جامعة واسط/كلية القانون

المرحلة الرابعة_شعبة ج_الدراسة الصباحية

القانون الدولي الخاص/

تأريخ المحاضرة:

الإثنين الموافق ١٨/٣/٢٠٢٤

أستاذ المادة/د.حيدر موسى منخي

عنوان المحاضرة:

التنازع الدولي للقوانين

المطلب الثالث:

إشكاليات تطبيق القانون الأجنبي ص٣٧٩

الفرع الأول:إعمال القانون الأجنبي:

حين يستعمل قاضي النزاع قواعد الإسناد الوطنية،وهي بدورها تمنحُ الإختصاصَ إما للقانون الوطني أو القانون الأجنبي،وعندما يتحدد فيه الإختصاص للقانون الأجنبي،ومن ثم يكون القاضي ملزماً بتطبيق القانون الأجنبي،وهذا ما يثيرُ إشكالات عدة،منها:١.إعمال القانون الأجنبي.

٢.تفسير القانون الأجنبي.

٣.الرقابة على تطبيق القانون الأجنبي.

٤.تغير القانون الأجنبي.

وسوف نتناول إشكاليةَ إعمال القانون الأجنبي في الآتي:

الفرع الأول:إعمال القانون الأجنبي

إن قاضي النزاع ملزمٌ بأن يُعملَ القانون الأجنبي،المراد تطبيقه،والقانون الأجنبي يمكن أن يكون:

أولاً.قانون مُدوّن:

ونعني به القانون المكتوب بصيغة نصوص قانونية،وهنا تثار أمام القاضي إشكاليتان،هما:

١.صعوبة فنية مادية: تتمثل في الترجمة،هذا في حالة كون القانون الأجنبي هو قانون دولة تختلف لغتها عن لغة القاضي،فالترجمة قد تكون غير دقية،ولاتعكس إرادة المشرع الأجنبي.

٢.صعوبة قانونية:وتتجلى في مدى مطابقة القانون الأجنبي لدستور دولته، هذا إذا كانت دولة القانون الأجنبي تأخذ بالرقابة على دستورية القوانين.

ثانياً.قانون غير مدون:

ونقصد به أن الدولة لا تدون الدستور بصورة نصوص مكتوبة،بل يكون دستوراً عرفياً،كما هو الحال في بريطانيا،وهنا تتجلى لنا حالتان:

١.إذا كان القانون غير المدون مصدر العرف:

فلابد لقاضي النزاع أن يتأكد من معرفة ظهور العرف بركنيه المادي والمعنوي،واستقراره،أي بقاء العمل به،وكذلك العادة يجري عليها نفس الكلام المتقدم.

٢.إذا كان القانون الأجنبي غير المدون مصدره القضاء:

فيتوجب على قاضي النزاع أن يتعرف على إن القانون الأجنبي يرى أن القضاءَ مصدرٌ رسمي،كما في بريطانيا،أو مصدر تفسيري كما هو الحال في العراق.

سؤال:

لو تعذر على قاضي النزاع التوصل إلى القانون الأجنبي،فما هو الحل؟

الجواب:

هناك اتجاهات عدة في ذلك:

الإتجاه الأول:يرى القائلون بهذا الإتجاه،بأن على القاضي أن يرفضَ الطلب

؛لأنه ليس بإمكانه التوصل إلى القانون الأجنبي،ومن ثم عليه أن يرفض النظر قي ذلك النزاع.

ويؤخذ عليه:

إن القاضي ملزمً بإحقاق الحق،والاّ ففي ذلك إنكارٌ للعدالة وترك النزاع في فراغ تشريعي.

الإتجاه الثاني:يرى أصحاب هذا الإتجاه بأنه يتوجب على القاضي تطبيق المبادئ العامة للأُمم المتمدنة.

ويؤخذ عليه:بأن تلك المبادئ لايمكن حصرها، وتحديدها ومن ثم يصعب ضبطها.

الإتجاه الثالث:ذهب أصحاب هذا الإتجاه،إلى تطبيق قاضي النزاع للقانون الأقرب لقانونه.

ويؤخذ عليه:أنه لامسوّغَ لذلك،لاسيما مع القول إن :

(القاضي ملزم بتطبيق قانونه،لا القانون الأجنبي ؛ فهو يأتمر بأوامر مشرعه،لا مشرع آخر).

الإتجاه الرابع:يرى أصحاب هذا الإتجاه،بأن على القاضي أن يطبق قانونه الوطني،وهو ما يحقق أكبر قدر ممكن من العدالة،فضلاً عما ذكرناه سابقاً،من أن القاضي ملزمٌ _كأصلٍ عام_بتطبيق قانونه الوطني،لا القانون الأجنبي.

فضلاً عن إن تطبيق القاضي لقانونه الوطني،هو قاعدة إسناد احتياطية،عند صعوبة التوصل للقانون الأجنبي.

وهذا الرأي هو الرأي الراجح.

الفرع الثاني: تفسير القانون الأجنبي

لو افترضنا أن القاضي توصل للقانون

الأجنبي ، لكنه وجد نصاً غامضاً ، أو نقصاً تشريعياً،

فالسؤال هو:هل يقوم القاضي بتفسير القانون الأجنبي طبقاً لقواعد التفسير المتبعة قانون الوطني أم تلك القواعد في القانون الأجنبي.هناك اتجاهان:

أولا.يرى بعض الفقه إن القاضي يتبع القواعد المتعلقة بتفسير القانون الواردة في قانونه.

ويؤخذ عليه:أن البيئة السياسية والإقتصادية والإجتماعية لقواعد تفسير القانون الأجنبي تختلف عن بيئة القانون الوطني.

ثانياً.يرى أصحاب هذا الإتجاه إن قاضي النزاع يعتمد على الأساليب والوسائل المتبعة قي القانون الأجنبي وهو الرأي الراجح.