موانع تطبيق القانون الاجنبي

(دراسة مقارنة)

الدكتور أكرم ياغي

علي اسماعيل حسين علي العلي

الجامعة الاسلامية / بيروت

المستخلص

النظام العام فكرة مرنة قابلة للتغيير والتطور حسب الزمان والمكان، وما يعتبر نظاماً عاماً في العراق اليوم لن يعتبر كذلك في المستقبل، وما يعتبر نظاماً عاماً في فرنسا لن يعتبر كذلك في العراق، وتظهر فرص الاحتجاج على النظام العام بدرجة كبيرة بين الدول المتباعدة ثقافياً، ويقل ظهورها بين الدول المتقاربة حضارياً، ويعود السبب في ذلك إلى اختلاف التراث الثقافي والقانوني بين الدول المتباعدة ثقافياً، وهذا ما يعبر عنه الفقه بغياب المشاركة القانونية بين هذه الدول، وهو ما يسمح بفرض نشوء النظام العام، وبحسب هذا التفسير، هناك حد أدنى من المشاركة القانونية بين الدول، ومتى تم خرق هذا الحد فإن ذلك يسمح بالتعارض بين القوانين، وإن كانت مسألة الخلاف بين القوانين تسمح بالتعارض ما دام الاختلاف بين القوانين في أمور ثانوية.

حيث أن العلاقة الخاصة الدولية تطرح النزاعات المتعلقة بها وتثير مسألة اختيار القانون الذي يحكمها، وقد يكون القانون قانون القاضي نفسه، أو قد يكون قانوناً أجنبياً، ويتحدد هذا القانون من خلال قاعدة أدواتية، وهي قاعدة الوسائل وقاعدة النزاع، وإن من واجب القضاء أن يرفع تطبيق هذه القاعدة من تلقاء نفسه، ولذلك فإن الالتزام هو خاصية وثيقة الصلة بقاعدة النزاع، ولا شك أن القانون الأجنبي المشار إليه هو قانون، لكن بما أنه أجنبي كان من الصعب افتراض العلم به، فيجب مراعاة ذلك.

الكلمات المفتاحية: النظام العام، القانون الاجنبي، القاضي الوطني، إثبات القانون، تنازع القوانين.

المقدمة

من موانع تطبيق القانون الأجنبي، هو الغش نحو القانون او التحايل على القانون. ويتم التحايل بتغيير ظرف الاسناد بهدف نقل الاختصاص من قانون لأخر يتفق مع رغبة الشخص ويجنبه تطبيق القواعد الآمرة للقانون المختص اصلاً.

فإذا كان قانون الجنسية لا يجيز تعدد الزوجات فيلجا الراغب بالزواج من ثانية الى تغيير جنسيته كظرف الإسناد والحصول على جنسية دولة أخرى يسمح قانونها بتعدد الزوجات، ويتزوج مستفيداً من قانون جنسيته الجديد. إذ لا يخفى بأن المشرع وهو يضع القواعد القانونية موضوعية كانت أو قواعد اسناد فإنه يجعل منها قواعد تفسيرية واخرى امرة حسب ما تتطلبه مقتضيات العدالة والمصلحة العامة والدولية.

وان جعل بعض القواعد آمرة قد لا يتفق مع المصلحة الخاصة لأفراد معينين لذلك يعمل مثل هؤلاء على تجنبها عن طريق التحايل على القانون الدولي ولا يقتصر الغش نحو القانون على قواعد القانون الدولي، بل هو عام يمكن أن يظهر في جميع فروع القانون كنتيجة حتمية للصراع بين حرية الأفراد في ترتيب علاقاتهم والاحكام القانونية الامرة التي تخالف مصالحهم الخاصة.

أولا: أهمية موضوع البحث.

حيث أنه إذا تمكن القاضي الوطني المطروح أمامه النزاع من إثبات القانون الأجنبي الواجب التطبيق بموجب قواعد الإسناد الوطنية والتعرف على مضمونه، فلا يعني ذلك أنه سيقوم بتطبيقه في جميع الأحوال، إذ عن هناك بعض الحالات ينبغي فيها على القاضي أن يستبعد تطبيق القانون الأجنبي الذي أشارت إلى اختصاصه قاعدة الإسناد في القانون القاضي، وقد توصل القضاء وكذلك التشريع في مختلف الدول إلى بعض الموانع في إطار القانون الدولي الخاص عرفت بموانع تطبيق القانون الأجنبي، وهذه الموانع في إطار القانون الدولي الخاص عرفت بموانع التطبيق.

ثانيا: إشكالية البحث.

ان موانع التطبيق في طبيعتها مجموعة من الدفوع، والتي تؤدي اثارتها والتمسك بها الى استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص بموجب قواعد الاسناد، فان السؤال الرئيسي، ما هي الدفوع بالنظام العام، وما هو الاتجاه الحديث في احتفاظ القانون الأجنبي بطبيعته؟

وبناءً على الإشكالية الرئيسية تتفرع الأسئلة التالية:

١- ما هو الدفع بالنظام العام؟

٢- ما هو الأساس القانوني للدفع بالنظام العام؟

٣- ما هي الصفة القانونية للقانون الأجنبي؟

٤- ما هي إجراءات القاضي في الاثبات؟

ثالثا: منهجية البحث.

لقد اعتمدت على المنهج التحليلي في تفسير أفكار موضوع البحث وشرحها بالتوضيح نحو التبسيط، وتحليل النصوص القانونية ذات الصلة ودراسة هذه المسألة ضمن نطاق القانون الدولي الخاص وخاصة فيما يخص القانون اللبناني والعراقي، ودراسة الاجتهادات الفقهية والقضائية مع عقد المقارنة بينهما بالأمور المستدعية لذلك، واعتمدت في البحث على المنهج المقارن حيث تمت المقارنة بين القانون العراقي واللبناني، وخاصة فيما قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني رقم (٩٠) لسنة ١٩٨٣، والقانون رقم ٤٠ في أصول المحاكمات المدنية العراقي، لسنة ١٩٥١.

رابعا: اختيار عنوان البحث:

ومع ظهور المنهج التقليدي في تنازع القوانين القائم على قاعدة التنازع المتعدية التي وصفت من بعضهم بأنها قواعد عمياء لأنها تحدد القانون الواجب التطبيق بصرف النظر عن مضمون هذا القانون، أو آثار تطبيقه على النزاع، ودون اهتمام بالأهداف السياسية والاجتماعية والاقتصادية التي يسعى المشرع الى تحقيقها فأن قانون القاضي المعروض عليه النزاع لا يستطيع الانفراد بحكم موضوع العلاقة، اذ قد تكون العلاقة أكثر ارتباطاً بأحد القوانين الاخرى المتصلة بها عن طريق أي عنصر من عناصرها، هكذا صار بالإمكان تطبيق القانون الاجنبي وفقا" لما تقرره قاعدة الاسناد في التشريع الوطني ولم يعد قانون القاضي ينفرد بتلك الخصوصية، وهذا ما دفعني لاختيار موضوع البحث.

خامسا: الاستفادة من البحث.

الاستفادة التي حصلت عليها من البحث ان مهمة إثبات القانون الأجنبي من أدق مسائل القانون الدولي الخاص حيث أنها تتمحور حول تطبيق قانون أجنبي صادر من مشرع دولة أجنبية أمام القاضي الوطني.

سادسا: تصميم البحث.

سنعتمد في تقسيم البحث على التقسيم الثنائي حيث نبدأ في المقدمة، ثم نقوم بتقسيم إلى مبحث على الشكل التالي:

١- المبحث الأول: موانع تطبيق القانون الاجنبي
- المطلب الأول: الدفع بالنظام العام
- المطلب الثاني: الأساس القانوني للدفع بالنظام العام

٢- المبحث الثاني: الاتجاه الحديث في احتفاظ القانون الأجنبي بطبيعته
- المطلب الأول: الصفة القانونية للقانون الاجنبي
- المطلب الثاني: إجراءات القاضي في الاثبات

وصولاً للخاتمة والتي تضمن أهم النتائج والاستنتاجات

المبحث الأول

موانع تطبيق القانون الأجنبي

النظام العام فكرة مرنة قابلة للتغير والتطور باختلاف الزمان والمكان فما يعد من النظام العام في العراق اليوم لا يعد كذلك في المستقبل وما يعد من النظام العام في فرنسا لا يعد كذلك في العراق. وتظهر فرص الاحتجاج بالنظام العام على درجة كبيرة بين الدول المتباعدة حضاريا ويخف ظهوره

بين الدول المتقاربة حضاريا ويعود سبب ذلك الى اختلاف الموروث الثقافي و القانوني بين الدول المتباعدة حضاريا ويعبر عن ذلك الفقيه سافيني بما يصطلح عليه بغياب الاشتراك القانوني بين هذه الدول وهو ما يسمح بفرض ظهور النظام العام وبحسب هذا التفسير هناك حد ادنى من الاشتراك القانوني بين الدول متى ما تصدع هذا الحد سيسمح ذلك بالتنافر بين القوانين رغم ان مسالة الاختلاف بين القوانين تسمح بالتنازع طالما كان الاختلاف بين القوانين في المسائل الثانوية، وبناءً عليه سنقوم بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين حيث نطرح في المطلب الأول الدفع بالنظام العام، أما في المطلب الثاني نوضح فكرة الأساس القانوني للدفع بالنظام العام.

المطلب الأول

الدفع بالنظام العام

الغرض التعريف بالدفع بالنظام العام، فإنه يتعين علينا تعرفه ثم بيان الأساس القانوني الذي يستند عليه، وتميزه عما يشتبه به من نظم قانونية أخرى، ولهذا سنقوم بتقسيم هذا المطلب الى فرعين حيث نبدأ في الفرع الأول بعنوان تعريف الدفع بالنظام العام، أما في المطلب الثاني فنقوم بشرح الأساس القانوني للدفع بالنظام العام.

تعريف الدفع بالنظام العام قبل أن نقوم بتعريف الدفع بالنظام العام، فإنه ينبغي أن نعرف النظام العام نفسه، لكي نتعرف على العلاقة القائمة بينهما، ومدى اعتماد أحدهما على الآخر، وارتباط بعضها بالبعض، وقد عرف جانب من الفقه[١] النظام العام بانه مجموعة المصالح العليا الجوهرية أو الأساسية للمجتمع، وذلك من الناحية السياسية والاجتماعية والاقتصادية والأخلاقية.

وعرف جانب آخر من الفقه[٢] قواعد النظام العام بأنها مجموعة القواعد المتعلقة بالمصالح العليا السياسية والاجتماعية والاقتصادية والأخلاقية للمجتمع، فالنظام العام يشمل كل ما يتعلق بكيان الجماعة ونظامها السياسي ومصالحها الأساسية[٣]. إلا انه وعلى الرغم من ذلك نؤيد التعريف الذي أورده أحد الفقهاء، والذي يرى فيه بأن النظام العام هو كل شيء يتضمن في جوهره حماية للمبادئ والأسس العليا السياسية والاجتماعية والاقتصادية والأخلاقية التي يقوم عليها المجتمع.

---

[١] رمضان أبو السعود، الوجيز في شرح مقدمة القانون المدني، ط١، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية ٢٠٠٩، ص١٧٨.

[٢] عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد، ج١، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، ١٩٦٧، ص٣٨١.

[٣] احمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع اصولاً ومنهجاً، ط١، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، ١٩٩٦، ص ٥٣.

فإذا كان هذا هو معنى النظام العام في كل دولة من الدول. فإنه يكون من غير الممكن أو المقبول أن يسمح القاضي الوطني بتطبيق أي قانون أجنبي يتعارض مضمونه مع النظام العام في دولته، أي مع هذه الأنواع الأربعة من المصالح العليا السائدة في دولة القاضي. ووسيلته في ذلك سوف تكون الدفع بالنظام العام.

لذلك فقد عرف جانب من فقه القانون الدولي الخاص الدفع بالنظام العام بانه أداة لاستبعاد القانون الأجنبي المختص بموجب قاعدة الإسناد الوطنية، إذا ما تعارض تطبيقه مع الأسس الجوهرية في قانون القاضي، وعرفه جانب اخر من الفقه بأنه أداة ابعاد للقانون الأجنبي المختص الذي يتضمن أحكاما تقدر المحكمة الوطنية المختصة ضرورة الامتناع عن تطبيقها، ويمكننا تعريف الدفع بالنظام العام بأنه أداة لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص عندما يصطدم بالمصالح العليا السياسية والاجتماعية والاقتصادية والأخلاقية لدولة القاضي، ويتبين لنا من هذه التعاريف وجود اختلاف واضح من النظام العام والدفع بالنظام العام، فالأول، وكما رأينا، هو مجموعة المصالح العليا التي تسود في دولة القاضي الوطني، أما الثاني فهو أداة لاستبعاد أي قانون أجنبي واجب التطبيق في دولة القاضي الوطني، إذا ما تعارض أو اصطدم مع هذه المصالح، والنظام العام كما هو معروف فكرة نسبية متغيرة، تختلف من زمان إلى آخر ومن مكان إلى آخر.

ولهذا نتفق مع ذلك الجانب من الفقه الذي يميز بين النظام العام الداخلي والنظام العام في مجال تنازع القوانين، وليس بين نظام عام داخلي ونظام عام دولي. إذ أن فكرة النظام العام الدولي لا يمكن تصورها لسببين.

الأول: هو عدم وجود سلطة عليا فوق الدول يمكنها أن تفرض مثل هذا النظام وتضع مبادئ أساسية تعترف بها معظم الدول، بل على العكس، كما ذكرنا، فإن فكرة النظام العام تختلف من مكان إلى آخر.

والثاني والأهم: آن النظام العام وطني دائما، أي يتصف بصفته الوطنية، وليس هناك نظام عام دولي ونظام عام وطني، بل كل ما في الأمر أن دور فكرة النظام العام ونطاق أعمالها يختلف في القانون الداخلي عنه في مجال القانون الدولي الخاص وبالتحديد في مجال تنازع القوانين.

فالنظام العام الداخلي، أي في مجال القانون الداخلي يعد قيدا يفرض على مبدأ سلطان الإرادة الضمان عدم الخروج الإرادي عن أحكام القواعد الآمرة. أما النظام العام في مجال القانون الخاص فهو أداة

لاستبعاد القانون الأجنبي الذي يتعارض في أسسه الجوهرية مع المصالح العليا والمبادئ السائدة في دولة القاضي[١].

المطلب الثاني

الأساس القانوني للدفع بالنظام العام

تسعى قواعد القانون الدولي الخاص إلى تحقيق التوازن بين الأنظمة القانونية الوطنية من جهة وحاجات العلاقات الخاصة الدولية من جهة أخرى، ويحقق هذا التوازن نوع من التنسيق والتعاون بين قوانين الدول المختلفة، من أجل الوصول إلى فكرة التضامن الدولي الذي تقوم عليه قواعد القانون الدولي الخاص، إن هذا التنسيق والتعاون بين قوانين الدول المختلفة يستند على افتراض وجود حد أدنى من الاشتراك القانوني بين هذه القوانين.

وتقتضي فكرة الاشتراك القانوني تقارباً في الأسس والمبادئ العامة للقوانين المتنافسة لحكم علاقة قانونية مشوبة بعنصر أجنبي. فالقاضي الوطني لا يطبق القانون الأجنبي إلا إذا توافر بينه وبين القانون الوطني اشتراك قانوني يبرر هذا التطبيق، وهذا الاشتراك القانوني بحد ذاته لا يعني عدم وجود درجة من الاختلاف بين قانون القاضي والقانون الأجنبي، إلا أنه يشترط أن لا يصل هذا الاختلاف إلى درجة الاختلاف الجذري أو الجوهري، أي بمعنى ضرورة وجود حد أدنى من الاشتراك القانوني بين القانونين. فإذا ما وصل الاختلاف بين القانونين إلى درجة الاختلاف الجذري أو الجوهري، فعندئذ نكون إزاء انعدام الاشتراك القانوني بين قانون القاضي والقانون الأجنبي الواجب التطبيق بمقتضى تعارض قواعد القانون الأجنبي واصطدامها بالمصالح العليا السياسية أو الاجتماعية أو قواعد الإسناد الوطنية، وهذا الانعدام في الاشتراك القانوني سوف يؤدي بدوره إلى الاقتصادية أو الأخلاقية المجتمع دولة القاضي المطروح أمامه النزاع، ونتيجة لذلك يكون من الضروري استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق إذا تبين للقاضي الوطني، أن قواعد هذا القانون تتعارض، بالنسبة إلى المسألة محل النزاع، في أحكامها مع أحكام القانون الوطني لتخلف شرط الاشتراك القانوني بين القانونين. إن انعدام الاشتراك القانوني بين قانون القاضي والقانون الأجنبي الواجب التطبيق والتعارض المطلق بينهما في الأساس القانوني للدفع بالنظام العام واستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق، لذلك بعد الدفع بالنظام العام كصمام أمان لحماية المصالح العليا والأسس الجوهرية التي يقوم عليها المجتمع الوطني لدولة القاضي من القوانين الأجنبية التي تتعارض أحكامها مع تلك المصالح والأسس الجوهرية السائدة في دولة القاضي، ويشبه الفقيه الألماني عمل قاعدة

[١] حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول المبادئ العامة في تنازع القوانين، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٣، ص ٤٢.

الإسناد المزدوجة الجانب بالقفز في المجهول أو في الظلام، إذ لا يمكن للقاضي أن يعرف مقدماً ما إذا كان مضمون القانون الأجنبي الواجب التطبيق بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية يتلاءم أم يتعارض مع المصالح العليا والأسس الجوهرية والقيم السائدة في مجتمع دولة القاضي لذلك كان لابد أن تتوافر لدى القاضي الوطني، وسيلة فعالة لاستبعاد القانون الأجنبي إذا هذه القيم، وخير وسيلة هي الدفع بالنظام العام.

وتفتر فكرة الدفع بالنظام العام كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي المختص من نظم قانونية أخرى، كالقواعد ذات التطبيق الضروري والإحالة من الدرجة الأولى والنظام العام الداخلي، إلا أنه وعلى الرغم من أوجه الشبه القائمة، فإنه توجد بعض الاختلافات بين الدفع بالنظام العام وبين هذه النظم القانونية، يتم إعمال الدفع بالنظام العام ضمن إطار منهج تنازع القوانين المزدوج الجانب، ويمكن للقاضي الوطني المختص أن يقرر استبعاد القانون الأجنبي الذي أشارت إليه المصالح العليا لدولة القاضي[١].

المبحث الثاني

الاتجاه الحديث في احتفاظ القانون الأجنبي بطبيعته

هذا الاتجاه الحديث خطته القضاء الفرنسي في خطى متمهلة وأحياناً مترددة، وآمنت به محكمة النقض المصرية، واعتمده صراحة قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني الجديد في المادة ١٤٢ منه.

حيث أن العلاقة الخاصة الدولية تطرح النزاعات المتعلقة بها مسألة اختيار قانون ليحكمها، قد يكون قانون القاضي نفسه وقد يكون قانوناً أجنبياً. تحديد هذا القانون يتم من خلال قاعدة أداتية، قاعدة وسيلة هي قاعدة التنازع. وكما رأينا فإن من واجب القضاء أن يثير تطبيق تلك القاعدة من تلقاء نفسه. الإلزام إذن صفة لصيقة في قاعدة التنازع. القانون الأجنبي المشار إليه هو قانون ولا شك. غير أنه لما كان أجنبياً كان من الصعب افتراض العلم به فوجب أن يؤخذ ذلك في الاعتبار، ولهذا سنقوم بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين نبدأ في المطلب الأول بعنوان الصفة القانونية للقانون الأجنبي، أما في المطلب الثاني فسنقوم بدراسة إجراءات القاضي في الإثبات.

[١] عصام الدين القصبي، القانون الدولي الخاص، ط١، جامعة المنصورة، مصر، ٢٠٠٩، ص ١٢.

المطلب الأول

الصفة القانونية للقانون الأجنبي

القضاء الفرنسي آمن بالصفة القانونية للقانون الأجنبي. فقد حكمت محكمة التمييز الفرنسية في حكمين لها في ١١، ١٨ أكتوبر ١٩٨٨ باللوم على قضاة الموضوع لأنهم لم يفصلوا في النزاعين المطروحين عليها على مقتضى القانون الأجنبي الواجب التطبيق كأثر للالتزام الواقع على عاتقهم بأن يطبقوا قاعدة التنازع. فقضاة الموضوع، كما قررت المحكمة، قد حادوا عن جادة الصواب لأنهم لم يطبقوا تلقائياً قاعدة التنازع الفرنسية، الأمر الذي استتبع تطبيقهم للقانون الفرنسي بدلاً من القانون المختص أصلاً. والمتأمل في ذلك يلحظ أن المحكمة تلزم القاضي بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي المختص دون حاجة لأن يتمسك به الخصوم.

من جانبها محكمة النقض المصرية ذهبت في ٦ فبراير ١٩٨٤ إلى أنه "إذا كان من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن التمسك بقانون أجنبي لا يعدو أن يكون مجرد واقعة يجب إقامة الليل عليها وكان مرد هذا القضاء هو الاستجابة للاعتبارات العملية التي لا يتيسر معها للقاضي الإلمام بأحكام هذا القانون، فإن مناط تطبيق هذه القاعدة أن يكون القانون الأجنبي غريباً عن القاضي، يصعب عليه الوقوف على أحكامه والوصول إلى مصادره. أما إذا كان القاضي يعلم بمضمونه أو كان علمه به مفترضاً فلا محل للتمسك بتطبيق القاعدة".

القانون اللبناني الجديد يتابع هذه التطورات ويسبق غيره في تقنينها. وفي ذلك تنص المادة ١٤٢ من قانون أصول المحاكمات الجديد على أن "إثبات مضمون القانون الأجنبي (يطلب) ممن يتمسك به ما لم يكن القاضي عالماً به".

القضاء اللبناني الحديث يكرس هذا الاتجاه. وفي ذلك تقول محكمة التمييز في حكم حديث لها "... تبقى معرفة ما إذا كان يعود لمحكمة التمييز أن تراقب صحة اختيار قضاة الأساس أحد القانونين الوطني والأجنبي من أجل تطبقه على القضية المعروضة عليها. الرد بالإيجاب أمر بديهي، صحيح أن محكمة التمييز لم تنشأ أصلاً للسهر على صحة تطبيق القانون الأجنبي. غير أن مبدأ تعليق هذا القانون يستمد من أحكام القانون الدولي الخاص التي يعتمدها القانون اللبناني؛ إذ أن الامتناع عن تطبيق القانون الأجنبي أو تطبيقه خلافاً لأحكام القانون الوطني يشكل مخالفة لهذا القانون، فلا يعتبر بالتالي مسألة واقعية وإنما مسألة قانونية خاضعة لرقابة المحكمة العليا".

تقدير هذا الاتجاه:

إن هذا الاتجاه هو الجدير بالتأييد ويضع المسألة في موضعها الصحيح للأسباب الآتية:

أولاً: إن القانون الأجنبي قانون ويتم تطبيقه في لبنان كما قرر القضاء اللبناني حتى في ظل القانون القديم استناداً إلى قاعدة التنازع الوطنية التي تنفخ فيه من روحها وتضفي عليه وصف القاعدة القانونية.

أما في القانون العراقي فقد نصت الفقرة الأولى من المادة ١٧ من القانون المدني العراقي[١] على ان القانون العراقي هو المرجع في تكييف العلاقات عندما يطلب تحديد نوع هذه العلاقات في قضية تنازع فيها القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه من بينها، وهذا يعني ان القاضي العراقي يتعين عليه ان يرجع الى القانون العراقي للتعرف على طبيعة العلاقة القانونية او المركز القانوني، لإدخالها ضمن طائفة اسناد معينة او فكرة مسندة معينة، ويتعين عليه الرجوع الى كل فرع من فروع القانون المدني والتجاري والاحوال الشخصية، وطالما ان العلاقة القانونية المطروحة امام القاضي العراقي هي علاقة مشوبة بعنصر اجنبي او ذات عنصر اجنبي، لذلك ينبغي عليه ان لا يتجاهل القوانين الأجنبية تماماً وانا عليه ان يستأنس بها.

ثانياً: كون القانون الأجنبي يحتاج إلى إثبات أمام القاضي الوطني في الفروض التي يتعذر فيها على القاضي الإلمام به، ذلك أن القاضي لا يفترض فيه العلم به أمر لا ينزع عن هذا القانون صفته الوطنية.

ودلالة الأسباب التالية أن الواقعة المادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات بما فيها الإقرار واليمين، بينما القانون الأجنبي لا يقبل الإثبات بمقتضى هاتين الوسيلتين خاصة، بالإضافة إلى أن الأفراد يطرحون الوقائع، والقاضي يطبق عليها حكم القانون. فإن قلنا بأن القانون الأجنبي هو مجرد واقعة لكان معنى ذلك أن القاضي يطبق واقعة على وقائع وهو ما لا معنى له.

وعدم إثبات الواقعة يستتبع رد الدعوى، أما عدم إثبات القانون الأجنبي فيستتبع تطبيق قانون القاضي بما له من اختصاص احتياطي عام. وهذا الحل قرره صراحة القانون اللبناني في الفقرة الأخيرة من المادة ١٤٢ بقوله " إذا تعذر إثبات مضمون القانون الأجنبي فعلى القاضي أن يحكم وفقاً للقانون اللبناني".

[١] ينظر نص المادة ١٧ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.

المطلب الثاني

إجراءات القاضي في الاثبات

حيث أن القاضي يلتزم في الدعوى بالعناصر الواقعية كما حددها أو اتفق عليها الخصوم. عكس ذلك فإن اتفاق الخصوم على تفسير معين للقانون الأجنبي لا يلزم المحكمة. وفي ذلك تقول محكمة التمييز اللبنانية إنه وعلى "فرض أن الفريقين اتفقا على تفسير واحد لبعض مواد القانون المدني اليوناني أو أن تفسير أحدهما لتلك المواد لم يعترض عليه الآخر فإن المحكمة غير مضطرة لاتباع هذا التفسير الذي بفرض أنهما اتفقا عليه فقد يحمل كل فريق فريقاً آخر على الاعتقاد بصحة تفسير خاطئ للمواد القانونية دون أن يتأتى عن هذا الاعتقاد المشترك المغلوط حتمية اشتراك المحكمة به. فالمحكمة تأخذ دائماً بالتفسير الصحيح أو الذي تراه صحيحاً بمعزل عن رأي الفريقين به".

واستعانة القاضي الوطني بالخصوم في إثبات مضمون القانون الأجنبي لا يغير من طبيعته وكونه قانوناً بمعنى الكلمة. فالوضع هنا قريب الشبه بالمعاملة التي يلقاها العرف ومن غير أن ينفي أحد عنه وصف القاعدة القانونية. "فمن المسلم به أن العرف يرتكز في أصله إلى عادة قديمة بطيئة التكوين لا تتحرر من الغموض في بعض الفروض، ومن هنا كان من المتعذر افتراض علم القاضي بالعرف علماً كاملاً مساوياً لعلمه بالتشريع، الأمر الذي كان جائزاً معه للقاضي أن يطلب إثباته من الخصم الذي يتمسك به متى لم يكن لدى القاضي العلم الكافي بهذا العرف. وللخصم هذا – من جهة أخرى – أن يثبت وجود العرف ومضمونه سعياً منه هو ودون دعوة من القاضي. ويتم ذلك كله دون أن ينال من طبيعة العرف بوصفه قاعدة قانونية".

في مادة تنازع القضاء، وبالتحديد فيما يتعلق بالاختصاص الدولي، فإن قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني، كما الأنظمة القانونية الأخرى، يتضمن قواعد عامة تتناول تنظيم هذا النوع من الاختصاص، بالإضافة إلى هذه القواعد العامة هناك أوضاع استثنائية يمتنع فيها على المحاكم اللبنانية رؤية بعض النزاعات التي يكون طرفاً فيها دولةٍ أجنبية أو دبلوماسي أجنبي أو رئيس دولة أجنبية، وبناءً عليه سنقوم بدراسة القواعد العامة للاختصاص الدولية، والقواعد الاستثنائية للاختصاص الدولي

قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني أفرد فصلاً خاصاً لتنظيم القواعد العامة للاختصاص الدولي اللبناني، وهو الفصل الثاني من الباب الثاني المتعلق بالاختصاص[١]، والقوانين العربية المختلفة أفردت أيضا أحكاماً عامة تتعلق بهذا النوع من الاختصاص[٢]أما في فرنسا فإن القواعد العامة للاختصاص الدولي نظمها الاجتهاد انطلاقاً من نص المادتين ١٤ و١٥ من القانون المدني الفرنسي. والنظام الفرنسي يستند في الحقيقة

[١] المواد ٧٤-٨٠ من المرسوم الاشتراعي اللبناني رقم ٩٠ تاريخ ١٩٨٣/٩/١٦.

[٢] المواد ٣-١٠ من قانون المحاكمات السوري، والمواد ٢٨-٣٥ من قانون المرافعات المصري، والمزيد من التفاصيل حول القواعد العربية، في موسوعة أول المحاكمات للأستاذ أدوار عيد، ج٢، المجلد الثاني، ص١١.

إلى نظرة قديمة مبنية على جنسية المتقاضي: فالمحاكم الفرنسية هي صالحة للنظر في نزاع كلما كان أحد فرقاء هذا النزاع فرنسياً، باستثناء حالة العقارات. وقد لاحظ البعض أن مسألة تنازع القضاء لم تكن موضع اهتمام من قبل الفقه في القانون القديم، فلا نجد في المؤلفات القديمة أية إشارة إلى هذه المسألة.

وبناءً عليه سنقوم بدراسة قواعد الاختصاص الدولي في الفرع الأول، أما في الفرع الثاني سنقوم بدراسة طبيعة قواعد الاختصاص الدوي.

وفي قواعد الاختصاص الدولي تنص قانون أصول المحاكمات المدنية في المادة ٧٤ منه على أن الاختصاص الدولي للمحاكم اللبنانية يخضع مبدئياً للأحكام المتعلقة بالاختصاص الداخلي دون تمييز بين لبناني وأجنبي، وهذا يعني ان القانون اللبناني لا يميز بالنسبة لحق التقاضي أمام المحاكم اللبنانية بين اللبنانيين والأجانب، وهذا ما كرسته المادة ٧ من القانون المشار إليه أعلاه التي أعطت حق الادعاء وحق الدفاع لكل شخص طبيعي أو معنوي، لبناني، أو اجنبي، فكلما أنه يحق لكل لبناني أن يقيم دعوى على أجنبي أمام المحاكم اللبنانية، فإن الحق نفسه معطى للأجانب تجاه اللبنانيين[١]، ويوجد حالتين:

١- الحالة العامة: المحاكم اللبنانية تكون مختصة للنظر في مسائل الأحوال الشخصية إذا كان أصحاب العلاقة من اللبنانيين (المادة ٧٥)، وذلك عملاً بمبدأ الصلاحية الشاملة المعطاة للمحاكم اللبنانية لبت نزاعات المواطنين اللبنانيين وهذا الاختصاص للمحاكم اللبنانية عادة ما يكون في مسائل الجنسية، الأهلية وقيود سجلات الأحوال الشخصية.

٢- الحالات الخاصة: القانون اللبناني يعطي الاختصاص للمحاكم اللبنانية في بعض الحالات الخاصة المتعلقة بالأحوال الشخصية. وهذه الحالات هي:

أ- الدعوى التي يكون موضوعها تسليم الصغير إلى من له حق ضمه إليه إذا كان الأول موجودة في لبنان أو كان الثاني مقيم فيه (المادة٧٨ فقرة ٣ محاكمات مدنية). فالعبرة في الحالتين ليس جنسية الفريقين في الدعوى أو أحدهما وإنما محل إقامة أو وجود أحدهما في لبنان.

ب-الدعوى التي يكون موضوعها متعلقة «بنسب القاصر أو بالولاية أو بالوصاية عليه أو بالولاية على مال شخص مطلوب الحجر عليه أو مساعدته قضائياً، وكان القاصر أو المطلوب حجره أو مساعدته قضائياً في لبنان المادة ٧٨ فقرة ٤ محاكمات مدنية). وهنا أيضا المعيار الذي يستند إليه القانون اللبناني لانعقاد اختصاص المحاكم اللبنانية هو معيار إقليمي وليس شخصية، وبغض النظر عن جنسية المتداعين. فالاختصاص مرتبط بحماية مصالح القاصر أو ناقص الأهلية أو فاقدها إذا كان موجودة في لبنان.

[١] القيد الوحيد على هذه الحرية هو ما ورد في الماد ٦١ من قانون أصول المحاكمات الجزائية وهو وجوب تقديم كفالة من قبل المدعي الشخصي الأجنبي.

ت–الدعوى التي يكون موضوعها «معارضة عقد زواج يراد إبرامه في لبنان» (مادة ٧٨ فقرة ٥ محاكمات مدنية). معارضة عقد الزواج قد تحصل عندما يعترض ذو صفة ومصلحة على إبرام عقد زواج في لبنان لعدم توافر شروط هذا الزواج. كعدم الأهلية أو وجود مانع ارتباط أحد الخاطبين بزواج سابق أو قيام قرابة مانعة بينهما).

الخاتمة

نستنتج أنه يتمثل بإحلال قانون القاضي محل القانون الاجنبي وتعتمد طبيعة هذا الاثر على طبيعة الاثر الاستبعادية فاذا حصل الاثر الثاني بصورة كلية سينسحب على الاثر الحلولي بصورة كلية واذا تم بصورة جزئية يكون الاثر الحلول بصورة جزئية أي ان الاستبعاد الكلي لأحكام القانون الاجنبي يقابله حلول كلي لأحكام قانون القاضي و الاستبعاد الجزئي لأحكام القانون الاجنبي يقابله حلول جزئي لأحكام قانون القاضي، مثال الحلول الكلي اذا كان القانون الواجب التطبيق يقر بيع التركات المستقبلية الزواج بين المحارم يستبعد هنا كليا اذا كان مخالف للنظام العام للدولة قاضي النزاع ويحل قاضي النزاع محل القانون المستبعد كليا قانونه الوطني، اما الحلول الجزئي فيتحقق عندما يقرر القانون الواجب التطبيق بعض اثار الزواج تتعارض مع النظام العام لدولة قاضي النزاع فهنا سوف يستبعد القانون الاول جزئياً ويحل القاضي محله احكام قانونه وهنا سوف يطبق القانون الاجنبي جزئياً كما يطبق قانون القاضي جزئياً في الاثار أي ان القانونين سيطبقان جزئياً.

وتعتبر مهمة إثبات القانون الأجنبي من أدق مسائل القانون الدولي الخاص حيث أنها تتمحور حول تطبيق قانون أجنبي صادر من مشرع دولة أجنبية أمام القاضي الوطني، ونقترح أنه يجب التفرقة بين الواقعة محل النزاع والقاعدة القانونية التي يطبقها القاضي على هذه الواقعة، فالأولى يتكفل الخصوم بإثباتها، أما الثانية فهي من اختصاص القاضي حيث يقوم من تلقاء نفسه بالبحث عنها ثم تطبيقها.

حيث إن الفقه والقضاء المقارن الحديث وبالرغم من الجدل الذي دار قديماً حول الطبيعة القانونية لإثبات القانون الأجنبي يرى أنه يجب أن يحتفظ القانون الأجنبي بطبيعته القانونية.

المصادر

١. احمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع اصولاً ومنهجاً، ط١، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، ١٩٩٦.

٢. حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول المبادئ العامة في تنازع القوانين، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٣.

٣. رمضان أبو السعود، الوجيز في شرح مقدمة القانون المدني، ط١، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية ٢٠٠٩.

٤. عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد، ج١، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، ١٩٦٧.

٥. عصام الدين القصبي، القانون الدولي الخاص، ط١، جامعة المنصورة، مصر، ٢٠٠٩.

٦. قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي.

٧. قانون المحاكمات السوري.

٨. القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.

٩. قانون المرافعات المصري.

١٠. المرسوم الاشتراعي اللبناني رقم ٩٠ تاريخ ١٩٨٣/٩/١٦.

١١. موسوعة أول المحاكمات للأستاذ أدوار عيد، ج٢، المجلد الثاني، ص١١.