المحاضرة الثامنة

موانع أو أسباب تعطيل تطبيق القانون الأجنبي في العراق

قبل البدء بتوضيح الموانع لابد من معرفة ما هو القانون الأجنبي ؟

القانون الأجنبي :- هو قانون غير وطني يصدر من جهة تشريعية مختصة في دولة أجنبية .

ولذلك على القاضي قبل أن يطبق القانون الأجنبي يجب أن يرجع الى تفسير هذا القانون , فاذا وجد ان هذا القانون يتعارض مع المسائل والمفاهيم الوطنية، فانه يمتنع عن تطبيقه، ويرجع الى تطبيق أو إخضاع المسألة لأحكام القانون الوطني (قانون دولة النزاع), ودولة النزاع هي الجهة المعروضة أمامها المسألة القانونية , وقاضي النزاع هو القاضي الذي يمثل القضاء في هذه الدولة , والقضاء هو المؤسسة التي تهدف لحماية الحقوق .

موانع تطبيق القانون الاجنبي

اولاً :- النظام العام

تعريف النظام العام: لم يرد في القانون العراقي تعريف للنظام العام , ومن خلال الرجوع الى المادة (32) من القانون المدني العراقي, نجد مفهوم يبين معنى النظام العام , مضمونها (يمنع تطبيق القانون الاجنبي المختص اذا كانت احكامه تتعارض مع فكرة النظام) وقد أكد المشرع العراقي على ذلك .

حيث ان عبء تفسير القانون الاجنبي يقع على القاضي , اي بمعنى اذا وجد في فحواه هناك تعارض مع المفاهيم الوطنية , بدون تردد سيرفض تطبيق القانون الاجنبي ويرجع الى قانون دولة النزاع .

ومن خلال ما تقدم يمكن تعريف النظام العام بأنه " **سلاح للدفاع ضد أي قانون أجنبي يتعارض في فحواه للمفاهيم الوطنية** "

الفرق بين النظام العام والنظام الداخلي

النظام الداخلي في القانون الدولي الخاص أيضاً لم يرد فيه تعريف من قبل المشرع العراقي، ولكن عند الرجوع الى المادة 130/اولاً وثانياً من القانون المدني العراقي نجد ان المشرع العراقي أوجب أن يكون محل الالتزام غير ممنوع قانوناً، وغير مخالف للنظام العام والآداب والا كان العقد باطلاً .

ويعتبر من النظام العام بوجه خاص الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية كالأهلية والميراث , والاحكام المتعلقة بالانتقال والاجراءات اللازمة للتصرف في الوقف والعقار والتصرف في مال المحجور ومال الوقف ومال الدولة وقوانين التسعير الجبري وسائر القوانين التي تصدر لحاجة المستهلكين في الظروف الاستثنائية .

- **اوجه التشابه والاختلاف بين النظام العام والنظام الداخلي : -**

أولاً : أوجه التشابه بينهما:-

1- هدفهما واحد وهو حماية المجتمع ومصالحه الوطنية.

2- التمسك بكل منهما يكون في داخل الدولة .

3- الاعتراض بهما يكون بنفس الشكل امام المحكمة المرفوع امامها النزاع , وعن طريق الدفع بالنظام العام, وتحرك من قبل المدعى عليه ويحق للقاضي التمسك بهما من تلقاء نفسه .

فضلاً عن ذلك يجوز إثارة الدفع بالنظام العام الداخلي بأي مرحلة من مراحل الدعوى وليس بمقدور أطراف العلاقة التنازل عن التمسك به .

ثانياً : أوجه الاختلاف بينهما :-

1- من حيث الاعتراض:- يكون الدفع بالنظام العام الداخلي بشأن علاقة وطنية من كل جوانبها , أي تكون جميع عناصر العلاقة وطنية (الاطراف , الموضوع , السبب) . بينما النظام العام بشكل عام الذي هو أوسع من النظام الداخلي بحيث يشمل كل المجالات الاقتصادية والثقافية والسياسية والاجتماعية, وغيرها من المجالات الأخرى, ويصبح الدفع به بخصوص علاقة مشوبة بعنصر أجنبي أي يكون أحد عناصرها أعلاه أجنبي أو ذات طابع دولي .

2- من حيث الوظيفة :- يكون هدفهم واحد ولكن وظيفتهما مختلفة باعتبار ان النظام العام الداخلي يستخدم للحيلولة دون الخروج الارادي عن الاحكام والقواعد الآمرة ، بينما النظام العام الدولي يستخدم لمنع تطبيق القانون الاجنبي في العراق حينما يكون متعارضاً مع المفاهيم الوطنية للدولة.

3- من حيث الآثار :- في النظام العام الداخلي اذا كان محل العقد ممنوع قانونا يكون العقد باطل، أما في النظام العام في القانون الدولي الخاص يؤدي الى منع تطبيق القانون الاجنبي الذي اشارت له قواعد التنازع ويحل محله قانون آخر .

ثانيا :- الغش نحو القانون:- وفقاً لقاعدة (ما بني على باطل فهو باطل) نجد أن الاحتيال والغش له وجود في كل فروع القانون، لذلك فإن الغش في القانون الدولي الخاص، هو أن يسلك الشخص هذا الطريق نحو القانون من خلال قيامه بعمل أو تعديل إرادي بخلق أو اصطناع ظروف معينة تؤدي الى تغيير قواعد الاسناد الخاصة بالجنسية والموطن ومحل وجود المال ومحل إبرام التصرف لغرض التهرب من تطبيق القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية ، واستبداله بقانون آخر بدلا عنه .

مثال ذلك :-

(أميرة فرنسية في أواسط القرن التاسع عشر في بداية ظهور التطبيقات الفعلية للقانون الدولي الخاص، زوجها أيضا أمير فرنسي، أرادت الطلاق منه فرفض ذلك، فأرادت ذلك رغم رفضه، وبما أن القانون الفرنسي لا يسمح بالطلاق، فقد ذهبت الى إحدى الدويلات الموجودة في ألمانيا، وحصلت على الجنسية الألمانية الذي يسمح لها بالطلا ق، فأقامت دعوى الطلاق على زوجها الامير الفرنسي، وتم تطليقها، ومن ثم تزوجت من أمير الماني، فقام زوجها السابق باستخدام الطريق القانوني وهو أن القانون الفرنسي لا يسمح بالطلاق ، وهي

استعملت نظام الغش بالقانون (استبدلت قانون بقانون من خلال كسبها الجنسية الألمانية) وطعن بموضوع الطلاق والزواج معاً، فالمحكمة الفرنسية (قاضي دولة النزاع) وحصل على حكم من المحكمة الفرنسية ببطلان الطلاق وبطلان الزواج الثاني، وكسب الامير الفرنسي الدعوى واستعاد زوجته الاميرة .

شروط الدفع بالغش نحو القانون :-

1- يجب أن يكون هناك تغيير إرادي في ضابط الاسناد أو بالعنصر المادي , كما في المثال السابق .
2- يجب أن تكون هناك نية الغش عند الشخص المتحايل أو الذي يخلق حالة ويصطنع حالة لها ظروف معينة تؤدي الى تغيير قاعدة الاسناد .
3- يجب ان تكون القاعدة المتحايل عليها من القواعد الآمرة .

ثالثاً :- المصلحة الوطنية :- وهي المانع الثالث من موانع تطبيق القانون الاجنبي , فالكل يهدف لتحقيق المصلحة الوطنية العليا ويضعها فوق كل اعتبار (المصلحة العامة).

وعندما تحصل مسائل قانونية بمعنى تصرفات قانونية , مالية أو تجارية ومحل إبرامها في العراق وتدخل بجانب المصلحة الوطنية, بحيث تمنع تطبيق قانون الجنسية في الاهلية حمايةً لاستقرار المعاملات في الأسواق التجارية, ويطبق بدلاً عنها قانون دولة النزاع .

شروط العمل بالمصلحة الوطنية :-

1- يجب أن يكون التصرف موضوع النزاع تصرفاً مالياً أو تجارياً تم إبرام عقده في العراق .
2- يجب أن يكون أحد الطرفين أجنبي وناقص الاهلية في قانون جنسيته, وكامل الاهلية في القانون العراقي .
3- يجب أن يكون نقص الأهلية يعود لسبب فيه خفاء بحيث لا يسهل على الطرف الآخر معرفته.

آثار المصلحة الوطنية :-

1- منع تطبيق قانون الجنسية بشأن أهلية الأجنبي ناقص الأهلية .
2- معاملته معاملة كامل الأهلية طالما انه كان كذلك بموجب قانون قاضي دولة النزاع .
3- يعتبر العقد الصادر عنه نافذ ويلتزم به .
4- يطبق بدلا من قانون جنسية ناقص الاهلية قانون قاضي دولة النزاع , طالما انه أصبح كامل الأهلية بموجبه .

موانع خاصة لتطبيق القانون الأجنبي

فضلاً عن الموانع العامة التي أوردناها سلفاً، واستقرت عليها أحكام القضاء، والتي تعتبر من الحالات التي بسببها يمتنع القاضي الوطني عن تطبيق القانون الأجنبي، والذي أشارت له قاعدة الأسناد، على المسألة القانونية ذات الطبيعة الدولية، والمعروضة أمامه، حيث تجدر الاشارة بأن بعض الفقه أشار الى وجود موانع أخرى تُعَد من قبيل الموانع الخاصة، والتي تمكن القاضي الوطني باستبعاد تطبيق القانون الأجنبي، سنعرض عنها على النحو الآتي:

1- استبعاده اذا كان صادراً من دولة غير معترَف بسيادتها من قبل دولته، ودول أخرى.

2- استبعاده في حالة الدفع بعدم دستوريته، بمعنى إنه لا يتوافق مع دستور الدولة التي صدر منها القانون الأجنبي.

3- استبعاده لتعارضه مع معاهدة دولية مصادق عليها من قبل دولته.

4- استبعاده لاستحالة التعرف على أحكامه.