معاملة القانون الأجنبي
أمام القضاء البحريني
" دراسة مقارنة في ضوء التوجهات الفقهية والقضائية المعاصرة في القانون الدولي الخاص "

الدكتور
حسام أسامة شعبان
أستاذ مساعد القانون الدولي الخاص
جامعة المملكة - البحرين

تمهيد وتقسيم:

لطالما ثار الخلاف بشأن سلطة القاضي الوطني في تطبيق القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد، فهل يعامله معاملة القانون الوطني بحيث يفترض به العلم بأحكامه دون حاجة لتدخل من جانب الخصوم لاثبات نصوصه، أم أن هذا القانون يفقد صفته الالزامية أمام القاضي الوطني لأنه قانون أجنبي، وبالتالي يتحول إلى مجرد وقائع يجب على الخصوم اثباتها.

ويبدو أن اعادة طرح هذه الاشكالية مرة أخرى بعد أن سبق للفقه والقضاء حسمها في كثير من الدول، هو صدور القانون البحريني رقم ٦ لسنة ٢٠١٥ بشأن تنازع القوانين في المسائل المدنية والتجارية، ذلك القانون الذي طرح معاملة جديدة للقانون الأجنبي تختلف تماماً عما سبق وأقرته المحاكم المصرية، بينما تختلف قليلاً عن موقف المحاكم الفرنسية، وهو ما سنبينه بالتفصيل لاحقاً.

فقد نصت المادة ٦ من القانون المشار اليه سابقاً على أنه " أ- يجب على أطراف النزاع تقديم نصوص القانون الواجب التطبيق، فإذا لم تقدم نصوص ذلك القانون جاز اعتبار القانون البحريني هو الواجب التطبيق. ب- يجوز لأطراف النزاع أن يقدموا أمام الجهة التي تنظر النزاع مايؤيد دفاعهم أو دفوعهم من أحكام قضائية و أراء فقهية حول نصوص القانون الواجب التطبيق . ج- على الجهة التي تنظر النزاع أن تراعي مبادئ تطبيق وتفسير القانون الواجب التطبيق، إذا كان أطراف النزاع قد قدموا تلك المبادئ. د- في حالة اختلاف أطراف النزاع حول مضمون القانون الواجب التطبيق، يجب على الجهة التي تنظر النزاع أن تحدد القانون الواجب التطبيق قبل التصدي لموضوع النزاع ". لذا يثور التساؤل حول المعاملة التي قررها المشرع البحريني للقانون الأجنبي وفقاً لنص هذه المادة.

ويتضمن البحث في المعاملة التي يلقاها القانون الأجنبي أمام القاضي البحريني، كافة السلطات التي تمنح للقاضي بخصوص هذا القانون، وذلك بدءً من تطبيق قاعدة الاسناد التي ستشير إلى القانون الأجنبي المختص، وانتهاءً بعبء اثبات القانون الأجنبي الذي قد يقع على عاتق الخصوم أو يفترض علم القاضي به دون حاجة لاثبات، وعلى هذا النحو يتعين علينا أولاً أن نبحث في أول سلطة للقاضي في عملية تطبيق القانون الأجنبي ألا وهي سلطته في تطبيق قاعدة الإسناد، فهل يلزم القاضي البحريني بتطبيق قاعدة الإسناد من تلقاء

نفسه بمجرد الكشف عن دولية العلاقة محل النزاع، أم أن القاضي البحريني لا يلزم بتطبيق تلك القاعدة من تلقاء نفسه بل يجب عليه أن ينتظر تمسك الخصوم بها حتى يطبقها، وهذا كله سوف ندرسه في المبحث الأول تحت عنوان إلزامية قاعدة الإسناد في القانون الدولي الخاص البحريني والمقارن.

أما المبحث الذي يليه فسوف نتعرض فيه لدراسة السلطة الثانية للقاضي بخصوص تطبيق القانون الأجنبي ألا وهي سلطته في تطبيق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه (افتراض علم القاضي بمضمون القانون الأجنبي)، أو على العكس إلقاء عبء إثبات القانون الأجنبي على عاتق الخصوم، وهذا المبحث الثاني سوف يكون تحت عنوان اثبات القانون الأجنبي أمام القاضي البحريني.

وبذلك تنقسم دراستنا على النحو التالي:

المبحث الأول: مدى إلزامية قاعدة الإسناد في القانون الدولي الخاص المقارن و البحريني

المبحث الثاني: إثبات مضمون القانون الأجنبي أمام القاضي البحريني

المبحث الأول

مدى إلزامية قاعدة الإسناد

في القانون الدولي الخاص المقارن والبحريني

ثار الخلاف قديماً حول مدى إلزامية قاعدة الإسناد بالنسبة للقاضي الوطني، فهل يلتزم بتطبيقها من تلقاء نفسه، أم يتعين عليه أن ينتظر تمسك أحد الأطراف بالقانون الأجنبي المشار إليه بمقتضاها ومن ثم يطبقها، وقد انقسم موقف الفقه والقضاء بخصوص هذه الإشكالية إلى فريقين، الأول ويرى أن القاضي ملزم بتطبيق قاعدة الإسناد من تلقاء نفسه دون حاجة لتمسك أحد الخصوم بتطبيق القانون الأجنبي[1]، والثاني ويرى أن قاعدة الإسناد يتوقف تطبيقها على تمسك الخصوم أو أحدهم بتطبيق القانون الأجنبي المسند إليه، ومن ثم يتعين على القاضي أن يطبق قانونه الوطني طالما لم يدفع أحد الخصوم بتطبيق قاعدة الإسناد، وهذا هو الاتجاه الذي تقوده محكمة النقض الفرنسية[2]، وسوف نعرض هنا للاتجاهين السابقين لنبين الموقف الذي تبناه المشرع البحريني في النهاية.

المطلب الأول:الاتجاهات الفقهية والقضائية بخصوص مسألة إلزامية قاعدة الإسناد

المطلب الثاني: موقف المشرع البحريني بخصوص مسألة إلزامية قاعدة الإسناد.

---

[1] راجع في عرض تلك الاتجاهات الدكتور هشام صادق: المطول في القانون الدولي الخاص، الجزء الأول تنازع القوانين، دار الفكر الجامعي، ص٤١٠

[2] انظر في ذلك:

Loussouarn (Y), Bourel (P), Pascal de Vareilles-Sommières: Droit international privé, DALLOZ, ٢٠١٣, p٣٣٠ et s

وراجع أيضاً:

Bureau (D) : L'application d'office de la loi étrangère, Essai de synthése, Clunet, ١٩٩٩, p٣١٧ et s

وراجع أيضاً:

Lequette (Y): L'abandon de la jurisprudence Bisbal à propos des arrêts de la première chamber civile des ١١ et ١٨ Octobre ١٩٨٨, Rev.Crit.DIP, ١٩٩٩, p٢٧٧ et s

المطلب الأول

الاتجاهات الفقهية والقضائية

بخصوص مسألة إلزامية قاعدة الإسناد

بدأت محكمة النقض الفرنسية أولاً في بحث إشكالية تطبيق القاضي لقاعدة الإسناد الوطنية من تلقاء نفسه، فاتجهت في بادئ الأمر إلى أن القاضي الوطني غير ملزم بتطبيق قاعدة الإسناد من تلقاء نفسه طالما لم يتمسك بها أحد الخصوم، واستندوا في ذلك إلى عدم تعلق تلك القاعدة بالنظام العام[١]، وفي مرحلة لاحقة على ذلك اعترفت محكمة النقض الفرنسية بأنه ليس كل قواعد الاسناد تتعلق بالنظام العام، وأن هناك فارق بين قواعد الاسناد المرتبطة بالحقوق القابلة للتصرف فيها، وبين تلك المتعلقة بالحقوق غير القابلة للتصرف فيها، فتلك الأخيرة فقط هي التي تكون فيها قاعدة الاسناد ملزمة للقاضي لأنها تتعلق بالنظام العام[٢]، بينما يذهب اتجاه فقهي أخير إلى أن قاعدة الإسناد هي قاعدة قانونية وطنية تظل ملزمة دائماً للقاضي، ويجب عليه تطبيقها بغض النظر عن تمسك الخصوم بها من عدمه[٣].

وعلى ذلك سوف نستعرض الاتجاهات السابقة في الفروع التالية :

الفرع الأول : القاضي الوطني غير ملزم بتطبيق كافة قواعد الاسناد من تلقاء نفسه استناداً إلى عدم تعلقها بالنظام العام.

الفرع الثاني: القاضي الوطني ملزم بتطبيق قاعدة الاسناد من تلقاء نفسه إذا كانت المسألة محل النزاع من الحقوق غير القابلة للتصرف فيها **Droit Indisponible**

---

[١] انظر في ذلك :

Gutman* (D) : *Droit international privé, ٢ème édition, DALLOZ, Paris, ٢٠٠٠, p ٧٩

[٢] راجع :

Lequette (Y): les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, ٤ème édition, DALLOZ, Paris, ٢٠٠١،٧٣٤-٧٣٦

[٣] انظر الدكتور هشام صادق: المرجع السابق، وراجع كذلك رسالته للدكتوراة مركز القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، جامعة الاسكندرية، ١٩٦٨، الفقرة رقم ١٤٦ ومابعدها

الفرع الثالث: إلزام القاضي الوطني بتطبيق كافة قواعد الإسناد من تلقاء نفسه ودون أن يتوقف ذلك على أي مسلك من جانب الخصوم

الفرع الأول

القاضي الوطني غير ملزم بتطبيق كافة قواعد الاسناد من تلقاء نفسه نظراً لعدم تعلقها بالنظام العام

تواتر القضاء الفرنسي في البداية على عدم إلزام القاضي بتطبيق قاعدة الإسناد من تلقاء نفسه وانتظار تمسك أحد الخصوم بالقانون الأجنبي واثباته حتى يطبق القاضي تلك القاعدة، وقد فهم الفقه في حينها أن المحاكم الفرنسية تعامل القانون الأجنبي معاملة الوقائع وليس القانون، وعليه فهي تنتظر تمسك الخصوم به واثباته أمامها حتى تبدأ في إعمال قاعدة الإسناد التي أشارت إليه[1].

وقد اختلفت تبريرات المحاكم الفرنسية بشأن الاتجاه السابق على النحو التالي:

فقد أصدرت محكمة النقض الفرنسية حكماً تاريخياً في عام ١٩٥٩ في قضية تعرف بإسم قضية **Bisbal**، ذهبت فيه إلى رفض الطعن الذي نعى على محكمة الموضوع عدم تطبيقها التلقائي للقانون الأسباني المختص بمقتضى قواعد الإسناد الفرنسية، وقد بررت المحكمة رفضها للطعن بأن " قواعد الإسناد الفرنسية لا تتعلق بالنظام العام على الأقل حين تشير باختصاص القانون الأجنبي، بمعنى أن على الخصوم التمسك بتطبيق هذا القانون، وعلى ذلك فلا ينعى على محكمة الموضوع عدم تطبيقها للقانون الأجنبي من تلقاء نفسها، ورجوعها إلى القانون الفرنسي الداخلي الذي له الصلاحية لحكم كافة علاقات

---

[1] انظر في ذلك الدكتور هشام صادق: مركز القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، مرجع سابق، فقرة ٨٨ ومابعدها، وراجع أيضاً:

Loussouarn (Y), Bourel (P), Pascal de Vareilles-Sommières: op.cit, p ٣٢٨ et s

القانون الخاص"[1].

وقد حاول الفقه أن يحلل الحكم السابق لاستبيان الأسس القانونية التي جعلت محكمة النقض الفرنسية تؤكد الاتجاه المستقر للقضاء الفرنسي، والذي يقوم على عدم إلزام القاضي بتطبيق قاعدة الإسناد من تلقاء نفسه والانتظار حتى يتمسك الخصوم بالقانون الأجنبي المسند إليه، خاصة وأن الحكم ابتعد عن تماماً عن الأفكار الأولى التي اعتد بها الفقه الفرنسي، من اعتبار القانون الأجنبي مجرد واقعة يجب على الخصوم اثباتها.

وبداية استند البعض إلى أن حكم المحكمة قد بني على أن قواعد الإسناد الفرنسية لا تتعلق بالنظام العام، وبالتالي فكأنها أرادت أن تقول أن هذه القواعد هي قواعد مكملة وليست آمرة، أي أن تطبيقها متوقف على إرادة الخصوم، والذين يملكون الاتفاق - ولو ضمنياً- على استبعاد حكم قاعدة الإسناد والاكتفاء بتطبيق القانون الوطني[2].

على أن جانب من الفقه قد عارض الاتجاه السابق استناداً إلى أنه لا يمكن إطلاق حكماً عاماً على كافة قواعد الإسناد بأنها غير متعلقة بالنظام العام، ذلك أن موقف المشرع في تحديد القانون الواجب التطبيق في قاعدة الإسناد يكشف عن توجهات القاعدة القانونية الوطنية في تحديد أقرب قانون صلة بالنزاع المعني، وعلى ذلك فالصحيح أن تعلق أو عدم تعلق قاعدة الإسناد بالنظام العام هو أمر يرتبط بالفكرة المسندة التي تخاطبها القاعدة، فإن كانت متعلقة بمسألة هامة تخص المجتمع مثل الزواج تصبح متعلقة بالنظام العام، أما إن كانت تمس مسائل مرتبطة بالمصالح الخاصة مثل العقود الدولية أو المسئولية غير التعاقدية فهي لا تتعلق بالنظام العام[3].

---

[1] راجع :

Lequette (Y): L'abandon de la jurisprudence Bisbal a propos des arrest de la première chamber civile des ١١ et ١٨ Octobre ١٩٨٨, Op.cit, p ٢٧٧ et s

وانظر أيضاً في التعليق على هذا الحكم الدكتور هشام صادق، المرجع السابق، ص ٣٣٠

[2] راجع :

Gutman (D) : Op.cit, p ٨١ et s

[3] انظر الدكتور هشام صادق: مركز القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، مرجع سابق، فقرة ١١٥ ومابعدها.

ولعل ما يؤيد الرأي السابق أن المحكمة قد وضحت في عباراتها أن قاعدة الإسناد تعتبر غير متعلقة بالنظام العام إذا أشارت فقط إلى قانون أجنبي، أما إذا أشارت إلى القانون الوطني فهي تتعلق بالنظام العام، وهذا ما يؤكد سلامة الرأي السابق، فالمحكمة لم تكن تضع حكماً عاماً على قواعد الإسناد بأنها غير متعلقة بالنظام العام، وإنما مشكلتها اقتصرت فقط على قاعدة الاسناد التي تشير إلى القانون الأجنبي.

ولذلك فقد ذهب البعض إلى أن حكم محكمة النقض الفرنسية قد جعل من قاعدة الإسناد قاعدة غير ملزمة[1]، وهو أمر يختلف عن القاعدة المكملة، فتلك الأخيرة يطبقها القاضي من تلقاء نفسه طالما لم يجد اتفاقاً بين الخصوم يخالفها، أما قاعدة الإسناد فقد أصبحت بمقتضى هذا الحكم قاعدة لايلزم القاضي بتطبيقها من تلقاء نفسه، حتى لو لم يجد اتفاقاً بين الخصوم يخص تطبيقها من عدمه، وهو الأمر الذي قد يجعل منها قاعدة مهملة أو غير ملزمة، ولذلك فقد اتجه الفقه الغالب في كل من فرنسا ومصر إلى إلزام القاضي بتطبيق قاعدة الإسناد من تلقاء نفسه[2].

وبهذه المثابة، لا يمكن وصف كافة قواعد الاسناد بأنها قواعد غير متعلقة بالنظام العام، وإنما الأمر يتوقف على طبيعة المسألة المتنازع عليها، وما إذا كانت مسألة مرتبطة بالنظام العام أم لا، ولعل هذه الانتقادات أدت إلى تغيير القضاء الفرنسي لاتجاهه السابق على النحو التالي.

---

[1] انظر:

Loussouarn (Y), Bourel (P), Pascal de Vareilles-Sommières: Op.cit. p ٣٣٠ et s

[2] راجع في عرض أراء الفقه المصري والفرنسي الدكتور هشام صادق: المطول في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص٤٢٠ ومابعدها. وراجع أيضاً كتابنا الوجيز في القانون الدولي الخاص البحريني، جامعة المملكة، ٢٠١٦، ص٨٦

الفرع الثاني

القاضي الوطني ملزم بتطبيق قاعدة الاسناد من تلقاء نفسه إذا كانت المسألة محل النزاع من الحقوق غير القابلة للتصرف فيها *Droit Indisponible*

في قضية شهيرة تعرف باسم قضية ***AMERFORD***، ذهبت محكمة النقض الفرنسية في ١٦ نوفمبر ١٩٩٣ إلى التمييز بين نوعين من الحقوق، وهما الحقوق القابلة للتصرف فيها وهي المواد التي يكون للأطراف حرية التصرف فيها سواء بالتنازل أو البيع او الهبة، مثل منازعات العقود والمسئولية التقصيرية ومعظم المعاملات المالية، وبين الحقوق الغير قابلة للتصرف فيها وهي المواد المتعلقة بالأحوال الشخصية كالأهلية وحالة الأشخاص، والزواج والطلاق والميراث ومعظم مسائل قانون الأسرة[١].

فقد أقرت المحكمة مبدأ التزام القاضي بتطبيق قاعدة الاسناد من تلقاء نفسه بالنسبة للنوع الأخير فقط من الحقوق أي الحقوق الغير قابلة للتصرف فيها، ويبدو أن السبب في ذلك هو تعلق تلك الحقوق بالنظام العام، أما إذا كانت الحقوق قابلة للتصرف فيها، فهي حقوق غير متعلقة بالنظام العام، وبالتالي فلن يطبق القاضي الفرنسي قاعدة الاسناد من تلقاء نفسه فيها، بل سيطبق القانون الفرنسي مباشرة طالما لم يتمسك أحد الخصوم بتطبيق القانون الأجنبي.

وقد تحولت التفرقة التي أقامتها المحكمة بين الحقوق القابلة للتصرف فيها والأخرى غير القابلة للتصرف فيها إلى اتجاه مستقر في أحكام محكمة النقض الفرنسية حتى الآن، وبذلك سيلتزم القاضي بتطبيق قاعدة الاسناد من تلقاء نفسه في كافة منازعات الأسرة من طلاق وزواج ونسب باعتبارها من الحقوق غير القابلة للتصرف فيها، بينما لن يطبق قاعدة الاسناد من تلقاء نفسه في مسائل العقود ودعاوى المسئولية التقصيرية، باعتبارها من الحقوق القابلة للتصرف فيها[٢].

---

[١] راجع في ذلك:

Lequette (Y): les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, Op.cit, p٧٣٤-٧٣٦

[٢] انظر:

وانتقد جانب من الفقه الفرنسي وبحق الاتجاه السابق، حيث يرى بعضهم أن معيار قابلية الحقوق للتصرف فيها، هو معيار لا علاقة له بآلية تطبيق قاعدة الإسناد كقاعدة قانونية منتمية لقانون القاضي، فهل هي ملزمة أم غير ملزمة له؟ بمعنى آخر لماذا تصبح ملزمة للقاضي في الحقوق غير القابلة للتصرف فيها، وغير ملزمة له في الحقوق القابلة للتصرف فيها، والحال أن كلاهما اكتسب الطابع الدولي الذي يبرر تطبيق قاعدة الإسناد، وكيف يمكن مع وجود الطابع الدولي للنزاع أن يهمل القاضي الوطني تطبيق قاعدة الإسناد بالنسبة للحقوق القابلة للتصرف فيها[1].

وعلى هذا النحو لا يفسر معيار قابلية الحقوق للتصرف فيها التساؤلات الخاصة بالقوة الملزمة لقاعدة الإسناد، تلك القوة التي يجب أن تكون واحدة بالنسبة لقاعدة قانونية يتوقف تطبيقها فقط على دولية العلاقة المطروحة على القاضي الوطني، فبمجرد الكشف عن دولية العلاقة محل النزاع أياً كان نوعها يجب على القاضي أن يطبق قاعدة الإسناد.

بل أن البعض يشير إلى صعوبة قبول تطبيق القانون الفرنسي من قبل القاضي رغم دولية العلاقة محل النزاع، وذلك في حالة كون النزاع متعلق بحقوق قابلة للتصرف فيها وعدم تمسك أحد أطراف النزاع بقاعدة الإسناد، والحال هنا أن القاضي لم يطبق القانون الفرنسي باعتباره القانون المسند إليه، ولكن باعتباره القانون الفرنسي الذي يطبق على المنازعات الداخلية، فكيف يحول القاضي نزاع ذو طبيعة دولية إلى نزاع ذو طبيعة داخلية؟[2] . وقد دفعت هذه التساؤلات الفقه إلى التفكير في الزام القاضي بتطبيق كافة قواعد الإسناد من تلقاء

Loussouarn (Y), Bourel (P), Pascal de Vareilles-Sommières: op.cit, p٣٣٣ et s

[1] راجع في ذلك بالتفصيل:

Gaudemet-Tallon (H): De nouvelles fonctions pour l'équivalence en droit international privé, in le droit international privé : esprit et méthodes, Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde, Dalloz, ٢٠٠٥, p٣٠٣-٣٠٩

[2] انظر في ذلك :

Lequette (Y): les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, Op.cit, p ٧٣٨

نفسه دون تفرقة بين حقوق قابلة للتصرف وحقوق غير قابلة للتصرف.

الفرع الثالث

إلزام القاضي بتطبيق كافة قواعد الإسناد من تلقاء نفسه ودون أن يتوقف ذلك على أي مسلك من جانب الخصوم

يذهب جانب كبير من الفقه في كل من مصر وفرنسا إلى أن القاضي الوطني ملزم بتطبيق قاعدة الإسناد من تلقاء نفسه، ودون انتظار موقف من الخصوم في التمسك أو عدم التمسك بتطبيق القانون الأجنبي، فكل ما سيتأكد منه القاضي هو الصفة الدولية للنزاع ومن ثم يبدأ في تطبيق قاعدة الإسناد أياً كان القانون الذي ستشير إليه، سواء كان قانوناً وطنياً أو أجنبياً[1].

وقد أسس الفقه موقفه السابق على أساس أن قاعدة الإسناد هي قاعدة قانونية وطنية تنتمي إلى قانون القاضي، وبالتالي عليه أن يطبقها دون انتظار تمسك الخصوم بالقانون الأجنبي من عدمه، فبمجرد الكشف عن دولية العلاقة المطروحة يجب على القاضي أن يطبقها مباشرة دون حاجة لانتظار تمسك أحد الخصوم بها[2].

بل أنه حتى مع التسليم بأن قاعدة الإسناد هي قاعدة مكملة وليست آمرة على نحو ما أقر البعض من قبل وبصفة خاصة بشأن الحقوق القابلة للتصرف فيها، فإن ذلك لا ينال من التزام القاضي بإعمال قاعدة الإسناد من تلقاء نفسه، حيث إن قواعد القانون المكملة تتمتع بالقوة الملزمة أسوة بالقواعد الآمرة مما يلقي على القاضي واجب إعمالها التلقائي مادام أن الخصوم لم يتفقوا على استبعادها صراحة أو ضمناً.

على أن القاضي الوطني يجب عليه قبل أن يطبق قاعدة الإسناد أن يتأكد من الصفة الدولية للنزاع المطروح أمامه، وهي مسألة يثور

---

[1] راجع الدكتور هشام صادق: المطول في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ٤٢٠ ومابعدها. وراجع أيضاً في الفقه الفرنسي:

Loussouarn (Y), Bourel (P), Pascal de Vareilles-Sommières: op.cit, p٣٢٧ et s

[2] راجع :

Motulsky (H): L'évolution recente de la loi étrangère en france, Mélanges Savatier, Paris, ١٩٦٥, p٣٨٧ et s

التساؤل حول الملزم بالكشف عن تلك الدولية، فهل يجب أن يتمسك الخصوم بدولية العلاقة محل النزاع وبالتالي يثبتون للقاضي عناصرها، أم يجوز للقاضي أن يكشف عن تلك الدولية من تلقاء نفسه من خلال عناصر الدعوى التي قدمها له الخصوم؟

أكدت محكمة النقض الفرنسية في حكميها الصادرين في ١١ و١٨ أكتوبر عام ١٩٨٨ أنه يكفي لإعمال القاضي لقواعد الإسناد أن تتضمن أوراق ومستندات الدعوى ما يفيد دولية العلاقة محل النزاع، حتى لو لم يتمسك الخصوم بهذه الدولية بشكل صريح، فقد ذهبت المحكمة إلى أنه لا يشترط لالتزام القاضي بإعمال قاعدة الإسناد الوطنية وتطبيق القانون الأجنبي الذي تشير باختصاصه أن يتمسك أحد الخصوم بالعناصر الواقعية المؤكدة للصفة الدولية للنزاع عملاً بالمبادئ العامة في قانون المرافعات الداخلي، وانما اكتفت المحكمة لإلزام القاضي بالإعمال التلقائي لقاعدة الإسناد أن تتضمن أوراق الدعوى ومستنداتها هذه العناصر الواقعية ولو لم يتمسك بها الخصوم[١].

وعلى الرغم من الموقف المستقر لمحكمة النقض الفرنسية على الزام القاضي بالإعمال التلقائي لقاعدة الإسناد فقط فيما يتعلق بالحقوق غير القابلة للتصرف فيها، وبالتالي عدم تطبيقها بخصوص الحقوق القابلة للتصرف فيها إلا إذا تمسك بها الأطراف، إلا أن الكثير من التشريعات قد تبنت بنصوص تشريعية صريحة الزام القاضي بإعمال كافة قواعد الإسناد من تلقاء نفسه حتى لو لم يتمسك أحد الخصوم بها، ومن تلك التشريعات القانون الإيطالي، والقانون السويسري والقانون الألماني[٢].

بل وقد أكد مجمع القانون الدولي في دورته المنعقدة في عام ١٩٨٩ الاتجاه السابق أيضاً مؤكداً على التزام السلطات المعنية في كل دولة بإعمال قواعد التنازع الوطنية من تلقاء نفسها، وبالتالي تطبيق القانون الأجنبي الذي تشير باختصاصه دون حاجة لتمسك الخصوم

---

[١] *Civ. ١١ Octobre ١٩٨٩, Rev.crit.DIP, p* ٣٦٨

[٢] راجع :
الدكتور هشام صادق: المرجع السابق، ص ٤١٧

بذلك[1].

وبقي أن نشير إلى أن موقف القانون في مسألة التطبيق التلقائي لقاعدة الإسناد من عدمه، يختلف عن موقفه بخصوص اثبات القانون الأجنبي. وبعد أن عرضنا للاتجاهات السائدة في الفقه والقضاء في مسألة التطبيق التلقائي لقاعدة الإسناد، وجب علينا الآن أن نوضح إلى أي اتجاه ذهب المشرع البحريني.

المطلب الثاني

موقف المشرع البحريني بخصوص مسألة إلزامية قاعدة الإسناد

بعد أن استعرضنا الاتجاهات الفقهية والقضائية الجاري العمل بها في مسألة إلزامية قاعدة الإسناد بالنسبة للقاضي الوطني، يجب علينا الآن أن نتصدى لبحث موقف المشرع البحريني بخصوص تلك المسألة، والحال أن لديه قانونين مختلفين، أحدهما وهو قانون المرافعات المدنية والتجارية لسنة ١٩٧٢ والذي تضمن مجموعة من قواعد الإسناد الخاصة بمسائل الأحوال الشخصية، وثانيهما وهو القانون رقم ٦ لسنة ٢٠١٥ بشأن تنازع القوانين في المسائل المدنية والتجارية ذات العنصر الأجنبي، والذي تضمن قواعد الإسناد المتعلقة بالمعاملات المالية، وقد حدد هذا القانون بوضوح مدى إلزامية قاعدة الإسناد البحرينية في تلك المسائل، فأقر بأنها غير ملزمة إلا إذا تمسك بها الخصوم، بينما لم يشر قانون المرافعات البحريني لإلزامية قواعد الاسناد الواردة فيه والمتعلقة بالأحوال الشخصية، وهو الأمر الذي يدفعنا للعودة إلى الأصل العام في القاعدة القانونية الوطنية بأنها ملزمة للقاضي الوطني، وعلى هذا النحو تصبح قاعد الإسناد المتعلقة بالمعاملات المالية غير ملزمة للقاضي البحريني، بينما تبقى تلك المتعلقة بالأحوال الشخصية ملزمة له، وهو ما سندرسه بالتفصيل في الفروع التالية:

---

[1] انظر :
الدكتورة حفيظة الحداد: الموجز في القانون الدولي الخاص، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٠، ص٣٨

الفرع الأول: عدم إلزامية قاعدة الإسناد البحرينية في مسائل المعاملات المدنية والتجارية

الفرع الثاني: إلزامية قاعدة الإسناد البحرينية في مسائل الأحوال الشخصية.

الفرع الأول

عدم إلزامية قاعدة الإسناد البحرينية

في مسائل المعاملات المدنية والتجارية

تبنى القانون البحريني بشأن تنازع القوانين في المسائل المدنية والتجارية ذات العنصر الأجنبي موقفاً مقارباً لموقف محكمة النقض الفرنسية الحالي، فقد نصت المادة السادسة فقرة أ من هذا القانون على أنه "يجب على أطراف النزاع تقديم نصوص القانون الواجب التطبيق، فإذا لم تقدم نصوص ذلك القانون جاز اعتبار القانون البحريني هو الواجب التطبيق على موضوع النزاع".

وعلى ذلك فقد ألزم المشرع البحريني أطراف النزاع بأن يقدموا للقاضي نصوص القانون الواجب التطبيق، حتى يطبق قاعدة الإسناد، وهو الأمر الذي يكشف تماماً عن توجه المشرع البحريني نحو النظرية التي أرستها محكمة النقض الفرنسية، من تعليق تطبيق القاضي لقاعدة الإسناد على تمسك الخصوم بالقانون الأجنبي.

وقد حدد النص طريقة تمسك الأطراف بالقانون الأجنبي، وهي تقديم نصوصه إلى القاضي ومن ثم طلب تطبيقها، غير أن الأمر قد يثير بعض التساؤلات في الواقع العملي، ومنها مثلاً مايتعلق بالتساؤل حول اشتراط أن يتمسك جميع أطراف النزاع بالقانون الأجنبي أم يكفي تمسك أحدهم بهذا القانون وتقديم نصوصه للقاضي؟

نرى أن تمسك أحد أطراف النزاع بالقانون الأجنبي وتقديم نصوصه للقاضي البحريني كافي كي يطبق القاضي قاعدة الإسناد، إذ أن القول بغير ذلك يهدر الطبيعة القانونية لقاعدة الإسناد تماماً، ويحولها إلى قاعدة اتفاقية تتوقف على اتفاق الأطراف عليها، وليس حتى قاعدة مكملة لأن هذه الأخيرة هي قاعدة قانونية ملزمة لا تحتاج لموافقة طرفي النزاع حتى يطبقها القاضي كما سبق وأكدنا، وإنما يطبقها

تلقائياً حتى لو لم يتمسك بها أحد الأطراف[1]، ولعل هذا الاتجاه يتفق مع الموقف التقليدي لمحكمة النقض الفرنسية والتي اكتفت بتمسك أحد الأطراف بالقانون الأجنبي حتى تطبق قاعدة الإسناد.

وعلى ذلك فما الحل إذا قدم أحد أطراف النزاع نصوص القانون الواجب التطبيق وطالب بتطبيقه رغم ممانعة الطرف الآخر؟ وفقاً لنص القانون الجديد للتنازع سيكون الحل هو تطبيق القاضي لقاعدة الإسناد، ومن ثم تطبيقه للقانون الأجنبي، رغم ممانعة أحد الأطراف، وهو الأمر الذي يحقق قدراً من التوازن بين الطبيعة القانونية الملزمة لقاعدة الإسناد وبين احترام إرادة الأطراف كغاية تغياها المشرع في هذا القانون، بالإضافة إلى أنه يحقق غاية أخرى في غاية الأهمية وهي احترام العدالة الأجنبية التي يمثلها القانون الأجنبي ،وعدم التحيز للقانون الوطني باعتباره النموذج المفترض للعدالة.

أما إذا لم يقدم أي طرف من أطراف النزاع نصوص القانون الأجنبي الواجب التطبيق، فهنا سيكون الحل هو إهمال القاضي لقاعدة الإسناد، ومن ثم تطبيق القانون البحريني على النزاع.

ويجب علينا أن نشير هنا إلى انه من الواجب على الطرف الذي تمسك بقاعدة الإسناد أن يثبت دولية العلاقة محل النزاع، من خلال اثبات وقائع تلك الدولية سواء عن طريق المستندات أم الأوراق أو غيرها من وسائل الاثبات، وعلى ذلك فلا يجوز للقاضي استخلاص دولية العلاقة من تلقاء نفسه، نظراً لأن المشرع جعل تطبيق قاعدة الإسناد رهيناً بتمسك أحد الخصوم بها، ومن تمسك بها عليه أن يثبت أوليات تطبيقها من دولية للعلاقة محل النزاع.

الفرع الثاني

إلزامية قاعدة الإسناد البحرينية في مسائل الأحوال الشخصية

فصل المشرع البحريني قواعد الإسناد المتعلقة بمسائل المعاملات المالية المدنية والتجارية عن تلك المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية، حيث أفرد للأولى قانوناً جديداً ألا وهو القانون رقم ٦ لسنة ٢٠١٥ بشأن تنازع القوانين في المسائل المدنية والتجارية ذات العنصر

---

[1] راجع كتابنا الوجيز في القانون الدولي الخاص البحريني، مرجع سابق، ص ١٠٠ وما بعدها.

الأجنبي، بينما بقيت قواعد الإسناد المتعلقة بالأحوال الشخصية متضمنة في قانون المرافعات البحريني الصادر في عام ١٩٧٢.

وبذلك لا يسري النص السابق المتعلق بمعاملة القاضي للقانون الأجنبي إلا على المعاملات المدنية والتجارية، نظراً لأن هذا النص قد ورد في قانون منظم لتنازع القوانين في المعاملات المدنية والتجارية فقط، بينما حدد المشرع في قانون المرافعات نطاق تطبيق قواعد الإسناد الواردة فيه والمتعلقة بالأحوال الشخصية وفقاً لنص المادة ٢١ من هذا القانون على نحو ما سوف نرى في الفقرات التالية.

ويتعين علينا أولاً أن ننوه إلى أن محكمة التمييز البحرينية لم تفرق قبل صدور القانون رقم ٦ لسنة ٢٠١٥ بين الأحوال الشخصية والمعاملات المالية، إذ استقر موقفها على عدم الزام القاضي البحريني بتطبيق قاعدة الاسناد من تلقاء نفسه حتى في مسائل الأحوال الشخصية[١]، وبذلك يجب على القاضي انتظار تمسك أحد الخصوم بتطبيق القانون الأجنبي حتى تلتزم المحكمة بإعمال قاعدة الاسناد، ورغم أن هذا الاتجاه هو الثابت لدى محكمة التمييز البحرينية إلا أنه اتجاه قضائي المصدر، وهو يختلف عن الموقف التشريعي البحريني المتعلق بمسائل الأحوال الشخصية، ففي قانون المرافعات البحريني وتحت عنوان القانون الواجب التطبيق في مسائل الأحوال الشخصية لغير المسلمين، نصت المادة ٢١ على أنه " تفصل المحكمة الكبرى في مسائل الأحوال الشخصية لغير المسلمين بالكيفية التالية:"، وبعدها المادة في تعداد قواعد الإسناد الخاصة بالأحوال الشخصية.

وعلى ذلك فإن ظاهر نص المادة السابقة يتطلب شرطان لتطبيق قواعد الإسناد الواردة فيها، الأول وهو دولية العلاقة محل النزاع وهو شرط بديهي نظراً لأن المادة متضمنة قواعداً للإسناد وهي لا تسري بطبيعة الحال إلا عند ثبوت دولية العلاقة المطروحة، والثاني وهو أن يكون أطراف النزاع من غير المسلمين، ويبدو أن المشرع البحريني قد افترض أن موقف قوانين الدول الإسلامية متشابه إلى حد كبير في مسائل الأحوال الشخصية، وبالتالي فإن المسلمين ليسوا بحاجة إلى تطبيق قوانينهم الأجنبية التي تتماثل مع القانون البحريني.

---

[١] راجع في ذلك الدكتور عوض الله شيبة: القانون الدولي الخاص البحريني الجزء الثاني، تنازع القوانين- الاختصاص القضائي الدولي- تنفيذ الأحكام الأجنبية، جامعة البحرين٢٠١٥، ص١٤٠

غير أننا لا نتفق مع هذا التوجه إذ قد يكون الأطراف من الأجانب المسلمين، ويكون قانونهم الوطني يختلف في مضمونه عن القانون البحريني، خاصة في المسائل الاجتهادية التفصيلية في منازعات الزواج والطلاق والحضانة، فقد تتباين تشريعات الدول الإسلامية في تلك المسائل، ويكون لدى الأطراف رغبة في تطبيق قوانينهم الوطنية.

وعلى الرغم من النقد السابق، فإن الشروط التي وضعها المشرع لتطبيق قواعد الإسناد في مسائل الأحوال الشخصية لا يوجد فيها ما يلزم الخصوم بالتمسك بقاعدة الإسناد، بل سيلتزم القاضي البحريني بتطبيقها من تلقاء نفسه بمجرد الكشف عن دولية العلاقة محل النزاع، وذلك طالما أن هذا النزاع يتعلق بغير المسلمين، بل أن القاضي البحريني هنا ملزم بالكشف - من تلقاء نفسه - عن دولية العلاقة من خلال وقائع الدعوى التي قدمت له بواسطة الخصوم دون حاجة لانتظار تمسك أحدهم بها.

وعلى هذا النحو يكون القاضي البحريني ملزماً – من الناحية التشريعية- بتطبيق قاعدة الإسناد من تلقاء نفسه في مسائل الأحوال الشخصية، بينما لا يلتزم بتطبيق تلك القواعد في مسائل المعاملات المدنية والتجارية إلا إذا تمسك أحد الخصوم بها، وهذا الموقف يقترب كثيراً من موقف محكمة النقض الفرنسية في التفرقة بين الحقوق غير القابلة للتصرف والمتعلقة عادة بمسائل الأحوال الشخصية، والتي سيطبق فيها القاضي الفرنسي قاعدة الإسناد من تلقاء نفسه دون حاجة لانتظار تمسك أحد الخصوم بها، وبين الحقوق القابلة للتصرف فيها والمتعلقة بمسائل المعاملات المدنية والتجارية، والتي لن يطبق فيها القاضي الفرنسي قاعدة الإسناد من تلقاء نفسه، بل سينتظر تمسك أحد الخصوم بها ليطبقها، فإذا لم يتمسك بها أحد، فسوف يطبق القانون الفرنسي.

تقييم موقف المشرع البحريني بخصوص مسألة إلزامية قاعدة الإسناد – إعلاء مبدأ سلطان الإرادة في المعاملات المالية :

على الرغم من التقارب الذي وضحناه سابقاً بين موقف محكمة النقض الفرنسية وموقف المشرع البحريني، إلا أننا لا نعتقد أن المشرع البحريني قد استهدف تحقيق هذا التقارب عامداً، بل نرى أن الهدف الذي تغياه المشرع البحريني من تعليق التزام القاضي بتطبيق

قاعدة الإسناد من تلقاء نفسه على تمسك أحد الخصوم بها، يختلف تماماً عما تغيته محكمة النقض الفرنسية من ذلك، فقد ربطت محكمة النقض الحقوق غير القابلة للتصرف فيها بالنظام العام الفرنسي، وبالتالي فإن قواعد الإسناد المتعلقة بها تعتبر هي الأخرى من النظام العام الذي لا يجوز استبعاده، بينما تعتبر الحقوق القابلة للتصرف فيها غير متعلقة بالنظام العام، وبذلك فإن قواعد الإسناد الخاصة بها لاتتعلق أيضاً به، ولا يلزم القاضي بتطبيقها من تلقاء نفسه بل يجب عليه انتظار تمسك الخصوم بها .

أما المشرع البحريني فقد وضع النص الذي لا يلزم القاضي البحريني بتطبيق قاعدة الإسناد من تلقاء نفسه في المعاملات المدنية والتجارية لسبب مختلف، ونرى أن أساس توجهات المشرع في تلك المسألة هو مبدأ سلطان الإرادة، وبصفة خاصة فكرة الإرادة الضمنية للأطراف والتي ارتضت ضمناً عدم تقديم نصوص القانون الأجنبي المسند إليه، مفضلة تطبيق القانون البحريني على النزاع، هذا القانون الذي يعتبر كما ذكرنا من قبل هو الأصل العام في مسائل القانون الخاص أمام القاضي البحريني.

وإن جاز لنا أن نحلل موقف القانون البحريني في تلك المسألة، فإنه يجب أن ننوه أولاً أن المشرع يتجه في كافة نصوص القانون رقم ٦ لسنة ٢٠١٥ إلى احترام مبدأ سلطان إرادة الأطراف في مواد تنازع القوانين، وبالتالي فقد ساير موقفه هنا في إعلاء إرادة الأطراف حتى لو ألغت قاعدة الإسناد ولم تتمسك بها، ومن ثم اعتبر موقفهم وكأنه اتفاق ضمني على تجاهل القانون الأجنبي المسند إليه و تطبيق القانون البحريني، ومن ناحية أخرى فإن المشرع البحريني لا يعتبر قاعدة الإسناد قاعدة مكملة على النحو الذي أشار إليه بعض الفقه من قبل عند تبريره لموقف محكمة النقض الفرنسية، فقد رأينا أنه لا محل للقول بذلك، بل يمكن أن يكون المشرع البحريني قد اعتبر القانون الأجنبي بمثابة واقعة يجب على أحد الخصوم أن يتمسك بها ومن ثم يثبتها أمام القاضي وإلا فلن يعتد بها، وهو ما سنتعرض له فيما بعد.

ومن جانبنا نرى أن المشرع البحريني قد جانبه الصواب في مسألة تعليق تطبيق قاعدة الإسناد على تمسك الخصوم بها، ونرى أيضاً أنه

لا بد من أن تطبيق قاعدة الإسناد بشكل تلقائي من قبل القاضي البحريني، حيث القول بغير ذلك يهدر الطبيعة الملزمة لقاعدة قانونية مثل قاعدة الإسناد، والتي حولها المشرع البحريني إلى قاعدة اتفاقية محضة تطبق وفقاً لإرادة الخصوم بحيث لا تسري إلا إذا تمسك بها أحدهم، وهو ما يشكك بالفعل في طبيعتها الملزمة، ولعل الاتجاه الذي تحيزنا له لن تتضح صورته إلا بعد البحث في مسألة اثبات القانون الأجنبي .

المبحث الثاني

إثبات مضمون القانون الأجنبي أمام القضاء البحريني

ثار التساؤل دائماً حول سلطة القاضي الوطني في تطبيق القانون الأجنبي، فهل القاضي الوطني ملزم بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي الذي أشارت له قاعدة الإسناد أو بعبارة أخرى هل يفترض في هذا القاضي العلم بمضمون القانون الأجنبي المسند إليه ؟ أم أن الخصوم هم من يلتزمون باثبات مضمون هذا القانون للقاضي؟ وقد ثار الخلاف في الفقه حول هذا التساؤل، وترجع الإجابة على هذا التساؤل إلى ثلاثة اتجاهات تتعلق بطبيعة القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني وهي التي تحدد كيف تتم معاملته.

وعلى هذا النحو فسوف نتعرض للاتجاهات الفقهية والقضائية المختلفة في طبيعة القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني، ومن ثم نبحث في موقف المشرع البحريني من المسألة.

وعلى ذلك تنقسم دراستنا في هذا المبحث إلى ما يلي :

المطلب الأول : الاتجاهات الفقهية والقضائية في طبيعة القانون الأجنبي وأثرها على مسألة اثباته.

المطلب الثاني : موقف المشرع البحريني من مسألة طبيعة القانون الأجنبي واثباته.

المطلب الأول

الاتجاهات الفقهية والقضائية في طبيعة القانون الأجنبي وأثرها على مسألة اثباته

تنقسم الاتجاهات التي تفسر طبيعة القانون الأجنبي إلى ثلاثة اتجاهات رئيسية، الاولى وقادها الفقيه الكبير باتيفول والتي تنظر إلى القانون الأجنبي على أنه واقعة مادية يجب على الخصوم اثباتها[1]، والثاني وهو الاتجاه الذي يقوده الفقه الإيطالي والذي يرى أن القانون

---

[1] انظر:

Batiffol (H): Aspects philosiphique du droit international privé, DALLOZ, Paris, ١٩٥٢, p ١٠٥

الأجنبي يظل محتفظاً بطبيعته القانونية أمام القاضي الوطني وبالتالي يجب على الخصوم اثباته[1]، أما الاتجاه الثالث وهو الاتجاه الواقعي الذي قاده جانب من الفقه المصري والفرنسي على السواء وهو الذي يقر بالطبيعة القانونية للقانون الأجنبي لكن يعترف أيضاً بصعوبة علم القاضي بمضمونه مما يبرر الحاجة لمعاونة الخصوم[2].

وسوف ندرس الاتجاهات السابقة بالتفصيل وفقاً للتقسيم التالي :

الفرع الأول: القانون الأجنبي هو مجرد واقعة مادية يجب اثباتها أمام القاضي الوطني

الفرع الثاني: القانون الأجنبي هو قانون يفترض في القاضي العلم بمضمونه من تلقاء نفسه.

الفرع الثالث: القانون الأجنبي هو قانون لكنه يحتفظ بصفته الأجنبية وبالتالي يحتاج إلى معاملة مختلفة عن القانون الوطني .

الفرع الأول

القانون الأجنبي هو مجرد واقعة مادية يجب اثباتها أمام القاضي الوطني

يقوم هذا الاتجاه على التفرقة الشهيرة في أي قضية بين الوقائع والقانون، حيث إن القانون يفترض في القاضي الوطني العلم بأحكامه، ولذلك فهو ملزم بالبحث عن مضمونه في جميع الأحوال، ودون تكليف الخصوم بأية أعباء تتعلق بذلك، أما الوقائع فلا يفترض في القاضي

---

[1] الفقه الإيطالي الذي قاده الأستاذ **Anzilotti** في كتابه مقرر القانون الدولي الخاص في عام ١٩٢٥ وكذلك الاستاذ **Perassi** في كتابه مقدمة في القانون الدولي الخاص عام ١٩٥٢، ص ٤٨٤، وكذلك الأستاذ **Pacchioni** في كتابه موضوعات القانون الدولي الخاص الصادر في عام ١٩٣١، انظر في ذلك بالتفصيل:

Loussouarn (Y), Bourel (P), Pascal de Vareilles-Sommières: op.cit, p٣٢٧ et s

[2] انظر في هذه الاتجاهات الدكتور هشام صادق: المرجع السابق، ص٤٢٧ ومابعدها.

العلم بها بالطبع، بل يجب على الخصوم اثباتها أمام القاضي وإلا تجاهلها[1].

وعلى ذلك فقد رأى الفقيه الكبير باتيفول أن القانون الأجنبي يفقد صفته كقانون أمام القاضي الوطني، نظراً لأن هذا القانون يتحدد نطاق إلزاميته فقط بإقليم الدولة التي ينتمي إليها، فإذا كانت القاعدة القانونية من أهم خصائصها أنها قاعدة ملزمة، فإن إلزامها يكون مقصوراً فقط داخل إقليمها، أما خارجه فإنها تفقد هذا الإلزام، وبالتالي تنتفي عنها خاصية من خصائص القاعدة القانونية، وتتحول إلى مجرد واقعة مادية يجب اثباتها[2].

فقد ذهب الأستاذ باتيفول إلى أن أي قاعدة قانونية تتكون من عنصرين، العنصر الأول وهو العنصر العقلي ويقصد به مضمون القاعدة ومعناه أن تكون عامة مجردة، والعنصر الثاني وهو عنصر الأمر أو الإلزام ويقصد بها القوة الملزمة للقاعدة والتي تستمد من سلطة الدولة الصادر فيها القانون، وبهذه المثابة يرى باتيفول أن القاعدة القانونية الأجنبية تمتلك هذين العنصرين في البلد الصادرة فيه، ولكن بعبورها للحدود وانتقالها إلى دولة أخرى، فإنها تظل محتفظة بالعنصر الأول وهو المضمون، لكنها تفقد العنصر الثاني أي عنصر الإلزام وبالتالي تخسر طبيعتها القانونية الملزمة، وتتحول إلى مجرد واقعة مادية يتعين على الخصوم اثباتها أمام القاضي الوطني[3].

ولتفسير ذلك على سبيل المثال، فإن القانون الفرنسي يكون ملزماً فقط داخل الإقليم الفرنسي، أما في مملكة البحرين فإن هذا القانون يفقد صفته الإلزامية، وبذلك يفقد خاصية من خصائص القاعدة القانونية ويتحول إلى مجرد واقعة مادية أمام القاضي البحريني، يجب على

---

[1] راجع الدكتور هشام صادق: المرجع السابق، ص ٣٩٧

[2] انظر:

Batiffol (H): Op.cit, p ١٠٠ et s

راجع أيضاً:

Batiffol (H), Lagarde (P): Droit international privé, Tome ١, Librairie générale de droit et jurisprudence, Paris, Cinquième édition, ١٩٧٠, p ٣٩٢

[3] انظر:

Batiffol (H): Op.cit, p ١٠٠ et s

الخصوم اثباتها ولا يلزم القاضي بالعلم بمضمونها كما هو الحال بالنسبة لقانونه الوطني.

موقف القضاء الفرنسي: القانون الأجنبي هو واقعة فقط في المنازعات المتعلقة بالحقوق القابلة للتصرف:

يتلخص موقف القضاء الفرنسي- بخصوص الحقوق القابلة للتصرف فيها- في أنه يلقي بعبء اثبات مضمون القانون الأجنبي على عاتق الخصم الذي يتمسك بتطبيقه سواء كان المدعي أم المدعى عليه، فقد تبنت محكمة النقض الفرنسية هذا المبدأ في حكمها الصادر في أحد القضايا المتعلقة بالعقود عام ١٩٨٨، وعادت وأقرت نفس المبدأ في قضية أخرى في عام ١٩٩١، حيث جاء في حيثيات حكمها أن عبء اثبات مضمون القانون الأجنبي يقع على عاتق الطرف الذي يتمسك بتطبيقه[١].

ويرجع السبب في هذا التوجه إلى أن المحكمة تعتبر أن قاعدة الإسناد في المسائل المتعلقة بالحقوق القابلة للتصرف فيها غير متعلقة بالنظام العام، نظراً لأن هذه المسائل تتعلق بالمصالح الخاصة للأفراد مثل العقود والمسئولية التقصيرية، وحقوق الملكية الفكرية وغير من مسائل المعاملات المالية، وبالتالي لا يلزم القاضي بإعمال قاعدة الإسناد المتعلقة بها من تلقاء نفسه، بل يجب لكي تتحول لقاعدة قانونية ملزمة أن يتمسك أحد الخصوم بها، وبذلك تظل قاعدة الإسناد غير ملزمة بالنسبة للقاضي طالما لم يتمسك بها أحد، كم أن أثر تلك القاعدة المتمثل في تطبيق القانون الأجنبي الذي تشير به يعتبر من قبيل الواقع وليس القانون وعلى من يتمسك بتطبيقه أن يثبت هو مضمون هذا القانون، وعلى عكس ذلك فإن الحقوق الغير قابلة للتصرف مثل مسائل الأحوال الشخصية كالزواج والطلاق والبنوة والنفقة والحضانة والتي يهدف المشرع فيها تحقيق مصلحة للمجتمع، فإنها تتعلق بالنظام العام، وبالتالي فإن قاعدة الإسناد المرتبطة بها تعتبر قاعدة قانونية ملزمة للقاضي، وهو ما يجعل أثرها المتمثل في تطبيق القانون الأجنبي هو أثر ملزم له، وبذلك يعتبر القانون الأجنبي

---

[١] انظر:

Loussouarn (Y), Bourel (P), Pascal de Vareilles-Sommières: op.cit, p٣٤٢ et s

هنا قانون يجب على القاضي البحث عن مضمونه دون تكليف الخصوم باثباته[1].

ولقد استقرت محكمة النقض الفرنسية على إلزام القاضي الفرنسي بتطبيق قاعدة الإسناد المتعلقة بها من تلقاء نفسه في هذا النوع الأخير من الحقوق، وبالتالي يلزم بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي وتطبيقه من تلقاء نفسه، وهو ما أشارت له المحكمة في حكم لها صدر في ٢٨ يناير ٢٠٠٣، حيث ذهبت إلى أنه بالنسبة للحقوق القابلة للتصرف فيها، فإن القاضي لا يكون ملزماً بتطبيق قاعدة الإسناد وما ينشأ عنها من قانون أجنبي إلا في الحالة التي هذا القانون قد تم التمسك به صراحة بواسطة أحد الخصوم، وليس في الحالة التي أسس فيها الخصوم ادعاءاتهم على القانون الفرنسي، أما بالنسبة للحقوق غير القابلة للتصرف فيها فإن القاضي يكون ملزماً بتطبيق قاعدة الإسناد وما ينشأ عنها من قانون أجنبي حتى ولو لم يطلب أحد الخصوم ذلك[2].

وعلى هذا النحو تعامل المحاكم الفرنسية القانون الأجنبي معاملة الوقائع في المنازعات المتعلقة بحقوق قابلة للتصرف فيها، مثل العقود والمسئولية التقصيرية والملكية الفكرية، بينما تعامله معاملة القانون في الحقوق غير القابلة للتصرف فيها، مثل علاقات الأسرة والأحوال الشخصية.

الفرع الثاني

القانون الأجنبي هو قانون يفترض في القاضي العلم بمضمونه

اتجه جانب من الفقه الإيطالي إلى أن القانون الأجنبي إذا كان يفقد إلزاميته خارج نطاقه الإقليمي وفقاً لما ذهب إليه باتيفول، فإن دور

---

[1] راجع:

Alexandre (D): Conflit de lois, La loi étrangère devant les tribunaux française, Etablissement du contenu de la loi étrangère, Juriss-Classeur, Paris, ١٩٩٧, p٦ et s.

[2] انظر هذا الحكم والتعليق عليه بالتفصيل:

Cour De Cassation (١re Ch.civ)-٢٨ janvier ٢٠٠٣, Note Bertrand Ancel, Rev.crit.DIP, N٣, Trimestrielle, Dalloz, Paris, Juillet-Septembre ٢٠٠٣, pp٤٦٢-٤٦٥

قاعدة الإسناد في قانون القاضي أن ترد له هذه الإلزامية[1]، بمعنى أنه إذا كان القانون المسند إليه هو القانون الفرنسي مثلاً، فإنه بالفعل يفقد صفته الإلزامية خارج الإقليم الفرنسي، لكن إذا أشارت إليه قاعدة الإسناد البحرينية الوطنية فإنها بذلك تعيد له صفته الإلزامية في مملكة البحرين، وبالتالي يجب على القاضي أن يتعامل معه على أنه قانون يبحث عن مضمونه، ولا يلتزم الخصوم بذلك.

وقد تطرف بعض الفقه في هذا الاتجاه ورأى أن إشارة قاعدة الإسناد الوطنية إلى القانون الأجنبي تجعل هذا الأخير يندمج في القانون الوطني ويصبح جزءً منه، فيما يعرف بنظرية الاندماج المادي التي ناصرها الفقه الإيطالي القديم[2]، والتي تقوم على أن قانون دولة القاضي يستقبل القانون الأجنبي المسند إليه ويلحقه بقواعده فتذوب فيه وتصبح جزءاً منهن حيث تفقد القاعدة صفتها الأجنبية ويندمج محتواها في قانون القاضي اندماجاً مادياً، وهي نظرية يصعب قبولها منطقياً إذ أن القانون الأجنبي لا يمكن أن يندمج بنصوصه في نصوص القانون الوطني لمجرد إشارة قاعدة الإسناد الوطنية له، ذلك أن تلك الأخيرة عندما تشير إلى قانون دولة ما، فهي تقر فقط بأن قانون هذه الدولة هو أقرب القوانين للمسألة المطروحة، لكنها لم تقصد أبداً دمجه في القانون الوطني، حيث يختلف كل منهما من حيث الآثار والرؤى والحكمة من النص بحسب الظروف السائدة في كل منهما[3]، وبالتالي

---

[1] راجع الدكتور شمس الدين الوكيل: دراسة مقارنة في اثبات القانون الأجنبي ورقابة المحكمة العليا على تفسيره، الإسكندرية، ١٩٦٤، ص٥

[2] انظر في تلك النظرية الدكتور هشام صادق: المطول في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ٤٠١، والذي أشار إلى أن هذا الاتجاه قد أيده جانب من الفقه المصري القديم مثل الدكتور حامد زكي: القانون الدولي الخاص المصري، الطبعة الأولى،١٩٣٦، ص ١٨٠، والدكتور جابر جاد عبد الرحمن تنازع القوانين، ١٩٥٦ ص٥٨٢، والدكتور عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الثاني، ١٩٥٦، ص٥٥، وراجع في الفقه الفرنسي:

Lousssouarn (Y), Bourel (P), Pascal de Vareilles-Sommières : Op.cit, p٣٢٧

[3] راجع الدكتور هشام صادق: مركز القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني، مرجع سابق، فقرة ٩٤

تظل قواعد القانون الأجنبي المسند إليه محتفظة بطبيعتها الأجنبية أمام القاضي الوطني[1]، وهو الاتجاه الذي ناصره بقوة أنصار الاتجاه التالي.

وقد استقرت محكمة النقض الايطالية على اعتبار القانون الأجنبي قانون منذ عام ١٩٦٦، ملزمة القاضي بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي مستخدماً كافة الوسائل اللازمة لذلك، حتى ولو طلب معاونة الخصوم في تقديم هذا القانون[2]. وقد ناصر القضاء الأمريكي أيضاً هذا الاتجاه وفقاً لما سنبينه في الفقرات التالية.

موقف القضاء الأمريكي : القاضي الوطني ملزم بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي بكافة الطرق المتاحة:

يختلف المنهج الأمريكي لتنازع القوانين عن المنهج الأوروبي، ذلك أن هذا الأخير يقوم على اعتماد آلية قاعدة الإسناد لفض التنازع المتصور بين قوانين الدول، وهي وسيلة معيارية مزدوجة يضعها المشرع الوطني وفقاً لما يراه أنه القانون الأقرب للمسألة المطروحة، والذي قد يكون قانون أجنبي أو قانون القاضي المطروح أمامه النزاع، فمثلاً قاعدة الإسناد التي تنص على أن الزواج يخضع لقانون جنسية الزوج، هذه القاعدة هي معيار مزدوج وضعه المشرع الوطني في الدولة، قد يشير إلى تطبيق قانون القاضي فيما إذا كان الزوج وطنياً وقد يشير إلى تطبيق قانون أجنبي فيما لو كان الزوج أجنبياً.

بينما يقوم المنهج الأمريكي على المدرسة الأحادية التي لا تضع معياراً مسبقاً لتحديد القانون المختص بحكم النزاع، وإنما ترى أن

---

[1] انظر تفصيلاً:

Quadri (R): De la preuve de la loi étrangère, Rev.egy.Droit.inter, Volume ١, ١٩٥٣, p٥

وراجع كذلك بالتفصيل الدكتور شمس الدين الوكيل: دراسة مقارنة في اثبات القانون الأجنبي ورقابة المحكمة العليا على تفسيره، مجلة الحقوق والبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق جامعة الاسكندرية، السنة ١٢، ١٩٦٢-١٩٦٣، العددان الأول والثاني، ص ١٠٣

[2] انظر في موقف محكمة النقض الايطالية والتي تعتبر القانون الأجنبي قانون منذ عام ١٩٦٦ الاستاذة عكوش سيهام: القانون الأجنبي اثباتاً وتفسيراً- دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة لجامعة امحمد بوقرة بومرداس، الجزائر، ٢٠١٠، ص ١٠٥، وراجع أيضاً في الفقه الفرنسي :

Lousssouarn (Y), Bourel (P), Pascal de Vareilles-Sommières : Op.cit, p٣٢٧

القواعد المتنازعة لحكم النزاع سواء كانت أجنبية أو وطنية تحدد نطاق تطبيقها ذاتياً[1]، وبالتالي على القاضي الأمريكي أن يحلل القوانين المتنازعة لحكم النزاع حتى يكشف عن نطاق تطبيقها الذاتي، ومن ثم يحدد القانون الواجب التطبيق، ويعرف هذا المنهج بالمنهج الأحادي، تمييزاً له عن المنهج المزدوج، حيث لا يوجد فيه معيار مسبق يمكن أن يشير إلى أحد قانونين، وإنما هو يبنى على أن كل قاعدة قانونية تحدد بشكل مفرد وأحادي نطاق تطبيقها[2].

ولعل قيام القاضي الأمريكي بتحليل القوانين الأجنبية لمعرفة نطاق تطبيقها هي مسألة تتوقف على قدرة القاضي الأمريكي على الإلمام بمضمون تلك القوانين، بل أنه في بعض الأحيان قد يتطلب منه أن يعلم التاريخ أو الحكمة من تلك القوانين وفقاً لرؤية المشرع الذي أصدرها، وذلك حتى يتمكن من الكشف عن نطاق تطبيقها، وهو الأمر الذي يصعب كثيراً من مهمة القاضي الأمريكي وفقاً لما يرى الفقه الأمريكي[3].

على أن القضاء الأمريكي قد استقر على القيام بدوره كاملاً في الكشف عن مضمون القانون الأجنبي المتعلق بالنزاع، وقد يطلب من

---

[1] راجع في المنهج الأمريكي:

Niboyet (Marie-Laure),de Geouffre de La Pradelle (G) : Droit international privé, LGDJ, ٣ed, ٢٠١١, p ١٨٣ et s=

=وانظر كذلك في المنهج الأمريكي تفصيلاً الأستاذ *Cavers:*

Cavers (D): The Choice-of-Law Process, Ann ARBOR, The university of Michigan Press, ١٩٦٥

[2] انظر في ذلك أستاذنا الدكتور هشام صادق: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف، ص٤٨٠ وما بعدها وراجع في المنهج الأمريكي في تنازع القوانين بصفة عامة:

Audit (B): Le droit international privé en quête d'universalité, RCDAI, ٢٠٠٤, p ٣٠٥

وانظر أيضاً:

Symeon (S) : The American Choice of Law Revolution: Today and Tomorrow, RCDAI, ٢٠٠٢, p ٢٩٨ etc

[3] راجع :

Legrand (P): Proof of foreign Law in US Courts: A critique of Epistemic Hubris, JCL, ٨:٢, ٢٠١٣, p ٣٤٧ etc.

الخصوم أن يقدموا له أي وثائق متعلقة بالقانون الأجنبي الذي يتمسكون بتطبيقه.

ويعتبر من أهم الوسائل التي يستخدمها القضاء الأمريكي في الكشف عن مضمون القانون الأجنبي شهادة الخبير المتخصص في القانون الأجنبي، والذي يكون عادة شخص من الدولة المراد تطبيق قانونها، لديه خبرة طويلة في العمل القانوني في دولته، مثل القضاة أو الأكاديميين[١].

كما يجوز للمحاكم الأمريكية أن تعتمد على بحثها الخاص عن مضمون القانون الأجنبي ودون الرجوع إلى خبير أو شخص متخصص، وذلك يكون عادة في قوانين الدول التي يقترب نظامها القانوني من النظام القانوني الأمريكي مثل بريطانيا، كما قد تستعين المحاكم الأمريكية بوسيلة التعاون المباشر مع السلطات القضائية في الدولة المراد تطبيق قانونها[٢].

الفرع الثالث

القانون الأجنبي هو قانون لكنه يحتفظ بصفته الأجنبية وبالتالي يحتاج إلى معاملة مختلفة عن القانون الوطني

يرى جانب من الفقه المصري والفرنسي والإيطالي أن القانون الأجنبي يظل محتفظاً بصفته كقانون أمام القاضي الوطني، إذ أن إشارة قاعدة الإسناد الوطنية له ترد إلزاميته المفقودة داخل إقليم دولة القاضي، لتحفظ له صفته كقانون أمام القاضي الوطني، لكن احتفاظه بصفته كقانون لا تعني اندماجه في القانون الوطني، وإنما يظل ينظر إليه على أنه قانون أجنبي[٣]، يصعب على القاضي العلم بمضمون أحكامه مسبقاً كما هو الحال بالنسبة للقانون الوطني.

---

[١] انظر في ذلك تفصيلاً:

Matthew.J. Wilson: Demystifying the determination of foreign law in US Courts: Opining the Door to greater global understanding, Arkon Law Publications, ٢٠١٤, p ٢ etc.

[٢] انظر المرجع السابق ص ١٠ ومابعدها

[٣] راجع في ذلك بالتفصيل الدكتور هشام صادق: مركز القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، مرجع سابق، فقرة ١٠١ ومابعدها

وعلى هذا النحو يقر أنصار الاتجاه السابق بأن القانون الأجنبي يظل قانوناً أمام القاضي الوطني لكنه يحتفظ بصفته الأجنبية، بحيث يصعب على القاضي العلم بمضمونه من تلقاء نفسه، لأن تكليف القاضي الوطني بالعلم بمضمون كافة القوانين الوطنية في العالم هو تكليف بمستحيل، لذلك ذهب هذا الفقه إلى ضرورة الفصل بين طبيعة القانون الأجنبي كقانون وبين معاملته الإجرائية التي تبنى على اعتبارات عملية كثيرة[١].

وبهذه المثابة فإن القانون الأجنبي يظل محتفظاً بصفته كقانون أمام القاضي الوطني ولا يعامل معاملة الوقائع، وهو ما يستتبع افتراض علم القاضي بمضمونه، لكن صفته الأجنبية كقانون غريب عن القاضي تجعل من هذا الافتراض أمراً صعباً بل مستحيلاً كما ذكرنا من قبل، لذلك يقف الفقه هنا موقفاً وسطاً بحيث يلزم القاضي الوطني بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي بمعاونة الخصوم[٢].

ولعل هذا الرأي الأخير هو ما انتصرت إليه محكمة النقض المصرية في عام ١٩٨٤ في حكم تاريخي لها غير من الموقف المستقر لها قديماً من اعتبار القانون الأجنبي واقعة مادية يجب على الخصوم اثباتها، فأقرت ولأول مرة في هذا الحكم بالطبيعة القانونية للقانون الأجنبي، لكنها أيضاً أقرت بأجنبيته وبصعوبة افتراض علم القاضي المصري بمضمونه لأنه قانون غريب عنه، لذلك فقد ألزمت القاضي بتطبيقه من تلقاء نفسه إذا كان يعلم مضمونه، لكن إذا لم يكن يعلمه

---

[١] انظر في ذلك الدكتور هشام صادق: المطول في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ٤٢٨ ومابعدها، وانظر أيضا لنفس المؤلف مركز القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، مرجع سابق، فقرة ١٦٤

[٢] راجع في ذلك بصفة أساسية المرجع السابق، فقرة ٢١٧، وراجع أيضاً الدكتور محمد كمال فهمي: رقابة المحكمة العليا على تطبيق القانون الأجنبي في نطاق التنازع الدولي للقوانين، مجلة القانون والاقتصاد، العدد الثاني، السنة الثالثة والثلاثون، جامعة القاهرة، سبتمبر ١٩٦٣، ص ٣٥٦، وانظر في هذا الفقه بالتفصيل أيضاً:

Audit (B): Droit international privé, Economica, ٢em édition, ١٩٩٧, p ٢٥٥ et s.

فيقع على عاتق الخصوم مهمة كشف مضمونه للقاضي، كما يلتزم هذا الأخير ببذل العناية اللازمة للكشف عن مضمون هذا القانون[1].

على أن جانباً أخراً من الفقه يرى أن القاضي الوطني يظل ملتزماً بتحقيق نتيجة في الكشف عن مضمون القانون الأجنبي، فالمشرع قصد من وراء وضعه قواعد الإسناد تحقيق نتيجة معينة وهي تطبيق القانون المختص وفقاً لقواعد الإسناد، والتزام القاضي بتحقيق نتيجة لا يعد تجاهلاً للاعتبارات العملية، فقد يستحيل على القاضي عملاً أن يتوصل إلى مضمون القانون الأجنبي لأسباب لا دخل لإرادته فيها، وبالتالي فإنه يبرئ من هذا الالتزام[2].

وعلى هذا النحو يعترف أنصار هذا الاتجاه بالطبيعة القانونية للقانون الأجنبي، لكنهم في نفس الوقت يضعون في اعتبارهم الطبيعة الأجنبية له، وبالتالي يسلمون بالصعوبات العملية التي ستواجه القاضي عند تطبيقه، مما يبرر لهم التعامل معه بشكل مختلف من الناحية

---

[1] راجع في هذا الحكم وغيره من الأحكام المماثلة الدكتور هشام صادق: المطول في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص٤٢٩ ومابعدها، وبعد صدور هذا الحكم استقرت أحكام المحاكم المصرية على هذا الاتجاه، فقد قضت محكمة الاسكندرية الابتدائية (دائرة الأحوال الشخصية للمسلمين غير المصريين في القضية رقم ٨ لسنة ٨٤ جلسة ١٩٨٤/٩/٢٠) بتطبيق القانون النمساوي على أهلية الزوجة للزواج باعتباره القانون الواجب التطبيق بمقتضى قاعدة الإسناد، وجاء في حيثيات المحكمة " وحيث إن القانون النمساوي المتعين تطبيقه بالنسبة للأهلية معلوم لهذه المحكمة"، وفي قضية أخرى لنفس المحكمة والدائرة تصدت تلك الأخيرة لتطبيق القانون السعودي من تلقاء نفسها بعد أن عجزت الزوجة السعودية عن اثبات مضمونه، وجاء في الحكم " أن المحكمة تأخذ بالرأي الفقهي الذي يرى أن عدم افتراض علم القاضي بالقوانين الأجنبية لايعفيه من الالتزام بالبحث عن مضمونها"، وراجع أيضاً في تكييف التزام القاضي بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي على أنه التزام ببذل عناية:

Benedicte (FAUVARQUE-COSSON): Conflits de lois, Le juge français et le droit étranger, Receuil de Dalloz, ٢٤ février ٢٠٠٠, N٨, p ١٢٩

[2] انظر في ذلك الدكتور محمد كمال فهمي: المرجع السابق، ص ٤٨

الإجرائية عن معاملة القانون الوطني، ذلك الأخير الذي يفترض علم القاضي به مطلقاً[1].

وقد ناصرت محكمة النقض المصرية هذا الاتجاه في حكمها الصادر عام ١٩٨٤كما سبق وذكرنا، حيث ذهبت إلى أن القانون الأجنبي يعتبر قانون يقع على القاضي عبء تحديد مضمونه، لكنها أقرت صعوبة افتراض علم القاضي به فاتخذت موقفاً متوازناً بين إلزامه بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي وبين إلزام الخصوم وحدهم بذلك، فألقت بهذا العبء على القاضي في حالتين فقط وهما :

- إذا كان القانون الأجنبي المراد تطبيقه قد استقى أحكامه من القانون المصري
- إذا كان القانون الأجنبي المراد تطبيقه قد استقى منه المشرع المصري أحكامه.

أما في غير تلك الحالات فيجب على الخصوم اثبات مضمونه للقاضي المصري، ليس لأن هذا القانون واقعة إنما لأن القاضي لا يفترض فيه العلم بمضمونه[2].

وقد أخذ بهذا الاتجاه أيضاً المشرع الألماني حيث نص في المادة ٢٩٣ من قانون المرافعات على اعتبار القانون الأجنبي في منزلة العرف الداخلي بالنسبة للقاضي الألماني، أي أن القانون الأجنبي يأخذ نفس حكم العرف، باعتباره المصدر الثاني للقانون الألماني، والذي يفترض علم القاضي به، باعتباره جزء من هذا القانون، فإذا لم يكن يعلمه، جاز للخصوم اثبات وجوده للقاضي[3].

---

[1] راجع في هذا الاتجاه الدكتور هشام صادق: مركز القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، مرجع سابق، ص ٢٦٣، وانظر أيضاً حكم لمحكمة النقض الفرنسية في ٢٠٠٦ مقارب لهذا الاتجاه:

Cour de cassation ١re Ch.civ, ٢١ novembre ٢٠٠٦, Note Horatia Mur Watt, Rev.Crit.DIP, N٣, Dalloz, Paris, Juillet-septembre ٢٠٠٧, pp٥٧٥-٥٨٤

[2] راجع في موقف محكمة النقض المصرية الدكتور هشام صادق: المطول في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص٤٢٩ ومابعدها، وراجع أيضاً الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة: الأصول في التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية، ٢٠٠٨، ص٥٠٨ ومابعدها

[3] انظر في ذلك سيهام عكوش: المرجع السابق، ص٨٩

المطلب الثاني

موقف المشرع البحريني

من مسألة طبيعة القانون الأجنبي واثباته

نصت المادة ٦ القانون رقم ٦ لسنة ٢٠١٥ بشأن تنازع القوانين في المسائل المدنية والتجارية ذات العنصر الأجنبي على أنه " أ- يجب على أطراف النزاع تقديم نصوص القانون الواجب التطبيق، فإذا لم تقدم نصوص ذلك القانون جاز اعتبار القانون البحريني هو الواجب التطبيق. ب- يجوز لأطراف النزاع أن يقدموا أمام الجهة التي تنظر النزاع ما يؤيد دفاعهم أو دفوعهم من أحكام قضائية و أراء فقهية حول نصوص القانون الواجب التطبيق . ج- على الجهة التي تنظر النزاع أن تراعي مبادئ تطبيق وتفسير القانون الواجب التطبيق، إذا كان أطراف النزاع قد قدموا تلك المبادئ. د- في حالة اختلاف أطراف النزاع حول مضمون القانون الواجب التطبيق، يجب على الجهة التي تنظر النزاع أن تحدد القانون الواجب التطبيق قبل التصدي لموضوع النزاع ".

وإذا كان النص السابق يعبر عن الموقف الذي تبناه المشرع بخصوص القانون الأجنبي في مسائل المعاملات المالية، فإن الأمر يختلف تماماً بخصوص مسائل الأحوال الشخصية، والتي يحكمها حتى الآن قواعد الإسناد الواردة في قانون المرافعات البحريني رقم ١٢ لسنة ١٩٧١.

وعلى هذا النحو يجب أن نقسم دراستنا إلى طبيعة القانون الأجنبي واثباته في مسائل المعاملات المالية أمام القاضي البحريني ، وطبيعته واثباته في مسائل الأحوال الشخصية أمام هذا القاضي، ليأتي تقسيم هذا المطلب كالتالي:

الفرع الأول: طبيعة القانون الأجنبي واثباته في مسائل المعاملات المالية أمام القاضي البحريني.

الفرع الثاني: طبيعة القانون الأجنبي واثباته في مسائل الأحوال الشخصية أمام القاضي البحريني.

الفرع الأول

طبيعة القانون الأجنبي واثباته في مسائل المعاملات المالية أمام القاضي البحريني

القانون الأجنبي هو واقعة مادية في مسائل المعاملات المالية:

انتصر القانون البحريني رقم ٦ لسنة ٢٠١٥ للنظرية القديمة التي ترى في القانون الأجنبي مجرد واقعة مادية يجب على الخصوم اثباتها أمام القاضي، حيث يتضح لنا من نص المادة ٦ المشار إليه سابقاً، أن المشرع البحريني أوجب على الخصوم تقديم نصوص القانون الأجنبي للقاضي البحريني، ورفع عن عاتق القاضي مهمة البحث عن مضمون هذا القانون وألقاها على عاتق الخصوم، بل أنه رتب جزاءً عليهم إذا لم يفلحوا في تقديم نصوص القانون الأجنبي للقاضي البحريني، ألا وهو تطبيق القانون البحريني، وهو بذلك يسهل من مهمة القاضي البحريني، الذي سيقتصر دوره في قضايا العلاقات الخاصة الدولية على انتظار تمسك أحد الأطراف بالقانون الأجنبي وتقديم نصوصه له، فإذا لم ينجح أحدهم في ذلك، فسوف يطبق القانون البحريني مباشرة على النزاع[١].

وعلى هذا النحو فإن نظرة المشرع البحريني للقانون الأجنبي كانت تقوم على اعتباره مجرد واقعة مادية، حيث لم تفترض في القاضي العلم بمضمونه، بل ولم تجعل له أي دور في البحث عن مضمونه، وألقت المهمة كلها على عاتق الخصوم.

ويتفق موقف القانون البحريني الجديد للتنازع في مشكلة القانون الأجنبي مع موقف محكمة التمييز البحرينية والذي أعلنت عنه في عام ١٩٩٧، فقد أقرت في حكم لها صادر في هذا التاريخ أن القانون الأجنبي هو مجرد واقعة يجب على الخصوم إثباتها، وقد جاء في هذا الحكم :

" لما كانت المنازعة بين الطرفين قد انحصرت فيما تمسكت به المطعون ضدها من ثبوت الجنسية الإيرانية للطاعن الأول، ومنازعة الطاعنين في ذلك، وكان من حقهم نفي الوقوع في حالة من حالات الجنسية المنصوص عليها في القانون الإيراني، فإن لازم ذلك الرجوع

---

[١] راجع في ذلك مؤلفنا السابق الاشارة اليه ص٩٦ ومابعدها.

إلى ذلك القانون لمعرفة الشروط التي يتطلبها للتمتع بالجنسية الإيرانية ومدى وجود الأب في حالة من حالات الجنسية الواردة به، وإذا كان المذكور لا يعدو وأن يكون واقعة يتعين على الخصوم اثباتها، وكان من البين من الأوراق أن الطاعنين باعتبارهما المكلفين بإثبات دعواهم بنفي الجنسية الإيرانية عن الأب، لم يقدما نصوص القانون المذكور كي يتم التحقق من أنه لا يعد إيراني الجنسية وفقاً لنصوصه وأحكامه، فإنه لا يترتب على الحكم المطعون فيه التفافه عن طلبها إحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات مدعاهما بشهادة الشهود"[١].

كما يتفق موقف محكمة التمييز البحرينية مع الموقف المستقر لمحكمة النقض الفرنسية والتي تلقي عبء إثبات مضمون القانون الأجنبي على عاتق الخصوم، دون أن تفترض علم القاضي به[٢]، وذلك في الحقوق القابلة للتصرف فيها، والتي ترتكز معظمها على المعاملات المالية، وهو اتجاه يتسق بالتأكيد مع موقفها من قاعدة الإسناد والتي ينظر إليها باعتبارها قاعدة غير ملزمة تتوقف على تمسك الخصوم بها.

مدى سلطة القاضي البحريني في تطبيق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه إذا كان عالماً بمضمونه:

سبق لمحكمة النقض الفرنسية أن تعرضت لهذه المسألة وأكدت على سلطة القاضي الفرنسي في تطبيق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه إذا كان عالماً بمضمونه، ويبدو أن محكمة النقض الفرنسية تعامل القانون الأجنبي نفس المعاملة التي يلقاها العرف في القانون الداخلي، بحيث يطبقه القاضي إذا كان يعلم مضمونه دون حاجة لانتظار اثبات الخصوم له[٣].

ومن جانبنا نرى أنه يجوز للقاضي البحريني أن يطبق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه إذا كان عالماً بمضمونه، ودون انتظار تقديم الأطراف لهذا المضمون، وهو الأمر الذي يمكن استخلاصه من عبارة

---

[١] الحكم صادر في الطعن رقم ٢٠ لسنة ١٩٩٧، قاعدة ٥٥، مجموعة أحكام التمييز- السنة الثامنة ١٩٩٧، ص ٢٥٠-٢٥٢، مشار إليه لدى الدكتور عوض الله شيبة: المرجع السابق، ص١٤٠

[٢] راجع:

Loussouarn (Y), Bourel (P), Pascal de Vareilles-Sommières : Op.cit, p٣٤٠ et s

[٣] انظر المرجع السابق ص ٣٤٠ ومابعدها.

الفقرة أ من المادة ٦ من القانون البحريني للتنازع والتي نصت على أنه"... فإذا لم تقدم نصوص ذلك القانون جاز اعتبار القانون البحريني هو الواجب التطبيق على موضوع النزاع"، حيث يتضح من عبارة النص أن المشرع استخدم لفظ الجواز لوصف سلطة القاضي البحريني في تطبيق القانون البحريني في حالة عدم تقديم الأطراف لنصوص القانون الأجنبي، وطالما أن سلطته جوازية إذاً فهو يملك أيضاً ألا يطبق القانون البحريني رغم عدم تقديم الأطراف لنصوص القانون الأجنبي، وذلك في الحالة التي يعلم فيها هو بمضمون القانون الأجنبي من تلقاء نفسه.

ويبدو لنا أن منح القاضي البحريني سلطة تطبيق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه إذا كان عالماً بمضمونه، هي مسألة تتفق مع المنطق القويم، ذلك أن تمسك الأطراف بتطبيق القانون الأجنبي يترتب عليه تحول قاعدة الإسناد إلى قاعدة ملزمة على نحو ما أسلفنا من قبل، وبالتالي فإن استبعاد نصوص هذا القانون يجب أن يكون في أضيق الحدود، وطالما أن القاضي يعلم بمضمون هذا القانون فيجوز له أن يطبقه من تلقاء نفسه، ودون أن ينتظر تقديم الأطراف لنصوص هذا القانون[١].

ويمكن لهذا الحل أن يجد مجالاً للتطبيق في كثير من الحالات التي يكون فيها القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة عربية يقترب نظامها القانوني من النظام القانوني لمملكة البحرين، حيث يمكن للقاضي البحريني في هذه الحالة أن يكون عالماً بنصوص قانون تلك الدولة، مثل القانون الإماراتي، والقانون الكويتي ، وكذلك القانون المصري.

على أن جانب من الفقه قد انتقد هذه الحلول ، وذلك استناداً إلى أنها ستؤدي إلى تضارب في الأحكام القضائية، نظراً لأن معرفة القاضي بالقانون الأجنبي هي مسألة شخصية تتوقف على دراسة القاضي وثقافته القانونية، والتي تختلف من قاضي لآخر، كما أنها بذلك يمكن

---

[١] وهو نفس موقف القضاء المصري، راجع في ذلك الدكتور هشام صادق: المطول في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص٤٢٧ ومابعدها، وانظر أيضاً في عرض هذا الاتجاه الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة: المرجع السابق، ص٥١٢ ومابعدها.

أن تدخل في نطاق الحظر الخاص بعدم جواز ان يحكم القاضي بعلمه الشخصي.[1].

ورغم قوة الانتقادات السابقة إلا أنها لا تعطل في تقديرنا من منح القاضي سلطة تطبيق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه إذا كان عالماً به، ذلك أن ما قيل في الفقرة السابقة يصدق أيضاً بشأن العرف، فقدرة القاضي الوطني على معرفة مضمون العرف في القانون الداخلي تختلف أيضاً من قاضي لآخر وتتعلق بالعلم الشخصي للقاضي بمضمون العرف، ومع ذلك لم يقل أحد أبداً بمنع القضاة من تطبيق العرف من تلقاء أنفسهم إذا كانوا يعلمونه، وعلى ذلك يبقى دائماً للقاضي الوطني أن يطبق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه إذا كان عالماً بمضمونه.

المشرع البحريني يحدد بعض طرق إثبات القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني:

حدد المشرع البحريني بعض الطرق التي يمكن للأطراف أن يثبتوا بها مضمون القانون الأجنبي للقاضي البحريني، ومنها تقديم الأحكام القضائية الصادرة في دولة القانون الأجنبي المراد الكشف عن أحكامه، وكذلك الأراء الفقهية المفسرة لنصوص القانون، وذلك حتى يتمكن القاضي البحريني من فهم مضمون القانون الأجنبي ومعرفة دلالته.

وعلى ذلك فقد ألزم المشرع البحريني القاضي بأن يطبق القانون الأجنبي وفقاً لما أثبته الخصوم، أي وفقاً للشروح الفقهية التي قدموها، وكذلك الأحكام القضائية المفسرة لنصوص هذا القانون، وهي بالطبع الأحكام الصادرة عن محاكم دولة القانون الأجنبي، وهو موقف يتوافق مع الاتجاهات الفقهية والتشريعية الحديثة التي ترى أن القاضي الوطني إذا طبق قانوناً أجنبياً فإنه يجب أن يطبقه وفقاً لمبادئه التي قام عليها وأحكامه القضائية المفسرة له، إذ القول بغير ذلك معناه أن يطبق القاضي الوطني القانون الأجنبي وفقاً لمفاهيم قانونه الوطني وهو ما قد يؤدي إلى مسخ وتشويه مضمون القانون الأجنبي.

ولكن ماذا لو أثبت الأطراف نصوص القانون الأجنبي لكنهم لم ينجحوا في إثبات الشروح الفقهية والأحكام القضائية والمبادئ الحاكمة للقانون الأجنبي؟ هنا سيكون القاضي البحريني غير ملزم بتطبيق

---

[1] راجع في عرض هذا الرأي الدكتور هشام صادق: مركز القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، مرجع سابق، فقرة ١٨٣، وكذلك لنفس المؤلف المطول في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ٤٢٢ ومابعدها.

القانون الأجنبي وفقاً لتلك الشروح والأحكام والمبادئ، بل يجوز له- وفقاً لظاهر نص المادة ٦- أن يطبق القانون الأجنبي وفقاً لمبادئ القانون البحريني[١]، وهو أمر يخالف التوجهات الفقهية والتشريعية والقضائية الحديثة، والتي تلزم القاضي الوطني بتطبيق القانون الأجنبي وفقاً لمبادئ هذا القانون[٢]، ذلك أن تطبيق القاضي الوطني لقانون أجنبي مستخدماً مبادئ قانونه الوطني سيؤدي إلى مسخ القانون الأجنبي وتشويهه، بل وأحياناً تطبيقه بشكل لا يحقق العدالة[٣].

وعلى هذا النحو نأمل من المشرع البحريني أن يعيد النظر في نص المادة ٦ من هذا القانون، ليتخذ موقفاً وسطاً بين دور القاضي السلبي والتزام الخصوم الإيجابي بإثبات كل ما يتعلق بالقانون الأجنبي، بحيث يلزم القاضي البحريني بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي بمعاونة الخصوم، وبتطبيق القانون الأجنبي وفقاً لمبادئ هذا القانون في جميع

---

[١] اتجه جانب من الفقه الفرنسي القديم إلى ان القاضي الوطني يجب أن يطبق القانون الأجنبي وفقاً للشروح والتفسيرات السائدة في قانونه، وذلك على أساس أن القانون الأجنبي إذا تقرر تطبيقه وفقاً لقاعدة الإسناد الوطنية فإنه يندمج مع القانون الوطني ويصبح جزءً منه، وبالتالي يتقيد القاضي في تفسيره بالقواعد السائدة في قانونه، راجع في ذلك :

Batiffol (H), Lagarde (P): Op.cit, p٣٨٨

ويلاحظ أن هناك اتجاه في الفقه الأمريكي الحديث يرى أن القاضي يمكنه أن يطبق القانون الأجنبي وفقاً لمفاهيم القانون الوطني، وذلك استناداً إلى حركة التقارب بين القوانين في العصر الحديث، والتي قامت بصفة خاصة في مجال القانون الخاص، والتي ستمنع حدوث تشويه أو مسخ للقانون الأجنبي عند تفسيره وفقاً لمفهوم القانون الوطني، راجع في ذلك:

Matthew.J. Wilson: Op.cit, p٣٤

[٢] راجع في ذلك:

Loussouarn (Y), Bourel (P), Pascal de Vareilles-Sommières: Op.cit, p٣٤٠ et s

[٣] راجع في ذلك الدكتور هشام صادق: المطول في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص٤٥٣، وانظر أيضاً في ذلك:

Benedicte (FAUVARQUE-COSSON): Op.cit, p١٣١

وراجع أيضاً:

Lequette (Y): Op.cit, p٣١٥-٣٢٧

وانظر كذلك الدكتور هشام صادق: مركز القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، مرجع سابق، ص ٥٠٥

الحالات، فلا ينتظر تقديم الخصوم لهذه المبادئ بل عليه أن يبحث عن مضمونها ولو طلب الاستعانة بالخبرة في ذلك .

المشرع البحريني يجعل من عدم إثبات الأطراف لنصوص القانون الأجنبي أو خلافهم حول مضمونه سبباً في استبعاد هذا القانون:

رتب المشرع البحريني جزاءاً هاماً ألا وهو استبعاد القانون الأجنبي المسند إليه من التطبيق على موضوع النزاع في الحالات التالية:

١-إذا لم يثبت أطراف النزاع نصوص القانون الأجنبي الواجب التطبيق أمام القاضي البحريني، فهنا يجوز له أن يستبعد هذا القانون، ولم يبين نص المادة ٧ من قانون تنازع القوانين المهلة التي يجب على الأطراف خلالها تقديم نصوص القانون الأجنبي للقاضي قبل أن يقرر الاستبعاد، ولذلك فهي مسألة راجعة لتقدير القاضي في كل حالة على حدة.

٢- إذا أثبت الأطراف نصوص القانون الأجنبي إلى القاضي البحريني، لكنهم اختلفوا حول مضمونه بحيث قدم كل منهما نصوصاً مختلفة للقاضي، هنا يجوز له أن يقرر استبعاد هذا القانون بقرار مسبب يعلنه للأطراف ومن ثم يمنحهم أجلاً للرد عليه، وبعد أن يتلقى القاضي رد الخصوم على قرار الاستبعاد، يقرر بعدها ما إذا كان سيستمر في قراره أم سيعدل عنه، فإذا عدل عن قراره، فإنه سيطبق القانون الأجنبي في هذه الحالة، وقد يعدل عن قراره إذا تضمن رد الخصوم ازالة للخلاف الذي كان بينهم حول مضمون القانون الأجنبي بحيث قدموا له مضموناً موحداً لهذا القانون ، أما إذا لم يقتنع القاضي برد الخصوم بحيث لم يتفقوا على مضمون محدد للقانون الواجب التطبيق، هنا سيستمر القاضي في قراره وسيقرر استبعاد هذا القانون بشكل نهائي.

استبعاد القانون الأجنبي بسبب عدم إثبات نصوصه أو الخلاف على مضمونها يترتب عليه تطبيق القانون البحريني:

في الحالتين السابقتين إذا قرر القاضي البحريني استبعاد القانون الأجنبي فإنه سيطبق بدلاً منه القانون البحريني، وهو موقف يتسق مع المعاملة التي قررها المشرع البحريني للقانون الأجنبي، باعتباره واقعة مادية لا يفترض في القاضي العلم بها بل يجب على الخصوم اثباتها، حيث إذا فشلوا في ذلك فإنه يتعين عليه العودة مرة أخرى إلى القانون الوطني، دون أن يحاول البحث عن قانون أجنبي آخر قريب.

فلو كان المشرع البحريني قد أقر معاملة أخرى للقانون الأجنبي، من خلال النظر اليه باعتباره قانون كما هو الحال في مصر، ففي تلك الحالة كان سيعتبر قد ألزم قاضيه الوطني بالبحث عن مضمون هذا القانون، لذا فعليه أن يبحث عن حلول أخرى عند استحالة الوصول إلى مضمون القانون الأجنبي، ذلك أن البحث عن مضمون القانون الأجنبي أصبح التزاماً علي عاتق القاضي فإذا فشل في الوصول إلى أحكامه، لا يمكن أن يترتب على ذلك معاقبة الخصوم بتطبيق قانونه الوطني، بل يقر الفقه بعض الحلول التي يمكن من خلالها البحث عن قانون أجنبي آخر يلائم النزاع، دون العودة مرة أخرى لقانون القاضي، فمنهم من قال بتطبيق المبادئ العامة للقانون ، ومنهم من نادى وبحق بتطبيق القانون الأقرب صلة بالعلاقة وفقاً لرؤية القاضي[1].

أما وقد قرر المشرع البحريني إلقاء عبء اثبات القانون الأجنبي على عاتق الخصوم دون أي التزام على عاتق القاضي البحريني، فإن فشل الخصوم في ذلك، سيترتب عليه فوراً العودة إلى قانون القاضي دون محاولة البحث عن قانون أجنبي آخر.

إفلات مسألة تفسير القانون الأجنبي من رقابة محكمة التمييز البحرينية:

مسايرة لمنطق المشرع البحريني المبني على اعتبار القانون الأجنبي مجرد واقعة مادية يجب على الخصوم اثباتها، فسوف يترتب على ذلك إفلات مسألة تفسير هذا القانون من رقابة محكمة التمييز، نظراً لأن تلك الأخيرة لا تراقب سوى تطبيق المحكمة للقانون دون الوقائع.

ولعل هذا الاتجاه الأخير يماثل ما استقرت عليه أحكام محكمة النقض الفرنسية، والتي استقرت على مد رقابتها إلى تفسير محكمة الموضوع لقاعدة الإسناد، باعتبار أن هذه الأخيرة هي قاعدة قانونية

---

[1] **راجع الدكتور هشام صادق: مركز القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، مرجع سابق، فقرة٢٩١، وانظر أيضاً الدكتور عكاشة عبد العال: تطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي اللبناني، مجلة الدراسات القانونية، كلي الحقوق جامعة بيروت العربية، بيروت، المجلد الثاني، العدد الأول، ١٩٩٨، ص ٤٤، وراجع أيضاً الدكتور محمد وليد المصري: الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة للقانون الأردني مع التشريعات العربية والقانون الفرنسي، حامد للنشر والتوزيع، عمان ، ٢٠٠٢، ص ٢٦٠ ومابعدها، وانظر أيضاً:**
Benedicte (FAUVARQUE-COSSON): Op.cit, p ١٢٨

وطنية تنتمي لقانون القاضي، لكنها رفضت بسط رقابتها على مسألة تفسير محكمة الموضوع للقانون الأجنبي باعتباره واقعة مادية تخرج عن حدود مهمة محكمة النقض[١].

وقد انتقد الفقه الفرنسي موقف محكمته العليا، فمنهم من أسس نقده على النظريات الإيطالية التي تدمج القانون الأجنبي في قاعدة الإسناد الوطنية، وبالتالي تعتبره جزءً لا يتجزأ من النظام القانوني الوطني، الأمر الذي يتوجب معه إخضاعه لرقابة محكمة النقض[٢].

بينما انتقد جانب آخر من الفقه الفرنسي موقف محكمة النقض الفرنسية، مستنداً في ذلك إلى عدم وجود فارق بين مسألة تفسير قاعدة الإسناد والتي تراقبها المحكمة، ومسألة تفسير القانون الأجنبي والتي تفلت من رقابة المحكمة، حيث إن خطأ محكمة الموضوع في تفسير القانون الأجنبي يعتبر خطأً في تفسير قاعدة الإسناد ذاتها، لأنه سيؤدي إلى تطبيق نتائج تتجاوز الحكمة من الإسناد[٣].

غير أن محكمة النقض الفرنسية استمرت – رغم الانتقادات -في تكريس اتجاهها السابق نحو استبعاد مسألة تفسير القانون الأجنبي من رقابتها، وهو ما جعل بعض الفقه الفرنسي يحاول أن يبرر مسلك محكمته العليا بأفكار أخرى تستند إلى الجوانب العملية أحياناً مثل القول بأن تصدي تلك المحكمة لرقابة تفسير القانون الأجنبي يعرضها لتحريات واقعية في سبيل البحث عن مضمون هذا القانون وهو ما يخرج عن نطاق سلطتها[٤].

---

[١] راجع في ذلك الدكتور محمد كمال فهمي: المرجع السابق، ص ٥٧، وانظر أيضاً بالتفصيل:

Loussouarn (Y), Bourel (P), Pascal de Vareilles-Sommières: Op.cit, p٣٤٥ et s

=وراجع أيضاً:

Audit (B): Op.cit, p٢٥٥ et s

[٢] انظر الدكتور هشام صادق: المطول في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص٤٦٠

[٣] انظر:

Loussouarn (Y), Bourel (P), Pascal de Vareilles-Sommières: Op.cit, p٣٤٥ et s

[٤] راجع الدكتور هشام صادق: المطول في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص٤٦٢

بينما يختلف موقف محكمة النقض المصرية عن مثيلته في فرنسا، حيث اتجهت تلك المحكمة إلى فرض رقابتها على تفسير القانون الأجنبي، ولعل هذا الموقف يتسق مع توجهاتها بشأن معاملة القانون الأجنبي على أنه قانون ذو صفة أجنبية[1].

وبعد عرض موقف القانون البحريني بخصوص المعاملة التي يلقاها القانون الأجنبي، بقي أن نتساءل عن الدافع أو الأساس الذي دفع المشرع البحريني إلى إقرار مثل تلك المعاملة لهذا القانون.

مبدأ سلطان الإرادة هو الأساس الفلسفي للمعاملة التي قررها المشرع بشأن اثبات القانون الأجنبي في مسائل المعاملات المالية:

سبق وذكرنا أن موقف المشرع البحريني من مشكلة إثبات القانون الأجنبي يقوم على اعتبار القانون الأجنبي مجرد واقعة مادية يجب على الخصوم إثباتها، فلقد ألقى المشرع بمهمة الكشف عن مضمون القانون الأجنبي كلها على عاتق الخصوم، دون أي تدخل من جانب القاضي البحريني، وهو ما ينذر بخطورة تحريف مضمون القانون الواجب التطبيق من قبل الخصوم دون علم القاضي، أو يجعل من الخصوم صناعاً للقانون الذي يحكمهم، كما أنه يزيد من مسئولياتهم بالقاء مهمة تقديم القانون الأجنبي للقاضي حيث قد يفشلوا في ذلك نظراً لعدم احتراف من يمثلهم أمام القاضي خاصة في قضايا الأحوال الشخصية والتي لا يفترض في أطرافها الاحتراف.

وقد يختلف الأطراف أمام القاضي حول مضمون القانون الأجنبي، وفي كل الحالات السابقة سوف يمتنع القاضي عن تطبيق القانون الأجنبي المسند إليه ويطبق القانون البحريني، بل أنه إمعاناً من المشرع في تكريس الدور السلبي للقاضي البحريني في تلك القضايا أجاز له تطبيق القانون الأجنبي وفقاً لمبادئ القانون البحريني، وذلك في حال عدم تمكن الخصوم من اثبات مبادئ القانون الأجنبي المسند إليه، وهو ما يهدد قاعدة الإسناد ذاتها ويجعلها مرهونة بنجاح الخصوم في مهمتهم، ويجعل من موقف القاضي البحريني سلبياً جداً في إدارة قضايا تنازع القوانين.

وإن جاز لنا أن نبحث في الأساس الفلسفي الذي بنى عليه المشرع البحريني توجهاته بشأن معاملة القانون الأجنبي، فإنه يجب أن نؤكد بداءةً أن اعتبار القانون الأجنبي مجرد واقعة مادية لم يكن هو أساس

---

[1] انظر المرجع السابق ص٤٦٤

تلك المعاملة، بل الصحيح أنه نتيجة مترتبة على أساس آخر يمكن استخلاصه من النظر إلى مجمل نصوص القانون البحريني للتنازع.

فإذا نظرنا إلى نص المادة ٦ و٧ من قانون تنازع القوانين البحريني، يمكن أن نستنتج أن المشرع قد جعل تطبيق قاعدة الإسناد منذ البداية رهيناً برغبة الخصوم أو أحدهم، حيث لا تسري قاعدة الإسناد من الأساس إلا إذا تمسك الخصوم أو أحدهم بتطبيق القانون الأجنبي المسند إليه، كما أنه وفي المرحلة الثانية وبعد تمسك أحدهم بتطبيق القانون الأجنبي جعل إثبات مضمونه مبنياً على إرادة الخصوم أيضاً، فهم من يقدمونه للقاضي بالمضمون الذي يتفقون عليه حتى لو لم يكن صحيحاً، وهم من يجب عليهم أن يفسروا للقاضي مبادئ هذا القانون، دون أي تدخل من القاضي في ذلك، وكأنهم هم من يصيغون أحكام هذا القانون، وهو ما يجعل مسلكهم هنا أقرب لصياغة شروط تعاقدية أكثر منه تقديم لنصوص قانونية، كل ذلك يظهر حقيقة قصد المشرع البحريني من النظر إلى نصوص القانون الأجنبي على أنها مجرد شروط تعاقدية يجب على الخصوم الاتفاق على تطبيقها ومن ثم اثباتها أمام القاضي كأنها وقائع، وهو الموقف الذي يتفق مع الاتجاه الليبرالي في القانون الدولي الخاص المعاصر، الذي يقوم على مبدأ سلطان إرادة الأطراف في تحديد القواعد الحاكمة لنزاعهم، وهو اتجاه تحيز له المشرع البحريني في بقية نصوص قانون تنازع القوانين البحرين المتعلقة بمسائل المعاملات المدنية والتجارية تحديداً.

الفرع الثاني

طبيعة القانون الأجنبي

واثباته في مسائل الأحوال الشخصية أمام القاضي البحريني

القانون الأجنبي هو قانون في مسائل الأحوال الشخصية:

على الرغم من أن محكمة التمييز البحرينية قد استقر موقفها على اعتبار القانون الأجنبي واقعة مادية في جميع القضايا حتى في مسائل الأحوال الشخصية، إلا أننا سبق وانتهينا إلى أن قواعد الإسناد في مسائل الأحوال الشخصية تظل ملزمة للقاضي البحريني من الناحية التشريعية، ويتعين عليه تطبيقها من تلقاء نفسه دون ان يتوقف ذلك على أي مسلك من جانب الخصوم، ذلك أن تلك القواعد وردت في قانون المرافعات رقم ١٢ لسنة ١٩٧١ ولم يحدد لها المشرع أي اشتراطات سوى كون النزاع دولياً وكونه متعلق بغير المسلمين، وعلى ذلك يصبح القاضي البحريني ملزماً -متى ثبتت أمامه دولية العلاقة من الوقائع - بتطبيق تلك القواعد من تلقاء نفسه، بما يستتبعها من تطبيق القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد.

وعلى هذا النحو، نرى أن القاضي البحريني يجب أن يلتزم بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي المختص بمقتضى قواعد الإسناد في مسائل الأحوال الشخصية، وذلك دون أن ينتظر أي مسلك من جانب الخصوم، فله أن يبحث عن مضمونها بكافة الوسائل، مثل شهادات الخبراء حول مضمون هذا القانون، أو الاستعانة بالسلطة القضائية في الدولة المراد تطبيق قانونها.

ولعل تقدم التكنولوجيا ووسائل الاتصال قد يساعد القضاة كثيراً في بحثهم عن مضمون القانون الأجنبي المختص، ولهم أيضاً أن يطلبوا من الخصوم معاونتهم في ذلك على نحو ما فعل القضاء الألماني والايطالي في عدد من القضايا.

الخاتمة

نحو إعادة صياغة مركز القانون الأجنبي أمام القاضي البحريني في كافة أنواع المنازعات:

انتهينا فيما سبق إلى أن القاضي البحريني ستختلف معاملته للقانون الأجنبي بحسب نوع القضية التي ينظرها، فإذا كانت من المعاملات المالية فسوف يعامل القانون الأجنبي معاملة الوقائع، وبالتالي يتعين على الخصوم اثبات مضمونه له، وإذا كانت من الأحوال الشخصية فسوف يعامل القانون الأجنبي على أنه قانون، وبالتالي يتعين عليه أن يبحث هو عن مضمونه، وذكرنا أيضاً أن هذا الموقف يتفق واتجاه محكمة النقض الفرنسية المستقر على التفرقة بين الحقوق القابلة للتصرف مثل المعاملات المالية والتي لا يلزم القاضي فيها بقاعدة الاسناد إلا إذا تمسك الخصوم بها، وبالتالي لا يلزم أيضاً بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي بل يكلف الخصوم باثباته، وبين الحقوق غير القابلة للتصرف فيها مثل الأحوال الشخصية والتي يلزم القاضي الفرنسي فيها بتطبيق قاعدة الإسناد من تلقاء نفسه، وبالتالي يكلف هو بتحديد مضمون القانون الأجنبي.

بينما يختلف موقف المشرع البحريني ومن قبله محكمة التمييز عن موقف كل من المشرع الايطالي والأمريكي والألماني، والذين جعلوا – كما سبق وذكرنا- من القانون الأجنبي قانوناً في جميع أنواع المنازعات، وبالتالي يلزم القاضي بالبحث عن مضمونه بمعاونة الخصوم وبالاستعانة بكافة الوسائل الممكنة.

وعلى هذا النحو ستتلخص توجهاتنا في هذا البحث فيما يلي :

أولاً: نحو إلزامية قاعدة الإسناد البحرينية في جميع أنواع المنازعات : جعل المشرع البحريني ومن قبله محكمة التمييز من قاعدة الإسناد قاعدة اختيارية غير ملزمة للقاضي الوطني، فلا يطبقها إلا إذا تمسك الخصوم أو أحدهم بها، وبذلك تتوقف إلزامية قاعدة الإسناد على إرادة الخصوم كما سبق وذكرنا من قبل، فالمشرع البحريني احترم رغبة الخصوم المشتركة في عدم طرح دولية العلاقة على القاضي والاكتفاء بتطبيق القانون البحريني مثل أي نزاع داخلي .

فمن ناحية أولى نرى أن المشرع البحريني قد جانبه الصواب في السياسة التي اتبعها من أجل احترام إرادة الخصوم، ذلك أن جعل قاعدة الإسناد اختيارية للخصوم تلغي الحكمة التي تغياها المشرع من قاعدة الإسناد، بل وتقضي على أي دور مستقبلي للمشرع في تبني غايات

موضوعية من خلال منهج الإسناد، فمن المعلوم أن قاعدة الإسناد التي يتبناها المشرع الوطني بخصوص فكرة معينة تعبر عن القانون الذي يرى فيه المشرع الوطني أنه سيحقق أهدافه الموضوعية التي يتغياها، مثلاً قاعدة الإسناد التي تشير إلى تطبيق قانون جنسية الزوج في مسائل آثار الزواج، يستهدف المشرع منها تحقيق غايات معينة يرى أنها ستكون متضمنة في قانون الزوج دون الزوجة، وهو اعتبار يعبر عن ثقافة المشرع البحريني الذي وضع قاعدة الإسناد[1].

ولا يصح التفرقة في إلزامية قاعدة الإسناد بين مسائل الأحوال الشخصية ومسائل المعاملات المالية، ذلك أن الحكمة التي تغياها المشرع عند وضعه لتلك القاعدة توجد في كلا النوعين من المنازعات، فهدف قاعدة الإسناد هو تحديد القانون الذي يراه المشرع الوطني الأقرب للنزاع المطروح من وجهة نظره، ووفقاً للأهداف التي يريد المشرع تحقيقها في كل نوع من أنواع العلاقات، فمثلاً في مسائل الأحوال الشخصية القاعدة التي وضعها المشرع البحريني والتي أسند فيها مسائل الولاية إلى قانون جنسية الشخص الذي تجب حمايته، هي قاعدة إسناد تعبر عن رؤية المشرع البحريني لمسائل الولاية، والتي تتمثل في أن إخضاعها لقانون دولة جنسية الشخص الخاضع للولاية سيحقق لهذا الأخير الحماية المطلوبة، كما أنه في مسائل المعاملات المالية فإن تبني المشرع البحريني لقاعدة تسند عقود الاستهلاك إلى قانون محل إقامة المستهلك، يمكن أن نستخلص منه بوضوح أن الحكمة من قاعدة الإسناد تلك هو تحقيق الحماية للمستهلك من خلال إخضاعه لقانون الدولة التي يعرف قانونها أكثر وهي دولة محل إقامته، وعلى ذلك فإن جعل قاعدة الإسناد اختيارية للقاضي البحريني يهدر الحكمة التي يتغياها المشرع البحريني من كافة قواعد الإسناد بلا تمييز بين مسائل الأحوال الشخصية و مسائل المعاملات المالية.

ومن ناحية أخرى فإن المشرع إذا أراد احترام رغبة أو إرادة الخصوم في عدم تدويل القضية والاكتفاء بالقانون الوطني، فكان من الممكن تضمين ذلك في منهج الإسناد ذاته، وذلك من خلال وضع قاعدة

---

[1] راجع الدكتور حسام شعبان: المساواة بين الرجل والمرأة في اطار قواعد الاسناد المتعلقة بمسائل الطلاق والتطليق، دراسة مقارنة في اطار القانون الدولي الخاص البحريني ونظيره الأوروبي، المجلة القانونية، مملكة البحرين، العدد٦، ٢٠١٦، ص٧٧ ومابعدها.

إسناد أصلية تقضي بحق الأطراف في اختيار القانون البحريني للانطباق على نزاعهم، أما معاملة نزاع دولي على أنه نزاع داخلي بناء على رغبة الخصوم، فهي مسألة تتضمن تحايلاً على وقائع الدعوى المعروضة أمام القاضي، والتي تكشف بوضوح دولية النزاع المطروح.

وعلى ذلك فنحن نفضل أن يجعل المشرع البحريني قاعدة الإسناد ملزمة للقاضي البحريني في كافة أنواع المنازعات، طالما ثبت لديه من الوقائع التي قدمها الخصوم أن النزاع ذو طبيعة دولية، وهو ما سيجعل القاضي ملزماً بتطبيق قاعدة الإسناد مباشرة بمجرد ثبوت الدولية، وإذا أراد المشرع احترام رغبة الخصوم في تطبيق القانون البحريني دون إخلال بالطبيعة الدولية للنزاع، فعليه أن يضيف نصاً يمنح للأطراف سلطة الاتفاق على تطبيق القانون البحريني في كافة المنازعات.

ثانياً: نحو إلقاء عبء تحديد مضمون القانون الأجنبي على القاضي البحريني في كافة المنازعات : لدينا رؤية مختلفة عما ذهب إليه المشرع البحريني في القانون الجديد، والذي كما ذكرنا من قبل جعل من قاعدة الإسناد قاعدة اختيارية غير ملزمة للقاضي الوطني، فلا يطبقها إلا إذا تمسك الخصوم أو احدهم بها، بل وجعل من أثر تلك القاعدة المتمثل في تطبيق القانون الأجنبي المسند إليه أيضاً ليس ملزماً للقاضي، طالما أن الخصوم لم ينجحوا في اثبات مضمون هذا القانون للقاضي البحريني.

ومن جانبنا نرى أن جعل قاعدة الإسناد اختيارية للخصوم، لا يفقدها صفتها الملزمة كقاعدة قانونية، بل يقربها إلى حد ما من القواعد المكملة التي يجوز للاتفاق الأطراف على عكسها أو السكوت وقبول الخضوع لأحكامها، فتلك القواعد تبقى ملزمة، لكنها أقل درجة في الإلزام من غيرها، حيث تتوقف إلزاميتها على شرط قبول الخصوم الخضوع لحكمها، تماماً مثل قاعدة الإسناد التي تتوقف إلزاميتها على تمسك الخصوم بها، فإذا تمسكوا بها تحولت لقاعدة ملزمة تماماً.

وعلى هذا النحو، فإن تمسك الخصوم بقاعدة الإسناد يحولها لقاعدة ملزمة للقاضي البحريني، وهذا ما يقتضي تحقيق أثرها مباشرة دون حاجة لشرط آخر، هذا الأثر الذي يتمثل في تطبيق القاضي للقانون الأجنبي الذي أشارت إليه دون حاجة لاشتراط مسلك معين من جانب الخصوم، وهذه هي النتيجة الطبيعية لإلزامية القاعدة القانونية، أن يطبقها القاضي الوطني من تلقاء نفسه، وبالتالي فإن تطبيق القاضي

البحريني لقاعدة الإسناد البحرينية يقتضي منه تطبيق القانون الأجنبي الذي أشارت إليه من تلقاء نفسه ودون حاجة لمسلك آخر من جانب الخصوم.

ولا يصح الاعتراض على ما سبق بالقول بأن القانون الأجنبي المسند إليه يشكل واقعة مادية مرتبطة بتطبيق القاعدة وليس جزءً من القاعدة، وبالتالي يخرج عن مضمون قاعدة الإسناد التي يلتزم القاضي بتطبيقها من تلقاء نفسه، ذلك أن الفقه مستقر على أن قاعدة الإسناد تتحلل إلى فكرة مسندة وضابط للإسناد وقانون مسند إليه، وبذلك يدخل هذا الأخير في مضمون القاعدة الملزمة التي يجب على القاضي أن يطبقها، ويفترض فيه العلم بأحكامه.

وبهذه المثابة، فإننا نرى وفقاً للتحليل السابق لقاعدة الإسناد أنه يجب إلقاء عبء تحديد مضمون القانون الأجنبي على القاضي البحريني، دون أن يطالب الخصوم بأي مسلك في هذا الشأن، بل أن عكس ذلك من تحويل عبء تحديد مضمون هذا القانون على الخصوم وحدهم دون تدخل من جانب القاضي، يعتبر تغييراً جوهرياً في وظيفة من وظائف القاضي الجوهرية ألا وهي تطبيق القانون، وهو الخطأ الذي وقع فيه المشرع البحريني بالفعل حيث جعل الخصوم ينفردون تماماً بتطبيق القانون الأجنبي، بل وجعلهم يقدمون للقاضي مضمونه دون أي تدخل منه ولو بالمراجعة، بل وحتى في حالة الاختلاف بينهم حول مضمون هذا القانون، فإن كل دور القاضي سيقتصر على منحهم مدة معينة من أجل الاتفاق على مضمون محدد لهذا القانون حتى ولو كان خاطئاً، مما سيؤدي كما سبق وذكرنا إلى مسخ القانون الأجنبي وتشويهه وفقاً لإرادة الخصوم، وبالتالي يفقد هذا القانون صفته كقانون ذو أهداف محددة، ويتحول إلى مجرد شروط تعاقدية بين الخصوم، وهو الأمر الذي يخل تماماً بحكمة منهج الإسناد.

وإذا كان المشرع البحريني قد استهدف بنهجه السابق الاصطفاف مع مبدأ سلطان إرادة الخصوم كما أشرنا من قبل، وذلك من خلال تركهم يحددون مضمون القانون الأجنبي بإرادتهم دون أي تدخل من القاضي، فإن هذا النهج لم يكن هو الطريق الصحيح لمساندة سلطان إرادة الخصوم، لأنه سيؤدي إلى إهدار حكمة القانون المسند إليه لصالح المضمون المشوه الذي قد يقدمه الخصوم للقاضي، لذلك فقد كان من الأفضل لو أراد المشرع البحريني أن يساند مبدأ سلطان الإرادة بالطريق الصحيح أن يعتمد الإرادة كضابط للإسناد أو حتى كقاعدة

موضوعية، ومن ثم يترك مسألة تحديد مضمون القانون المتفق عليه للقاضي دون أي تدخل من جانب الخصوم، وبذلك ستعود للقاضي وظيفته الأساسية في تطبيق القانون، وسوف يطبقه وفقاً لمضمونه المحدد من قبل المشرع الوطني في دولة هذا القانون، ليحتفظ بذلك هذا القانون بطبيعته كقانون، وليحقق أهدافه التي تغياها مشرعه الوطني.

وعلى هذا النحو ندعو المشرع البحريني إلى تبني قواعد جديدة تعيد للقاضي البحريني وظيفته في تطبيق القانون الأجنبي، بحيث تلزمه بالبحث عن مضمون هذا القانون دون تدخل من جانب الخصوم إلا في أضيق الحدود.

غير أن إلزام القاضي البحريني بتحديد مضمون القانون الاجنبي المسند إليه باعتباره عنصر من عناصر قاعدة الإسناد التي أصبحت ملزمة للقاضي بعد تمسك الخصوم بها، لا ينفي الصعوبة العملية التي نتوقعها بشأن هذه المهمة، نظراً لأن تكليف القاضي البحريني بالعلم بمضمون القوانين الأجنبية المختلفة هو تكليف بمستحيل، لكن يهون الأمر إذا أخذنا في الاعتبار بعض التطورات التي يمكن ان تسهل كثيراً من مهمة القاضي البحريني في تحديد مضمون القانون الأجنبي وهي كالتالي:

- **تطور وسائل تكنولوجيا المعلومات عبر شبكة الانترنت والتي أصبح من السهولة بمكان ايجاد نصوص أي قانون أجنبي بل وترجمته عبر تلك الوسائل أيضاً.**
- **التقدم الحاصل في وسائل التواصل بين القضاة أو ما يسميه بعض الفقه الحوار بين القضاة من مختلف دول العالم، والذي سهل من حدوثه أيضاً تنامي وسائل الاتصال المرئي والمسموع عبر شبكة الانترنت، مما يجعل من السهولة على القاضي البحريني التعاون رسمياً مع جهات القضاء الأجنبية في الدولة المزمع تطبيق قانونها.**
- **حركة التقارب بين تشريعات الدول في مجال القانون الخاص، والتي تجعل القاضي البحريني يسهل عليه التعامل مع بعض قوانين الدول ذات الخلفية القانونية القريبة من مملكة البحرين، مثل الدول العربية والدول المنتمية للنظام القانوني اللاتيني بصفة عامة.**

- تنامي دراسات وتخصصات القانون المقارن في كثير من الجامعات والمعاهد والتي تسهل أيضاً من عملية الاطلاع على مضمون القوانين الأجنبية المختلفة.

قائمة المراجع

أولاً: المراجع العربية :

١- الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة: الأصول في التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية، ٢٠٠٨

٢- الدكتور حسام شعبان: الوجيز في القانون الدولي الخاص البحريني، جامعة المملكة، ٢٠١٦

٣- الدكتور حسام شعبان: المساواة بين الرجل والمرأة في اطار قواعد الاسناد المتعلقة بمسائل الطلاق والتطليق، دراسة مقارنة في اطار القانون الدولي الخاص البحريني ونظيره الأوروبي، المجلة القانونية، مملكة البحرين، العدد٦، ٢٠١٦

٤- الدكتورة حفيظة الحداد: الموجز في القانون الدولي الخاص، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٠

٥- سيهام عكوش: القانون الأجنبي اثباتاً وتفسيراً- دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة لجامعة امحمد بوقرة بومرداس، الجزائر، ٢٠١٠

٦- الدكتور شمس الدين الوكيل: دراسة مقارنة في اثبات القانون الأجنبي ورقابة المحكمة العليا على تفسيره، مجلة الحقوق والبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق جامعة الاسكندرية، السنة ١٢، ١٩٦٢-١٩٦٣، العددان الأول والثاني

٧- الدكتور عكاشة عبد العال: تطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي اللبناني، مجلة الدراسات القانونية، كلي الحقوق جامعة بيروت العربية، بيروت، المجلد الثاني، العدد الأول، ١٩٩٨

٨- عوض الله شيبة: القانون الدولي الخاص البحريني الجزء الثاني، تنازع القوانين- الاختصاص القضائي الدولي- تنفيذ الأحكام الأجنبية، جامعة البحرين٢٠١٥

٩- الدكتور محمد كمال فهمي: رقابة المحكمة العليا على تطبيق القانون الأجنبي في نطاق التنازع الدولي للقوانين، مجلة القانون والاقتصاد، العدد الثاني، السنة الثالثة والثلاثون، جامعة القاهرة، سبتمبر ١٩٦٣

١٠- الدكتور محمد وليد المصري: الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة للقانون الأردني مع التشريعات

العربية والقانون الفرنسي، حامد للنشر والتوزيع، عمان ، ٢٠٠٢

١١- الدكتور هشام صادق: المطول في القانون الدولي الخاص، الجزء الأول تنازع القوانين، دار الفكر الجامعي.

١٢- الدكتور هشام صادق: مركز القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، جامعة الاسكندرية، ١٩٦٨.

١٣- الدكتور هشام صادق: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف، ص٤٨٠ وما بعدها.

ثانياً: المراجع الأجنبية :

١- **Alexandre (D): Conflit de lois, La loi étrangère devant les tribunaux française, Etablissement du contenu de la loi étrangère, Juriss-Classeur, Paris, ١٩٩٧**

٢- **Audit (B): Droit international privé, Economica, ٢em édition, ١٩٩٧**

٣- **Batiffol (H): Aspects philosiphique du droit international privé, DALLOZ, Paris, ٢٠٠٢**

٤- **Batiffol (H), Lagarde (P): Droit international privé, Tome١, Librairie générale de droit et jurisprudence, Paris, Cinquième édition, ١٩٧٠**

٥- **Bureau (D) : L'application d'office de la loi étrangère, Essai de synthése, Clunet, ١٩٩٩,**

٦- **Benedicte (FAUVARQUE-COSSON): Conflits de lois, Le juge français et le droit étranger, Receuil de Dalloz, ٢٤ février ٢٠٠٠, N٨**

٧- **Cavers (D): The American Choice-of-Law Process, Ann ARBOR, The university of Michigan Press, ١٩٦٥**

٨- **Gutman (D) : Droit international privé, ٢ème édition, DALLOZ, Paris, ٢٠٠٠**

٩- **Gaudemet-Tallon (H): De nouvelles fonctions pour l'équivalence en droit international privé, in le droit international privé : esprit et méthodes, Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde, Dalloz, ٢٠٠٥**

١٠- **Legrand (P): Proof of foreign Law in US Courts: A critique of Epistemic Hubris, JCL, ٨:٢, ٢٠١٣,**

١١- **Lequette (Y): les grands arrêts de la jurisprudence française de droit**

international privé, ٤ème édition, DALLOZ, Paris, ٢٠٠١

١٢- Lequette (Y): L'abandon de la jurisprudence Bisbal a propos des arrest de la première chamber civile des ١١ et ١٨ Octobre ١٩٨٨, Rev.Crit.DIP, ١٩٩٩

١٣- Loussouarn (Y), Bourel (P), Pascal de Vareilles-Sommières: Droit international privé, DALLOZ, ٢٠١٣

١٤- Matthew.J. Wilson: Demystifying the determination of foreign law in US Courts: Opining the Door to greater global understanding, Arkon Law Publications, ٢٠١٤

١٥- Motulsky (H): L'évolution recente de la loi étrangère en france, Mélanges Savatier, Paris, ١٩٦٥,

١٦- Niboyet (Marie-Laure),de Geouffre de La Pradelle (G) : Droit international privé, LGDJ, ٣ed, ٢٠١١

١٧- Quadri (R): De la preuve de la loi étrangère, Rev.egy.Droit.inter, Volume ١, ١٩٥٣

١٨- Symeon (S) : The American Choice of Law Revolution: Today and Tomorrow, RCDAI, ٢٠٠٢