مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية

اسم المقال: نحو تضييق نطاق النظام العام لمصلحة القانون الأجنبي في سياق القانون الدولي الخاص "دراسة مقارنة"
اسم الكاتب: إبراهيم خالد يحيى
رابط ثابت: https://political-encyclopedia.org/index.php/library/8347
تاريخ الاسترداد: 2026/05/13 13:21 +03

الموسوعة السياسيّة هي مبادرة أكاديمية غير هادفة للربح، تساعد الباحثين والطلاب على الوصول واستخدام وبناء مجموعات أوسع من المحتوى العلمي العربي في مجال علم السياسة واستخدامها في الأرشيف الرقمي الموثوق به لإغناء المحتوى العربي على الإنترنت.
لمزيد من المعلومات حول الموسوعة السياسيّة – Encyclopedia Political، يرجى التواصل على info@political-encyclopedia.org

استخدامكم لأرشيف مكتبة الموسوعة السياسيّة – Encyclopedia Political يعني موافقتك على شروط وأحكام الاستخدام المتاحة على الموقع https://political-encyclopedia.org/terms-of-use

تم الحصول على هذا المقال من موقع مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية ورفده في مكتبة الموسوعة السياسيّة مستوفياً شروط حقوق الملكية الفكريّة ومتطلبات رخصة المشاع الإبداعي التي ينضوي المقال تحتها.

جامعة الشارقة
UNIVERSITY OF SHARJAH

مجلة جامعة الشارقة

دورية علمية محكمة

للعلوم القانونية

المجلد 16، العدد 2
ربيع الثاني 1441 هـ / ديسمبر 2019 م

الترقيم الدولي المعياري للدوريات 2616-6526

نحو تضييق نطاق النظام العام لمصلحة القانون الأجنبي في سياق القانون الدولي الخاص: دراسة مقارنة

إبراهيم خالد يحيى

كلية الحقوق - الجامعة العربية الأمريكية

جنين - فلسطين

تاريخ الاستلام: 23-10-2018 **تاريخ القبول: 31-01-2019**

ملخص البحث:

يوضح البحث آليات تضييق الدفع بالنظام العام في العلاقات الخاصة الدولية، وحصر استبعاد القانون الأجنبي في أضيق الحدود، انطلاقا من أن فلسفة النظام العام في القانون الداخلي مختلفة عنها في القانون الدولي الخاص، فإذا كانت أكثر صرامة في تنظيم المجتمع الداخلي، فهي أكثر مرونة بخصوص العلاقات الدولية باعتبار القانون الأجنبي غريبا عن قيم ومبادئ المجتمع الوطني، فمن باب احترام هذا الزائر الغريب يتخفف النظام العام من كثير من قيوده الداخلية من أجل أن يحسن استقبال القانون الزائر، أملا في توطيد العلاقات بين النظم القانونية المختلفة، مدعوما بجملة مبررات خاصة، وآليات مستحدثة لتلطيف فكرة النظام العام، وليست الغاية تأصيلا نظريا فقط، بل تجسيدا عمليا متمثلا في توطيد العلاقات الاقتصادية والاستثمارية، فكلما ضاق استبعاد القانون الأجنبي ازدهرت العلاقات الدولية الخاصة، وينشد البحث أن يلفت نظر المشرع الفلسطيني والعربي إلى تبني فلسفة النظام العام الحديث في العلاقات الدولية الخاصة المتبناة في قوانين أجنبية كالفرنسي والألماني، لجعل النصوص القانونية عاملا في ترسيخ الآليات موضوع البحث.

الكلمات الدالة: القانون الأجنبي، النظام العام، الأثر المخفف، الاستبعاد الجزئي.

2-16 .indd 153 30/12/2019 9:54 AM

المقدمة

نصت المادة 36 من القانون المدني الفلسطيني[1] على أنه «لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام تخالف النظام العام أو الآداب في فلسطين وفي حالة المخالفة تطبق مبادئ القانون الدولي الخاص»[2] .

وأشارت المذكرة الإيضاحية للقانون أن النظام العام والآداب العامة وفق المادة المذكورة يختلفان عن النظام العام والآداب العامة الواجب مراعاتها في العلاقات الوطنية التي لا تتضمن عنصرا أجنبيا.

ولا يمكن حصر مفهوم النظام العام لأنه يعبر عن مفاهيم متغيرة تتغير وتتطور بتطور المجتمع وتختلف من نظام قانوني لآخر[3]، والآداب العامة هي كما عرفها الدكتور السنهوري «مجموعة من القواعد وجد الناس أنفسهم ملزمين باتباعها طبقا لناموس أدبي يسود علاقاتهم الاجتماعية، وهذا الناموس الأدبي هو وليد المعتقدات الموروثة والعادات المتأصلة وما جرى به العرف وتواضع عليه الناس، وللدين أثر كبير في تكييفه، وكلما اقترب الدين من الحضارة ارتفع المعيار»[4]. والحقيقة أن الآداب العامة جزء من النظام العام[5]، لذا كان حريا بالمشرع الفلسطيني وغيره من التشريعات العربية الاكتفاء بالنص على النظام العام وحده.

(1) القانون المدني الفلسطيني المطبق في غزة رقم 4 لسنة 2012، وهو نفسه مشروع القانون المدني الفلسطيني في الضفة الغربية، في حين إن القانون المدني المطبق في الضفة هي مجلة الأحكام العدلية قد خلت من نصوص تنظم موضوع تنازع القوانين، ولذا يناقش الباحث القانون المدني الفلسطيني في غزة المتضمن نصوص تنازع القوانين.

(2) تقابلها المادة 27 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي الصادر بالقانون الاتحادي رقم (5) لسنة 1985 والمعدل بالقانون الاتحادي رقم (1) لسنة 1987، والمادة29 من القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976، والمادة 28 من القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948، والمادة30 من القانون المدني السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم (84) لسنة 1949، والمادة 32 من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951، والمادة 24 من القانون المدني الجزائري رقم 58-75 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، والفصل 36 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية قانون عدد 97 لسنة 1998 مؤرخ في 27 نوفمبر 1998 يتعلق بإصدار مجلّة القانون الدولي الخاص.

(3) عبد المطلب، ممدوح عبد الحميد والدسوقي، إنعام السيد، تأثير فكرة النظام العام على حكم التحكيم و تنفيذه: دراسة مقارنة، مجلة الأمن والقانون - أكاديمية شرطة دبي – الإمارات، مج11،ع 1، 2003، ص 473.

(4) السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1964، ص436.

(5) نسيغة، فيصل ودنش، رياض، النظام العام، مجلة المنتدى القانوني، الجزائر، ع5، 2013، ص 175.

2-16 .indd 154 30/12/2019 9:54 AM

إلا أنه من المؤكد أن النظام العام الذي يحكم العلاقات الداخلية يختلف عن النظام العام الذي يحكم العلاقات الدولية الخاصة، نظرا لاختلاف الغاية المقصودة من تقرير النظام العام في كل حالة[1]. هذا مع معرفة أن الدفع بالنظام العام ما هو إلا وسيلة استثنائية بيد القضاء وليس قاعدة عامة في القانون الدولي الخاص، ويترتب على هذا الأمر التضييق من النظام العام بحيث لا يدفع به إلا في الحالات الاستثنائية التي يتعارض فيها مع الأسس الجوهرية[2]، وإن فكرة الاستثنائية في استبعاد القانون الأجنبي تجد جذورها لدى الفقيه الألماني سافيني الذي نادى بالاشتراك القانوني كأصل عام، وأن عدم تطبيق القانون الأجنبي لانعدام الاشتراك هو الاستثناء[3].

والحقيقة أن النظام العام وإن كان نظاما يعبر عن سيادة الدولة ويعكس قيم المجتمع العليا التي لا يجوز المساس بها، إلا أنه ولمرونته وإمكانية التوسع والتضييق فيه يجب أن يوظف توظيفا مختلفا في نطاق ضيق في علاقات القانون الدولي الخاص من أجل ضمان تطبيق أوسع للقانون الأجنبي الذي يساهم في تعزيز العلاقات الدولية[4]، ومن ثم الفائدة الاقتصادية، عوضا عن النظر إلى النظام العام كهاجس يمنع تطبيق القوانين الأجنبية، مما يؤدي إلى انكماش العلاقات الدولية وضياع سبل الاستثمار الأجنبي إثر استبعاد القوانين الأجنبية.

وما يقصده الباحث ليس إعدام هوية النظام العام وقيمته لدى المجتمع الفلسطيني أو الوطني عموما، ولكن جعله أكثر مرونة لينسجم مع الأنظمة القانونية الأخرى، هذا في ظل أن الدول الأخرى ستتبع أسلوب المعاملة بالمثل حين تلمس انفتاحا من قبل الدول التي تعد الشريعة الإسلامية من أحد مصادرها ومكونا هاما من مكونات النظام العام، بمعنى أن القاضي الأجنبي حين يثبت له عدم تعصب القضاء الفلسطيني – كقضاء في دول تطبق القانون الإسلامي إلى حد كبير في عدة قطاعات- ومرونته في التعامل مع مفهوم النظام العام بما يحقق تطبيق القانون الأجنبي ذي الأصول الفلسفية الاجتماعية والدينية المختلفة، فإن هذا سيدفع بذلك القضاء الأجنبي إلى التعامل بالمثل وقبول تطبيق قانون أجنبي مستمد

(1) دواس، أمين، تنازع القوانين في فلسطين «دراسة مقارنة»، ط1، دار الشروق، عمان، 2001،ص234 235.

(2) زاير، فاطمة الزهراء، النظام العام في النزاعات الدولية الخاصة المتعلقة بالأحوال الشخصية، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد- تلمسان، الجزائر، 2010- 2011، ص 19.

(3) عبد الكريم، ممدوح، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2005، ص199-200.

(4) دواس، أمين، مرجع سابق، ص 234- 235.

2-16 .indd 155 30/12/2019 9:54 AM

من الشريعة في دولته[1].

هذا كله مع ملاحظة أن الشريعة الإسلامية والتي تعد – كما سلف – ركيزة من ركائز النظام العام في القانون الفلسطيني لا تتعارض بل تتوافق إلى حد كبير مع الاتفاقات الدولية كاتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع على سبيل المثال، مما يعني وجود أرضية معقولة لنظام عام دولي موحد ومتوافق إلى حد ما مع الشريعة الإسلامية في ميدان التجارة الدولية[2].

ولهذا السبب يبدو أن التوجه الحديث هو عدم تعصب القاضي الأجنبي في الأنظمة العلمانية إلى نظامه العام، بل المرونة في التعامل مع الشريعة الإسلامية حين تكون قانونا واجب التطبيق، وعدم إعطاء القضاء سلطة تقديرية واسعة تخرجه عن النظر في الأثر الفعلي لتطبيق الشريعة وما إذا كانت تمس مساسا جوهريا بأسس النظام العلماني، وضرورة تطبيق القانون بطريقة دولية للتخفيف من سطوة النظام العام الداخلي.

أهمية البحث

تكمن أهمية البحث في أنه يسلط الضوء على موضوع حساس، إذ في ظل مرونة فكرة النظام العام وعدم إمكانية حصره في إطار واحد يصبح سلاحا ذا حدين، فإما أن يوظف على نطاق واسع فيشكل عقبة أمام تطبيق القانون الأجنبي، وإما أن يوظف بشكل معقول في حدود ضيقة - كما هو الأصل- من أجل حماية القيم العليا للمجتمع فعلا في إطار منضبط بحيث يتناغم مع القانون الأجنبي .

ولأن الاتجاه السائد - كما سيوضح الباحث- يرى بتضييق نطاق النظام العام في القانون الدولي الخاص إلى أضيق حد، فإن من المهم معرفة ضوابط فكرة استبعاد القانون الأجنبي لمخالفة النظام العام، وإيجاد سبل التخفيف من نطاقه بحيث يصبح استدعاؤه في حالات محددة وضيقة، هذا من أجل التخفيف من نظرة التعارض التقليدية بين النظام العام والقانون الأجنبي، وعدم النظر للأخير على أنه دخيل هدفه زعزعة القيم العليا لمجتمع دولة القاضي، ولذلك رأى الباحث أن يوضح فكرة استبعاد القانون الأجنبي والتركيز على سبل تضييقه إلى أقصى حد دون الإخلال بضرورة حماية القيم والمثل العليا للقانون الوطني.

---

(1) See in this meaning Chuah, Jason, Impact of Islamic Law on Commercial Sale Contracts A Private International Law Dimension in Europe, European Journal of Commercial Contract Law, (2010- 4), p.201, available at: http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/chuah.html.

(2) Ibid , p.203.

2-16 .indd 156 30/12/2019 9:54 AM

إشكالية البحث

من أجل تجسيد أهمية البحث لا بد من الإجابة على أسئلة تمثل إشكالية البحث الرئيسية التي هي تبيان سبل وقائية لتضييق نطاق النظام العام كسبب لاستبعاد القانون الأجنبي، وسبل تخفيف أثره بتلطيف نتائج الأخذ بفكرة النظام العام على النحو الآتي:

- ما هي طبيعة النظام العام والآداب العامة التي قصدتها المادة 36 من مشروع القانون المدني؟ وهل يختلف مفهوم النظام العام والآداب العامة في العلاقات الدولية الخاصة عنه في العلاقات الوطنية؟
- كيف تساهم ماهية النظام العام في علاقات القانون الدولي الخاص في تضييق نطاقه؟
- ما هي أنواع النظام العام التي تدخل في مفهوم النظام العام في علاقات القانون الدولي الخاص؟
- ما هو دور القضاء والتحكيم في التضييق من نطاق الدفع بالنظام العام؟
- هل من سبل للتخفيف من أثر النظام العام كسبب لاستبعاد القانون الأجنبي؟ وما هي إن وجدت؟
- كيف تعاملت القوانين المقارنة مع مفهوم النظام العام وشروطه في العلاقات الخاصة الدولية؟ وما أوجه تميزها عن القانون الفلسطيني والقوانين العربية عموما؟

منهجية البحث

اعتمد الباحث المنهج التحليلي لنصوص مشروع القانون المدني الفلسطيني ومقارنته بنصوص القوانين المدنية الأخرى العربية كالقانون الدولي الخاص التونسي باعتباره مختلفا نوعا ما عن القوانين العربية الأخرى المتشابهة بل أحيانا المتطابقة مع القانون الفلسطيني كالقانون الإماراتي، وكذلك المقارنة مع القوانين الغربية كالقانون الألماني والفرنسي لمعرفة كيفية معالجة موضوع البحث في مختلف النظم القانونية، وتمت الاستعانة بأحكام قضائية متنوعة لفهم التطبيق العملي للنقطة موضوع البحث، مع الاستعانة بالشروحات الفقهية العربية منها وغير العربية للوقوف على الآراء الفقهية حول موضوع البحث ومدى وجود نواة لفكرة تضييق نطاق النظام العام في علاقات القانون الدولي الخاص وخصوصيته في هذا الصدد.

2-16 .indd 157 30/12/2019 9:54 AM

خطة البحث

المطلب الأول: تضييق نطاق النظام العام بالاستناد إلى ماهيته

المطلب الثاني: دور التحكيم والقضاء في تضييق الدفع بالنظام العام

المطلب الثالث: تلطيف آثار الدفع بالنظام العام

المطلب الأول: تضييق نطاق النظام العام بالاستناد إلى ماهيته

تساهم طبيعة النظام العام في علاقات القانون الدولي الخاص من حيث دوليتها وبعدها عن الطبيعة الوطنية الصرفة في خلق اختلاف بين نطاق النظام العام في القانون الداخلي كنظام عام يضبط المجتمع وفق أسس اجتماعية واقتصادية ودينية، خلاف النظام العام في العلاقات الخاصة الدولية كنظام يهدف لعدم خرق القانون الأجنبي للقيم المثلى السامية للمجتمع الوطني، وما يستتبع ذلك من أثر شروط إعمال الدفع بالنظام العام من تلقاء نفسها في تضييق نطاقه.

الفرع الأول: المفهوم الضيق للنظام العام في علاقات القانون الدولي الخاص

بداية، يتم إعمال الدفع بالنظام العام عندما تشير قاعدة الإسناد إلى تطبيق قانون أجنبي، إذ لا يتصور تطبيق الدفع بالنظام العام إذا كان قانون القاضي هو القانون واجب التطبيق[1]، ويتصور إعمال الدفع بالنظام العام في الدولة التي تنقسم إلى ولايات تشريعية مختلفة في الأسس التي يقوم عليها النظام القانوني[2].

وفي حديثنا عن النظام العام موضوع البحث ينبغي أن يفهم أنه ذلك المتعلق بالنظم الأساسية والجوهرية في قانون القاضي، وليس مجرد التعارض بين قواعد قانونية في دولة القانون الأجنبي ودولة القاضي[3]، فمثلا في حالة اختلاف سن الأهلية بين قانون القاضي

(1) التكروري، عثمان، الوجيز في القانون الدولي الخاص، ط1، المكتبة الأكاديمية، فلسطين، 2017، ص 65- 66.

(2) كصير، محمد خيري، حالات تطبيق قانون القاضي في نطاق تنازع القوانين(دراسة مقارنة)، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2012، ص 138.

(3) وهو ما قررته محكمة النقض المصرية بقولها «مناط استبعاد أحكام القانون الأجنبي مخالفته للنظام العام في مصر أو تعارضه مع الأسس الاجتماعية أو السياسية أو الاقتصادية, أو الخلفية في الدولة مما يتعلق بالمصلحة العليا للمجتمع بما لا يكفي معه أن يتعارض مع نص قانوني آخر»، الطعن رقم 547 لسنة 51 جلسة 1991/12/23 س 42 ع 2 ص 1954 ق 308. وفي نفس الاتجاه قررت بأن» المناط في استبعاد أحكام القانون الأجنبي الواجب التطبيق - وفق المادة 28 من القانون المدني - هو أن تكون الأحكام مخالفة للنظام العام أو الآداب في مصر بأن تمس كيان الدولة أو تتصل بمصلحة عامة وأساسية للجماعة، ولا يدخل في هذا النطاق مجرد

2-16 .indd 158 30/12/2019 9:54 AM

والقانون الأجنبي، جرت العادة على التسامح في هذا الاختلاف لأنه لا يمس القيم العليا في مجتمع دولة القاضي[1].

والتعارض المطلوب لاستبعاد القانون الأجنبي هو التعارض الجوهري مع المثل والقيم العليا متمثلا في المسائل التي تعتبر نظاما عاما من الدرجة الأولى كمسائل الشريعة الإسلامية، وهو ما قررته محكمة تمييز دبي بقولها «ذلك أن من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن مؤدى نص المادتين (3 - 27) من قانون المعاملات المدنية أن الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية كالزواج والميراث والنسب تعتبر من النظام العام لا يجوز مخالفته وعلى المحاكم تطبيقه على ما يعرض عليها بشأنه وأنه لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي كلما كانت أحكامه متعارضة مع الشريعة الإسلامية أو النظام العام أو الآداب في الدولة»[2].

ولهذا نجد أن المادة 27 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي لم تكتف بذكر مصطلح النظام العام في حديثها عن استبعاد القانون الأجنبي بل نصت على عدم مخالفة «الشريعة الإسلامية أو النظام العام أو الآداب»، وإن كان الباحث يرى أن مصطلح النظام العام يشمل «الشريعة الإسلامية»، إلا أن المشرع الإماراتي حرص على التأكيد على أهمية مسائل الشريعة الإسلامية كمبرر لاستبعاد القانون الأجنبي، خلاف المشرع الفلسطيني الذي اكتفى بمصطلح «النظام العام والآداب العامة».

وحتى في هذا السياق المتعلق بقواعد الشريعة الإسلامية، تجب التفرقة بين القواعد المطبقة على المسلمين فحسب، وتلك المطبقة على المسلمين وغيرهم على حد سواء، فالأولى لا تبرر إعمال الدفع بالنظام العام في حالة كان النزاع متعلقا بطرف أجنبي غير مسلم، لأن النظام العام الوطني لن يتأثر بمخالفة غير المسلم لقواعد الشريعة الإسلامية لأنه

اختلاف أحكام القانون الأجنبي عن أحكام القانون الوطني في صدد شرط المنع من التصرف»، الطعن رقم 59 لسنة 39 جلسة 1975/02/12 س 26 ع 1 ص 364 ق 77، متوفر على موقع المحكمة

http//:www.cc.gov.eg/Courts/Cassation_Court/All/Cassation_Court_All_Cases.aspx

(1) كصير، محمد خيري، مرجع سابق، ص23.

(2) الطعن رقم 51 لسنة 2008 أحوال شخصية، جلسة الثلاثاء 21 أكتوبر 2008، منشور على موقع منتدى قانون الإمارات على الرابط التالي: http://www.theuaelaw.com/vb/t29639.html ، وانظر كذلك الحكم الصادر عن ذات المحكمة في الطعن رقم 182 لسنة 2006 مدني، جلسة الأحد الموافق 17 ديسمبر 2006، منشور على موقع منتدى قانون الإمارات المشار إليه آنفا، إذ جاء في الحكم «ومن المقرر أن قواعد الميراث الأساسية التي تستند إلى نصوص قاطعة في الشريعة الإسلامية تعتبر بالنسبة للمسلمين سواء كانوا وطنيين أو أجانب من النظام العام ولا تجوز مخالفتها، بحيث لا يجوز للقاضي الوطني تغليب أحكام أي قانون أجنبي عليها باعتبار أنها متعارضة مع القواعد الأساسية للميراث في الشريعة الإسلامية متى كان المورث من المسلمين...».

2-16 .indd 159 30/12/2019 9:54 AM

من البداهة أنه غير خاضع لها، وبالتالي لا عبرة لإلزامه بها[1]، ومثال ذلك تعدد الزوجات، إذ يستبعد تطبيق القانون الفرنسي الذي يمنع تعدد الزوجات بالنسبة للمسلم الفرنسي، في حين لا يستبعد بالنسبة للفرنسي غير المسلم، أما الطائفة الثانية فهي مبرر دائما للدفع بالنظام العام ، مثل أحكام حرمة زواج المسلمة من غير المسلم، ومنع التوارث بين المسلم وغير المسلم[2]، والحقيقة أن هذا التفريق منطقي ويؤدي إلى تضييق نطاق النظام العام إلى أقصى حد في علاقات القانون الدولي الخاص.

وأكثر من ذلك، يثار التساؤل عن كيفية معاملة المسائل التي تصنف أنها من جوهر الشريعة، وتلك التي تعد ثانوية، فالأحرى أن تخرج الثانية من نطاق الاستبعاد كمسائل تعدد الزوجات والطلاق بإرادة منفردة لأنها لا تشكل جوهر الشريعة ويجدر التسامح فيها[3].

وبخلاف القيم الجوهرية التي لا تجوز مخالفتها، فإن ما يعد قاعدة آمرة لا تجوز مخالفتها في دولة القاضي قد لا يصدق عليه وصف النظام العام في ميدان علاقات القانون الدولي الخاص، مما يعني ضيق نطاق النظام العام في العلاقات الخاصة الدولية عنه في القانون الداخلي[4]، ذلك لأن القواعد الآمرة لا تعنى دائما بالصالح العام وإنما قد تكون تغليبا لمصلحة خاصة على أخرى خاصة تحقيقا للعدالة، فليس من مبرر لاعتبارها نظاما عاما بصدد علاقات القانون الدولي الخاص[5] .

ولهذا ورد في شروحات المادة 2.4 القانون الدولي الخاص الألماني[6] عدم اعتبار مخالفة القواعد الآمرة مبررا للدفع بالنظام العام بالقول:

---

(1) عبد الكريم، ممدوح، مرجع سابق، ص201- 202.

(2) المصري، محمد وليد، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص «دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي»، ط 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص 258.

(3) البلعاوي، سيف الدين، النظام العام ومسألة استبعاد تطبيق القانون الأجنبي، فلسطين، بدون اسم المجلة، مج 7، ع 2، 2003، ص241.

(4) الداوودي، غالب علي، القانون الدولي الخاص - تنازع القوانين – تنازع الاختصاص القضائي الدولي- تنفيذ الأحكام الأجنبي «دراسة مقارنة»، ط2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2013، ص246- 247. بن عبد الله، عادل، الاعتبارات العملية للدفع بالنظام العام، مجلة المفكر، ع3، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر ، الجزائر، ص 228.

(5) جودي، علياء سليم، تأثير النظام العام في القانون الواجب التطبيق على الزواج المختلط، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق- جامعة النهرين، العراق،2011، ص 32- 33.

(6) القانون متوفر على الرابط التالي:

http://ec.europa.eu/civiljustice/applicable_law/applicable_law_ger_en.htm.

2-16 .indd 160 30/12/2019 9:54 AM

"the application of Article 6 of the EGBGB is not merely justified because the foreign law is not in compliance with mandatory German rules…"[1].

وفي اتجاه مضيق لمفهوم النظام العام قررت محكمة النقض الفرنسية أن طلاق المرأة لا يتعارض مع النظام العام إذا رضيت به[2].

وهذا يقودنا إلى الحديث عن النظام العام ذي الطابع الحمائي الذي وضع لحماية فئات خاصة في دولة القاضي بحكم اعتبارات معينة داخل هذا الإقليم[3]، إذ إن كل دولة يتوقع أن تنص على قواعد حمائية تخص فئات معينة ترتيبا لوضع داخلي فيها، وليس من المنطق أن تصل هذه القواعد الحمائية حد استبعاد قانون أجنبي، خاصة وأن هذه القواعد لا تشكل في الحقيقة قيما مثلى أو مبادئ عليا لدى المجتمع، إنما يصلح أن نطلق عليها وصف القواعد القانونية الفنية التنظيمية التي لا تمثل الروح الجمعية لعموم أفراد المجتمع بقدر ما تمثل معالجة تشريعية لأوضاع فئات معينة بغية ترتيب الأوضاع الداخلية للدولة، ولذا يجدر ألا توظف لاستبعاد القوانين الأجنبية[4]، إذ يرى الباحث أن هذه الفئة من فئات النظام العام، يمكن للقاضي تجاوزها وعدم الدفع بها كنظام عام له أثر استبعادي، لأن في هذا تقييدا مقيتا للعلاقات الدولية الخاصة.

وهنا ينبغي التنبه إلى العلاقة بين قواعد النظام العام الحمائية وقواعد التطبيق الضروري، بحيث إذا تم تكييف العلاقة على أنها في نطاق قواعد التطبيق الضروري فسيتم استبعادها فورا لدخولها في النطاق الموضوعي لقواعد التطبيق المباشر بغض النظر عن طبيعة العلاقة القانونية أجنبية كانت أم محلية[5].

---

(1) See: Rechtsanwalt Klaus Vorpeil, German Private International law, Available at: https://www.vorpeil.de/media/content/buecherloseblatt/German_Private_International_Law.pdf .

(2) بن عبدا الله، عادل، مرجع سابق، ص224.

(3) قريقر، فتيحة، النظام العام والتحكيم التجاري الدولي، رسالة لنيل شهادة الدكتوراة، كلية الحقوق- جامعة الجزائر -1- بن يوسف بن خدة، 2016 - 2017، ص 68.

(4) See in this meaning de Boer, T.M. , Unwelcome foreign law: public policy and other means to protect the fundamental values and public interests of the European Community. In A. Malatesta, S. Bariatti, & F. Pocar (Eds.), The external dimension of EC private international law in family and succession matters, 2008, p. 19, available at: https://pure.uva.nl/ws/files/4158129/58767_285248.pdf .

(5) بلاق، محمد، قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، رسالة لنيل شهادة الماجستير،

□□□□ □□□□□□□ 2-16 .indd 161 30/12/2019 9:54 AM

ولذا يعتقد الباحث أنه يجدر بالقضاء ألا يسارع إلى تكييف بعض الموضوعات على أنها داخلة في قواعد التطبيق الضروري حين يعرض له نزاع ذو عنصر أجنبي، لأن ذلك سيدفع القضاء إلى تضييق سلطته التقديرية إن لم يكن سلبها في سبيل إعمال قواعد التطبيق المباشر، بينما إذا بقيت هذه الموضوعات في إطار النظام العام، فإن للقضاء في هذا الصدد دورا كبيرا في إعمال سلطته التقديرية، الأمر الذي قد يخدم أطراف العلاقة من خلال تضييق نطاق النظام العام، الأمر الذي لن يؤدي بالنتيجة إلى استبعاد القانون الأجنبي لهذا السبب.

كما يجب على القضاء حين يقدر توفر مخالفة النظام العام، أن يبحث في ذلك بحثا موضوعيا قائما على أدلة واقعية، وليس مجرد الاعتماد على تقديره الشخصي لتوافر المخالفة، تحت طائلة رقابة محكمة أعلى درجة على استدلاله فيما إذا كان سائغا أم لا[1].

بناء على ما سبق، تظهر أهمية إدراك اختلاف مفهوم النظام العام في العلاقات الخاصة الدولية، والذي يفيد تضييقه في عدم تعطيل العلاقات ذات العنصر الأجنبي، والاستفادة من العقود الدولية المهمة اقتصاديا لدولة فلسطين[2].

الفرع الثاني: اشتراط كون مخالفة النظام العام ذات أثر ملموس واقعي (ارتباط النزاع بدولة القاضي)

يقصد بهذا الشرط ألا يكون التعارض بين أحكام القانون الأجنبي والنظام العام مجرد تعارض نظري، بل أن يكون له أثر فعلي في أرض الواقع، بأن يؤثر في قيم ومبادئ المجتمع بشكل ملموس[3]، إذ يجب النظر إلى الأثر الفعلي للقانون الأجنبي، فإذا كانت نتائج تطبيقه تمس بشكل صارخ القيم والمثل العليا يجري استبعاده، أما إذا كان تطبيقه لا يحقق ضررا ملموسا فلا عبرة بهذا الاختلاف[4].

كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد- تلمسان، الجزائر، 2010/2011، ص 69.

(1) الأمين، خير الدين كاظم، سلطة القاضي التقديرية في القانون الدولي الخاص، مجلة جامعة بابل، العلوم الإنسانية، العراق، ج 15، ع2، 2008، ص 828- 829.

(2) انظر في هذا المعنى خروبة، حمزة، موانع تطبيق القانون الأجنبي في ضوء المادة 24 من القانون المدني الجزائري(دراسة مقارنة)، رسالة لنيل شهادة الماجستير، جامعة سطيف- 02- كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2013/ 2014، ص 23.

(3) قريقر، فتيحة، مرجع سابق، ص 85.

(4) المصري، محمد وليد، مرجع سابق، ص261 - 262.

2-16 .indd 162 30/12/2019 9:54 AM

وفي هذا الاتجاه نصت المادة 11 من مبادئ اختيار القانون المنطبق على العقود التجارية الدولية لسنة 2015 بقولها« لا يجوز للمحاكم أن تستبعد تطبيق أيّ حكم من أحكام القانون الذي يختاره الأطراف إلاّ إذا تعارضت نتيجة ذلك التطبيق تعارضا واضحا مع المفاهيم الأساسية للنظام العام لدولة المحكمة»، مما يعني تبني هذه المبادئ فكرة تضييق نطاق النظام العام، بحيث اشترطت التعارض الواضح، والماس بالمفاهيم الأساسية للنظام العام في دولة القاضي[1].

والحقيقة أن شرط المساس الفعلي بالنظام العام في دولة القاضي يقودنا للتساؤل عن فلسفة التشريعات في تشريع فكرة « النظام العام»، بمعنى ما الذي دار في خلد المشرع الفلسطيني وغيره حين تم تقرير هذه الفكرة؟

يتضح أن الفكرة هي ضرورة احترام قيم المجتمع السامية العليا سواء من أفراده الذين يعيشون في إقليمه أو من الأجانب ما دامت أحكام هذا القانون تمس إقليم فلسطين، ولذا يثور تساؤل هام، بما أن النظام العام نظام يبسط سيطرته على الإقليم وليس على الأشخاص، فهل يعتد به حتى لو كان أثر التصرف القانوني لن يطبق في ذلك الإقليم، فهل إذا عينت قاعدة الإسناد في القانون الفلسطيني قانونا أجنبيا ليطبق على النزاع وكانت آثار تطبيقه خارج إقليم فلسطين، هل ثمة داع لاستبعاد أحكام هذا القانون بسبب مخالفته للنظام العام، أم عدم الاعتداد بالنظام العام ما دام تطبيق القانون لن يمس النظام العام الفلسطيني في شيء؟

الحقيقة أن المشرع الفلسطيني لم يضع تفرقة في هذا الصدد بين قانون ستطبق أحكامه وتنتج آثاره في فلسطين، وقانون آخر لن يطبق وينتج آثاره فيها، فلم توجب المادة 36 من المشروع على القاضي البحث في هذا الأمر، بل إن كل ما على القاضي فعله هو النظر في أحكام القانون الأجنبي نظرة موضوعية بحتة، فإن كانت مخالفة للنظام العام في فلسطين سيستبعد هذا القانون، ولو لم تربطه بإقليم فلسطين أي صلة عملية على أرض الواقع، وذهب المشرع الإماراتي نفس المذهب[2].

(1) انظر في هذا المعنى الهداوي، حسن، القانون الدولي الخاص – تنازع القوانين- المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون «دراسة مقارنة» ط3، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2003، ص 188- 189.

(2) حيث لم تشر المادة (27) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي إلى فرق بين قانون أجنبي سيجري تنفيذه في الإمارات العربية المتحدة أو خارجها، بل جاء الحكم عاما، بقولها «لا يجوز تطبيق أحكام قانون عينته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام تخالف الشريعة الإسلامية أو النظام العام أو الآداب في دولة الإمارات العربية المتحدة».

2-16 .indd 163 30/12/2019 9:54 AM

ويبدو أن هذه النظرة العامة فيها شيء من مجانبة روح القانون، وتمسك حرفي بنصوصه دون النظر في فلسفته. إن غاية تشريع القوانين للنظام العام، ألا يتم المساس بالنظام العام في إقليم الدولة التي يسري فيها، أما إن كان أثر تطبيق القانون الأجنبي لن يمس النظام العام في ذلك الإقليم فما المبرر القانوني لاستبعاده[1]؟

ولذلك يجب النظر في معيار معين لتحديد ما إذا كان القانون الأجنبي الذي تعينه قواعد الإسناد سينتج آثاره الواقعية في فلسطين أم لا، ويبدو أن المعيار والضابط الأكثر وجاهة في هذا الصدد هو ضابط «الإقليم الذي سينفذ فيه الحكم الصادر بعد تطبيق أحكام القانون الأجنبي»[2]، فالأصل ألا يكفي مجرد اختصاص القضاء الفلسطيني بنظر النزاع وفق قواعد الإسناد الفلسطينية، لأن ذلك لا يعني بالضرورة تنفيذ الحكم القضائي في فلسطين. ولذا، كلما اقتربت مخالفة النظام العام من إقليم دولة القاضي يصبح الدفع بالنظام العام مبررا أكثر[3]، فإذا كان الحكم سينفذ في فلسطين فذلك مبرر قوي لاستبعاد القانون الأجنبي لعلة مخالفة النظام العام.

ولذلك يعتقد الباحث أن تبني الفقهاء الألمان لشرط الصلة الكافية بين النزاع ودولة القاضي[4]، والذي هو ذاته موقف القانون الدولي الخاص الألماني بموجب المادة2.4 بقولها:

"A further consideration important for the applicability of the order public reservation is whether the facts of the case reveal a domestic connection; only then will German law usually be actively relevant"[5].

ولا شك أن هذا الاتجاه فيه من المنطق الشيء الكثير، ذلك لأن التعارض بحد ذاته ليس سببا للدفع بالنظام العام، بل أساس الدفع هو تأثير تطبيق القانون على النظام العام، مما

(1) وفي هذا الاتجاه قضت محكمة استئناف باريس بأنه لما كانت المسألة القانونية محل النزاع لا علاقة لها بأي شكل بفرنسا فإن القانون الأجنبي المختص بحكمها لا يتعارض مع النظام العام الدولي الفرنسي، انظر قريقر فتيحة، مرجع سابق، ص 86.

(2) وهو أحد أهم المعايير المتبعة في مجال التحكيم، انظر الخراز، إلهام، التحيكم التجاري الدولي في إطار منهج التنازع «دراسة مقارنة»، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الدراسات العليا- جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2009، ص29 - 30.

(3) بن عبد الله، عادل، مرجع سابق، ص224.

(4) دواس، أمين، مرجع سابق، ص 239.

(5) See also the explanation of the article at:Rechtsanwalt Klaus Vorpeil, op.cit, saying "the application of Article 6 of the EGBGB is not merely justified because the foreign law is not in compliance with mandatory German rules".

2-16 .indd 164 30/12/2019 9:54 AM

يعني ضرورة وجود صلة تجعل تطبيق القانون الأجنبي ماسا بمبادئ دولة القاضي، لأن هذه الصلة هي المبرر لرفض المجتمع لهذا القانون الأجنبي[1]، وهو ما يعرف بالنسبية في تطبيق النظام العام، بحيث كلما زاد ارتباط النزاع بدولة القاضي أصبح الدفع بالنظام العام مبررا أكثر[2]، وإلا فإنه سيكون مجرد تسلط وفرض لنظام عام لا توجد مظاهر انتهاك بصدده[3]، وإن من شأن الأخذ بشرط الصلة الكافية تضييق نطاق الدفع بالنظام العام، وهو الأمر المطلوب في علاقات القانون الدولي الخاص.

وتعمد القوانين تبعا لما سبق إلى توضيح ضرورة المساس الجوهري بالقيم الأساسية في دولة القاضي، حيث ذهب القانون الألماني إلى تكرار العبارات التي تدل على وجوب التعارض الجوهري مع لب الحقوق الأساسية حين نص على التالي:

"…where their application would be patently incompatible with fundamental principles of German law. "Fundamental principles" is taken to mean that fundamental principles of justice have to be at stake. Generally, this means serious violations of fundamental rights guaranteed in the German constitution…".

وهذا يدل بوضوح على دقة المشرع الألماني ورغبته في التأكيد على التضييق من استخدام الدفع بالنظام العام إلى أضيق حد ممكن، وارتباط المخالفة بالنظام العام في دولة القاضي ارتباطا وثيقا، وضرورة أن تكون المخالفة جوهرية «patently»، وتعارض المبادئ الجوهرية «fundamental principles»، وفسرت المادة مصطلح المبادئ الجوهرية بأنها المتعلقة بالعدالة "fundamental principles of justice"، والتي تعني انتهاكا للحقوق الأساسية المضمونة بموجب الدستور الألماني " Generally, this means serious violations of fundamental rights guaranteed in the German constitution".

وهو ما يعني النظام العام التوجيهي الذي يمثل القيم والمثل العليا للمجتمع الألماني، وهو مفهوم ضيق للنظام العام, وأما المشرع التونسي فقد فعل حسنا إذ نص على أنه «لا يثير القاضي الدفع بالنظام العام إلا إذا كانت أحكام القانون الأجنبي المعيّن تتعارض

(1) المصري، محمد وليد، مرجع سابق، ص 264.

(2) O. Kahn-Freund, Revue internationale de droit comparé Année 1980 32 - 1 pp. 234-238, available at: https://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_1980_num_32_1_3676.

(3) Mills, Alex, The Dimensions of Public Policy in Private International Law, 4 Journal of Private International Law 201, 2008, p.15.

2-16 .indd 165 30/12/2019 9:54 AM

مـع الاختيـارات الأساسـية للنظـام القانونـي التونسـي»، بحيـث أكـد علـى ضـرورة التعـارض مـع المفاهيـم الأساسـية وأورد تطبيـق النظـام العـام بصيغـة الاسـتثناء للتأكيـد علـى ضيـق التطبيـق، خـلاف المشـرع الفلسـطيني والقوانيـن العربيـة عمومـا التـي لـم تـورد سـوى عبـارات جافـة مقتضبـة لا تعكـس الموقـف الحديـث فـي الدفـع بالنظـام العـام.

ورغـم ذلـك، نصـت مجلـة القانـون التونسـي صراحـة بموجـب الفصـل 36 علـى أنـه « ...ولا يخضـع الدفـع بالنظـام العـام لمـدى قـوة ارتبـاط النـزاع بالنظـام القانوني التونسـي ...»، وهـو اتجاه منتقـد، إذ لـم يكتـف المشـرع بالسـكوت تـاركا للفقه والقضـاء المناداة بضـرورة توفر الصلـة الكافية بـل حسـم ذلـك باسـتبعادها، خـلاف التوجـه القانونـي والفقهـي الحديـث كما سـلف ذكره.

المطلب الثاني: دور التحكيم والقضاء في تضييق نطاق الدفع بالنظام العام

يتمتـع المحكـم بصلاحيـات أوسـع مـن صلاحيـات القاضـي فـي عـدة جوانـب منهـا اختيـار القانـون الواجـب التطبيـق علـى النـزاع، فرغـم أن المحكـم فـي حـالات معينـة يخضـع لقاعـدة الإسـناد فـي القانـون الوطنـي كمحـدد للقانـون الواجـب التطبيـق، إلا أنـه فـي المقابـل يملـك سـلطة اختيـار القانـون أو القواعـد القانونيـة واجبـة التطبيـق دون اللجـوء لمنهـج قواعـد الإسـناد، وأيـا كان الأمـر فلـه تبعـا لذلـك صلاحيـة التخفيـف مـن قيـود النظـام العـام الوطنـي بشـكله التقليـدي.

ويشـترك المحكـم والقاضـي فـي إمكانيـة تطويـع فكـرة النظـام العـام فـي العلاقـات التجاريـة الدوليـة لجعلهـا منسـجمة مـع هـذا النـوع مـن العلاقـات، وإثـر ذلـك إمكانيـة اللجـوء للنظـام العـام التجـاري الدولـي الـذي يتجـاوز النظـام العـام الوطنـي التقليـدي، ممـا يشـكل مسـاهمة فـي تلطيـف فكـرة النظـام العـام.

الفرع الأول: سلطة المحكم في التضييق من نطاق الدفع بالنظام العام

إذا كان القاضـي موظفـا لـدى الدولـة ومطبقـا لنظامهـا العـام، فـإن المحكـم حـر طليـق لا يشـترط أن يخضـع بنفـس المسـتوى للنظـام العـام فـي دولـة القاضـي، وبالتالـي إذا عـرض عليـه نـزاع وكان القانـون الواجـب التطبيـق فيـه مخالفـا للنظـام العـام فـي دولتـه، هـل يتوجـب عليـه أسـوة بالقاضـي أن يلتـزم بنفـس قيـود وحـدود الدفـع بالنظـام العـام كمانـع مـن تطبيـق القانـون الأجنبـي، أم لـه سـلطة تقديريـة أوسـع بحيـث يحكمـه معيـار آخـر؟

إن المحكـم ليـس مجبـرا علـى اتبـاع قانـون دولـة معنيـة أو الخضـوع لـه فـي تحديـد القانـون الواجـب التطبيـق، وهـذا مـا يميـز المحكـم عـن القاضـي[1]، ولهـذا السـبب يلجـأ المتقاضـون إلـى

(1) صادق، هشام والحداد، حفيظة السيد، مبادئ القانون الدولي الخاص، بدون طبعة، دار المطبوعات الجامعية، 2001، ص 205.

2-16 .indd 166 30/12/2019 9:54 AM

التحكيم لأنه يوفر لهم ضمانات أكبر لتطبيق القانون وتنفيذه دون هواجس مخالفة النظام العام.

والأصل أنه إذا لم يتفق الأطراف على القانون الواجب التطبيق فإن المحكم يتدخل بدوره لتحديده، إما من خلال قواعد الإسناد في مكان إجراء التحكيم، أو وفق قواعد العدالة والإنصاف إذا كان مفوضا بالصلح من قبل الأطراف ومعفيا من التحكيم بالقانون[1].

وأيا كانت طريقة تحديد القانون الواجب التطبيق، فإن للمحكم سلطة استبعاده إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة، فإذا كان التحكيم محليا[2] فإن المحكم حين تطبيق القانون الأجنبي ينبغي أن يستبعد القانون الأجنبي إذا كان مخالفا للنظام العام في دولته إذا كان حكم التحكيم سينفذ فيها[3]، وغالبا ما يكون مكان التنفيذ في التحكيم الداخلي هو ذاته مكان التحكيم.

ولكن في حالة التحكيم الدولي الذي يجري في فلسطين[4] فإن المحكم غير ملزم بإعمال الدفع بالنظام العام الوطني في مكان إجراء التحكيم، وإنما الأخذ بفكرة النظام العام الدولي[5]، تحديدا في حالات النزاع التجاري الدولي وإن كان مخالفا للنظام العام الوطني، وقد أخذ بالنظام العام الدولي في مجال التحكيم الدولي القانون الجزائري[6] واللبناني[7]

(1) الصانوري، مهند أحمد، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي في غالبية التشريعات العربية والأجنبية والاتفاقيات والمراكز الدولية، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2005، ص 137- 138.

(2) عرفت المادة 3 من قانون التحكيم الفلسطيني رقم 3 لسنة 2000 التحكيم المحلي بقولها «لغايات هذا القانون يكون التحكيم: أولاً: محلياً إذا لم يتعلق بالتجارة الدولية وكان يجري في فلسطين».

(3) شندي، يوسف، التحكيم الداخلي والدولي في ظل قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000 «دراسة مقارنة»، ط1،جامعة بيرزيت – فلسطين، 2004، ص 335، 363. وانظر قريقر، فتيحة، مرجع سابق، ص 321.

(4) أشارت المادة 3 من قانون التحكيم المحلي هو الذي يجري في فلسطين ولا يتعلق بالتجارة الدولية، وبمفهوم المخالفة فإن التحكيم الذي يتعلق بالتجارة الدولية ويجري في فلسطين يكون دوليا، خلاف التحكيم الدولي الذي يجري في فلسطين ولا يتعلق بالتجارة الدولية فهو دولي كذلك ولكن غير متعلق بالتجارة الدولية.

(5) العجلوني، ياسر محمد، التحكيم و النظام العام في القانون الأردني، مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية - المغرب، ع7، 2014، ص192.

(6) المادة 458 مكرر 17 بدلالة المادة 458 مكرر 23 من قانون الإجراءات المدنية، إذ تنص المادة الأخيرة على الحالات التي يستأنف فيها قرار التحكيم الذي يسمح بالاعتراف أو التنفيذ، ومن بين هذه الحالات « ...9- إذا كان الاعتراف أو التنفيذ مخالفا للنظام العام الدولي».

(7) تنص المادة 814 من قانون التحكيم اللبناني من قانون أصول المحاكمات المدنية الصادر بالمرسوم الاشتراعي رقم 90 لسنة 1983مع تعديلاته على أنه «... يعترف بالقرارات التحكيمية وتعطى الصيغة التنفيذية إذا اثبت الشخص الذي يتذرع بها وجودها ولم تكن مخالفة بصورة واضحة لنظام العام الدولي».

□□□□ □□□□□□□ 2-16 .indd 167 30/12/2019 9:54 AM

والفرنسي[1].

أضف إلى ذلك فيما يخص تنفيذ قرارات التحكيم وهو ما يمكن القياس فيه على الدفع بالنظام العام في التحكيم، أن الاتجاه الحديث يتمثل في الرغبة الضرورية لإنفاذ قرارات التحكيم وعدم اللجوء لفكرة النظام العام إلا في أضيق الحدود ضمانا لهدف التحكيم من السرعة والبعد عن التعقيد والتي أصبحت - ذاتها- كذلك نظاما عاما يجب مراعاته وتحديدا في النزاعات التجارية خوف طغيان النظام العام على النمو الاقتصادي والاستثمار[2].

وأما إذا كان التحكيم دوليا ويجري في فلسطين ولا يتعلق موضوعه بالتجارة الدولية[3]، فإنه يصعب تحديد النظام العام الذي تجب مراعاته، أهو النظام العام الدولي، أم النظام العام في دولة إجراء التحكيم أم النظام العام في دولة مكان التنفيذ؟

يؤيد الباحث الاتجاه القائل بأن النظام العام واجب المراعاة في هذه الحالة هو النظام العام في دولة مكان التنفيذ[4]، وذلك لأنه يكون ذا صلة بالنزاع، وهو المكان الذي ستظهر فيه آثار الحكم عملية على أرض الواقع، وملموسة من قبل المجتمع، وهو لا يتعارض مع الأخذ بالنظام العام في دولة مكان التحكيم إذا كان هو المكان المتوقع تنفيذ الحكم فيه. وهو

(1) تنص المادة 1514 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي لسنة 1981 في الكتاب الخاص بالتحكيم على أنه:

"An arbitral award shall be recognized or enforced in France if the party relying on it can prove its existence and if such recognition or enforcement is not manifestly contrary to international public policy".

(2) Sattar, Sameer, ENFORCEMENT OF ARBITRAL AWARDS AND PUBLIC POLICY: SAME CONCEPT, DIFFERENT APPROACH? , P. 5,14., available at: http://www.employmentlawalliance.com/Templates/media/files/Misc%20Documents/Enforcement-of-Arbitral-Awards-Public-Policy.pdf .

(3) نصت المادة 3 من قانون التحكيم الفلسطيني على أن «لغايات هذا القانون يكون التحكيم: ... ثانيا:دولياً إذا كان موضوعه نزاعاً يتعلق بمسألة من المسائل الاقتصادية أو التجارية أو المدنية وذلك في الأحوال الآتية: 1- إذا كانت المراكز الرئيسة لأطراف التحكيم تقع في دول مختلفة وقت إبرام اتفاق التحكيم، فإذا كان لأحد الأطراف أكثر من مركز أعمال فالعبرة بالمركز الأكثر ارتباطاً باتفاق التحكيم، أما إذا لم يكن لأحد الأطراف مركز أعمال فالعبرة بمحل إقامته المعتاد. 2- إذا كان موضوع النزاع الذي يشمله اتفاق التحكيم مرتبطاً بأكثر من دولة. 3- إذا كان المركز الرئيس لأعمال كل طرف من أطراف التحكيم يقع في نفس الدولة وقت إبرام اتفاق التحكيم وكان أحد الأماكن الآتية يقع في دولة أخرى: أ- مكان إجراء التحكيم كما عينه اتفاق التحكيم أو أشار إلى كيفية تعيينه. ب- مكان تنفيذ جانب جوهري من الالتزامات الناشئة عن العلاقة التجارية أو التعاقدية بين الأطراف. ج- المكان الأكثر ارتباطاً بموضوع النزاع ».

(4) يونس، محمود مصطفى عثمان، النظام العام والتحكيم في قضاء محكمة تمييز دبي و مدى توافقه مع الاتجاهات القضائية الحديثة، مجلة الأمن والقانون - أكاديمية شرطة دبي – الإمارات، مج 13 , ع2، 2005، ص 22 - 23.

2-16 .indd 168 30/12/2019 9:54 AM

التوجه الذي أخذت به اتفاقية عمان لعام 1987 بشأن التحكيم التجاري إذ أشارت إلى النظام العام في البلد التي يطلب فيها التنفيذ[1].

أما القول بأنه يجب مراعاة النظام العام الدولي في هذه الحالة، فرغم منطقيته إلا أنه من الصعب الاستناد إلى ضوابط وأطر تحصر النظام العام الدولي غير المتعلق بمسائل التجارة الدولية - رغم الاعتراف بوجودها قانونيا- مما يشجع الأخذ بالنظام العام في دولة التنفيذ .

ومن المهم الإشارة في هذا الصدد إلى توجه حديث فريد هو إمكانية تنفيذ حكم التحكيم ولو كان باطلا في دولة التحكيم إذا كان لا يخالف النظام العام في دولة التنفيذ[2]، وهو ما يدلل على أن النظام العام واجب المراعاة هو النظام العام في دولة التنفيذ، باعتبارها المكان الذي ستظهر آثار حكم التحكيم فيه واقعا ملموسا، وهو ما يمكن القياس عليه من فكرة استبعاد القانون الأجنبي من قبل المحكم وفق ما سلف بيانه.

وأخيرا، فإن طبيعة عمل المحكم تسمح له في حال تفويض الأطراف له أو عدم اختيارهم قانونا يحكم النزاع بأن يطبق قانونا أو قواعد قانونية يرتئيها للفصل في النزاع، وهو ما يمكن المحكم من اختيار قانون أو قواعد قانونية لا تتضمن مخالفة للنظام العام وفق الحالات المذكورة سلفا، أي قدرته في النهاية على فحص القانون الذي يختاره والتأكد من عدم مخالفته للنظام العام ليمكن تطبيقه في أكبر نطاق ممكن[3].

الفرع الثاني: تنبي التحكيم والقضاء للنظام العام التجاري الدولي في ميدان التجارة الدولية

ابتداءً تعترف المحاكم الوطنية وهيئات التحكيم بإمكانية اللجوء لقواعد وأعراف التجارة الدولية «lex mercatoria» كقانون واجب التطبيق على العقد في حالة النزاع التجاري

(1) تنص المادة 35 على أنه «تختص المحكمة العليا لدى كل دولة متعاقدة بإضفاء الصيغة التنفيذية على قرارات هيئة التحكيم ولا يجوز رفض الأمر بالتنفيذ إلا إذا كان القرار مخالفا للنظام العام».

(2) أخذت بهذا الاتجاه اتفاقية نيويورك لسنة 1958 بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية بموجب المادة 7/1 والاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري لعام 1961 بموجب المادة 9/1 بشكل أكثر وضوحا من اتفاقية نيويورك. وأخذت بهذا الاتجاه بعض الأحكام القضائية مثل قضية (Norsolor) و(Hilmarton) و(Cheromalloy)،انظر ملخص هذه الأحكام لدى كركر، جوزيف حبيب، تطبيقات النظام العام في ضوء أحكام اتفاقية نيويورك، رسالة لنيل شهادة الماجستير، الجامعة الأردنية، كلية الدراسات العليا، الأردن، 2008، ص 85 -87.

(3) انظر هذا المعنى لدى يوسفي، محمد، تعارض فكرة النظام العام والاستثناءات العامة مع تنفيذ الحكم الأجنبي في النظم المقارنة والنظام القانوني الجزائري، la contradiction del, arbitrage ... Revista Algreina 3 (Otoño 2016)، ص 102.

2-16 .indd 169 30/12/2019 9:54 AM

الدولي[1]، وهذا الأخير يحكمه نظام عام مختلف عن النزاعات الدولية غير التجارية، فالنظام العام الداخلي - بقواعده الداخلية- في تكوينه وقواعده لا يناسب هذه العقود التجارية الدولية، بل قد يكون الأخذ به مقيدا وطاغيا على أهمية العلاقات التجارية التي يحكمها القانون التجاري الدولي[2]، وقد قيل في مفهوم النظام العام الدولي أنه ما يمثل القيم العليا لمختلف المجتمعات والأنظمة القانونية التي قد تخالف النظام العام لمجتمع ما داخليا[3].

أضف إلى ذلك أن النظام العام الدولي نظرا لمسماه وطبيعته والاعتراف به من قبل عدد كبير من الدول المختلفة فإن ذلك سيضمن تنفيذ حكم التحكيم على نطاق واسع في أي دولة تعترف بالنظام العام الدولي وتتسق قوانينها الداخلية مع مقتضياته، على خلاف ما يعتقد من أن النظام العام في دولة التنفيذ حاكم على النظام العام الدولي على فرض تبني الأخير[4]، وذلك لأن القاضي أو المحكم الوطني في ميدان التجارة الدولية متى وجد القانون الواجب التطبيق غير مخالف للنظام العام الدولي يسارع بتطبيقه دون اعتبار لمخالفته النظام العام في الدولة التي سينفذ فيها[5]، ولذا يعتقد الباحث أن النظام العام واجب المراعاة في هذا الصدد هو النظام العام الدولي.

ومن القوانين التي أخذت بالنظام العام الدولي بشكل عام دون النص صراحة عليه في معرض تنظيمها لاستبعاد القانون الأجنبي القانون الدولي الخاص الفرنسي[6]، إذ لم يتطرق إلى مصطلح النظام العام الفرنسي بل نص بموجب المادة 2.4 على التالي:

"The designated foreign law is excluded by the judge if its application would lead to a situation contrary to public policy, understood as "the principles of universal justice, considered by public opinion as having absolute value. The judge applies the rules of French law instead of those

(1) دواس، أمين، نطاق تطبيق مبادئ اليونيدروا لعام 2004 على عقود التجارة الدولية، مجلة الحقوق- جامعة الكويت، 2006، ص 414.

(2) انظر في ذات المعنى محمود، سلطان عبد الله، الدفع بالنظام العام وأثره، مجلة الرافدين للحقوق، العراق، مج12،ع 43، 2010، ص 100.

(3) جميلة، بلعيد، التحكيم التجاري الدولي بين النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي، مجلة مصر المعاصرة – مصر، مج 104، ع 505، 2012، ص 421.

(4) عبد المطلب، ممدوح عبد الحميد و الدسوقي، إنعام السيد، مرجع سابق،ص 23.

(5) حمزة حداد ، بطلان حكم التحكيم لمخالفة النظام العام في القوانين العربية ، ورقة عمل مقدمة في ملتقى مكة الثاني للتحكيم 20 – 21 / 5 / 2008، المعهد العربي للتحكيم والتسويات البديلة ، الفقرة 21 .

(6) القانون متوفر على الرابط التالي: http://www.eu.europa.ec/civiljustice/law_applicable/law_applicable_fra_en.htm

2-16 .indd 170 30/12/2019 9:54 AM

of the law he has decided to exclude".

ونلاحظ بوضوح أن النص يتطلب عدم معارضة القانون الأجنبي لمبادئ العدالة العالمية التي يعتبرها الرأي العام ذات قيمة مطلقة سامية، وربما يكون القانون الفرنسي أفضل القوانين توجها في هذا الصدد، ويدل على رغبة حقيقة في التخلص من فكرة النظام العام الوطني التقليدي.

ويؤكد فقه القانون التجاري الدولي وجود نظام عام خاص بالمعاملات التجارية الدولية يجب مراعاته، وأنه يسعى لحفظ مصالح التجارة الدولية[1]، وأن القواعد المادية التي تظهر أكثر ما يكون في العلاقات التجارية الدولية هي المطبقة في هذا المجال بشرط عدم التعارض مع النظام العام الدولي الذي يحكم هذا النوع من المعاملات لخصوصيته[2].

ومما يؤكد على احترام النظام العام الدولي في مجال العلاقات التجارية الدولية وتفضيله على النظام العام الوطني ما ذهب إليه القضاء الفرنسي من تقرير صحة شرط التحكيم الوارد في عقد تجاري دولي رغم بطلان هذا الشرط إذا ورد في عقد داخلي، وكذلك تقريره صحة شروط حماية العملة النقدية في حال تغير سعر العملة في عقود التجارة الدولية رغم بطلانها مطلقا في العقود الداخلية[3]، وفي هذا الاتجاه ذهب حكم تحكيمي في نزاع تجاري دولي، إذ لجأ إلى مبادئ اليونيدروا كجزء أصيل من قانون التاجر "lex mercatoria" [4]، وحكم آخر استعان بمبادئ اليونيدروا لمعرفة ما إذا كان الالتزام بدفع الفائدة التزاما مستقلا بغض النظر عن وجود قوة قاهرة من عدمها[5]، وهو ما يعني الأخذ بالنظام العام الدولي في المعاملات التجارية الدولية.

ولذا، رغم الانتقادات التي وجهت لمسمى «النظام العام الدولي» إلا أن الدول بدأت

(1) شيعان، فراس كريم وحسن، طه كاظم، القواعد المادية للتجارة الإلكترونية (دراسة تحليلية في ضوء أحكام القانون الدولي الخاص)، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، مج8، ع2، 2016، ص322 - 323.

(2) العبودي، عباس، المناهج الجديدة في العلاقات الخاصة الدولية وأثرها في قاعدة تنازع القوانين، كلية اليرموك الجامعة، العراق، مج8، ع1، 2016، ص5.

(3) محيسن، صادق زغير، الأسانيد القانونية لتطبيق القواعد الموضوعية في الحياة الخاصة الدولية، مجلة جامعة ذي قار العلمية، العراق، مج10، ع3، 2015، ص 12.

(4) Tribunal de Contas da União, TC 007.103/2007-7, 07.12.2011, availabe at: http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=1655&step=Abstract.

(5) International Court of Arbitration of the Chamber of Industry and Commerce of the Russian Federation, 13/2007, 13.05.2008, available at: http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=1492&step=Abstract.

2-16 .indd 171 30/12/2019 9:54 AM

تأخذ به خاصة في ظل تطور العلاقات الدولية التجارية[1]، وهذه العلاقات يحكمها في كثير من الأحيان اتفاقيات دولية تجارية لها نظامها العام الذي تسمو به على القوانين الوطنية التي لا تملك تنظيما لهذه العقود والعلاقات الدولية، مما يعني إمكانية الأخذ بالنظام العام الدولي في هذا الصدد، وليس الأخذ بفكرة النظام العام الداخلي[2].

كما يمكن النظر إلى الأمر من زاوية أخرى، فنص المادة 36 من مشروع القانون المدني الفلسطيني يقول بأنه « لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام تخالف النظام العام أو الآداب في فلسطين وفي حالة المخالفة تطبق مبادئ القانون الدولي الخاص»، وإن عبارة «في فلسطين» لا تنفي الأخذ بالنظام العام الدولي، ذلك أن قواعد «lex mercatoria» يمكن تبنيها في القوانين الوطنية، عن طريق التصديق عليها لتصبح جزءا من القانون الداخلي[3]، فتنصهر في القانون الداخلي وتصبح جزءا من نظامه العام، مما يسمح بحرية أكبر في مجال العقود التجارية الدولية بدل الاعتماد على النظام العام الداخلي بمفهومه التقليدي، إذ تظل هذه القواعد التجارية الدولية رغم انصهارها في النظام العام الداخلي متمتعة بصفتها الدولية وتماشيها موضوعيا مع النزاعات التجارية الدولية.

المطلب الثالث: تلطيف آثار الدفع بالنظام العام

إذا كان ممكنا التخفيف من قيود النظام العام التقليدي من خلال ماهية وشروط النظام العام الخاص بالعلاقات الدولية، فمن الممكن كذلك التخفيف من القيود بالاستناد إلى آليات قانونية ابتدعها الفقه يمكن استخدامها كأساليب معاصرة لمكنة الدفع بالنظام العام تؤدي إلى تخفيف نتائجه .

الفرع الأول: الأثر المخفف للنظام العام والاستبعاد الجزئي للقانون الأجنبي

من أجل تضييق نطاق الدفع بالنظام العام في مواجهة القانون الأجنبي، لجأت بعض التشريعات والآراء الفقهية إلى تبني أحكام الأثر المخفف للنظام الذي يسمح بتطبيق القانون الأجنبي في حال تكون المركز القانوني الذي يحكمه القانون في الخارج، في حين امتدت فقط آثاره إلى إقليم دولة القاضي أو المحكم، إلى جانب تبني الاستبعاد الجزئي للقانون الأجنبي بعدم تطبيق الجزء المخالف للنظام العام دون الجزء غير المخالف.

(1) محيسن، صادق زغير، مرجع سابق، ص 30 .

(2) شيعان، فراس كريم، حدود سلطة المحكم في التحكيم وفقا للعدالة، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل، العراق، مج2، ع1، 2010، ص76 - 77.

(3) دواس، أمين، مرجع سابق، ص 413.

□□□□ □□□□□□□ 2-16 .indd 172 30/12/2019 9:54 AM

أولا: الأثر المخفف للنظام العام

هو ما يعرف بالاعتراف بالمركز القانوني الذي ترتب في الخارج ولكن تمتد آثاره في دولة القاضي، فيجب عندئذ التفرقة بين نشوء المركز القانوني في دولة القاضي وهو ما تتشدد فيه القوانين، ونشوء المركز خارج إقليم دولة القاضي وترتب آثاره خارجا مع امتداد آثارها داخل إقليم دولة القاضي، وهو ما تتساهل فيه القوانين، دعما وتوطيدا للعلاقات الدولية[1]، ومثاله القضية الإيرانية الفرنسية[2].

وقد أخذ القانون الدولي الخاص الفرنسي صراحة بهذا التوجه وفق المادة 2.4 بقوله في الشق الثاني من المادة:

" … consideration of public policy, which comes fully into play where the case would lead to the creation of a right in French territory, can be more flexible if it is only a question of giving effect in France to rights lawfully acquired abroad" .

ومثال ذلك أنه إذا كانت فرنسا تحظر أن يتزوج الأجانب زواجا دينيا، باعتبار أن نظام الزواج فيها مدني، فإنه إذا تم الزواج في خارج فرنسا دينيا وأراد أطرافه الاعتراف بآثاره في فرنسا، فيجيز القضاء ذلك باعتبار أن نشوء الحق تم في الخارج ولكن الذي ادعي بتطبيقه هي آثاره، وبالتالي لا مشكلة في ذلك[3].

وهو ما أخذ به القضاء الفرنسي إذ كان لا يسمح بالطلاق قبل 1884، وكان يرفض تطبيق القانون الذي يجيز التطليق في فرنسا، فرغم ذلك حكمت النقض الفرنسية بجواز احتجاج الأجانب بتطليقهم الذي تم في الخارج[4].

ثانيا: الاستبعاد الجزئي للقانون الأجنبي

إذا ثبت للقاضي أن القانون الأجنبي يخالف النظام العام مخالفة واضحة فالأصل استبعاد كل هذا القانون من التطبيق، ولكن أخذ القضاء على عاتقه التخفيف من أثر هذا الحكم بأن اتخذ نهج الاستبعاد الجزئي، بحيث يستبعد من التطبيق ذلك الجزء من القانون الأجنبي

(1) دواس، أمين، مرجع سابق، 245.

(2) See the details at Seyedi, Nasim, The Results of Public order in Private International Law, International Science and Investigation Journal, 2251 - 8576, 3(2) 2014.

(3) البلعاوي، سيف الدين، مرجع سابق، ص 262.

(4) المرجع السابق، ص 262- 263.

2-16 .indd 173 30/12/2019 9:54 AM

الذي يتعارض مع النظام العام في دولة القاضي، فلا مبرر في استبعاد كل القانون في هذه الحالة[1]، ولا يعد ذلك تعديا على رغبة المشرع الأجنبي بتطبيق قانونه برمته أو تعديا على رغبة المشرع الوطني في تطبيق القانون الأجنبي بموجب قاعد الإسناد، وذلك لأن قواعد القانون الدولي الخاص لها أحكام خاصة تفرضها طبيعة قواعد تنازع القوانين [2].

وقد نص القانون الدولي الخاص التونسي بموجب الفصل 36 على الاستبعاد الجزئي بقوله «... ولا يستبعد من القانون الأجنبي عند العمل بالنظام العام سوى أحكامه المخالفة للنظام العام في مفهوم القانون الدولي الخاص التونسي ... »، وهو توجه محمود غفلت عنه معظم التشريعات العربية بما فيها القانون الفلسطيني، وحبذا لو ينص المشرع على هذه الإضافة حسما لأي جدل قد يثار بخصوصها.

وفي هذا الاتجاه ذهبت محكمة النقض الفرنسية بقولها «ما يقضي به القانون الإسلامي المختص بعدم التوارث بين المسلم وغير المسلم أمر يصادم النظام العام الفرنسي، بيد أن مقتضيات هذا النظام تتطلب وحسب استبعاد هذا المنع المتحصل في انعدام أهلية غير المسلم أن يرث المسلم ومن غير أن يقتضي إحلال القانون الفرنسي محل القانون الأجنبي الإسلامي في شأن بيان الورثة ومراتبهم وأنصبتهم»[3]، وهو ذات اتجاه القضاء المصري[4].

(1) DE Nova, RODOLFO, NEW TRENDS IN ITALIAN PRIVATE INTERNATIONAL LAW, Law and Contemporary Problems, issue: 4, vol:28, 1963, p.821.

وعبيد، خير الدين كاظم، دور القضاء في تقنين قواعد القانون الدولي الخاص، جامعة بابل، ص 257، متوفر على الرابط: http://www.iasj.net/iasj?func=fulltext&aId=37070

(2) صادق، هشام، مركز القانون الأجنبي أمام القانون الوطني، بدون طبعة، شركة الإسكندرية للطباعة والنشر، الإسكندرية، 1967، ص441.

(3) مشار إليه لدى جلاب، أحمد حسين، النظام العام وأثره في القانون الدولي الخاص، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية – العراق، مج 9، ع28، 2016، ص 75- 76.

(4) جاء في حكم محكمة استئناف الإسكندرية أنه «ليس صحيحا أن مطلق وجود حكم في القانون الأجنبي يخالف النظام العام في مصر يترب إبطال العمل بالقانون المذكور برمته وإحلال القانون المصري محله فإن هذا المذهب ليس له في القانون المصري سند بل هو متعارض مع نص المادة 28 من القانون المدني، فالقول بغير ذلك تعطيل لغايات القانون المصري من تعيين القانون الأجنبي الواجب التطبيق لمطلق اشتمال القانون الأجنبي على حكم يخالف النظام العام والآداب، وهو الأمر الذي يعطل ما أراده المشرع الحريص على إعمال القانون الأجنبي في الحالات التي يعينها مع استثناء لا يقبل التوسع أو القياس مما قد يتعارض مع النظام العام المصري من أحكام هذا القانون »، مشار إليه لدى المرجع السابق، ص 76.

2-16 .indd 174 30/12/2019 9:54 AM

الفرع الثالث: دور مبادئ القانون الدولي الخاص في تبني المفهوم الحديث للنظام العام

بعد استبعاد القانون الأجنبي لمخالفته النظام العام، لا يجوز أن يظل النزاع معلقا، بل يجب أن يختار القاضي قانونا لحكم النزاع[1]، وتختلف الآراء في القانون واجب التطبيق[2]، إلا أن الاتجاه الأكثر شيوعا هو تطبيق قانون القاضي[3]، وهو موقف القانون الفرنسي والألماني والتونسي والجزائري إذ نصت هذه القوانين على ذلك صراحة، وسكتت بعض القوانين عن ذكر القانون المطبق بدلا عن القانون الأجنبي كالقانون الأردني والسوري والإماراتي، في حين ذهب المشرع الفلسطيني إلى اتجاه مغاير مقررا تطبيق مبادئ القانون الدولي الخاص بموجب المادة 36 موضوع الدراسة.

ورغم ما قيل في مبررات تطبيق قانون القاضي بأنه الأكثر انسجاما مع فكرة النظام العام الوطنية، وأنه يضمن عدم المخالفة لأن قانون القاضي هو المطبق[4]، إلا أن الباحث يعتقد أن قانون القاضي ليس الحل الأمثل، لأن تطبيقه يوحي بنزعة تفضيلية للقانون على سواه من القوانين ممكنة التطبيق، وادعاء أنه الأصلح والأقرب صلة للنزاع دون وجود دليل على ذلك، فقد لا تكون ثمة أية صلة أو رابطة كافية بين النزاع وقانون القاضي.

وبخصوص بمبادئ القانون الدولي الخاص فلا يوجد تعريف محدد أو حصر لهذه المبادئ، لكن مما قيل فيها أنها القواعد المتعلقة بتنازع القوانين الأكثر شيوعا من غيرها في العالم، وتختلف عن القواعد المادية في القانون الدولي الخاص، فالأخيرة تطبق دون مرور بمنهج قواعد الإسناد[5]، وقيل أنها «جملة الحلول الشائعة المستقرة في القانون المقارن على مستوى التشريع أو الفقه والقضاء أو التحكيم، يستعين بها القاضي عند غياب النص أو عدم كفايته لحكم العلاقة المشوبة بعنصر أجنبي»[6] .

(1) دواس، أمين، مرجع سابق، ص242.

(2) انظر الآراء لدى المرجع السابق، ص 243 -244.

(3) الصانوري، مهند أحمد، القانون الدولي الخاص دراسة مقارنة في تنازع القوانين، ط1، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن، 2011، ص 117- 118. عبد الحسن، ختام، موانع تطبيق القانون الأجنبي، مجلة الكلية الإسلامية الجامعة، النجف الأشرف، العراق، ع6، 2009، ص 288.

(4) جلاب، أحمد حسين، مرجع سابق، ص 77- 78.

(5) ديب، فؤاد، المحكم الدولي ونظم تنازع القوانين الوطنية، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، مج 24،ع2، 2008، ص 48.

(6) عبد الله، وسام توفيق، مبادئ القانون الدولي الخاص، مجلة الرافدين للحقوق، مج16،ع 57 لسنة 18، العراق، 2013، ص 44.

2-16 .indd 175 30/12/2019 9:54 AM

ويندرج ضمن مفهوم هذه المبادئ العادات والأعراف التجارية «lex mercatoria» التي تحكم العقد موضوعيا[1]، مما يعني أنه حسب المادة 36 من مشروع القانون المدني الفلسطيني يمكن أن تكون هذه الأعراف والعادات القانون الذي يحكم العقد موضوعيا في حال مخالفة القانون الأجنبي للنظام العام.

والحقيقة أنه يجب التنبه إلى أن هذا التوجه للمادة المذكورة يعني إمكانية الأخذ بالنظام العام الدولي وفق هذه الأعراف والعادات التجارية ابتداء لفحص مدى توافر مخالفة القانون الأجنبي للنظام العام من عدمه، فإذا كانت المادة توجب صراحة تطبيق مبادئ القانون الدولي الخاص موضوعيا لحكم النزاع، فمن باب أولى أن تسمح باعتماد هذه المبادئ ومن ضمنها قانون التاجر «lex mercatoria» كمكون من مكونات النظام العام الدولي، وبالتالي مراعاته في النزاعات التجارية الدولية، الأمر الذي يخفف من سطوة النظام العام الداخلي بشكله التقليدي ذي العلاقة بين الدولة والفرد وفق قواعد آمرة يلتزم بها الأخير.

الخاتمة:

رغم ما سعى إليه الباحث من محاولة تبيان الحلول الممكنة لتضييق استخدام النظام العام كمبرر لاستبعاد القانون الأجنبي، إلا أن الباحث يعتقد أنه بالإمكان النظر بشكل أكثر دقة في فلسفة النظام العام عموما ومدى علاقته بمعاملات القانون الدولي الخاص، بمعنى أن النظام العام إذا كان هدفه الحفاظ على القيم الأساسية العليا الدينية والسياسية والاجتماعية والاقتصادية، فإن هذه الرغبة المشروعة ينبغي أن يعاد النظر في مدى تلاؤمها مع فلسفة القانون الدولي الخاص، في ظل أفكار الحداثة والانفتاح بين الدول ومحاولة التقليل من الحواجز القانونية.

فلا يستطيع أحد أن ينكر دور النظام العام داخليا في وضع الضوابط والحدود لسلوك المجتمع، ودوره في تماشي القوانين مع الروح الجمعية، إلا أن هذا الدور ينبغي أن ينحسر في علاقات ما بعد الدولة، من أجل ضمان سلاسة العلاقات الدولية[2]، خاصة وأن تطبيق القانون الأجنبي لا يعني رضاء المجتمع ممثلا بالسلطة التشريعية عن فحوى القانون خلاف الحال في القوانين الوطنية الصادرة عن إرادة الشعب، بل هو مجرد تطبيق قانون في علاقة قانونية فيها عنصر أجنبي، لذا فإن المخاوف من مساس القانون الأجنبي بالنظام

(1) حسين، مظفر ناصر، القانون الواجب التطبيق في قرارات هيئات التحكيم الدولية، مجلة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، العراق، ع7 لسنة 2، ص 29.

(2) العبودي، عباس، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية دراسة مقارنة طبقا لأحكام القانون الدولي الخاص المقارن وأحكام القانون العراقي، بدون طبعة، دار السنهوري، بيروت، 2015،ص 212.

2-16 .indd 176 30/12/2019 9:54 AM

العام ليست مبررة من ذات المنطلق النابع من دور النظام العام في حكم العلاقات الداخلية المحكومة بقوانين وطنية بحتة.

وزد على ذلك أن دولة فلسطين أسوة بالدول العربية ليست في موقع قوة حتى تسارع إلى استدعاء مكنة الدفع بالنظام العام لاستبعاد القوانين الأجنبية، لأن الدول النامية بحاجة إلى الانفتاح اقتصاديا واجتماعيا على العالم المتقدم. وإن زيادة الحالات التي يدفع فيها بالنظام العام ستؤدي إلى انحسار العلاقات الاستثمارية كلما تمت مخالفة المبادئ الاقتصادية في القانون الوطني، وهذا ليس تصرفا حكيما يخدم المجتمع المحلي، بل يضر أضعاف ما يفيد[1].

إن الدول المتقدمة إذ تضع أحكاما متعلقة باستبعاد القانون الأجنبي لمخالفة النظام العام فهي تضعها من منطلق قوة في سبيل حفظ هيمنتها الاقتصادية والسياسية وغيرها، ولذا وإلى حين أن تكتمل عناصر قوة الدول النامية وتصبح في موقف الند، يفضل أن تلجأ إلى المرونة في النظر لفكرة الدفع بالنظام العام بالعمل على تقنينها ضمن أضيق نطاق ممكن في مواجهة القوانين الأجنبية خاصة عندما تكون هذه القوانين عربية ، بالنظر إلى اشتراكها القانوني الكبير وتماثلها الحضاري والإرث الديني الموحد إلى حد كبير، وندرة استبعادها خاصة في علاقات الأحوال الشخصية[2].

ولربما تتلاشى فكرة النظام العام قريبا في علاقات القانون الدولي الخاص في ظل أفكار الاشتراك القانوني بالمعنى الحديث التي تتطور يوما بعد يوم وفي ظل تبني نظام عالمي عبر وطني يحكم نطاقا واسعا من الدول، وذلك من منطلق انحسار دور النظام العام كلما نمت الدول وتطورت، لأنها ستلجأ إلى معيار عالمي لتحديد مضمون النظام العام وفق منظور حل النزاعات ضمن معايير عالمية[3].

وأخيرا، بعد معالجة موقف المشرع الفلسطيني خصوصا والعربي عموما من الدفع بالنظام العام لاستبعاد القانون الأجنبي، ومناقشة الآليات القانونية الممكن تطبيقها في تخفيف حدة النظام العام وفق المفهوم الحديث له في العديد من القوانين المقارنة، خلص الباحث إلى جملة من النتائج على النحو التالي.

---

(1) محمود، سلطان عبدالله، مرجع سابق، ص 100.

(2) المصري، محمد وليد، مرجع سابق، ص 257.

(3) Murphy, Kent, THE TRADITIONAL VIEW OF PUBLIC POLICY AND ORDRE PUBLIC IN PRIVATE INTERNATIONAL LAW, The Georgia Journal of International and Comparative Law, Vol: 11, Issue:3, 1981, p.601.

2-16 .indd 177 30/12/2019 9:54 AM

أولاً: النتائج

تنبغي الإشارة إلى أن المادة (36) من مشروع القانون المدني الفلسطيني في غزة لم تتضمن الأحكام الحديثة بخصوص آلية الدفع بمخالفة النظام العام لاستبعاد القانون الأجنبي، وإنما تبنت الاتجاه التقليدي في هذا الصدد، بخلاف التشريعين الفرنسي والألماني اللذين احتويا النظرية الحديثة في تضييق نطاق النظام العام لمصلحة القانون الأجنبي، بالتوازن مع ضرورة احترام قواعد النظام العام الأساسية والجوهرية الوطنية.

ويود الباحث عرض النقاط المرتبطة بتوجه المشرع الفلسطيني وكيفية الاستفادة من الاتجاه الفرنسي والألماني وذلك على النحو الآتي:

- لم يعالج المشرع الفلسطيني بموجب المادة 36 مسألة أن تعارض القانون الأجنبي مع النظام العام ذي الطابع الحمائي لا يبرر استبعاد القانون الأجنبي، خلاف موقف المشرع الألماني الذي اعتبر مجرد تعارض القانون الأجنبي مع القواعد الآمرة في القانون الألماني ليس مبررا لاستبعاد القانون الأجنبي، وبالتالي فإن النظام العام الحمائي ما هو إلا مجموعة القواعد القانونية الآمرة التي لم تصل حد تمثيل قيم المجتمع العليا التي لا تبرر استبعاد القانون الأجنبي، ويظهر تميز موقف القانون الألماني عن الفلسطيني في هذا الصدد.

- لم ينص القانون الفلسطيني على عبارة التعارض «الواضح» أو «الجوهري» مع بين القانون الأجنبي والنظام العام في فلسطين، خلاف موقف التشريعين الألماني والفرنسي، واللذان حسنا فعلا باشتراط هذه الشروط الجوهرية.

- لم يشر القانون الفلسطيني إلى ضرورة أن يكون القانون الأجنبي ذا صلة كافية بالنظام العام الفلسطيني «إقليم فلسطين» أو ما يعرف بالرابطة الكافية بين النزاع ودولة القاضي، خلاف موقف التشريعين الفرنسي والألماني اللذين تميزا في هذا الصدد.

- في ظل تبني المشرع الفلسطيني النهج التقليدي فيما يخص علاقة القانون الأجنبي بالنظام العام في دولة فلسطين، فإن اللجوء للتحكيم يشكل بديلا معقولا، بحيث يضيق من نطاق استبعاد القانون الأجنبي لمخالفة النظام العام، إذ يتمتع التحكيم بميزات مرنة تمكنه من تجاوز الدفع بالنظام العام على النحو الآتي:

1. في حالة التحكيم الدولي الذي يجري في فلسطين والمتعلق بالتجارة الدولية: يمكن الأخذ بالنظام العام الدولي والذي سيضمن تطبيق القانون بشكل أوسع لأن النظام العام الدولي الخاص بالتجارة الدولية هو نتاج جهد عالمي مشترك

2-16 .indd 178 30/12/2019 9:54 AM

في وضع القواعد القانونية والتي أصبحت نافذة رغم تعارضها مع النظام العام الدولي، وهي ما تعرف بقانون التجارة الدولية lex mercatoria.

2. في حالة التحكيم الدولي الذي يجري في فلسطين وغير المتعلق بالتجارة الدولية: إمكانية الأخذ بالنظام العام في دولة التنفيذ، وهو ما يعني عدم التقيد بالنظام العام الفلسطيني إذا كان الحكم سينفذ في دولة أخرى لا تعتبر القانون الأجنبي مخالفا للنظام العام فيها.

3. التحكيم يتيح للمحكم اختيار القانون الواجب التطبيق، كما يتيح للأطراف اختيار القانون الواجب التطبيق، وهو ما يؤدي إلى توقع القانون المختار، وبذلك الحرص على عدم تعارضه مع النظام العام في دولة التنفيذ سواء كانت دولة المحكمة أو دولة أخرى.

- إن عبارة «في فلسطين» الواردة في المادة 36 من مشروع القانون المدني لا تعني بالضرورة «النظام العام الوطني» فقط، بحيث يمكن تبني النظام العام الدولي وتحديدا في ميدان التجارة الدولية «lex mercatoria» لتصبح جزءا من النظام العام الفلسطيني من خلال دمجها في التشريعات الفلسطينية، وهو ما يعني تناغم التشريع الداخلي مع متطلبات التجارة الدولية والنظام العام التجاري الدولي، ودليل ذلك عبارة «وفي هذه الحالة تطبق مبادئ القانون الدولي الخاص»، التي تتضمن قواعد «lex mercatoria»، مما يعني وجود سند قانوني واضح يمكن من خلاله تطبيق هذه القواعد في ميدان التجارة الدولية.

- غفل المشرع الفلسطيني عن إيراد حكم الأثر المخفف للنظام العام، خلاف موقف التشريع الفرنسي، ومع أهمية النص بشكل صريح على ذلك؛ فإنه من الممكن الأخذ بهذه التوجهات قضائيا باعتبار أن هذه الأحكام باتت مستقرة كمبادئ في القانون الدولي الخاص، كما لم ينص بشكل صريح على الاستبعاد الجزئي للقانون الأجنبي في حالة تعارضه مع النظام العام في فلسطين، خلاف موقف المشرع التونسي الذي حسنا فعل بإيراد مثل هذا الحكم.

- تبنى القانون الفلسطيني بموجب المادة 36 من القانون المدني الفلسطيني تطبيق أحكام «مبادئ القانون الدولي الخاص» كقانون يطبق على النزاع في حالة استبعاد القانون الأجنبي، مخالفا الاتجاهات التشريعية الغالبة التي تتبنى تطبق قانون دولة القاضي، وحسنا فعل المشرع الفلسطيني بتبنيه هذا التوجه، لأنه يفتح الباب لتطبيق مبادئ عالمية مشتركة غير مقيدة بالأطر الوطنية، ولأن تبني هذه المبادئ يسمح بالقول باستخدامها كمعيار لمدى مخالفة القانون الأجنبي للنظام العام، باعتبار أن

□□□□ □□□□□□□ 2-16 .indd 179 30/12/2019 9:54 AM

مبادئ القانون الدولي الخاص بما أنها وفق النص تطبق بعد الاستبعاد فهي من باب أولى جزء من النظام العام الذي لا تجوز مخالفته ابتداء، فأصبحت إذن معيار لمدى مخالفة القانون للنظام العام الفلسطيني، أي تبني المشرع الفلسطيني لهذه المبادئ كجزء من النظام العام الفلسطيني.

- إن إيراد عبارة «والآداب العامة» في متن المادة (36) من مشروع القانون المدني الفلسطيني جاء تزيدا، لأن مصطلح «النظام العام» يشمل الآداب العامة.

ثانيا: التوصيات

بعد استعراض نتائج البحث، يود الباحث إيراد بعض التوصيات التي تساهم في توجه المشرع الفلسطيني إلى المفهوم الحديث للنظام العام في سياق القانون الدولي الخاص، وذلك على النحو الآتي:

- يجدر بالمشرع الفلسطيني أن يشير إلى اختلاف قواعد النظام العام الحمائي عن قواعد التطبيق المباشر بشكل صريح في صدد الدفع بالنظام العام كسبب لاستبعاد القانون الأجنبي، وذلك لإتاحة المجال للقضاء لإعمال سلطته التقديرية في تكييف العلاقات على أنها نظام عام حمائي يمكن تجاوزه وتطبيق القانون الأجنبي، عوضا عن تكييف العلاقة على أنها قواعد تطبيق مباشر ومن ثم استبعاد القانون الأجنبي بشكل فوري.

- يوصي الباحث المشرع الفلسطيني بتبني «الرابطة الكافية» بين النزاع ودولة القاضي، المتجسدة في فكرة علاقة القانون الأجنبي بالنظام العام في دولة القاضي في حالة كانت هي دولة تنفيذ الأحكام القضائية، فعدم تأثير القانون الأجنبي على النظام العام «الفلسطيني» على إقليم فلسطين الذي هو مكان بروز مخالفة النظام العام؛ لا يبرر إذن استبعاده، وعليه فالمعيار الموصى بتبنيه هو ضابط «الإقليم الذي سينفذ فيه الحكم الصادر بعد تطبيق أحكام القانون الأجنبي»، فالأصل ألا يكفي مجرد اختصاص القضاء الفلسطيني بنظر النزاع وفق قواعد الإسناد الفلسطينية، لأن ذلك لا يعني بالضرورة تنفيذ الحكم القضائي في فلسطين، ولذا، كلما اقتربت مخالفة النظام العام من إقليم دولة القاضي يصبح الدفع بالنظام العام مبررا أكثر، فإذا كان الحكم سينفذ في فلسطين فذلك مبرر قوي لاستبعاد القانون الأجنبي لعلة مخالفة النظام العام، أما إن لم يكن سينفذ في فلسطين فلا مبرر لاستبعاده.

- من أجل تفادي إشكالية فهم عبارة «في فلسطين» على أنها فقط تعني النظام العام الداخلي؛ يوصي الباحث المشرع الفلسطيني بالنص بشكل صريح وفق المادة 36

2-16 .indd 180 30/12/2019 9:54 AM

على الأخذ بالنظام العام الدولي في ميدان التجارة الدولية في حالة تعلق النزاع بأحكام التجارة الدولية، وعدم الأخذ بالنظام العام الوطني.

- يوصي الباحث المشرع الفلسطيني بالنص على اعتبار مبادئ القانون الدولي الخاص جزءا من النظام العام الذي لا تجوز مخالفته اتساقا مع تبني المشرع تطبيق هذه المبادئ بعد استبعاد القانون الأجنبي .
- يوصي الباحث المشرع الفلسطيني بحذف عبارة «الآداب العامة » لأنها زائدة، ومشمولة ضمنا بمصطلح «النظام العام».
- يوصي الباحث المشرع الفلسطيني بوضع تعريف واضح لمبادئ القانون الدولي الخاص وفق المادة 36 خوفا من تشتت واختلاف الأفهام في تفسير المعنى المقصود.
- بناء على التوصيات المذكورة يقترح الباحث صياغة جديدة لنص المادة (36) من مشروع القانون المدني الفلسطيني بحيث تحتوي ما شملته التوصيات السابقة، وذلك على النحو الآتي:

1. لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي إذا كانت هذه الأحكام تخالف المبادئ والقيم الجوهرية للنظام العام الداخلي والدولي ومبادئ القانون الدولي الخاص، وفي حالة المخالفة تطبق مبادئ القانون الدولي الخاص.
2. يشترط لإعمال أحكام الفقرة الأولى من هذه المادة أن يكون النزاع ذا صلة كافية بدولة فلسطين، ويكون النزاع ذا صلة كافية إذا كانت دولة فلسطين هي مكان تنفيذ الحكم القضائي، كما يشترط ألا تكون المخالفة مجرد تعارض بين قانون أجنبي وقواعد آمرة أو نظام عام ذي طابع حمائي. ولغايات تمييز القواعد الآمرة والنظام العام الحمائي عن قواعد التطبيق المباشر؛ لا يصار إلى تكييف النزاع أنه يمس قواعد التطبيق المباشر إلا في أضيق الحدود.
3. لغايات تطبيق أحكام الفقرة الأولى من هذه المادة؛ تقدم قواعد النظام العام الدولي على قواعد النظام الوطني في حالة التعارض، ويراعى النظام العام التجاري الدولي في النزاعات المتعلقة بالتجارة الدولية.
4. في حالة تعارض أحكام القانون الأجنبي مع المبادئ والقيم الجوهرية للنظام العام في فلسطين؛ لا يستبعد من التطبيق إلا ذلك الجزء المتعارض مع النظام العام، كما لا يتم الدفع بالنظام العام في مواجهة القانون الأجنبي الذي تكونت المراكز القانونية في ظله خارج فلسطين وامتدت آثارها في فلسطين».

2-16 .indd 181 30/12/2019 9:54 AM

قائمة المصادر والمراجع:

المصادر:

القانون المدني الفلسطيني المطبق في غزة رقم (4) لسنة 2012.

قانون المعاملات المدنية الإماراتي المعدل بالقانون الاتحادي رقم 1 لسنة 1987.

مجلة القانون الدولي الخاص التونسي لسنة 1998.

القانون الدولي الخاص الفرنسي.

القانون الدولي الخاص الألماني.

قانون التحكيم الفلسطيني رقم 3 لسنة 2000.

قانون التحكيم اللبناني رقم 83/90.

قانون الإجراءات المدنية الجزائري لسنة 2008.

قانون الإجراءات المدنية الفرنسي لسنة 1981.

مبادئ اختيار القانون المنطبق على العقود التجارية الدولية لسنة 2015.

اتفاقية عمان لعام 1987 بشأن التحكيم التجاري.

اتفاقية نيويورك لسنة 1958 بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية.

الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري لعام 1961.

المراجع العربية:

أولا: المراجع العامة

التكروري، عثمان، الوجيز في القانون الدولي الخاص، ط1، المكتبة الأكاديمية، فلسطين، 2017.

الداوودي، غالب علي، القانون الدولي الخاص - تنازع القوانين – تنازع الاختصاص القضائي الدولي- تنفيذ الأحكام الأجنبي «دراسة مقارنة»، ط2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2013.

دواس، أمين، تنازع القوانين في فلسطين « دراسة مقارنة »، دار الشروق للنشر والتوزيع، عمان، ط1، 2001.

السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1964.

شندي، يوسف، التحكيم الداخلي والدولي في ظل قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000 «دراسة مقارنة»، ط1،جامعة بيرزيت – فلسطين، 2004.

صادق، هشام والحداد، حفيظة السيد ، مبادئ القانون الدولي الخاص ،(الطبعة) دار المطبوعات الجامعية، 2001.

الصانوري، مهند أحمد، القانون الدولي الخاص دراسة مقارنة في تنازع القوانين، ط1، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن، 2011، ص -117 118.

عبد الكريم، ممدوح، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2005.

العبودي، عباس، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية دراسة مقارنة طبقا لأحكام القانون الدولي الخاص المقارن وأحكام القانون العراقي، بدون طبعة، دار السنهوري، بيروت، 2015.

2-16 .indd 182 30/12/2019 9:54 AM

المصري، محمد وليد، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص « دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي»، ط 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009.

الهداوي، حسن، القانون الدولي الخاص – تنازع القوانين- المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون «دراسة مقارنة» ط3، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2003.

ثانيا: المراجع المتخصصة

صادق، هشام، مركز القانون الأجنبي أمام القانون الوطني، بدون طبعة، شركة الإسكندرية للطباعة والنشر، الإسكندرية، 1967.

الصانوري، مهند أحمد، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي في غالبية التشريعات العربية والأجنبية والاتفاقيات والمراكز الدولية، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2005.

كصير، محمد خيري، حالات تطبيق قانون القاضي في نطاق تنازع القوانين(دراسة مقارنة)، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان،2012.

ثالثا: الرسائل والأبحاث

بلاق، محمد، قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد- تلمسان، الجزائر، 2010/2011.

الخراز، إلهام، التحيكم التجاري الدولي في إطار منهج التنازع «دراسة مقارنة»، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الدراسات العليا- جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2009.

خروبة، حمزة، موانع تطبيق القانون الأجنبي في ضوء المادة 24 من القانون المدني الجزائري(دراسة مقارنة)، رسالة لنيل شهادة الماجستير، جامعة سطيف-02- كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2013/ 2014.

زاير، فاطمة الزهراء، النظام العام في النزاعات الدولية الخاصة المتعلقة بالأحوال الشخصية، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد- تلمسان، الجزائر، 2010 - 2011.

قريقر، فتيحة، النظام العام والتحكيم التجاري الدولي، رسالة لنيل شهادة الدكتوراة، كلية الحقوق- جامعة الجزائر 1- بن يوسف بن خدة، 2016 - 2017.

كركر، جوزيف حبيب، تطبيقات النظام العام في ضوء أحكام اتفاقية نيويورك، رسالة لنيل شهادة الماجستير، الجامعة الأردنية، كلية الدراسات العليا، الأردن، 2008.

رابعا: المجلات والدوريات

الأمين، خير الدين كاظم، سلطة القاضي التقديرية في القانون الدولي الخاص، مجلة جامعة بابل، العلوم الإنسانية، العراق، ج 15، ع2، 2008.

البلعاوي، سيف الدين، النظام العام ومسألة استبعاد تطبيق القانون الأجنبي، فلسطين، بدون اسم المجلة، مج 7، ع 2، 2003.

بن عبد الله، عادل، الاعتبارات العملية للدفع بالنظام العام، مجلة المفكر، ع3، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر ، الجزائر.

جلاب، أحمد حسين، النظام العام وأثره في القانون الدولي الخاص، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية – العراق، مج 9، ع28، 2016.

□□□□ □□□□□□□ 2-16 .indd 183 30/12/2019 9:54 AM

جميلة، بلعيد، التحكيم التجاري الدولي بين النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي، مجلة مصر المعاصرة – مصر، مج 104، ع 505، 2012.

جودي، علياء سليم، تأثير النظام العام في القانون الواجب التطبيق على الزواج المختلط، رسالة لنيل شهادة الماجستير،كلية الحقوق- جامعة النهرين، العراق،2011.

حسين، مظفر ناصر، القانون الواجب التطبيق في قرارات هيئات التحكيم الدولية، مجلة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، العراق، ع7 لسنة 2.

حمزة حداد ، بطلان حكم التحكيم لمخالفة النظام العام في القوانين العربية ، ورقة عمل مقدمة في ملتقى مكة الثاني للتحكيم 20 – 21 / 5 / 2008، المعهد العربي للتحكيم والتسويات البديلة .

دواس، أمين، نطاق تطبيق مبادئ اليونيدروا لعام 2004 على عقود التجارة الدولية، مجلة الحقوق- جامعة الكويت، 2006.

شيعان، فراس كريم و حسن، طه كاظم، القواعد المادية للتجارة الالكترونية (دراسة تحليلية في ضوء أحكام القانون الدولي الخاص)، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، مج8، ع2، 2016.

شيعان، فراس كريم، حدود سلطة المحكم في التحكيم وفقا للعدالة، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل، العراق، مج2، ع1، 2010.

عبد الحسن، ختام، موانع تطبيق القانون الأجنبي، مجلة الكلية الإسلامية الجامعة، النجف الأشرف، العراق، ع6، 2009.

عبد الله ، وسام توفيق، مبادئ القانون الدولي الخاص، مجلة الرافدين للحقوق، مج16،ع 57 لسنة 18، العراق، 2013.

عبد المطلب، ممدوح عبد الحميد و الدسوقي، إنعام السيد، تأثير فكرة النظام العام على حكم التحكيم و تنفيذه: دراسة مقارنة، مجلة الأمن والقانون - أكاديمية شرطة دبي – الإمارات، مج11،ع 1، 2003.

العبودي، عباس، المناهج الجديدة في العلاقات الخاصة الدولية وأثرها على قاعدة تنازع القوانين، كلية اليرموك الجامعة، العراق، مج8، ع1، 2016.

عبيد، خير الدين كاظم، دور القضاء في تقنين قواعد القانون الدولي الخاص، جامعة بابل، ص 257، متوفر على الرابط: http://www.iasj.net/iasj?func=fulltext&aId=37070

العجلوني، ياسر محمد، التحكيم والنظام العام في القانون الأردني، مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية - المغرب، ع7، 2014.

محمود، سلطان عبد الله، الدفع بالنظام العام وأثره، مجلة الرافدين للحقوق، العراق، مج12،ع 43، 2010.

محيسن، صادق زغير، الأسانيد القانونية لتطبيق القواعد الموضوعية في الحياة الخاصة الدولية، مجلة جامعة ذي قار العلمية، العراق، مج10، ع3، 2015.

نسيغة، فيصل، النظام العام، مجلة المنتدى القانوني، الجزائر، ع5.

يوسفي، محمد، تعارض فكرة النظام العام والاستثناءات العامة مع تنفيذ الحكم الأجنبي في النظم المقارنة والنظام القانوني الجزائري، Revista Algreina 3 (Otoño 2016) ... la contradiction del, arbitrage.

يونس، محمود مصطفى عثمان، النظام العام التحكيم في قضاء محكمة تمييز دبي و مدى توافقه مع الاتجاهات القضائية الحديثة، مجلة الأمن والقانون - أكاديمية شرطة دبي – الامارات، مج 13 , ع2، 2005.

2-16 .indd 184 30/12/2019 9:54 AM

المراجع الأجنبية:

أولا: المجلات والدوريات

Chuah, Jason, Impact of Islamic Law on Commercial Sale Contracts A Private International Law Dimension in Europe, European Journal of Commercial Contract Law, (2010- 4), availableat:http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/chuah.html.

de Boer, T.M. , Unwelcome foreign law: public policy and other means to protect the fundamental values and public interests of the European Community. In A. Malatesta, S. Bariatti, & F. Pocar (Eds.), The external dimension of EC private international law in family and succession matters, 2008, available at: https://pure.uva.nl/ws/files/4158129/58767_285248.pdf .

DE Nova, RODOLFO, NEW TRENDS IN ITALIAN PRIVATE INTERNATIONAL LAW, Law and Contemporary Problems, issue: 4, vol:28, 1963.

Mills, Alex, The Dimensions of Public Policy in Private International Law, 4 Journal of Private International Law 201, 2008.

Murphy, Kent, THE TRADITIONAL VIEW OF PUBLIC POLICY AND ORDRE PUBLIC IN PRIVATE INTERNATIONAL LAW, The Georgia Journal of International and Comparative Law, Vol: 11, Issue:3, 1981.

Sattar, Sameer, ENFORCEMENT OF ARBITRAL AWARDS AND PUBLIC POLICY: SAME CONCEPT, DIFFERENT APPROACH? , available at: http://www.employmentlawalliance.com/Templates/media/files/Misc%20Documents/Enforcement-of-Arbitral-Awards-Public-Policy.pdf .

Seyedi, Nasim, The Results of Public order in Private International Law, International Science and Investigation Journal, 2251-8576, 3(2) 2014.

□□□□ □□□□□□□ 2-16 .indd 185 30/12/2019 9:54 AM

Towards Narrowing the Public Policy in Favor of Foreign Law in the Context of Private International Law: a Comparative Study

Ibrahim Khalid Yahya

College of Law - Arab American University

Jenin - Palestin

Abstract:

This paper focuses on the mechanisms used to prioritize foreign laws over the internal public order in the area of private international relations. The paper argues in favor of the theory that foreign laws should be given more weight than national public order in the context of private international law. This premise is justified by the reason that the respect of foreign laws would constitute a medium to improve foreign laws and would consolidate relations between the different legal systems. The paper's arguments are supported by a number of special justifications, and innovative mechanisms that would mitigate the idea of public order in favor of foreign laws. This is not only a theoretical analysis, but a practical embodiment of the consolidation of economic and investment relations. The study seeks to draw the attention of the Palestinian and Arab legislators to espouse the philosophy of modern public order in the international relations adopted by the private sector in foreign laws such as French and German, to make legal texts factors in the consolidation of the mechanisms under consideration.

Keywords: Foreign Law, Public Policy, Dilutive Effect of Public Policy, Partial Exclusion, Narrowing of Public Order.

2-16 .indd 186 30/12/2019 9:54 AM