المحاضرة السابعة والعشرون

تطبيق القاضي للقانون الاجنبي

عند استعمال قاضي النزاع لقواعد الاسناد الوطنية والتي بدورها تمنح الاختصاص لقانون (القانون الوطني او القانون الاجنبي) وفي الفرض الذي يتحدد فيه الاختصاص لحساب القانون الاجنبي تثار في هذا الاطار عدة تساؤلات تتمثل : 1- ما هي طبيعة القانون الاجنبي أي هل يطبق بوصفه قانون؟ 2- ما هو الحل اذا تعذر التوصل للقانون الاجنبي 3- واذا تم التوصل للقانون الاجنبي ما هي الصعوبات التي تتعرض تطبيقه هذه التساؤلات وما يتفرع عنها سوف نحاول الاجابة عليها تباعا من خلال ثلاثة مباحث.

طبيعة القانون الاجنبي

القانون الاجنبي هو مجموعة القواعد القانونية المطبقة خارج دولة قاضي لنزاع على اراضي دولة اجنبية سواء كانت قواعد مدونة (التشريع) ام غير مدونة (العرف ، القضاء)

واذا كان القاضي يسند الاختصاص بموجب قواعد اسناده الى قانون اجنبي فهل يطبق هذا القانون من تلقاء نفسه ام بناء على طلب الاطراف وهل تقع عليه مهمة البحث عنه لاثبات مضمونه ام عبء الاثبات ينتقل الى الاطراف ان الاجابة عن هذا السؤال تقتضي تحديد طبيعة القانون الاجنبي.

ولقد توزع الفقه في هذا الاطار الى اتجاهين سنعرض لهما من خلال مطلبين.

معاملة القانون معاملةالواقع

يعامل القانون الاجنبي عند تطبيقه على ارض دولة قاضي النزاع معاملة الواقعة أي ان القانون الذي اسند اليه الاختصاص يفقد عند عبوره الحدود الى دولة قاضي النزاع الصفة القانونية و الالزامية وبذلك فان المحكمة لا تطبق القانون الاجنبي من تلقاء نفسها انما بناءا على طلب الخصوم كما ان البحث عنه والتحري واثباته يقع على عاتق الخصوم لا المحكمة وقد اتجه القضاء الانكليزي الى ذلك كما كان موقف قانون اصول المحاكمات اللبناني الذي اكد على ان لا تطلب البينة على القانون اللبناني انما تطلب على لقانون الاجنبي و الى نفس المعنى ذهبت محكمة النقض المصرية عام 1955 حيث اكدت على ان القانون الاجنبي لا يعد ان يكون مجرد واقعة يتطلب اقامة البينة عليها ويتجه الى هذا المتجه اغلب القوانين التي تاخذ بالسوابق القضائية.

معاملة القانون بوصفه قانون

ويتوزع الى اتجاهين ايضا الاول يؤكد على ان القانون الاجنبي بعد ان تشير اليه قواعد الاسناد الوطنية يندمج في الاخيرة فيصبح جزء منها وياخذ طبيعتها وبما انها وطنية فيضحى القانون الاجنبي يفعل الاندماج بها وطني حيث تستقبله بعد ان تكون فارغة المضمون احكام القانون الاجنبي 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 فقواعد الاسناد تشير الى القانون الاجنبي ويطبق القاضي الاخير بصفته قانون وتبقى له الصفة الاجنبية ونعتقد ان الراي الاخير هو الارجح ذلك لان الفرق بين القانون الوطني والاجنبي يبقى حتىفي ظل تطبيق الاخير ذلك لاختلاف السيادة التشريعية التي يصدر عنها كل منهما .

ومع ذلك فان الاتجاهين الفرعين الاول و الثاني ينتهيان الى ان المحكمة تطبق القانون الاجنبي من تلقاء نفسها كما ان من واجبها البحث عنه واثباته.

وقد اتجه المشرع العراقي الى الاتجاه الاخير وهذا ما يظهر من خلال قراءة نصوص المواد التي اشارت الى قواعد الاسناد وهي المادة (18/1) و (19/1) و(30) مدني حيث اوردت عبارة يسري ويرجع ويتبع وهذا يعني ان الذي يسري او يتم الرجوع اليه او يتبع هو القانون الذي اشار اليه قواعد الاسناد.

واذا كان القانون الاجنبي مجموعة قواعد قانونية ملزمة تطبق عبر الحدود صادرة عن سيادة تشريعية لدولة اجنبية فما هي طبيعة الاوامر الصادرة من منظمة دولية بالنسبة لاعضائها؟ او القوانين الصادرة عن الدولة المضمومة بالنسبة للدولة الضامة؟ وكذلك قوانين الدولة الغير معترف بها ازاء الدول الاخرى؟ اجاب الفقه عن التساؤل الاول في اتجاهين الاول يذهب الى وصفها بالقوانين الوطنية طالما كانت الدولة عضو في المنظمة الدوليةمشبه اياها بالمعاهدات بعد تصديقها . اما الاتجاه الثاني فيذهب الى وصفها بالقاوانين الاجنبية لان شخص المنظمة مستقلة عن الشخصية الدولية للاعضاء وهذا هو الراي الراجح اما اجابة عنالسؤال الثاني فقد توزع بصدده الفقه على اتجاهين الاول يذهب الى وصف قوانين الدولة المضمومة بالقوانين الاجنبية حتى بعد الضم في حين يذهب الاتجاه الثاني وهو الراجح الى وصفها بالقوانين الوطنية لان اقرار الدولة الضامة لها يعطيها هذا الوصف اما السؤال الثالث فيتجه بشان الفقه في اتجاهين الاول يعاملها معاملة القوانين الاجنبية والاتجاه والثاني ينكر عليها طبيعة القوانين.

وسائل التوصل للقانون الاجنبي

بعد التثبت من القانون الاجنبي وغياب مانع يحول دون تطبيقه فاذا تم التعامل معه على وصف القانون فيقتضي ان يحضر امام قاضي النزاع من خلال نوعين من الوسائل هي:

 اولا : الوسائل الاصلية وتتمثل في:

1- الوثائق التحريرية الرسمية التي تتضمن نصوصه و المصدقة من قبل وزارة الخارجية في دولة القانون ودولة قاضي النزاع.

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

ثانيا : الوسائل الاحتياطية التفسرية

1- افادة المختصيين في القانون الدولي الخاص وهي لا تنهض دليل كامل على وجود القانون الاجنبي انما هي قرينة بسيطة لابد من ان تعززها قرائن اخرى .

2- دراسات القانون المقارن تشكل مع القرينة اعلاه دليل كامل يمكن بها استكمال قاضي النزاع قناعته على وجود القانون الاجنبي.

اشكاليات تطبيق القانون الاجنبي

تعترض القاضي وهو في سبيل تطبيق القانون الاجنبي اشكاليات تتمثل بما ياتي

1- اعمال القانون الاجنبي

2- تفسير القانون الاجنبي

3- الرقابة على تطبيق القانون الاجنبي

4- تغير القانون الاجنبي

1-اعمال القانون الاجنبي

عند اعمال قاضي النزاع للقانون الاجنبي قد يواجه صعوبات تختلف بحسب طبيعة القانون اذا كان مدون او غير مدون فاذا كان القانون مدون تكون الصعوبات على نوعين الاولى فنية مادية تتمثل في الترجمة اذا كان القانون الاجنبي قانون دولة تختلف في لغتها عن لغة دولة قاضي النزاع لما ينطوي على الترجمة من صعوبة عدم دقتها وقد تفضي الى اعطاء معاني لنصوص القانون لم يقصد مشرع القانون الاجنبي ان تكون عليها انما قصد منها غرض اخر وفي ذلك خروج القاضي عن حدود ارادة مشرع القانون الاجنبي.

اما النوع الثاني فتكون الصعوبات قانونية تتمثل في مدى موافقة القانون الاجنبي لدستور دولته اذا كانت الاخير تاخذ بمبدا الرقابة الدستورية على القوانين وكذلك مدى استيفاء القانون الاجنبي لاجراءات اصداره والتي تتمثل بالتصديق و الاصدار والنشر.

اما اذا كان القانون غير مدون فان الصعوبات تختلف باختلاف مصدره فاذا كان مصدره العرف فالصعوبة تتمثل في معرفة وقت ظهور واستقراره و الحال ينسحب على العادة اما اذا كان مصدره القضاء فيفترض من القاضي ان يتعرف فيما اذا كانت احكام القضاء مصدر رسمي كما هو الحال في بريطانيا او مصدر تفسيري كما هو الحال في العراق.

ومقابل ذلك قد يواجه القاضي صعوبات تتمثل في تعذر التوصل للقانون الاجنبي رغم بحث المحكمة او الافراد عن القانون، فالسؤال ما هو البديل عن القانون الاجنبي لقد ذهبت في هذا الاطار عدة اتجاهات الاول يذهب الى رفض الطلب ويؤخذ عليه انه يؤدي الى انكار العدالة وترك النزاع في فراغ تشريعي و الثاني يؤكد تطبيق المبادئ العامة للامم المتمدنة ويؤخذ عليه ان تلك المبادئ يصعب ضبطها في حين يذهب الاتجاه الثالث الى تطبيق القانون الاقرب لقانون قاضي النزاع في حين يذهب الاتجاه الرابع الى تطبيق القاضي قانونه الوطني بوصفه صاحب الاختصاص الاحتياطي وقد اكدت هذا المعنى قوانين الدول العربية ومنها القانون العراقي في المادة (1/2) من القانون المدني التي نصت على (فاذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف فاذا لم يوجد فمبقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية الاكثر ملاءمة لنصوص القانون دون التقيد بمذهب معين فاذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة )

ويذهب الراي الراجح الى ان اعتماد قاضي النزاع لقانونه يحقق فرص اكبر للعدالة.