دور القاضي الإماراتي في تطبيق القانون الأجنبي في مسائل الأحوال الشخصية

"دراسة قانونية وقضائية"

د.نايف جليل المذهان
مستشار قانوني
حكومة دبي
محاضر غير متفرغ في جامعة الشارقة
كلية المجتمع/ قسم القانون

دور القاضي الإماراتي في تطبيق القانون الأجنبي في مسائل الأحوال الشخصية

دراسة قانونية وقضائية

د.نايف المذهان
استاذ مساعد في القانون الخاص
كلية القانون والاقتصاد - جامعة الجزيرة

الملخص

تكتسب دراسة موضوع تنازع القوانين في مسائل الأحوال الشخصية في دولة الإمارات العربية المتحدة أهمية خاصة تميزها عن أي دولة عربية أخرى، وذلك بسبب كثرة الأجانب على أرض دولة الإمارات، ووجود الأجانب يعني أن هناك العديد من القضايا الخاصة بمسائل الأحوال الشخصية والتي تخص هؤلاء الأجانب قد تكون محل نزاع أمام المحاكم الإماراتية، وموضوع تنازع القوانين في مسائل الأحوال الشخصية يوجب بالضرورة على القاضي الإماراتي أن يتعرض لقواعد الإسناد الخاصة بمسائل الأحوال الشخصية وذلك لتحديد القانون الذي سوف يحكم هذا النزاع. لذا يتعرض هذا البحث إلى التعرف على موقف المشرع الإماراتي والقضاء الإماراتي في حال عدم وجود نص وذلك في مسائل مدى إلزامية قواعد الإسناد الخاصة بالأحوال الشخصية للقاضي الإماراتي. كما يتناول البحث التعرف على موقف القانون والقضاء الإماراتي من مسألة إثبات القانون الأجنبي وكيفية إثباته وحالة إذا تعذر إثبات القانون الأجنبي أمام المحكمة أو لم يتم التوصل إلى مدلوله.

المقدمة

من المعلوم أن دولة الإمارات العربية المتحدة تعتبر مقصدا للأجانب من شتى دول العالم من أجل الإقامة فيها لغايات العمل أو الزيارة، وبالتالي هي تستوعب في احضانها العديد من الجنسيات المختلفة، وهذا الأمر يؤدي في كثير من الأحيان إلى وجود قضايا امام المحاكم الإماراتية بشأن الأحوال الشخصية لهؤلاء الأجانب سواء كانت من مسائل متعلقة بالزواج وآثاره أو الطلاق أو الميراث أو الوصية وغيرها من مسائل الأحوال الشخصية، وامام المحاكم الإماراتية ليس بالضرورة أن يطبق دائما القانون الوطني الإماراتي على القضايا الخاصة بهؤلاء الاجانب في مسائل الأحوال الشخصية، إذ ان هناك قواعد إسناد نص عليها المشرع الإماراتي في قانون المعاملات المدنية([1])، وهذه القواعد هي المنهج العملي المتبع حاليا في مختلف دول العالم لحل التنازع بين القوانين التي ترتبط بشكل أو بآخر بالمسألة محل النزاع المنظورة امام القضاء.

وقواعد الإسناد هذه هي قواعد وطنية من صنع المشرع الوطني نفسه مثلها مثل القواعد الموضوعية (الداخلية) ولكن هذه القواعد يتم اللجوء إليها في النزاع المعروض على القاضي الوطني عندما يكون هناك عنصرا أجنبيا في هذا النزاع وذلك من أجل التعرف على القانون الذي سوف يختص بحكم هذا النزاع، وقواعد الإسناد الخاصة بمسائل الأحوال الشخصية عالجها المشرع الإماراتي من المادة ١١-١٧. في قانون المعاملات المدنية.

ويثور في هذا الصدد تساؤلاً حول مدى الزامية قواعد الإسناد الخاصة في مسائل الأحوال الشخصية للقاضي الإماراتي، فيما إذا كان القاضي الإماراتي يقوم بتطبيقها مباشرة عندما تعرض عليه مسألة أحوال شخصية متعلقة بأجانب، أم أن القاضي الإماراتي يتجاهل هذه القواعد ويقوم بتطبيق القانون الإماراتي عليها رغم أنها خاصة بأجانب، طالما أن الخصوم ذوي الشأن أو أحدهم قد سكتوا عن إثارة قاعدة الإسناد الخاصة بهم ولم يتمسكوا بقانونهم الشخصي، وفي حال تم تطبيق القانون الأجنبي فهل يقوم القاضي الإماراتي بإثبات القانون الأجنبي أم أن مسألة الإثبات تقع على عاتق الخصوم، ثم ما هي الوسيلة المعتمدة لإثبات القانون الأجنبي أمام القاضي الإماراتي، وهي يمكن إثباته بجميع طرق الإثبات أم ان هناك وسائل محددة لإثباته، ثم ما هو الحكم إذا تعذر اثبات القانون الأجنبي ولم يتم التوصل إلى مضمونه، وأخيرا ما مدى خضوع تفسير وتطبيق القانون الأجنبي لرقابة المحكمة الاتحادية العليا أو التمييز او النقض.

---

[1]) قانون المعاملات المدنية الاتحادي الإماراتي رقم لسنة ١٩٨٥.

وعليه سأعالج هذا البحث من خلال اربعة مباحث على النحو التالي:

المبحث الأول: مدى الزامية قواعد الإسناد الخاصة بمسائل الأحوال الشخصية للقاضي الإماراتي

المبحث الثاني: إثبات القانون الأجنبي امام القاضي الإماراتي

المبحث الثالث: حالة تعذر إثبات القانون الأجنبي أمام القاضي الإماراتي

المبحث الأول

مدى الزامية قاعدة الإسناد الوطنية للقاضي الوطني

المشرع الإماراتي – كغيره من المشرعين – وضع قواعد إسناد كمنهج لحل التنازع بين القوانين في مسائل الأحوال الشخصية، وهذه القواعد هي قواعد وطنية ترشد القاضي الإماراتي إلى القانون الواجب التطبيق على النزاع المتعلق بالأحوال الشخصية والمنظور امام المحاكم الإماراتية والخاص بالأجانب، فإذا ظهر لدى القاضي الإماراتي من أوراق الدعوى أن هناك عنصرا أجنبيا في النزاع المطروح أمامه، ما يعني ارتباطه بأكثر من قانون يحكمه، فإن التساؤل الذي يطرح هنا هو حول مدى التزام القاضي الإماراتي بتطبيق قواعد الإسناد من تلقاء نفسه، أم لا بد أن يتمسك بها الخصوم ذوي الشأن أو أحدهم؟

إن الإجابة على هذا التساؤل لا تثير أي صعوبة إذا كان القانون المختص بحكم هذه العلاقة حسب قاعدة الإسناد الوطنية هو القانون الوطني للقاضي([1])، فتطبيق القاضي لقانونه الوطني مباشرة يعتبر تطبيقا ضمنيا لقاعدة الإسناد، لكن الإشكال يكمن في حالة ما إذا كان القانون المختص هو القانون الأجنبي، ولم يقم الأطراف في الدعوى أو أحدهم بطلب إعمال قاعدة الإسناد، إما لأنهم لا يعلمون بها، أو تعمدوا السكوت عنها، فهل سيطبق القاضي الإماراتي قاعدة الإسناد تلقائيا ومن نفسه كلما ظهر له العنصر الأجنبي في العلاقة([2])؟

([1]) قد يعتقد البعض أن إعمال قاعدة الإسناد الوطنية سينتج عنه تطبيق قانون أجنبي فقط، وهذا اعتقاد خاطئ، فقاعدة الإسناد الوطنية هي ترشد القاضي الوطني إلى القانون الأكثر صلة وارتباطا بهذا المسألة، وقد يكون هذا القانون هو القانون الوطني ذاته، فتطبيق قاعدة الإسناد قد ينتج عنه اختصاص القانون الوطني أو القانون الأجنبي.

(٢) لقد تعددت الاتجاهات القضائية المقارنة، فهناك اتجاه يرفض أن يقوم القاضي بإثارة قاعدة الإسناد وبالتالي إثارة القانون الأجنبي من تلقاء نفسه، وهذا هو الاتجاه القضائي في انجلترا والولايات المتحدة وكندا والدول الانجلوسكسونية بصفة عامة، ويرى هذا الاتجاه أنه يقع على عاتق الطرف في الدعوى محل النزاع أو الأطراف إثارة قاعدة الإسناد والمطالبة بتطبيق القانون المختص الذي تشير إليه قاعدة الإسناد، وفي حال سكوته عن المطالبة بتطبيق قاعدة الإسناد لأي سبب عن عمد أو جهل منه، فليس للقاضي أن يقوم بإثارة قاعدة الإسناد وبالتالي القانون الأجنبي المختص حسب تلك القاعدة، وعليه أن يقوم بتطبيق قانونه الوطني على هذا النزاع المشوب بعنصر أجنبي. ويؤسس هذا الاتجاه القضائي موقفه على أساس افتراض أو "حيلة قانونية" مفادها أن هناك تطابقا بين القانون الوطني والقانون الأجنبي المختص حسب قاعدة الإسناد، وعلى من يدعي خلاف ذلك أن يتمسك بتطبيق هذه القاعدة وعليه ايضا أن يثبت اختلاف مضمون القانون الأجنبي. ويترتب على ذلك أنه ليس للخصم أن يثير قاعدة الإسناد لأول مرة امام المحكمة الاتحادية أو محكمة التمييز. بينما هناك اتجاه قضائي آخر، وقد ظهر هذا الاتجاه خاصة في المانيا يرى أن القاضي ملزم في جميع الأحوال بتطبيق قاعدة الإسناد ومن تلقاء نفسه، ولو لم يقم أطراف الدعوى أو أحدهم بطلب تطبيقها. ويؤسس هذا الاتجاه

للإجابة على هذا التساؤل لا بد أولا من بيان هذه المسألة في دولة الإمارات العربية قبل وبعد عام ٢٠٠٥، لذا سنتناول هذا المبحث في مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول

مدى الزامية قواعد الإسناد في مسائل الأحوال الشخصية قبل عام ٢٠٠٥

قبل عام ٢٠٠٥ لم يكن هناك نصا قانونيا في التشريع الإماراتي يبين مدى الزامية قواعد الإسناد الخاصة بمسائل الأحوال الشخصية للقاضي الإماراتي، وفيما إذا كان القاضي الإماراتي يثير قواعد الإسناد من تلقاء نفسه ودون طلب

موقفه على أن قاعدة الإسناد الوطنية قاعدة آمرة ومتعلقة بالنظام العام، وقد وضعها المشرع الوطني بغية تحقيق الاستقرار في المعاملات الدولية الخاصة باختيار القانون الملائم الذي يحكم هذه المعاملات، وبالتالي فالقاضي ملزم بتطبيق هذه القاعدة من تلقاء نفسه، وحتى لو أتفق الأطراف في الدعوى صراحة على استبعادها.

أما بالنسبة لموقف القضاء الفرنسي فقد قضت محكمة النقض الفرنسية في بادئ الأمر بأن قاعدة الإسناد غير ملزمة بالنسبة للقاضي الوطني أو القاضي المعروض عليه النزاع، لأنها لا تعد من النظام العام استناد لقضية الزوجين الإسبانيين، حيث أصدرت المحكمة قرارها في عام ١٩٥١، ومفاد هذه القضية أن زوجين إسبانيين كانا منفصلين جسديا، فطلب الزوج من القضاء الفرنسي تحويل هذا الانفصال إلى طلاق طبقا للقانون الفرنسي، فقضي له بذلك، طُعن في هذا الحكم بالنقض لأنه خالف قواعد الإسناد الفرنسية التي تقضي بإخضاع الطلاق لقانون الجنسية، وهو القانون الإسباني الذي لا يعرف الطلاق، رفضت محكمة النقض الفرنسية الطعن على أساس أن قواعد الإسناد في القانون الفرنسي إذا قضت بتطبيق قانون أجنبي، فإن ذلك ليس من النظام العام، إذ يجب على الخصوم التمسك بتطبيقه. لكن سرعان ما اتجهت محكمة النقض الفرنسية مع مسار الفقه الحديث بإلزامية القاضي تطبيق القانون الأجنبي المختص مثلما يطبق القانون الداخلي و يتضح هذا الموقف أكثر في الحكم الصادر عام ١٩٦٠ والذي نص على أن " يسوغ لقضاة الموضوع البحث عن القانون الأجنبي ولو لم يطلب الخصوم تطبيقه". وكذلك الحكمين الصادرين عام ١٩٨٨ ومفادهما "إن قضاة الموضوع الذين لم يطبقوا القانون الذي أمرت به قاعدة الإسناد الفرنسية على أساس عدم تمسك الخصوم به يعتبر خرقا للمادة ١٠١٥ من قانون المرافعات الفرنسي "التي تلزم القاضي الفرنسي الفصل في النزاع المعروض عليه وفقا لما تقضي به قواعد القانون الواجب التطبيق. للمزيد من التفاصيل حول الاتجاهات القضائية المقارنة في مدى الزامية قواعد الإسناد انظر: د.عكاشة محمد عبدالعال، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠١٠، ٢٩٦ وما بعدها. وانظر كذلك انظر: د.حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الاول: المبادئ العامة في تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠١٠.، ص٣٨ وما بعدها. وكذلك د.هشام علي صادق، تنازع القوانين،منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٧، ص٢٥٩. وانظر كذلك:

Loussouan, Yves et Bourel, Pierre , Droit international privé , ٣ edition, Dalloz, Paris, ٢٠٠٧, p.٢٤٧.

من الخصوم، أم أن القاضي يطبق القانون الإماراتي على النزاع الخاص بالأجانب والمتعلق بمسائل الأحوال الشخصية، إلا إذا تمسك الخصوم بقانونهم الشخصي.
أمام غياب هذا النص التشريعي كان هناك تضاربا في موقف القضاء الإماراتي، وهو ما سأبينه من خلال الفرعين التاليين:

الفرع الأول: موقف محكمة تمييز دبي

استقر اجتهاد محكمة تمييز دبي قبل عام ٢٠٠٥ على أن قواعد الإسناد الخاصة في مسائل الأحوال الشخصية هي قواعد متعلقة بالنظام العام، وبالتالي يجب على القاضي أن يثيرها من تلقاء نفسه، ولو سكت عنها الأطراف في الدعوى، ويترتب على اعتبار قواعد الإسناد الخاصة في مسائل الأحوال الشخصية من النظام العام أنه لا يجوز الاتفاق على مخالفتها واستبعادها من قبل الخصوم، وبالتالي ليس لهم أن يطالبوا بتطبيق القانون الإماراتي على المسألة الخاصة بهم التي تدخل ضمن مسائل الاحوال الشخصية والمنظورة امام المحاكم الإماراتية، كما أن القاضي له الحق أن يثير قواعد الاسناد في اي مرحلة من مراحل التقاضي طالما أنها من النظام العام.

وفي هذا الصدد قررت محكمة تمييز دبي "من المقرر في قضاء هذه المحكمة - أن قواعد الإسناد في مسائل الأحوال الشخصية بشأن القانون الأجنبي الواجب التطبيق في دعاوى الأجانب - هي من المسائل المتعلقة بالنظام العام، ويلتزم القاضي الوطني بأن يقوم من تلقاء نفسه ودون توقف على طلب الخصوم أو اتفاقهم بإعمال قاعدة الإسناد الواردة في القانون الوطني وذلك بالبحث عن القانون الأجنبي الواجب التطبيق الذي عينته هذه القواعد"([1]).

كما قضت المحكمة " نصوص المواد ١٣/ ١، (٢٥)، (٢٨) من قانون المعاملات المدنية تدل مجتمعة على أن قواعد الإسناد في مسائل الأحوال الشخصية بشأن بيان القانون الأجنبي الواجب التطبيق في دعاوى الأجانب هي من المسائل المتعلقة بالنظام العام، ويلتزم القاضي الوطني بأن يقوم من تلقاء نفسه ودون توقف على طلب الخصوم أو اتفاقهم بإعمال قاعدة الإسناد الواردة في القانون الوطني وبالبحث عن القانون الأجنبي الواجب التطبيق الذي تعينه هذه القاعدة إذ يستمد منها صفة الإلزام وطبيعته القانونية أمام القاضي الوطني"([2]). وقضت المحكمة ايضا في هيئتها العامة " النص في المادة الأولى والمادة ١٣/ ٢ من قانون المعاملات المدنية يدل على أنه في دعاوى التطليق التي يرفعها أي من

([1]) الطعن رقم ٢٣ لسنة ٢٠٠٤ (احوال شخصية)، دائرة المحاكم (دبي) - محكمة التمييز - المكتب الفني، العدد الخامس عشر (حقوق) ، الجزء الأول، من يناير إلى سبتمبر ٢٠٠٤، ص ١٣٩٥.

([2]) الطعن رقم ٥٥ لسنة ٢٠٠٤ (احوال شخصية)، دائرة المحاكم (دبي) - محكمة التمييز - المكتب الفني، العدد السادس عشر (حقوق)، الجزء الأول، من يناير إلى يونيو ٢٠٠٥، ص١٣٦٣.

الزوجين - متى كانا أجنبيين، فإنه يتعين على المحكمة تطبيق أحكام قانون الدولة الأجنبية التي ينتمي إليها الزوج ولا يطبق قانون دولة الإمارات العربية المتحدة إلا إذا تعذر إثبات وجود القانون الأجنبي أو تعذر تحديد مدلوله تطبيقًا لما تقضي به المادة (٢٨) من ذات القانون..."([1]).

وفي قرار آخر " من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن قواعد الإسناد في مسائل الأحوال الشخصية بشأن بيان القانون الأجنبي الواجب التطبيق في دعاوى الأجانب هي من المسائل المتعلقة بالنظام العام، ويلتزم القاضي الوطني بأن يقوم - من تلقاء نفسه - ودون توقف على طلب الخصوم أو اتفاقهم بأعمال قاعدة الإسناد الواردة في القانون الوطني، وبالبحث عن القانون الأجنبي الواجب التطبيق"([2]). وفي ذات المعنى تقرر محكمة تمييز دبي في حكم آخر لها "مقرر في قضاء هذه المحكمة أن قواعد الإسناد في مسائل الأحوال الشخصية بشأن بيان القانون الأجنبي الواجب التطبيق في دعاوى الأجانب غير المسلمين هي من المسائل المتعلقة بالنظام العام، ويلتزم القاضي الوطني بأن يقوم من تلقاء نفسه - ودون توقف على طلب الخصوم أو اتفاقهم - بإعمال قاعدة الإسناد الواردة بالقانون الوطني، وبالبحث عن القانون الأجنبي الواجب التطبيق الذي تعينه هذه القاعدة، إذ يستمد منها صفة الإلزام وطبيعته القانونية أمام القاضي الوطني، إلا أن ذلك مشروط بأن يكون للخصم الأجنبي قانون قائم واجب التطبيق وقت نشأة المركز القانوني المطلوب تطبيق قانونه عليه"([3]). وفي ذات المعنى " من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن قواعد الإسناد في مسائل الأحوال الشخصية بشأن بيان القانون الأجنبي الواجب التطبيق في دعاوى الأجانب هي من المسائل المتعلقة بالنظام العام، ويلتزم القاضي الوطني بأن يقوم - من تلقاء نفسه - ودون توقف على طلب الخصوم أو اتفاقهم بإعمال قاعدة الإسناد الواردة بالقانون الوطني، وبالبحث عن القانون الأجنبي الواجب التطبيق - متى كان للخصم الأجنبي قانون قائم وقت نشوء المركز القانوني المطلوب تطبيق قانونه عليه"([4]).

والملاحظات الأساسية على هذه الأحكام القضائية جميعا نجملها فيما يلي:

أولا: ما نلاحظه من خلال الألفاظ الواردة في الأحكام القضائية السابقة، ومنها عبارة (من المقرر في قضاء هذه المحكمة...) يبين إن الاجتهاد المستقر والثابت

([1]) الطعن رقم (٢٦) - لسنة ٢٠٠٠ ق، تاريخ الجلسة ١٧/ ٦/ ٢٠٠٠ (هيئة عامة) ، مكتب فني ١٠، ص ١٥.

([2]) الطعن رقم ٢٤ لسنة ٢٠٠٥، دائرة المحاكم (دبي) ، محكمة التمييز ، المكتب الفني العدد السادس عشر (حقوق) - الجزء الأول - من يناير إلى يوليو ٢٠٠٥ ، ص١٣٩٠.

([3])الطعنان رقما (٤٩) و(٥٠) لسنة ٢٠٠٠ (أحوال شخصية)، حكومة دبي، دائرة المحاكم، محكمة التمييز، المكتب الفني، العدد الحادي عشر (حقوق) ، عام ٢٠٠٠، ص ٩٣٦.

(٤)الطعن رقم (٩) لسنة ٢٠٠٣ (أحوال شخصية)، دائرة العدل (دبي)، محكمة التمييز، المكتب الفني، العدد الرابع عشر، الجزء الأول (حقوق)، عام ٢٠٠٣ - ص ٤٥٩.

في قضاء محكمة تمييز دبي قبل عام ٢٠٠٥ هو أن قواعد الإسناد في مسائل الأحوال الشخصية هي من النظام العام.
ثانيا: يجب على القاضي الإماراتي أن يثير قواعد الاسناد الخاصة بالأحوال الشخصية من تلقاء نفسه ليتوصل من خلالها إلى القانون الواجب التطبيق على هذا النزاع الخاص بالأجانب.
ثالثا: إن اتفاق الخصوم الأجانب على تطبيق القانون الإماراتي على نزاعهم المنظور امام المحاكم الإماراتية والمتعلق بإحدى مسائل الأحوال الشخصية اتفاق غير جائز، باعتبار أن القاضي الإماراتي يجب عليه إثارة قواعد الإسناد من تلقاء نفسه والتعرف من خلالها على القانون الواجب التطبيق على هذا النزاع.

الفرع الثاني: موقف المحكمة الاتحادية العليا

إن اجتهاد المحكمة الاتحادية العليا في مسألة مدى إلزامية قواعد الإسناد الخاصة بالأحوال الشخصية هو عكس ما ذهبت إليه محكمة تمييز دبي، فقد استقر قضاء المحكمة الاتحادية على أن قواعد الإسناد الخاصة بالأحوال الشخصية لا تتعلق بالنظام العام، وبالتالي فإن القاضي لا يقوم بإثارتها من تلقاء نفسه، وإنما لا بد أن يتمسك بها الخصوم في الدعوى أو أحدهم، وفي حال سكوت الخصوم وعدم إثارتهم لقواعد الإسناد، فإن القاضي الإماراتي سيطبق القانون الإماراتي على هذا النزاع المتعلق بإحدى مسائل الأحوال الشخصية والخاص بالأجانب.

فقد قررت المحكمة الاتحادية العليا "...كما استقر قضاء هذه المحكمة على أن قواعد الإسناد لا تتعلق بالنظام العام، ذلك أن الأصل هو تطبيق قانون القاضي، فيتعين على الخصوم أن يتمسكوا أمام محكمة الموضوع بتطبيق القانون الأجنبي الذي تحدد قاعدة الإسناد، وعليهم في هذه الحالة أن يقدموا الدليل على تضمنه القاعدة القانونية المراد تطبيقها"([1]). وفي ذات المعنى قررت المحكمة ايضا " إنه من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن قواعد الإسناد لا تتعلق بالنظام العام، ذلك أن الأصل هو تطبيق قانون القاضي، ويتعين على الخصوم أن يتمسكوا أمام محكمة الموضوع بتطبيق القانون الأجنبي الذي تحدده قاعدة الإسناد، وعليهم في هذه الحالة أن يقدموا الدليل على تضمنه القاعدة القانونية المراد تطبيقها وإلا طبق القاضي قانونه"([2]).

فالمحكمة الاتحادية العليا قدرّت أن الخصوم هم أصحاب المصلحة وأن الأمر يعنيهم وحدهم ولا يتصور أن يكون القاضي الوطني أحرص منهم على مصالحهم، فالأمر بيدهم إن ارادوا تطبيق القانون الأجنبي، وإلا فإن عدم إثارتهم

---

(١) الطعن رقم ١٨٤ لسنة ١٩ القضائية (شرعي)، تاريخ الجلسة ١٩٩٨\٧\١١، مكتب فني ٢٠، ص٨٣٣.
(٢) الطعن رقم ١٣٠ لسنة ٢١ القضائية (شرعي)، مطبوعات جامعة الإمارات العربية المتحدة، وزارة العدل، العدد الثالث، السنة الحادية والعشرون (١٩٩٩م) ، ص ١٢٠١

لقاعدة الإسناد يفسر على أنه اتفاق ضمني بين الخصوم على التنازل عن التمسك بها رغبة في تطبيق القانون الإماراتي([1]).
والملاحظات الأساسية على الأحكام القضائية الصادرة عن المحكمة الاتحادية نجملها فيما يلي:
اولا: إن قواعد الإسناد الخاصة بمسائل الأحوال الشخصية هي ليست من النظام العام.
ثانيا: الأصل أن القاضي الإماراتي يطبق القانون الإماراتي على النزاع المتعلق بإحدى مسائل الأحوال الشخصية والخاص بالأجانب، طالما أن الخصوم الأجانب أو أحدهم لم يقم بإثارة قواعد الإسناد.
ثالثا: إن اتفاق الخصوم الأجانب على مخالفة قواعد الإسناد الخاصة بمسائل الأحوال الشخصية وقبولهم تطبيق القانون الإماراتي على نزاعهم هو اتفاق صحيح.

الفرع الثالث: تقدير موقف القضاء الإماراتي

لقد تبين لنا فيما مضى أنه وفيما يتعلق بمدى الزامية قواعد الإسناد الخاصة بمسائل الأحوال الشخصية أن القضاء الإماراتي لم يكن موحد الاتجاه في هذه المسألة، فمحكمة تميز دبي ترى أن قواعد الإسناد هي من النظام العام ويجب على القاضي أن يثيرها من تلقاء نفسه ليتعرف على القانون الذي سيطبق على النزاع، في حين أن المحكمة الاتحادية العليا ترى أن قواعد الإسناد الخاصة بمسائل الأحوال الشخصية ليست من النظام العام، وأن القاضي الإماراتي لا يتعرض لها إلا إذا اثارها الخصوم، وإلا فأنه سيطبق القانون الإماراتي.

ونرى أن اتجاه المحكمة الاتحادية هو الأسلم، فكثرة الأجانب في دولة الإمارات العربية يجعل أن الكثير من القضايا المنظورة أمام القضاء الإماراتي هي من تلك المتعلقة بالأجانب، وبالتالي إذا اعتبرنا أن قواعد الإسناد المتعلقة بالأحوال الشخصية هي من النظام العام وأن القاضي يجب عليه أن يثيرها من تلقاء نفسه، فهذا يعني أن نطاق تطبيق القانون الأجنبي سيكون واسعا أمام المحاكم الإماراتية، وذلك كله على حساب القانون الوطني الإماراتي. كما أن ذلك سيؤدي في بعض الأحيان إلى إطالة أمد النزاع وذلك بسبب ما يستوجبه تطبيق القانون الأجنبي من مسائل الإثبات قبل تطبيقه على الوقائع.

هذا بالإضافة كله أن القاضي الإماراتي الأصل أنه يعلم بقانونه الوطني أكثر من علمه بالقانون الاجنبي، لذلك يجب أن يكون الأصل والقاعدة العامة هي ما اخذت به المحكمة الاتحادية العليا وهو أن القاضي الإماراتي سيطبق قانونه الوطني على النزاع الخاص بالأجانب والمتعلق بالأحوال الشخصية طالما أن

---

(١) د.عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص ٣٢١،٣٢٢.

الخصوم أو أحدهم قد رضوا بهذا القانون ولم يتمسكوا بقواعد الإسناد وبالقانون الأجنبي الذي سيحكم النزاع.

المطلب الثاني

مدى الزامية قواعد الإسناد في مسائل الأحوال الشخصية بعد عام ٢٠٠٥

في عام ٢٠٠٥ قام المشرع الإماراتي بسن قانون الأحوال الشخصية، وهو القانون رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٥([1])، وقد تنبه المشرع في هذا القانون إلى الاختلاف الحاصل في الاجتهاد القضائي الإماراتي بشأن مدى الزامية قواعد الإسناد الخاصة بمسائل الأحوال الشخصية، وقد أراد المشرع أن يحسم هذا الخلاف القضائي، فجاء نص المادة الأولى من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي ليعالج هذه المسألة بالنص الصريح عليها، فقد نصت "تسري أحكام هذا القانون على مواطني دولة الإمارات العربية المتحدة ما لم يكن لغير المسلمين منهم احكام خاصة بطائفتهم وملتهم، كما تسري أحكامه على غير المواطنين ما لم يتمسك احدهم بتطبيق قانونه".

فبوجود هذا النص لم يعد هناك مجال للاختلاف لدى القضاء الإماراتي بخصوص مدى إلزامية قواعد الإسناد الخاصة بالأحوال الشخصية، إذ يتبين من هذا النص أن الأصل هو تطبيق القاضي الإماراتي لأحكام قانون الأحوال الشخصية الإماراتي على الخصوم الأجانب في مسائل الأحوال الشخصية، إلا ّإذا تمسك الخصوم أو أحدهم بتطبيق قانونه الشخصي، فعندها يقوم القاضي الإماراتي بالرجوع لقواعد الإسناد من أجل التعرف على القانون الواجب التطبيق على النزاع. فالقاضي الإماراتي في مسائل الأحوال الشخصية - حسب هذا النص - الأصل أن يطبق القانون الإماراتي حتى لو ظهر من أوراق الدعوى المطروحة أمامه أن الخصوم أجانب وأن هناك أكثر من قانون يتزاحم على حكمها، إلا إذا طلب الخصوم أو أحدهم تطبيق القانون الأجنبي الخاص بهم أو أنهم أثاروا قاعدة الإسناد ذات الشأن، وهذا الموقف التشريعي ينسجم مع موقف واجتهاد قضاء المحكمة الاتحادية، كما ينسجم أيضا مع ما نلاحظه في دولة الإمارات العربية من كثرة وجود الأجانب على أراضيها، وينسجم ما سنراه لاحقا من أن عبء إثبات القانون الاجنبي يقع على عاتق الخصم الذي يتمسك به.

ولم يعد هناك خلاف لدى القضاء الإماراتي بعد وجود هذا النص، إذ انه لا مجال للاجتهاد في مورد النص، وفي هذا الصدد تراجعت محكمة تمييز عن موقفها السابق، فقد قررت المحكمة في حكم لها عام ٢٠٠٧ "من المقرر وفق ما تقضي به الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٥ في شأن الأحوال الشخصية - أن أحكام هذا القانون تسري على غير المواطنين ما لم

([1]) صدر قانون الأحوال الشخصية رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٥ بتاريخ ٢٠٠٥/٩/١١.

يتمسك أحدهم بتطبيق قانونه، بما مؤداه أنه إذا تمسك أحد من غير المواطنين بتطبيق قانونه، فإنه يتعين تطبيق هذا القانون"([1]). فحسب هذا الحكم طبقت المحكمة القانون الهندي على قضية ميراث كان المتوفى فيها شخص يحمل الجنسية الهندية وكان ذلك بناء على طلب أحد الخصوم بتطبيق القانون الهندي والذي تشير إليه المادة ١١١٧ من قانون المعاملات المدنية والخاصة والمتعلقة بقاعدة الإسناد الخاصة بالميراث، وقد جاء في هذا الحكم كذلك (وما تقدم إنما هو استثناء من تطبيق إقليمية القانون الوطني طبقاً لقاعدة الإسناد السالف بيانها في الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون رقم ٢٨ سنة ٢٠٠٥). وبالتالي فالمحكمة ترى أن الأصل هو تطبيق القانون الإماراتي على القضايا المتعلقة بالأحوال الشخصية والتي يكون أطرافها أجانب إلا إذا تمسك أحدهم أو جميعهم بتطبيق القانون الأجنبي والذي تشير إليه قاعدة الإسناد الخاصة.

ونشير في هذا الصدد أن الخصم الذي يرغب في التمسك بالقانون الأجنبي عليه أن يقوم بإثارة القانون الأجنبي أمام محكمة الموضوع، وليس له الحق في إثارته لأول مرة أمام المحكمة الاتحادية أو محكمة التمييز أو النقض، وهو ما قرره القضاء الإماراتي، فقد حكمت المحكمة الاتحادية (...من المقرر قانونًا أن قواعد الإسناد لا تتعلق بالنظام العام وأن الأصل هو تطبيق قانون القاضي الذي ينظر الدعوى ويتعين على الخصوم أن يتمسكوا أمام محكمة الموضوع بتطبيق القانون الأجنبي الذي تحدده قاعدة الإسناد ويقدموا الدليل على أنه يتضمن القاعدة القانونية المراد تطبيقها وإلا طبق القاضي قانونه باعتبار أن الأمر يتعلق بواقع لا يفترض في القاضي الذي ينظر الدعوى العلم به وأنه لا يجوز للخصم الطاعن أن يتمسك بذلك لأول مرة أمام المحكمة العليا([2]).

فالمحكمة العليا هي محكمة قانون وليست محكمة موضوع، لذا فأنه لا يجوز إثارة القانون الأجنبي والتمسك فيه لأول مرة أمامها، بل لا بد من إثارته امام محكمة الموضوع، ونرى في الحقيقة أنه لا بد من إثارة القانون الأجنبي والتمسك فيه أمام محكمة الدرجة الأولى، ولا يجوز إثارته والتمسك فيه لأول مرة أمام محكمة الدرجة الثانية (الاستئناف)، ذلك أن التمسك به لأول مرة أمام الاستئناف يعني تفويت درجة من درجات التقاضي.

كما أنه ليس للخصم أن يقوم برفع دعوى جديدة يطالب فيها بتطبيق القانون الأجنبي المختص، إن لم يكن قد طالب به من قبل في القضية نفسها والتي صدر فيها حكما قضائيا، طالما كان بإمكانه التمسك بتطبيق القانون الأجنبي وفي هذا

([1]) الطعن رقم ٩٠ لسنة ٢٠٠٦، "أحوال شخصية"، محاكم دبي ، محكمة التمييز ، المكتب الفني، الجزء الأول (من يناير إلى يونيو ٢٠٠٧)، العدد الثامن عشر.

([2]) حكم المحكمة الاتحادية العليا رقم ٣٦٤ لسنة ٢٥ القضائية، مطبوعات جامعة الإمارات العربية المتحدة، وزارة العدل، السنة السابعة والعشرون، (٢٠٠٥)، العدد الأول، من أول يناير حتى آخر مارس.

الصدد قررت محكمة النقض في أبو ظبي "لما كانت الدعوى رقم ٢٠٠٦/٩٥٤ التي سبق نظرها من قبل محكمة أبوظبي الشرعية والتي سبق رفعها من طرف الطاعنة وصدر فيها حكم بتاريخ ٣٠ صفر ١٤٢٨هـ الموافق ٢٠٠٧/٣/٣٠ قضى بثبوت وفاة المدعو.....سويسري مسيحي بتاريخ ٢٠٠٦/١٠/٢٩، وحصر ورثته في زوجته الطاعنة وابنه المطعون ضده ونصيب كل منهما من تركته لم تتمسك فيها الطاعنة بتطبيق القانون السويسري وإنما بتطبيق القانون الوطني (قانون دولة الإمارات العربية المتحدة)، وأن الحكم السابق قضى وفق الطلبات المتمسك بها من طرفها، لذلك واعتبارًا للحكم السابق في القضية نفسها ومراعاة لاستقرار الأوضاع القانونية فإنه لا يحق للطاعنة أن ترفع دعوى جديدة تتمسك فيها بتطبيق القانون السويسري طالما أن هذه الأحقية على فرضية إمكانيتها كان ينبغي أن تتمسك بها في الدعوى السابقة، والحكم المطعون فيه حين انتهى إلى رفض الطعن لهذه العلة يكون قد بني قضاءه على أساس سليم ومن ثم يكون النعي المثار بهذا الشأن غير وجيه مما يتعين معه رفض الطعن"(١).

---

(١) مجموعة الأحكام والمبادئ القانونية الصادرة عن محكمة النقض في الأحوال الشخصية، السنة القضائية الرابعة ٢٠١٠م، من أول يناير حتى أخر ديسمبر، ص١٧٤.

المبحث الثاني

إثبات القانون الأجنبي

لقد تبين من خلال ما تقدم أن الراي المستقر عليه حاليا قضاءً وقانونا في دولة الإمارات العربية المتحدة هو أن التمسك بقواعد الإسناد الخاصة بالأحوال الشخصية وبالقانون الأجنبي المختص يتم من قبل الخصوم الأجانب أو أحدهم، وأن القاضي لا يثيره من تلقاء نفسه، ولكن نتساءل هنا على من يقع عبء إثبات هذا القانون الأجنبي والبحث عن مضمونه، فهل يقع على عاتق القاضي أم على عاتق الخصوم. هذا ما سنوضحه من خلال المطالب التالية.

المطلب الأول

عبء إثبات القانون الأجنبي

لا تثور مشكلة إذا كان القانون الواجب التطبيق في المسألة المشوبة بعنصر أجنبي هو القانون الوطني([1])، فلا يطلب إثبات مضمون هذا القانون الوطني، ويفترض علم القاضي به، وبالتالي لا يجوز أن يُطلب من الخصوم إثبات القانون الوطني.

ولكن إذا كان القانون الواجب التطبيق هو قانون أجنبي، فهنا يثور تساؤل وهو على من يقع عبء إثباته، هل على القاضي أم على الخصوم؟

إن الإجابة على هذا التساؤل تختلف فيما إذا كان القانون الأجنبي يعتبر قانونا بالمعنى المقصود كما هو الحال في القانون الداخلي (الوطني)، أم أنه يعتبر واقعة مادية في هذا الشأن.

فإذا اعتبرنا القانون الأجنبي قانونا بالمعنى المقصود من الكلمة تماما كما هو الحال في القانون الداخلي، فهذا يعني أن عبء إثباته والبحث عن مضمونه يقع على عاتق القاضي، ولا يجوز أن يطلب من الخصوم إثباته، فالخصوم لا يطلب منهم إثبات القانون.

---

(١) قد يعتقد البعض أنه ينتج عن إعمال قاعدة الإسناد تطبيق قانون أجنبي على المسألة المشوبة بعنصر أجنبي، وهذا اعتقاد خاطئ، إذ تبين لنا أنه من خصائص قاعدة الإسناد أنها قاعدة مزدوجة، فهي تشير إلى القانون الأنسب لحكم المسألة بعنصر أجنبي، وهذا القانون قد يكون القانون الوطني، وقد يكون القانون الأجنبي.

والملاحظ هنا أن غالبية الفقه([1]) ترى أن القانون الأجنبي لا تتغير طبيعته بمجرد تطبيقه في دولة اخرى، بل يظل محتفظاً بطبيعته القانونية ولا يتحول الى واقعة مادية، وبالتالي فأن الخصوم وإن جازت معاونتهم للقاضي في اثبات القانون الاجنبي إلا أنهم لا يكلفون بأثباته، فالقاضي يقضي في القانون الاجنبي بعلمه وعليه أن يبحث هو عن مضمونه.

أما إذا اعتبرنا القانون الأجنبي واقعة مادية في هذا الشأن، فهذا يعني أن عبء إثباته يقع على عاتق الخصوم أو الخصم الذي يتمسك فيه، فالقانون الأجنبي في هذه الحالة يكون كما هو الضرر في الدعوى التي يطالب فيها الشخص بتعويض على أساس المسؤولية عن الفعل الضار، فيطلب من الشخص إثبات هذا الضرر باعتبار الضرر واقعة مادية، وهذا ما ينطبق على القانون الأجنبي إن اعتبرناه واقعة مادية. وهذا ما أخذ به القضاء في الدول الأخرى حيث اعتبر أن القانون الأجنبي هو مجرد واقعة مادية يجب اقامة الدليل عليها، وهو ما استقر عليه بعض الفقه([2]).

موقف القانون والقضاء الإماراتي

لقد سكت المشرع الإماراتي عن هذا الموضوع، فلا نجد نصا في القانون الإماراتي يبين على من يقع عبء إثبات القانون الأجنبي([3])، هل يقع على عاتق القاضي، أم على عاتق الخصوم.

وامام هذا السكوت التشريعي فقد استقر اجتهاد القضاء الإماراتي على أن إثبات القانون الأجنبي والبحث عن مضمونه يقع على عاتق الخصوم، باعتبار أن

([1]) راجع في ذلك د. جابر جاد عبد الرحمن ، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة ، ١٩٦٩ ، ص٦٠٤ وما بعدها ، د. حامد زكي، القانون الدولي الخاص المصري ، بلا مطبعة ، القاهرة ، ١٩٣٦ ، ص١٨١ ، د.محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، الطبعة الثانية، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، ١٩٨٥ ، ص٣٩٤ ، د. شمس الدين الوكيل ، اثبات القانون الاجنبي ورقابة المحكمة العليا على تفسيره، الاسكندرية ، ص٥، د.أحمد عبدالكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠، ص٥٠٢ وما بعدها ، د. هشام علي صادق، اطروحة دكتوراه، مركز القانون الاجنبي امام القضاء الوطني، الاسكندرية ، ١٩٦٨ ، السيد الطيب اللومي، الاحوال الشخصية بمجلة القانون الدولي الخاص التونسي ، بحث منشور في المجلة التونسية للقانون الدولي الخاص ، ٢٠٠٠ ، ص١٠٧

([2]) Battiffol - Traite elem –de droit int – prive ١٩٥٩ ,p.٤٦٩ cite par

([3]) حتى أن نص المادة ٢٨ من قانون المعاملات المدنية الذي نص (يطبق قانون دولة الإمارات العربية المتحدة إذا تعذر إثبات وجود القانون الأجنبي الواجب التطبيق أو تحديد مدلوله) يتبين من خلاله أن المشرع الإماراتي لم يحدد على من يقع عبء الإثبات، فعبارة إذا تعذر اثبات وجود القانون...لم تبين على من تعذر الإثبات فهل تعذر على القاضي أم على الخصم.

القانون الأجنبي يعتبر واقعة مادية في هذا الشأن. فقد قررت محكمة تمييز دبي في هذا الشأن "...من المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه يتعين على الخصم الذي يتمسك بأحكام قانون أجنبي أن يقدم إثباتا له نصوص هذا القانون كاملة – غير مبتسرة – مترجمة إلى اللغة العربية باعتبار أن ذلك القانون – في هذا المجال – يعد واقعة مادية يتعين تقديم الدليل على توافرها"([1]).

المطلب الثاني

كيفية إثبات القانون الأجنبي

تبين لنا فيما مضى أن القانون الأجنبي يعتبر واقعة مادية في هذا الشأن، وأن عبء إثباته والبحث عن مضمونه يقع على عاتق الخصوم، ولكن هل للخصوم إثبات القانون الأجنبي بكافة طرق الإثبات المقررة في القانون؟

لم يحدد قانون المعاملات المدنية الإماراتي طرق إثبات القانون الأجنبي المختص رغم أهمية الموضوع، وحسب ما يتبين لنا من خلال موقف القضاء الإماراتي أن القانون الأجنبي يعتبر واقعة مادية في هذا الشأن، وبالتالي الأصل أن يتم إثباته بكافة طرق الإثبات المقررة قانونا وهي الطرق المعتمدة لإثبات الواقعة. ولكن استقر الفقه([2]) على أن افضل وسيلة لإثبات القانون الأجنبي من قبل الخصوم هي الكتابة.

ونعتقد أن الأفضل هو أن تكون الكتابة رسمية، وذلك من أجل إضفاء مصداقية على هذا القانون الأجنبي، بمعنى أن يكون القانون مصادقا عليه من الجهات الحكومية الرسمية في الدولة الأجنبية، وسفارة الدولة الأجنبية وتصديق وزارة الخارجية الإماراتية إن تطلب الأمر. أما الكتابة العرفية (الصورة الفوتوغرافية) فالأصل ألا يتم قبولها لإثبات القانون الأجنبي لما لها من مخاطر من التأثير على مصداقية إثبات القانون الأجنبي وبقاء سريانه ونفاذه وقت نظر الدعوى، أو عدم تعديله والغائه. ولكن مع ذلك نلاحظ أن محكمة تمييز دبي اجازت إثبات القانون الأجنبي بالصورة الفوتوغرافية ولكن بشرط عدم اعتراض الخصم الآخر على ذلك، فاعتبرت أن سكوت الخصم اقرارا منه بأن هذا هو القانون الأجنبي النافذ والمطبق في تلك الدولة، فقد قررت المحكمة "... وإنه وإن كان يجوز للمحكمة أن تعتد بالصورة الضوئية من القانون الأجنبي إلا أن شرط ذلك إقرار الخصم بها وعدم نعيه على نصوص مواده بأنها ليست ذات نصوص القانون المذكور أو إنها انطوت على مواد مغايرة لمواد هذا القانون"([3]).

([1]) الطعن رقم ٧٧ لسنة ٢٠٠٧، محاكم دبي، محكمة التمييز، المكتب الفني، ٢٠٠٧، العدد الثامن عشر(حقوق)، الجزء الثاني، من سبتمبر إلى ديسمبر ٢٠٠٧.

([2])د.عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص٣٦٨.

([3]) الطعن رقم ٧٧ لسنة ٢٠٠٧، محاكم دبي، محكمة التمييز، المكتب الفني، ٢٠٠٧، العدد الثامن عشر(حقوق)، الجزء الثاني، من سبتمبر إلى ديسمبر ٢٠٠٧.

أما البينة الشخصية (شهادة الشهود)، فقد تكون معتبرة إذا كانت صادرة عن شخصية متخصصة محيطة علما بأحكام القانون الأجنبي الواجب التطبيق، حيث يمكن مثلا دعوة قنصل الدولة الأجنبية المطلوب تطبيق قانونها أو ممثل سفارة تلك الدولة للاسترشاد بمعلومات عن قوانين دولته أو المستشار القانوني في سفارة الدولة الأجنبية المطلوب تطبيق قانونها([1])، ولكن يستثنى اليمين والإقرار من وسائل إثبات القانون الأجنبي، إذ اتفق الفقه على استبعادهما من وسائل إثبات القانون الأجنبي لأنهما لا يصلحان بطبيعتهما للإثبات في هذه الحالة([2]).

ولا بد من ترجمة القانون الأجنبي المطلوب إثباته إلى اللغة العربية، باعتبار أن لغة المحاكم هي اللغة العربية، وهذا أيضا ما استقر عليه الاجتهاد القضائي، فقد قررت محكمة تميز دبي "...ومن المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه يتعين على الخصم الذي يتمسك بأحكام قانون أجنبي أن يقدم إثباتا له نصوص هذا القانون مترجمة إلى اللغة العربية باعتبار أن ذلك القانون يعد واقعة مادية يتعين تقديم الدليل على توافرها"([3]). وكذلك قررت المحكمة " من المقرر أنه عند تطبيق قانون أجنبي محرر بغير اللغة العربية يجب أن يكون مترجمًا إلى اللغة العربية باعتبارها لغة المحاكم فيها، ولا يُغني عن تقديم ترجمة عربية لهذا القانون تقديم نسخة منه بلغة أجنبية أو ترجمة نصوص بعض مواده إذا لم تكشف هذه الترجمة عن وضوح معنى ما تضمنته تلك النصوص أو كانت لا تكفي لاستخلاص الشروط والأحكام المطلوب تطبيقها على النزاع لارتباط نصوص هذه الترجمة بنصوص مواد أخرى لم تُقدم أو لم يتم ترجمتها ومن المقرر أن تقدير مدى ارتباط وكفاية نصوص القانون الأجنبي المقدم في الدعوى للفصل في النزاع هو من مسائل القانون التي تخضع لرقابة محكمة التمييز([4]). ولا يجوز للقاضي أن يعتمد اللغة الأجنبية الصادر بها ذلك القانون الأجنبي وذلك على أساس علم القاضي ومعرفته بتلك اللغة الأجنبية، لأن ذلك مفاده الحكم بعلمه الشخصي وهو أمر غير مقبول، بل لا بد أن يعتمد القانون الأجنبي مترجما إلى اللغة العربية

([1]) ففي إحدى القضايا المعروضة امام القضاء العراقي في زواج بريطانية من عراقي أمام محكمة عراقية وتقرر فيها تطبيق القانون الإنجليزي، فقامت المحكمة العراقية باستدعاء المستشار القانوني في السفارة البريطانية ببغداد لبيان حكم القانون الإنجليزي في القضية. انظر د. غالب الداودي، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص٢٦٨، ٢٦٩.

(٢) د.جابر جاد عبدالحق، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص٦٠٣.

(٣) طعن رقم ١٧ لسنة ٢٠٠١، دائرة المحاكم (دبي)، محكمة التمييز، المكتب الفني، العدد الثاني عشر، ٢٠٠١، ص٢٠٨.

([4])الطعن رقم ٢٣ لسنة ٢٠٠٤ (احوال شخصية)، دائرة المحاكم (دبي)، محكمة التمييز ، المكتب الفني، العدد الخامس عشر (حقوق) ، الجزء الأول، من يناير إلى سبتمبر ٢٠٠٤ ، ص١٣٩٥.

ترجمة قانونية من خلال الخبرة الفنية، وهو ما أكده القضاء الإماراتي، فقد حكمت المحكمة الاتحادية العليا (من المقرر أن القاضي لا يقضي بعلمه الشخصي ويدخل في ذلك علمه باللغة الأجنبية المحرر بها المستندات المقدمة في الدعوى كما أنه من المقرر أنه ولئن كانت المحكمة هي الخبير الأعلى في الدعوى إلا أنه إذا احتاج الموضوع إلى خبرة فنية خاصة فتلتزم باللجوء إليها ومسائل الترجمة من المسائل الفنية التي يحتاج فيها إلى خبرة خاصة من ثم فمتى كانت هناك ترجمتان مختلفتان أو متعارضتان لنص أجنبي قد يؤدي إلى الأخذ بأي منهما إلى تقريرات أو بنتائج مختلفة في النزاع فليس من حق المحكمة أن تنصب نفسها خبيرًا في الدعوى بمالها من معرفة باللغة الأجنبية التي تمت الترجمة منها وترجح إحداهما على الأخرى بحسبان ذلك من قبيل القضاء بالعلم الشخصي في مسألة فنية يقتضي اللجوء فيها إلى خبرة خاصة)([1]).

والأصل أن يتم إثبات كامل نصوص القانون الأجنبي من قبل الخصوم وذلك من أجل التعرف على مضمون القانون الأجنبي وتفسيره، وهو ما أكده القضاء الإماراتي، فقررت محكمة تمييز دبي "...من المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه يتعين على الخصم الذي يتمسك بأحكام قانون أجنبي أن يقدم إثباتا له نصوص هذا القانون كاملة – غير مبتسرة – مترجمة إلى اللغة العربية باعتبار أن ذلك القانون – في هذا المجال – يعد واقعة مادية يتعين تقديم الدليل على توافرها"([2]).

ولكن يبقى أمر كفاية إثبات مضمون القانون الأجنبي للتعرف عليه والتوصل إلى مدلوله خاضع لتقدير وصلاحية المحكمة، وبالتالي فقد لا تتطلب المحكمة أن يتم إثبات كامل القانون الأجنبي، وإنما إثبات مواد القانون المتعلقة بالنزاع المطروح أمام القاضي وكذلك المواد ذات الصلة.

المبحث الثالث

حالة تعذر إثبات القانون الأجنبي

بعد أن تبين لنا أن إثارة القانون الأجنبي يتم من قبل الخصوم، ويقع على الخصوم إثباته كما تبين لنا، فإنه يثور تساؤل في هذا الشأن وهو لو تعذر على الخصم إثبات القانون الأجنبي وعدم بيان مضمونه، سواء بسبب عدم استطاعة الخصم إثباته أو تقاعسه عن ذلك، فما هو الحكم في هذه الحالة؟

([1]) الطعن رقم ٤٤٩ لسنة ١٨ القضائية ١٩٩٨، المكتب الفني، ص٩٣٠.

([2]) الطعن رقم ٧٧ لسنة ٢٠٠٧، محاكم دبي، محكمة التمييز، المكتب الفني، ٢٠٠٧، العدد الثامن عشر(حقوق)، الجزء الثاني، من سبتمبر إلى ديسمبر ٢٠٠٧.

نتناول الإجابة على هذا التساؤل من خلال مطلبين، نبين في المطلب الأول الاتجاهات الفقهية في هذا الشأن وفي المطلب الثاني موقف القانون والقضاء الإماراتي.

المطلب الأول

الاتجاهات الفقهية في حال تعذر إثبات القانون الأجنبي

لقد ظهرت هناك ثلاثة اتجاهات تمثلت بما يلي:

الاتجاه الأول: رفض الدعوى

ومضمون هذا الاتجاه أنه إذا لم يتمكن الخصوم بإثبات القانون الأجنبي أو كانت هناك استحالة للتوصل إلى مضمون القانون الأجنبي، فعلى القاضي رفض هذه الدعوى المشوبة بعنصر أجنبي، وهذا الأمر أخذت به أحكام القضاء الأمريكي في قضية (والتون) وتتلخص وقائعها في أن مواطنا أمريكيا يدعى (والتون)، أصيب في حادث تصادم وقع بين سيارته وإحدى عربات النقل التابعة لشركة أمريكية في المملكة العربية السعودية، فرفع (والتون) دعوى تعويض عن الأضرار الحاصلة من جراء الحادث أمام المحاكم الفيدرالية لولاية نيويورك ضد الشركة، في المرحلة الأولى لم يتمسك الطرفان بتطبيق القانون السعودي الذي يعد مختصا في المنازعة باعتباره مكان وقوع الفعل الضار، لكن القاضي أثار من تلقاء نفسه تطبيق القانون السعودي، لكنه كان يجهل مضمون هذا القانون فطلب من(والتون) إثبات ذلك، لكنه لم يبذل أي محاولة منه لإثبات القانون السعودي، فرفضت المحكمة طلبه وقد تأيّد الحكم استئنافا([1]).

لكن الفقه انتقد هذا الاتجاه واعتبره إنكارا للعدالة ويهدر حقوق المضرور لمجرد أن المضرور لم يتمكن من إثبات القانون الأجنبي([2]).

الاتجاه الثاني: تطبيق القانون الأقرب في أحكامه إلى القانون الأجنبي المختص

وهذا يعني أنه عند تحديد القانون الواجب التطبيق ولكن تعذر إثبات مضمونه، فعلى القاضي أن يطبق القانون الأقرب، ويقصد بالقانون الأقرب معنيان، المعنى الأول أنه القانون الذي يفترض فيه أنه قريب في أحكامه من القانون المتعذر إثباته بحكم انتمائهما لنفس العائلة أو بحكم التأثير الموجود بينهما، فلو كان القانون المختص هو القانون الأمريكي يحل محله القانون الإنجليزي، أما المعنى الثاني للقانون الأقرب يقصد به الأقرب اتصالا بالعلاقة بعد القانون الذي تعذر إثبات مضمونه، مثال ذلك: إحلال قانون موطن الشخص في شأن أهليته إذا استحال إثبات مضمون قانون جنسيته، هذا الاتجاه لقي رواجا لدى

([1]) د.محمد كمال فهمي، رقابة المحكمة العليا على تطبيق القانون الأجنبي، مقال منشور بمجلة القانون والاقتصاد، سنة ١٩٦٣ ، لسنة الثالثة والثلاثون، ص٣٥٦.

([2]) المرجع نفسه.

القضاء الألماني، لكن هناك صعوبات عملية تكتنفه على أساس التأكد من مدى التقارب بين التشريعات المختلفة([1]). كما أنه ليس بالضرورة أن يكون القانون الأقرب للقانون الذي تعذر إثباته متشابها معه في الحكم مما يشكل إجحافا بحق الخصوم.

الاتجاه الثالث: تطبيق قانون القاضي

عند تعذر إثبات مضمون القانون الأجنبي وعدم التوصل إلى مضمونه فلا يجوز للقاضي الامتناع عن الحكم في القضية ، بل عليه واجب الفصل في النزاعات ذات العنصر الأجنبي كما لو هو يفصل في النزاعات الوطنية، وعليه في هذه الحالة أن يقوم بتطبيق قانونه الوطني على هذه المنازعة المشوبة بعنصر أجنبي، والتي كان يختص بها في الأصل قانونا أجنبيا حسب ما تشير إليه قاعدة الإسناد الوطنية، وتطبيق قانون القاضي في هذه الحالة ليس لأن أحكامه تتطابق مع مضمون القانون الأجنبي، وليس لأن الأصل هو تطبيق قانون القاضي، بل الصحيح أن هذا القانون ينطبق بما له من اختصاص احتياطي عام عند عدم الوصول إلى الكشف عن مضمون القانون الأجنبي صاحب الاختصاص للمنازعة الدولية بمقتضى قاعدة الإسناد، وإن تطبيق قانون القاضي هو حل عادل لأنه يجنب الخصوم النتائج السيئة المترتبة عن رفض دعواهم، ومن جهة ثانية فهو قانون ليس غريبا عن المنازعة المطروحة، كما أنه القانون الذي يعلمه القاضي ويعرف مضمونه.

المطلب الثاني

موقف القانون والقضاء الإماراتي

لقد أخذ قانون المعاملات المدنية الإماراتي صراحة في المادة ٢٨ بالاتجاه الثالث، وهو تطبيق قانون القاضي في حال تعذر إثبات القانون الأجنبي المختص حسب قواعد الإثبات، حيث نصت " يطبق قانون دولة الإمارات العربية المتحدة إذا تعذر إثبات وجود القانون الأجنبي الواجب التطبيق أو تحديد مدلوله". وهذا يدل صراحة على أن المشرع الزم القاضي الإماراتي بتطبيق قانونه الوطني في حال تعذر على الخصم إثبات القانون الأجنبي. وهو ايضا ما أكده القضاء الإماراتي، فقد قررت محكمة تمييز دبي " ...إن النص في المادة (٢٨) من قانون المعاملات المدنية يدل على أنه في الدعاوى التي يتعين فيها تطبيق أحكام قانون أجنبي على واقعة النزاع يكون المناط في تطبيق قانون دولة الإمارات العربية المتحدة - بديلاً عن ذلك القانون الأجنبي - هو تعذر إثبات وجوده أو تعذر تحديد مدلوله، بحيث يتعين على المحكمة الموجه إليها خطاب المشرع في هذا النص التحقيق بداءة من وجود القانون الأجنبي قبل الالتجاء إلى تطبيق أحكام القانون

([1]) د.محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ١٧٣.

الداخلي، لما كان ذلك وكانت نصوص مواد قانون الأحوال الشخصية العراقي، قد خلت من الأحكام التي يتعين تطبيقها في حالة سفر الحاضنة بعيدًا عن بلد ولي المحضون وبالتالي فقد تعذر إثبات ذلك القانون، مما يتعين معه تطبيق قانون دولة الإمارات العربية المتحدة، هو المذهب المالكي الواجب التطبيق"([1]).

كما أن القضاء الإماراتي يستوجب أن يتحقق القاضي فعليا من تعذر إثبات القانون الأجنبي والتوصل إلى مدلوله، ولا يعتبر مجرد تقاعس الخصم عن تقديم القانون الأجنبي إلى المحكمة أنه قد تعذر عليه اثباته مما يبرر بالتالي تطبيق القانون الوطني الإماراتي. وهذا ما حكم به القضاء الإماراتي بصدد قضية تطليق بين اجانب، فقررت محكمة تمييز دبي بهيئتها العامة (النص في المادة الأولى والمادة ١٣/ ٢ من قانون المعاملات المدنية يدل على أنه في دعاوى التطليق التي يرفعها أي من الزوجين - متى كانا أجنبيين، فإنه يتعين على المحكمة تطبيق أحكام قانون الدولة الأجنبية التي ينتمي إليها الزوج ولا يطبق قانون دولة الإمارات العربية المتحدة إلا إذا تعذر إثبات وجود القانون الأجنبي أو تعذر تحديد مدلوله تطبيقًا لما تقضي به المادة (٢٨) من ذات القانون على نحو ما سلف بيانه، مما مفاده أنه لا يجوز للمحكمة الالتجاء إلى القانون الداخلي في هذه الحالة - لمجرد أن المدعي الأجنبي طالب التطليق ولم يقدم قانونه الأجنبي الواجب التطبيق - بل يتعين عليها التحقق من تعذر إثبات وجود هذا القانون أو تعذر تحديد مدلوله، لما كان ذلك وكان الثابت بالأوراق أن المطعون ضده سيريلانكي الجنسية مسيحي الديانة وقد قضى الحكم المطعون فيه بإجابته إلى طلبه بتطليق الطاعنة - رغم إنكارها له - بمقولة إنها أضرت به وأن المذهب المالكي يبيح للزوج الأجنبي غير المسلم التطليق في هذه الحالة طالما أنه احتكم في طلبه إلى محاكم دولة الإمارات وذلك قبل أن تتحقق المحكمة من تعذر إثبات وجود القانون الأجنبي الواجب التطبيق على واقعة النزاع، فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون)([2]).

ونرى أن تطبيق قانون دولة القاضي إذا تعذر إثبات مضمون القانون الأجنبي أصبح من مبادئ القانون الدولي الخاص، يستطيع القاضي الإماراتي الأخذ به استنادا إلى المادة ٢٣ من قانون المعاملات المدنية التي تنص "تتبع مبادئ القانون الدولي الخاص فيما لم يرد بشأنه في المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين".

---

(١) الطعن رقم ٦٥ لسنة ٢٠٠٥، محاكم دبي، محكمة التمييز، المكتب الفني، العدد السابع عشر(حقوق)، الجزء الأول، من يناير إلى يوليو ٢٠٠٦، ص٤٤٧. وفي ذات المعنى انظر الطعن رقم ٢٤ لسنة ٢٠٠٥، دائرة المحاكم(دبي)، محكمة التمييز، المكتب الفني، العدد السادس عشر(حقوق)، الجزء الأول، من يناير إلى يوليو٢٠٠٥، ص١٣٩٠.

(٢) الطعن رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٠ تاريخ ١٧/ ٦/ ٢٠٠٠، محاكم دبي، محكمة التمييز، المكتب الفني، العدد العاشر(احوال شخصية) ، ص١٥.

الخاتمة

تبين لنا في هذا البحث أن المشرع الإماراتي لم يتعرض لمدى إلزامية قواعد الإسناد في مجال الأحوال الشخصية قبل عام ٢٠٠٥ مما نتج عنه اختلاف في موقف القضاء الإماراتي في هذا الشأن، فمحكمة تمييز دبي استقرت قبل عام ٢٠٠٥ على أن هذه القواعد هي من النظام العام وبالتالي يجب على القاضي الإماراتي أن يقوم بإثارتها من تلقاء نفسه ويبحث عن القانون الواجب التطبيق ولا يجوز للخصوم المتنازعين الاتفاق على مخالفتها، أما المحكمة الاتحادية العليا فترى أن هذه القواعد لا تتعلق بالنظام العام وأن القاضي الإماراتي لا يثيرها من تلقاء نفسها إلا بطلب من الخصوم، فطالما أنهم سكتوا عن إثارتها فالقاضي الإماراتي عليه أن يطبق القانون الإماراتي. إلا أنه بصدور قانون الأحوال الشخصية الاتحادي الإماراتي عام ٢٠٠٥ تنبه المشرع الإماراتي في هذا القانون إلى هذه المسألة وقام بحسمها صراحة من خلال المادة الأولى من القانون، حيث أخذ ذلك النص بما كان متبع لدى قضاء المحكمة الاتحادية العليا.

كما أن المشرع الإماراتي لم ينص صراحة حتى اليوم على من يقع عبء إثبات القانون الأجنبي وكيفية إثباته، إلا أن القضاء الإماراتي قد استقر على أن الخصوم يقع على عاتقهم إثبات القانون الأجنبي وليس على القاضي باعتبار أن القانون الأجنبي في هذا الشأن يعد واقعة مادية، كما استقر اجتهاد القضاء الإماراتي على أن إثبات القانون الأجنبي لا يكون إلا بالكتابة سواء الرسمية المصادق عليها من الجهات ذات الاختصاص أو الكتابة العرفية بشرط أن الخصم الآخر لا يعترض على الكتابة العرفية باعتبارها وسيلة إثبات للقانون الأجنبي.

أما فيما يتعلق بحالة تعذر إثبات القانون الأجنبي أو عدم التوصل إلى مدلوله فقد نص المشرع الإماراتي صراحة على أنه يطبق في هذه الحالة القانون الوطني بدلا عنه وهو ما استقر عليه ايضا القضاء الإماراتي.

المراجع:

د.أحمد عبدالكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠.

د.الطيب اللومي، الاحوال الشخصية بمجلة القانون الدولي الخاص التونسي ، بحث منشور في المجلة التونسية للقانون الدولي الخاص ، ٢٠٠٠.

د. جابر جاد عبد الرحمن، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة ، ١٩٦٩.

د. حامد زكي، القانون الدولي الخاص المصري، بلا مطبعة ، القاهرة ، ١٩٣٦.

د.حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الاول: المبادئ العامة في تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠١٠.

د. شمس الدين الوكيل، اثبات القانون الاجنبي ورقابة المحكمة العليا على تفسيره، الاسكندرية.

د.عكاشة محمد عبدالعال، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠١٠.

د.محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، الطبعة الثانية، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية،١٩٨٥ .

د.محمد كمال فهمي، رقابة المحكمة العليا على تطبيق القانون الأجنبي، مقال منشور بمجلة القانون والاقتصاد، سنة ١٩٦٣ ، لسنة الثالثة والثلاثون.

د.هشام علي صادق، تنازع القوانين، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٩٧.

- **Loussouan, Yves et Bourel, Pierre , *Droit international privé* , ٣ edition, Dalloz, Paris, ٢٠٠٧.**