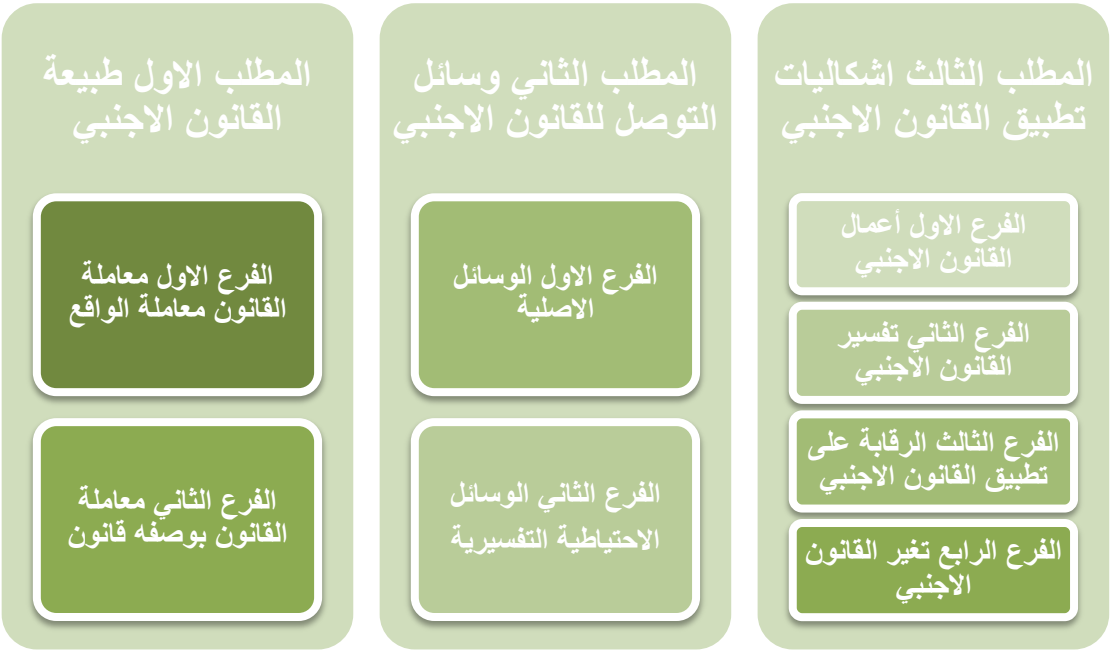
((تطبيق القاضي للقانون الاجنبي))

جامعة واسط / كلية القانون
قانون دولي خاص / المحاضرة السابعة
م.م سهام جواد كاظم



تثار في تطبيق القانون الاجنبي عدة تساؤلات تتمثل ماهي طبيعة القانون الاجنبي ؟ وماهو الحل اذا تعذر التوصل للقانون الاجنبي ؟ واذا تم التوصل للقانون الاجنبي ماهي الصعوبات التي تتعرض تطبيقه لذلك سوف تتم الاجابة عن كل هذه الاسئلة عن طريق ثلاثة مطالب وهي

المطلب الاول طبيعة القانون الاجنبي

يعرف القانون الاجنبي على أنه مجموعة القواعد القانونية المطبقة خارج دولة قاضي النزاع على أراضي دولة أجنبية سواء كانت قواعد مدونة (التشريع) أم غير مدونة (العرف ، القضاء).

- أذا كان قاضي النزاع يسند الاختصاص بموجب قواعد أسناده الى قانون أجنبي فهل يطبق هذا القانون من تلقاء نفسه أم بناء على طلب الاطراف ؟ وهل تقع مهمة البحث عن القانون لإثبات مضمونه على القاضي أم ينتقل الى الاطراف ؟
الاجابة على هذا السؤال أتجه الفقه الى أتجاهين وهما

الفرع الاول معاملة القانون معاملة الواقع

- يعامل القانون الاجنبي عند تطبيقه على أرض دولة قاضي النزاع معاملة الواقعة .

- ان القانون الذي أسند اليه الاختصاص يفقد عند عبوره الحدود الى دولة قاضي النزاع الصفة القانونية والالزامية .
- المحكمة لاتطبق القانون من تلقاء نفسها وانما بناء على طلب الخصوم .
- البحث والتحري عن القانون الاجنبي يقع على عاتق أطراف النزاع .
- تتجه الى هذا الاتجاه أغلب الدول التي تأخذ بالسوابق القضائية.

الفرع الثاني معاملة القانون بوصفه قانون

هذا الاتجاه يتفرع عنه أتجاهين هما :

الاتجاه الاول :- ان القانون الاجنبي بعد أن يتم تحديده من قبل قواعد الاسناد الوطنية يندمج معها فيصبح جزء منها ويأخذ طبيعتها وبما انها وطنية فيضحى القانون الاجنبي بفعل الاندماج وطني وبذلك يعامل القانون الاجنبي معاملة القانون الوطني .

الاتجاه الثاني :- يذهب الى عدم صحة نظرية الاندماج ويؤكد على معاملة القانون الاجنبي معاملة قانون ولكن تبقى له صفة القانون الاجنبي وهذا الرأي هو الارجح لان الفرق بين القانون الوطني والاجنبي يبقى وذلك لاختلاف السيادة التشريعية التي يصدر غنها كل منهما.

- ان القانون بموجب هذا الاتجاه يعامل معاملة القانون له الصفة الالزامية .
- ان النحكمة تطبق القانون من تلقاء نفسها وليس بناءً على طلب الخصوم
- البحث والتحري وأثبات القانون يكون من قبل المحكمة وليس أطراف النزاع .
- أعتمد المشرع العراقي الاتجاه الثاني بموجب المواد (١/١٨) و(١/١٩) و(٣٠) مدني أوردت عبارات يسري ويرجع ويتبع وهذا يعني ان الذي يسري أو يتم الرجوع اليه أو يتبع هو القانون الذي أشار اليه قواعد الاسناد.

مجموعة أسئلة مع الاجوبة

س١//ماهي طبيعة الاوامر الصادرة من منظمة دولية بالنسبة الى أعضائها؟
الجواب // أجاب الفقه عن ذلك بموجب أتجاهين الاول يذهب الى وصفها بالقوانين الوطنية طالما كانت الدولة عضو في المنظمة الدولية مشبه إياه بالمعاهدات بعد تصديقها .
الثاني يذهب الى وصفها بالقوانين الاجنبية لان شخص المنظمة مستقلة عن الشخصية الدولية للاعضاء وهذا هو الرأي الراجح .

س٢// ماهي طبيعة القوانين الصادرة عن الدولة المضمونة بالنسبة للدولة الضامة ؟
الجواب // أجاب الفقه عن ذلك بموجب اتجاهين الاول يذهب الى وصف قوانين الدولة المضمونة بالقوانين الاجنبية حتى بعد الضم في حين يذهب الاتجاه الثاني وهو الراجح الى وصفها بالقوانين الوطنية لان أقرار الدولة الضامة لها يعطيها هذا الوصف .

س٣// ماهي طبيعة قوانين الدولة الغير معترف بها أزاء الدول الاخرى؟
الجواب // يتجه الفقه فيه الى اتجاهين الاول يعاملها معاملة القوانين الاجنبية والاتجاه الثاني ينكر عليها طبيعة القوانين أصلا.

المطلب الثاني وسائل التوصل للقانون الاجنبي

يقتضي أن يحضر القانون الاجنبي من الناحية المادية أمام قاضي النزاع وعليه سوف نوضح ذلك من خلال فرعين وهما

الفرع الاول الوسائل الاصلية

وهذه الوسائل تتمثل بما يلي

١- الوثائق التحريرية الرسمية التي تتضمن نصوص القانون الاجنبي والمصدقة من قبل وزارة الخارجية في دولة القانون ودولة قاضي النزاع .

٢- نصوص القانون الاجنبي المرسلة من قبل القنصليات والسفارات التابعة لدولة القانون الاجنبي والتي تعمل على رعاية مصالحها في دولة قاضي النزاع.

الفرع الثاني الوسائل الاحتياطية المفسرة

هذه الوسائل تعويضية عن الوسائل الاصلية وتحل محلها إذا تعذر التوصل للقانون الاجنبي بواسطة الوسائل الاصلية وهي :-

١- أفادة المختصين الشفهية أو التحريرية في القوانين ذات الشأن وهي لاتنهض دليل كامل على وجود القانون الاجنبي انما قرينة بسيطة لابد من أن تعززها قرائن أخرى .

٢- دراسات القانون المقارن تشكل مع القرينة أعلاه دليل كامل يتمكن بها قاضي النزاع أستكمال قناعته على وجود القانون الاجنبي.

المطلب الثالث اشكاليات تطبيق القانون الاجنبي

الفرع الاول أعمال القانون الاجنبي

عند أعمال قاضي النزاع للقانون الاجنبي قديواجه صعوبات تختلف بحسب طبيعة اذا كان مدون أو غي مدون .

اولاً // اذا كان القانون مدون :- هناك نوعين من الصعوبات

١- **صعوبات فنية مادية** :- تتمثل في الترجمة اذا كان القانون الاجنبي قانون دولة تختلف لغتها عن لغة دولة قاضي النزاع لما ينطوي على الترجمة من صعوبة عدم دقتها وقد تفضي الى أعطاء معاني لنصوص القانون لم يقصد مشرع القانون الاجنبي ان تكون عليها أنما تقصد منها غرض أخر وفي ذلك خروج القاضي عن حدود ارادة مشرع القانون الاجنبي.

٢- **صعوبات قانونية :-** تتمثل في مدى موافقة القانون الاجنبي لدستور دولته اذا كانت دولة قاضي النزاع تأخذ بمبدأ الرقابة الدستورية على القوانين وكذلك مدى أستيفاء القانون الاجنبي لإجراءات أصداره والتي تتمثل بالتصديق والاصدار والنشر.

ثانياً // أذا كان القانون غير مدون:- ان الصعوبات تختلف بأختلاف مصدره

١- اذا كان مصدرها العرف فالصعوبة تتمثل في معرفة وقت ظهور واستقراره والحال ينسحب على العادة .

٢- اذا كان مصدره القضاء فيفترض على القاضي ان يتعرف فيما اذا كانت أحكام القضاء مصدر رسمي كما هو الحال في بريطانيا أو مصدر تفسيري كما هو الحال في العراق .

س// ماهو البديل عن القانون الاجنبي في حالة تعذر التوصل للقانون رغم بحث المحكمة أو الافراد عن القانون ؟

الجواب // لقد ظهرت عدة أتجاهات للاجابة على هذا السؤال وهي

الاتجاه الاول :- يذهب الى رفض الطلب ويؤخذ عليه أنه يؤدي الى أنكار العدالة وترك النزاع في فراغ تشريعي

الاتجاه الثاني :- يؤكد على تطبيق المبادئ العامة للامم المتمدنة ويؤخذ عليه أن تلك المبادئ يصعب ضبطها .

الاتجاه الثالث :- تطبيق القانون الاقرب لقانون قاضي النزاع .

الاتجاه الرابع :- تطبيق القاضي قانونه الوطني بوصفه صاحب الاختصاص الاحتياطي وهو الرأي الراجح لانه يحقق فرص أكبر للعدالة.

الفرع الثاني تفسير القانون الاجنبي

س//وفق اي مفاهيم يفسر القانون الاجنبي من قبل قاضي النزاع هل وفقا للمفاهيم الوطنية الواردة في قانونه أم وفقا للمفاهيم والافكار والمبادئ السائدة في دولة القانون الاجنبي ؟

الجواب //١- يذهب البعض الى أن قاضي النزاع يعمل الاساليب والوسائل المتبعة لتفسير القانون الوطني في تفسير القانون الاجنبي .

٢- يذهب البعض الاخر على أن قاضي النزاع يعتمد على الاساليب والوسائل المتبعة للتفسير الواردة في دولة القانون الاجنبي وذلك لأسباب اهمها

- يجب تفسيره وفق الاساليب والوسائل الواردة في القانون الاجنبي لانه يكون من بيئته فيقتضي تفسيره بحسب مفاهيم دولته .

- الاعمال التحضيرية التي سبقت صدور القانون والعوامل التاريخية والحاجات الاجتماعية والاقتصادية والظروف السياسية السائدة جميعها تلعب دور كبير في تشكيله بمجموعها.
- اساليب للبحث عن المقاصد الحقيقية للنصوص في ظل الغموض الذي يكتنفها .
- الاتجاه الثاني هو الصحيح لانه ينظر للقانون الاجنبي من منظور مفاهيم دولة أصداره وهي جملة ظروف واعتبارات سبقت وتزامنت مع صدوره .

الفرع الثالث الرقابة على تطبيق القانون الاجنبي

من الثابت أن هناك شروط موضوعية وشكلية يقتضي أن يستوفيها كل قانون لنفاذه بحسب دستور دولته في مواجهة المقصود بخطابه من الناحية الزمانية والمكانية .

س// هل تكون مهمة قاضي النزاع التأكد من أستيفاء القانون الاجنبي للشروط الموضوعية والشكلية لتطبيقه؟

الجواب// الدستورية الشكلية الاتجاه الراجح ذهب الى الاقرار بمسؤولية قاضي النزاع بمراقبة الدستورية الشكلية للقانون الاجنبي أي يكون قد أستوفى إجراءات اصدار شروطه الشكلية من جانب التصديق والاصدار والنشر .والقاضي يتابع الاجراءات بحسب دستور دولة القانون الاجنبي.

الدستورية الموضوعية للقانونالاجنبي تختلف فيها مسؤولية القاضي بين فرضيتين :-

أولا- الفرضية الاولى اذا كانت دولة ا لقانون الاجنبي تأخذ بمبدأ الرقابة الدستورية على القوانين فعلى قاضي النزاع مراقبة دستورية ذلك القانون أي يتأكد فيما اذا كان القانون الاجنبي قد صدر خلاف لدستور دولته فلا يطبقه واذا كان موافق لدستور دولة قاضي النزاع فأنه في هذه الحالة سوف يطبقه.

ثانيا - الفرضية الثانية أما اذا كانت دولة القانون الاجنبي لاتاخذ بمبدأ الرقابة الدستورية على القوانين فلا يجوز لقاضي النزاع ان يراقب دستورية القانون الاجنبي وان يقوم بتطبيقه اذا استوفى دستوريته الشكلية وان لم يستوفي دستوريته الموضوعية.

- على القاضي ان يرفض تطبيق الق انون الاجنبي اذا ظهرت له دلائل تشير بمخالفة القانون الاجنبي لدستور دولته لان القانون الاخير بمثابة العدم ولايصلح للتطبيق بل يكون فيه أضرار بمصلحة اطراف النزاع.
- اغلب الدول العربية تأخذ بمبدأ الرقابة الدستورية على القوانين ومنها مصر والعراق بموجب دستور ٢٠٠٥ الذي أقر بمبدأ الرقابة الدستورية للمحكمة العليا بحسب المادة (١/٩٣) الذي نص على مراقبة دستورية القوانين الشكلية والموضوعية.

الفرع الرابع تغير القانون الاجنبي

من بين الاشكاليات التي تطرح أمام قاضي النزاع هي تغيير القانون الاجنبي ويكون هذا التغيير أحد الاحتمالين :-**أولا // التغيير بفعل ارادة الافراد**

١- التغير بقصد الغش وبفعل ذلك نكون أمام مانع من موانع تطبيق القانون الاجنبي.

٢- التغير مقصود لذاته وفي هذه الحالة نكون أمام مايصطلح عليه بالتنازع المتحرك(المتغير)**مثال ذلك** لو عرضت امام قاضي النزاع العراقي قضية (تزوج عراقي من عراقية وبعد ذلك أكتسب الزوج الجنسية الفرنسية وان أثار الزواج تخضع لقانون جنسية الزوج وقت الزواج بحسب قواعد الاسناد العراقية فهنا هل يطبق القانون العراقي أم الفرنسي من قبل قاضي النزاع العراقي ؟

الجواب // أجاب الفقه في اتجاهين الاول يذهب الى فكرة الحقوق المكتسبة فتخضع أثار الزواج للقانون العراقي بوصفه قانون الدولة الذي بموجبه تكاملت عناصر الحق بالنسبة للاثار سواء كانت أثارها ماضية أم مستمرة .

الاتجاه الثاني يعتمد على مبدأ الاثر الفوري أو المباشر حيث يفرق في الحكم بين الاثار الماضية الفورية الحدوث مثل الطاعة الاخلاص وحسن المعاشرة والنفقة فتخضع للقانون السابق على تغير الجنسية وهو القانون العراقي أما الاثار المستقبلية فتخضع للقانون السائد وقت حدوثها ومنها المهر والمؤجل اذا استحق وقت سيادة قانون الجنسية اللاحق.

ذهبت أغلب التشريعات العربية الى الاتجاه الثاني حيث نصت على ضبط وقت العمل بالقوانين ومنها قانون الجنسية.

ثانياً// التغير بفعل إرادة المشرع فيكون على وضعين الاول

الاول التغير في القانون الاجنبي والثاني التغير في قاعدة الاسناد في دولة القانون الاجنبي ويمكن ان يحل الاشكال بنفس الية حل التغ ير بأرادة الشخص في الوضع السابق أي يطبق القانون القديم أو القانون الذي تشير اليه قاعدة الاسناد القديمة بالنسبة للعلاقات التي تكونت في ظلهما وكذلك ماوقع من أثار ماضية أستناداً لمبدأ الحقوق المكت سبة ويطبق القانون الجديد أو القانون المشار اليه في قاعدة الاسناد الجديدة بالنسبة للعلاقات التي تكونت في ظلهما واثارها المستقبلية أستنادا لمبدأ سريان القانون بأثر فوري ومباشر ويصطلح على التغير في قاعدة الاسناد وتغير القانون بأثرهما بالتنازع الانتقالي .

- مثال ذلك تغير قاعدة الاسناد الالمانية في عام ١٩٠٠ بخصوص مسائل الاحوال الشخصية فبعد أن كانت تقرر الاختصاص فيها لقانون الموطن أخضع الاختصاص بحسب قانون الاسناد الجديد لحساب قانون الجنسية.