طبيعة المال الموروث فيطبق قانون موقع العقار على الميراث المتعلق بالأموال العقارية، في حين يُطَبَّق قانون آخر موطن للمتوفى فيما يخص الإرث المتعلق بالأموال المنقولة[١].

يبدو أَنَّ هذا الاتجاه تأثر بنظرية الفقيه (دارجنتريه) الذي ذهب إلى توزيع الاختصاص التشريعي بشأن قضايا الميراث[٢] بين القانونين المذكورين آنفًا[٣].

والجدير بالملاحظة أَنَّ المشرع الوطني قد يضع قيودًا تحد من نطاق تطبيق القانون الواجب التطبيق على مسائل الميراث التي من شأنها تُقيّد سلطة القاضي؛ لتعلقها بقضايا الميراث التي تعد من النظام العام، وعلى القاضي الوطني الالتزام بتلك القيود، وإعمال فكرة الدفع بالنظام كلّما تطلبت الحاجة لذلك، وسنوضح تلك القيود على وفق التفصيل الآتي، مع بيان موقف القانون العراقي والقوانين محل المقارنة بشأنها.

١- توارث الأجنبي للوطني عملًا بمبدأ المعاملة بالمثل.

إنَّ المشرع الوطني قد ينص صراحةً بعدم جواز توارث الأجنبي للوطني إلّا إذا كان قانون دولة ذلك الأجنبي يورث الوطني، وهذا ما أخذ به المشرع العراقي من خلال ما جاء في نص المادة (٢٢/ أ)، فالمشرع بعد تحديد القانون الواجب التطبيق على مسائل الميراث قَيَّد ذلك النص بعدم توارث الأجنبي للعراقي إلّا إذا كان قانون الأجنبي يورث العراقي إذ نصت المادة المذكورة أعلاه على أَنَّه: " قضايا الميراث يسري عليها قانون المورث وقت موته مع مراعاة ما يلي : أ- اختلاف الجنسية غير مانع من الإرث في الأموال المنقولة والعقارات، غير إنَّ العراقي لا يرثه من الأجانب إلّا من كان قانون دولته يورث العراقي منه". فهذا القيّد (يتعلق بتوارث الأجنبي للعراقي ولا يتعلق بتوارث العراقي للأجنبي)[٤]. كما نص المشرع العراقي على هذا المبدأ في قانون التسجيل

---

[١] أشار إلى ذلك كل من: د. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، ج ٢، التنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية، مصدر سابق، ص٣٩٤. د. أحمد عبد الحميد عشوش، د. عبد الباقي حمدي عبد الباقي، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص٣٩٢. د. عزالدين عبد الله، القانون الدولي الخاص المصري، ج ٢ في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، مصدر سابق، ص٢٤٤. د. عبد الحميد أبو هيف، القانون الدولي الخاص في أوربا وفي مصر، مطبعة الاعتماد، مصر،١٩٢٤،ص٥٣٥. د. آمنة بوزينة أمحمدي، إشكالات تنازع القوانين حول مسائل الميراث بين المسلم وغير المسلم، بحث منشور في مجلة العلم والمعرفة الجزائرية، العدد (٣٢)، ٢٠١٩، ص١٧٥، كما يُنظر تفضلًا: Symon C. Symeonides: Choice of Law, op.cit., p.616.

[٢] وتجدر الإشارة بأَنَّ اتفاقية لاهاي المنعقدة عام (١٩٧٣) أخضعت إدارة التركات وتصفيتها إلى قانون محل السكن المعتاد للمورث. د. فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مصدر سابق،ص٢٧٢.

[٣] د. صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، ط ١، مصدر سابق، ص٤١٢.

[٤] د. عباس العبودي، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مصدر سابق، ص١٤٦.

العقاري بمادته (١٨٨/ ١) التي أشارت إلى: " يجوز تسجيل حق الإرث عند اختلاف جنسية المورث والورثة ويكون التسجيل باسم الوارث الأجنبي من مورث عراقي استنادًا لمبدأ المقابلة بالمثل "[١].

إذ إنَّ محكمة التمييز العراقية أخذت بمبدأ المعاملة بالمثل في قرارها الصادر بتأريخ (٤/٤/ ٢٠٠٠) إذ جاء في ذلك القرار: "... ولكون المدعى عليه غير عراقي ولعدم وجود مبدأ التوارث بالمثل بين العراق والأرجنتين، عليه يعتبر ليس من الورثة الشرعيين للمتوفية، وقد قررت المحكمة بإبطال القسام الشرعي الصادر بالعدد (٩٥/١٩٩) في (٥/٣/ ١٩٩٥) من محكمة الأحوال الشخصية في الرصافة؛ لثبوت إنَّ شقيق المتوفية قد اكتسب الجنسية الأرجنتينية قبل وفاتها، ويكون الحكم صحيحًا وموافقًا للقانون، لذا قرر تصديقه وصدر القرار بالاتفاق"[٢].

أما بالنسبة إلى المشرع المصري، والمشرع التونسي يبدو أَنَّهما لم يأخذا بمبدأ المعاملة بالمثل لتوارث الأجنبي للوطني إذ إنَّ النصوص القانونية التي حددت القانون الواجب التطبيق على قضايا الميراث لم تتضمن الإشارة إلى المبدأ المذكور آنفًا[٣].

بينما كان المشرع الفرنسي قبل أحداث الثورة الفرنسية عام (١٧٨٩) يحظر توارث الأجنبي بصورة قطعية إلّا إنَّه بعد ذلك أقر التوارث عملًا بقاعدة المعاملة بالمثل وعند صدور القانون (١٤/ تموز/١٨١٩) ألغى العمل بهذه القاعدة بموجب المادة الأولى منه، ويُلاحظ بأَنَّ هذا القانون أشار في مادته الثانية إلى حق الاقتطاع لمصلحة الفرنسيين إذ تضمنت هذه المادة الآتي: " في حالة قسمة التركة ذاتها بين ورثة مشتركين أجانب وفرنسيين، يقتطع الفرنسيون من الأموال الواقعة في فرنسا قسمًا يعادل قيمة الأموال الواقعة في بلد أجنبي، والتي حرموا منها لأي سبب كان عملًا بالقوانين والأعراف المحلية "[٤] إلّا إنَّه يبدو تم إلغاء هذين النصين في الوقت الحالي[٥].

أما بالنسبة إلى الأنظمة الأنجلوأمريكية، فالمشرع الأمريكي يبدو أَنَّه اعتمد مبدأ المعاملة بالمثل في الميراث، عندما أجاز لرعايا بعض الدول، فمثلًا: (العراق) التوارث من مواطني الولايات المتحدة الأمريكية، ودولة العراق

---

[١] قانون التسجيل العقاري العراقي رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١ المعدل، والمنشور في جريدة الوقائع العراقية ذي العدد (١٩٩٥) بتأريخ (١٩٧١/٥/١٠).

[٢] قرار محكمة تمييز العراق ذي العدد (٥٨٠/ شخصية / ٢٠٠٠) الصادر بتأريخ (٢٠٠٠/٤/٤)، والمنشور في النشرة القانونية، العدد(٨)، ٢٠١٠، ص٧، أشار إليه: د. يونس صلاح الدين علي، القانون الدولي الخاص، دراسة تحليلية في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مصدر سابق، ص٣٤٧.

[٣] المادة (١٧/ ١) من القانون المدني المصري، والفصل (٥٤) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي.

[٤] يُنظر تفضلًا كل من: بيار مايرـ فانسان هوزيه، القانون الدولي الخاص، ترجمة د. علي محمد مقلد، مصدر سابق، ص٧٣٩. د. سامي بديع منصور وآخرون، القانون الدولي الخاص، تنازع الاختصاص التشريعي، مصدر سابق، ص٧٠٨. شبورو نورية، الميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة في إطار القانون الدولي الخاص، رسالة ماجستير، جامعة أبو بكر بلقايدـ تلمسانـ كلية الحقوق والعلوم السياسية، ٢٠١٠ـ ٢٠١١، ص٧٣.

[٥] والجدير بالذكر بأَنَّه تم إلغاء نص المادة الأولى من القانون المذكور أعلاه بموجب القانون (١٣٣٢) لسنة ٢٠١٩، وأصبح للأجنبي الحق في التوارث بذات الطريقة التي يتمتعون بها الفرنسيين، كما تم إلغاء نص المادة الثانية من القانون ذاته بحسب القرار رقم (١٥٩) لسنة ٢٠١١؛ لمخالفته إلى أحكام الدستور الفرنسي، يُنظر تفضلًا بهذا الصدد ما ورد في الموقع الإلكتروني الذي تم زيارته بتأريخ (٢٠٢٤/٩/٢٩).
(https://www.legifrance.gouv.fr/loda/article_lc/LEGIARTI000006284720/1819-07-14)

لا تجيز التوارث للأجنبي من العراقي إلّا إذا كان قانون دولة الأجنبي يسمح بتوارث العراقي عملًا بالقيّد الوراد في أحكام المادة (٢٢/ أ)[١] وكما أوضحنا ذلك سابقًا.

٢- التركة الشاغرة.

يقصد بالتركة الشاغرة هو: " كل ما تركه المتوفى من أموال أو حقوق بدون مستحق لها، فتكون التركة شاغرة إذا لم يوجد وارث أصلًا، أو كان موجودًا وتوافر في حقه مانع من استحقاق الإرث كالقتل، وقد يكون جزء فقط من التركة شاغرًا، فمثلًا: إذا لم يوجد وارث وكان جزء منها مستحق للموصى له"[٢].

إنَّ الأنظمة القانونية متفقة على أنَّ التركة التي لا وارث لها (التركة الشاغرة) تؤول إلى الدولة إلّا إنَّه ما المقصود بهذه الدولة، هل هي التي ينتمي إليها المتوفى بجنسيتها، أو التي توجد الأموال الموروثة (التركة) داخل إقليمها؟

للإجابة على ذلك، يمكن القول: إنَّ المسألة تتعلق بتكييف أيلولة التركة الشاغرة إلى الدولة طبقًا لقانون القاضي، فإذا كيَّف هذا القانون حق الدولة على التركة الشاغرة بأنَّه حق إرث بوصف الدولة وارثة لمن لا وارث له، ففي هذا الحال يتم تطبيق القانون الذي يحكم قضايا الإرث على انتقال التركة إلى الدول، ومن ثم تؤول التركة الشاغرة إلى الدولة التي ينتمي إليها المتوفى بجنسيته، أما إذا تم تكييف حق الدولة على التركة الشاغرة بأنَّه حق مستمد من السيادة الإقليمية لها (للدولة)، فتؤول التركة الشاغرة والموجودة في داخل إقليمها إليها بوصفِها مالًا لا مالك له[٣].

يبدو أَنَّ الأنظمة القانونية اللاتينية كالقانون العراقي، والمصري، والتونسي، والفرنسي ذهبت إلى أَنَّ أيلولة الأموال العائدة للأجنبي المتوفى الذي لا وارث له إلى الدولة التي توجد فيها ليست بكونها حق إرث، بل بوصفها حق سيادي للدولة في الاستيلاء على تلك الأموال. فالقانون العراقي أخذ بهذا القيّد عملًا بأحكام المادة (٢٢/ ب) من القانون المدني التي نصت على أَنَّه: " الأجنبي الذي لا وارث له تؤول أمواله التي في العراق للدولة العراقية ولو صرح قانون دولته بخلاف ذلك "[٤]. كما نصت على ذلك المادة (٧٠) من قانون الأحوال الشخصية النافذ "... وتعتبر الدولة وارثًا لمن لا وارث له"[٥].

---

[١] يُنظر تفضلًا: د. حسن الهداوي، تنازع القوانين وأحكامه في القانون الدولي الخاص العراقي، مصدر سابق، ص١٧١. د. غالب علي الداودي، د. حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مصدر سابق، ص١٢٢.

[٢] د. عبد السند يمامه، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، مصدر سابق، ص٢٣٦.

[٣] د. رجائي حسين الشتيوي، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص٣٧٨. د. أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص٢٧١.

[٤] القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل.

[٥] قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل.

بينما القانون المصري أخذ بالقيّد المذكور آنفًا على الرغم من أنَّه لم ينص عليه صراحةً في قواعد الإسناد الواردة في القانون المدني، بل أخذ بذلك القيّد من خلال ما جاء في نص المادة (٤) من قانون المواريث المصري رقم (٧٧) لسنة ١٩٤٣ التي قضت على أنَّه: " إذا لم يوجد أي من هؤلاء (أي الورثة ومن في حكمهم ممن أقر له الميت بنسب على غيره وما أوصى به فيما زاد على الحد الذي تنفذ فيه الوصية) آلت التركة أو ما بقى منها إلى الخزانة العامة"، بل أكد القيّد المشار إليه آنفًا نص المادة (١) من القانون رقم (٧١) لسنة ١٩٦٢ الخاص بالتركات الشاغرة الذي أشار إلى أنَّه: " تؤول إلى الدولة ملكية التركات الشاغرة الكائنة في مصر والتي يخلفها المتوفون من غير وارث أيًا كانت جنسيتهم..."[١].

في حين القانون التونسي فقد نص صراحةً على أيلولة التركة الشاغرة إلى الدولة التونسية من خلال عجز الفصل (٥٤) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي الذي نص على أنَّه: "... وإذا لم يسند القانون المنطبق على التركة أملاكًا كائنة بالبلاد التونسية لوارث من الأشخاص الطبيعيين، فإنَّ هذه الممتلكات تؤول للدولة التونسية"[٢]. كما أشار إلى ذلك نص المادة (٨٧/ هـ) من مجلة الأحوال الشخصية " فإذا لم يوجد ورثة آلت التركة أو ما بقي منها إلى صندوق الدولة"[٣].

فيما يخص المشرع الفرنسي إذ إنَّه أخذ بأيلولة أموال الأجنبي الذي لا وارث له إلى الدولة الفرنسية[٤] بوصفِها تخص السيادة الإقليمية للدولة، كما اعتمد ذلك القضاء الفرنسي عندما كيَّف هذه المسألة بأنَّها تتعلق بحق استيلاء على الأموال الموجودة في داخل إقليم الدولة أساسه سيادة الدولة[٥].

أما بالنسبة إلى الأنظمة القانونية الأنجلوأمريكية كالقانون الأمريكي يبدو أنَّها أخذت بأيلولة التركة الشاغرة إلى الدولة التي توجد على إقليمها هذه التركة عملًا بمبدأ سيادة الدولة[٦].

---

[١] د. صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، ط ١، مصدر سابق، ص٤٢٢. د. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، الجنسية والموطن ومعاملة الأجانب والتنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية، مصدر سابق، ص٩٠٤.

[٢] مجلة القانون الدولي الخاص التونسي رقم (٩٧) لسنة ١٩٩٨.

[٣] مجلة الأحوال الشخصية التونسية رقم (١٣) لسنة ١٩٥٦.

[٤] والجدير بالملاحظة إنَّ القضاء الفرنسي أخذ بـ (قاعدة الدولة وارثًا لمن لا وارث له) منذ عام (١٨٧٤) في قضية السيد (فوركو- Forgo)/ البافاري الجنسية الذي كان يقيم في فرنسا حتى وفاته، وترك أموال منقولة فطالب بها حواشي السيد المذكور، إذ رفضت المحكمة طلب الحواشي الخاص بالمطالبة بالإرث؛ لأنَّ القانون الفرنسي لم يورث الحواشي إلّا إذا كانوا من أخوان وأخوات المتوفى، وقررت أيلولة التركة الشاغرة إلى الحكومة الفرنسية لعدم وجود الوارث. د. آمنة بوزينة أمحمدي، محاضرات في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص٤٠.

[٥] د. أشرف وفا محمد، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين- تنازع الاختصاص القضائي الدولي- آثار الأحكام الأجنبية، مصدر سابق، ص٣٢٠. د. إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، ج ٢، تنازع القوانين، ١٩٩٤، مصدر سابق، ص١٧٦. د. موسى محمد بن موسى، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص١١٥.

[٦] د. غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين- تنازع الاختصاص القضائي الدولي- تنفيذ الأحكام الأجنبية، مصدر سابق، ص١٩٣. د. محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي، مصدر سابق، ص١٥٤. د. موسى محمد بن موسى، المصدر نفسه، ص١١٥.

٣- تطبيق قانون مركز الأموال الموروثة (التركة).

إنَّ مسائل انتقال ملكية الأموال الموروثة، وحيازتها والحقوق العينية المترتبة عليها سواء كانت أموال عقارية أم أموال منقولة فأنَّها تخرج من نطاق سريان قانون جنسية المورث وقت وفاته وتدخل ضمن مجال قانون موقع المال وهو قانون موقع العقار، أو قانون البلد الذي يقع فيه المنقول وقت الوفاة[١]، وعليه يكون القانون الواجب التطبيق على أموال التركة العقارية أو المنقولة هو قانونًا واحدًا يتمثل بقانون مركز المال ويدخل ضمن نطاق هذا القانون (حقوق دائني المتوفى المتعلقة بأموال التركة، كونها ضمانة للديون[٢]، وتسجيل حق الإرث المتعلق بالعقار وبيان الآثار التي تترتب على ذلك التسجيل[٣] وتحديد جزاء مخالفته (التسجيل)، وتنظيم حالة الشيوع بين الورثة وإدارة الأموال المشاعة وحق الشريك في التصرف فيها وكيفية إنهاء حالة الشيوع)[٤]، وهذا ما أخذ به كل من المشرع العراقي، والمصري، والتونسي عملًا بأحكام النصوص القانونية السالفة الذكر[٥].

أما بالنسبة إلى المشرع الفرنسي، والأمريكي فإنَّهما لم يخضعا أموال التركة إلى قانون واحد وإنما أخذا بخضوع هذه الأموال إلى القانون الواجب التطبيق عليها بحسب طبيعتها؛ أي: طبيعة أموال التركة، فإذا كانت الأموال الموروثة تتعلق بعقاراتٍ فتخضع إلى قانون موقع العقار، في حين إذا كانت تلك الأموال تتعلق بمنقولاتٍ فيسري عليها قانون موطن المتوفى، وبهذا يمكن القول: إنَّ المشرع الفرنسي، والأمريكي اتبعا ما هو معمول به في مسائل الوصايا بسبب وصف الميراث والوصايا من الأحوال العينية ومن ثم يدخل ضمن نطاق القانون الواجب التطبيق سواء كان قانون موقع المال أم قانون موطن المورث[٦].

---

[١] أستاذنا. د. حسن علي كاظم، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص٣٠٩.

[٢] والجدير بالملاحظة إنَّ الأنظمة القانونية في الدول الإسلامية تخرج الديون من نطاق مسائل الإرث عملًا بالقاعدة التي تقضي " لا تركة إلا بعد سداد الديون"، وبناءً على ذلك فهذه الديون تخرج من التركة ومن ثم من أموال الإرث قبل انتقالها للورثة، و يشتمل الإرث في الشريعة الإسلامية على الحقوق المالية فقط التي تنتقل من المورث إلى الورثة من دون الالتزامات المالية. يُنظر تفضلًا بهذا الصدد كل من: د. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، الجنسية والعلاقات الدولية ، مصدر سابق، ص٢٠٤. د. هشام أحمد محمود، القانون الدولي الخاص الإماراتي، أحكام الجنسية الإماراتية - تنازع القوانين- تنازع الاختصاص القضائي الدولي، مصدر سابق، ص٣٤٤.

[٣] تنص المادة (٥٠٨) من القانون المدني العراقي النافذ على أنَّه: " بيع العقار لا ينعقد إلّا إذا سجل في الدائرة المختصة واستوفى الشكل الذي نص عليه القانون".

[٤] د.أحمد عبد الحميد عشوش، د. عبد الباقي حمدي عبد الباقي، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص٣٩٥. د. إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ٢٠٠٢، مصدر سابق، ص٢٨٤.

[٥] المادتين (٢٥،٢٤) من القانون المدني العراقي، والمادة (١٨) من القانون المدني المصري، والفصول (٦٠،٥٩،٥٨) من مجلة القانون الدولي الدولي الخاص التونسي.

[٦] يُنظر تفضلًا ما ورد في الصفحات السابقة حول موقف المشرع الفرنسي والأمريكي بشأن القانون الواجب التطبيق على الميراث والوصايا لاسيما الفقرة (٥) من الاستثناءات المتعلقة بموضوع الوصية.

٤- مخالفة مقتضيات النظام العام الوطني.

إذا كان القانون الواجب التطبيق على قضايا الميراث مخالفًا للنظام العام الوطني فينبغي على قاضي النزاع عدم تطبيق ذلك القانون؛ بسبب تعارضه مع مقتضيات النظام العام في مجتمع دولته[١]، فمثلًا: (لو كان القانون الأجنبي يمنع التوارث نتيجةً لاختلاف اللون أو الجنس، أو كان يحرم الإناث من حق الإرث، أو كان يسمح بالميراث إلى قاتل المورث عمدًا، أو يجيز الإرث إلى الأبن الطبيعي)، ففي هذه الحالات ينبغي إعمال فكرة الدفع بالنظام العام[٢] واستبعاد القانون الواجب التطبيق[٣]. وإذ أخذ المشرع العراقي[٤] ومشرعي القوانين محل المقارنة المقارنة بفكرة الدفع بالنظام العام استنادًا إلى أحكام النصوص القانونية المتعلقة بالموضوع والمشار إليها سابقًا.

والجدير بالذكر أَنَّ الدول الإسلامية ومن ضمنها العراق تعد أحكام الميراث من النظام العام وإنَّها قواعد آمرة لا يجوز مخالفتها مادام كان موضوع الميراث يتعلق بمسلمٍ؛ كونها مستمدة من الشريعة الإسلامية الغراء[٥].

---

[١] إنَّ محكمة النقض المصرية ذهبت في الطعن الصادر بتأريخ (٦/٢٠/ ١٩٧٩) إلى أَنَّ " اختلاف الدين في دعوى الميراث المقامة من لبنانية (مسيحية الديانة) ضد الورثة في تركة لبناني (مسلم) يعد مانعًا من موانع الميراث"، إذ إنَّها استندت في ذلك إلى أحكام المادة (٦) من قانون المواريث رقم (٧٧) لسنة ١٩٤٣ التي تقضي بأَنَّ اختلاف الدين من موانع الميراث، لذلك عَدَّت اختلاف الدين مخالفًا للنظام العام ومن ثم قضت بعدم استحقاق المدعية للإرث. (الطعن رقم ١٠ لسنة ٤٨ ق - جلسة ٢٠-٦-١٩٧٩) والصادر من محكمة النقض المصرية، منشور على الموقع الإلكتروني (https://amhlawfirmeg.com) والمتعلق بأحكام محكمة النقض المصرية، تأريخ الزيارة (٢٠٢٤/٤/٢٦)، كما أشار إلى الطعن المذكور: د. أحمد عبد الكريم سلامة، التنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية، مصدر سابق،ص٣١١.

[٢] والجدير بالملاحظة اختلفت وجهات النظر بشأن (هل يعد مخالفة قواعد القانون الأجنبي المختص بحكم مسائل الميراث لقواعد القانون الوطني، مثلًا: (فيما يخص بتحديد مراتب الورثة، وأنصبتهم) تعارضًا مع النظام العام الوطني)؟ للإجابة على ذلك ينبغي التفرقة بين حالتين، فالحالة الأولى- إذا كان أطراف العلاقة الإرثية (المورث والورثة) جميعهم أجانب؛ أي: غير مسلمين، ففي هذا الحال فإنَّ المخالفة المذكورة أعلاه لا تعد تصطدم مع النظام العام الوطني؛ لأَنَّ نظم التركات ترتبط بالتنظيم الاجتماعي والاقتصادي للدولة وفي الأغلب يختلف هذا التنظيم من دولة إلى أخرى. أما بالنسبة إلى الحالة الثانية- إذا كان أطراف التركة (المورث والورثة) جميعهم مسلمين، انقسم الفقه بهذا الشأن هناك من يرى بأَنَّ تلك المخالفة لا تعد تصطدم مع النظام العام الوطني؛ لأَنَّ الموضوع لا يتعلق بقواعد دينية قطعية، إذ إنَّ الشريعة الإسلامية تُجيز حرمان بعض الورثة، أو انقاص أنصبتهم. بينما هناك من يخالف الرأي المذكور ويذهب إلى أَنَّ المخالفة المذكورة آنفًا تتعارض مع النظام العام الوطني؛ لثبوت عدم التسوية بالدليل القاطع في الشريعة الإسلامية الغراء فيما يتعلق في تحديد مراتب الورثة وأنصبتهم وهذا ما أخذت به محكمة النقض المصرية في قرارها الصادر بتأريخ (١٩٦٤/٥/٢٧) الذي تضمن بأَنَّ " أحكام المواريث الأساسية التي تستند إلى نصوص قانونية قاطعة في الشريعة الإسلامية تعتبر في حق المسلمين من النظام العام...". تبنى الرأي الأول كل من: د. حامد زكي، د. فؤاد عبد المنعم رياض، د. سامية راشد، د. هشام علي صادق، بينما أخذ بالرأي الثاني كل من: د. أحمد عبد الكريم سلامة، د. عز الدين عبد الله، د. محمد كمال فهمي، د. منصور مصطفى منصور. أشار إلى هذه الآراء الفقهية: د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص٩٤٩. د. صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، ط ٢، مزيدة ومنقحة، مصدر سابق، ص٤١٧. ويؤيد الباحث الرأي الثاني؛ لكون قواعد الميراث مستمدة من الشريعة الإسلامية الغراء التي ينبغي اتباعها ولا يجوز مخالفتها ومنحت كل ذي حقٍ حقه.

[٣] د. جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص٤٠٢. د. جابر إبراهيم الراوي، أحكام تنازع القوانين في القانون العراقي، مصدر سابق، ص١٠٥.

[٤] وتجدر الإشارة إلى أَنَّ محكمة التمييز العراقية أخذت بالقيود المشار إليها من خلال القرارات الصادرة منها إذ إنَّها قضت " فالمبدأ في الميراث إنَّ قانون جنسية المورث وقت موته هو القانون الواجب التطبيق في المسائل الموضوعية الشخصية استنادًا للمادة (٢٢)/ مدني، أما بالنسبة للمسائل المالية المتعلقة بعقار أو منقول فيسري عليها قانون الموقع استنادًا للمادة (٢٤)/ مدني، مع مراعاة القيود المتعلقة بالنظام العام؛ أي: إنَّ قانون جنسية المورث وقانون موقع التركة لا يطبق أي منهما في العراق إذا كان هناك تعارض مع النظام العام الوطني المعتمد في العراق استنادًا للمادة (٣٢)/ مدني، ويستدل على ما يعد من النظام العام في العراق بالمادة (١٣٠)/ مدني، وكذلك القيّد المتعلق بمبدأ المعاملة بالمثل، إذ إنَّ العراقي لا يرثه الأجنبي إلّا إذا كان قانون دولة الأخير يورث العراقي منه استنادًا للمادة (٢٢)/ مدني. القرار المؤرخ في (١٩٦٤/١٢/٢٩)، منشور في مجلة ديوان التدوين القانوني/ العددان (٢،١)، كانون الأول، السنة الرابعة، ١٩٦٥،ص١٥٩- ص١٦١، والقرار المرقم (٢٩٨١ في ١٩٩٨)، منشور في مجلة القضاء، العدد (٤،٣،٢،١)، السنة الثامنة والخمسون، ١٩٩٩، ص٣٤٦ – ص٣٤٨. هذين القرارين مشار إليهما لدى: د. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، بعض قرارات القضاء العراقي في المسائل المتعلقة بالقانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص٦٩.

[٥] د. عباس العبودي، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مصدر سابق، ص١٤٨.

٥- إجراءات التقاضي.

إنَّ إجراءات التقاضي المتعلقة بدعاوى الميراث تخرج من نطاق قانون جنسية المورث وقت وفاته وتخضع إلى قانون دولة قاضي النزاع[١]، إذ إنَّ القانون العراقي وقوانين محل المقارنة أخذوا بخضوع إجراءات التقاضي إلى قانون دولة المحكمة المعروض عليها النزاع[٢] و كما أوضحنا ذلك سابقًا.

نستنتج مما تقدم، بأَنَّ الميراث خلافة إجبارية يترتب عليها انتقال التركة من الميت إلى الورثة وقد طُرِحت اتجاهين بشأن تحديد الطبيعة القانونية للميراث، الاتجاه الأول تأثر بنظرية الفقيه (مانشيني) وجعل الميراث من مسائل الأحوال الشخصية آخذًا بالاعتبار الشخصي للمورث، وبناءً على ذلك فقد أخضع الميراث إلى قانون جنسية المورث وقت وفاته وهذا ما أخذ به المشرع العراقي، والمصري، والتونسي، في حين الاتجاه الثاني تأثر بنظرية الفقيه (دارجنتريه) وجعل الميراث يدخل ضمن نطاق الأحوال العينية معتمدًا على الجانب المالي للتركة، وعليه أخضع الميراث إلى قانونين أولهما قانون موقع المال عندما يكون الميراث متعلقًا بأموالٍ عقارية، وثانيهما قانون موطن المتوفى إذا كان الميراث يتعلق بأموالٍ منقولة وهذا ما اتبعه كل من المشرع الفرنسي، والمشرع الأمريكي. وعلى الرغم من تحديد القانون الواجب التطبيق على مسائل الميراث وتحديد نطاق سريانه إلّا إنَّه قد يورد المشرع الوطني قيودًا تحول دون تطبيق ذلك القانون مما يترتب عليها تقييد سلطة القاضي الوطني بها الذي ينبغي عليه (القاضي) مراعاتها تنفيذًا لأوامر مشرعه ونواهيه. وهذه القيود تتمثل بالآتي: (توارث الأجنبي للوطني عملًا بمبدأ المعاملة بالمثل، التركة الشاغرة، تطبيق قانون موقع الأموال الموروثة، مخالفة مقتضيات النظام العام الوطني، إجراءات التقاضي)، وقد تم بيان موقف القانون العراقي و القوانين محل المقارنة من تلك القيود.

ويُلاحظ أَنَّ المشرع العراقي، والمصري، والتونسي وصفوا قضايا الوصايا، والميراث من مسائل الأحوال الشخصية وأخضعوها إلى قانون جنسية المتوفى وقت الوفاة، بينما المشرع الفرنسي، والأمريكي جعل قضايا الوصايا، والمواريث من مسائل الأحوال العينية وأخضعا فيما يتعلق بالعقارات إلى قانون الإقليمي (قانون موقع المال)، وفيما يخص المنقولات إلى قانون موطن المتوفى.

---

[١] هناك من يرى بأَنَّ الإجراءات التحفظية والوقتية لا تخضع إلى قانون القاضي وإنما تخضع إلى قانون دولة المورث وقت وفاته اللهم إلّا إذا لاحظت المحكمة أن تطبيق ذلك القانون يؤدي إلى استغراق وقتًا لا يتناسب مع السرعة المطلوبة لحماية المصالح محل النظر، في حين المسائل الأولية كإثبات مركز قانوني يخص الوارث، مثلًا: صفة الزوج أو الزوجة أو الأب أو الولد، تخضع إلى قانون دولة القاضي؛ لأَنَّه ينبغي حل هذه المسائل سلفًا قبل تطبيق القانون المختص بشأن الميراث. د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص٩٤١، ص٩٤٦.

[٢] يُنظر تفضلًا بصدد هذا الموضوع كل من: د. يونس صلاح الدين علي، القانون الدولي الخاص، دراسة تحليلية في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مصدر سابق، ص٣٤٧. د. محمد السيد عرفة، الوجيز في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص٢٢٦.

الخاتمة

- **الخاتمة.**

بعد الانتهاء من البحث في موضوع الدراسة ينبغي بيان أهم ما توصلنا إليه من الاستنتاجات التي في ضوئها تم وضع المقترحات، ونأمل من المشرع العراقي أخذ هذه المقترحات بنظر الاعتبار لمسايرة المستجدات الراهنة والتطورات الحاصلة في ظل الظروف الحالية، وسنتناول الاستنتاجات والمقترحات على وفق التفصيل الآتي:

أولًا- الاستنتاجات.

إنَّ أهم الاستنتاجات التي توصلنا إليها تتمثل بالآتي:

١- إنَّ القضاء الوطني يتمتع بالسلطة القضائية على الصعيدين الداخلي والدولي، فالسلطة القضائية على الصعيد الداخلي يطلق عليها بـ: (الاختصاص القضائي الداخلي)، وبهذا الاختصاص فالمحاكم الوطنية تختص بالدعاوى التي يكون جميع عناصرها وطنية، بينما السلطة القضائية على الصعيد الدولي يطلق عليها بـ: (الاختصاص القضائي الدولي)، فهذا الاختصاص يحدد ولاية المحاكم الوطنية في النطاق الدولي وتحديد اختصاصها في المنازعات التي تتضمن عنصرًا أجنبيًا تجاه محاكم الدول الأجنبية، ويتمتع المشرع الوطني بالحرية الكاملة في وضع القواعد المحددة للاختصاص القضائي الدولي لمحاكمه الوطنية.

٢- إنَّ مشرعي قوانين الدول اللاتينية والأنجلوأمريكية أخذوا بالدفع بالنظام العام من خلال نصوص قانونية تتضمن ذلك الدفع إلّا إنهم لم يضعوا تعريفًا جامعًا مانعًا لهذا المصطلح على الصعيدين الداخلي والدولي، وتركوا موضوع التعريف للفقه والقضاء، وإنهما بذلا جهودًا كبيرة لوضع تعريفًا جامعًا مانعًا للدفع بالنظام العام في مجال تنازع القوانين إلّا إنَّه لم تحقق تلك الجهود الغاية المرجوة؛ كون فكرة الدفع بالنظام العام في إطار القانون الدولي الخاص تعد فكرة نسبية.

٣- إنَّ محاكم الدول اللاتينية تلجأ إلى إعمال الدفع بالنظام العام بصورةٍ كثيرة؛ كون قوانين الدول اللاتينية كالقانون العراقي تعتمد على نظام الجنسية بوصفه القانون الشخصي مما يتطلب وجود وسيلة فعّالة تعتمدها المحاكم الوطنية لاستبعاد كل ما يتعارض مع قوانين دولتها، في حين محاكم الدول الأنجلوأمريكية تكون قليلة اللجوء إلى هذا الدفع؛ لأن القوانين الدول الأنجلوأمريكية كالولايات المتحدة الأمريكية ترتب الحقوق على أساس قانون الموطن وتحكم بالسياسة المأخوذة من هذا القانون من دون الاعتماد بصورة مستقلة على فكرة الدفع بالنظام العام.

٤- اتفاق قوانين الدول اللاتينية وقوانين الدول الأنجلوأمريكية بشأن الأساس القانوني للأخذ بالدفع بالنظام العام في نطاق القانون الدولي ألا وهو انتفاء الاشتراك القانوني بين النصوص الموضوعية في القانون الأجنبي الواجب التطبيق بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية وقانون دولة القاضي، ويتحقق هذا الانتفاء عند اختلاف المفاهيم والأصول في القانون الأجنبي اختلافًا جوهريًا مع قانون دولة قاضي النزاع، وإنَّ انتفاء الحد الأدنى للاتحاد القانوني بين القانونين عادةً ما يعود لأسباب (فنية، واجتماعية، واقتصادية، ودينية، والسياسة التشريعية).

٥- إنَّ فكرة الدفع بالنظام العام في إطار القانون الدولي الخاص تتمتع بجملة من الخصائص التي تتمثل بأَنَّها ذات طبيعة (وطنية، ومرنة، وغامضة، واستبعادية، وقضائية، واستثنائية، وتبعية، وواقعية، مستقلة، إيجابية)، إذ إنَّ هذه الخصائص عامة تشمل فكرة الدفع بالنظام العام على صعيد قوانين الدول ذات الاتجاه اللاتيني والاتجاه الأنجلوأمريكي.

٦- اختلف الفقه بشأن الطبيعة القانونية للدفع بالنظام العام في مجال القانون الدولي الخاص، إذ يرى بعضهم بأَنَّه قاعدة أصلية، بينما يرى بعض الآخر بأَنَّه قاعدة استثنائية، والنظرية الراجحة بصدد هذا الموضوع، هي قاعدة استثنائية لاسيما نظرية الفقيه الألماني (سافيني)؛ كون إعمال الدفع بالنظام العام في مجال تنازع القوانين يعد إجراءً استثنائيًا من القاعدة الأصلية التي أعطت الاختصاص للقانون الأجنبي ومن ثم يترتب على ذلك استبعاد القانون الأجنبي المختص بموجب قاعدة الإسناد الوطنية ويحل قانون دولة القاضي المعروض عليه النزاع محله. والجانب العملي يشير إلى أَنَّ الدول اللاتينية و الأنجلوأمريكية قد أخذت بهذه النظرية لتحديد الطبيعة القانونية للدفع بالنظام العام في نطاق العلاقات الدولية الخاصة.

٧- إنَّ المعايير التي طرحها فقه القانون الدولي الخاص لبيان مضمون الدفع بالنظام العام أَنَّها معتمدة في الدول اللاتينية و الدول الأنجلوأمريكية المتمثلة بالولايات المتحدة الأمريكية، وهذه المعايير تتمثل بـ: (اختلاف الأفكار القانونية بين القانون الأجنبي الواجب التطبيق والقانون الوطني، اختلاف المعتقدات الإنسانية ومبادئ القانون الطبيعي، مخالفة القانون الأجنبي للسياسة التشريعية في القانون الوطني، تعارض القانون الأجنبي المختص مع المصلحة العامة في دولة القاضي)، وهذه المبادئ تنصب تحت فكرة أساسية تتمثل بضرورة استبعاد القانون الأجنبي المختص الذي يتعارض مع المبادئ الجوهرية والمصالح السياسية، والاقتصادية، والاجتماعية، والأخلاقية لمجتمع دولة قاضي النزاع. ، ولكن من الضروري عدم الاعتماد على تلك المعايير وحَسب؛ كون تطبيقات الدفع بالنظام العام كثيرة و تختلف باختلاف العلاقات القانونية ذات الطابع الدولي، فضلًا عن ذلك الصفة النسبية التي يتمتع بها هذا الدفع.

٨- اختلف فقه القانون الدولي الخاص حول تحديد مدى تطبيق قواعد النظام العام، فهناك من يقسم قواعد النظام العام إلى قواعد نظام عام داخلي، وقواعد نظام عام دولي، في حين هناك من ذهب إلى أَنَّ قواعد النظام العام هي نوع واحد (نظام عام واحد)، وهذا الرأي الأخير هو الرأي الراجح؛ لأَنَّ النظام العام في مجال القانون الدولي الخاص يتمتع بالصفة الوطنية، فضلًا عن ذلك لا يمكن تصور فكرة النظام العام الدولي في الوقت الحالي؛ لعدم وجود سلطة عليا فوق الدول تستطيع وضع هكذا نظام.

٩- إنَّ إعمال الدفع بالنظام العام على صعيد العلاقات الدولية الخاصة يعد دفعًا موضوعيًا في الأنظمة القانونية لدول الاتجاه اللاتيني كالقانون العراقي، والمصري، والتونسي، والفرنسي، بينما يعد إعمال الدفع المذكور في الأنظمة الأنجلوأمريكية كالولايات المتحدة الأمريكية دفعًا شكليًا؛ لأَنَّ المحكمة المعروض عليها النزاع ستقوم باستبعاد القانون الأجنبي المخالف للأسس الجوهرية في مجتمع دولتها وإحالة الخصوم إلى محكمة دولة أخرى.

١٠- إنَّ المشرع العراقي لم يورد نصوصًا صريحة بشأن الأثر الإيجابي والأثر المخفف والأثر الانعكاسي لإعمال فكرة الدفع بالنظام وكان من الأفضل إيراد نصوص صريحة تتعلق بهذه الآثار.

١١- إنَّ مسائل الأحوال الشخصية تعد قواعدها من النظام العام التي تكون أكثر إثارةً لتنازع القوانين في نطاق القانون الدولي الخاص مما يترتب على ذلك تقييد لسلطة القضاء بالدفع بالنظام العام في تلك المسائل، وهذا التقييد يمكن تصوره من خلال اتباع القاضي الوطني للحلول الواردة في النص القانوني بشأن المسألة محل النزاع أو اتباع الاستثناءات الواردة على القاعدة العامة التي تحكم المسألة محل النظر، وقد تم اتباع تلك القيود على صعيد قوانين الدول اللاتينية والدول الأنجلوأمريكية.

١٢- إنَّ مسائل الحالة والأهلية للشخص الطبيعي في الدول اللاتينية كالقانون العراقي، والمصري، والتونسي، والفرنسي من جهة المبدأ تخضع إلى قانون الدولة التي ينتمي إليها الشخص بجنسيتها، في حين الدول الأنجلوأمريكية كالقانون الأمريكي يُميّز بين مسائل الحالة والأهلية، إذ تم إخضاع مسائل الحالة إلى قانون دولة الموطن، أما بالنسبة إلى مسائل الأهلية تم إخضاعها إلى قانون دولة محل الأبرام. ويُلاحظ بأَنَّ المشرع العراقي لم يُشر صراحةً إلى موضوع الحالة المدنية للشخص الطبيعي ضمن قواعد الإسناد الواردة في القانون المدني، فضلًا عن ذلك أَنَّ المشرع العراقي لم يُشر بصورة صريحة وواضحة إلى حالة تعدد الجنسيات للشخص وعرض النزاع أمام القضاء العراقي ولم تكن من ضمنها الجنسية العراقي، وحالة انعدام الجنسية في نص المادة (٣٣/ ١)، كما يُلاحظ أَنَّ نص المادة (٤٩) من القانون المدني لم يُشر إلى الوقت الذي يتم الاعتماد عليه في تحديد مركز الإدارة الرئيس الفعلي للشخص المعنوي تجنبًا من موضوع التنازع المتغير، فضلًا عن ذلك أَنَّه لم يؤكد بصورة واضحة وأكيدة في حال مباشرة الأشخاص المعنوية لنشاطها الرئيس في العراق فأنها تخضع إلى القانون العراقي على الرغم من عدم وجود مركز الإدارة الرئيس الفعلي في العراق.

١٣- تعد الخطبة في قوانين الدول اللاتينية وعدًا بالزواج ومن ثم يستطيع الأطراف العدول عنها، بينما في قوانين الدول الأنجلوأمريكية كالقانون الأمريكي تعد الخطبة عقدًا مما يترتب على ذلك تحقق المسؤولية التعاقدية في حال عدم إبرامه، ويُلاحظ أَنَّ المشرع العراقي لم يضع قاعدة إسناد خاصة تنظم أحكام الخطبة.

١٤- إنَّ المشرع العراقي لم يحدد الوقت الذي يتم الاعتداد فيه بجنسية كل من الزوجين فيما يتعلق بالشروط الموضوعية لصحة الزواج، كما يُلاحظ أَنَّ المشرع العراقي لم يورد نصًا خاصًا لموضوع إثبات عقد الزواج ضمن قواعد الإسناد المذكورة في القانون المدني النافذ، وإنما وضع نصًا عامًا يتعلق بإثبات التصرف القانوني في قانون الإثبات رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ المعدل من خلال أحكام المادة (١٣/ ١).

١٥- إنَّ عقد الزواج يُرتب آثارًا شخصية وآثارًا مالية إلّا إنَّ تشريعات الدول لم تتفق بشأن القاعدة القانونية التي تحكم آثار الزواج بل إنَّ قوانين الدول اللاتينية لم تتفق فيما بينها بصدد هذا الموضوع، فبعض منها أخذت بالقاعدة الوحدانية إذ إنَّها لم تُميّز بين الآثار الشخصية والآثار المالية المترتبة على الزواج، وهذا ما اتبعه القانون العراقي،

والمصري، بينما بعضها الآخر أخذت بالقاعدة الازدواجية إذ إنَّها تُميّز بين تلك الآثار إذ يوجد هناك قانون يحكم الآثار الشخصية، وقانون آخر ينظم الآثار المالية، وهذا ما أخذ به كل من القانون التونسي، والفرنسي، والأمريكي.

١٦- إنَّ الأصل في البنوة تكون شرعية إلّا إنَّه قد ترد استثناءات على هذا الأصل أَلا وهي البنوة الطبيعية والبنوة بالتبني إذ إنَّ المشرع العراقي لم يأخذ بهذه الاستثناءات ولكن وضع نظامًا يسمى بنظام الضم وقد عالجه في قانون رعاية الأحداث رقم (٧٦) لسنة ١٩٨٣ النافذ، وكذلك الحال فيما يخص المشرع المصري لم يأخذ بنظر الاعتبار تلك الاستثناءات إلّا إنَّه يمكن الأخذ ببنوة التبني إذا كان أحد أطراف العلاقة القانونية غير مسلم، بينما المشرع التونسي والفرنسي والأمريكي اعتمدوا تلك الاستثناءات، فضلًا عن ذلك أَنَّ المشرع العراقي لم يحدد وقت الاعتداد بقانون جنسية الأب في نص المادة (٤/١٩) من القانون المدني، مما أدى ذلك إلى اختلاف الفقه العراقي بهذا الصدد، فهناك من ذهب إلى الاعتداد بجنسية الأب في وقت ولادة الولد، بينما هناك من أخذ بقانون جنسية الأب وقت انعقاد الزواج.

١٧- إنَّ الفقه العراقي انتقد المشرع العراقي فيما يتعلق بموضوع انقضاء الزواج عندما أخضعهُ إلى قانون جنسية الزوج وقت الطلاق أو وقت رفع الدعوى عملًا بأحكام المادة (٣/١٩) من القانون المدني؛ لأَنَّه لم يأخذ بنظر الاعتبار الحقوق التي يكتسبها الزوج الآخر الذي يرتبط بالزواج على أساس يحكمه قانونًا معينًا في وقتٍ ينبغي الحفاظ على الحقوق التي أكتسبها الزوج وقت إبرام الزواج، وتحقيقيًا للعدالة يتطلَّب الأمر الاعتماد على قانون جنسية الزوج وقت إبرام الزواج وليس وقت الطلاق أو وقت رفع الدعوى.

١٨- اختلفت قوانين الدول اللاتينية و الأنجلوأمريكية بشأن القانون الواجب التطبيق على مسائل نفقة الأقارب، فالقانون العراقي، والمصري أخضعها إلى قانون جنسية المدين بها، بينما القانون التونسي أخضعها إلى أربعة قوانين التي تتمثل بـ: (القانون الشخصي للدائن أو قانون محل مقره، أو قانون الشخصي للمدين أو محل مقره) على أن يتم اختيار القانون الأفضل للدائن، فيما يتعلق بالقانون الفرنسي أخضعها إلى قانون محل الإقامة العادية للدائن بالنفقة، أما بالنسبة إلى القانون الأمريكي فقد أخضعها إلى قانون دولة القاضي، ويُلاحظ أَنَّ الفقه العراقي أنتقد المشرع العراقي بشأن نص المادة (٢١) من القانون المدني؛ كونه جاء نصًا عامًا لم يتضمن النفقات المشمولة به بصورة صريحة، كما لم تورد فيه كلمة (الأقارب)، فضلًا عن ذلك تعد عبارة (المدين بها) الواردة في النص المذكور تعبيرًا مُعيبًا، إذ إنَّه يفترض بصورة مُسبقة أن شخصًا ما مدينًا بالنفقة، بينما قانون جنسية الشخص هو الذي يبت بالمديونية، ومن ثم تحديد فيما إذا كان الشخص مدينًا بالنفقة من عدمه.

١٩- إنَّ قوانين الدول ذات الاتجاه اللاتيني و الأنجلوأمريكي لم تتفق على وضع قاعدة إسناد خاصة تتعلق بتنظيم مسائل الحضانة فبعض التشريعات وضعت قاعدة إسناد تعالج موضوع الحضانة والتخلص من الاجتهادات الفقهية والقضائية بشأن الطبيعة القانونية ومن ثم تحديد القانون الواجب التطبيق عليها، وهذا ما أخذ به كل من المشرع العراقي، والمشرع التونسي، في حين بعضها الآخر لم يضع قاعدة إسناد تنظم مسائل الحضانة مما أدى ذلك إلى

اختلاف الفقه والقضاء بشأن طبيعتها القانونية ومن ثم الاختلاف حول القانون المختص بشأنها، وهذا هو موقف المشرع المصري، والمشرع الفرنسي، والمشرع الأمريكي.

٢٠- تعد قضايا الوصايا والمواريث من مسائل الأحوال الشخصية في القانون العراقي، والمصري، والتونسي؛ لترجيح الجانب الشخصي للميراث على الجانب العيني ومن ثم تخضع إلى قانون واحد وهو قانون جنسية المورث وقت وفاته، بينما تعد تلك القضايا من مسائل الأحوال العينية في القانون الفرنسي، والقانون الأمريكي؛ نتيجة لترجيح الجانب العيني للميراث، إذ تخضع العقارات إلى قانون موقع المال، وفيما يخص المنقولات تخضع إلى قانون موطن المتوفى، ويُلاحظ أَنَّ نص المادة (١/٢٣) من القانون المدني لم يتضمن مسائل الوصايا وجميع التصرفات القانونية التي تعد مضافة إلى ما بعد الموت، فضلًا عن ذلك أَنَّ المشرع العراقي لم يورد نصًا قانونيًا صريحًا يحكم الشروط الشكلية للوصية ضمن النصوص المنظمة لمسائل الوصايا.

ثانيًا- المقترحات.

سنتطرق في هذه الفقرة إلى المقترحات وعلى وفق التفصيل الآتي:

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

٢- نقترح ضرورة اعتماد نظرية الفقيه الألماني (سافيني) لتحديد الطبيعة القانونية للدفع بالنظام العام في مجال القانون الدولي الخاص كوسيلة استثنائية لاستبعاد القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية محل النزاع؛ كون هذا الاستبعاد يعد إجراءً استثنائيًا من القاعدة الأصلية التي منحت الاختصاص للقانون الأجنبي أَلا وهي قاعدة الإسناد الوطنية.

٣- نقترح عدم الاقتصار على المعايير التي تم وضعها لتحديد مضمون الدفع بالنظام العام في مجال تنازع القوانين؛ بسبب تعدد تطبيقات هذا الدفع، واختلاف العلاقات القانونية المشتملة على عنصرٍ أجنبي، بل يتم اللجوء إلى الدفع بالنظام العام كلّما تطلب ذلك حمايةً للمبادئ الجوهرية والمصالح العليا لدولة القاضي.

٤- نقترح على المشرع العراقي وضع نص قانوني يتضمن الإشارة إلى الأثر الإيجابي المترتب على التمسك بالدفع بالنظام العام في إطار تنازع القوانين وبالصيغة الآتية: (يقوم القاضي باستبعاد قواعد القانون الأجنبي المختص

والمخالف لمقتضيات النظام العام السائدة في المجتمع العراقي على وفق طبيعة الأثر الإستبعادي الذي قد يكون كليًا أو جزئيًا، وإحلال قواعد القانون العراقي النافذة محلها).

٥- نقترح على المشرع العراقي الأخذ بفكرة الأثر المخفف للدفع بالنظام العام والإشارة إليها بموجب نص قانوني صريح وبالصيغة الآتية: (الاعتراف بالآثار الناجمة عن الحقوق والمراكز القانونية المكتسبة في خارج جمهورية العراق بشكلٍ أصولي طبقًا لأحكام القانون الأجنبي المختص التي لا تتعارض مع مقتضيات النظام العام السائدة في المجتمع العراقي، ويتمتع القضاء العراقي بالسلطة التقديرية لتحديد مدى تعارض تلك الآثار مع المقتضيات المذكورة آنفًا).

٦- لمّا كان القانون العراقي لم يتضمن نصًا بشأن فكرة الأثر الانعكاسي للدفع بالنظام العام، لذا نقترح على المشرع العراقي النص على تلك الفكرة بالشكل الآتي: (احترام القضاء العراقي لمقتضيات النظام العام السائدة في دولة أجنبية إذا كانت تلك المقتضيات تتفق مع مقتضيات النظام العام المعمول بها في جمهورية العراق، ويتولى القضاء المذكور مهمة تحديد ذلك الاتفاق).

٧- نقترح على القضاء العراقي ضرورة التقيُّد بالنصوص القانونية المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية؛ كونها تعد من النظام العام وينبغي اللجوء إلى إعمال فكرة الدفع بالنظام كلّما وجدت هناك حاجة ماسة بغية تحقيق الهدف المرجو منها.

٨- نقترح على المشرع العراقي تعديل نص المادة (١/١٨) من القانون المدني العراقي ليتضمن الحالة المدنية للشخص الطبيعي بصورةٍ صريحة ليصبح بالصيغة الآتية: (الحالة المدنية والأهلية يسري عليهما قانون الدولة التي ينتمي إليها الشخص بجنسيته).

٩- إنَّ المشرع العراقي لم يُشر بصورة صريحة وواضحة إلى حالة تعدد الجنسيات للشخص وعرض النزاع أمام القضاء العراقي ولم تكن من ضمنها الجنسية العراقي، وحالة انعدام الجنسية في نص المادة (٣٣/ ١) من القانون المدني العراقي، لذا نقترح عليه (المشرع العراقي) تعديل المادة القانونية المذكورة لتكون بالصيغة الأتية: (تُعيّن المحاكم العراقية القانون الذي يجب تطبيقه في حالة الأشخاص الذين لا تعرف لهم جنسية من خلال قانون موطنهم، أو قانون محل الإقامة، وإذا تعذر تحديد هذين القانونين فيتم تطبيق القانون العراقي، أما بالنسبة إلى الأشخاص الذين تثبت لهم جنسيات متعددة في وقتٍ واحد فيتم تحديد القانون الواجب التطبيق عليهم اعتمادًا على الجنسية الفعلية التي يتم التحقق منها من خلال الظروف الواقعية).

١٠- نقترح على المشرع العراقي تعديل نص المادة (٤٩) من القانون المدني العراقي لتكون بالشكل الآتي: (١- يسري على النظام القانوني للأشخاص المعنوية الأجنبية من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها قانون الدولة التي يوجد فيها مركز إدارتها الرئيس الفعلي الجديد مادام ذلك المركز تم طبقًا للقانون ومن دون قصد التحايل على ذلك القانون. ٢- مع ذلك فإذا باشر الشخص المعنوي الأجنبي نشاطه الرئيس في جمهورية

العراق، فأن القانون العراق هو الذي يسري على الرغم من عدم وجود مركز إدارته الرئيس الفعلي في الجمهورية).

١١- نقترح على المشرع العراقي إيراد نص يتعلق بالخطبة بصورة صريحة وبالصيغة الآتية: (يعد الوعد بالزواج من مسائل الأحوال الشخصية، ويسري على شروطه الموضوعية قانون جنسية كل من الخاطب والمخطوبة وقت الوعد، ويسري على الشروط الشكلية قانون البلد الذي تم فيه ذلك الوعد، وفيما يخص آثاره، وفسخه يسري عليه قانون جنسية الخاطب وقت الوعد بالزواج، وإذا كان أحد الخاطبين عراقي الجنسية وقت الوعد بالزواج، فيسري القانون العراقي وحده).

١٢- نقترح على المشرع العراقي تحديد الوقت الذي يتم الاعتداد فيه بجنسية كل من الزوجين فيما يتعلق بالشروط الموضوعية لصحة الزواج؛ للتخلص من موضوع التنازع المتحرك ليكون نص المادة (١/١٩) من القانون المدني العراقي المتعلق بتلك الشروط بالشكل الآتي: (يرجع في الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون كل من الزوجين وقت إبرام عقد الزواج).

١٣- نقترح على المشرع العراقي وضع النص المتعلق بالشروط الشكلية لعقد الزواج بمادة أو فقرة قانونية منفصلة تجنبًا للإشكالات التي حصلت بشأن الفقرة (٥) من المادة (١٩) من القانون المدني العراقي.

١٤- نجد من الأفضل وضع نصًا خاصًا يتضمن الإشارة إلى كيفية إثبات عقد الزواج، وعليه نقترح على المشرع العراقي الصيغة الآتية: (يتم إثبات عقد الزواج بالوسائل المقررة في القانون الذي تم الزواج بموجبه من جهة الشكل).

١٥- نقترح على المشرع العراقي ضرورة تعديل نص الفقرة (٤) من المادة (١٩) من القانون المدني؛ تجنبًا للاجتهادات الفقهية الحاصلة بشأنها لتكون بالصيغة الآتية: (المسائل الخاصة بالبنوة الشرعية والولاية وسائر الواجبات ما بين الآباء والأولاد يسري عليها قانون الأب وقت إبرام عقد الزواج).

١٦- نقترح على المشرع العراقي ضرورة تعديل نص المادة (٣/١٩) من القانون المدني العراقي؛ للتخلص من الانتقادات الفقهية الموجهة إليه بصددها لتصبح بالشكل الآتي: (ويسري في الطلاق والتفريق والانفصال قانون الزوج وقت انعقاد الزواج).

١٧- نقترح على المشرع العراقي تعديل نص المادة (٢١) من القانون المدني؛ تجنبًا للانتقادات الموجهة إليه من الفقه العراقي ليصبح بالصيغة الآتية: (يسري على الالتزام الخاص بنفقة الجد والجدة على الأحفاد أو العكس، والأقارب غير المباشرون قانون محل الإقامة العادية للدائن بها، و فيما يتعلق بالنفقات الأخرى المترتبة عن آثار الزواج وانقضائه فتخضع إلى القانون الواجب التطبيق عليها عملًا بالنصوص القانونية السابقة).

١٨- نقترح على المشرع العراقي تعديل نص المادة (١/٢٣) من القانون المدني ليكون شاملًا لمسائل الوصايا وجميع التصرفات القانونية التي تعد مضافة إلى ما بعد الموت وبالصيغة الآتية: (يسري على قضايا الوصايا

وجميع التصرفات القانونية الصادرة من الشخص في مرض موته التي تعد مضافة إلى ما بعد الموت قانون جنسية الموصي أو الشخص المتصرف وقت موته، وتتولى المحاكم الوطنية مهمة تكييف تلك التصرفات).

١٩- نقترح على المشرع العراقي مسايرة المشرع المصري، والمشرع التونسي بشأن شكلية الوصية من خلال إيراد نص صريح يحكم الشروط الشكلية للوصية ضمن النصوص المنظمة لمسائل الوصايا، وعدم الاعتماد على القاعدة العامة الواردة في نص المادة (٢٦) من القانون المدني، وعليه ينبغي تعديل نص المادة (٢٣) من خلال إضافة نص قانوني يتعلق بأحكام الشكلية للوصية ليكون فقرة ثانية من هذه المادة وبالصيغة الآتية:(يسري على شكل الوصية قانون الموصي وقت الإيصاء، أو قانون البلد الذي تمت فيه الوصية)، و بناءً على ذلك تصبح الفقرة (٢) الأصلية من المادة (٢٣) والمتعلقة بموضوع الوصية بالعقار فقرة (٣).

المصادر

- **المصادر.**

القرآن الكريم.

أولًا- معاجم اللغة العربية.

١- ابن منظور، لسان العرب، المجلد الثاني، دار المعارف، القاهرة، ١٩٨١.
٢- مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، ط ٨، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ٢٠٠٥.
٣- مجمع اللغة العربية في جمهورية مصر العربة، المعجم الوسيط، ط٤، مكتبة الشروق الدولية، ٢٠٠٤.

ثانيًا- المصادر باللغة العربية.

أ- الكتب القانونية.

١- د. إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢.
٢- ـــــــــــــ، القانون الدولي الخاص، ج ٢، تنازع القوانين، بلا دار نشر، بلا مكان نشر، ١٩٩٤.
٣- د. إبراهيم بن موسى الغرناطي، الموافقات في أصول الشريعة، ج ٣، المكتبة التجارية الكبرى، مصر،١٩٧٥.
٤- د. إبراهيم حسن محمد عمر الغزاوي، المركز القانوني للطفل في مجال القانون الدولي الخاص، بلا دار نشر، بلا مكان نشر،٢٠٠٧.
٥- د. أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، بلا دار نشر، بلا مكان نشر، ٢٠١٠.
٦- د. أحمد الكبيسي، الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية وتعديلاته، ج ١، الزواج والطلاق وآثارهما، طبعة جديدة و منقحة، مكتبة السنهوري، بغداد، ١٩٩٠.
٧- د. أحمد سلام رشاد، الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم المصرية وتنفيذ الأحكام الأجنبية في مصر، بلا دار نشر، بلا مكان نشر، بلا سنة نشر.
٨- د. أحمد سلمان شهيب السعداوي، د. جواد كاظم جواد سميسم، مصادر الالتزام، دراسة مقارنة بالقوانين المدنية والفقه الإسلامي، ط ٢، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠١٧.
٩- أحمد عبد الحميد عشوش، القانون الدولي الخاص، الجنسية – تنازع القوانين محاضرات ألقيت على طلبة المستوى الرابع، فصل الدراسي الثاني، بلا دار نشر، بلا مكان نشر،٢٠١٢.
١٠- د. أحمد عبد الحميد عشوش، د. عبد الباقي حمدى عبد الباقي، القانون الدولي الخاص، العالمية للطباعة، بلا مكان نشر، بلا سنة نشر.
١١- د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨،.
١٢- ـــــــــــــ، التنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، بلا سنة نشر.
١٣- ـــــــــــــ، القانون الدولي الخاص، الجنسية والموطن ومعاملة الأجانب والتنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية، ط ١، دار النهضة العربية، القاهرة، بلا سنة نشر.
١٤- ـــــــــــــ، القانون الدولي الخاص، ج ٢، التنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١-٢٠٠٢.

١٥- د. آدم وهيب النداوي، المرافعات المدنية، الدار العربية للقانون، توزيع مكتبة المواهب للطباعة والنشر، بغداد،٢٠١٠.
١٦- ـــــــــــ، المرافعات المدنية، مكتبة دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة بغداد، كلية القانون، ١٩٨٨.
١٧- د. أشرف عبد العليم الرفاعي، التبني الدولي ومبدأ احترام مصلحة الطفل، دراسة مقارنة، ط ١، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١١.
١٨- د. أشرف وفا محمد، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين- تنازع الاختصاص القضائي الدولي- آثار الأحكام الأجنبية، بلا دار نشر، بلا مكان نشر، ٢٠٢٢.
١٩- د. أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، دار هومه، الجزائر،٢٠٠٢.
٢٠- د. آمنه بوزينة أمحمدي، محاضرات في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، بلا دار نشر، بلا مكان نشر، ٢٠١٥.
٢١- د. الأنصاري حسن النيداني، قانون المرافعات المدنية والتجارية، جامعة بنها، كلية الحقوق، بلا سنة نشر.
٢٢- د. أياد مطشر صيهود، فلسفة تنازع الاختصاص التشريعي في مسائل الأحوال الشخصية، ط ١، شركة ناس للطباعة، القاهرة،٢٠٢٠.
٢٣- د. أيمن مكرم البسيوني الوكيل، أثر فكرة النظام العام على أحكام عقد العمل- دراسة مقارنة، ط ١، مركز الدراسات العربية، الجيزة، مصر،٢٠٢٠.
٢٤- د. إيناس محمد البهجي، د. يوسف المصري، تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص، ط ١، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١٣.
٢٥- بيار مايز- فانسان هوزيه، القانون الدولي الخاص، ترجمة د. علي محمد مقلد، ط ١، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ٢٠٠٨.
٢٦- د. توفيق حسن فرج، أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٨٢.
٢٧- د. ثامر داود عبود الشافعي، تعدد جنسية الفرد وآثاره القانونية، دراسة في القانون الدولي والمقارن، ط ١، المركز العربي للدراسات والبحوث العلمية، القاهرة، ٢٠٢٠.
٢٨- ثائر علي صبار، القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني، دراسة مقارنة، ط ١، منشورات زين الحقوقية والأدبية، بيروت، لبنان، ٢٠١٧.
٢٩- د. جابر إبراهيم الراوي، أحكام تنازع القوانين في القانون العراقي، جامعة بغداد، ١٩٧٩- ١٩٨٠.
٣٠- ـــــــــــ، القانون الدولي الخاص في الجنسية، مطبعة دار السلام، بغداد، ١٩٧٧.
٣١- د. جابر جاد عبد الرحمن، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٦.
٣٢- د. جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥.
٣٣- ـــــــــــ، محاضرات في القانون الدولي الخاص، المبادئ العامة في تنازع القوانين، ج ٢، ط ٣، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١.
٣٤- د. جميلة أوحيدة، تقديم د. عبد الرزاق مولاي ارشيد، آليات تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص المغربي، بلا دار نشر، بلا مكان نشر، بلا سنة نشر.
٣٥- د. جواد أحمد البهادلي، الوجيز في الوصايا والمواريث في ضوء قانون الأحوال الشخصية العراقي طبقًا للمذاهب الخمسة، ط ١، إيران، ٢٠١٨.
٣٦- د. حامد زكي، القانون الدولي الخاص المصري، ط ١، مطبعة نورى بالقاهرة، ١٩٣٦.

٣٧- د. حامد مصطفى، القانون الدولي الخاص العراقي، مطبعة المعارف، بغداد، بلا سنة نشر.
٣٨- د. حسام الدين فتحي ناصف، الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٢.
٣٩- حسن المِمّي، القانون الدولي الخاص، نظريات ومبادئ، بلا دار نشر، بلا مكان نشر، ١٩٩٤.
٤٠- د. حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني، دراسة مقارنة، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان- الأردن،١٩٩٧.
٤١- ـــــــــ، الوجيز في القانون الدولي الخاص، ج ٣ في تنازع القوانين، مطبعة الإرشاد، بغداد، ١٩٦٢.
٤٢- ـــــــــ، تنازع القوانين وأحكامه في القانون الدولي الخاص العراقي، مطبعة الإرشاد، بغداد،١٩٦٧.
٤٣- د. حسن علي كاظم، القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة، المكتب الجامعي الحديث، بلا مكان نشر، ٢٠٢١.
٤٤- د. حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، الكتاب الثاني، الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية وأحكام التحكيم، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٢.
٤٥- ـــــــــ، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، المبادئ العامة في تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٧.
٤٦- ـــــــــ، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية وأحكام التحكيم، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٩.
٤٧- ـــــــــ، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية وأحكام التحكيم، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٥.
٤٨- د. حيدر حسين الشمري، المختصر في أحكام الوصايا والمواريث في التشريع العراقي والفقه الإسلامي، ط ٢، منقحة ومزيدة، دار الوراث للطباعة والنشر، كربلاء المقدسة، ٢٠٢٢.
٤٩- ـــــــــ، المختصر في أحكام الزواج والطلاق وآثارهما في التشريع العراقي والفقه الإسلامي، ط ١، مطابع دار الوارث، كربلاء المقدسة، ٢٠٢٠.
٥٠- د. رجائي حسين الشتيوي، القانون الدولي الخاص، الكتاب الثاني، تنازع القوانين، بلا دار نشر، بلا مكان نشر،٢٠١٧- ٢٠١٨.
٥١- د. رحيم حسن العكيلي، دراسات في قانون المرافعات المدنية، بلا دار نشر، بلا مكان نشر، بلا سنة نشر.
٥٢- د. رمزي محمد علي، فكرة تنازع القوانين في الفقه الإسلامي، ط ١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠١١.
٥٣- د. رنا صادق الدليمي، د. رعد مقداد آل دولة، العلاقة بين الاختصاصين القضائي والتشريعي في القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة، ط ١، دار مصر للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠٢٤.
٥٤- د. سالم إرجيعة، الوجيز في القانون الدولي الخاص الليبي، تنازع القوانين من حيث المكان- تنازع الاختصاص القضائي الدولي- الجنسية ومركز الأجانب، ط ٤، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٧.
٥٥- د. سالم حماد دحدوح، الوجيز في القانون الدولي الخاص في ظل التشريعات المطبقة في فلسطين، ج ٢ في تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، دراسة مقارنة، ط ٨ ، بلا دار نشر، بلا مكان نشر، ٢٠٠٦.
٥٦- د. سامي بديع منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، تقنية وحلول النزاعات الدولية الخاصة، ط ١، دار العلوم العربية، بيروت، لبنان، ١٩٩٤.

٥٧- د. سامي بديع منصور، د. عبده جميل غصوب، د. نصري أنطوان دياب ، القانون الدولي الخاص، الاختصاص القضائي الدولي وآثار الأحكام الأجنبية في لبنان، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بلا مكان نشر، بلا سنة نشر.
٥٨- ـــــــــــ، د. عبده جميل غصوب، د. نصري أنطوان دياب، القانون الدولي الخاص، تنازع الاختصاص التشريعي، ط ١ ، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ٢٠٠٩.
٥٩- ـــــــــــ، د. عكاشة عبد العال، القانون الدولي الخاص، توزيع المكتبة القانونية، بغداد، بلا سنة نشر.
٦٠- ـــــــــــ، د، أسامة العجوز، القانون الدولي الخاص، ط ٣، منشورات زين الحقوقية والأدبية، بيروت، ٢٠٠٩.
٦١- د. سعدون ناجي القشطيني، شرح أحكام المرافعات، دراسة تحليلية في شرح قانون المرافعات المدنية العراقي، ج ١، مطبعة المعارف، بغداد،١٩٧٢.
٦٢- د. سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، المضمون الواسع المتعدد الموضوعات- الجنسية والقومية- المركز القانوني للأجانب وللعرب- النظرية العامة لتنازع القوانين، ط ١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٩.
٦٣- ـــــــــــ، القانون الدولي الخاص، تطور وتعدد طرق حل النزاعات الخاصة الدولية- تنازع القوانين - المعاهدات- التحكيم التجاري الدولي، ط ١، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان - بيروت، ٢٠٠٤.
٦٤- د. سلام عبد الزهرة الفتلاوي، د. نبيل مهدي زوين، الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ وتعديلاته، عقد الزواج وآثاره – الفرقة وآثارها – حقوق الأقارب، ط ١، مؤسسة النبراس للطباعة، ٢٠١٥.
٦٥- الشيخ محسن آل عصفور، قانون الأحوال الشخصية على ضوء الفقه الجعفري، مركز عيسى الثقافي، المكتبة الوطنية، البحرين، ٢٠١٤.
٦٦- الشيخ محمد علي الصابوني، المواريث في الشريعة الإسلامية في ضوء الكتاب والسُّنة، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، بلا سنة نشر.
٦٧- د. صباح عبد الحسين، أحكام الطلاق والتفريق في الشريعة الإسلامية والقانون، ط١، شركة العاتك لصناعة الكتب، بيروت، ٢٠٢٢.
٦٨- د. صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، ط ١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦.
٦٩- ـــــــــــ، تنازع القوانين، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، ط ٢، مزيدة ومنقحة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٦.
٧٠- ـــــــــــ، فكرة النظام العام في العلاقات الخاصة الدولية بين القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية، ط ١، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٤.
٧١- ـــــــــــ، مشكلات إبرام الزواج في القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١٠.
٧٢- د. صلاح جاد المنزلاوي، الاختصاص القضائي بالمنازعات الخاصة الدولية والاعتراف والتنفيذ الدولي للأحكام الأجنبية، بلا دار نشر، بلا مكان نشر، ٢٠٠٨.
٧٣- د. عاطف عبد الحميد عبد المجيد، الفكرة المسندة في قاعدة خضوع شكل التصرفات القانونية لقانون محل إبرامها، دراسة مقارنة في تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦.

٧٤- د. عباس العبودي، المرافعات المدنية، مكتبة السنهوري، بيروت، بلا سنة نشر.
٧٥- ـــــــــــ، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مكتبة السنهوري، بيروت،٢٠١٥.
٧٦- ـــــــــــ، شرح أحكام قانون الجنسية العراقية رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٦ والموطن ومركز الأجانب، دراسة مقارنة في نطاق القانون الدولي الخاص، دار السنهوري، بيروت،٢٠١٥.
٧٧- د. عبد الحميد أبو هيف، القانون الدولي الخاص في أوربا وفي مصر، مطبعة الاعتماد، مصر،١٩٢٤.
٧٨- د. عبد الحميد عمر وشاحي، القانون الدولي الخاص في العراق، ج ١، مطبعة التفيض الأهلية، بغداد،١٩٤٠-١٩٤١.
٧٩- د. عبد الرحمن العَلّام، شرح قانون المرافعات المدنية، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٧٠.
٨٠- د. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، أحكام التنازع الدولي للقوانين، ط ١، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان- بيروت،٢٠١٢.
٨١- ـــــــــــ، الجنسية والعلاقات الدولية، ط ٢، منشورات زين الحقوقية والأدبية، لبنان، ٢٠١١.
٨٢- ـــــــــــ، القانون الدولي الخاص، الجنسية – الموطن – مركز الأجانب – التنازع الدولي للقوانين- تنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار السنهوري، بيروت ، ٢٠١٧.
٨٣- ـــــــــــ، القانون الدولي الخاص، الجنسية – الموطن – مركز الأجانب – التنازع الدولي للقوانين- تنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار السنهوري، بيروت ، ٢٠١٨.
٨٤- ـــــــــــ، القانون الدولي الخاص، الجنسية- الموطن- مركز الأجانب - التنازع الدولي للقوانين- تنازع الاختصاص القضائي الدولي، طبعة جديدة منقحة، دار السنهوري، لبنان- بيروت، ٢٠٢٢.
٨٥- ـــــــــــ، بعض قرارات القضاء العراقي في مسائل المتعلقة بالقانون الدولي الخاص، ط ١، دار السنهوري، بيروت – لبنان، ٢٠٢٣.
٨٦- ـــــــــــ، القانون الدولي الخاص، الجنسية، الموطن، مركز الأجانب، التنازع الدولي للقوانين، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، مكتبة السنهوري، بيروت،٢٠١٥.
٨٧- د. عبد السند يمامه، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، بلا دار نشر، بلا مكان نشر، ١٩٩٩.
٨٨- د. عبد الكريم زيدان، الوجيز في شرح القواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية، ط ١، مؤسسة الرسالة، بيروت، ٢٠٠١.
٨٩- د. عبد اللطيف محمد عامر، أحكام الوصايا والوقف، ط ١، مكتبة وهبة، القاهرة، ٢٠٠٦.
٩٠- د. عبد الله عبد الجليل الحديثي، النظرية العامة في القواعد الآمرة في القانون الدولي، ط ١، بلا دار نشر، بلا مكان نشر، ١٩٨٦.
٩١- د. عبد المجيد الحكيم، د. عبد الباقي البكري، د. محمد طه البشير ، الوجيز في نظرية في نظرية الإلتزام في القانون المدني العراقي، ج ١ في مصار الالتزام، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، بلا سنة نشر.
٩٢- د. عبد المنعم زمزم، الجنسية ومركز الأجانب في القانون الدولي الخاص والقانون المصري المقارن، بلا دار نشر، بلا مكان نشر،٢٠١٦.
٩٣- ـــــــــــ، الوسيط في القانون الدولي الخاص، دار الثقافة العربية، بلا مكان نشر، ٢٠١٥.
٩٤- د. عبد الواحد كرم، الأحوال الشخصية في القانون الدولي الخاص العراقي، ط ١، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧٩.

٩٥- د. عبد الودود محمد السريتي، الوصايا والأوقاف والمواريث في الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، ١٩٩٧،.
٩٦- د. عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، ط ١، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ٢٠٠٨، ص٢١٤.
٩٧- ـــــــــــ، محاضرات في القانون الدولي الخاص، ط ٢، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، لبنان،٢٠١٠.
٩٨- د. عزالدين عبد الله، القانون الدولي الخاص المصري، ج ٢ في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، ١٩٥٥.
٩٩- د. عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، ط ١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٤.
١٠٠- د. علاء الدين خروفه، شرح قانون الأحوال الشخصية، ج ٢، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٦٣.
١٠١- د. علي خليل إسماعيل الحديثي، القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٣.
١٠٢- د. علي رمضان علي بركات، د. عبد الحكيم عكاشة، شرح قانون المرافعات المدنية و التجارية، جامعة الفيوم، كلية الحقوق، مصر، ٢٠٢٢.
١٠٣- م.م. علي عبد الرحمن علي قطيط، تنازع القوانين في الوصية، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الدولي الخاص، ط ١، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، ٢٠١١.
١٠٤- د. علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ط ٥، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ١٩٨٠.
١٠٥- د. عنان باقي لطيف، تنازع القوانين في مسائل الأهلية العامة، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠٠٩.
١٠٦- د. عوني محمد الفخري، الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العراقية وتنفيذ الأحكام الأجنبية في العراق في المسائل المدنية والتجارية، دراسة مقارنة في القانون الدولي الخاص، بلا دار نشر، بلا مكان نشر، بلا سنة نشر.
١٠٧- د. غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين- تنازع الاختصاص القضائي الدولي- تنفيذ الأحكام الأجنبية، دراسة مقارنة، ط ١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، المملكة الأردنية الهاشمية،٢٠١١.
١٠٨- ـــــــــــ، د. حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، ج ٢، شركة العاتك لصناعة الكتب، القاهرة، بلا سنة نشر.
١٠٩- د. غسان عبيد محمد المعموري، المنهج الأحادي ودوره في حل التنازع بين القوانين في عقود التجارة الدولية، محاضرات أُلقيت على طلبة الدراسات العليا / الماجستير، الكورس الثاني، جامعة كربلاء - كلية القانون، للعام الدراسي (٢٠٢٢-٢٠٢٣).
١١٠- د. غسان عشا، الزواج والطلاق وتعدد الزواج في الإسلام، الأحكام الفقهية وتبريرات الكتّاب المسلمين المعاصرين، دار الساقي، ط ١،لبنان- بيروت، ٢٠٠٤.
١١١- د. فاروق عبدالله كريم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ وتعديلاته، عقد الزواج وآثاره – الفرقة وآثارها – حقوق الأقارب، جامعة السليمانية، العراق،٢٠٠٤.
١١٢- د. فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، جامعة دمشق، كلية الحقوق، ٢٠١٠- ٢٠١١.
١١٣- ـــــــــــ، القانون الدولي الخاص، ج ٢، منشورات جامعة الجامعة الافتراضية السورية، الجمهورية العربية السورية، ٢٠١٨.

١١٤- د. فؤاد عبد المنعم رياض، تنازع القوانين، الكتاب الأول، بلا دار نشر، بلا مكان نشر، ١٩٩٨-١٩٩٩.
١١٥- ـــــــــــ، د. سامية راشد، الوجيز في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، ج ٢، دار النهضة العربية، القاهرة، بلا سنة نشر.
١١٦- ـــــــــــ، د. سامية راشد، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وآثار الأحكام الأجنبية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٤.
١١٧- د. كريم مزعل شبي وآخرون، مباحث في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ط ١، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، بيروت، لبنان، ٢٠١٨.
١١٨- د. لطفي الشاذلي، القاضي. مالك الغزواني، مجلة القانون الدولي الخاص، بلا دار نشر، تونس،٢٠٠٨.
١١٩- د. ماهر محمد حامد، أثر النظام العام في الحد من اللجوء إلى التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٢.
١٢٠- القاضي. مبروك بنموس، شرح المجلة التونسية للقانون الدولي الخاص، ط ١، المغاربية للطباعة والنشر والإشهار، تونس، ٢٠٠٣.
١٢١- د. مجد الدين خربوط، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ج ٢، منشورات جامعة حلب- كلية الحقوق، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، بلا مكان نشر،٢٠٠٨.
١٢٢- د. محمد السيد عرفة، القانون الدولي الخاص للمملكة العربية السعودية، ج ١، الجنسية والموطن ومركز الأجانب، ط١، دار المؤيد للنشر والتوزيع بالرياض، ١٩٩٩.
١٢٣- ـــــــــــ، الوجيز في التنازع الدولي للقوانين، ط ٣، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٤.
١٢٤- د. محمد ثامر، محاضرات في القانون الدولي الخاص، ج ١، دار السنهوري، بيروت، ٢٠١٧.
١٢٥- د. محمد جلال حسن الأتروشي، د. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، د. عبدالله فاضل ميراني، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين- تنازع الاختصاص القضائي الدولي- تنفيذ الأحكام الأجنبية، الكتاب الثاني، ط ١، مكتبة يادكَار لطباعة ونشر الكتب القانونية، السليمانية، ٢٠٢٠.
١٢٦- د. محمد جلال حسن المزوري، القانون الدولي الخاص في الجنسية والموطن ومركز الأجانب، ط١، مكتبة يادكار، العراق- السليمانية، ٢٠١٨، ص١٣٦.
١٢٧- د. محمد خالد الترجمان، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وآثار الأحكام القضائية، بلا دار نشر، بلا مكان نشر، بلا سنة نشر.
١٢٨- د. محمد خيري كصير، حالات تطبيق قانون القاضي في نطاق تنازع القوانين ، دراسة مقارنة، ط ١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان،٢٠١٢.
١٢٩- د. محمد عبد المنعم رياض، مذكرات في القانون الدولي الخاص، مطبعة الفتوح، مصر، ١٩٢٦.
١٣٠- د. محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، الجنسية- الموطن- مركز الأجانب- مادة التنازع، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٦.
١٣١- د. محمد نور شحاته، الوجيز في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، بلا مكان نشر، بلا سنة نشر.
١٣٢- د. محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن- عمان، ٢٠١٩.
١٣٣- د. محمود مصليحي، مبادئ تنازع القوانين والاختصاص القضائي وآثار الأحكام الأجنبية، بلا دار نشر، بلا مكان نشر،٢٠٠٠.

١٣٤- د. مصطفى إبراهيم الزلمي، أصول الفقه في نسيجه الجديد، ج ١، ط ١٠، شركة الخنساء للطباعة، بغداد، ٢٠٠٢.
١٣٥- ـــــــــــ، أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي المقارن، دراسة مقارنة بالقانون، ط ١، إحسان للنشر والتوزيع، بلا مكان نشر، ٢٠١٤.
١٣٦- د. ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن، ط ٢، دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٧٧.
١٣٧- د. منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية العربية والأجنبية معززة بآراء الفقه وأحكام القضاء، ط ١، دار ئاراس للطباعة والنشر، العراق- أربيل،٢٠٠٦.
١٣٨- د. منصور مصطفى منصور، مذكرات في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار المعارف بمصر، ١٩٥٧.
١٣٩- د. مهند أحمد الصانوري، القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة في تنازع القوانين، ط ١، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، الأردن ،٢٠١١.
١٤٠- د. موسى محمد بن موسى، القانون الدولي الخاص، دار الوطنية للنشر والتوزيع، بلا مكان نشر، ٢٠٢٠.
١٤١- د. نافع بحر سلطان، مفاهيم القانون الدولي الخاص ومصطلحاته، ط ١، مكتب الهاشمي للكتاب الجامعي، بغداد، العراق ، ٢٠١٦.
١٤٢- نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى القانون، نظرية الحق، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠١٠.
١٤٣- د. نبيل إسماعيل عمر، د. أحمد خليل، د. أحمد هندي، قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٤.
١٤٤- المحامي. نزيه نعيم شلالا، الموسوعة القضائية، الطلاق المدني، الكتاب الثاني، ج ١، ط ١، بلا دار نشر، بلا مكان نشر، ١٩٨٣.
١٤٥- د. هشام أحمد محمود، القانون الدولي الخاص الإماراتي، أحكام الجنسية الإماراتية - تنازع القوانين- تنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠١٧.
١٤٦- د. هشام جليل إبراهيم الزبيدي، مبدأ الفصل بين السلطات وعلاقته باستقلال القضاء في العراق، دراسة مقارنة، جامعة النهرين، كلية الحقوق،٢٠١٢.
١٤٧- د. هشام خالد، الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العربية، دراسة فقهية قضائية في القوانين العربية- الأوربية- الأنجلوسكسونية واتفاقية بروكسل لعام ١٩٦٨، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٢.
١٤٨- ـــــــــــ، القانون الدولي الخاص، النظرية العامة- النظرية العامة للجنسية- الجنسية المصرية- مركز الأجانب- تنازع القوانين- تنازع الاختصاص القضائي الدولي- تنفيذ الأحكام الأجنبية، ط ١، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١٤.
١٤٩- ـــــــــــ، القانون القضائي الخاص الدولي، منشأة المعارف، الاسكندرية،٢٠٠٦.
١٥٠- ـــــــــــ، القانون الواجب التطبيق على شكل الزواج، دراسة مقارنة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٦.
١٥١- د. هشام علي صادق، د. عكاشة محمد عبد العال، د. حفيظة السيد الحداد ، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين – الاختصاص القضائي الدولي – الجنسية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٦.

١٥٢- ـــــــــــ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، ط ٢، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠١.
١٥٣- ـــــــــــ، المطول في القانون الدولي الخاص، ج ١، تنازع القوانين، المجلد الأول، المبادئ العامة في تنازع القوانين، الإسكندرية، ٢٠١٤.
١٥٤- ـــــــــــ، هشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٢.
١٥٥- ـــــــــــ، تنازع القوانين، دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري، ط ٣، بلا دار نشر، بلا مكان نشر، ١٩٧٤.
١٥٦- ـــــــــــ، د. حفيظة السيد الحداد، دروس في القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٠.
١٥٧- د. وفاء مزيد فلحوط، د. ساجر حميد الخابور، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، منشورات جامعة دمشق، كلية الحقوق، ٢٠٢١- ٢٠٢٢.
١٥٨- د. يونس صلاح الدين علي، القانون الدولي الخاص، دراسة تحليلية في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، ط ١، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، بيروت، لبنان، ٢٠١٦.

ت- الرسائل و الأطاريح الجامعية.

١- إبراهيم بخوش، القانون الواجب التطبيق على الطلاق في القانون الدولي الخاص الجزائر، رسالة ماجستير، جامعة العربي بن مهيدي- أم البواقي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ٢٠١٥- ٢٠١٦.
٢- بوخروبه حمزة، موانع تطبيق القانون الأجنبي في ضوء المادة(٢٤) من القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة سطيف، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق،٢٠١٣-٢٠١٤.
٣- حسن جعفر موسى العنبكي، دفع المحكمة بالنظام العام، دراسة مقارنة في قانون المرافعات المدنية، رسالة ماجستير، معهد العلمين للدراسات العليا، الكوفة،٢٠١٩.
٤- خليل إبراهيم محمد خليل، تكامل مناهج تنازع القوانين (دراسة تحليلية مقارنة)، أطروحة دكتوراه، جامعة الموصل، كلية الحقوق، ٢٠١٢.
٥- رغد عبد الأمير مظلوم الخزرجي، مشكلة انعدام جنسية الفرد في ضوء القانون الدولي والمقارن، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، كلية القانون، ٢٠٠٥.
٦- زيدون بخته، المنازعات الأسرية في القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان، الجزائر،٢٠١٩-٢٠٢٠.
٧- شبورو نورية، الميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة في إطار القانون الدولي الخاص، رسالة ماجستير، جامعة أبو بكر بلقايد- تلمسان- كلية الحقوق والعلوم السياسية، ٢٠١٠- ٢٠١١.
٨- عدنان علي النجار، التفريق القضائي بين الزوجين، دراسة فقهية مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الفلسطيني، رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية، كلية الشريعة- قسم القضاء الشرعي، عزة،٢٠٠٤.
٩- مندي آسيا يسمينة، النظام العام والعقود، رسالة ماجستير، جامعة يوسف بن خدة، كلية الحقوق، الجزائر، ٢٠٠٨-٢٠٠٩.

جـ - البحوث العلمية.

١- د. أحمد حسين جلاب، النظام العام وأثره في القانون الدولي الخاص، بحث منشور في مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، جامعة الكوفة، كلية القانون، المجلد (٩)، العدد (٢٨)، ٢٠١٦.

٢- د. أحمد عبد الموجود محمد، حق الطفل في الحضانة في القانون الدولي الخاص، بحث منشور في مجلة الدراسات القانونية، جامعة أسيوط، كلية الحقوق، المجلد (٤٦)، العدد (١)، مصر، ٢٠١٩.

٣- د. أرميض عبيد خلف، مدى فاعلية النظام العام أمام قضاء التحكيم التجاري الدولي، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة كركوك، المجلد (١١)، العدد (٤٠)،٢٠٢٢.

٤- د. آسية طاهري، تنازع القوانين في الحضانة، بحث منشور في مجلة المفكر، جامعة الجزائر، المجلد (٤)، العدد (٢)، ٢٠٢٠.

٥- م.م. إقبال منذر نايف، القانون الواجب التطبيق على أهلية الملتزم بالورقة التجارية، دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة كلية التربية الأساسية للعلوم التربوية والإنسانية- جامعة بابل، العدد (٣٨) - نيسان- ٢٠١٨.

٦- م.م. إلهام فاهم نغيش، العلاقة التكاملية بين القواعد الموضوعية وقواعد الإسناد في نطاق القانون الدولي الخاص، بحث منشور في مجلة كلية القلم الجامعة، المجلد (٥)، العدد (١٠)، ٢٠٢١.

٧- د. آمنه بوزينة أمحمدي، إشكالات تنازع القوانين حول مسائل الميراث بين المسلم وغير المسلم، بحث منشور في مجلة العلم والمعرفة الجزائرية، العدد (٣٢)، ٢٠١٩.

٨- ـــــــــــ، الإشكالات التي يثيرها تنازع القوانين في مسائل الحضانة، دراسة مقارنة على ضوء التشريعات العربية والاجتهاد القضائي بالجزائر، بحث منشور في المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، المجلد (٣)، العدد (٥)، ٢٠١٨.

٩- ـــــــــــ، إشكالات تنازع القوانين حول حضانة الأطفال في إطار الزواج المختلط، دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خيضر بسكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، المجلد (١١)، العدد (٢)،٢٠١٩.

١٠- ـــــــــــ، تنازع القوانين في مسائل الحضانة بين الاتفاقيات الدولية والتشريعات العربية المقارنة، بحث منشور في المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد (١١)، العدد (٢)، الجزائر، ٢٠٢٠.

١١- د. بشرى زلاسي، النظام العام وأثره على اعتبارات الملاءمة لقواعد الإسناد، بحث منشور في مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، جامعة البليدة ٢، الجزائر، المجلد (٥)، العدد (١٠)،٢٠١٦.

١٢- أ. بومراو سفيان، تنازع القوانين في مجال انعقاد الزواج، دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة، بحث منشور في المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، عدد خاص، الجزائر، ٢٠١٥.

١٣- الباحث تريكي دليلة، القانون الواجب التطبيق على قضايا الميراث، بحث منشور في المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، عدد خاص، الجزائر،٢٠١٥.

١٤- د. جمال الدين عنان، الأثر المخفف للنظام العام في القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة الدراسات والبحوث القانونية، المجلد (١)، العدد (٢)، كلية الحقوق، جامعة محمد بوضياف، المسيلة،، الجزائر،٢٠١٦.

١٥- د. حسن علي كاظم، قواعد الإسناد وآليات التطبيق في العراق، بحث منشور في مجلة أهل البيت عليهم السلام، العدد (٢٠)، ٢٠١٦.

١٦- د. حسين رجب محمد مخلف الزيدي، الحضانة في قانون الأحوال الشخصية العراقي، دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة التقني، المجلد (٢٤)، العدد (١٠)، ٢٠١١.
١٧- الباحث. خالد ضو، تقدير القاضي بين الإطلاق والتقييد في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، بحث منشور في مجلة الذخيرة للبحوث والدراسات الإسلامية، المجلد (٥)،العدد(٢)، الجزائر،٢٠٢١.
١٨- الباحث. خليل إبراهيم محمد، تنازع القوانين في مسألة النفقة، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، المجلد (١١)، العدد (٤٠)، العراق، ٢٠٠٩.
١٩- د. خير الدين كاظم الأمين، سلطة القاضي التقديرية في القانون الدولي الخاص، بحث منشور في مجلة جامعة بابل، العلوم الإنسانية، المجلد (١٥)، العدد (٢)، ٢٠٠٨.
٢٠- د. سلطان عبد الله محمود، الدفع بالنظام العام وأثره، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، المجلد (١٢)، العدد (٤٣)، ٢٠١٠.
٢١- د. سيف الدين محمد محمود، النظام العام ومسألة استبعاد تطبيق القانون الأجنبي، بحث منشور في مجلة الأقصى، سلسلة العلوم الإنسانية، المجلد (٧)، العدد (٢)، ٢٠٠٣.
٢٢- د. طلال ياسين العيسى، دراسة قانونية في علاقة الاختصاص القضائي الدولي بقواعد النظام العام، بحث منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد (٢٥)، العدد (١)، ٢٠٠٩.
٢٣- د. عباس العبودي، المناهج الجديدة في العلاقات الخاصة الدولية وأثرها على قاعدة تنازع القوانين، بحث منشور في مجلة اليرموك، المجلد (٨)، العدد (١)، ٢٠١٦.
٢٤- د. عبد الرسول كريم أبوصبيع، أثر الاختصاص القضائي الدولي في تنازع القوانين، بحث منشور في مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، المجلد (٢)، العدد (٢)، ٢٠٠٩.
٢٥- د. عز الدين عبد الله، قواعد تنازع القوانين في القانون المدني الجزائري الجديد، دراسة مقارنة في قوانين بعض الدول العربية، بحث منشور في مجلة مصر المعاصر – الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والإحصاء والتشريع، المجلد (٧٠)، العدد (٣٧٨)، ١٩٧٩.
٢٦- د. عطا مهدي فليح، الحضانة في الفقه الإسلامي، بحث منشور في مجلة كلية التربية الأساسية، عدد خاص، وقائع المؤتمر العلمي (١٩)، كلية التربية الأساسية- جامعة المستنصرية، ٢٠١٩.
٢٧- د. غالي كحلة، الإشكالات القانونية التي تعترض بعد الطلاق في الزواج المختلط، بحث منشور في مجلة القانون، العدد (٩)، الجزائر، ٢٠١٧.
٢٨- د. فراس كريم البيضاني، الباحث حسين نعمة نغميش، الحلول الحمائية لقواعد تنازع القوانين في مسائل النفقة بين الأقارب، بحث منشور في مجلة مركز دراسات الكوفة، مجلد(١٧)، العدد (٦٧)،ج ٢، ٢٠٢٢.
٢٩- ـــــــــــ، الباحث حسين نعمه نغميش، تنازع القوانين في الحضانة، دراسة تشريعية فقهية قضائية مقارنة، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، المجلد (٥)، العدد (١)، السنة الخامسة، العراق، ٢٠١٣.
٣٠- د. كريم مزعل شبي، مفهوم قاعدة الإسناد وخصائصها، دراسة مقارنة في تنازع القوانين، بحث منشور في مجلة جامعة كربلاء/ المجلد (٣)، العدد(١٣)، كانون الأول،٢٠٠٥، البحوث الإنسانية.
٣١- د. كمال كحيل، الأثر المخفف للنظام العام في القانون الدولي الخاص، بحث منشور في مجلة الحقيقة للعلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة بشار، العدد (٥)، الجزائر، ٢٠٠٩، ص٤٧٠.
٣٢- ـــــــــــ، مفهوم النظام العام في القانون الدولي، بحث منشور في مجلة الحقيقة للعلوم الاجتماعية والإنسانية، العدد (٤٢)، الجزائر، ٢٠١٨.

٣٣- د. لخضر معاشو، تنازع القوانين في مجال انعقاد الزواج بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة، بحث منشور في مجلة القانون الدولي للدراسات البحثية، العدد (١)، ٢٠١٩.
٣٤- د. ماهر إبراهيم قنبر، الأهلية بين القانون الواجب التطبيق والنظام العام، بحث منشور في مجلة الكتاب للعلوم الإنسانية، مجلد (٢)، العدد (٣)، العراق، ٢٠٢٠.
٣٥- د. محمد مصلح ملفي القضاة، أثر النظام العام في استبعاد القانون الواجب التطبيق، دراسة مقارنة في القانون الأردني، بحث منشور في مجلة جامعة الزيتونة الأردنية للدراسات القانونية، المجلد (٢)، العدد (٣)، ٢٠٢١.
٣٦- د. مروة محمد عبد الغني، فكرة النظام العام والآداب وتطبيقاتها في القانون الأمريكي بالمقارنة مع بالقانون المصري، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، جامعة الإسكندرية- كلية الحقوق، المجلد (٢)، العدد (٢)، ٢٠١٧.
٣٧- د. مهند أحمد محمود، موانع تطبيق القانون الأجنبي واجب التطبيق في القانون البحريني، دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق- جامعة النهرين، المجلد (٢٢)، العدد (٢)، ٢٠٢٠.
٣٨- م. نادية كعب جبر، أثر النظام العام في القانون المدني، بحث منشور في مجلة إكليل للدراسات الإنسانية، مجلة فصلية تصدر عن الجمعية العراقية العلمية للمخطوطات، العدد (٩)، ٢٠٢٢.
٣٩- د. نوال صاري، الأحوال الشخصية للجزائريين أمام القضاء الفرنسي، بحث منشور في المجلة المتوسطية للقانون والاقتصاد، المجلد (٢)، العدد (٢)، الجزائر، ٢٠١٧.
٤٠- د. هادي حسين الكرعاوي، التفريق القضائي، دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، المجلد (١)، العدد (٤)، ٢٠١٠.
٤١- الباحث. ولاء الدين محمد، الزواج من الأجانب ومشكلة تنازع القوانين، بحث منشور في المجلة الاجتماعية القومية، المجلد (٤٥)، العدد (٢)، القاهرة، ٢٠٠٨.
٤٢- د. يونس محمد كريم النعيمي، القواعد الدولية فورية التطبيق في القانون الوطني، دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للحقوق، المجلد (٦)، العدد (٢)،٢٠٢١.

د. دساتير الدول والقوانين والاتفاقيات الدولية.

- **دساتير الدول.**

١- الدستور الأمريكي لعام (١٧٨٩) النافذ والمعدل.
٢- الدستور الفرنسي لعام (١٩٥٨) المعدل.
٣- الدستور العراقي لسنة (٢٠٠٥).
٤- دستور جمهورية مصر العربية الصادر عام (٢٠١٤).
٥- دستور الجمهورية التونسية لعام (٢٠١٤).

- **القوانين.**
- **مجموعة القوانين المدنية.**

١- القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤ النافذ والمعدل.
٢- القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨.
٣- القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.
٤- قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨.
٥- قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل.
٦- قانون التسجيل العقاري العراقي رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١.

٧- قانون المرافعات المدنية الفرنسي لعام ١٩٧٥.
٨- قانون الإثبات رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ المعدل.
٩- مجلة الالتزامات والعقود التونسية رقم (١٠٠) لسنة ١٩٠٦ النافذة والمعدلة.

- **مجموعة قوانين الدولي الخاص.**

١- قانون تنفيذ أحكام المحاكم الأجنبية في العراق رقم (٣٠) لسنة ١٩٢٨.
٢- إعادة الصياغة الأولى لتنازع القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية ١٩٣٤.
٣- القانون الكويتي رقم (٥) لسنة ١٩٦١ الخاص بتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي.
٤- إعادة الصياغة الثانية لتنازع القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية ١٩٧١.
٥- مجلة القانون الدولي الخاص التونسي رقم (٩٧) لسنة ١٩٩٨.
٦- قانون إقامة الأجانب في العراق رقم (٧٦) لسنة ٢٠١٧.

- **مجموعة القوانين التجارية.**

١- قانون التجارة العراقي رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤.
٢- قانون الشركات المصري (٨) لسنة ١٩٩٠.
٣- قانون الشركات العراقي رقم (٢١) لسنة ١٩٩٧ المعدل.
٤- قانون التجارة المصري رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩.
٥- مجلة الشركات التجارية التونسية رقم (٩٣) لسنة ٢٠٠٠.
٦- قانون الاستثمار العراقي رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ المعدل.

- **مجموعة قوانين الأحوال الشخصية.**

١- قانون الأحوال الشخصية للأجانب رقم (٧٨) لسنة ١٩٣١.
٢- قانون المواريث المصري رقم (٧٧) لسنة ١٩٤٣.
٣- قانون الوصية المصري رقـم (٧١) لسنة ١٩٤٦.
٤- مجلة الأحوال الشخصية التونسية رقم (١٣) لسنة ١٩٥٦.
٥- قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل.
٦- قانون رعاية الأحداث رقم (٧٦) لسنة ١٩٨٣.

- **مجموعة القوانين المتعلقة بالأعمال القضائية.**

١- قانون تصديق اتفاقية فينا للعلاقات القنصلية والبروتوكول الاختياري المتعلق بالتسوية الإلزامية للمنازعات والبروتوكول الاختياري المتعلق باكتساب الجنسية رقم (٢٠٣) لسنة ١٩٦٨.
٢- قانون مجلس شورى الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩المعدل.
٣- قانون التنظيم القضائي رقم (١٦٠) لسنة ١٩٧٩ المعدل.
٤- قانون إلغاء النصوص القانونية التي تمنع المحاكم من سماع الدعاوى رقم (١٧) لسنة ٢٠٠٥.
٥- قانون مجلس الدولة رقم (٧١) لسنة ٢٠١٧.

- **مجموعة قوانين الجنسية والقوانين الأخرى.**

١- قانون الهجرة والجنسية الأمريكي لعام (١٩٥٢).
٢- قانون الخدمة المدنية رقم (٢٤) لسنة ١٩٦٠ المعدل.
٣- مجلة الجنسية التونسية رقم (٦) لسنة ١٩٦٣.
٤- قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ المعدل.
٥- قانون الجنسية المصري رقم (٢٦) لسنة ١٩٧٥.

٦- قانون الجنسية العراقية رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٦.
٧- قانون العمل العراقي رقم (٣٧) لسنة ٢٠١٥.

- **الاتفاقيات الدولية.**

١- اتفاقية لاهاي لعام (١٩٠٢) الخاصة بتنازع القوانين في مجال الزواج.
٢- اتفاقية لاهاي سنة (١٩٣٠) المتعلقة بموضوع تنازع القوانين في الجنسية.
٣- اتفاقية جنيف لعام (١٩٥١) الخاصة بالحالة الدولية للاجئين السياسيين.
٤- اتفاقية الأمم المتحدة الخاصة المتعلقة بوضع الأشخاص عديمي الجنسية لعام (١٩٥٤).
٥- اتفاقية لاهاي لعام (١٩٦١) المتعلقة في شكل التصرفات الإيصائية.
٦- اتفاقية لاهاي المنعقدة بتأريخ (٥/ أكتوبر/١٩٦١) والخاصة باختصاص السلطات والقانون الواجب التطبيق في نطاق حماية القصر.
٧- اتفاقية لاهاي لعام (١٩٧٣) الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على التزامات النفقة.
٨- اتفاقية لاهاي لعام (١٩٧٨) المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على أنظمة الملكية الزوجية.
٩- اتفاقية حقوق الطفل المنعقدة عام (١٩٨٩).

هـ - الدوريات والقرارات القضائية وعقود الزواج غير المنشورة.

- **الدوريات.**

١- موسوعة أحكام النقض (مدني- جنائي)، المحامي شريف أحمد الطباخ.
٢- مجموعة أحكام النقض، ١٩٧٩.
٣- الموسوعة الشاملة في التحكيم والمحكمين، محمود سلامة، دار مصر للموسوعات القانونية، القاهرة، ٢٠٠٧.

- **القرارات القضائية وعقود الزواج غير المنشورة.**

١- قرار محكمة التمييز الاتحادية ذي العدد (١٣٣١٩/ هيئة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية/ ٢٠٢١) والصادر بتأريخ (٢٠٢١/١٠/٢٠).
٢- قرار محكمة التمييز الاتحادية الصادر بتأريخ (٢٠٢١/٧/١٢).
٣- قرار محكمة التمييز الاتحادية ذي العدد (٦١٤٧/ الهيئة المدنية/ ٢٠٢٢) والمؤرخ في (٢٠٢٢/٨/١).
٤- قرار محكمة التمييز الاتحادية ذي العدد (٩٢٤٦/ الهيئة المدنية/٢٠٢٣) والمؤرخ في (٢٠٢٣/١٠/١٨).
٥- قرار محكمة التمييز الاتحادية ذي العدد (٢٠٢٣/١٥١٣٧) والصادر بتأريخ (٢٠٢٣/١١/٦).
٦- قرار محكمة التمييز الاتحادية ذي العدد (١٦٨/ هيئة الأحداث/٢٠٢٤) الصادر بتأريخ (٢٠٢٤/١/١٨).
٧- قرار محكمة التمييز الاتحادية ذي العدد (٣٥/ ٢٠٢٤) المؤرخ في (٢٠٢٤/٢/١٤).
٨- قرار محكمة التمييز الاتحادية ذي العدد (٢٠٢٤/٥٧٨٥) والصادر بتأريخ (٢٠٢٤/٤/١).
٩- عقد الزواج ذي العدد (٧/ العرب والأجانب/٢٠٠٦) والمؤرخ في (٢٠٠٦/١٠/٩) الصادر من رئاسة محكمة استئناف النجف الأشرف/ محكمة الأحوال الشخصية في النجف الأشرف.
١٠- عقد الزواج ذي العدد (٨/ العرب والأجانب/٢٠٠٦) الصادر بتأريخ (٢٠٠٦/١٠/١٢) من رئاسة محكمة استئناف النجف الأشرف/ محكمة الأحوال الشخصية في النجف الأشرف.

و- المواقع الإلكترونية.

١- (www.iraqfsc.com) والخاص بـ (المحكمة الاتحادية العليا) في جمهورية العراق.
٢- (https://egyls.com) والخاص بـ (نقابة المحامين المصرية).
٣- (https://e-jud-lib.e-sjc-services.iq) والخاص بـ (جمهورية العراق – مجلس القضاء الأعلى- مكتبة القضاء الإلكترونية).
٤- (www.Iraqld.e-sjc-services.iq) والمتعلق بقاعدة التشريعات العراقية.
٥- (https://egyls.com) والخاص بـ (نقابة المحامين المصرية).
٦- الموقع الإلكتروني الرسمي (للأمم المتحدة/ حقوق الأنسان/ مكتب المفوض السامي) والمنشور فيه اتفاقية الأمم المتحدة الخاصة بشأن وضع الأشخاص عديمي الجنسية لعام ١٩٥٤.
(https://www.ohchr.org/ar/instruments-mechanisms/instruments/convention-relating-status- stateless- persons)
٧- (https://www.almrsal.com) والخاص بالمقال للكاتب Judy Mallah.
٨- (http://shiaonlinelibrary.com) والخاص بالمكتبة الشيعية.
٩- (https://hadeethenc.com) والخاص بموسوعة الأحاديث النبوية.
١٠- (https://amhlawfirmeg.com) والمتعلق بأحكام محكمة النقض المصرية.
١١-
(https://www.ohchr.org/ar/instruments-mechanisms/instruments/convention-rights-child)
الموقع الإلكتروني المنشور فيه نص اتفاقية حقوق الطفل لعام (١٩٨٩).
١٢- (https://www.legifrance.gouv.fr/loda/article_lc/LEGIARTI000006284720/1819-07-14)
الموقع الإلكتروني الخاص بموضوع القانون الفرنسي (١٤/ تموز/١٨١٩) والمتعلق بإلغاء حق الكسب غير المتوقع والانتقاص.

ثالثًا- المصادر باللغة الأجنبية.

1- Albert A. Ehrenzweig, University of Pennsylvania Law Review, The Law of American Conflicts in Historical Perspective, Issue (2), Volume (103), 1954.
2- David Clifford Berger, Transnational Public Policy as a Factor in the Choice of Law Analysis, Nyls International and comparative law ,Magazine, Issue (2), Volume (5), 1984.
3- Ernst Rabel, The Conflict of Laws, A Comparative Study, Volume I, Second Edition, prepared by Ulrich Drobnig, 1958.
4- Gary J. Simpson, The Public Policy Doctrine of Choice of Law, University of Washington Law Quarterly, No. 3, Vol. (1974).
5- Henri Batiffol, Droit international privé, Le statut de nationalité des étrangers - Conflit de lois - Conflit de juridictions, Bibliothèque générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1949.
6- John Bernard Corr, The Modern Choice of Law and Public Policy, William and Mary Law School Press, 1985.
7- Kent Murphy, The Traditional Theory of Public Policy and Public Order in Private International Law, 1981.
8- Mary Ann Frison, Private International Law, 5e édition, 2007.
9 - Michael J. Guajardo, Conflict of Laws, Texas Tech Law Review, Vol. 22:837, 1991.
10- Michael H. Hoffheimer, Conflict of Laws, 4th edition, 2019.
11- Symon C. Symeonides, Choice of Law, Oxford University Press, 2016.
12- Sandrine Clavell, Droit international privé, Cinquième édition, 2018.
13- Scott Bieler, Dual Citizenship, Dominant Nationality and Federal Diversity Jurisdiction, University of Washington School of Law, Volume (38), Issue (1), 1981.
14- W.J. Brocklebank, The Nature of the Promise of Marriage, A Comparative Study, Northwestern University, Volume (41), Issue (1),1946.

*** The abstract .**

The topic of this dissertation included research on restricting the power of the judiciary to uphold public order in matters of personal status at the level of private international law through the comparative study of laws of the Latin and Anglo-Saxon direction.

The national legislature empowers its national courts (the judiciary) with judicial authority independent of the legislative and executive authorities in application of the principle of separation of powers advocated by the jurist (Montesquieu), as well as granting the judiciary a general jurisdiction that applies to all natural and moral persons, national and foreign, except for what is excluded by a special provision, and the national judiciary enjoys judicial authority at the internal and international levels, at the internal level international jurisdiction of national courts; because there is no international jurisdiction within the scope of international law Despite the fact that the national judiciary enjoys independence and general jurisdiction over all persons, the power of the judiciary may be restricted by resorting to an objective payment, namely, the payment of public order; because it is related to the fundamental principles, foundations and supreme values in the Society of the state, and the practical aspect refers to the power of the judiciary is usually restricted by the payment of public order in matters of personal status at the level of private international relations.

The defense of Public Order have adopted by most of the legislators of the laws of Latin and Anglo-American countries, and as a result of the difficulty of defining the concept of this defense because of its flexibility and ambiguity, they have not developed a definition of that defense, but came up with legal texts containing it, which has led to the subject of defining the defense of public order to jurisprudence and judicial jurisprudence, and the defense of public order in the scope of private international relations has become a means of excluding the law the foreigner who violates the principles The legal basis for the implementation of the said payment is represented by the absence of a minimum legal agreement between national law and foreign law defined by the national conflict rule, and the payment of Public Order has a set of characteristics, including: national property, flexibility and ambiguity.The jurisprudence of private international law disagreed about the legal nature of pushing

the public order to various opinions, where those opinions were highlighted and the prevailing opinion or theory was determined from them. of course, pushing the public order as a term differs from the legal terms prevailing in the scope of private international law, which required standing at those terms to determine their meaning and indicate similarities and differences between them, and the jurists of private international law have developed a set of criteria to determine the content of pushing the public order in the context of Laws, these norms are approaching a fundamental idea aimed at protecting the fundamental foundations and supreme interests of the judge's state. It is noted that the enforcement of the public order claim entails normal effects, represented by the negative effect and the positive effect. the said payment also entails exceptional effects, embodied in the mitigating and reflective effect.

The laws of the Latin countries and the Anglo-American countries differed in regulating personal status issues at the level of private international relations, and the rules of those issues are considered public order; therefore, they have become practical applications to restrict the power of the judiciary to uphold public order, and this restriction is achieved through following the legal solutions developed by the national legislator to rule on a matter or through exceptions that respond to the principle that regulates the issue in dispute; since those solutions and exceptions are established by the national legislator, who should adhere to them out of respect for his legislator's orders and intentions, and this is what is followed in the laws of countries with a Latin orientation and Anglo-American.

University of Kerbala

College of law

private law branch

Restricting the power of the judiciary to uphold public order in matters of personal status

(A comparative study)

Thesis submitted To the Council of the Faculty of law -University of Kerbala, It is part of the requirements for obtaining a master's degree in private law- private international law

Writing by the student

Thamer Abdul Hussein Ghafil Machi

Supervisor by

Assist. Prof. Dr. Thamer Dawood Abbood Al Shafei

1446 A.H **2025 A.D**