اثر النظام العام على تنفيذ الاحكام الأجنبية الخاصة بانحلال الرابطة الزوجية

م.عامر علي صاحب
جامعة بابل – كلية القانون

The effect of public order on the implementation of foreign judgments related to the dissolution of the marital bond

Amer Ali Sahib
University of Babylon - College of Law
Amer.ali@yahoo.com

Abstract

Personal status issues occupy a special importance at the level of international private relations, due to their connection to the lives of individuals and the consequent emergence of new legal centers for them with regard to their personal status and status in terms of marriage, divorce, paternity and paternity relations and other issues.

In view of the increase in the number of Iraqis abroad, which has made the emergence of legal centers abroad and they are intended to be recognized in Iraq, by requesting the implementation of foreign judicial rulings before Iraqi courts. The application of the personal status law of the state whose territory the foreign judgment is required to be implemented on the subject of the case as the law of the husband, or as the non-recognition of the applicable law of divorce by unilateral will known in Islamic countries and not acceptable in European countries, for example, and the non-recognition of it entails a great danger in terms of disruption of the legal positions of individuals Cross-border and what these relations represent, especially their relation to issues of solution and sanctity, which prompts us to shed light on the problematic raised by the concept of public order in the implementation of foreign judgments and the impact of pushing it on the implementation of those provisions.

Keywords: execution, foreign judgments, public order, personal status, divorce

الملخص

تحتل مسائل الاحوال الشخصية اهمية خاصة على صعيد العلاقات الخاصة الدولية وذلك لتعلقها بحياة الافراد وما يترتب عليها من نشوء مراكز قانونية جديدة لهم فيما يخص احوالهم الشخصية و حالتهم من حيث الزواج و الطلاق و علاقات البنوة و الابوة و غيرها من المسائل.

وبالنظر لازدياد عدد العراقيين في الخارج الامر الذي قد جعل نشوء مراكز قانونية في الخارج ويراد الاعتراف بها في العراق وذلك من خلال طلب تنفيذ الاحكام القضائية الاجنبية امام المحاكم العراقية ، وعند الاحتجاج بذلك الحكم قد يواجه بالرفض من قبل القاضي العراقي لمخالفته للنظام العام وذلك لأسباب عدة كعدم تطبيق قانون الأحوال الشخصية للدولة المطلوب تنفيذ الحكم الأجنبي على اقليمها على موضوع الدعوى باعتباره قانون الزوج ، او كعدم اعتراف القانون المطبق بالطلاق بالإرادة المنفردة المعروف في البلدان الإسلامية والغير مقبول في البلدان الأوروبية مثلا، ويترتب عن عدم الاعتراف بها خطورة كبيرة من حيث اختلال المراكز القانونية للأفراد عبر الحدود وما تمثله هذه العلاقات لا سيما تعلقها بمسائل الحل و الحرمة الامر الذي يدفعنا لتسليط الضوء على الإشكالية التي يثيرها مفهوم النظام العام في تنفيذ الأحكام الأجنبية واثر الدفع به على تنفيذ تلك الإحكام.

الكلمات المفتاحية: تنفيذ، احكام اجنبية، نظام عام، احوال شخصية، طلاق

المقدمة

اولا: موضوع البحث:-

الأصل في سلطات التنفيذ في أي دولة أن تطبق الأحكام التي تصدرعن محاكمها لا أن تطبق أحكاما تصدر عن محاكم أجنبية ، وبالنظر لازدياد العلاقات القانونية الخاصة عبر الحدود وحاجة المعاملات الدولية وما يفرضه مبدأ العدالة واحترام الحقوق المكتسبة في الخارج، أن تقبل الدول مبدأ تنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية، ولكن بشروط يضعها المشرع في كل دولة لأجل قبول منح الحكم الأجنبي القوة التنفيذية في اقليم تلك الدولة.

ويثير موضوع تنفيذ الأحكام الأجنبية عدة إشكالات قانونية تتمثل على وجه الخصوص في أن تنفيذ أي حكم أجنبي ستترتب عليه أثار معينة قد تكون غير مقبولة في دولة القاضي إذا كانت مخالفة للنظام العام والآداب في دولته، أو أن الدولة المطلوب منها التنفيذ قد لا تقتنع بعدالة محاكم الدولة الأجنبية التي أصدرت الحكم، مما يؤدي إلى عدم الاعتراف به.

وفي التشريع العراقي نجد انه الى جانب شروط تنفيذ الأحكام الأجنبية الواجب توافرها في الحكم الأجنبي المطلوب اصدار قرار التنفيذ بشأنه وفقا لأحكام المادة (6) قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية رقم (30) لسنة (1928) المعدل، ووجوب تحقق المحكمة المختصة من تلقاء نفسها في توافر هذه الشروط، اشترطت المادة الذكورة وجوب ان لا يكون الحكم الأجنبي المطلوب تنفيذه في العراق مخالف للنظام العام والآداب بنظر القوانين العراقية.

وتؤكد كذلك الاتفاقيات الدولية بدورها ضرورة عدم المساس بالنظام العام كما هو الحال مثلا بالنسبة لاتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي لسنة 1938.

فمتى كان الحكم الأجنبي المطلوب تنفيذه مخالف للنظام العام في الدولة المطلوب فيها الاعتراف و تنفيذ الحكم، ادى ذلك الى بالنتيجة الى رفض الاعتراف بذلك الحكم، وعدم الاعتراف بالأحكام الأجنبية من شأنه أن يؤدي إلى اضطراب المعاملات بين الأفراد، وهذا الاعتبار يزداد خطورة، وقد يمتد عدم الاعتراف بالأحكام الأجنبية الى حياة الافراد العائلية.

ثانيا: اهمية الموضوع :-

تتمثل اهمية الموضوع في ان أشد ما يخشاه المتقاضي طالب تنفيذ الحكم الأجنبي هو أن يرد طلبه بعلة أنه مخالف للنظام العام بحيث يتعذر عليه أن يقدم وسائل إثبات أو وثائق ملموسة للقول بأن الحكم الأجنبي غير مخالف للنظام العام ويصعب عليه إصلاح طلبه وتدارك النقص فيه، بالإضافة الى عدم ادراكه إذا كان متقاضيا عاديا لمدى حدود النظام العام ومعاييره لدى الجهة الرافضة، هذا وحده كاف للقول بأهمية بحث موضوع وجوب عدم مخالفة الحكم الأجنبي للنظام العام العراقي.

ثالثا: مشكلة البحث:-

تكمن مشكلة البحث في اشكالية تحديد مفهوم النظام و ما يعد من النظام العام من عدمه في نظر القوانين العراقية إذا ما اريد تنفيذ حكما اجنبيا، حتى يصار بعد ذلك الى امكانية الاعتراف بالحكم الأجنبي و اصدار قرار بتنفيذه في حالة عدم المساس بالنظام العام من عدمه، فكيف تصل المحكمة المختصة الى تحديد ما يعد من النظام العام من عدمه؟ وهل ان ممارسة القاضي سلطته التقديرية في كون المسألة من النظام العام ام من عدمه، تعتبر مسألة واقع ام مسألة قانونية؟ اضافة الى ذلك ان مفهوم النظام العام نسبي ومتغيرة بحسب الزمان و المكان، اضافة الى سكون المشرع العراقي في بيان مفهوم واضح ومحدد للنظام العام، وهذا بالنتيجة يثير اشكالية في تحديد ما يعد من النظام العام من عدمه في نظر القوانين العراقية.

ولكون مفهوم النظام العام يتغير بتغير الزمان و المكان، فما هو الوقت الواجب فيه على المحكمة التحقق فيه من كون الحكم الأجنبي المطلوب تنفيذه مخالف للنظام العام من عدمه، هل هو التاريخ المطلوب فيه التنفيذ؟ ام ان عليها ان ترجع الى تاريخ صدور الحكم الأجنبي؟.

وذا ما كان الحكم الأجنبي مخالفا في جزء منه وغير مخالفا في الجزء الاخر للنظام العام، فهل يمكن تنفيذ الحكم الأجنبي جزئيا؟ وهذا ما سنحاول بيانه من خلال هذه الدراسة.

رابعا : نطاق البحث:-

يتمثل نطاق هذا البحث في دارسة شرط وجوب عدم مخالفة الحكم الأجنبي للنظام العام بِعَده واحدا من جملة شروط يجب توافرها في الحكم الأجنبي المطلوب تنفيذه، ومدى اثار النظام العام عند تطبيقه إذا عرض على المحكمة المختصة حكما اجنبيا مطلوب الاعتراف به وتنفيذه العراق، وبذلك فان البحث لن يشتمل على دراسة شروط تنفيذ الإحكام الأجنبي، لأنها تخرج عن هدف هذه الدراسة ونطاقها باستثناء بعض المواضع التي تقتضي التعرض لها عند الحاجة، كما ان نطاق هذا البحث سيقتصر على دراسة الموضوع على مستوى التشريع العراقي فقط وبعض الاتفاقيات الدولية الخاصة بهذا الشأن.

خامسا: منهجية البحث:-

اعتمدنا المنهج التحليلي كونه يلائم موضوع بحثنا اكثر من غيره، حيث ان نطاق البحث يقتصر على التشريع العرقي فقط و بعض الاتفاقيات الدولية ذات الشأن، وعلى ضوئه نتعرض للنصوص القانونية الواردة في ذلك التشريع و الاتفاقيات المذكورة بالدراسة والتحيل والتعليق عليها، مع الاخذ بنظر الاعتبار اراء الفقه و توجهات القضاء.

سادسا: هيكلية البحث:-

لتحقيق أهداف هذه الدراسة ولخصوصية الموضوع من حيث أنه سيتناول اشكالية الدفع بالنظام العام وأثره وتعارض الحكم الأجنبي مع النظام العام، يتطلب منا بحث موضوع أثر النظام العام كمانع يحول دون تنفيذ الأجنبي يقتضي منا الاستعراض أولا لتطور فكرة النظام العام والأمثلة والتطبيقات التي من خلالها يمكن توضيح فكرة الموضوع، ومن ثم بيان مفهوم فكرة النظام العام وتحديد مضمونها وصولا لبيان آثار النظام العام، لذلك فإن خطة البحث تقع في مبحثين.

نتناول في (المبحث الأول) ماهية النظام العام، وقد قسمناه على مطلبين فخصصنا المطلب الأول للتعريف بالنظام العام، وكرسنا الثاني لدراسة شرط عدم مخالفة الحكم الأجنبي للنظام العام.

ونبين في (المبحث الثاني) إشكاليات التطبيق من خلال تقسيمه على مطلبين أيضا، فكرسنا المطلب الأول لدراسة إشكاليات التطبيق على مستوى المفهوم و مستوى الحكم بإعطاء القوة التنفيذية، وخصصنا المطلب الثاني لبحث اشكالية التطبيق على مستوى بعض شروط تنفيذ الحكم الأجنبي، وننهي موضوع البحث بخاتمة تتضمن ابرز النتائج و التوصيات.

المبحث الأول

ماهية النظام العام

من اجل بيان ماهية النظام العام وبيان مدى أثره على تنفيذ الأحكام الأجنبية، فان ذلك يتطلب التعريف بالنظام وذلك في (المطلب الأول)، وبيان شرط عدم مخالفة الحكم الأجنبي للنظام العام في (المطلب الثاني)، وكما يأتي:

المطلب الأول

التعريف بالنظام العام

لغرض التعريف بالنظام، يتعين بحث أصول فكرة الدفع بالنظام العام وذلك في (الفرع الأول)، وتوضيح مفهوم فكرة النظام العام وتحديد مضمونها في (الفرع الثاني) وكما يأتي:

الفرع الأول

أصول فكرة النظام العام

إن أصل فكرة الدفع بالنظام العام يرجع إلى عهد نظرية الأحوال عندما الجأ فقهاء مدرسة الحواشي اللاحقين في أوائل القرن الرابع عشر وعلى رأسهم الفقيه بارتول إلى التمييز بين القوانين الملائمة والقوانين البغيضة، فالأحوال الملائمة هي القوانين التي تصاحب الشخص أينما ذهب تطبق عليه ولو غادر الإقليم، أما الأحوال البغيضة فهي القواعد التي تتعدى آثارها حدود إقليم البلد الذي أصدرها، فهي تقف عند حدود إقليم الدولة التي صدرت فيها، ولا يمكن للقاضي الوطني أن يطبقها لمخالفتها المبادئ والقيم التي يقوم عليها مجتمعه، ولذلك قرر الفقيه بارتول إن الأحوال الملائمة أو المفيدة هي وحدها التي يمكنها الامتداد خارج الإقليم، أما الأحوال البغيضة فلا يمكن تطبيقها خارج الإقليم التي صدرت فيه[1].

وعلى الرغم من أن هذه النظرية لم تشر إلى تعبير النظام العام، إلا أنها قد أعملت هذه الفكرة حين أرادت أن تؤكد التطبيق الإقليمي لما أسمته بالأحوال أو التوافيق البغيضة التي لا يجوز امتدادها خارج الإقليم[2].

إن النظام العام لم يبرز دوره وفقا لمفهومه الحديث، إلا في القرن التاسع عشر على يد الفقيه الألماني سافيني، وذلك من خلال عرضه لفكرته في الاشتراك القانوني، حيث يذهب إلى أن القاضي الوطني لا يمكن أن يطبق قانونا أجنبية إلا إذا كان يوجد بينه وبين القانون الوطني اشتراكا قانونيا. وهذا الاشتراك القانوني يتحقق في الدول المسيحية الوارثة للقانون الروماني، وفي كل حالة لا يتحقق فيها ذلك الاشتراك يكون هناك تعارضا بين القانون الأجنبي وقانون القاضي يستوجب استبعاد القانون الأجنبي، ذلك أن فكرة الاشتراك في ذاتها تقتضي تقارب المبادئ العامة في القوانين المتزاحمة بحكم العلاقات الخاصة الدولية[3].

انتقدت هذه النظرية على أساس أن النظام العام يفرض نفسه ويلعب دوره في استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص عندما تتنازع قوانين الدول المتقاربة في الحضارة ويظهر الاشتراك القانوني بين تشريعاتها بالنسبة لنظام

---

[1] د. فؤاد عبد المنعم رياض، د. سامية راشد ، تنازع القوانين و الاختصاص القضائي الدولي واثار الاحكام الاجنبية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص 137.

[2] د. سلطان عبدالله حمود، الدفع بالنظام العام واثره، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، مجلد 17، العدد 43، 2010، ص 88.

[3] د. احمد عبد الكريم سلامة التنازع الدولي للقوانين و المرافعات المدنية و الدولية، ، دار النهضة العربية، القاهرة ، بدون سنة طبع، ص 226.

أو أنظمة حصينة، فمثلا في فرنسا وإيطاليا لا تختلفان حضارية والأسس القانونية فيهما متقاربة، ومع ذلك فإن نظام الطلاق وإن كان مقبولا في فرنسا فإنه حتى وقت قريب كانت المحاكم الإيطالية تمتنع عن قبوله، لمخالفته للنظام العام في إيطاليا، لذلك يستبعد تطبيق القانون الفرنسي في إيطاليا كلما أشارت قواعد الإسناد الإيطالية إلى تطبيقه في مسألة الطلاق بسبب مخالفته للنظام العام في إيطاليا على الرغم من تقاربهما في الحضارة [4].

ولهذا، يذهب أنصار النظريات الحديثة إلى وجوب إخضاع بعض المسائل لقانون القاضي ورفض أن يطبق في شأنها قانون آخر في كافة المسائل التي تمس تنظيم وكيان الدولة الاجتماعي والسياسي والاقتصادي، كالضمان الاجتماعي والتأمين حتى لو لم تكن من موضوعات القانون العام[5].

من هنا كانت فكرة القواعد ذات التطبيق الفوري أو المباشر أي القواعد التي تفلت من تنظم التنازع أصلا، فهي قواعد تنتمي إلى قانون القاضي وتطبق مباشرة على المنازعات المطروحة أمامه لا بمقتضى الإسناد التي تشير إلى هذا القانون وإنما لما لهذه القواعد من طبيعة خاصة تقتضي تطبيقها مباشرة دون النظر إلى تصنيفها وما إذا كانت تنتمي إلى القانون العام أو إلى القانون الخاص على كل من يقطنون الإقليم وكذلك دون الحاجة إلى أعمال قواعد الإسناد[6].

من هذا يتبين إن القواعد ذات التطبيق المباشر هي قواعد قانونية تتولى بذاتها تحديد مجال تطبيقاتها، ورغم ذلك فإن نظرية التنازع وفقا لهذا الاتجاه الحديث تبقى لها فاعلية كاملة حيث يكون الاعتداد أساسا لتحليل المسألة المطروحة وإسنادها إلى القانون الأكثر ملائمة لها وطنيا كان أم أجنبية[7].

وفي التشريع الفرنسي ظهرت عبارة النظام العام (Order public) لأول مرة في القانون المدني الفرنسي في الفصل السادس من المدونة المدنية الفرنسية حينما نصت على أنه : "ولا يسوغ باتفاقات خاصة مخالفة القوانين التي تتعلق بالنظام العام والأخلاق الحميدة"، وبذلك نشأ وتوسع كقيد على مبدأ سلطان الإرادة وأصبح مرادفا للقوانين الآمرة التي لا يجوز للأطراف مخالفتها[8] .

و إذا ما سحبنا ما ذكر أعلاه على موضوع مسألة تنفيذ الإحكام الأجنبية، نجد انه في هذا المجال تلعب فكرة النظام العام وفقا لمفهومها الحديث دورها كاملا في رفض تنفيذ الحكم الأجنبي إذا ما تعارض تطبيقه مع الأسس الجوهرية في قانون القاضي.

---

[4] د. حسن الهداوي، د. غالب الداودي ، تنازع القوانين و تنازع الاختصاص القضائي و تنفيذ الاحكام الاجنبية، الجزء الثاني، مديرية دار الكتب للطباعة و النشر في جامعة الموصل، 1982، ص 179.

[5] د. سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص، ط ١، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٤ ، ص 225.

[6] د. عكاشة محمد عبدالعال، أحكام القانون الدولي الخاص اللبناني، الجزء الأول في تنازع القوانين، الدار الجامعية للطباعة والنشر، ١٩٩٨ ، ص 389.

[7] د. سلطان عبدالله حمود، مصدر سابق، ص 90.

[8] د. موسى عبود، النظام العام كسبب لاستبعاد القانون الاجنبي، بحث منشور في مجلة القضاء و القانون، العدد 12، ص 131.

الفرع الثاني

مفهوم فكرة النظام العام وتحديد مضمونها

تعتبر مسالة تحديد مفهوم النظام العام وتحديد مداه، من المسائل الصعبة و التي تتسم بالتعقيد، حيث إن البحث في تحديد مفهوم النظام العام هو مغامرة في رمال متحركة كما يذهب البعض[9]، إذ أن فكرة النظام العام متغيرة تتطور وتختلف من مكان لآخر ومن زمان لأخر، لذا فمن غير الممكن تبني تعريف مشترك لفكرة النظام العام وذلك لسعة نطاق النظام العام مما يحول دون تمييزها وتعيينها بشكل ثابت. وهناك تعريفات في النظام العام بعدد الفقهاء الذين بحثوا هذه المادة، إلا أنهم اتفقوا حول إظهار الكامن في الفكرة، فقد عرف البعض النظام العام بأنه سلاح للدفاع ضد أي قانون أجنبي يكون تطبيقه لأزما في الأصل إذا ما ظهر تعارض أحكامه للمفاهيم الوطنية الجوهرية [10]، حيث أخذت أكثر القوانين بهذا المبدأ ومنها القانون العراقي، وهو من التشريعات التي لم تورد تعريفا للنظام العام، إذا التزام السكوت في تعريف النظام العام الدولي، إذ خلت قواعده من التعريف واكتفي في المادة (٣٢) من القانون المدني العراقي بإيراد نص يقضي بمنع تطبيق القانون الأجنبي المختص إذا كانت أحكامه تتعارض مع فكرة النظام العام، فنصت على أنه ((لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي قررته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام والآداب في العراق)).

وذات الامر فيما يخص النظام العام الداخلي ، فالمادة (١٣٠) أوجبت أن يكون محل الالتزام غير ممنوع قانونا ولا مخالفة للنظام العام والآداب وإلا كان باطلا، كذلك الفقرة (1) المادة (١٣٢) التي قضت ببطلان العقد إذا التزم المتعاقدون دون سبب أو بسبب ممنوع قانونا أو مخالفة للنظام العام أو الآداب.

واكتفت المادة (١٣٠) في الفقرة ثانية منها على إيراد المسائل التي اعتبرها المشرع من النظام العام ولا يجوز الاتفاق على خلافها وهي الاحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية كالأهلية والميراث والأحكام المتعلقة بالانتقال والإجراءات اللازمة للتصرف في الوقف والعقار والتصرف في مال المحجوز ومال الوقف ومال الدولة وقوانين التسعير الجبري والقوانين التي تصدر لحاجة المستهلكين في الظروف الاستثنائية.

وبذلك يبقى الأمر متروكا للقاضي الذي يتمتع بسلطة تقديرية ينظر في كل واقعة تعرض عليه وما إذا كان حكم القانون الأجنبي فيها يتعارض مع النظام العام في دولته أو لا يتعارض معه.

وحيث إن معيار النظام العام هو معيار عام ينظر فيه للمجتمع وما تواتر عليه الناس ولا ينظر إلى فرد فيه، ومن ثم لا يجوز للقاضي أن يفسر النظام العام والآداب بطريقته الخاصة على هواه ووفق المذهب الشخصي الذي يعتنقه. بل يتعين عليه أن يفسر هذا المفهوم بالتفسير الملائم لروح العصر وآدابه في نظر المجتمع ومصالحه العامة فالقاضي في هذا المجال بمثابة المشرع، فهو الذي يعتبر أمرا مخالفا للنظام العام والآداب أو متفقا معها، وذلك إذا خلا من تكييف البطلان وهل هو مطلق أم نسبي[11].

---

[9] د .حسن الهداوي، ود .غالب على الداودي، مصدر سابق، ص 185.

[10] فيليب مالوري، أطروحة عن النظام العام والعقد، باريس، ١٩٥٣ ، ص ٣، نقلا عن د. سلطان عبدالله حمود، مصدر سابق ، ص 90.

[11] د. عبد الرزاق السنهوري – الوسيط – العقد – طبعة 1981 – بند رقم 228 ص 526.

وبذلك فإن تمتع القاضي بسلطة تحديد مفهوم فكرة النظام العام لا يعني أن في مقدوره أن يفرض في هذا المجال نظرته الشخصية للأمور بل يجب عليه أن يتقيد في تقديره للنظام العام بالأفكار السائدة في مجتمعه والمتمشية مع مصالح أمته، فتقدير القاضي في تحقيق متطلبات النظام العام يعتبر مسألة قانونية [12].

وعليه لا يمكن حصر النظام العام في دائرة محدودة لا تختلط أو تتداخل مع غيرها ذلك أن هذه الفكرة مرنة وتضييق وتتسع بحسب ظروف كل مجتمع. فلا يمكن وضع قاعدة ثابتة تحدد المقصود بالنظام العام بصفة مطلقة يمكن ان تتفق مع كل زمان ومكان. ومرد ذلك أنها فكرة مرنة وأنها مسألة نسبية، فالمصلحة العامة هي أساس فكرة النظام العام، هذا الأساس متغير بحسب مفهوم كل دولة لفكرة المصلحة العامة ومصدرها بداية ونهاية[13].

وهذه الفكرة (النظام العام) فكرة نسبية متطورة، إذ تختلف الفكرة السائدة في كل بيئة وفي كل عصر، فكثير من ضروب التعامل التي كانت تعتبر صحيحة وإلى عهد قريب، أصبحت اليوم مخالفة للنظام العام في ظل التنظيمات الحديثة التي تدخل فيها الشارع بنصوص آمرة لا تجوز مخالفتها. وبناء على ذلك فإن فكرة النظام العام تضيق وتتسع تبعا للأفكار السائدة في المجتمع. فهي تنحصر في أضيق الحدود في ظل المذاهب الفردية التي تسرف في الاعتداد بحرية الفرد وتغفل الصالح العام. بينما تتسع في ظل المبادئ الاشتراكية التي تسرف في مصلحة المجموع وتضحي في سبيلها بالمصلحة الفردية. وإذا كانت فكرة النظام والآداب على هذا النحو من المرونة والتطور، فإنها تعتبر المنفذ التي تدخل منه العوامل الاجتماعية والاقتصادية والخلقية في النظام القانوني، كي تلاءم بينه وبين التطور الذي يتعرض له المجتمع في وقت واحد[14].

وقد حاول البعض الاستناد على فكرة النظام العام من استبعاد القانون الأجنبي إذا اشتمل على أفكار قانونية غير معروفة في دولة القاضي[15].

إلا أن هذا الرأي غير مقبول ومتطرف كونه يؤدي إلى زيادة غير مقبولة للحالات التي يستبعد فيها تطبيق القانون الأجنبي الذي تشير بتطبيقه قاعدة الإسناد إضافة إلى أنه مجرد الإتيان بقواعد غير معروفة في دولة القاضي لا يستتبع عدم تطبيقها إلا إذا تعلق الأمر بالمصالح العليا للجماعة سواء كانت متشابهة أو مختلفة في دولة القاضي[16].

ويرى البعض الأخر بوجوب استبعاد تطبيق القانون الأجنبي سواء على فكرة النظام العام إذا كان ينطوي على مستأصل المبادئ العدالة الدولية أو المبادي العامة المتعارف عليها في الأمم المتحدة أو القانون الطبيعي أو يترتب على التطبيق إهدار للحقوق الطبيعية للإنسان لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي، فمثلا الدكتور هشام علي صادق يرى عدم إمكانية الاعتماد على فكرة القانون الطبيعي كأساس ومعيار لتحديد مفهوم النظام العام ويذكر أن القانون الطبيعي هو في الحقيقة أكثر غموضا من فكرة النظام العام وبالتالي لا يمكن الاعتماد عليه.

---

[12] د. عز الدين عبدالله، القانون الدولي الخاص، ج ٢، ط7، 1972،ص 544.

[13] د. ممدوح عبد الحميد "سلطات الضبط الإداري في الظروف الاستثنائية" دار الفكر العربي، القاهرة 1992 ،ص 30 .

[14] د. عبد المنعم فرج الصدة ، مصدر سابق، ص 145 .

[15] د. سلطان عبدالله حمود، مصدر سابق ، ص 91.

[16] د. فؤاد عبد المنعم رياض، د. سامية راشد ، تنازع القوانين و الاختصاص القضائي الدولي واثار الاحكام الاجنبية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص 137.

وأخذا بالأفكار السابقة، فإنه يجب استبعاد القوانين الأجنبية القائمة على التفرقة العنصرية بسبب الجنس أو اللون لمخالفتها لمبادئ العدالة والمبادي المتعارف عليها في الأمم المتحضرة، كما يستبعد أيضا القانون الأجنبي الذي يحرم الأمم من الاعتراف بانتمائها الطبيعي لمساس ذلك بمبادئ القانون الطبيعي والعدالة[17].

ونظرا إلى أن فكرة النظام العام لطبيعتها فكرة وظيفية تهدف تحقيق غاية معينة وتأتي محاولة ضبطها إلا من خلال تحديد هذه الغاية فتطبيقاتها تختلف تبعا لاختلاف العلاقات الاجتماعية بالإضافة إلى مرونتها وتغيرها بتغير الزمان والمكان، كل ذلك لا يمكن نجاح أي محاولة لوضعها في قالب علمي محدد وبالتالي يكون النظام العام محكومة برقابة المحكمة العليا في هذا التقدير[18].

وأمام صعوبة حصر البيان الواضح للنظام العام بمفهومه المطلق على النحو السابق بيانه، ارتأى جانب من فقه القانون الدولي الخاص أنه من المفيد الاكتفاء بوضع موجهات عامة للاسترشاد بها بينها،فيما يلي[19] :

1- يكون مخالفا لمقتضيات النظام العام، (الحكم الأجنبي) الذي يتضمن حلا غير عادل ويبتعد عن المستويات الحضارية ومخالف للضمير الإنساني والقاعدة المقبولة لدى كافة الشعوب كالحرمان من بعض الحقوق الأساسية لأسباب عنصرية مثلا وهو نوع من النظام العام الدولي الذي يجد مصدره في الاتفاقيات الدولية وإعلانات حقوق الإنسان التي ترتبط بها دولة محكمة التذييل.
2- يكون مخالفا أيضا للنظام العام، (الحكم الأجنبي) الذي يصطدم مع المبادئ والأسس الاجتماعية الاقتصادية والسياسية والدينية للمجتمع دولة التذييل بحيث يؤدي تنفيذه إلى إلحاق الضرر بإحدى المصالح المذكورة.
3- يكون مخالفا للنظام العام، (الحكم الأجنبي) الذي تتنافى محتوياته مع مبادئ السياسة التشريعية التي يحاول المجتمع إرساءها في دولته.

لذلك، فإن المعايير السابقة المقترحة لم تضع تعريف دقيق بالنظام العام ذاته، بل حاولت تعريفه من خلال بيان هدفه، وهذا ما يمكن بيانه بالتعريف السلبي، فالمطلوب تعريف يبرز الأركان والعناصر لكي نستطيع تسميته بالتعريف الإيجابي، لذا يمكن تعريف النظام العام وهذا ما نؤيده بأنه مجموعة المصالح الجوهرية الأساسية والمثل العليا للدولة والجماعة التي ترتضيها لنفسها التي يتأسس عليها كيان المجتمع كما يرسمه نظامها القانوني سواء كانت هذه المصالح الأساسية والمثل العليا سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية أو خلقية أم دينية ويعرض الإخلال بها كان المجتمع إلى التصدع والانهيار[20].

والخلاصة، أن فكرة النظام العام تقوم على أساس معيار موضوعي وهو المصلحة العامة فمعيارها هو الناموس الأدبي وما تعارف عليه الناس وصار جزءا من أخلاقهم وهو أيضا معيار موضوعي غير ذاتي وإن كان المعيار سالف الذكر من المعايير النسبية التي أن صلحت لأمة فإنها لا تصلح لأخرى، وقد يقال أن القاضي إذا ترك

---

[17] د. هشام علي صادق، تنازع القوانين، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون سنة طبع، ص ٣١٣.

[18] د. عكاشة محمد عبدالعال، المصدر السابق، ص ٤٠٩.

[19] السعدية بلمير، الاحوال الشخصية للأجانب في التشريع المغربي (الروابط العائلية)، طبعة 1981، ص 104.

[20] د.غالب علي الداودي، القانون الأولي الخاص الأردني، الكتاب الأول، الطبعة الثانية، ١٩٩٨، ص ١٨

وشأنه لتحديد فكرة النظام العام والآداب فسوف يتحكم ويستند إلى هواه. لكن الرد على ذلك ينحصر في حسن اختيار القضاة وتعدد درجات التقاضي ما يكفل درء هذه المخاوف[21].

المطلب الثاني

شرط عدم مخالفة الحكم الأجنبي للنظام العام

يقتضي الأمر لتنفيذ الأحكام الأجنبية في العراق التمييز في شرط التنفيذ المتعلق بعدم تعارض الحكم الأجنبي مع النظام العام بين نوعين من الأحكام، الأحكام الصادرة عن محاكم دول لا تربطها مع العراق اتفاقية دولية خاصة بهذا الموضوع وتطبق عليها القواعد والشروط المقررة في التشريعات الداخلية (الفرع الأ ول)، والأحكام الصادرة عن محاكم دول تربطها بالعراق اتفاقيات دولية ثنائية أو متعددة تتعلق بهذا الموضوع، ويطلق عليها عادة معاهدات التعاون القانوني والقضائي، وتطبق على تلك الأحكام الأجنبية القواعد والشروط المقررة في تلك المعاهدات، لأن المعاهدة تسمو على القانون (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الشرط الوارد في التشريعات الداخلية

إن شرط عدم مخالفة الحكم الأجنبي للنظام العام في العراق ضروري ولا شك في مشروعيته، لان السماح بامتداد القانون الأجنبي أو ما ترتب عليه من مراكز قانونية يتوقف على توفر هذا الشرط، و في الحالة العكسية لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي ولا يعترف بالأحكام المخالفة، ويؤخذ النظام العام بمفهومه في القانون الدولي الخاص، ويتدخل في مجال إنشاء الحقوق وفي التمسك بآثارها، ومن الجائز التخفيف من إعماله إذا لم تكن المخالفة جوهرية ولكن النظام العام يستعيد دوره كلما حصل مساس بالأسس العامة للمجتمع وقيمه الدينية والخلقية، ولا يجوز مثلا تنفيذ حكم يقر دين قمار أو دين مقابل علاقة غير مشروعة، أو حكم يقضي بصحة زواج مسلمة من غير مسلم أو تضمن عبارات تمس الشعور العام أو تخدش الحياء.

وإذا كان الحكم الأجنبي تعارض في جزء منه مع النظام العام فقط فيستبعد الجزء المتعارض إن أمكن الفصل بين أجزائه دون أن يترتب على ذلك تعديل في مضمونه كما لو كان يقضي بإلزام شخص طبيعي بدفع الدين وفوائده لشخص طبيعي آخر فينفذ فيما يخص دفع الدين ويستبعد بالنسبة للفوائد الزائدة عن الحد الجائز قانونا[22].

إن تطبيق النظام العام على الأحكام الأجنبية الصادرة عن دول لا ترتبط معها العراق باتفاقيات دولية يكمن في الشروط التي نصت عليها المادة (6) من قانون تنفيذ الاحكام الاجنبية رقم (30) لسنة (1928) والمتعلقة بتنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية حيث جاء فيها ما يلي: " يجب ان تتوفر الشروط الاتية بأجمعها في كل حكم يطلب اصدار قرار التنفيذ بشأنه وتنظر المحكمة من تلقاء نفسها في توفر هذه الشروط سواء دافع المحكوم عليه من اجلها او لا:

(ا) كون المحكوم عليه مبلغا بالدعوى المقامة لدى المحكمة الاجنبية بطرق معقولة وكافية للتبليغ.

---

[21] د. عبد الحكم فودة ،البطلان في قانون المرافعات المدنية والتجارية ، القاهرة ، دار النهضة –الطبعة الثانية، 1993 ،ص 170.

[22] د. زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري علما وعملا، مطبعة الفسيلة، ط 1 ، الجزائر،2010 ،ص 246.

(ب) كون المحكمة الاجنبية ذات صلاحية بالمعنى الوارد في المادة (7) من هذا القانون.

(ج) كون الحكم يتعلق بدين او بمبلغ معين من النقود او كون المحكوم به تعويضا مدنيا فقط اذا كان الحكم الاجنبي صادرا في دعوى عقابية.

(د) ان لا يكون سبب الدعوى بنظر القوانين العراقية مغايرا للنظام العام.

(هـ) ان يكون الحكم حائزا صفة التنفيذ في البلاد الاجنبية".

و نصت المادة (8/أ) من نفس القانون على انه "ترد المحكمة طلب اصدار قرار التنفيذ ..... اذا وجدت المحكمة بان الحكم لم تتوفر فيه شروط المادة (6) بأجمعها".

ونستخلص من هذه النصوص ان للمحكمة ان ترد طلب اصدار قرار التنفيذ متى تخلف احد الشروط الواردة في المادة (6) من القانون المذكور، واهما شرط عدم مخالفة سبب الدعوى للنظام بنظر القوانين العراقية الوارد في المادة (6/ د) ومنها ما يتعلق بأنهاء الرابطة الزوجة وهو موضوع هذه الدراسة.

فمتى كان الاحكم الأجنبي متعلق بانحلال الرابطة الزوجية و مطلوب تنفيذه في العراق مخالفا للنظام العام بنظر القوانين العراقية كان للمحكمة ان ترد طلب اعطاء القوة التنفيذية لذلك الحكم، ومنها ان ترد المحكمة طلب تنفيذ الحكم الأجنبي المتعلق بانحلال الرابطة الزوجية التي يكون فيها الزوج عراقيا لعدم تطبيق قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم (188) لسنة (1959) المعدل باعتباره قانون الزوج على وقائع الدعوى من قبل المحكمة الاجنبية و انما طبقت تلك المحكمة قانون احوالها الشخصية على وقائع الدعوى الخاصة بأنهاء العلاقة الزوجية، ذلك ان المادة (19 /3) من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 قد نصت على " ويسري في الطلاق و التفريق و الانفصال قانون الزوج وقت الطلاق او وقت رفع الدعوى"

وكذلك المادة (130/ 2) من القانون المدني العراقي نصت بالقول " ويعتبر من النظام العام بوجه خاص الاحكام المتعلقة **بالأحوال الشخصية**.....". فوفقا لهذا النص ان انهاء الرابطة الزوجية يعد من الاحوال الشخصية وان الاحكام المتعلقة بها تعد من النظام العام ، فبناء على ذلك يعد سريان قانون الزوج وقت انهاء الرابطة الزوجية او وقت رفع الدعوى من النظام العام، ويترتب على مخالفة ذلك رد طلب تنفيذ الحكم الأجنبي في العراق كون مخالفا للنظام العام، وذلك كله وفقا لأحكام المواد المذكورة اعلاه و المتمثلة بالمادة (6/ د) من قانون تنفيذ الاحكام الاجنبية رقم (30) لسنة (1928) و المواد (19 /3) و (130/ 2) من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.

إن التطبيقات القضائية تعاملت مع هذا الشرط (عدم تعارض الحكم الأجنبي مع النظام العام) بحذر شديد دون أن تتوسع في مفهوم النظام العام وهذا ما جاء في القرار الصادر عن محكمة التمييز الاتحادية بالعدد 601/ الهيئة المدنية/ 2021 ت/ 588 في 27 / 1 / 2012 ، اذ جاء فيه " لدي التدقيق والمداولة وجد أن الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية ، قرر قبوله شكلا و لدى عطف النظر في القرار المميز وجد انه صحيح و موافق للقانون ذلك أن المدعية المميزة طلبت إعطاء الحكم الصادر من محكمة دبي بعدد 3160/ 2019 في 2019/2/5 و المصدق من الخارجية القاضي بإيقاع الطلاق بينها و بين المدعى عليه المميز عليه القوة التنفيذية و حيث أن الحكم المذكور طبق على وقائع الدعوى قانون الأحوال الشخصية الإماراتي و حيث إن المادة (6) من قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية في العراق رقم ٣٠ لسنة ١٩٢٨ و المادة (٣٠/أ) من قانون تصديق اتفاقية الرياضي العربية للتعاون القضائي رقم ١١٠ لسنة 1984 التي حددت حالات رفض الاعتراف بالحكم من بينها إذا كان مخالفا لأحكام الشريعة الإسلامية أو أحكام الدستور أو النظام العام أو الآداب في الطرف المتعاقد

المطلوب اليه الاعتراف و لعدم تطبيق قانون الأحوال الشخصية العراقي على موضوع الدعوى باعتباره قانون الزوج من حيث قواعد الإسناد و تنازع القوانين عملا بأحكام المادة (19 / 3) من القانون المدني و حيث إن ذلك يعتبر من النظام العام عملا بأحكام المادة (١٣٠/٢) من القانون المذكور التي نصت على (يعتبر من النظام العام بوجه خاص الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية ، ....) و حيث أن الحكم الأجنبي المطلوب تنفيذه صدر وفق القانون الإماراتي فيكون بذلك مخالفا للنظام العام في العراق و تكون المطالبة بتنفيذه لا سند لها من القانون "

ومن كل ما تقدم نجد ان الحكم الأجنبي الخاص بأنهاء العلاقة الزوجية و المطلوب تنفيذه في العراقي متى ما كان ماسا بالنظام العام بنظر القوانين العراقية كان للمحكمة رفض اعطاء ذلك الحكم القوة التنفيذية وعلى النحو السابق ذكره.

الفرع الثاني

الشرط الوارد في الاتفاقيات الدولية

من الخصائص المميزة للقانون الدولي الخاص تنوع مصادره، ومن ذلك المعاهدات الدولية الثنائية او المتعددة المبرمة في مختلف الميادين، والتي يكون الغرض الأساس ي منها هو ضمان تعاون قضائي متبادل.

ففي حالة وجود اتفاقية دولية بين العراق والدولة التي صدر الحكم فيها تتعلق بالتعاون القضائي وتتضمن أحكاما لتنفيذا لأحكام الأجنبية للدولتين فتكون أولى بالتطبيق وهذا عملا بمبدأ سمو المعاهدة على القانون الداخلي، ولكن ذلك وفقا لشرط عدم مخالفة الحكم الأجنبي للنظام العام في الدولة المطلوب تنفيذ الحكم على اقليمها

وفي أطار الأحكام القضائية الأجنبية نظمت العديد من الاتفاقيات آليات لتنفيذ هذه الأحكام نذكر منها اتفاقية تنفيذ الأحكام بين دول الجامعة العربية لسنة 1952 حيث نظمت شروط تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة عن الدول العربية أذا ما أريد تنفيذها على أراضي غيرها من الدول العربية ، كما ذهبت اتفاقية الرياض العربية لسنة 1983 في هذا السياق حيث تناولت شروط تنفيذ الأحكام القضائية ، واتفاقية التعاون القضائي بين العراق ومصر لعام 1964 ، ونتناول من هذه الاتفاقيات ما يتعلق منها بشرط عدم مخالفة الحكم الأجنبي للنظام العام في الدولة المطلوب تنفيذ ذلك الحكم على اقليمها دون تناول الشروط الاخرى لتنفيذ الاحكام الاجنبية حيث انها تخرج عن نطاق هذه الدراسة.

و بالرجوع الى الاتفاقيات المذكورة نجد ان اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي لسنة 1983 نصت في معرض تعدادها لحالات رفض الاعتراف بالحكم على شرط عدم تعارض الحكم الأجنبي مع النظام العام في الدولة المطلوب تنفيذ الحكم فيها وذلك في المادة (30 / أ) التي جاءت بالقول " يرفض الاعتراف بالحكم في الحالات الاتية :

أ- اذا كان مخالفاً لأحكام الشريعة الاسلامية او احكام الدستور او النظام العام او الآداب.....".[23]

ولا تختلف اتفاقية تنفيذ الأحكام بين دول الجامعة العربية لسنة 1952 عن اتفاقية الرياض في هذا الشأن، اذ نصت على هذا الشرط في الفقرة (ج) من المادة (2) منها اذ جاءت بالقول " لا يجوز للسلطة القضائية

[23] – صادق العراق على هذه الاتفاقية بموجب قانون تصديق اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي رقم (110) لسنة (1984).

المختصة في الدولة المطلوب اليها التنفيذ ان تبحث في موضوع الدعوى ، لا يجوز لها ان ترفض تنفيذ الحكم الا في الأحوال الآتية : –

ج – اذا كان الحكم مخالفا للنظام العام والآداب العامة في الدولة المطلوب اليها التنفيذ وهي صاحبة السلطة في تقدير كونه كذلك وعدم تنفيذ ما يتعارض منه مع النظام العام أو الآداب العامة فيها ....."

وكذلك الحال بالنسبة لاتفاقية التعاون القضائي بين العراق ومصر لعام 1964 فقد نصت المادة (19 / 3) بالقول " تعترف كل من الدولتين المتعاقدتين بالأحكام الصادرة من محاكم الدولة الأخرى إذا توافرت فيها الشروط الآتية :

3– ان لا يكون الحكم متضمنا ما يخالف الآداب أو قواعد النظام العام في الدولة التي يحتج به أمام محاكمها أو سلطاتها ".[24]

ويلاحظ ان هذا الشرط وجوده أمر طبيعي يستلزم وجوده لتنفيذ الأحكام الأجنبية ، لان النظام العام في أي دولة يتعلق بالمصالح العليا للبلد سواء كانت اجتماعية أو اقتصادية أو سياسية ، وهذه المصالح العليا لا يمكن قبول المساس بها أو أتفاق الأطراف على خلافها ، فاذا ما أريد تنفيذ حكم أجنبي يتعارض مع النظام العام في دولة التنفيذ ، بالطبع سوف يرفض تنفيذ مثل هكذا حكم، كونها فكرة مرنة ونسبية تتأثر بتغير الزمان و المكان[25].

وتحديد ما أذا كان الحكم الأجنبي مخالفا للنظام العام في دولة التنفيذ أم لا ، أمر متروك الى السلطة التقديرية للمحكمة التي تنظر دعوى الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي ، ويتضح ذللك ايضا من نص الفقرة (ج) من المادة (2) من اتفاقية تنفيذ الأحكام بين دول الجامعة العربية لسنة 1952.

ومثال الحكم الأجنبي الذي يتعارض مع النظام العام في دولة التنفيذ الحكم الأجنبي المتعلق بانحلال الرابطة الزوجية التي يكون فيها الزوج عراقيا ولم يطبق قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم (188) لسنة (1959) المعدل على وقائع الدعوى باعتباره قانون الزوج من قبل المحكمة الاجنبية و انما طبقت تلك المحكمة قانون احوالها الشخصية على وقائع الدعوى الخاصة بأنهاء العلاقة الزوجية، وحيث ان المادة (30/ أ) قانون تصديق اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي رقم (110) لسنة (1984) قد حددت حالات رفض الاعتراف بالحكم الأجنبي ومن بينها اذا كان مخالفا لأحكام الشريعة الإسلامية أو أحكام الدستور أو النظام العام أو الآداب في الطرف المتعاقد المطلوب اليه الاعتراف ولعدم تطبيق قانون الأحوال الشخصية العراقي على موضوع الدعوى باعتباره قانون الزوج من حيث قواعد الإسناد و تنازع القوانين عملا بأحكام المادة (19 / 3) من القانون المدني و حيث إن ذلك يعتبر من النظام العام عملا بأحكام المادة (١٣٠/٢) من القانون المذكور التي نصت على (يعتبر من النظام العام بوجه خاص الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية ، ....) و حيث أن الحكم الأجنبي المطلوب تنفيذه لم يصدر وفقا للقانون العراقي فيكون بذلك مخالفا للنظام العام في العراق و تكون المطالبة بتنفيذه لا سند لها من القانون[26].

---

[24]()– صادق العراق على اتفاقية التعاون القضائي بين العراق ومصر لعام 1964 بموجب قانون تصديق الاتفاقية بشأن المساعدة المتبادلة والتعاون القانوني والقضائي بين الجمهورية العراقية والجمهورية العربية المتحدة رقم (194) لسنة (1964).

[25] د .جابر أبراهيم الراوي ، أحكام تنازع القوانين في القانون العراقي ، مديرية مطبعة الحكم المحلي، بغداد، 1980، ص49، د . غالب علي الداودي ، القانون الدولي الخاص الأردني ، الكتاب الاول ، ط1، الأردن ، 1996 ، ص 147.

[26] قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد 601/ الهيئة المدنية/ 2021 ت/ 588 في 27 / 1 / 2012، غير منشور.

المبحث الثاني

اشكالية التطبيق

يثير موضوع النظام العام في اطار تنفيذ الاحكام الاجنبية العديد من الاشكاليات، واولها تتمثل في اشكالية تحديد مفهوم النظام العام اذا ما اريد تنفيذ حكم اجنبي، وتتمثل الاشكاليات الاخرى على وجه الخصوص في ان تنفيذ اي حكم اجنبي ستترتب عليه اثار معينة قد تكون غير مقبولة في دولة القاضي اذا كانت مخالفة للنظام العام، او ان الدولة المطلوب منها التنفيذ قد لا تقتنع بعدالة محاكم الدولة الاجنبية التي اصدرت الحكم، او كون المحكمة التي اصدرت الحكم في تلك الدولة غير مختصة، اضافة الى ما يتعلق بصحة الحكم الأجنبي المطلوب تنفيذه في دولة القاضي، كما ان ذات الحكم المطلوب اصداره في تنفيذ الحكم الأجنبي قد يواجه من اشكالا يتعلق بتحديد الوقت الذي يعتبر فيه امرا ما من النظام العام من عدمه، وكذلك الاشكالية المتمثلة بإمكانية تنفيذ الحكم الأجنبي جزئيا من عدمه اذا كان في جزء منه مخالف للنظام العام و القسم الاخر لا يخالفه، هذه الاشكاليات وغيرها هي ما سنتناول بيانها في هذا المبحث من خلال دراسة اشكاليات التطبيق على مستوى المفهوم ومستوى الحكم بإعطاء القوة التنفيذية (المطلب الأول) ، وبيان اشكاليات التطبيق على مستوى بعض شروط تنفيذ الاحكام الاجنبية (المطلب الثاني) وكما يأتي:

المطلب الأول

اشكاليات التطبيق على مستوى المفهوم و الحكم بإعطاء القوة التنفيذية

في نطاق تنفيذ الاحكام الاجنبية المتعلقة بانحلال الرابطة الزوجية تظهر عدة اشكالات على مستوى مفهوم النظام العام من حيث انه صعوبة تدقيق تعريفه وتحديد مداه نظرا لعدم وجود اي تعريف في نصوص القانون للنظام العام، وبذلك فان هذا الامر يثير اشكالا في تحديد ما يدخل تحت هذا المفهوم من عدمه وبالتالي يكون على اساسه صدور القرار بإعطاء القوة التنفيذية للحكم الأجنبي او رفض الاعتراف بالحكم الأجنبي ورد الطلب وهذا ما سنتناول دراسته في (الفرع الأول)، ومن جهة اخرى يثير مفهوم النظام اشكالا على مستوى الحكم بإعطاء القوة التنفيذية من حيث انه فكرة متغيرة بتغير الزمان و المكان (الفرع الثاني) وكما يأتي:

الفرع الأول

اشكاليات التطبيق على مستوى المفهوم

مادامت فكرة النظام العام عصية على التعريف التام المحدد لها، فإن ذلك كثيرا ما يثير صعوبات عند تطبيقها، وكثيرا ما يثار الخلاف بين الفقه والقضاء بشأن اعتبار بعض القواعد القانونية من النظام العام أو عدم اعتبارها، وهو ما يترك للقضاء حرية واسعة بكيفية خشي معها أحيانا أن يتخذ منها أساسا لاعتبار كل تصرف موافقا أو غير موافق لنظريته في المسائل الاجتماعية أو الأخلاقية أو الدينية وهو ما يؤدي أحيانا إلى خلق تناقض في التقييم ومن ثم إلى خلق تناقض في الأحكام[27]، وان كان يسهل التعرف على القواعد التي لها ارتباط بالنظام العام من خلال المعيار اللفظي الذي تتبناه التشريعات في بعض نصوصها – حينما ترتب جزاء البطلان أو تنص علي الوجوب وضرورة عدم الخالفة – أو من خلال طبيعة الروابط القانونية المتعلقة بالقانون العام والأسرة والشغل وما ماثلها من القوانين التي لها ارتباط وثيق بالنظام العام، فإنه يعسر التعرف عليها في غير ذلك

[27] د. موسى عبود، مصدر سابق، ص 138.

حيث يتعلق الأمر بمجرد معيار معنوي، ولذلك تبقى للقضاء الحرية الواسعة لتقدير ما إذا كانت محتويات الحكم الأجنبي مخالفة للنظام العام الوطني أم لا[28].

فالصعوبة البالغة في تحديد مفهوم النظام العام تترتب عليها نتيجة منطقية هي ترك تحديد اتصال مسألة معينة بالنظام العام للقاضي الوطني يقدرها لا بهدى من آرائه الخاصة في العدل الاجتماعي، وانما عليه ان يستلهم المصلحة العامة للمجتمع، ويخضع تقديره هذا باعتباره مسألة قانونية الى رقابة محكمة التمييز الاتحادية.

وعليه فتحديد ما أذا كان الحكم الأجنبي مخالفا للنظام العام في دولة التنفيذ أم لا، أمر متروك إلى السلطة التقديرية المحكمة التي تنظر دعوى الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي، ويتضح ذلك أيضا من نص الفقرة (ج) من المادة ٢ من اتفاقية تنفيذ الأحكام بين الدول الجامعة العربية لسنة 1952[29]، ولا يثير شرط النظام العام أي اشكالية فيما يتعلق بمشروعيته، وهو شرط ضروري سواء بالنسبة للقانون المشترك أو بالنسبة للقانون الاتفاقي الذي يعتمد في الأحكام والأعمال القانونية العامة.

والنظام العام المقصود هنا هو ذلك الذي يثور بصدد تنازع القوانين، إلا أنه يتدخل في مجال منح الصيغة التنفيذية لتنفيذ الأحكام الأجنبية بأثره المخفف، لأن الأمر لا يتعلق بنشوء حق في العراق، وانما يتعلق بإعطاء اثر لحق نشأ في الخارج طبقا لقانون اجنبي مختص ودون غش نحو القانون، وهو ما يجعل الدفع بالنظام العام هنا اقل صرامة في هذا المجال[30].

وفي هذا المعنى أصدرت محكمة النقض الفرنسية قرارا ذكرت فيه " أن رد الفعل تجاه حكم النظام العام بالنسبة لحق نشأ في الخارج بدون غش نحو القانون وفق القانون المختص وينتج اثاره في فرنسا، لا يكون له نفس الأثر بالنسبة لمن يراد انشاؤه في فرنسا و يتعارض مع النظام العام الفرنسي[31].

ومن جانب آخر فإن ضرورة التعاون الدولي وما اقتضاه من هدف تحقيق التعايش بين الدول لاشك سيصطدم بسيطرة قواعد النظام العام خاصة في المجال الأسري باعتباره مجالا لتنازع الثقافات والحضارات ومحلا لاختلاف السياسات التشريعية بين الدول وهو ما تعاني منه الجالية العراقية في الخارج وما يصادفه الأجانب بالعراق ،مما يقتضي إيجاد قواعد خاصة تقلص من سطوة تحكم المفهوم المطلق للنظام العام في تنفيذ الأحكام الأجنبية إلى جانب القواعد التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص لتنظيم العلاقات المتعلقة بتنازع القوانين في إطار القانون المذكور وإيجاد حلول لتنفيذ الأحكام الأجنبية بالدولة المطلوب فيها التنفيذ[32].

---

[28] بلعربي الصديق، اشكالية مفهوم النظام العام في تذييل الاحكام والعقود الاجنبية بالصيغة التنفيذية، بحث منشور في مجلة المرافعة، العدد 19، 2008، ص 55.

[29] المادة (2/ج) من اتفاقية تنفيذ الاحكام دول الجامعة العربية (لا يجوز للسلطة القضائية المختصة في الدولة المطلوب اليها التنفيذ ان تبحث في موضوع الدعوى ، لا يجوز لها ان ترفض تنفيذ الحكم الا في الأحوال الآتية : - ج - اذا كان الحكم مخالفا للنظام العام والآداب العامة في الدولة المطلوب اليها التنفيذ وهي صاحبة السلطة في تقدير كونه كذلك وعدم تنفيذ ما يتعارض منه مع النظام العام أو الآداب العامة فيها .....).

[30] د. بلمامي عمر، اثر تنفيذ الاحكام الاجنبية على اعمال الدفع بالنظام العام في الجزائر، بحث منشور في مجلة العلوم الاجتماعية و الانسانية لجامعة باتة، العدد 2، 1994، ص 62.

[31] نقلا عن د. بلمامي عمر،المصدر السابق نفسه، ص 63.

[32] بلعربي الصديق، مصدر سابق، ص 56.

الفرع الثاني

اشكاليات التطبيق على مستوى حكم إعطاء القوة التنفيذية

مع اكتساح مبدأ النظام العام لمختلف الروابط القانونية وعلى الأخص منها ما تعلق بقوانين الاحوال الشخصية وصعوبة التحديد القانوني الواضح لمفهومه ومداه، وما يستتبعه ذلك من عسر إدراك المتقاضي العادي للمفهوم المذكور، فإن الأمر يتطلب من المحكمة المصدرة للحكم المؤسس على مقتضيات النظام العام أن توضح بشكل جلي في أسباب حكمها مبررات اعتماد المقتضيات المذكورة دون الاقتصار على القول بكون الطلب مخالفا للنظام العام.

وقد يثار السؤال عن الوقت الذي يعتمد به لمعرفة ما اذا كان الحكم الأجنبي متعارضا مع النظام العام في دولة التنفيذ أم لا ، هل هو وقت صدور الحكم من المحكمة الأجنبية أم وقت طلب تنفيذ الحكم من محاكم دولة التنفيذ؟ يذهب جانب من الفقه[33] إلى أن وقت رفع دعوى ألأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي إلى محاكم الدولة المطلوب تنفيذ الحكم فيها ،هو الوقت الذي يرجع إليه لتحديد تعارض أو عدم تعارض الحكم الأجنبي مع مقتضيات النظام العام في دولة التنفيذ، وان السبب في ذلك لأن فكرة النظام العام قلنا بأنها فكرة مرنة ونسبية تتغير بتغير الزمان ، فقد يكون الحكم الأجنبي وقت صدوره متفقا مع مقتضيات النظام العام في دولة التنفيذ، ولكن الحكم نفسه قد يكون متعارضا مع مقتضيات النظام العام في دولة التنفيذ حينما يراد تنفيذه في هذه الدولة .

والسبب الأخر لاعتماد المحكمة وقت رفع دعوى ألأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي ،هو أن استلزام شرط عدم تعارض الحكم الأجنبي مع النظام العام في دولة التنفيذ، لا يراد منه معرفة هل فصل الحكم ألأجنبي في النزاع على الوجه الصحيح أم لا، وإنما يراد معرفة ما إذا كان الحكم ممكن التنفيذ في الدولة المطلوب تنفيذه فيها ، من غير أن يكون في ذلك مساس بالنظام العام فيها. كما أن اثر النظام العام في تنازع القوانين يتمثل في استبعاد القانون الأجنبي المختص بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية إذا كان متعارض مع النظام العام، وهذا هو الأثر السلبي إضافة إلى الأثر الايجابي الذي يتمثل في إحلال القانون الوطني محل القانون الأجنبي الذي تم استبعاده ، في حين نجد أثر النظام العام في مجال تنفيذ الأحكام الأجنبية اثر سلبي فقط ، يتمثل في رفض تنفيذ الحكم الأجنبي الذي يتعارض مع النظام العام في الدولة المطلوب تنفيذه فيها .

وبذلك يتعين على القاضي أن يتقيد بمفهوم النظام العام السائد وقت الفصل في الدعوى، وليس المفهوم السائد يوم صدور الحكم الأجنبي وهذا ما يعبر عنه ب (حالية النظام العام) (Actualité de l'ordre public)[34] ، والقاضي يقوم بفحص الحكم الأجنبي من ناحية منطوقه وحيثياته للتأكد من عدم تضمنه ما يتنافى مع النظام العام، فان تبين له وجود تعارض معه فيجب عليه الامتناع منح الصيغة التنفيذية لتنفيذه، ومعنى أدق فان أثر التمسك بالنظام العام في مجال الاعتراف بالأثار العدلية للأحكام أثر سلبي فقط ، فالقاضي اما آن يأمر بمنع

---

[33] د. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دار الحكمة للطباعة والنشر، بغداد، 1922 ، ص. 84، الطيب برادة ، التنفيذ الجبري في التشريع المغربي ، بدون مطبعة، 1988 ص 195.

[34]() – د. عكاشة محمد عبد العال ، الاجراءات المدنية و التجارية الدولية، مكتبة سعيد رافت، 1984– 1985، ص352–353.

الصيغة التنفيذية فينفذ الحكم، أو يرفض ذلك، ولكن ليست له سلطة الفصل في الموضوع وفقا للقانون الوطني أو تعديل الحكم الأجنبي[35].

ويثار التساؤل ايضا حول ما إذا كان يمكن اصدار القرار بتنفيذ الحكم الأجنبي جزئيا؟ فقد يكون جزء من الحكم الأجنبي متعارضا مع النظام العام في حين أن الجزء الأخر ليس كذلك ، وفي هذه الحالة يمكن تنفيذ الحكم الذي لا يتعارض مع النظام العام في دولة التنفيذ، ومثال ذلك الحكم الأجنبي الذي يلزم المدين بدفع مبلغ من النقود ربعه بسبب أوراق تجارية على المدين ، وثلاثة أرباعه بسبب دين عن لعب القمار ، فإذا ما أريد تنفيذ هذا الحكم الأجنبي في العراق فسينفذ جزء الحكم المتعلق باستحقاق الأوراق التجارية من دون الجزء الأخر ، لان أداء دين القمار يتعارض مع النظام العام في العراق . وان مسالة التنفيذ الجزئي المشار إليه مشروط باثنين : الأول ، أن يكون الحكم الأجنبي قابلا للتجزئة، فإذا كان غير قابل للتجزئة فلا مناص من رفض تنفيذ الحكم الأجنبي ككل . أما الثاني ، أن لا يترتب على تجزئة الحكم التعديل فيه [36].

وفيما يتعلق بموضوع هذه الدراسة فيمكن كذلك منح الصيغة التنفيذية للحكم المتعلق بالطلاق ورفضها بالنسبة لحضانة الأولاد، لأن مثل هذا الحكم يقبل التجزئة[37].

أما إذا كان الحكم الأجنبي المراد تنفيذه تأبى طبيعته التجزئة، ويكون مخالفا للنظام العام فالقاضي هنا يكون مضطرا إلى رفض اعطاء الصيغة التنفيذية للحكم بكامله ويستبعده باسم النظام العام، كان يكون الحكم الأجنبي متعلقا بالنفقة المستحقة للأولاد ورفضها بالنسبة لحضانتهم[38].

وعليه يمكن القول بصفة عامة أنه إذا أدت الصيغة التنفيذية الجزئية إلى تعديل الحكم أو تشويهه فانه يتعين رفضها بالنسبة لمجمل عناصره.

وبذلك عندما يتبين للمحكمة المختصة بإصدار قرار اعطاء القوة التنفيذية للحكم الاجنبي تحقق شروط المساس بالنظام العام فإنه من المتعارف عليه انه كلما تعلق الأمر بالنظام العام فإن المحكمة يمكنها أن تثير الدفع به في سائر المراحل ولو لم يثره الأطراف وتقضي برفض طلب التنفيذ مادام الأمر يتعلق بالمساس بقاعدة شكلية أو جوهرية من قواعد القانون الوطني التي لها مساس بالنظام العام وفي موضوعنا من حيث المساس بالأسس والأسباب المتعلقة بانحلال الرابطة الزوجية المنصوص عليها في القانون المدني و قانون تنفيذ الاحكام الاجنبي و قانون الاحوال الشخصية و الاتفاقيات الدولية.

---

[35] د. بدر الدين شوقي، نحو توحيد الشروط الاساسية لتنفيذ الاحكام الاجنبية في دول الاتحاد، مجلة ادارة قضايا الحكومة، العدد 4، ص 941.

[36] رائد حمود حمد الله ،تنفيذ الأحكام الأجنبية، دراسة مقارنة في القانون الدولي الخاص، رسالة ماجستير قدمت الى جامعة الموصل، العراق، 1998، ص ، 48.

[37] د. بلمامي عمر، مصدر سابق، ص ، 64.

[38] المصدر السابق ذاته، الصفحة ذاتها.

المطلب الثاني

اشكاليات التطبيق على مستوى بعض شروط تنفيذ الحكم الاجنبي

بعد ان تناولنا في المطلب الأول اشكاليات التطبيق على مستوى مفهوم النظام العام و على مستوى حكم اعطاء القوة التنفيذية للحكم الأجنبي، نتناول في هذا المطلب دارسة اشكاليات التطبيق على مستوى بعض شروط تنفيذ الحكم الأجنبي من خلال دراسة اشكاليات التطبيق بالنسبة لشرط التأكد من صحة الحكم الأجنبي (الفرع الأول)، وبالنسبة لشرط التأكد من اختصاص المحكمة الاجنبية (الفرع الثاني)، ومن ثم نتناول دراسة اشكالية التطبيق بالنسبة لشرط عدم المساس بالنظام العام (الفرع الثالث)، وكما يأتي:

الفرع الأول

الاشكالية بالنسبة لشرط التأكد من صحة الحكم الاجنبي

تهدف المحكمة من مراجعة الحكم الأجنبي قبل اعطائه القوة التنفيذية الى التأكد من ان هذا الحكم صدر صحيحا، حيث يجب ان يكون الحكم الأجنبي قد اتبع في اصداره اجراءات صحيحة ، و ان يكون حائزا صفة التنفيذ في البلاد الاجنبية[39]، وان لا يتضمن تحايلا على القانون، حيث يشترط المشرع العراقي ان تكون الاجراءات التي اتبعت في اصدار الحكم الأجنبي صحيحة وسليمة، وذلك باشتراط ان يكون الخصوم في الدعوى قد كلفوا بالحضور[40]، ومثلوا تمثيلا صحيحا، وهذا الشرط انما يهدف الى مراعاة و احترام حقوق الدفاع، ويعبر عن هذا الشرط في الدول الانجلو امريكية، بان يكون الحكم قد روعيت في اصداره قواعد العدالة الطبيعية[41]، وهو ما ذات ما نص عليه المشرع العراقي في المادة (8/أ) من قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية رقم (30) لسنة (1928) المعدل التي جاءت بالقول "ترد المحكمة طلب اصدار قرار التنفيذ فيما اذا اثبت المحكوم عليه لديها بان الحكم قد استحصل بطريق التدليس او ان سير الدعوى في المحكمة الاجنبية جرى مخالفا للعدل والانصاف. او اذا وجدت المحكمة بان الحكم لم تتوفر فيه شروط المادة (6) بأجمعها."

والسؤال المثار هنا، هل ان ما مطلوب مراعاته من اجراءات للقول بصحة الحكم الاجنبي يجب ان تخضع لقانون الدولة التي صدر فيها الحكم الأجنبي، ام انها يجب ان تتم وفقا لقانون الدولة المطلوب تنفيذ الحكم الأجنبي فيها و بالتالي يترتب على عدم مراعاة ذلك اشكالية اخرى تتمثل بعدم الاعتراف بالحكم الأجنبي لعدم صحته باعتباره تعارض مع مقتضيات النظام العام في دولة التنفيذ من حيث عدم مراعات شروط الصحة في الدولة الاخيرة؟

عند البحث نجد ان ما يتطلبه حق الدفاع أن يكون المدعى عليه قد أعلن بالدعوى أعلانا صحيحا على وفق الإجراءات التي يتطلبها قانون الدولة التي صدر فيها الحكم الاجنبي لا وفق قانون دولة التنفيذ، وان يكون أطراف الدعوى قد مثلوا فيها صحيحا، ويقتضي ذللك أن لا يكون من بينهم قاصر لم يمثله من له الولاية عليه، وان تكون

---

[39] انظر المادة (6/هـ) من قانون تنفيذ احكام المحاكم الأجنبية رقم (30) لسنة (1928) المعدل.

[40] انظر المادة (6/ أ) من قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية رقم (30) لسنة (1928) المعدل.

[41]عبد النور أحمد، اشكاليات تنفيذ الاحكام الاجنبية(دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق و العلوم و السياسية، جامعة ابوبكر بلقايد ح تلمسان، الجزائر، 2010، ص 98 – 99.

المحكمة قد مكنت كل خصم من ابداء دفاعه، ومن الاطلاع على ما يقدمه خصمه من اوراق و مستندات، وان تكون هذه المستندات قد ادلي فيها في مواجهة من حكم عليه بها[42].

وقد نصت العديد من الاتفاقيات الدولية على شرط سلامة الإجراءات المتبعة في إصدار الحكم الأجنبي، ولكن كشرط مستقل بجانب شرط عدم التعارض مع مقتضيات النظام العام في دولة التنفيذ، إذ تنص المادة (30) من اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي لسنة ١٩٨٣. "يرفض الاعتراف بالحكم في الحالات الآتية :- ب- إذا كان غيابية ولم يعلن الخصم المحكوم عليه بالدعوى أو الحكم إعلانا صحيحا يمكنه من الدفاع عن نفسه . ج. إذا لم تراع قواعد قانون الطرف المتعاقد المطلوب إليه الاعتراف الخاصة بالتمثيل القانوني للأشخاص عديمي الأهلية أو ناقصيها". وفيما يخص المستندات الخاصة بطلب الاعتراف بالحكم او تنفيذه تنص المادة (34) من اتفاقية الرياض "يجب على الجهة التي تطلب الاعتراف بالحكم لدي أي من الأطراف المتعاقدة الأخرى تقديم ما يلي :- ج. صورة من مستند تبليغ الحكم مصدقا عليها بمطابقتها للأصل أو أي مستند آخر من شأنه إثبات إعلان المدعى عليه إعلانا صحيحا بالدعوى الصادر فيها الحكم وذلك في حالة الحكم الغيابي ....)

وعليه نجد ان مسألة المرافعات تخضع لقانون القاضي الأجنبي الذي رفعت امامه الدعوى ابتداء وهي قاعدة مستقرة في فقه القانون الدولي الخاص كما تنص عليها الماد (39) من القانون المدني العراقي المرقم (41) لسنة (1951) بقولها " قواعد الاختصاص وجميع الإجراءات يسري عليها قانون الدولة التي تقام فيها الدعوى او تباشر فيها الإجراءات".

بناءا على ذلك تعد مسألة مراعاة الاجراءات الاصولية عند اصدار الحكم الأجنبي من المحكمة الاجنبية واعطاء حق للمدعى عليه في الدفاع عن نفسه مسألة في غاية الأهمية، ، لأنه بعدم مراعاتها تعتبر المحاكم الأجنبية التي أصدرته قدد ارتكبت خطأ و يمكن الاعتماد عليه كأساس في الامتناع عن تنفيذه في الدولة المطلوب تنفيذ الحكم فيها، لتعارضه مع مقتضيات النظام العام في دولة التنفيذ[43].

ويرى جانب من الفقه أنه لم يعد هناك ما يبرر استلزام صحة الإجراءات المتبعة في إصدار الحكم الأجنبي كشرط مستقل، وبالتالي يسبب ذلك اشكالية تعارضه مع النظام العام في دولة التنفيذ مادام أن أغلب التشريعات تستلزم لتنفيذ الحكم الأجنبي أن يكون حائزا لقوة الشيء المقضي به وفقا لقانون الدولة التي أصدرته، وهذا ما ينتج عنه أن الحكم الأجنبي يكون قد تحصن من أي بطلان ينتج عن مخالفة الإجراءات المتطلبة في قانون الدولة التي أصدرت هذا الحكم الأجنبي[44]، ويرى هؤلاء بأن سلامة الإجراءات في صدور الحكم لا تعني بالضرورة حماية حق الدفاع في الخصومة ، وأن هذا الشرط ما هو إلا إعمال لنظام المراجعة الذي تخلت عنه سائر الدول، كما أن القاضي الناظر في دعوى الأمر بالتنفيذ لن يكون أكثر إلماما بالقانون الأجنبي من نظيره القاضي الذي أصدر الحكم، وليس له صفة في التدخل في مجال لا يعود إليه[45].

---

[42] د.حسن علي كاظم، المصدر السابق، ص 104 – 105.

[43] د.صالح جاد المنزلاوي، الاختصاص القضائي بالمنازعات الخاصة الدولية و الاعتراف و التنفيذ الدولي للأحكام الاجنبية ، دار الجامعة الجديدة، دون ذكر البلد، 2008، ص 216.

[44] د.حسن علي كاظم، وضع الاحكام القضائية موضوع التنفيذ في العراق، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق العلمية، المجلد 1، العدد الاول، 2009، ص 104.

[45] د.عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص (الجنسية المصرية – الاختصاص القضائي الدولي – تنفيذ الاحكام الاجنبية)، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 1996، ص 619، د. حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون

وتجدر الاشارة إلى أن القضاء في فرنسا قد ألغى هذا الشرط في حكم له، صدر في قضية السيد "بشير" "Bachir" في 4 أكتوبر 1967م حيث قررت المحكمة أنه يجب تقدير هذا الشرط ضمن فكرة النظام العام ومدى احترامه لحقوق الدفاع، والتي يعود للقاضي أمر بحثها[46]، ومع ذلك فإن المشرع العراقي في التشريع الداخلي وفي بعض الاتفاقيات التي عقدها العراق مع بعض الدول اشترطت أن يكون التكليف بالحضور سليما لتنفيذ الحكم الأجنبي[47]. ومما لا شك فيه أن مفهوم حقوق الدفاع مصطلح غير دقيق، فمثلا قد يؤدي اختلاف طرق الإثبات المعتمدة من دولة لأخرى إلى اعتبار أن الحكم الأجنبي قد انتهكت فيه حقوق الدفاع، وبالتالي يتم رفض تنفيذه باعتباره مخالفا للنظام العام في دولة التنفيذ، وهو ما حدث حين رفض القضاء الفرنسي تنفيذ الأحكام الأجنبية المؤسسة فقط على ادعاءات المدعي وحده[48] .

الواقع أن ضمانات التقاضي تعتبر من الركائز الأساسية لحقوق الإنسان، ومن أهم هذه الضمانات حرية الدفاع عن طريق المحامي، واللجوء إلى المترجم، وقد نصت عليها عديد من الاتفاقيات نذكر منها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1967م، لذلك يستوجب مراعاة هذه الضمانات في كل مرة يراد فيها تنفيذ حكم أجبي عن طريق إعمال فكرة النظام العام[49].

اضافة لما تقدم اذا كان الرأي مختلفا فيه بالنسبة لما اذا كانت محكمة التنفيذ تراقب شكل الحكم فقط او حتى موضوعه ايضا فانه لا خلاف في مراقبة موضوع الحكم المذكور اذا تعلق الامر بشرط التأكد من عدم المساس بالنظام العام ، حتى لا يمس اي من محتويات الحكم بالنظام العام في الدولة المطلوب تنفيذ الحكم الأجنبي على اقليمها، ولا تعني المراقبة الجوهرية المذكورة للحكم الأجنبي مراقبة مدى تطابقه مع قانون الدولة الأجنبية مصدرته وإنما التأكد من كون جوهر ذلك الحكم غير مخالف للنظام في دولة التنفيذ[50]،وسندنا في ذلك هو أن المشرع العراقي نفسه نص في المادة (6/ د) من قانون تنفيذ احكام المحاكم الأجنبية رقم (30) لسنة (1928) المعدل على عبارة ان لا يكون سبب الدعوى بنظر القوانين العراقية مغايرا للنظام العام.

الفرع الثاني

الاشكالية بالنسبة لشرط عدم المساس بالنظام العام

الشرط الأساس في الحكم الأجنبي والمتعلق بضرورة عدم مساس محتوياته بالنظام العام العراقي فإن الأمر يتعلق هنا بوجوب مراجعة المحكمة المطلوب اليها التنفيذ لمدى مخالفة الحكم الأجنبي لأحكام الشريعة الاسلامية او احكام الدستور او النظام العام او الآداب في العراق في طريقة إنهاء علاقة الزواج كالإنهاء بالفصل الجسماني أو

القضائي الخاص الدولي، الكتاب الثاني، الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الاحكام الاجنبية و احكام التحكيم ، الطبعة الاولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان،2004، ص 348 – 349..

[46] عبد النور أحمد، المصدر السابق، ص 100.

[47] انظر المادة (6/أ) من قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية رقم (30) لسنة (1928) المعدل، والمادة (30/ب) من اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي لسنة ١٩٨٣.

[48] د.حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، مصدر السابق،ص347.

[49] د.ممدوح عبد الكريم، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين – الاختصاص القضائي الدولي – تنفيذ الاحكام الاجنبية)، الطبعة الاولى، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الاردن، 2005، ص322.

[50] بلعربيي الصديق، مصدر سابق، ص 56 – 57.

بدون استدعاء أو لأسباب لم تقرها القوانين العراقية وما قد تحيله القوانين الى المذاهب الاسلامية واجتهاد يراعى فيه قيم الاسلام في العدل و المساواة[51]، او لعدم تطبيق قانون الاحوال الشخصية العراقي على وقائع الدعوى باعتباره قانون الزوج من حيث قواعد الاسناد وتنازع القوانين عملا بأحكام المادة (19 / 3) من القانون المدني العراقي، باعتبار ان ذلك من النظام العام وفقا لأحكام المادة (130/ أ) من القانون المذكور، حيث ان المادة (6/ د) من قانون تنفيذ الاحكام الاجنبية العراقي كانت قد اشترطت ان لا يتعارض الحكم الاجنبي المطلوب تنفيذه مع ما يعد من النظام العام في نظر القوانين العراقية.

اضافة الى ان مسألة سلامة الإجراءات المتبعة في اصدار الحكم الأجنبي كشرط مستقل يدخل ايضا ضمن فكرة النظام العام، مما يتوجب معه على المحكمة الاجنبية مراعاتها تحسبا لرفض الاعتراف بالحكم الاجنبي وتنفيذه من قبل المحكمة العراقية المطلوب اليها التنفيذ اذا ما وجدت عدم مراعاة ذلك، باعتبار ان هذا الامر يدخل ضمن فكرة النظام العام حتى و ان جاءت مسألة سلامة الاجراءات على صيغة شروط مستقلة، الا انها في حقيقتها تكون من مقتضيات النظام العام في العراق، وبالتالي تكون المحكمة الاجنبية خالفت شرط اساسي للتنفيذ وهو عدم مخالفة الاحكام للنظام العام في العراق، ويصبح ذلك مانع من تنفيذ الاحكام القضائية الاجنبية في العراق، ذلك ان كل شروط تنفيذ الاحكام الاجنبية نابعة اساسا من النظام العام.

فالقاضي العراقي المعروض أمامه الحكم الأجنبي المطلوب منحه القوة التنفيذية، هو الذي يملك السلطة التقديرية في تقرير مدى مخالفة هذا الحكم للنظام العام في العراق ، مستعينا في ذلك بأحكام الشريعة الإسلامية والأسس الاجتماعية والاقتصادية والسياسية السائدة في الدولة، في حين ان القاضي الاجنبي قد لا يستطيع الاحاطة بما يعتبر من النظام العام في العراق من عدمه و بالتالي يصدر حكما موافقا للنظام العام في دولته وفي ذات الوقت يكون هذا الحكم ماسا بالنظام العام في العراق وبالتالي يتعذر تنفيذه، ولذلك فإنه لا يجوز مثلا تنفيذ حكم في العراق يقضي بأنهاء الرابطة الزوجية لأسباب لم تنص عليها القوانين العراقية او تعتبر مخالفة للنظام العام في العراق.

وإن كان إعمال فكرة النظام العام تؤدي إلى رفض تنفيذ الحكم الأجنبي حين تعارضه معها، فإنه يجب الإشارة إلى نقطة هامة وهي ضرورة عدم التوسع في إعمال هذه الفكرة، وحصرها في أضيق نطاق، لأن الأمر هاهنا لا يتعلق بنشوء حق في العراق، وإنما فقط بإعطاء أثر لحق نشأ صحيحا خارج العراق، وأستنفذ مراحل تكوينه، تحت ولاية قانون مختص، لأن في ذلك احترام للحقوق والمراكز المكتسبة[52]، ففي القانون الفرنسي وعدة دول أوروبية ورغم أنها تعتبر تعدد الزوجات الذي يعرف في الشريعة الإسلامية مخالفا للنظام العام، فإما تعترف ببعض الآثار التي يرتبها الزواج الثاني، كثبوت النسب وحق التوارث، وبالتالي فإن الحكم الذي يقرر هذه الآثار يمكن منحه الصيغة التنفيذية في هذه البلدان، وهذا ما يعرف عندهم بفكرة "الأثر المخفف للنظام العام"[53].

ومن كل ما تقدم نجد إن الخاصية التي تتمتع بهما فكرة النظام العام والمتمثلة في القابلية للتطور والتغير عبر الزمان والمكان، تجعل من تقدير مدى مخالفة الحكم الأجنبي للنظام العام تكون وقت رفع دعوى المطالبة بإعطاء

---

[51] بلعربي الصديق، مصدر سابق، ص 58.

[52] د.احمد عبد الكريم سلامة، مصدر سابق، ص 1142.

[53] د.زروتي الطيب، مصدر سابق، ص 285.

القوة التنفيذية للحكم، وليس في وقت صدور الحكم الأجنبي، فتنفيذ الحكم الأجنبي في العراق هو الذي يمكن أن يثير المشاكل عند تعارضه مع النظام العام العراقي، أما مجرد صدور الحكم في الخارج فليس بالأهمية بمكانة.

الخاتمة

وفي ختام هذه الدراسة يمكن تلخيص اهم النتائج و التوصيات التي توصلنا اليها فيما يلي:

اولا: النتائج :-

1- إن مصطلح النظام العام يرد كثيرا في دراسة القانون رغم إن مفهومه يصعب فيه التحديد الدقيق بحيث لا يتسنى له تعريف جامع يحدد المقصود به.

2- يمكن تعريف النظام العام تعريفا يبرز الأركان والعناصر بأنه مجموعة المصالح الجوهرية الأساسية والمثل العليا للدولة وللجماعة التي ترضيها لنفسها التي يتأسس عليها كيان المجتمع كما يرسمه نظامها القانوني سواء كانت هذه المصالح الأساسية والمثل العليا سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية أو خلقية أم دينية. ويعرض الإخلال بها كيان المجتمع إلى التصدع والانهيار. والنظام العام بمثابة صمام الأمان الذي يحمي الأسس الجوهرية في مجتمع المحكمة المطلوب اليها التنفيذ بمنع تسرب وتنفيذ الاحكام الأجنبية التي تتعارض جذرية مع هذه الأسس.

3- يترتب على أعمال الدفع بالنظام العام أثرا مهما وهو وجوب منع تنفيذ الاحكام الأجنبي المتعارضة مع النظام العام في دولة القاضي وهو ما يسمى بالأثر السلبي للنظام العام وهو رفض الاعتراف وتنفيذ الحكم الاجنبي في حالة تعارضه مع النظام العام.

4- الاعتراف بالحقوق المكتسبة في الخارج هو تلطيف لمفعول النظام العام ولا يعني استبعاد كلي لفكرة الدفع بالنظام العام في جميع الأحوال بالنسبة لأي حق اكتسب في الخارج.

5- أما عن المفهوم الذي يقدر القاضي فيه من لغة القانون لفكرة النظام العام فإنه يمكن القول بأن تمتع القاضي بسلطة تحديد مفهوم فكرة النظام العام لا يعني أن في مقدوره أن يفرض في هذا المجال نظرته الشخصية للأمور بل يجب عليه أن يلتزم في تقديره للنظام العام بالأفكار السائدة في مجتمعه والمتمشية مع مصالح أمنه، لذا نرى بأن تقدير القاضي في تحقيق متطلبات النظام العام تعتبر مسألة قانونية ومن ثم يجب أن تخضع لرقابة المحاكم العليا.

6- تبين لنا انه لا فائدة مرجوة من إعمال قواعد تنازع القوانين إذا لم يتم تنفيذ الحكم القضائي الأجنبي، ولذلك يجب العمل من أجل ضمان تنفيذه حتى لا يعود ذلك بالسلب على مصالح وحاجيات الازواج في حالتهم الشخصية.

7- اتضح لنا أن الفكرة الرئيسية التي تتوقف عليها شروط تنفيذ الأحكام الأجنبية هي فكرة النظام العام، ذلك أن كل الشروط التي ذكرناها نابعة أساسا من النظام العام.

8- ان مسألة سلامة الإجراءات المتبعة في اصدار الحكم الأجنبي كشرط مستقل يدخل ضمن فكرة النظام العام.

9- ان النظام العام يعد سلاحا ذو حدين يجب الاعتدال في استخدامه لكي يضمن من جهة حماية المبادئ الأساسية التي يقوم عليها كيان مجتمع القاضي ومن جهة أخرى الا يتحول استخدام النظام العام من

طرف القاضي كوسيلة لمنع تنفيذ الأحكام الاجنبية دون فحصها والتأكد من اثار تطبيقها ينتهك فعلا النظام العام في دولته.

10- ان قضايا إنهاء العلاقة الزوجية وما يترتب عنها من آثار تعتبر من أهم القضايا التي تؤرق بال الراغبين في تنفيذ الأحكام والعقود الصادرة في الدول الأجنبية وعلى الأخص بال الجالية العراقية في الخارج حينما تريد تنفيذ الأحكام والعقود المرتبطة بتلك القضايا والصادرة في بلدان إقامتهم أو بدول المهجر خاصة عند تطبيقها لقانون بلد الإقامة أو قانون أفضلية الجنسية في حالة ازدواج الجنسية، والسبب في ذلك راجع بالدرجة الأولى إلى كون الأنظمة القانونية لبلدان المهجر تستقي مبادئها من نموذج الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان التي تكرس مبادئ الحرية والمساواة التامتين بين الرجل والمرأة سواء فيما يخص الحق في طلب إنهاء العلاقة الزوجية أو في آثار الإنهاء المذكورة، فتصطدم أحيانا بإثارة المساس بالنظام العام العراقي فيؤدي إلى اثارة الكثير من الاشكاليات ينتج عنها رفض طلبات اعطاء القوة التنفيذية.

11- ان التشدد في الاستجابة إلى طلبات تنفيذ الاحكام الاجنبية الخاصة بانحلال الرابطة الزوجية فيما مست فيه الأحكام الأجنبية النظام العام العراقي، وعدم التخفيف من حدة المفهوم العام للنظام العام العراقي، وعدم التعامل مع تلك الطلبات بنوع من المرونة قد يترتب عنها آثار يصعب معها تفادي ازدواجية الأوضاع القانونية.

ثانيا: التوصيات:-

1- على الرغم من بذل محاولات عدة فردية وجماعية في سبيل الوصول إلى تبني تعريف مشترك لفكرة النظام العام، إلا أن المشرع العراقي التزم السكوت في تعريف النظام العام الدولي، لذا نقترح على المشرع العراقي إيراد تعريف للنظام العام من خلال بيان أركانه وعناصره ونقترح إيراد التعريف التالي وهو ما نؤيده وهو الآتي: " مجموعة المصالح الجوهرية الأساسية والمثل العليا للدولة وللجماعة التي ترضيها لنفسها التي يتأسس عليها كيان المجتمع كما يرسمه نظامها القانوني سواء كانت هذه المصالح الأساسية والمثل العليا سياسية أم اجتماعية أم اقتصادية أو خلقية أو دينية ".

2- نوصي بالعمل على توحيد الأحكام فيما يتعلق بشروط تنفيذ ألاحكما الأجنبية المتعلقة بانحلال الرابطة الزوجية والحد من الاختلاف خاصة بين الدول العربية ذات المرجعية الواحدة، ويتحقق ذلك عن طريق إبرام اتفاقيات جماعية وثنائية تعالج مشكلات تنفيذ الاحكام الاجنبية المتعلقة بأنهاء الرابطة الزوجية والاعتراف والاحتجاج بها لدى الدول غير الإسلامية.

3- من الضروري عدم التشدد في الاستجابة إلى طلبات تنفيذ الاحكام الاجنبية الخاصة بانحلال الرابطة الزوجية إلا فيما مست فيه الأحكام الأجنبية بصورة واضحة النظام العام العراقي، تخفيفا من حدة المفهوم العام للنظام العام العراقي، ينبغي التعامل مع تلك الطلبات بنوع من المرونة مراعاة لما قد يترتب عنها من آثار وتفاديا لازدواجية الأوضاع القانونية.

4- نوصي بالعمل من أجل ضمان تنفيذ الاحكام الاجنبية المتعلقة بالأحوال الشخصية حتى لا يعود ذلك بالسلب على مصالح وحاجيات الازواج في حالتهم الشخصية، حيث تبين لنا انه لا فائدة مرجوة من إعمال قواعد تنازع القوانين إذا لم يتم تنفيذ الحكم القضائي الأجنبي.

5- يجب الوضع في الاعتبار الموازنة بين اعتبارات صيانة قيم المجتمع وآدابه وبين إعتبارات مصالح وحاجيات الازواج وحالتهم الشخصية، وأنه يجب في ظل مرونة فكرة النظام العام ونسبتها أن تكون هناك ضوابط أو معايير محددة تضع هذه الفكرة الهلامية في إطار انضباطي، ويمكن ان يضع هذا الإطار أما محكمة التمييز أو المشرع العراقي، حتى لا تترك الأحكام الاجنبية المتعلقة بانحلال الرابطة الزوجية في مهب رياح السلطة التقديرية لقاضي الموضوع او قاضي التنفيذ.

6- نوصي بان يكون امتناع القاضي عن اعطاء القوة التنفيذية للحكم الأجنبي باسم النظام العام مبني على المنطق ومفاهيم العدالة الاجتماعية والنظم الأساسية التي ينهض عليها كيان مجتمعه. ولاشك أن هذا يتطلب من القاضي أن يكون منفتحا ومتفهما لحاجات القانون الدولي الخاص، واعيا ومدركا لواقع مجتمعه وواقع المجتمع الدولي حوله.

وبعبارة أوضح فان دور القاضي يجب ألا يتوقف عند التحقق من كون الحكم الأجنبي يتنافى مع النظام العام أم لا من الناحية المجردة، بل أن دوره يمتد أيضا إلى بحث النتيجة العملية التي تترتب على منح القوة التنفيذية للحكم الأجنبي ومدى تعارضه مع النظام العام، ذلك أن أعمال الدفع بالنظام العام لا يهدف إلى اصدار حكم على القانون الأجنبي في حد ذاته، وانما يهدف إلى منع النتيجة المنافية للنظام العام، وهنا يتعين على القاضي التقيد بأمرين:

الأمر الأول : الأخذ بعين الاعتبار الحقوق المكتسبة في الخارج واستعمال بشأنها ما يعرف بالنظام العام المخفف أو الملطف.

الأمر الثاني: التقيد بمفهوم النظام العام السائد وقت الفصل في الدعوى وليس المفهوم السائد يوم صدور الحكم الأجنبي، لأن النظام العام يتغير حسب الزمان والمكان.

قائمة المصادر

اولا: الكتب القانونية:

1- د.احمد عبد الكريم سلامة التنازع الدولي للقوانين و المرافعات المدنية و الدولية، ، دار النهضة العربية، القاهرة ، بدون سنة طبع.

2- د.جابر أبراهيم الراوي ، أحكام تنازع القوانين في القانون العراقي ، مديرية مطبعة الحكم المحلي، بغداد، 1980، ص49، د . غالب علي الداودي ، القانون الدولي الخاص الأردني ، الكتاب الاول ، ط1، الأردن ، 1996.

3- د.حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، الكتاب الثاني، الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الاحكام الاجنبية و احكام التحكيم ، الطبعة الاولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان،2004.

4- د.زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري علما وعملا، مطبعة الفسيلة، ط 1 ، الجزائر،2010.

5- السعدية بلمير، الاحوال الشخصية للأجانب في التشريع المغربي (الروابط العائلية)، بدون مطبعة، طبعة 1981.

6- د.سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص، ط ١، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٤.

7- د.صالح جاد المنزلاوي، الاختصاص القضائي بالمنازعات الخاصة الدولية و الاعتراف و التنفيذ الدولي للأحكام الاجنبية ، دار الجامعة الجديدة، دون ذكر البلد، 2008.
8- د.عبد الحكيم فودة، البطلان في قانون المرافعات المدنية والتجارية ، القاهرة ، دار النهضة –الطبعة الثانية، 1993.
9- د.عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، العقد ، طبعة 1981.
10- د.عز الدين عبدالله ، القانون الدولي الخاص، ج ٢، ط7، 1972.
11- د.عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص (الجنسية المصرية – الاختصاص القضائي الدولي – تنفيذ الاحكام الاجنبية)، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 1996.
12- د.عكاشة محمد عبدالعال، أحكام القانون الدولي الخاص اللبناني، الجزء الأول في تنازع القوانين، الدار الجامعية للطباعة والنشر، ١٩٩٨.
13- د.غالب علي الداوودي، د. حسين محمد الهداوي ، تنازع القوانين و تنازع الاختصاص القضائي و تنفيذ الاحكام الاجنبية، الجزء الثاني، مديرية دار الكتب للطباعة و النشر في جامعة الموصل، 1982.
14- د.غالب علي الداودي، القانون الأولي الخاص الأردني، الكتاب الأول، الطبعة الثانية، ١٩٩٨.
15- د.فؤاد عبد المنعم رياض، د. سامية راشد ، تنازع القوانين و الاختصاص القضائي الدولي واثار الاحكام الاجنبية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999.
16- د.فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دار الحكمة للطباعة والنشر، بغداد، 1922.
17- د.ممدوح عبد الحميد "سلطات الضبط الإداري في الظروف الإستثنائية" دار الفكر العربي، القاهرة 1992.
18- د.ممدوح عبد الكريم، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين – الاختصاص القضائي الدولي – تنفيذ الاحكام الاجنبية)، الطبعة الاولى، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الاردن، 2005.
19- د.هشام علي صادق، تنازع القوانين، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون سنة طبع.
20- د. عكاشة محمد عبد العال، الاجراءات المدنية و التجارية الدولية، مكتبة سعيد رافت، 1984-1985.

ثانيا: الرسائل الجامعية:

1-رائد حمود حمد الله ،تنفيذ الأحكام الأجنبية، دراسة مقارنة في القانون الدولي الخاص، رسالة ماجستير قدمت الى جامعة الموصل، العراق، 1998.
2-عبد النور أحمد، اشكاليات تنفيذ الاحكام الاجنبية(دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق و العلوم و السياسية، جامعة ابوبكر بلقايد تلمسان، الجزائر، 2010.

ثالثا: المجلات و المنشورات:

1- د.بدر الدين شوقي، نحو توحيد الشروط الاساسية لتنفيذ الاحكام الاجنبية في دول الاتحاد، مجلة ادارة قضايا الحكومة، العدد 4.
2- بلعربيي الصديق، اشكالية مفهوم النظام العام في تذييل الاحكام والعقود الاجنبية بالصيغة التنفيذية، بحث منشور في مجلة المرافعة، العدد 19، 2008.
3- د.بلمامي عمر، اثر تنفيذ الاحكام الاجنبية على اعمال الدفع بالنظام العام في الجزائر، بحث منشور في مجلة العلوم الاجتماعية و الانسانية لجامعة باتة، العدد 2، 1994.

4- د.حسن علي كاظم، وضع الاحكام القضائية موضوع التنفيذ في العراق، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق العلمية، المجلد 1، العدد الاول، 2009.
5- د.سلطان عبدالله حمود، الدفع بالنظام العام واثره، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، مجلد 17، العدد 43، 2010.
6- د.موسى عبود، النظام العام كسبب لاستبعاد القانون الاجنبي، بحث منشور في مجلة القضاء و القانون، العدد 12.

رابعا: القوانين و الاتفاقيات:

1- القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة (1951).
2- قانون تنفيذ احكام المحاكم الاجنبية العراقي رقم (30) لسنة (1928) المعدل.
3- قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم (188) لسنة (1959) المعدل.
4- اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي لسنة 1983.
5- اتفاقية تنفيذ الأحكام بين دول الجامعة العربية لسنة 1952.
6- اتفاقية التعاون القضائي بين العراق ومصر لعام 1964.