

**الدفع بالجهل بأحكام القانون كوسيلة لاستبعاد القانون
الأجنبي الواجب التطبيق بمقتضى قاعدة الإسناد**

د. أحمد عبدالموجود محمد فرغلى

مدرس القانون الدولي الخاص- كلية الحقوق- جامعة أسيوط

الدفع بالجهل بأحكام القانون كوسيلة لاستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق بمقتضى قاعدة الإسناد

د. أحمد عبد الموجود محمد فرغلي

الملخص باللغة العربية

لما كان من العسير على الصعيد الداخلى (الوطنى) أن يعلم الكافة بأحكام كل القوانين الوطنية لكافة دول العالم، فإن الجهل بأحكام القانون الأجنبى أمرٌ بدهىّ وطبيعىّ ومقبولٌ، والواقع يشهد بأن الجهل بأحكام القانون الأجنبى هو القاعدة العامة وأن العلم بها هو الاستثناء، فلا يخفى على الكافة ما يصيب طريق الوصول إلى أحكام القانون الأجنبى الواجب التطبيق من صعوباتٍ وعوائقٍ جمّةٍ فى المناعات الخاصة الدولية المتضمنة عنصراً أجنبياً.

ولقد أدت الاجتهادات القضائية المشهودة والأعمال التشريعية المتواصلة فى إطار القانون الدولى الخاص إلى ظهور عدة دفعٍ تُجيز التمسك بها بغرض استبعاد القانون الأجنبى الواجب التطبيق الذى تم التوصل إليه بمقتضى تطبيق قواعد الإسناد الوطنية والتي من بينها الدفع بالجهل بأحكام القانون الأجنبى الواجب التطبيق، فالدفع بالجهل بأحكام القانون الأجنبى الواجب التطبيق بمقتضى قواعد الإسناد هو من خلق وابتكار وابتداع القضاء الفرنسى، ولعل الهدف الرئيس من وراءه هو توفير حماية فعالة وحقيقية للطرف الوطنى أمام تهرب المتعاقد الأجنبى من تنفيذ التزاماته ومحاولته التحل منها لأنه فى حالة ما إذا نجح صاحب المصلحة فى إثبات جهله بالعلم بأحكام هذا القانون الأجنبى الواجب التطبيق فإنه سيتم تعطيل واستبعاد القانون الأجنبى الذى أشارت باختصاصه قواعد الإسناد الوطنية من نطاق التطبيق على النزاع المثار والذى هو أحد أطرافه.

وعلى الرغم من أن الدفع يُمثل ضماناً هاماً من ضمانات حماية أمن المعاملات وسلامتها والحفاظ على استقرارها، وكل ذلك ينصب على موضوع العلاقة وليس على أطرافها، إلا أن التشريعات الوطنية تعاملت مع الدفع بالجهل بأحكام القانون الواجب التطبيق كاستثناءٍ وليس كقاعدةٍ عامةٍ أصليةٍ، ولكن الدفع بالجهل بأحكام القانون الأجنبى الواجب التطبيق هو دفعٌ متعلقٌ بالنظام العام، ويترتب على ذلك عدم جواز تعليق تطبيقه على إرادة ومشئئة الأطراف وعدم جواز التنازل عنه بغرض كفالة سلامة

المعاملات وضمنان حسن سيرها واستقرارها، وهو قاعدة موضوعية خاصة بالمعاملات ذات العنصر الأجنبي، وتُطبق بصورة صريحة ومباشرة في حال توافر شروط ولوزام تطبيقها، وبالتالي فهي ليست قاعدة من قواعد التنازع ولا قاعدة قواعد التطبيق الضروري أو قواعد البوليس، وهو ما يحتاج إلى مزيد من التنظيم التشريعي لهذا الدفع تزامناً مع طبيعته ودوره.

The pleading of ignorance of the provisions of the law as a means of excluding the applicable foreign law by the attribution rule.

Abstract

Since it is difficult at the domestic (national) level for everyone to be familiar with the provisions of all national laws of all countries of the world, ignorance of the provisions of foreign law is an obvious, acceptable and natural matter, reality testifies that ignorance of the provisions of foreign law is the general rule and knowledge about it is the exception. The difficulties and serious obstacles to access to applicable foreign law provisions in international private conflicts involving a foreign component are not hidden to all.

The jurisprudence and continuing legislative work under private international law have led to several defenses that may be invoked to exclude applicable foreign law reached under the application of national support rules, including the payment of ignorance of applicable foreign law provisions. The payment of ignorance of the provisions of foreign law applicable under the rules of attribution is the creation, innovation and creativity of the French judiciary. The main objective behind it may be to provide effective and genuine protection to the national party in the face of the foreign

contractor's evasion of its obligations and attempt to analyze them because if the interested person succeeds in demonstrating his ignorance of the provisions of this applicable foreign law that the national attribution rules have mentioned its jurisdiction, such law will be suspended and excluded from the scope of application to the dispute at issue which is one of the parties.

Although the payment represents an important guarantee of the protection of the security, integrity and stability of transactions, all of which are focused on the subject of the relationship rather than the parties to it, national legislation has dealt with the payment of ignorance of the provisions of the law applicable as an exception and not as an original general rule. However, the payment of ignorance of the applicable foreign law provisions is a public order payment, as a result of which its application cannot be suspended to the will and object of the parties and cannot be waived for the purpose of ensuring the integrity of transactions and ensuring their proper conduct and stability, which is an objective rule for transactions of a foreign component. It is applied explicitly and directly in the case of availability of the conditions and the necessities of their implementation, and therefore it is not a rule of the conflict's rules and not a rule of the necessary rules of application or the police' rules, thus it requires more legislative regulation of this payment in conjunction with its nature and role.

مقدمة:

يتميز القانون الدولي الخاص بأنه ذو طبيعةٍ جامعةٍ؛ فهو القانون الذى يجمع بين صفتين تكاد تكونا متعارضتين: أولاهما أنه ذو طابع دولي؛ فهو يحكم العلاقات الخاصة الدولية، أى التى تتضمن عنصراً اجنبياً؛ إما لأن أطراف العلاقة مختلفو الجنسية، أو إبرام التصرف القانوني خارج إقليم الدولة الوطنى، أو أن هناك اتفاقيات دولية نظمت علاقات مختلفة بين مواطنى تلك الدول، وثانيتهما أن القانون الدولي الخاص يُعد قانوناً داخلياً، حيث إن قواعده من صنع وخلق المشرع الوطنى لكل دولة والذى يتولى وضع أحكامه وقواعده بما يتوافق ويتلاءم مع ظروف دولته السياسية والاجتماعية والاقتصادية ومصالحها العليا.

ونظراً لتزايد المنازعات التى تثير تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطنى نتيجة التطور الهائل والتنوع المُثير فى وسائل الاتصالات وظهور عقود التجارة الإلكترونية، وتحول العالم إلى قريةٍ صغيرةٍ تتنوع فيها العلاقات الاقتصادية والاجتماعية بين الشعوب المختلفة، فقد تنوعت المعاملات وتعددت، وهو ما ترتب عليه تشعب المنازعات الناشئة عنها وتشابكها، والذى أضحى معه من الصعوبة بمكان أن يحكمها جميعاً قانونٌ واحد؛ وهو القانون الوطنى الذى يكون ملائماً للتطبيق فى بعض الحالات، وغير مناسب للتطبيق على الغالبية الأخرى من هذه المنازعات؛ لخصوصيتها وضرورة وجود ارتباط وصلة وثيقة بين القانون الوطنى المراد تطبيقه والمنازعة المعروضة على القاضى.

ونتيجة ظهور اتجاهٍ حديثٍ يدعو إلى ضرورة افساح المجال أمام القوانين الأجنبية للتطبيق على المنازعات الخاصة الدولية، فقد أصبح من الحتمى على المشرع الوطنى ألا يتجبر فى المسارعة بتطبيق قانونه الوطنى ولزوم غض الطرف قليلاً عن التشدد ناحية تطبيق مبدأ إقليمية القوانين، ومن ثم الاعتراف بأحكام القوانين الأجنبية وتطبيقها على المنازعات الخاصة الدولية المعروضة على القاضى الوطنى، خاصةً إذا ما أشارت قاعدة الإسناد الوطنية إلى اختصاص القانون الأجنبي بالتطبيق عليها، وذلك من أجل الوصول إلى هدفٍ أسمى وأرقى يتمثل فى تسوية هذه المنازعات تسويةً عادلةً وناصفةً لا محاباة فيها ولا انحياز للقانون الوطنى على حساب القانون الأجنبي الواجب التطبيق وخلق نوع من التعاون فى مجال المعاملات بين مواطنى مختلف الدول.

ومن أجل المحافظة على الحقوق المكتسبة لأطراف العلاقة الخاصة الدولية وتسهيل عمليات اكتسابها والاعتراف بها وتسوية المنازعات الناشئة عنها بين مواطنى مختلف الدول، فإنه يضحى من الملزم ضرورة البحث فى الطبيعة القانونية للقانون الأجنبي أمام

القضاء الوطني؛ أساس تطبيق القانون الأجنبي وتحديد مركزه القانوني أمام القضاء الوطني يمكن أن يفتح طريقاً مُمهداً ناحية الوصول إلى مضمونه والعلم بأحكامه العلم المتطلب للتمكن من تسوية المنازعات الواجب التطبيق عليها وتحقيق العدالة المنشودة، خاصةً في حال ما إذا كان أحد أطراف هذه المنازعة عنصراً وطنياً قد يكون من الأوفق له التوصل لمضمون القانون الأجنبي الواجب التطبيق، والذي قد يكون الأكثر رعاية لمصالحه وخدمة لحقوقه المسلوبة من قانون دولته الوطنية.

ولما كان من العسير على الصعيد الداخلي (الوطني) أن يعلم الكافة بأحكام كل القوانين الوطنية لكافة دول العالم، فإن الجهل بأحكام القانون الأجنبي أمرٌ بدئيٌّ وطبيعيٌّ ومقبولٌ؛ تطبيقاً لهذا الواقع الملموس، ومنطقيٌّ في إطار هذه الحقيقة الثابتة، إلا أن المشرع الوطني رغم كل ذلك لم يدرك خطورة هذا الواقع وقرر تحريم وعدم جواز الدفع بالجهل بالقانون الأجنبي الواجب التطبيق، وإن كان قد قرر الجواز والسماح فقد جعله في أضيق الحدود واستثناء لا يجوز التوسع فيه، وضرب بعرض الحائط حقيقة الواقع الذي يعترف بعدم قدرة القضاة والأطراف على العلم بمضمون جميع القوانين الأجنبية الواجبة التطبيق والذي يتطلب جهوداً جبارةً وثقافةً خارقةً ووقتاً طويلاً ليس فقط من أجل التمكن من إجادة اللغات الأجنبية المُتطلبة لفهم وتفسير النصوص الأجنبية، وإنما التنقيب عن ظروف وعادات وتقاليدها كل دولة والحكمة التي ابتغاها المشرع الأجنبي من كل تشريع أصدره، وذلك ظناً منه أنه بهذه الكيفية يحافظ على التنفيذ السليم والأمن للقانون على الجميع حكماً ومحكومين، أشخاصاً ومؤسسات، دون تعطيلٍ أو تحريفٍ.

وخليقٌ بنا أن نُؤمى أن على الجميع الاعتراف دون مبالغةٍ أو تحريفٍ بأن الواقع يشهد بأن الجهل بأحكام القانون الأجنبي هو القاعدة العامة وأن العلم بها هو الاستثناء، فلا يخفى على الكافة ما يصيب طريق الوصول إلى أحكام القانون الأجنبي الواجب التطبيق من صعوباتٍ وعوائقٍ جمةٍ في المنازعات الخاصة الدولية المتضمنة عنصراً أجنبياً، في حين أنه من المفترض أن تكون القاعدة العامة هي علم الجميع بالقانون، ولكن يمكن أن تصدق هذه القاعدة العامة على القوانين الوطنية فقط دون الأجنبية التي أشارت إليها قواعد الإسناد الوطنية لتكون واجبة التطبيق، وهنا يثور التساؤل عن موقف القاضى ودوره هل سيفترض علم الخصوم بأحكام ذلك القانون الأجنبي الواجب التطبيق بمقتضى قواعد الإسناد؟ وهل اتسام القانون الدولي الخاص بصفة اللانعزالية الذي ترتب عليه الاتساع في دائرة التعاملات التجارية ووصولها لمناطقٍ نائيةٍ للغاية وكون التقارب هو السمة المميزة للقانون الدولي الخاص قد أعانا على بروز النتيجة الواقعية المعبرة عن

الحقيقة الواقعية؛ وهي عدم إمكانية الطرف الوطنى المتعامل من العلم بأحكام القانون الأجنبى الواجب التطبيق على نزاعه المثار أو علاقته العقدية أو معاملته الخاصة؟ ولقد أدت الاجتهادات القضائية المشهودة والأعمال التشريعية المتواصلة فى إطار القانون الدولى الخاص إلى ظهور عدة دفعٍ تُجيز التمسك بها بغرض استبعاد القانون الأجنبى الواجب التطبيق الذى تم التوصل إليه بمقتضى تطبيق قواعد الإسناد الوطنية كالدفع بالنظام العام، والدفع بالغش نحو القانون، والاتفاق الإجرائى، وأخيراً الدفع بالجهل بأحكام القانون الأجنبى الواجب التطبيق.

فالدفع بالجهل بأحكام القانون الأجنبى الواجب التطبيق بمقتضى قواعد الإسناد هو من خلق وابتكار وابتداع القضاء الفرنسى؛ فانتبه إليها المشرع ليفكر فى كيفية تقنينها من جديد، ولعل المغزى الرئيس من وراء ابتداع هذا الدفع هو توفير حماية فعالة وحقيقية للطرف الوطنى أمام تهرب المتعاقد الأجنبى من تنفيذ التزاماته ومحاولته التحلل منها لأنه فى حالة ما إذا نجح صاحب المصلحة فى إثبات جهله بالعلم بأحكام هذا القانون الأجنبى الواجب التطبيق فإنه سيتم تعطيل واستبعاد القانون الأجنبى الذى أشارت باختصاصه قواعد الإسناد الوطنية من نطاق التطبيق على النزاع المثار والذى هو أحد أطرافه، وهنا يجب التفرقة بين أمرين متعارضين والمفاضلة بين هذين الأمرين المتعارضين واختيار أيهما وإعطاؤه الأولوية على الآخر فى التطبيق العملى:

أولهما: أن الانصياع لقواعد الإسناد الوطنية وما تقضى به هو فى حقيقته احترام لكونها النصوص الإجرائية للقانون الدولى الخاص ولا يجوز الخروج عليها وعصيانها.
وثانيهما: أن حماية الطرف المتعاقد الوطنى أمام تحلل المتعاقد الآخر الأجنبى من تنفيذ التزاماته العقدية بموجب العلاقة العقدية المبرمة بينهما واحتجابه مثلاً بعدم أهليته أو نقص أهليته لإبرام العقد أصلاً وفقاً لقانونه الأجنبى أمرٌ ملزمٌ للدولة بموجب رابطة الجنسية والتي تلزم الدولة بضرورة الدفاع عن حقوق الوطنى الذى يحمل جنسيتها ضد أى اعتداء عليها من جانب الدول الأخرى أو من يحملون جنسياتهم.

ولعل الفضل يرجع لمحكمة النقض الفرنسية فى تأسيس الدفع بالجهل بأحكام القانون الأجنبى الواجب التطبيق نتيجة ظروف وملابسات على صعيد استخدام الوسائل العلمية والتكنولوجية ووسائل الاتصالات والمعلومات أحاطت بموقف المحكمة وقتها، وكان له الأثر الفعال فى تبني التشريعات الوطنية لهذا الموقف، وهو ما أدى إلى المساعدة فى اكتمال هيكل وبناء القانون الدولى الخاص الذى ينسق وينظم التعايش والتعاون بين القوانين.

وعلى المستوى الفقهي فإننا نتساءل هل الدفع بالجهل بأحكام القانون الأجنبي الواجب لتطبيق يُمثل استثناءً على القاعدة العامة التي تقضى بوجود العلم بالقانون الأجنبي الواجب التطبيق أم أنه قاعدة عامة متأصلة، وهو ما سنتناول الإجابة عليه من خلال هذا البحث بمشيئة الله تعالى وفق التقسيم التالي:

مبحث تمهيدى: الأسلوب الفنى لفض المنازعات ذات العنصر الأجنبي فى الفقه الإسلامى.

الفصل الأول: التعريف بالدفع بالجهل بالقانون الأجنبي الواجب التطبيق كوسيلة لاستبعاده.

المبحث الأول: ماهية الدفع بالجهل بالقانون الأجنبي الواجب التطبيق.

المبحث الثانى: مشكلة تطبيق القانون الأجنبي أمام القاضى الوطنى.

المبحث الثالث: التزام القاضى الوطنى بالعلم بمضمون القانون الأجنبي الواجب التطبيق.

الفصل الثانى: التنظيم القانونى للدفع بالجهل بالقانون الأجنبي الواجب التطبيق كوسيلة لاستبعاده

المبحث الأول: الموقف التشريعى الوطنى والدولى من الدفع بالجهل بالقانون الأجنبي الواجب التطبيق.

المبحث الثانى: الموقف الفقهي من الأساس القانونى للدفع بالجهل بالقانون الأجنبي الواجب التطبيق كوسيلة لاستبعاده فى مسائل الأهلية.

المبحث الثالث: شروط الدفع بالجهل بالقانون الأجنبي الواجب التطبيق.

المبحث الرابع: إشكاليات الدفع بالجهل بالقانون الأجنبي الواجب التطبيق.

المبحث الخامس: أثر الدفع بالجهل بالقانون الأجنبي الواجب التطبيق.

مبحث تمهيدى

الأسلوب الفنى لفض المنازعات ذات العنصر الأجنبي فى الفقه الإسلامى

تمهيد وتقسيم:

من المعلوم أن الحياة القانونية للأفراد داخل المجتمع الوطنى للدولة تخضع لقواعد القانون الداخلى المختص، فالقانون المصرى الداخلى يتولى وضع القواعد الموضوعية التى تحكم المراكز أو العلاقات القانونية بين المصريين فى روابطهم الوطنية الخالصة كزواج مصرى من مصرية فى مص، أو تعاقد مصريين فى إحدى المحافظات المصرية على بيع عقار كائن فى محافظة أخرى داخل مصر وتم دفع الثمن فيها، أو نشوء حق فى التعويض لمصرى تجاه مصرى آخر عن فعل ضار أو نافع وقع على إقليم الدولة المصرية، فكل هذه المراكز أو العلاقات القانونية تتسم بالصفة الوطنية الخالصة لعناصرها (أشخاص، وموضوع أو محل، سبب أو واقعة منشئة)، وبالتالي تخضع للقواعد الموضوعية المتضمنة فى القانون المدنى المصرى أو التجارى وللقواعد المتعلقة بإجراءات التقاضى واختصاص المحاكم التى يقرها قانون المرافعات المصرى^(١).

ولكن قد تتطرق أو يتصل العنصر الأجنبي إلى هذه المراكز أو الروابط القانونية؛ حيث إنه ليس ثمة دولة تستطيع العيش فى عزلة تامة وانفصال مستمر عن باقى دول العالم وتكون حبيسة حدودها مقتصرة هى ومواطنيها على نفسها^(٢)، فالعوامل الاقتصادية والاجتماعية والسكانية وغيرها تؤدى بالدول إلى فتح حدودها أمام انتقال الأشخاص والأموال عبر الحدود من دولة إلى أخرى، ومن ثم تتنوع العلاقات والروابط سواء أكانت مالية أم شخصية، فقد تلحق الصفة الأجنبية عنصر الأشخاص كما لو تزوج مصرى من أجنبية أو اشترى مصرى من أجنبي بضاعة معينة، وقد تلحق الصفة الأجنبية عنصر الموضوع ك شراء مصرى من مصرى آخر مالا كائنا فى فرنسا، وقد تلحق أخيراً الصفة الأجنبية عنصر الواقعة المنشئة للرابطة أو المركز كما لو أبرم عقد بين مصريين فى دولة أجنبية حول مال كائن فى مصر أو تسبب مصرى فى أثناء وجوده فى دولة أجنبية بخطئه فى إحداث ضرر لمصرى آخر.

(١) د. شمس الدين الوكيل: الجنسية ومركز الأجانب، الطبعة الأولى، دار المعارف، القاهرة، ص ٧.

(٢) د. محمد كمال فهمى: أصول القانون الدولى الخاص، الطبعة الثانية، عام ١٩٩٢م، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، ص ١٠، د. عكاشة محمد عيد العال: القانون الدولى الخاص فى دولة الإمارات العربية المتحدة، الجزء الأول "تنازع القوانين"، طبعة ١٩٩٧م، مطابع البيان بدبي، ص ٥.

وجديرٌ بنا الإيماء إلى أنه ليس ثمة ما يمنع من أن تتراكم أو تتعدد العناصر الأجنبية في مركزٍ قانوني واحدٍ؛ كما لو اشترى سعودي من مصري أثناء وجودهما في ألمانيا مالاً كائناً في فرنسا، واتفق المتعاقدان في العقد على أن يكون التسليم، أي تسليم المبيع في الإمارات، فهنا تتصل العلاقة أو المركز بكل من السعودية باعتبارها بلد المشتري، ومصر باعتبارها بلد البائع، وألمانيا باعتبارها بلد إبرام العقد، والإمارات بصفتها البلد الذي ينفذ فيه أثر من آثار العلاقة، وفرنسا لكونها البلد الكائن فيه المال المبيع^(٣).

وبالتالي فتطرق العنصر الأجنبي إلى المركز أو العلاقة القانونية يؤدي إلى نقلها من نطاق المعاملات الداخلية إلى نطاق العلاقات الدولية الخاصة، أي نكون بصدد ما يمكن أن نُسَميه بالحياة الدولية الخاصة^(٤)، وهنا يثور التساؤل كيف يتم حكم هذه المراكز أو هذه العلاقات؟

وقد استقرت الدول على إخضاع مثل هذه المراكز القانونية التي تطرقت إليها الصفة الأجنبية لتنظيمٍ خاصٍ، وهو ما تتكفل ببيانه قواعد القانون الدولي الخاص وهو التنظيم الذي يُفسح المجال لتطبيق القوانين الأجنبية وفق الأسس والضوابط التي يضعها المشرع الوطني في كل دولةٍ من الدول، وقد تعارفت الدول على جواز تطبيق القوانين الأجنبية استجابةً وتلبيةً منها لمتطلبات وحاجات المعاملات القانونية الدولية وبغرض تحقيق عدالةٍ حقيقيةٍ منشودةٍ على نحوٍ أكثر معقوليةٍ^(٥).

(٣) د. شمس الدين الوكيل: الجنسية ومركز الأجانب، مرجع سابق، ص ٨، د. منصور مصطفى منصور: مذكرات في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ١٩٥٦م، دار المعارف، القاهرة، ص ٩.

(٤) د. شمس الدين الوكيل: المرجع السابق، ص ٨.

(٥) ويُفضل البعض استخدام مصطلح "مركز قانوني" بدلاً من اصطلاح "علاقة أو رابطة قانونية"؛ حيث إن الروابط لا تكون إلا بين أشخاص، وهناك من الأوضاع القانونية ما لا يتحلل إلى رابطة بين شخصين أو أكثر، كمن يتلقى أموالاً بطريق الإرث، أو كمن يمتلك عيناً بالتقادم، أو كمن يستولى على مالٍ مباحٍ، فكل هذه الأوضاع تحكمها قواعد قانونية دون أن تتحلل مع ذلك إلى علاقات بين الأشخاص، وبالتالي فاصطلاح "الرابطة القانونية" معيب لقصوره عن الإيفاء بالغرض، أما اصطلاح مركز قانوني فهو يفي بالغرض، ونتيجة لذلك فإنه يُمكننا القول بأن كل رابطة قانونية يمكن أن تكون حالة قانونية أو مركزاً قانونياً، ولكن العكس ليس بصحيح - حول ذلك انظر تفصيلاً د. محمد كمال فهمي: أصول القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ٩.

وفى هذا المبحث التمهيدي سنتناول الأسلوب الفنى لفض المنازعات ذات العنصر الأجنبي فى الفقه الإسلامى؛ لأن المادة الثانية من الدستور المصرى الحالى دستور ٢٠١٤م تنص على أن "الإسلام دينُ الدولة، واللغةُ العربيةُ لغتهاُ الرسمية، ومبادئُ الشريعة الإسلامية المصدرُ الرئيسى للتشريع"، وذلك من خلال التعرض لتقسيم العالم وتحديد سكانه فى الفقه الإسلامى فى مطلبٍ أولٍ، ثم مدى ولاية القضاء الإسلامى بمنازعات الأجانب غير المسلمين فى مطلبٍ ثانٍ، والقانون الواجب التطبيق على منازعات الأجانب غير المسلمين فى مطلبٍ ثالثٍ.

المطلب الأول

تقسيم العالم وتحديد السكان فى الفقه الإسلامى

ينقسم العالم من وجهة نظر غالبية الفقه الإسلامى إلى قسمين: دار الإسلام ودار الحرب^(١)، وعرف جانب من الفقه دار الإسلام بأنها "اسم للموضع الذى يكون تحت يد المسلمين، وعلامة ذلك أن يأمن فيه المسلمون"^(٢)، بينما عرفها جانب آخر بأنها "الدار التى تجرى عليها أحكام الإسلام ويأمن من فيها بأمان المسلمين سواء أكانوا مسلمين أم ذميين"^(٣)، بينما عرفها ثالث بأنها "كل ما دخل من البلاد فى محيط سلطان الإسلام،

(١) د. حامد ذكى: القانون الدولى الخاص المصرى، الطبعة الأولى، ١٩٣٦م، مطبعة نورى، القاهرة، ص ١٦٦، د. أحمد مسلم: القانون الدولى الخاص، الجزء الأول، الطبعة الثانية، ١٩٥٥م، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ٥٦.

ولا يستند هذا التقسيم إلى نصٍ تشريعى من القرآن أو السنة النبوية، وإنما هو تخريج فقهى أتى به بعض علماء المسلمين نزولاً عند ضغط الحاجة العملية من جهة واقتباسها عن التنظيم الرومانى الذى كان سائداً من حيث تقسيم العالم إلى دارين: (دار الوطنيين الرومان) و(دار الأجانب أو الأعداء) و(دار المعاهدين) - للمزيد انظر د. إحسان الهندى: أحكام الحرب والإسلام فى دولة الإسلام، ١٩٩٣م، دار التعميد للطباعة والنشر، دمشق، ص ٦.

(٢) السرخسى، شرح السير الكبير، دار الكتب العلمية لبنان، الطبعة الأولى، ١٩٩٧م، الجزء الثالث، ص ٨١.

(٣) مشار إلى ذلك د. عصام الدين القصبى: الأصول الإسلامية للقانون الدولى الخاص، بحث منشور بمجلة الشريعة والقانون، تصدر عن كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد الخامس، مايو ١٩٩١م، ص ٤٢٨.

ونفذت فيها أحكامه وأقيمت شعائره قد صار في دار الإسلام^(٩)، بينما ذهب رابع إلى أن دار الإسلام هي "التي تكون محكومةً من قبل المسلمين، وتكون تحت سيادتهم وسلطانهم"^(١٠)، وهناك من يرى أن دار الإسلام هي "جملة الأقاليم التي يُطبق فيها أحكام الإسلام ويتمتع جميع من فيها بالأمان الذي يتمتع به المسلمون، وتهدف هذه الدار إلى تحديد الوضع القانوني لمختلف فئات الأراضي التي أصبحت جزءاً من دار الإسلام وتنظيم شئون المسلمين من أجل المحافظة على كيان الأمة الإسلامية وجماعتها"^(١١)، وبذلك تكون دار الإسلام على حُطى التعريفات السابقة تلك الدار التي يكون فيها للإسلام السيادة والمنعة ويكون المسلم فيها آمناً على نفسه وعقيدته، فالأساس في دار الإسلام أن تكون فيها أحكام الإسلام نافذةً، وتُعد دار الإسلام كلها داراً واحدةً ولو تقطعت أوصالها وتعدد حكامها، وذلك لنفوذ حكم الإسلام فيها جميعاً.

وهناك من يرى من الفقه أن الأقطار الإسلامية التي تخضع لدولٍ غير إسلامية سواء أكان ذلك عن طريق الاستعمار أو الحماية أو الانتداب تدخل ضمن دار الإسلام^(١٢)، وذلك لما هو معروفٌ من إجراء أحكام الإسلام فيها كأحكام النكاح وغيره وظهور الشعائر الإسلامية فيها^(١٣)، ويسكن دار الإسلام ثلاث طوائف رئيسة من الناس: أولاهم طائفة المسلمين، وثانيها طائفة الذميين أي غير المسلمين، وثالثها طائفة المستأمنين^(١٤)، وبالنسبة للطائفتين الأولى والثانية فهما رعايا دار الإسلام، وهما الذين يرتبطون بالدولة الإسلامية برابطة الجنسية، وهذه الجنسية تقوم على الإيمان أو الأمان

(٩) د. عبد الكريم زيدان: أحكام الذميين والمستأمنين في دار الإسلام، ١٩٨٢م، مؤسسة الرسالة ببلنجان، ص ١٨.

(١٠) د. عبد الوهاب خلاف: السياسة الشرعية في الشئون الدستورية والخارجية والمالية، ١٩٨٨م، دار العلم بالكويت، ص ٧٩.

(١١) د. صلاح الدين جمال الدين: الضوابط الشخصية والاختصاص القضائي الدولي "دراسة في إطار أحكام الشريعة الإسلامية"، ٢٠٠٠م، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ١٥.

(١٢) صاحب هذا الرأي هو الإمام الأسيباني من أئمة الحنفية في القرن السابع الهجري - مشار إليه د. عبد المنعم رياض: مبادئ القانون الدولي الخاص، الطبعة الثانية، ١٩٤٣، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ٤٢٠.

(١٣) د. عبد الكريم زيدان: أحكام الذميين والمستأمنين، مرجع سابق، ص ٢١.

(١٤) د. عبد الكريم زيدان: المرجع السابق، ص ١٨.

المؤبد، أى بإسلام الشخص أو بعقد الذمة، أما الطائفة الثالثة فهم الأجانب، أى الحربيون الذين يدخلون إقليم الدولة الإسلامية ويقيمون فيها إقامة مؤقتة بمقتضى عقود الأمان، فهم ليسوا من أهل دار الإسلام، بل هم من أهل دار الحرب، وإنما دخلوا دار الإسلام بأمان مؤقت لقضاء حاجتهم وبعد ذلك يعودون إلى أوطانهم سالمين^(١٥). ويتمتع أهل دار الإسلام سواء أكانوا مسلمين أم ذميين بالعصمة على أنفسهم وأموالهم؛ فالمسلمون بسبب إسلامهم، والذميون بسبب ذمتهم، فهم جميعاً آمنون بأمان الإسلام، أى بأمان أقره الشرع بسبب الإسلام بالنسبة للمسلمين، وبسبب عقد الذمة بالنسبة للذميين^(١٦).

وبخصوص دار الحرب أو الدار الأجنبية فقد عرفها الفقه الزيدى بأنها "الدار التى شوكتها لأهل الكفر ولا ذمة من المسلمين عليهم"^(١٧)، أما بعض الفقهاء المحدثين فقد عرفوها بأنها "الدار التى لا تجرى فيها أحكام الإسلام ولا يأمن من فيها بأمان المسلمين"^(١٨)، كما عرفها آخرون بأنها "الدار التى لا سلطان للإسلام عليها ولا نفوذ لأحكامها فيها بقوة الإسلام ومنعته"^(١٩)، وهناك من قال عنها بأنها "الدار التى لا يكون فيها السلطان والمنعة للحاكم المسلم، ولا يكون عهد بينهم وبين المسلمين يرتبط به المسلمون ويُقيدهم"^(٢٠)، والحقيقة أن كل هذه التعريفات تصب فى مكان واحد ولا اختلاف بينها سوى أن كل واحد منهما ذكر صفات يلزم أن تُضاف إليها الصفات التى ذكرتها التعريفات الأخرى.

(١٥) د. مصطفى الأصبحى: حق الأجانب فى التملك فى القانون الدولى الخاص اليمنى والمصرى "دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراة مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة عين شمس، ١٩٩٩م، ص ٧.
(١٦) د. عبد الكريم زيدان: المرجع السابق، ص ١٩.
(١٧) ابن مفتاح، شرح الأزهار، دار إحياء التراث العربى بيروت، الجزء الرابع، ص ٥٥١.
(١٨) د. عبد الوهاب خلاف: السياسة الشرعية فى الشؤون الدستورية والخارجية والمالية، مرجع سابق، ص ٨٠.
(١٩) د. أحمد إبراهيم بك: المواريث علماً وعملاً، ١٩٤٢م، ص ٨٥.
(٢٠) د. محمد أبو زهرة: العلاقات الدولية فى الإسلام، ١٩٦٤م، الدار القومية للطباعة والنشر، القاهرة، ص ٥٣.

ونخلص من كل ذلك إلى أن الدار التي تخضع لحكم غير المسلمين أو التي لا يستطيع فيها المسلمون أن يُنزلوا حكم الإسلام في أمور حياتهم تسمى دار الحرب^(٢١) ويسكنها ضريان من الناس: أولهما الحربيون وهم غير المسلمين الذين يتبعون أية دولة من الدول الأجنبية التي تدخل ضمن دار الحرب، وهم لا عصمة لهم في أنفسهم ولا في أموالهم بالنسبة لأهل دار الإسلام؛ لأن العصمة في الشريعة الإسلامية تكون بأحد أمرين: إما الإسلام أو الأمان، وليس للحربيين واحد منهما، وثانيهما المسلمون والذين يصح أن يكون بعضهم في دار الحرب ولا يعنى وجودهم في هذه الدار تجردهم من الإسلام؛ لأنه ما دامت دار الإسلام تتسع للمسلمين وغير المسلمين وفقاً للأحكام التي قررتها الشريعة الإسلامية، فإن دار الحرب تتسع كذلك لأهل الحرب الأصليين كما تتسع لسواهم، والمسلمون من هؤلاء الأخيرين، غير أن وضع المسلمين في دار الحرب من حيث العصمة فيه خلاف في الفقه الإسلامي^(٢٢).

المطلب الثاني

مدى جواز إسناد منازعات الأجانب غير المسلمين للقضاء الإسلامي

من المتفق عليه في الفقه الإسلامي عدم جواز تولى غير المسلم القضاء بين المسلمين في دار الإسلام، وذلك لقوله تعالى "ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً"^(٢٣)، وقوله تعالى أيضاً "ولله العزة ولرسوله وللمؤمنين"^(٢٤)، كما أن المسلمين يخضعون لحكم الشريعة الإسلامية، وأن السياسة الحكيمة تتطلب ألا يُطلب من غير المسلم أن يحكم بما لا يؤمن به^(٢٥)، فالقضاء كالشهادة من باب الولاية، بل هو أكبر الولايات وأعمها؛ فيُشترط فيه ما يُشترط في الشهادة، كما أنه يشترط في الشاهد لأداء

(٢١) د. عصام الدين القصبى: الأصول الإسلامية للقانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ٤٣١.

(٢٢) أ. السنوسى: فكرة الجنسية في التشريع الإسلامى المقارن، بحث منشور بمجلة مصر المعاصرة، العدد ٢٨٨، السنة ٤٨، أبريل ١٩٥٧م، ص ٨١.

(٢٣) سورة النساء- الآية ١٤١.

(٢٤) سورة المنافقون- الآية ٨.

(٢٥) د. يوسف القرضاوى: غير المسلمين في المجتمع الإسلامى، الطبعة الثانية، ١٩٨٤م، مكتبة وهبة، القاهرة، ص ٢٣.

الشهادة الإسلام، كما يُشترط في القاضى الإسلام^(٢٦)، أما تولى غير المسلم القضاء فيما بين غير المسلمين في دار الإسلام فقد اختلف فيه الفقهاء على النحو التالى:

الاتجاه الأول: وقال به جمهور الفقهاء والمالكية والشافعية والحنابلة وأهل الظاهر^(٢٧)، ويرى أصحابه أنه لا يجوز تعيين غير المسلم قاضياً مطلقاً، وذلك تأسيساً على أنه كما لا يجوز استشهاد غير المسلمين فكذلك لا يجوز استقضائهم، بل القضاء أهم وأشد وأسمى من ولاية الشهادة، كما أن القضاء ولاية دينية فلا يجوز أن يتولاها غير المسلم، إضافةً إلى أن القصد من القضاء الفصل فى المنازعات وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، والكافر جاهلٌ بها^(٢٨).

الاتجاه الثانى: وقال به الحنفية^(٢٩)، ويذهب إلى جواز تعيين الذمى قاضياً على أهل الذمة، على اعتبار أن الذمى أهلاً للشهادة على مثله، والشهادة من باب الولاية، فكذلك يجوز أن يقضى بين الذميين، ولكن هذا القول مردود عليه بالآتى:

أولاً- أن الشهادة وإن كانت تدخل فى باب الولاية، إلا أنها ليست كولاية القضاء التى تتضمن حكم وإنابة عن الغمام فى القضاء، وليست الشهادة كذلك، وبالتالي فلا يلزم من ثبوت الشهادة للذمى على الذميين أن تثبت له ولاية القضاء عليهم^(٣٠).

ثانياً- أن الإمام الماوردى قال "قال أبو حنيفة يجوز تقليده القضاء بين أهل دينه، وهذا إن كان عرف الولاية بتقليده جارياً؛ فهو تقليد زعامة ورئاسة وليس بتقليد حكم

(٢٦) د. على الزينى: القانون الدولى الخاص، المجموعة الأولى، ١٩٢٧م، مطبعة الاعتماد، القاهرة، ص ١٧٥.

(٢٧) الخطاب: مواهب الجليل، مطبعة السعادة، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٣٢٩هـ، الجزء السادس، ص ٨٧، الماوردى: الأحكام السلطانية والولايات الدينية، دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة الأولى، ١٩٨٥م، ص ٨٤، أبو يعلى الفراء: الأحكام السلطانية، دار الكتب العلمية ببيروت، طبعة ١٩٨٣م، ص ٦١، ابن حزم: المحلى، إدارة الطباعة المنبرية بالقاهرة، طبعة ١٣٥٠هـ، الجزء العاشر، ص ٥٠٩.

(٢٨) د. عبد الله الطريقي: الاستعانة بغير المسلمين فى الفقه الإسلامى، الطبعة الثانية، ١٤١٤هـ، مؤسسة الرسالة، ص ٣٥٣.

(٢٩) د. عبد الله الطريقي: المرجع السابق، ص ٣٥٣.

(٣٠) د. عبد الكريم زيدان: أحكام الذميين والمستأمنين، مرجع سابق، ص ٥٩٨.

وقضاء، وإنما يلزمهم حكمه لالتزامهم له لا لزومه لهم، ولا يقبل الإمام قوله فيما حكم به بينهم، وإذا امتنعوا من تحاكمهم إليه لم يُجبروا عليه وكان حكم الإسلام عليهم أنفذ^(٣١). وعلى هدى ما تقدم فإن التساؤل يثور هل يختص القضاء الإسلامي بمنازعات غير المسلمين (الأجانب)؟

وللإجابة على هذا التساؤل فإنه لزاماً علينا التعرض للحالات الآتية:

الحالة الأولى: حالة ما إذا كان أحد الخصمين في الدعوى مسلماً، فإن الفقه الإسلامي قد أجمع على أنه يجب على القاضى أن يحكم فيها، ويُجبر المدعى عليه على الحضور أمام القاضى إذا امتنع سواء أكان المسلم مدعياً أم مدعياً عليه، وسواء أكان غير المسلم ذمياً أم مستأمناً، وسواء أكان موضوع الدعوى نكاحاً أو غيره، لأن القاضى عليه دفع كل واحد منهما عن ظلم الآخر^(٣٢).

الحالة الثانية: حالة ما إذا خلت الدعوى من الطرف المسلم ولم يترافع الخصمان كلاهما إلى القاضى المسلم فإن الفقه الإسلامي الغالب قد اتفق في هذه الحالة على أنه لا ولاية له عليهما ولا يُجبر عليه، بل لا يجوز له أن يتدخل في أمورهما أو يحكم بينهما^(٣٣)، وقد ذهب أبو يوسف من الحنفية إلى القول بأنه يحق للقاضى المسلم أن يتعرض للذمى إذا تزوج إحدى محارمه ولو قبل المرافعة أو الإسلام^(٣٤)، ويرى الإمام زفر من الحنفية أن وجوب تدخل القاضى المسلم بين الذميين خاصة في كل نكاح فسد في حق المسلمين دون غيره من المسائل ولو لم يترافع إليه أحد منهم، فمتى علم القاضى بوقوع نكاح بين ذميين وكان فاسداً بحسب قواعد الشريعة الإسلامية وجب عليه التدخل للتفريق بينهما، وهذا الحكم في رأيه خاصٌّ بأهل الذمة لالتزامهم أحكام الإسلام بعقد الذمة وليس ثابتاً بالنسبة للحريين لعدم التزامهم لها^(٣٥).

الحالة الثالثة: وهى حالة ما إذا كان الخصوم من غير المسلمين وترافعوا إلى القاضى المسلم بشأن منازعتهم، وفيها اختلف الفقهاء حول مسألة الحكم بين غير المسلمين من عدمه على النحو التالى:

(٣١) الماوردى: الأحكام السلطانية والولايات الدينية، مرجع سابق، ص ٨٤.

(٣٢) د. على الزينى: القانون الدولى الخاص، مرجع سابق، ص ١٧٦.

(٣٣) د. على الزينى: المرجع السابق، ص ١٧٦.

(٣٤) د. عبد الكريم زيدان: أحكام الذميين والمستأمنين، مرجع سابق، ص ٣٥٩.

(٣٥) مشار إليه د. على الزينى: المرجع السابق، ص ١٧٦.

أولاً- مذهب الشافعية: وقد فرقوا بين حالتين رئيسيتين: **أولاهما** عندما يكون طرفا الخصومة ذميين فإن القول الأظهر أو الأصح فى المذهب يُقرر أنه يجب على القاضى المسلم الحكم بينهما، سواء اتفقت ملتتهما أم اختلفت، ولا فرق بين أن يكون موضوع الدعوى نكاحاً أو غيره، وسواء ترفع الخصمان أو أحدهما^(٣٦)، وأساس ذلك قوله سبحانه وتعالى ”وَأَنْ أَحْكَمَ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ“^(٣٧)، كما أنه من الواجب على الحاكم المسلم دفع الظلم ومنعه عن أهل الذمة^(٣٨)، **وثانيتهما** عندما يكون طرفا الدعوى مستأمنين، فيُشترط لجواز الحكم بينهما ترفعهما ورضاهما بحكم القاضى المسلم، فإذا تم الترفع من جانب الطرفين على القاضى راضين بحكمه، فالقاضى المسلم مُخَيَّرٌ بين الحكم بينهما أو الإعراض عنهما، وأساس ذلك قوله سبحانه وتعالى ”فَإِنْ جَاءَكَ فَأَحْكَمْ بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرَضْ عَنْهُمْ“^(٣٩)، فهذه الآية الكريمة متعلقة بالمعاهدين الذين لهم مع المسلمين عهد إلى مدة فلا تشملهم الآية الكريمة ”وَأَنْ أَحْكَمَ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ“ التى أفادت وجوب الحكم، إذ أنها خاصة بأهل الذمة^(٤٠).

ثانياً- مذهب المالكية والشيعة الإمامية: ويشترطون لثبوت الولاية للقضاء الإسلامى على غير المسلمين سواء أكانوا ذميين أم مستأمنين رضا طرفى الخصومة بالتراجع إلى القاضى المسلم، فإذا تم شرط التراجع فالقاضى المسلم مخيَّرٌ بين الحكم وعدمه ولا يلزمه الحكم بينهما، ولا فرق فى ذلك بين ما إذا كان موضوع الدعوى نكاحاً أو غيره من الحقوق الله أو حقوق العباد^(٤١)، وهذا التخيير ثابت بقوله تعالى ”فأحكم بينهم أو أعرض عنهم وإن تعرض عنهم فلن يضروك شيئاً“^(٤٢).

ثالثاً- مذهب الحنابلة: ويشترطون لثبوت الولاية للقضاء الإسلامى على المستأمنين رضا طرفى الخصومة بالتراجع إلى القاضى المسلم، أما بالنسبة لأهل الذمة فإنه يكفى

(٣٦) الخطيب: معنى المحتاج إلى معرفة معان ألفاظ المنهاج، مطبعة مصطفى البابى الحلبي بالقاهرة، ١٩٦٨م، الجزء الثالث، ص ١٩٥.

(٣٧) سورة المائدة- الآية ٤٩.

(٣٨) د. عبد الكريم زيدان: المرجع السابق، ص ٥٦٩.

(٣٩) سورة المائدة- الآية ٤٢.

(٤٠) د. عبد الكريم زيدان: المرجع السابق، ص ٥٧٠.

(٤١) د. على الزينى: المرجع السابق، ص ١٧٦، د. عبد الكريم زيدان: المرجع السابق، ص ٥٧٠.

(٤٢) سورة المائدة- الآية ٤٢.

لثبوت ولاية هذا القضاء رفع أحد الخصمين دعواه إلى القاضى المسلم، فإذا توافر شرط الترافع فإن القاضى المسلم له الخيار بين الحكم وعدمه، ولا فرق فى ذلك بين ما إذا كان موضوع الدعوى نكاحاً أو غيره^(٤٣)، وهذا ثابت لديهم بقوله تعالى "فأحكم بينهم أو أعرض عنهم وإن تعرض عنهم فلن يضروك شيئاً"^(٤٤).

رابعاً- مذهب الحنفية: وهم يفرقون بين نوعين من القضايا: الأولى قضايا النكاح أو الزواج، وقد ذهب أبو حنيفة إلى القول بأنه يُشترط لثبوت ولاية القضاء الإسلامى فى مسائل النكاح لغير المسلمين أن يتراضى جميع الخصوم على الترافع إلى القاضى المسلم، وحقته فى ذلك أن غير المسلمين مقرون على أنكحتهم ولا يجوز التعرض لهم بشأنها، فإذا رفع أحد الخصمين فإن الآخر الذى لم يترافع يكون مُستحقاً باعتقاده وعدم رضاه بحكم الإسلام بقاء النكاح وعدم التعرض له، إذ أن استحقاقه بقاء النكاح وعدم التعرض له لا يبطل بمرافعة الخصم الآخر، أى لا يتغير بهذه المرافعة اعتقاده، بل يعارضه، فيبقى الأمر الشرعى بعدم التعرض بلا مُعارض^(٤٥)، أما الثانية فهى غير قضايا النكاح وهنا يخضع غير المسلمين لولاية القضاء الإسلامى ولا يشترط ترافع الخصمين إلى القاضى المسلم، بل يكفى أن يرفع أحد الخصمين دعواه إلى القاضى فيحكم فيما عُرض عليه من نزاع، وحقته فى ذلك قوله تعالى "وأن أحكم بينهم بما أنزل الله" والذى نسخ قوله تعالى "فإن جاءوك فأحكم بينهم أو أعرض عنهم"^(٤٦).

غير أن أصحاب أبى حنيفة "أبى يوسف ومحمد وزفر" لا يشترطون رضاه الخصمين فى الترافع لثبوت ولاية القضاء الإسلامى، بل يكفى أن يرفع أحدهما الدعوى إلى القاضى المسلم فيجب عليه الحكم بينهما^(٤٧)، ويستندون فى ذلك إلى حجة مؤداها أنها

(٤٣) د. أحمد مليجى: مدى خضوع غير المسلمين لولاية القضاء الإسلامى، بحث منشور بمجلة الشريعة والقانون التى تصدر عن كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات، العدد الرابع، ١٩٩٠م، ص ١٨٩.

(٤٤) سورة المائدة- الآية ٤٢.

(٤٥) د. أحمد مليجى: مدى خضوع غير المسلمين لولاية القضاء الإسلامى، مرجع سابق، ص ١٨٩، د. عبد الكريم زيدان: أحكام اليمين والمستأمنين، مرجع سابق، ص ٥٧٢.

(٤٦) د. عبد الكريم زيدان: المرجع السابق، ص ٥٧٢، د. على الزينى: القانون الدولى الخاص، مرجع سابق، ص ١٧٧.

(٤٧) د. أحمد عبد الكريم سلامة: مبادئ القانون الدولى الخاص الإسلامى المقارن، ١٩٨٩م، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ١٤٤، د. أحمد مليجى: المرجع السابق، ص ١٨٩.

لما رفع أحدهما دعوى النكاح إلى القاضى فإنه يكون راضياً بحكم الإسلام فيلزم إجراء الحكم فى حقه فيتعدى إلى الآخر كما إذا أسلم أحدهما^(٤٨).

خامساً- الظاهرية والزيدية: ولا يشترطون ترفع الخصمين لثبوت ولاية القضاء الإسلامى فى قضايا غير المسلمين، أى أنه يجب على القاضى المسلم أن يحكم بين غير المسلمين سواء رضى الخصمان بالتراجع إليه أو أحدهما، وحجتهم فى ذلك قوله تعالى "وأن أحكم بينهم بما أنزل الله" الناسخ لآية "فإن جاؤك فأحكم بينهم أو أعرض عنهم"^(٤٩).

الرأى الراجح: لا تثريب فى أن وجوب الحكم بين غير المسلمين سواء أكانوا ذميين أم مستأمنين إذا تم التراجع إلى القاضى المسلم دون اشتراط رضا الخصمين فى التراجع إلى هذا القاضى قد حاز قصب السبق؛ فهو شديد العارضة متفق القرائن؛ إذ يكفى مجرد رفع الدعوى من أحدهما لثبوت الاختصاص القضائى ووجوب الحكم فيها^(٥٠)، وذلك لعدة أسباب:

أولها: يكمن فى أن غالبية العلماء المسلمين قد اتفقوا على أن قوله تعالى "فإن جاءوك فأحكم بينهم أو أعرض عنهم" منسوخ بقوله تعالى "وأن أحكم بينهم بما أنزل الله، فالتخيير بين الحكم أو الإعراض المنصوص عليه فى الآية الأولى نسخ بالآية الثانية"^(٥١).

وثانيها: أن نسخ الآية الكريمة "فإن جاءوك فأحكم بينهم أو أعرض عنهم" ثبت عن ابن عباس وعكرمة وسعيد بن جبير وغيرهم أن القول بالنسخ لا يُقال من طريق الرأى؛ لأن العلم بتواريخ نزول الآيات لا يُدرك من طريق الرأى والاجتهاد، وإنما طريقه التوقيف، ولم يقل من أثبت التخيير أن آية التخيير نزلت بعد قوله تعالى "وأن أحكم بينهم بما أنزل الله"، وأن التخيير نسخه^(٥٢).

(٤٨) د. عبد الكريم زيدان: المرجع السابق، ص ٥٧٢.

(٤٩) د. عصام الدين القصبى: الأصول الإسلامية للقانون الدولى الخاص، مرجع سابق، ص ٤٨٠.

(٥٠) ويسير مع هذا الرأى د. عبد الكريم زيدان: المرجع السابق، ص ٥٧٣.

(٥١) أبو البركات عبد الله بن أحمد بن محمود النسفى، تفسير النسفى "مدارك التنزيل وحقائق التأويل"،

الجزء الأول، الطبعة الأولى، ١٩٩٨م، دار الكلم الطيب ببيروت، ص ٤٨٨.

(٥٢) أبو بكر أحمد بن على الرازى الجصاص: أحكام القرآن، الجزء الرابع، ١٩٩٢م، دار إحياء التراث

العربى ببيروت، ص ٨٧ وما بعدها، وإنما حكى عنهم مذاهبهم فى التخيير من غير ذكر النسخ فثبت نسخ التخيير بقوله تعالى "وأن أحكم بينهم بما أنزل الله".

وثالثها: أن قوله تعالى "ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الكافرون"^(٥٣) يدل على نسخ التخيير، أي ثبوت الاختصاص للقضاء الإسلامي في الفصل في منازعات غير المسلمين سواء أكانوا ذميين أم مستأمنين، لأن من أعرض عنهم لم يحكم في المسألة أو الواقعة التي اختصموا فيها بما أنزل الله^(٥٤).

ورابعها: أنه لما كان أهل الذمة يعتبرون من أهل دار الإسلام بموجب عقد الأمان المؤبد، فإن هذا العقد يقتضى وجوب قيام الدولة الإسلامية بدفع الظلم عنهم وحمايتهم وأنفسهم وأبدانهم وأعراضهم وأموالهم، وهذا الالتزام الواجب لا يُمكن أن يتحقق إلا إذا تحققت الحماية القضائية لهم، وعليه فهذه الحماية المطلوبة لن تكتمل وتتجح إلا إذا وجب الحكم متى رفع أحد الخصمين دعواه إلى القاضى المسلم دون أن يتوقف هذا الأمر على رضا الخصم الآخر، وبخصوص المستأمنين فهم في رعاية الدولة الإسلامية وفى كنفها بموجب عقد الأمان المؤقت والذي بمقتضاه يستفيدون العصمة لأنفسهم وأموالهم، ومن تمام العصمة ولوازمها أن يتمتعوا بالحماية القضائية لحقوقهم بأن يجب على القاضى المسلم الحكم بينهم دون اشتراط توافر رضا الخصمين بالترافع إليه وإنما يكفى مجرد رفع الدعوى من جانب أحد الخصمين لوجوب الحكم بينهما^(٥٥).

وجديرٌ بنا الإيماء إلى أن تقييد الحكم بين المستأمنين بضرورة توافر شرط تراضى جميع الخصوم بالترافع يعنى أن استخلاص الحق لصاحبه متوقفٌ على رضا الظالم بانتزاع الحق منه ورده إلى أهله، وهذا الأمر يؤدي إلى نتيجة خطيرة ألا وهى ضياع الحق على صاحبه، وهى بلا جدال نتيجة تتعارض تماماً مع أهداف ومقاصد الشريعة الإسلامية التى تمنع الظلم وتأمّر بإزالته حتى بالنسبة للمستأمنين "الأجانب"، هذا كله إضافةً إلى أن القول بأن القاضى المسلم مخيرٌ بين الحكم وعدمه بالنسبة للمستأمنين يتناقض تماماً لمقتضيات الأمان الممنوح لهم بموجب عقد الأمان.

المطلب الثالث

القانون الواجب التطبيق على منازعات الأجانب غير المسلمين

على هدى ما سبق ذكره فإنه إذا ترافع الخصوم ووجب الحكم بينهما واختار القاضى المسلم الحكم بينهم فإن القاعدة العامة تقضى بأن القاضى المسلم سيحكم وفق أحكام

^(٥٣) سورة المائدة- الآية ٤٤ .

^(٥٤) أبو بكر الجصاص: أحكام القرآن، مرجع سابق، ص ٨٨.

^(٥٥) د. يوسف القرضاوى: غير المسلمين فى المجتمع الإسلامى، مرجع سابق، ص ١٠ وما بعدها،

د. عبد الكريم زيدان: المرجع السابق، ص ٥٧٥ وما بعدها.

الشريعة الإسلامية فى منازعات غير المسلمين سواء أكانوا ذميين أم مستأمنين^(٥٦)، ولعل الأساس فى ذلك يرجع إلى ما أمر به الخالق سبحانه وتعالى فى العديد من آيات القرآن الكريم والتي قام بتفسيرها المفسرون وفقاً لسياقها مع قبلها من الآيات ووفق أسباب نزولها أن المراد بالحكم (بما أنزل الله) هو الحكم بأحكام الشريعة الإسلامية دون سواها^(٥٧) وتتمثل هذه الآيات فى:

أولاً: قوله تعالى". . . ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الكافرون"^(٥٨).
ثانياً: قوله تعالى". . . ومن لم يحكم بما نزل الله فأولئك هم الفاسقون"^(٥٩).
ثالثاً: قوله تعالى". . . ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الظالمون"^(٦٠).
رابعاً: قوله تعالى "وأنزّلنا إليك الكتاب بالحق مصدقاً لما بين يديه من الكتاب ومهيماً عليه فأحكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم عما جاءك من الحق لكل جعلنا منكم شرعاً ومنهاجاً"^(٦١).
خامساً: قوله تعالى "وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم واحذرهم أن يفتنوك عن بعض ما أنزل إليك"^(٦٢).

وسنعرض لأقوال المذاهب الفقهية بخصوص هذا الشأن تفصيلاً كالتالى:

أولاً- مذهب الحنابلة والشافعية: ويُزكى أصحابه وجوبية حكم القاضى المسلم فى منازعات غير المسلمين بما يحكم به على المسلمين، أى وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، وبخصوص تصرف غير المسلمين فى الخمر والخنزير فإنه إذا تم القبض

^(٥٦) د. عبد الكريم زيدان: المرجع السابق، ص ٥٧٥ وما بعدها، د. يوسف القرضاوى: المرجع السابق، ص ١٠ وما بعدها.

^(٥٧) الإمام الشافعى: أحكام القرآن، طبعة دار الكتب العلمية ببيروت، توزيع دار الباز للنشر والتوزيع بمكة المكرمة، طبعة سنة ١٩٧٥م، الجزء الثانى، ص ٧٣ وما بعدها، ابن كثير: تفسير القرآن العظيم، دار الكتب للطباعة والنشر والتوزيع بالرياض، الطبعة الثانية، ١٩٩٧م، المجلد الثانى، ص ٨٦ وما بعدها.

^(٥٨) سورة المائدة- الآية ٤٤.

^(٥٩) سورة المائدة- الآية ٤٧.

^(٦٠) سورة المائدة- الآية ٤٥.

^(٦١) سورة المائدة- الآية ٤٨.

^(٦٢) سورة المائدة- الآية ٤٩.

قبل الترافع مضى ولم يسقط، وإلا سقط، وهكذا سائر تصرفاتهم الفاسدة، وفيما يتعلق بأنكحتهم فإنهم يُقرّون عليها بعد المرافعة وإن وقعت بغير شروط المسلمين ما دام أن الزوجة تحل للزوج وقت المرافعة^(٦٣).

ثانياً- مذهب المالكية: ويُقر أصحابه لزوم الحكم في منازعات غير المسلمين بما يحكم به على المسلمين، أي بحكم الإسلام، ويُقر غير المسلمين على أنكحتهم ما دامت الزوجة تحل لزوجها وقت الترافع^(٦٤).

ثالثاً- مذهب الظاهرية: ويقرر هذا المذهب أنه يتعين الحكم في منازعات غير المسلمين وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، إذ لا يجوز الحكم بينهم بغير أحكام الإسلام وردهم إلى حكم دينهم أصلاً^(٦٥).

رابعاً- مذهب الزيدية والشيعة الإمامية: ويعتقد أصحابه لزوم الحكم في منازعات غير المسلمين وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، إلا أنهم يُقرّون على أنكحتهم ما دامت المرأة تحل لزوجها حين المرافعة ولا يُنظر إلى كيفية عقود أنكحتهم^(٦٦).

(٦٣) الإمام أبو بكر أحمد بن محمد الخلال، أحكام أهل الملل من الجامع لمسائل الإمام أحمد بن حنبل، دار الكتب العلمية ببيروت، الطبعة الأولى سنة ١٩٢٤م، ص ١٢٢ وما بعدها وص ١٥٥ وما بعدها، الإمام موفق الدين بن قدامة، المغنى، مطبوع مع الشرح الكبير، دار الكتاب العربي ببيروت، الجزء العاشر، ص ١٩٨ وما بعدها وص ٦٢٣ وما بعدها، الشافعي، الأم، مطبعة بولاق بالقاهرة سنة ١٣٢١-١٣٢٥هـ، الجزء الرابع، ص ١٢٩ وما بعدها، الجزء الخامس، ص ٢٥٥، والجزء السابع، ص ٨٥، الإمام أبو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، المهذب، مطبعة مصطفى البابي الحلبي بالقاهرة سنة ١٣٤٤هـ، الجزء الثاني، ص ٥٤ وما بعدها و ص ٢٧٣.

وانظر كذلك د. أحمد عبد الكريم سلامة: مبادئ القانون الدولي الخاص الإسلامي المقارن، مرجع سابق، ص ١٥١ وما بعدها.

(٦٤) الإمام مالك، المدونة الكبرى، طبعة سنة ١٣٢٣هـ، الجزء الرابع، مطبعة السعادة بالقاهرة، ص ١٦٢، الخرشى، الشرح الكبير على مختصر خليل، المطبعة الأميرية ببولاق بالقاهرة، الطبعة الثانية سنة ١٣١٧هـ، الجزء الثالث، ص ٢٣٠، ابن جزى، قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية، طبعة عالم الفكر بالقاهرة، الطبعة الأولى سنة ١٩٨٥م، ص ١٩٩ و ص ٣٠٥، وكذلك د. عبد الكريم زيدان: المرجع السابق، ص ٥٩٠.

(٦٥) ابن حزم، المحلى، طبعة إدارة الطباعة المنيرية بالقاهرة، سنة ١٣٥٠هـ، الجزء التاسع، ص ٣٦٢، ص ٤٢٥.

خامساً- مذهب الحنفية: ويرى أصحابه أنه من المتعين على القاضى المسلم أن يحكم فى منازعات غير المسلمين الأجانب المتعلقة ببيعهم وعقودهم وسائر تصرفاتهم بما يحكم به فى منازعات المسلمين، أى تجرى على غير المسلمين أحكام الإسلام كما تجرى على المسلمين، ولكن يُستثنى من ذلك أنكحة غير المسلمين ونفى المهر وبيع الخمر والخنزير وتملكهما^(٦٧).

وبالتدقيق فيما سبق من أقوال الفقهاء المسلمين يتبدى لنا أنها تقرر بصورة صريحة وواضحة قاعدة أصيلة مؤداها أن القانون الواجب التطبيق على منازعات غير المسلمين (ذات العنصر الأجنبى) هو القانون الإسلامى، أى أحكام الشريعة الإسلامية، فيتم تطبيق ذات الأحكام على غير المسلمين كما يتم تطبيقها على المسلمين مع وجود بعض الاستثناءات اختلف الفقهاء حول مداها فتوسع فيهم الحنفية وأكثر الحنفية فيهم الإمام أبو حنيفة^(٦٨).

وبناء عليه فقد قرر غالبية الفقه العربى الحديث أن فقه الشريعة الإسلامية لم يعرف أو يتضمن قواعد إسناد مجردة فى شكلها الحاضر لتحديد القانون الواجب التطبيق على المنازعات القانونية التى تنور بين غير المسلمين (الذميين والمستأمنين)^(٦٩)، ورغم ذلك

^(٦٦) ابن مفتاح، شرح الأزهار، دار إحياء التراث العربى، الجزء الثانى، ص ٢٦٨، ابن المرتضى، البحر الزهار الجامع لمذاهب علماء الأمصار، مطبعة السنة المحمدية، سنة ١٩٤٩- ١٩٨٤م، الجزء الثالث، ص ١٤٧، الجزء الخامس، ص ٣٦٦، وكذلك انظر د. عبد الكريم زيدان: المرجع السابق، ص ٥٨٨ وما بعدها.

^(٦٧) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، دار الكتب العلمية ببيروت، الجزء السابع، الطبعة الأولى، سنة ١٤١٥هـ- ١٩٩٤م، ص ٤٨١ وما بعدها، د. عبد الكريم زيدان: المرجع السابق، ص ٥٩٠، د. على الزينى: المرجع السابق، ص ١٧٩ وما بعدها.

^(٦٨) وهناك من الفقه من يرى أن أحكام هذه الاستثناءات، الاستثناء ظاهراً أكثر منه حقيقياً، وأنها تؤدى فى الواقع إلى الحكم بغير أحكام الشريعة الغراء، أى أن ما تضمنته هذه الاستثناءات الخاصة بغير المسلمين هو عدم التعرض لهم فيها إذا لم يُطلب إلى القاضى المسلم الحكم فيها من أحد الخصمين أو كليهما، فإن طُلب إليه ذلك وجب عليه أن يحكم بحكم الشريعة الإسلامية دون سواها، وهناك فرق بين الإقرار على شئ والحكم بما يخالفه- للمزيد انظر د. على الزينى: المرجع السابق، ص ١٨١ وما بعدها، د. عبد الكريم زيدان: المرجع السابق، ص ٥٩٠.

^(٦٩) د. أحمد مسلم: القانون الدولى الخاص، مرجع سابق، ص ٥٧، د. حامد ذكى: القانون الدولى الخاص المصرى، مرجع سابق، ص ١٧٢، د. عصام الدين القصبى: الأصول الإسلامية للقانون الدولى

فقد اتجه الفقه الإسلامي نحو معالجة قضايا غير المسلمين (الذميين والمستأمنين) التي يختلفون فيها مع المسلمين، أي الاستثناءات التي ذكرناه وفق قواعد موضوعية مستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية^(٧٠)، ونجحوا بالفعل في الخلاص إلى أن الوسيلة الفنية التي اتبعها الفقه الإسلامي للفصل في المنازعات المشتملة على عنصر أجنبي مغايرة تماماً للوسيلة الفنية التي اتبعها التشريع والفقه الحديث والتي يُطلق عليها "تنازع القوانين"، وبينما اعتاد التشريع والفقه الحديث على أن يحكم العلاقات ذات العنصر الأجنبي قواعد ذات صياغة إسنادية يكون مقتضاها الرجوع مباشرة إلى قوانين أجنبية ومسايرة هذه القوانين فإن الفقه الإسلامي يحكم تلك العلاقات بقواعد ذات صياغة موضوعية^(٧١).

ولكن عمد الفقه إلى الرد على عدم اتجاه الفقه الإسلامي نحو الصياغة الإسنادية في معالجة المنازعات المتضمنة عنصراً أجنبياً لحزمة من الأسباب نوجزها في الآتي:
أولاً: أن الفقه الإسلامي يرى أن الشريعة الإسلامية شريعة دينية مُنزلة ذات طابع عالمي تخاطب الناس كافة دون استثناء أو تمييز، ولا تقبل المزاحمة من أي قوانين أجنبية لا تُقرها ولا تُقر الناس عليها^(٧٢)، ولذلك اتجه الفقه الإسلامي نحو اعتبار الحكم بما أنزل الله واجباً قطعياً والحكم بغير ذلك كفراً وظلماً وفسقاً، وأساسهم في ذلك قوله تعالى "ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الكافرون.... فأولئك هم الظالمون...".

الخاص، مرجع سابق، ص ٤٩٣، د. عز الدين عبد الله: القانون الدولي الخاص، الطبعة التاسعة، ١٩٨٦م، مطابع الهيئة المصرية العامة للكتاب، ص ٧٧.

(٧٠) ويقول د. أحمد مسلم حول ذلك "أما الفصل في العلاقات ذات العنصر الأجنبي فلم يكن يرجع فيه القاضى الإسلامى إلى غير الشريعة والفقه الإسلامى، وليس معنى ذلك أنه كان يُطبق أحكاماً واحدة في جميع المنازعات سواء أكانت خالصة أم كانت ذات عنصر أجنبى، وإنما معناه أنه لم يكن يرجع مطلقاً إلى نظام قانون أجنبى ليستمد منه مباشرة الحكم القانونى، بل كان يرجع في ذلك إلى أحكام في الفقه الإسلامى خاصة بحكم هذه العلاقات مباشرة، ولئن كان بعض هذه الأحكام مستمداً أصلاً من النظم القانونية غير الإسلامى أو متأثراً بها في الحدود التي تُقرها الشريعة الإسلامى، إلا أنها مندمجة في الفقه الإسلامى وتُعتبر جزءاً منه، وهى أحكام موضوعية محددة تحكم بصورة مباشرة العلاقات القانونية ولا تتأثر بصفة آية بما قد يطرأ على أصلها التاريخى من تغيير" - للمزيد انظر د. أحمد مسلم: القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ٥٧.

(٧١) د. أحمد مسلم: المرجع السابق، ص ٥٨.

(٧٢) د. أحمد مسلم: المرجع السابق، ص ٥٨.

فأولئك هم الفاسقون^(٧٣)، وبناء عليه فإنه يلزم تطبيق الشريعة الإسلامية على الجميع كلما أمكن التطبيق، وتطبيقها في دار الإسلام يكون ممكناً لعموم ولايتها على سكان هذه الدار، فهنا يجب تطبيقها دون غيرها^(٧٤).

ولكن يمكن الرد على ذلك بأن القول بأن الحكم بما أنزل الله يُقصد به تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية بصفة مطلقة؛ لأنه من المعلوم أن الأحكام المنزلة من الله سبحانه

(٧٣) سورة المائدة (الآيات ٤٤، ٤٥، ٤٧).

(٧٤) ويقول الإمام أبو يوسف في هذا الشأن "ولأن الأصل في الشرائع هو العموم في حق الناس كافة إلا أنه تعذر تنفيذها في دار الحرب لعدم الولاية وأمكن في دار الإسلام فلزم التنفيذ فيها" - انظر تفصيلاً حول ذلك: الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثانية سنة ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م، الجزء الثاني، ص ٣١١.

ويقول الأستاذ الدكتور عصام الدين القصبى "والشريعة الإسلامية على هذا النحو تكون واجبة التطبيق سواء في دار الإسلام أو خارجها، ولكن كما ذهب بعض الفقهاء طالما أن تطبيق القانون مرتبط بالسلطة والهيمنة فإنه من المستحيل فرض هذه الشريعة خارج دار الإسلام، أما داخلها فإنها تُطبق على الجميع، ومفاد ذلك إذن أن المبدأ الذي كان سائداً في الدولة الإسلامية هو مبدأ إقليمية القوانين"، وقد ذهب جانب آخر من الفقه إلى أن القانون الإسلامى هو قانون شخصى لأن المسلمين يُشكلون أمةً واحدةً وإن اختلفت أقطارها، وأساس هذا التجمع دينى محض، ومن ثم وجب على المسلمين في أرجاء المعمورة اتباع أحكام الشريعة الإسلامية أينما ذهبوا، كما أنه من ناحية أخرى قد سمح لغير المسلمين من أهل الكتاب بالعيش في كنف دولة الإسلام تبعاً لشريعتهم وقانونهم الشخصى.

والواقعُ يشهد أنه من الصعب تماماً التسليم بأن المبدأ الذى ساد في الدولة الإسلامية هو مبدأ شخصية القوانين، فمقتضى هذا المبدأ الذى أبرز معالمه ورتب نتائجه الفقيه الإيطالى "مانشيني" أن قوانين الدولة يجب أن تحكم كل ما يتعلق بمواطنيها أينما وجدوا وأينما ذهبوا، وعلى العكس، أو كنتيجة لما تقدم، فإن هذه القوانين لا تطبق على الأجانب المقيمين على أرض الدولة لإنتماثلهم في أى مكان أيضاً لقوانين بلادهم، هذا هو معنى شخصية القوانين أو امتدادها، ومن ناحية أخرى يصعب القول أيضاً بأن المبدأ الذى كان يحكم العلاقات ذات العنصر الأجنبى بمعيار اختلاف الدين هو مبدأ إقليمية القوانين، وذلك لأن السائد وجوب اتباع المسلمين لقواعد وأحكام الشريعة الإسلامية ولو كان موطنهم خارج دار الإسلام، ونخلص من ذلك كله إلى أن الشريعة الإسلامية قد جمعت بين المبدأين: فهى شخصية بالنسبة للمسلمين وإقليمية بالنسبة لغير المسلمين، ومعنى ذلك أن الأساس فى هذه الشريعة هو عدم إمكان تطبيق شريعة أخرى غير الشريعة الإسلامية كقاعدة عامة - حول ذلك انظر تفصيلاً د. عصام الدين القصبى: الأصول الإسلامية للقانون الدولى الخاص، مرجع سابق، ص ٤١٩ وما بعدها.

وتعالى فيما يتعلق بالمعاملات قليلة جداً، وهي فيما عدا ما ورد فيه نصّ قاطعٌ تُعد أحكامه اجتهاديةً، ويترتب على ذلك ألا يمكن تفسير المقصود بـ”الحكم بما أنزل الله” بأنه الحكم بالعدل، وأن من العدل أن يحكم بين غير المسلمين وخصوصاً الأجانب بما ألفوه واعتادوا عليه من الأحكام أو العادات أو القوانين، خاصةً إذا كان من وراء الحكم بتلك القوانين ضمان بقاء الحقوق المكتسبة ووصولها إلى أربابها، فالآيات القرآنية بخصوص الحكم بالعدل كثيرةٌ، وهي تدعو إلى أنه لا يحل ترك العدل في الشهادة على غير المسلم ولا ترك الحكم له بحقه ومنها قوله تعالى ”إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها” و”وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل”^(٧٥)، وقوله تعالى ”وإن حكمت فأحكم بينهم بالقسط إن الله يحب المقسطين”^(٧٦)، وقوله تعالى ”واقسطوا إن الله يحب المقسطين”^(٧٧)، وقوله تعالى ”ولا يجرمنكم شنآن قومٍ على أن لا تعدلوا اعدلوا هو أقرب للتقوى”^(٧٨)، وأوماً البعض إلى أن الحكم بالعدل هو إيصال الحق إلى صاحبه من أقرب الطرق إليه وأليس الحكم بين أجنبيين بالقانون الذي تقرر الحق بينهما بناء عليه أقرب طريق إلى إيصال الحق إلى صاحبه؟، وأليس في الحكم بالعدل بينهما بحكم الشريعة الإسلامية وهما لم ينظرا إليها وقت إنشاء الحق ولم يعتمدا في إيجادها احتمال تضييعه؟^(٧٩).

ثانياً: أن العلاقة بين دار الإسلام ودار الحرب علاقةٌ مقلقةٌ تتخللها الحروب في أغلب الأحيان، وهو ما أدى بدوره إلى أن ساد الشعور بالاحتقار المتبادل بين الدارين؛ فالفقه الإسلامي من جهة لا يسلم بتكافؤ القوانين الأجنبية معه في تحقيق العدالة، والفقه الغربي من جانبه يرى أن الشريعة الإسلامية شريعةٌ صادرةٌ في بلادٍ أقل مدنيةً، بل وتتطوى على نظمٍ لا يمكن أن تنهض بهذه الشريعة لكي تتشابه مع القوانين الغربية بحيث يمكن أن تتنازع معها في حكم العلاقات القانونية، وخاصةً أن هذه الشريعة مصبوغةٌ بصبغةٍ دينيةٍ، أما هذه القوانين فهي قوانين وضعية^(٨٠).

ثالثاً: أن مناهج الفقه الإسلامي لا ترحب أبداً بالإمعان في التجريد والتعميم، ومقتضى الصياغة الإسنادية هو وضع قاعدة مجردة تؤدي إلى الاستسلام للقوانين الأجنبية على اختلافها وتنوعها، بل ولما قد يطرأ عليها من تعديلٍ.

(٧٥) سورة النساء - الآية ٥٨.

(٧٦) سورة المائدة - الآية ٤٢.

(٧٧) سورة الحجرات - الآية ٩.

(٧٨) سورة المائدة - الآية ٨.

(٧٩) د. على الزيني: المرجع السابق، ص ١٨٧.

(٨٠) د. جابر جاد عبد الوحمن: تنازع القوانين، ١٩٦٩م، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ٥٠.

رابعاً: صعوبة التنقل وندرة وسائل المواصلات فى الماضى كانت سبباً رئيساً فى التقليل من فرص التعامل بين الأشخاص المقيمين فى دار الإسلام والمقيمين فى دار الحرب، بل وصلت هذه المعاملات إلى حد العدم فى زمن الحرب، كما أن جهل فقهاء كل من الدارين بشريعة الآخر وقلة احتكاكهما واختلاف اللغات قد ساهما بشكل كبير فى القضاء على أى نوع من التعاملات بين أهل الدارين^(٨١).

خامساً: أن القواعد المقررة فى الفقه الإسلامى الخاصة بالأجانب قد توقف تطورها عند الحد الذى كان قد وصل إليه التشريع الأوروبى الخاص بالأجانب فى آخر عهد الإقطاع؛ إذ أنها لم تخرج عن كونها تؤدى إما إلى نتيجة مشابهة لنتيجة تطبيق شخصية القوانين أو لنتيجة نظرية إقليمية القوانين، ولعل السبب فى وقوف القواعد الشرعية عند هذا الحد وعدم تطورها التطور المطلوب يرجع بشكل رئيس إلى اغلاق باب الاجتهاد فى الأحكام الشرعية^(٨٢).

ولكن حرئ بنا أن نؤمى إلى أن الأسباب سالفة الذكر غير كافية للاقتناع بالمبرر من وراء النكوص عن السير فى الاتجاه السائد نحو وضع قواعد إسناد تُشير بتطبيق القوانين الأجنبية، وأن الواقع يشهد بأنه لم يعد هناك محلّ للتمسك بهذه الأسباب التى عفا عليها الزمن وأصبحت العلاقات بين بلاد العالم الإسلامى والبلاد الأجنبية تتسم بالاستقرار والتعاون المستمر فى شتى المجالات، وبياتت علاقات الأفراد التابعين لهذه البلاد وبلاد العالم الإسلامى لا تُعد ولا تُحصى، أضف إلى ذلك تطور وسائل التواصل

(٨١) د. جابر جاد عبد الوحمن: المرجع السابق، ص ٥٠ وما بعدها

(٨٢) وبالنظر إلى حالة عدم تعرض القاضى المسلم للأجانب (الحريين معاهدين أو مستأمنين) سنجد أنها لا تخرج عن شخصية القوانين؛ لأن كل واحد منهم يبقى خاضعاً لحكم قانونه وقضاء محاكمه، وفى حين أننا لو نظرنا إليها فى حالة رفع الدعوى إلى القاضى من الأجانب المذكورين وقبوله الحكم بينهم سنجد أنها لا تخرج عن فكرة محلية القوانين لأن القاضى كان يطبق عليهم قواعد الشريعة الإسلامية، أى قانونه هو، وبعبارة أخرى قانون البلد الذى يوجد به هو وهم، بل نعتقد أن النظام الشرعى أقرب إلى محلية القوانين منه إلى شخصيتها، كما يؤخذ من تحميم اختصاص القاضى الشرعى والحكم بأحكام الشريعة الإسلامية كلما كان فى الدعوى مسلم، وإذا كان القاضى المسلم لا يمكنه أن يقضى بغير أحكام الشريعة المتعلقة بموضوع الدعوى المرفوعة إليه مهما كان دين الخصوم المترافعين إليه، ومعنى ذلك أنه لم يكن قد وصل بعد فى استنباطه القواعد التى يجب أن تكون أساساً للحكم فى قضايا الأجانب إلى حد التقريب فى سلطته فى نظر الدعوى والقانون الواجب التطبيق - للمزيد انظر تفصيلاً د. على الزينى: المرجع السابق، ص ١٨٤، ص ١٨٥ وما بعدها.

والنقل والمواصلات وتقدمها تقدماً رهيباً وانتشار التعليم والذين أسهموا في زيادة أوجه التفاهم والتعاون بين الفقهاء الشرقي والغربي^(٨٣). ولعل القول بقل باب الاجتهاد غير مستساغ لأنه سيترتب عليه جمود الشريعة عن أى تطور وتقدم يُجارى تطور الأزمنة والعقود، ولذلك فهو يُعد نكسةً يمكن أن تصيب الفقه الإسلامى العظيم وتحول بينه وبين التجدد المطرد والنمو الكامل الذى يرمى الوصول إليه وبلوغه^(٨٤)، ولذلك يتعين فتح باب الاجتهاد لمعالجة مشكلة تنازع القوانين فى الدولة الإسلامية، وذلك عن طريق وضع قواعد إسناد تتلاءم مع حاجات ومتطلبات المعاملات الدولية الإسلامية فى عصرنا الحالى حتى يمكن تحقيق العدالة التى تقتضيها شريعتنا الإسلامية الغراء، التى من سماتها أنها صالحة للتطبيق فى كل زمانٍ ومكانٍ، ولكن يُشترط فيمن يتصدى للاجتهاد أن تتوافر فيه مقومات وشروط الاجتهاد؛ فالدعوة للاجتهاد وعدم التقليد لا تعنى الفوضى وفتح الباب أمام التخريب باسم الاجتهاد؛ إذ أن الاجتهاد علمٌ له أصولٌ وضوابطٌ، ومن ثمّ وجب أن تتوفر فيمن يتصدون له شروط القدرة على القيام بأعبائه^(٨٥).

وأخيراً يخلق بنا أن نرّمز إلى أن الأساس الذى من أجله تحرص التشريعات المختلفة على وضع قواعد لحل مشكلة تنازع القوانين ليس هو اعتبار السيادة، كما أن السماح بتطبيق القوانين الأجنبية ليس معناه اعتبارات المجاملة، بل إن أساس قواعد الإسناد يرجع إلى اعتبارات الملاءمة وحاجة المعاملات الدولية، وبعبارةٍ أخرى اعتبارات العدالة التى جعلتها الشريعة الإسلامية نبزاً وميزاناً للعلاقات الإنسانية فى شتى المجالات^(٨٦).

^(٨٣) حيث أثبتت الدراسات والأبحاث أن الفجوة بين أحكام الشريعة الإسلامية والشرائع الغربية ليست على درجة الاتساع التى كانت متصورة، بل ثمة أنظمة قانونية كثيرة تتشابه فى أسسها ومبادئها فى الشرق والغرب، وبالتالي فإن القول بعدم التكافؤ إن صدق بالنسبة لبعض الأنظمة فهو لا يصدق على غيرها على الأقل - للمزيد انظر تفصيلاً د. جابر جاد عبد الرحمن: المرجع السابق، ص ٥٢، د. أحمد عبد الكريم سلامة: مبادئ القانون الدولى الخاص الإسلامى، مرجع سابق، ص ١٣٨.

^(٨٤) د. يوسف القرضاوى: شريعة الإسلام خلوقها وصلاحتها للتطبيق فى كل زمانٍ ومكانٍ، الطبعة الثالثة، ١٩٨٣م، المكتب الإسلامى ببيروت، دمشق، ص ٧٧.

^(٨٥) أ. محمد كمال عبد العزيز: تقنين الشريعة الإسلامية "نطاقه وأسلوبه"، مقال منشور بمجلة المحاماة المصرية، العددان السابع والثامن، السنة الثامنة والستون، عام ١٩٨٨م، ص ٤٨.

^(٨٦) ويضيف أستاذنا الدكتور عصام الدين القصبى قائلاً "هكذا فإننا نؤيد ما ذهب إليه البعض من أن اعتبارات العدالة قد تُلمى علينا فى بعض الحالات فتح الباب امام تطبيق القوانين الأجنبية طالما أن ذلك لا يُخالف أحكام الشريعة الإسلامية، ونقصد بذلك ما ورد فى القرآن والسنة، وفى إعمال الدفع بالنظام

الفصل الأول

التعريف بالدفع بالجهل بالقانون الأجنبي الواجب التطبيق كوسيلة لاستبعاده

تمهيد وتقسيم:

لما كان الجهل بالقانون الواجب التطبيق عقبة رئيسة أمام تسوية عادلة ونهائية للمنازعات؛ لما يشوبها من لبسٍ وغموضٍ فى أغلب الأحيان، فإنه لإزالة مثل هذا اللبس والغموض يتعين علينا التعرف على ماهية الدفع بالجهل بالقانون بصفة عامة ثم التعرض لخصوصية الدفع بالجهل بالقانون الأجنبي الواجب التطبيق فى المنازعات الخاصة الدولية التى تحتوى على عنصر أجنبي، خاصة أن القانون الأجنبي عند وجوب تطبيقه بمقتضى قواعد الإسناد قد يكون هناك استحالة فى تطبيقه، وقد يواجه القاضى الوطنى صعوبة بالغة فى تفسيره وتحكيم نصوصه، وهو ما دعا الفقه إلى ضرورة المساهمة فى المعالجة القانونية لكل هذه الصعوبات والإشكالات، وهو ما سنتعرض له فى هذا الفصل من خلال المباحث التالية:

المبحث الأول: ماهية الدفع بالجهل بالقانون الأجنبي الواجب التطبيق.

المبحث الثانى: مشكلة تطبيق القانون الأجنبي أمام القاضى الوطنى.

المبحث الثالث: التزام القاضى الوطنى بالعلم بمضمون القانون الأجنبي الواجب التطبيق.

المبحث الأول

ماهية الدفع بالجهل بالقانون الأجنبي الواجب التطبيق

تمهيد وتقسيم:

لما كان القانون بصفة عامة فى تحليله الأخير هو خطاب إلى أعضاء الجماعة بهدف تنظيم سلوكهم، وهذا الخطاب يقترن بجزاء تكفل الدولة توقيعه بما تملكه من وسائل ضغط وإجبار، فإن الأفراد ملتزمون بضرورة العلم به حتى يمكنهم العيش على هُده، وحتى يكون الجزاء الذى يمكن أن يوقع على من يخالفه أمراً مشروعاً.

العام خير وسيلة لوضع هذه الأحكام موضع التطبيق أو على الأقل عدم مخالفتها" - انظر تفصيلاً
د. عصام الدين القصبى: الأصول الإسلامية للقانون الدولى الخاص، مرجع سابق، ص ٤٩٩،

ولكن مراعاةً لاعتبارات النظام العام وتحقيقاً للاستقرار القانوني فإنه يلزم تطبيق القانون حتى ولو لم يعلم به الأفراد، لأنه لو تم تعليق تطبيقه على شرط العلم الفعلي من كل مكلف به فإن ذلك سيؤدى - بلا ريب - إلى انهيار النظام القانوني من جذوره. ومن ثم فالجهل بالقانون يتأرجح بين اعتباره أو عدم اعتباره عذراً مراعاةً لاعتبارات النظام العام والعدالة، أو اعتباره عذراً يُؤخذ في الاعتبار تحقيقاً لاستقرار المعاملات خاصةً المالية منها والتي تتم على إقليم الدولة تحقيقاً لمصلحة الدولة العامة، وذلك في حالاتٍ خاصةٍ نص عليها القانون ونظمها بنصوصٍ خاصةٍ واستثنائيةٍ. ولكل ما سبق يتعين علينا التعرض لمدلول مبدأ عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون في القانون المدني وفي غير قانون العقوبات وفي القانون الدولي الخاص، وذلك في المطالب الآتية وفق التقسيم التالي:

المطلب الأول: مبدأ عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون بصفة عامة في القانون المدني.

المطلب الثانى: نطاق تطبيق مبدأ الدفع بالجهل بالقانون.

المطلب الثالث: الجهل بالقانون الواجب التطبيق عقبة أمام عدالة الأحكام.

المطلب الرابع: الاستثناءات الواردة على مبدأ عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون.

المطلب الخامس: مدى جواز الدفع بالجهل بالقانون فى غير قانون العقوبات.

المطلب السادس: الدفع بالجهل بالقانون الواجب التطبيق فى القانون الدولي الخاص.

المطلب السابع: أساس الدفع بالجهل بالقانون الواجب التطبيق فى القانون الدولي الخاص.

المطلب الأول

مبدأ عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون بصفة عامة فى القانون المدني

لما كان القانون خطاباً موجهاً من الدولة إلى الأفراد المنتمين إلى الجماعة الوطنية فيها بغرض تنظيم سلوكهم وفقاً لقواعده وأحكامه ووضعها جزاءً لمخالفة ذلك، فإنه لا بد لهؤلاء الأفراد أن يعلموا به لتحقيق هذا الغرض، وأنه لو توقف تطبيق القانون فى حق المخاطبين بأحكامه على علمهم الفعلى به فإن ذلك سيصبح ذريعةً للتهرب من أحكامه ومخالفته بالقدر الذى يتوافق مع مصالحهم الشخصية حتى ولو كان ذلك على حساب المصلحة العامة، وهو ما يخالف بدوره مقتضيات النظام والاستقرار، وهو ما دعا محكمة

النقض إلى القول بأن "الدفع بالجهل بالقانون مشروطاً بكون المخالفة متعلقة بقاعدة غير متعلقة بالنظام العام"^(٨٧).

فالجهل ببساطة هو نقيض العلم، والجهل بالقانون يعنى عدم العلم بحكم القانون على وجهه الصحيح، وأن قاعدة عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون قاعدة مطلقة تشمل كافة المخاطبين بأحكامه بغض النظر من مصدرها والهيكل القانونى لها^(٨٨)، وبالتالي فلا يُقبل تذرّع أى فرد بظروفه الشخصية أو اختلاف قدرته عن غيره فى الإحاطة بقواعد القانون وعدم قدرته على فهم واستيعاب القانون، أى يلتزم بالقانون ولا يُعفى منه من يمارس حياته العادية مع مريض فى مستشفى أو حبيب سجن أو قادم لتوه من الخارج، وسواء أكان متعلماً أم أمياً يجهل القراءة والكتابة^(٨٩)، فمبدأ عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون يتم تطبيقه تطبيقاً ميكانيكياً آلياً على جميع المخاطبين بأحكامه دون تفرقة لأى سبب من الأسباب، بل ذهب البعض إلى أبعد من ذلك ليقرّوا تطبيق المبدأ ليس على الوطنيين فقط ولكن أيضاً على الأجانب المتواجدين على إقليم الدولة، وبالتالي فلا يجوز للأجانب بناء على ذلك الذى يأتى إلى الإقليم الوطنى أن يتمسك بجهله بأحكام تشريعاتها، ومن باب أولى لا يجوز للوطنى المقيم بالخارج ولم يتمكن من العلم بالقوانين التى صدرت فى أثناء فترة غيابه بالخارج ان يتمسك بعدم العلم بها، بل إن القانون الوطنى يُلزم الوطنيين المقيمين بالخارج فى العلاقات الدولية الخاصة

(٨٧) انظر حكم محكمة النقض فى الطعن رقم ٢٦٣ لسنة ٤٤ قضائية بجلسة ١٩٧٨/٦/٧م، س ٢٩، ص ١٤٣٤.

(٨٨) حول ذلك راجع د. عبد الحى حجازى: المدخل لدراسة القانون: الجزء الأول، ١٩٦٦م، المطبعة العالمية، فقرات ٢٢٤، ٢٢٧، د. منصور مصطفى منصور: دروس فى المدخل لدراسة القانون، ١٩٧٣م، دار النهضة العربية، القاهرة، فقرات ١٧٧ - ١٧٩، د. أحمد سلامة: المدخل لدراسة القانون، ١٩٧٨م، فقرات ٨١ - ٩٠، د. عبد الفتاح عبد الباقي: نظرية القانون، الطبعة الرابعة، دار الكتاب العربى، فقرات ١٠٢، ١٠٣ مكرر، د. حمدى عبد الرحمن: فكرة القانون، ١٩٧٩م، دار الفكر العربى، فقرات ٨٤ - ٩١، د. حسام الدين الأهوانى: مبادئ القانون، ١٩٧٥م، فقرات ١٧٢ - ١٧٥، د. حسن كيرة: المدخل إلى القانون، ١٩٧١م، منشأة المعارف، الإسكندرية، فقرات ١٧٢ - ١٧٥، د. محمد على عمران: مبادئ العلوم القانونية، الجزء الأول، ١٩٨٦م، ص ١٣١ وما بعدها.

(٨٩) انظر تفصيلاً د. عبد الفتاح عبد الباقي: نظرية القانون، مرجع سابق، ص ١٦١، د. حمدى عبد الرحمن: فكرة القانون، مرجع سابق، ص ١٤٨.

التي يحكمها القانون الشخصي حتى ولو لم يكن في وسعهم بسبب بعدهم عن أوطانهم العلم بها^(٩٠).

لقد كان مبدأ عدم جواز الجهل بالقانون منسوباً إلى القانون الروماني^(٩١) قائماً على أساس المصلحة العامة معتمداً على قلة القوانين وقتها وعموم نشرها وسهولة العلم بها، مما جعل الجهل بالقانون أمراً نادر الحدوث ولا يكون إلا نتيجة تقصير الفرد نفسه ولا يجوز أن يستفيد من جهله، أما حديثاً وفي ظل تغير الظروف فإن سرعة إصدار القوانين وتعديلها جعل من المتعذر على المتخصصين في مجال العمل القانوني العلم بها. وقد أثار مبدأ عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون جدلاً واسعاً في فقه القانون الوضعي حول الأساس الذي يقوم عليه هذا المبدأ:

الاتجاه الأول: ويرى أصحابه أن مبدأ عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون يقوم على أساس افتراض العلم به، وأن هذا الافتراض ينطوي على قرينة افتراض علم الأشخاص الافتراضى بالقانون من يوم نشره بالجريدة الرسمية على الرغم من أنه يُندر من الناحية العلمية والواقعية أن يعلم الأشخاص بكافة القوانين والتشريعات^(٩٢)، ولكن أنتقد لمناقضته لقواعد العدالة واعتباراتها وأنه كان يجدر بهم أن يؤسسوا نظريتهم على العلم الفعلي وليس الافتراضى حتى يمكن إلزامهم بقاعدة قانونية وإلا كيف يمكن إلزامهم بقاعدة قانونية لم يسمعوها عنها ولم يعلموا بها بحجة افتراض ذلك، وهو ما تقتضيه المصلحة العامة وتتطلبه الصفة الإلزامية للقاعدة القانونية^(٩٣).

^(٩٠) د. سليمان مرقس: الوافي في شرح القانون المدني، الجزء الأول، ١٩٨٧م، ص ١٩٦، د. عبد الحى حجازي: المدخل لدراسة القانون، مرجع سابق، ص ٢٦٢.

^(٩١) حول الأصل التاريخي لمبدأ عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون وظهوره ابتداءً في القانون الروماني بصور قانون الألواح الإثني عشر انظر د. صاحب عبيد الفتلاوي: تاريخ القانون، طبعة ١٩٩٨م، دار الثقافة، عمان، ص ١٠١.

^(٩٢) انظر:

Dabin: la technique de l'elabration du droit poitif, spcialement en droit civil, 1935, p. 277.

Rene Dekkers: la fiction juridique, etude de droit romain et de droit compare, paris sirey, 1930, no. 30, p. 24 et s.

^(٩٣) د. سمير عبد السيد تناغو: النظرية العامة للقانون، طبعة ١٩٩٩م، دار المعارف، الإسكندرية، ص ٥٩٨.

ولكن يُدافع بعض أنصاره عن وجهة نظرهم بقولهم "أنه ليس معنى تطلب العلم بالقانون وجوب توافر العلم اليقيني الفعلى به، فاعتبارات المصلحة العامة تتطلب من الشارع أن يضع على قدم المساواة العلم الفعلى بالقانون والعلم المفترض به"^(٩٤)، ويضيف آخرون "أن النتيجة المنطقية لكون القانون تعبيراً عن إرادة أفراد المجتمع هي تمثيلهم له تمثيلاً يؤدي إلى افتراض علمهم بأحكامه؛ فهذه الأحكام تنزيراً من المشرع كانت أو عرفاً ليست فى أساسها إلا ما يرتضيه الأفراد من قيود على حرياتهم بقصد حماية حرياتهم أو التوفيق بينها"^(٩٥)، ويضيفون أن افتراض العلم بالقانون يجد تبريره فى أن عبء إثبات هذا العلم عسير، والبراءة عند العجز عن الإثبات تُلحق المجتمع أبلغ الضرر لأنها تُعطل تطبيق القانون وتقوت أهدافه، وأن لهذا الافتراض أساسه المنطقى لأن الفعل إذا خالف التعاليم الأخلاقية فإن العلم بتحريم القانون له يتوافر لدى كل ذى أهلية، وإذا لم يُخالف الفعل تعاليم الأخلاق فإن العلم بصفته الإجرامية يجب أن يتوافر مع ذلك بالنظر إلى ما يبذله الشارع من وسائل يتيح بها العلم بالقانون كالنشر فى الجريدة الرسمية وفى استطاعة كل فرد الاستفسار عن أحكام القانون والإحاطة بها علماً^(٩٦).

(٩٤) د. محمد وجدى عبد الصمد: الاعتذار بالجهل بالقانون، الطبعة الثانية، ١٩٨٧م، مكتبة رجال القضاء، ص ٩٧٠.

(٩٥) د. مصطفى الجمال: الجهل بالأحكام المدنية، بحث منشور بمجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق جامعة الإسكندرية، السنة السادسة عشر، العدد الأول، ١٩٧٤م، ص ١١، ١٢.

(٩٦) د. محمد وجدى عبد الصمد: الاعتذار بالجهل بالقانون، مرجع سابق، ص ٩٧١.
وحول ذلك تقول محكمة النقض فى حكم لها أن "العلم بالقوانين وبكل ما يدخل عليها من تعديل مفروض على كل إنسان، وليس على النيابة إذا أرادت رفع الدعوى العمومية على شخص إلا أن تُعلنه برقم المادة التى تُريد محاكمته بمقتضاها، وليس عليها فوق ذلك أن تعلنه بنص المادة ولا بما أدخل عليها من تعديلات، إذ أن ذلك مما يعده القانون داخلاً فى علم كافة الناس، كما أن المحكمة التى تتولى محاكمة المتهم ليست مكلفة قانوناً بأن تلفت نظره عند المحاكمة إلى ما أدخل من تعديلات على المادة التى تطلب النيابة تطبيقها عليه مادام علمه بذلك مفروضاً بحكم القانون" - انظر حكم محكمة النقض المصرية الصادر فى ٢٢ مايو ١٩٣١م، مجموعة القواعد القانونية، ج ٣، ص ١٨٥.

وقد وُجّهت سهام النقد الحادة لهذا الاتجاه لضعف حججه التي يستند عليها؛ فالعبارة ليست بوسيلة العلم، أي النشر في الجريدة الرسمية، ولكن العبارة باكتساب العلم ذاته وأن ما فعله هذا الاتجاه من إطلاقه للافتراض ينطوي على قسوةٍ منه غير مُبررة لصالح المجتمع، ولكن ينبغي - وبحق - ألا يكون هذا الافتراض على سبيل القرينة القطعية التي لا تقبل اثبات العكس، بل يجب أن يكون هناك سعةٌ عن طريق أن يكون المبدأ على سبيل القرينة البسيطة التي تقبل أن يُثبت الأفراد عكسها بكافة طرق الإثبات؛ حيث إنه إذا ما ثبت عدم العلم اليقيني في حق الفرد فليس هناك سبب لمعاقبته على ما يجهل عقوبته^(٩٧)، ووصف بعض الفقه افتراض العلم بالقانون كأساس يقوم عليه هذا الاتجاه بالحيلة القانونية التي تقوم على المجاز المُخالف للحقيقة؛ لأن الثابت هو كذب الإدعاء بأن كل شخص يعلم بالقانون^(٩٨).

الاتجاه الثاني: ويرى جانب من الفقه أن أساس مبدأ عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون يكمن في وجود التزام على عاتق الأفراد بالعلم بالقانون، وأن عدم العلم به هو إخلال من جانبهم بهذا الالتزام، وهو ما يُشكل خطأً من جانبهم لا يجوز لهم التمسك به أمام القضاء؛ لأن الفرد لا يجوز له أن يستفيد من خطأه^(٩٩)، فالدولة من ناحيتها ممثلة في الشارع تلتزم بنشر القاعدة القانونية في الجريدة الرسمية مقابل التزام الأفراد ببذل الجهود اللازم للعلم بهذه القاعدة وضبط تصرفاتهم وفق أحكامها^(١٠٠)، أي أن الأفراد ملتزمون تجاه الدولة باحترام قوانينها والإذعان لها، وهو الذي لا يمكن تحقيقه إلا بالالتزام بالعلم بالقانون؛ فمخالفته تقصيرٌ منهم ومخالفةٌ لطبيعة القاعدة القانونية الملزمة

^(٩٧) د. أبو زيد عبد الباقي مصطفى: الافتراض ودوره في تطور القانون، ١٩٨٠م، مطبعة دار التأليف، ص ٨٦.

^(٩٨) انظر:

Marty et Raynaud: droit civil, T. 1. introduction général á l'étude du droit, 2 éd, 1972, no. 97.

Bergel: the orie général du droit, Dalloz, 1984, p. 119.

(F) Terre: introduction général au droit, 1991, p. 334.

Geny: science et technique en droit, T. 3, 1921, p. 390.

^(٩٩) د. طه عوض غازي: التوفيق بين اعتباري النظام والعدالة، ٢٠٠٦م، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ٣٤.

^(١٠٠) انظر:

Delogu: la culpabilité dans la theorie général de l'infraction, 1949, n. 505.

التي تلزم المخاطبين بأحكامها بالتزامين: أولهما التزام بالعلم بها وبمضمونها ويتحقق ببذل الأفراد مجهوداً ملموساً للعلم بها، وثانيهما التزام بعدم المساس بالحق الذى تحميه ويتحقق بتنفيذهم لما تأمر به من أوامر والنهى عما تنهى عنه من نواهٍ، ومخالفة هذين الالتزامين يضع الأفراد تحت طائلة العقاب الذى يضعه المشرع^(١٠١).

ولكن تعرض الاتجاه للنقد؛ حيث إن هذا الالتزام بالعلم هو التزامٌ مجهول المصدر ومنعدم الوجود، وأن أنصار هذا الاتجاه قد احتالوا على الواقع، وأنه إذا كان هناك التزامٌ حقيقى بالفعل بضرورة العلم بالقانون فما ضمان تنفيذه؟، وتكمن خطورة الحيلة فى أنها تجعل القانون ملزماً؛ لأن العلم به متحققٌ عن طريق التزام قانونى، فى حين أن قرينة افتراض العلم بالقانون تسمو على الالتزام بالعلم بالقانون؛ فهى تجعل القانون ملزماً بمجرد أن العلم به ممكنٌ أو محتمل^(١٠٢).

ولكننا نرى أنه لما كان سن التشريع ونفاذه هو التزامٌ على عاتق الدولة من أجل تطبيقه وخلق حالة من النظام والاستقرار وضبط سلوكهم فإن الأفراد ملتزمون بموجب رابطة الجنسية التى تربطهم مع الدولة باحترامه والخضوع له، ولن يتسنى ذلك إلا عن طريق قيامهم بالالتزام ببذل عناية للعلم بهذا القانون، ولما كان الخضوع للقانون الوطنى واجبٌ، فالعلم به بالضرورة أيضاً واجبٌ؛ حيث إنه ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجبٌ، وهذا الالتزام لم يتم النص عليه صراحةً، ولكنه نتيجةٌ بديهيةٌ للخاصية التى تتمتع بها القاعدة القانونية من كونها قاعدةً ملزمةً فى جوهرها.

الاتجاه الثالث: ويذهب إلى أن أساس مبدأ عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون هو الصفة الملزمة الذاتية للقاعدة القانونية؛ حيث إن القانون يطبق على الكافة دون استثناء ودون اشتراط علمهم أو عدم علمهم به، فالقانون عبارة عن مجموعة قواعد يعبر بها المشرع عن الإرادة العامة ذات طبيعةٍ ملزمةٍ يستمدّها من تولى السلطة العامة مهمة تطبيقه وإجبار الجميع على احترامه واتباعه، ويلتزم الأفراد بالتبعية لالتزامهم بهذا القانون بالعلم بأحكامه وقواعده^(١٠٣).

(١٠١) د. مصطفى الجمال: الجهل بالأحكام المدنية، ١٩٧٣م، مطبعة جامعة الإسكندرية، الإسكندرية، ص ٤٢.

(١٠٢) د. سمير عبد السيد تناغو: النظرية العامة للقانون، مرجع سابق، ص ٦٠٣.

(١٠٣) حول هذا الاتجاه انظر د. حسن كيرة: المدخل إلى دراسة القانون، مرجع سابق، ص ٣١٧، د. منصور مصطفى منصور: دروس فى المدخل لدراسة القانون، مرجع سابق، ص ٣٠٨، د. طه

ولكن أنتقد هذا الاتجاه؛ لأنه لم يقدم أساس قانوني سليم ولكنه أوجد مجرد تبرير منطقي، كما أنه أغفل أن القانون صفته المزمة معلقة على نشره بالجريدة الرسمية، كما أن فيه نوعاً من الجور والتسلط؛ حيث إنه كيف تلزم بالقانون من حالت القوة القاهرة دون علمه به؟ وكيف يكون القانون مُلزماً بذاته بدون توافر إمكانية العلم به ويكونون ملزمين بسرٍ خفي^(١٠٤).

الاتجاه الرابع: ويرى أنصاره أن المساواة أمام القانون هي الأساس لمبدأ عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون؛ حيث إن العدالة تقتضي المساواة في معاملة المخاطبين بأحكام القاعدة القانونية وعدم التفرقة بينهم في إلزامية الخضوع لها، وأنه ليس من المتصور أن تتوقف إلزامية القانون وعمومية قواعده على الظروف الخاصة لكل شخص وأن يتم استثناء من لم يعلم به من تطبيق القانون عليه ويتم تطبيقه على من علم به، وذلك انطلاقاً من كون مبدأ عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون ضرورة اجتماعية يستحيل بدونها إقامة النظام وتوافر الاستقرار وتحقيق العدالة والمساواة بين الأفراد في المجتمع الواحد^(١٠٥).

ولكن لم يسلم من سهام النقد؛ حيث إن مبدأ عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون - في حقيقته - مظهراً من مظاهر عدم المساواة أمام القانون وليس كما يدعى أصحاب هذا الاتجاه، ولا يمكن قبوله كنتيجة منطقية لقاعدة المساواة أمام القانون^(١٠٦)، أضف إلى ذلك استغرابهم من تطبيق الجزاء على الجهل بالقانون على الشخص غير المتخصص بالقانون ولا يطبقونه على الجاهل بالقانون من المتخصصين بالقانون، فالمشرع نفسه الذي يصدر القانون قد يحدث في بعض الأحيان وأن يصدر عنه تشريع جديد عن جهل منه بوجود قوانين سابقة لو كان قد علم بها ما أصدر قانونه الجديد أو لأصدره في صورة أخرى غير تلك التي ظهر عليها، وهناك أيضاً من القضاة من يُصدر أحكامه عن

عوض غازي: التوفيق بين اعتباري النظام والعدالة، مرجع سابق، ص ٣٧، د. عبد الحى حجازي: المدخل لدراسة القانون، مرجع سابق، ص ٢٦٤.

^(١٠٤) د. طه عوض غازي: المرجع السابق، ص ٣٨.

^(١٠٥) د. طه عوض غازي: المرجع السابق، ص ٤٠.

^(١٠٦) فيجد المبدأ أساسه في القانون الروماني الذي لم تكن هناك مساواة حقيقية محققة فيه؛ حيث كان يجوز لبعض الفئات المستثناة كالنساء والجنود الغائبين ومن ينقصهم الإدراك أو الخبرة بالحياة أن يعتذر بالجهل بالقانون - انظر د. طه عوض غازي: المرجع السابق، ص ٤١.

جهل بالقانون فتقوم محكمة النقض بإلغاء أحكامه نتيجة خطأه فى تطبيق القانون، وهناك من فرق بين جهل القاضى وجهل المخاطب بالقاعدة القانونية على أساس أن جهل المخاطب إنما هو من قبيل جهل للتكليف الواقع عليه والمطالب بتنفيذه، أما جهل القاضى فهو جهلٌ بما يلزم لمباشرة وظيفته فى "قول" القانون فى النزاع المطروح عليه؛ فجهل المكلف على هذا النحو من جهل الحكم التكميلى، بينما جهل القاضى من قبيل جهل الأحكام الوضعية^(١٠٧).

ونحن نرى أن المساواة وإن كانت لازمةً إلا أنها يجب ألا تكون مطلقةً وتامةً، وأن التمييز ضرورةً لا بد منها لأن ظاهرة الفروق الفردية هى من حقيقة من حقائق الوجود الإنسانى التى أوجدها الله عز وجل فى خلقه، فالقانون وإن كان ينظر نظرةً متساويةً بين الأفراد إلا أنها سطحيةً وشكليةً، ولكن النظرة الموضوعية الجوهرية تقتضى الاعتراف بالفوارق بين الأفراد فى مسألة الاعتذار بالجهل بالقانون، فكيف يتساوى جهل القاضى المتخصص أو استاذ القانون أو المحامى القانونى وهم المتخصصون فى دراسة القانون مع جزاء الأشخاص العاديين دون ترتيب جزاء على النوع الأول وتشريع مغفرةً للنوع الثانى أو المساواة فى ترتيب أثر مبدأ عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون على الجميع دون استثناءٍ وتمييزٍ سواء لرئيس الدولة أو رجال السلك الدبلوماسى أو أعضاء السلطة التشريعية أو أعضاء السلطة القضائية؟

المطلب الثانى

نطاق تطبيق مبدأ الدفع بالجهل بالقانون

إن تعدد مصادر القاعدة القانونية من تشريع ومبادئ الشريعة الإسلامية والعرف والقانون الطبيعى وقواعد العدالة، وترتيباً على ذلك فالدفع بالجهل بالقانون لا يقتصر على التشريع فقط، بل يمتد إلى كل مصادر القاعدة القانونية، وعليه لا يجوز للشخص فى التشريع المصرى أن يدعى جهله بالتشريع أو بمبادئ الشريعة الإسلامية لأنها مصدر للقانون يلجأ إليها القاضى عند عدم وجود نص فى التشريع.

ونلاحظ أن المصطلح المستعمل فى اللغة الفرنسية "Nul n'est censé ignorer la loi"^(١٠٨) يقتصر على التشريع فقط دون المصادر الأخرى، لذلك ارتأى البعض أن

(١٠٧) د. مصطفى الجمال: الجهل بالأحكام المدنية، مرجع سابق، ص ٤٥.

(108) un célèbre adage signifie que tout citoyen est censé connaître l'ensemble des textes législatifs et réglementaires (décrets, circulaires...) existant dans l'ordre juridique français Que signifie "nul n'est censé ignorer la loi"? Fiche

المصطلح العربي أبلغ وأصوب، وكذلك لا يجوز الإدعاء بجهل العرف؛ لأن هذا الأخير يطبق بغض النظر عن علم الأفراد به ويطبقه القاضي من تلقاء نفسه دون حاجة لطلب الخصوم^(١٠٩)، ويسرى ذلك على جميع القوانين الوطنية والأجنبية سواء أكانت هذه القوانين تنتمي إلى القانون العام أم القانون الخاص، وعلى جميع القواعد القانونية أياً كان مصدرها أي التشريع والعرف ومبادئ الشريعة الإسلامية والدين عموماً، ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، فالأساس الذي يستند إليه هذا المبدأ يختلف في التشريع عنه في غيره من المصادر، ففي التشريع الأساسي هو افتراض إمكان العلم، وفي بقية المصادر افتراض العلم^(١١٠)، ويسرى أيضاً على التشريع أياً كان نوعه سواء أكان تشريعاً أساسياً أم عادياً أم فرعياً، وعلى جميع القواعد القانونية سواء الأمرة أم المكملية، وهذا أمر واضح ولا خلاف عليه في الفقه، بينما خلاف حدث بالنسبة للقواعد المكملية، ولكن استقر الرأي أخيراً على خضوعها للمبدأ، كما يسرى على جميع الأفراد وطنيين وأجانب غائبين أو مقيمين، كاملي الأهلية أو ناقصيها أو حتى عديمي الأهلية^(١١١)، وجميع سلطات الدولة، خاصة السلطة القضائية والسلطة التنفيذية.

وهناك جانب من الفقه يرى أن هذا المبدأ يقتصر تطبيقه على القواعد الأمرة أما الجانب الآخر من الفقه فيرى أنه يمتد أيضاً للقواعد المكملية^(١١٢)، وهو ما يستوجب دراسة نطاق تطبيق مبدأ الدفع بالجهل بالقانون التطرق إلي:

أولاً- نطاق تطبيق القاعدة القانونية من حيث الأشخاص:

١- من حيث درجة إلزام القاعدة القانونية: لقد انقسمت أنظار الفقهاء في هذا الصدد إلى فريقين: أولهما يرى قصر مبدأ الدفع بالجهل بالقانون على القواعد الأمرة التي

thématique Dernière modification.

"لا أحد يفترض أن يتجاهل القانون" قول مأثور يعني أنه من المفترض أن يعرف كل مواطن النصوص التشريعية والتنظيمية.

^(١٠٩) د. عمار بوضياف: المدخل إلى العلوم القانونية، النظرية العامة للقانون وتطبيقاتها في التشريع الجزائري، ١٩٩٩م، دار ربحانة، الجزائر، ص ١٨٨.

^(١١٠) د. أحمد عبد الكريم سلامة: علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع، ١٩٩٦م، مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة، ص ٥٦.

^(١١١) المرجع السابق، ص ٥٧، ٥٨.

^(١١٢) د. حمزة خشاب: مدخل إلى العلوم القانونية ونظرية الحق، ٢٠١٣م، دار بلقيس للنشر، الجزائر، ص ١٠٩.

لا يجوز الاتفاق على مخالفتها واستبعاد ما تقضي به، وعليه فإن مجال تطبيق هذه القاعدة لا يكون إلا حيث توجد أحكام قانونية تُعد من النظام العام، فيتعين على الناس كافة مراعاتها ولا يجوز مخالفتها والخروج عليها بدعوى أنه يجهلها، ويُفترض أن كل شخص على علم تام بهذه الأحكام، وإلا لما أمكن تطبيقها تطبيقاً منتجاً لو أفسحنا جانب العذر في ذلك^(١١٣).

فالقواعد الآمرة (الناهية) تتعلق بمصالح المجتمع الحيوية ويُمتنع على الأفراد مخالفة أحكامها وتبني أحكام غيرها فيما يُبرمونه من عقود واتفاقات، وهذه القواعد تثبت لها القوة التي لا تسمح بالاتفاق على ما يخالفها؛ لأنها تمثل إرادة المجتمع العليا في تنظيم نشاط معين على وجه خاص، فهي تتضمن أمراً أو نهياً، وهي من النظام العام كالقوانين التي تفرض الضرائب، أو التي تنهى عن القتل والسرقة وغيرها من الجرائم الجزائية، أو التي تقرر حداً أقصى لسعر الفوائد الاتفاقية، أو ترسم شكلاً معيناً تصب فيه بعض أنواع العقود^(١١٤).

وثانيهما يرى امتداد مبدأ الدفع بالجهل بالقانون إلى القواعد المكملة والآمرة على حد سواء دون التمييز بينهما وذلك لاعتبارين: أولهما أن القواعد المكملة قواعد قانونية يتوافر فيها عنصر الجزاء والالتزام وتتساوى في ذلك مع القواعد الآمرة، لذا يُمتنع الدفع بجهلها شأنها في ذلك شأن القواعد الآمرة، وإلا أدى ذلك إلى إهدار قوتها الملزمة. كما أن إباحة الدفع بالجهل بالقواعد المكملة لا يستقيم مع طبيعتها من كونها لا تنطبق إلا في حالة سكوت المتعاقدين عن استبعادها، وإلا أدى ذلك إلى نتيجة غير مقبولة تتمثل في فراغ وما وجدت هذه القواعد إلا لسده؛ ذلك أنه في هذه الحالة لا توجد إرادة للمتعاقد من ناحية، ويمنع تطبيق القواعد المكملة من ناحية أخرى^(١١٥).

أما القواعد القانونية التكميلية أو المفسرة فهي قواعد معلنة لا يتأثر مصالح المجتمع الحيوية بعدم تطبيقها، ولذا يسمح للأفراد بالألا يتقيدوا بأحكامها وتبني أحكاماً غيرها متى أرادوا في عقودهم واتفاقاتهم، وهذه القواعد لا تُمثل إرادة المجتمع العليا، بل تُمثل إرادة

^(١١٣) د. خالد الزغبى، د. منزر الفضل: المدخل إلى علم القانون، ١٩٩٨م، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ص ٢١٥.

^(١١٤) د. محمد حسين منصور: المدخل إلى القانون - القاعدة القانونية، ٢٠١٠م، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ص ١٣٥.

^(١١٥) د. خالد الزغبى، د. منزر الفضل: المدخل إلى علم القانون، مرجع سابق، ص ٢١٥.

المتعاقدين المفترضة؛ لأنها تتعلق بالنشاط الحر للأفراد، ذلك النشاط الذي يملك الأفراد تنظيمه بإرادتهم ولا يخضعون فيه لسلطان القانون، والذي ما تناوله القانون بالتنظيم إلا لكي يقوم في ذلك مقام إرادة المتعاقدين في تنظيمه.

فالقانون يفرض أن المتعاقدين اتجهت إرادتهما إلى تنظيم علاقتهما على وجه معين، وهو- في الغالب- الوجه الذي جرى عليه التعامل بين الناس؛ فإذا وجد اتفاق بين الطرفين يضمن إرادتهما الحقيقية يبيت هو الأولى بالاتباع من القاعدة العامة التي تمثل إرادتهما المفترضة، أما إذا لم يستعمل المتعاقدان سلطان إرادتهما ولم يتفقا على الحكم الذي يجب اتباعه في علاقتهما؛ قامت القاعدة القانونية التي تُعبر عن إرادتهما المفترضة مقام إرادتهما الحقيقية وصارت واجبة التطبيق عليهما، وكذلك الحال إذا استعمل المتعاقدان سلطان إرادتهما، ولكن جاء اتفاقهما غامضاً يحتاج إلى تفسير أو ناقصاً يحتاج إلى تكملة، فيرجع في تفسيره أو في تكملة إلى القاعدة التي تُمثل الإرادة المفترضة. ، ولذلك لا يُسمى هذا النوع من القواعد قواعد مقررة فحسب، بل يُسمى قواعد مكملة أو مفسرة لإرادة المتعاقدين^(١١٦).

والواقع أنه ليس ثمة ما يُبرر التمييز في هذا الصدد بين القواعد الآمرة من جهة، والقواعد المفسرة أو المكملة من جهة أخرى، وليس ثمة ما يسوغ عدم تطبيق هذا المبدأ على القواعد المفسرة أو المكملة مادامت صفة الالتزام متوافرة في هذه القواعد كتوافرها في القواعد الآمرة؛ فالعلمُ بها يكون واجباً لا يمكن التحلل منه بالنسبة إليها جميعاً من دون تفریق، وما دامت القواعد المفسرة أو المكملة لا تُطبق إلا في حالة سكوت المتعاقدين عن مخالفتها، لأنه بهذا السكوت يتحقق شرط انطباقها في حقهما، وقد قيل- وبحق- أنه لو جاز الاحتجاج بجهل القواعد المفسرة أو المكملة لما وجدت هذه القواعد مجالاً كبيراً للتطبيق، مادامت لا تُطبق إلا عند سكوت المتعاقدين عن مخالفتها، فيستطيع من له مصلحة منهما في عدم تطبيقها أن يدفع بجهله بأحكامها ويُفسر السكوت على هذا الأساس، وعند ذلك يكون هناك فراغٌ في العلاقة بين المتعاقدين؛ إذ لا توجد إرادة للمتعاقدين من ناحية، ويمتنع تطبيق القواعد المفسرة أو المكملة بدعوى جهلها من ناحية أخرى.

(١١٦) د. محمد حسين منصور: المدخل إلى القانون- القاعدة القانونية، مرجع سابق، ص ١٣٦، ١٣٧.

وقد وُضعت القواعد المكتملة على وجه الخصوص لسد الفراغ الناشئ عن سكوت المتعاقدين عن الاتفاق على مخالفة لها؛ فهذا السكوت يجعل القواعد المكتملة واجبة الاتباع من دون أن يكون لأي متعاقد الحق في الاحتجاج بجهلها^(١١٧).

٢- من حيث موضوع القاعدة القانونية: يشمل المبدأ مجموع قواعد القانون العام والخاص؛ فلا يجوز مثلاً في المجال المالي أن يدعي شخص بأنه لا علم له بأن النشاط الذي يمارسه لا يخضع لضريبة معينة أو رسم، وكذلك الحال بالنسبة للموظف لا يجوز له أن يحتج بعدم علمه بأحد واجباته الوظيفية مثلاً، ويسري المبدأ أيضاً على مجموع فروع القانون الخاص لأنه أحد المبادئ الجوهرية في علم القانون ككل^(١١٨).

ثانياً- نطاق تطبيق القاعدة القانونية من حيث المكان:

لمعرفة نطاق تطبيق القاعدة القانونية من حيث المكان لا بد من التمييز بين فرضين: أولهما أن تكون الدولة المعنية منطويةً ومنعزلةً على نفسها ولا يُقيم مواطنوها خارجها ولا يُقيم أي أجنبي فيها، ففي هذه الحالة فإن قانون الدولة هو الذي يسري دون أن ينازعا في سريانه قانون دولة أخرى، وهذه مستحيلة التحقق، ثانيهما أن تكون الدولة متحضرةً، حيث إن العالم يعتمد في تعايشه السلمي على انتقال الأشخاص والأموال فيما بين الدول الشيء الذي يترتب عليه استقرار الكثير من الأفراد فوق تراب دولة لا يحملون جنسيتها وذلك إما للعمل بها أو لممارسة التجارة أو للدراسة أو لقضاء مهام دبلوماسية، ومن هذا المنطلق هل يسري قانون الدولة في كل إقليم بحيث يكون له مطلق السلطان في حق الوطنيين والأجانب المقيمين في هذا الإقليم على السواء أم يقتصر سريانه على الوطنيين وحدهم؟ ثم إنه إذا كان قانون الدولة يُطبق على رعاياها فقط، حيث يوجد مبدآن أساسيان هما مبدأ إقليمية القوانين ومبدأ شخصية القوانين^(١١٩).

(١١٧) د. عبدالرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، دار إحياء التراث العربي، لبنان، ص ١٢٩٦.

(١١٨) د. عمار بوضياف، المدخل إلى العلوم القانونية، النظرية العامة للقانون وتطبيقاتها في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص ١٨.

(١١٩) د. اسماعيل عبد النبي شاهين: المدخل لدراسة العلوم القانونية، ٢٠١٢م، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، ص ١٤٧.

مبدأ إقليمية القوانين: ويُقصد به سريان القاعدة القانونية على كل ما يقع داخل الإقليم من وقائع وتصرفات، وعلى كل الأشخاص الموجودين فيه بغض النظر عن جنسياتهم أي سواء أكانوا من مواطني الدولة أم من الأجانب، ويترتب على ذلك أن القاعدة القانونية لا تسري على ما يقع خارج حدود الإقليم، حتى ولو كان الأمر يتعلق برعايا هذا الإقليم^(١٢٠).

وقديماً كان مبدأ سيادة الدولة يأخذ بمبدأ إقليمية القوانين، ولكن هذه السيادة كانت تتعرض لانتقاص نتيجة وجود أشخاص يحملون جنسية هذه الدولة ولا يخضعون لقانونها، وهؤلاء الأشخاص وجدوا أنفسهم تحت وطأة هذا المبدأ لا يحملون جنسية البلد الذي يُقيمون فيه ويخضعون لقوانين غريبة عنهم، وعلى الخصوص تلك التي تتعلق بقوانين الأحوال الشخصية التي لها علاقة كبيرة بشخص الإنسان وأهليته والتي قد تكون مبنية على اعتبارات دينية، وهو ما أدى بدوره إلى ظهور مبدأ جديد هو مبدأ شخصية القوانين، إلى جانب المبدأ الأصيل وهو إقليمية القوانين^(١٢١).

مبدأ شخصية القوانين: ويُقصد به سريان القاعدة القانونية على جميع مواطني الدولة سواء أكانوا قاطنين بذات الدولة أم بدولة أجنبية عنها، وكنتيجة حتمية لهذا المبدأ فإن القاعدة القانونية لا تسري على الأجانب حتى ولو كانوا مقيمين فوق تراب الدولة مُصدرة القاعدة القانونية^(١٢٢). ولكن ظهرت إقليمية حديثة عُرفت بالإقليمية المرنة التي تفسح المجال لبعض الاستثناءات المستمدة من مبدأ شخصية القوانين، خاصة في نطاق الأسرة والأحوال الشخصية، ومن هذه الاستثناءات ما يلي:

الاستثناء الأول: ومرتبط بالحقوق والواجبات العامة التي يُقرها الدستور للوطنين دون الأجانب كحق الانتخاب والتشريع وتقلد الوظائف العامة، أي أن القانون لا يُطبق تطبيقاً إقليمياً، بل يُطبق تطبيقاً شخصياً على كل المواطنين، وهو بذلك يلاحقهم حتى خارج حدود الدولة مُصدرة القاعدة القانونية^(١٢٣).

(١٢٠) د. رجب كريم عبده اللاه: المدخل للعلوم القانونية، ٢٠٠٤م، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ٢٣٨.

(١٢١) د. اسماعيل عبد النبي شاهين: المدخل لدراسة العلوم القانونية، مرجع سابق، ص ١٤٨.

(١٢٢) د. فريدة محبي زواوي: المدخل للعلوم القانونية (نظرية القانون)، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية ٢٠٠٠، الرغاية، الجزائر، ص ١١٦، ١١٧.

(١٢٣) د. محمد عبد الحميد ابراهيم: المدخل للعلوم القانونية- نظرية القانون، ١٩٩٥م، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، ص ٢١٩.

الاستثناء الثاني: ومتعلق بتطبيق قواعد القانون الجنائي، فإذا كان الأصل هو إقليمية هذا القانون، أي أنه يطبق على جميع الوطنيين والأجانب داخل جمهورية مصر العربية مع الاستثناءات المقررة بمقتضى القانون، فلا يمكن تطبيقه خارج حدود الإقليم المصرى حتى ولو كان المجرم مصرياً، إلا أن الصالح العام للدولة قد يقتضي الخروج عن هذا الاستثناء ومنح الدولة حق عقاب كل من ارتكب جريمة في حقها حتى ولو كان في الخارج، خاصةً إذا تعلقت تلك الجريمة بتزوير النقود أو الأوراق البنكية أو أمن الدولة بغض النظر عن جنسية مرتكب هذه الجرائم^(١٢٤).

الاستثناء الثالث: ومتعلق بالحصانة القضائية التي يقرها القانون الدولي العام لبعض الأجانب كرؤساء الدول الأجنبية والممثلين الأجبيين، وفي حدود هذه الحصانة لا يخضعون لولاية القضاء الوطني ولا يُطبق عليهم بالتالي قانون الدولة المضيفة^(١٢٥).

الاستثناء الرابع: ومتعلق بالحالة التي يتعين معها تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص؛ إذ يقتضي تطبيق هذه القاعدة أمرين اثنين: **أولهما** سريان قانون أجنبي داخل مصر (زوجين فرنسيين حالة نشوب نزاع يرجع القاضي إلى قانونهما الشخصي الفرنسي)، **وثانيهما** سريان القانون المصرى داخل إقليم أجنبي (نزاع بين زوجين مصريين يرجع القاضي الفرنسي إلى قانون أحوال الشخصية مدونة الأسرة المصرية)^(١٢٦).

ثالثاً- نطاق تطبيق القانون من حيث الزمان:

عندما توضع القاعدة القانونية وتستوفي شروطها فإنها تُصبح نافذة المفعول، ولكن قد تعترضها عوارض تؤدي إلى إلغائها وإنشاء أو إحلال قانون جديد محلها، وهذا الوضع ينتج عنه تنازع بين القاعدتين فيما يخص الأوضاع القانونية التي ابتدأت في ظل القاعدة القانونية القديمة وبقيت مستمرة في ظل القاعدة القانونية الجديدة، وهو الذي يُشكل جوهر تنازع القوانين والذي ينبغي لحله معرفة الحد الفاصل بين القانون القديم والقانون الجديد.

إلغاء القوانين: إن الإلغاء يكون في حق القواعد القانونية كلها، وهو إما أن يكون صريحاً أو ضمناً؛ فالقاعدة التشريعية لا تلغى إلا قاعدة تشريعية مثلها، فالتشريع

^(١٢٤) د. توفيق حسن فرج: المدخل للعلوم القانونية، ١٩٩٣م، الدار الجامعية للنشر، بيروت، ص ٣٧٦.

^(١٢٥) د. محمد عبد الحميد ابراهيم: المدخل للعلوم القانونية- نظرية القانون، مرجع سابق، ص ٢٢٠.

^(١٢٦) د. محمد حسين منصور: المدخل إلي القانون- القاعدة القانونية، مرجع سابق، ص ٢٨٥، ٢٨٦.

العادي لا يُلغى إلا بتشريع عادي أو أساسي، والتشريع الفرعي يلغيه بالطبع تشريع الفرعي كما يلغيه التشريع العادي أو الأساسي، فالإلغاء الصريح وهو صدور قانون جديد يلغي القانون القديم، أما الإلغاء الضمني فيتمثل في صورة تعارض نص جديد مع نص قديم.

تنازع القوانين من حيث الزمان: هب أن شخصاً أوصى في حدود الثلث، ثم صدر قانون جديد يقضي بالحد الأعلى للوصية هو ربع الوصية، وعلى الرغم من أن الوصية نشأت في ظل القانون القديم ولكن لم يترتب على هذه الواقعة كل آثارها القانونية وهي وفاة الموصي واكتساب الموصى له للثالث الموصى به، فهل يسري القانون الجديد أو القديم؟ إذا كانت الوفاة في ظل القانون القديم وقبل صدور القانون الجديد يتم تطبيق القانون القديم؛ حيث إن تاريخ الوفاة هو المُحدد في الرجوع لتطبيق القانون القديم أو الجديد^(١٢٧).

المطلب الثالث

الجهل بالقانون الواجب التطبيق عقبة أمام عدالة الأحكام

تُعرف القاعدة القانونية هي مجموعة القواعد التي تضعها السلطة التشريعية بهدف تنظيم أمر معين وتطبيق في بلد معين وفي زمن معين وتكون في صورة مكتوبة تنظم سلوك الأفراد وعلاقتهم على وجهٍ ملزم، وتتميز هذه القاعدة القانونية بعدة خصائص: فهي قاعدة عامة ومجردة؛ حيث إنها موجهة إلى الأشخاص بصفاتهم وليس بذواتهم، كما أنها قاعدة أمر ونهي لأنها تتوجب ذلك تحقيقاً للمصالح العامة وكذا المصالح الخاصة للأفراد، ويترتب على عدم احترام وتطبيق القاعدة القانونية جزاءات تُوقع على كل مخالفٍ لها^(١٢٨).

وتُعرف أيضاً بأنها القرارات والأحكام التي تُتخذ بناء على نصوص القوانين^(١٢٩)، ولقد شكل الجهل بالقانون أحد العقبات القانونية التي تقف أمام عدالة الأحكام التي يصدرها القضاء في عصرنا الحديث وتباينت الآراء في تقييم هذا العذر وفي تقدير العقوبة الواجب تطبيقها سواء الآراء التي تستند إلى الناحية القانونية أو الناحية الإنسانية؛ فنجد فريقاً يتبنى الناحية القانونية الواردة في القانون الفرنسي وأن الشخص

(١٢٧) د. عمر السيد أحمد عبد الله: نطاق تطبيق القانون من حيث الزمان، ١٩٩٥م، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ٩٣.

(١٢٨) د. عمرو محمد التهامي عبد العزيز: فاعلية القانون والاعتذار بالجهل بين القانون والشريعة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين شمس، ٢٠١٣م، ص ٣٤.

(١٢٩) <https://dictionnaire.reverso.net/francais-definition/bases+juridiques>

الذي يُبرر أنه لم يكن ليقبل علي أداء تصرف غير قانوني لو كان لديه معرفة مسبقة يُعد غير مسئول جزائياً^(١٣٠).

وهناك من يرى وجوب إعفاء الجاني من العقاب لأن الخطأ الذي ارتكبه لا يُعد تعدياً علي القانون لعدم على السعي إلي الإلزام بالقانون واحترامه، كما أن عدم وجود عقاب قد يُشجع الأفراد علي تجاوز القانون والدفع بجهلهم به؛ حيث إن قياس جهل أو عدم جهل الفرد بالقانون يُشكل تحدياً أمام القضاء لعدم وجود معيار لقياسه والتأكد منه. كما لم تلق فكرة الدفع بالجهل بأحكام القانون الأجنبي الواجب التطبيق إجماعاً من الفقه، فهي تؤدي إلي هدم قواعد تنازع القوانين، وتُقر بالجهل بأحكام القانون الأجنبي، وهو ما يتعارض مع فلسفة وجود القانون الدولي الخا، وتُساعد ناقصي الأهلية الاجانب على التخلص والإفلات من حكم القانون الذي يحكم أهليتهم، وبالتالي فيمكنهم عقد صفقات تجارية في دولةٍ أخر، فضلاً عن ذلك فإنها تؤدي إلي عدم المساواة في التعامل مع الوطنيين أسوةً بالأجانب والترفقة فيما بينهم^(١٣١).

ومما لا شك فيه أن الجهل بالقوانين يوقع أفراد المجتمع في مشكلاتٍ جسيمةٍ وأخطاءٍ جمّةٍ هم في غنى عنها لو كلف كل شخص نفسه عناء البحث والاطلاع على التشريعات والقوانين الخاصة بالبلد الذي يُقيم فيه، فهي تتعلق بكل أنشطة حياتنا اليومية ومختلف تحركاتنا وعلاقاتنا الاجتماعية والتجارية والمدنية وغيرها، لذلك صدق القائل: أن قطرة من بحر القانون تحمي من الغرق في كثير من المشكلات والجرائم.

ويري جانبٌ من الفقه الفرنسي أن القول المأثور (لا يفترض بأحد أن يتجاهل القانون) يعني أنه من المفترض أن يعرف كل مواطن جميع النصوص التشريعية والتنظيمية (المراسيم والتعاميم وغيرها) الموجودة في النظام القانوني الفرنسي، و لا أحد

(130) (article 122-3 du code pénal français):

"N'est pas pénalement responsable la personne qui justifie avoir cru, par une erreur sur le droit qu'elle n'était pas en mesure d'éviter, pouvoir légitimement accomplir l'acte".

"الشخص الذي يُبرر أنه يعتقد نتيجة خطأ في القانون (جهله بالقانون) لم يكن قادراً على تجنبه، أن يكون قادراً على أداء الفعل بشكل شرعي لا يتحمل المسؤولية الجنائية".

<https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGIARTI000006417215/1994-03-01/>.

(١٣١) د. خير الدين كاظم عبيد: الدفع بعدم العلم بأحكام القانون الأجنبي الواجب التطبيق، بحث منشور بمجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية تصدر عن كلية القانون بجامعة بابل بالعراق، العدد الأول، المجلد ٣، ٢٠١١م، ص ١٠٣.

يستطيع معرفة كل القوانين، ولكن في الوقت نفسه فإن هذا الخيال الواضح ضروري للغاية؛ حيث إنه إذا لم يكن هذا الخيال موجوداً، فسيكون كافياً لأي شخص يُحاكم على أساس قانوني أن يتذرع بجهله بنص القانون الذي يدينه للهروب من أي عقوبة متذرعاً بكونه من بلدٍ آخر غير الذي وقع به الفعل الموجب للعقاب قانوناً، ونحن ندرك أن القواعد ستفقد فاعليتها بالكامل في مواجهة السهولة التي يُمكننا بها التهرب من تطبيقها⁽¹³²⁾، ومع ذلك فكثيراً ما يُستخدم هذا التبرير اليوم للتعبير عن الأسف لغياب اليقين القانوني الذي يُواجهه المواطنون لأسبابٍ متعددةٍ كوجود القواعد المنصوص عليها في السوابق القضائية التي يصعب الوصول إليها والتي لا تكون قراءتها واضحة للمبتدئين.

وحرى بنا أن نرّمز أن الوعي بالقوانين ضرورة في الحياة، لاسيما في ظل تشابك الأمور المعيشية وتعقد المصالح والأحوال، وأن القاعدة القانونية ملزمة لكل الناس، أي أنها واجبة الاتباع لكي يُحترم القانون، لأن القانون خُلق لكي يُحترم، أما ما نحن بصدده من مفهوم مبدأ عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون، فذلك معناه أنه لا يجوز لأحد أياً كان أن يقول "إنني أجهل القانون ولا أعلم به"، فالعلم بالقانون واجبٌ لا يحتاج إلى دليلٍ عليه، ويُقال "لا يُعذر المرء بجهله القانون لأن العلم به مفترضٌ، ولا ضوابط لذلك، وأياً كان الأمر فإن المبدأ يسري في حق جميع الناس، ولا يُعذر أحد لجهله بالقانون أياً كانت الظروف المحيطة به، فلا يصح للشخص الاحتجاج بعدم العلم بأحكام القانون لمرضه أو لغيابه خارج البلد أثناء صدور القانون أو تمام تكوين القاعدة القانونية أو لكونه من بلدٍ آخر غير الذي به محل النزاع، كما لا يصح له أن يحتج بعدم علمه لجهله القراءة أو أنه من بلدٍ آخر ولا يُجيد لغة البلد التي يطبق عليه القانون فيها التي بها محل غير ذلك⁽¹³³⁾.

وفي المقابل فإن العلم بالقانون ومعرفته يجب ألا يسمح بالخداع؛ فمعرفة القانون ليست بالأمر الهين لأنه ليس فريداً، فهناك العديد من القوانين التي غالباً ما تكون متغيرة الهندسة بمرور الوقت ويمكن أن تتعارض مع بعضها البعض، وما تم اعتماده بالأمس قد لا يكون كذلك اليوم، أو العكس، حتى المتخصصون في مجال القانون يعرفون ذلك بشكلٍ جزئي، فالقوانين يتعين أن تكون بسيطةً وأكثر قابلية للفهم وعدلاً حتى لا يتجاهلها

⁽¹³²⁾ Que signifie "nul n'est censé ignorer la loi"? Par La Rédaction <https://www.vie-publique.fr/>.

⁽¹³³⁾ د. أحمد شوقي محمد عبد الرحمن: المدخل للعلوم القانونية (النظرية العامة للقانون)، ٢٠٠٥م،

منشأة المعارف، الإسكندرية، ص ٢٨.

أحد ولا يقع على خطأ بسبب هذا الجهل، وعلى النقيض من ذلك، غالباً ما يستخدم الأشخاص الأكثر معرفة بالقانون معرفتهم بالقانون للالتفاف عليه والقيام بشيءٍ مستهجنٍ إلى حد ما دون الوقوع في فخ استغلال الثغرات في القانون، فعلي سبيل المثال ينص قانون القضاء البلجيكي على التزام كل طرف، وحتى الأطراف الثالثة بالتعاون بإخلاصٍ في إظهار الحقيقة^(١٣٤)، كما أنه لا يمكن الآن لأي خصم أن يتراجع إلى الصمت والامتناع عن إظهار الحقائق مستغلاً درايته بقانون دولته، على أساس أن عبء الإثبات يقع على خصمه، إذا كان لديه دليلٌ ويجعله خصمه (الذي قد يكون طرف محلي أو أجنبي غير ملم أو ليس علي دراية كاملة) بالمادتان ٨٧١ و ٨٧٧ التي تعطيه الحق في أن يُظهر خصمه الأدلة التي لديه^(١٣٥).

(١٣٤) انظر المادتان ٨٧١، ٨٧٧ من قانون القضاء البلجيكي:

مادة ٨٧١ تنص على "الأطراف ومحاميهم أو غيرهم من الممثلين والقضاة والموظفين القضائيين والشهود والخبراء وأي شخص آخر علم بسرٍ تجاري من خلال مشاركتهم في الإجراءات القانونية أو من خلال وصولهم إلى المستندات التي تشكل جزءاً من هذه الإجراءات أو سرٍ تجاري مزعومٍ بالمعنى المقصود في المادة ٨٧١، من القانون الاقتصادي الذي حددته المحكمة، بناءً على طلبٍ مُسببٍ من طرفٍ معني أو بمبادرةٍ منها، على أنه سري، عدم استخدام أو الكشف عن هذا السر التجاري أو الأسرار التجارية المزعومة".

"De partijen, hun advocaten of andere vertegenwoordigers, magistraten en gerechtelijk personeel, getuigen, deskundigen en alle andere personen die door hun deelname aan een gerechtelijke procedure, of door hun toegang tot de documenten die deel uitmaken van deze procedure, kennis hebben gekregen van een bedrijfsgeheim of een vermeend bedrijfsgeheim in de zin van artikel I. 17/1, 1°, van het Wetboek van economisch recht, dat de rechter, op een met redenen omkleed verzoek van een belanghebbende partij of op eigen initiatief, als betrouwbaar heeft aangemerkt, mogen dit bedrijfsgeheim of vermeende bedrijfsgeheim niet gebruiken of openbaar maken".

وتنص المادة ٨٧٧ على أنه "في حالة وجود افتراضاتٍ قويةٍ ومحددةٍ ومتسقةٍ بأن طرفاً أو طرفاً ثالثاً يمتلك مستنداً يُثبت حقيقة ذات صلة، يجوز للمحكمة أن تأمر بأن تكون الوثيقة أو نسخة مصدقة منها ضمن ملف مرفق مع الدعوى القضائية".

Art. 877 "Wanneer er gewichtige, bepaalde en met elkaar overeenstemmende vermoedens bestaan dat een partij of een derde een stuk onder zich heeft dat het bewijs inhoudt van een ter zake dienend feit, kan de rechter bevelen dat het stuk of een eensluidend verklaard afschrift ervan bij het dossier van de rechtspleging wordt gevoegd".

(135) Cf. Rapport Van Reepinghen, p. 329.

المطلب الرابع الاستثناءات الواردة على مبدأ عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون في القانون المدني

باعتبار أن مبدأ الدفع بالجهل بالقانون مبدأً أساسياً تقتضيه روح العدالة ويفرضه مبدأ المساواة أمام القانون، إلا أنه لا يمكن تطبيقه على إطلاقه، بل ترد عليه بعض الاستثناءات منها ما يتعلق بالقوة القاهرة والغلط في القانون، ومنها ما يتعلق بإمكانية الدفع بالمسؤولية الجنائية بسبب الجهل بقوانين غير جنائية.

وهناك استثناء حقيقي مسلم به من جميع الفقه، وهو حالة القوة القاهرة؛ حيث يجوز الاعتذار بجهل القانون في حالة استحالة علم الأفراد بالقانون بالوسيلة المخصصة لذلك، أى عن طريق الإطلاع على الجريدة الرسمية، وتتحقق هذه الاستحالة بفعل قوة قاهرة تحول دون وصول الجريدة إلى بعض مناطق الدولة، وذلك كالحروب أو الزلازل أو الفيضانات أو العصيان المدني، بحيث تُعزل هذه المنطقة نهائياً ويستحيل الوصول إليها، ففي هذه الحالة لا يُؤخذ سكان هذه المنطقة بحكم القانون، ذلك أنهم يؤخذون به تأسيساً على قرينة العلم، فإذا استحال هذا العلم فإنه يُقبل منهم هذا الاعتذار، وذلك بالنسبة للمدة التي حدث العزل فيها، وبحيث يُؤخذون بأحكام القانون بمجرد عودة الاتصال^(١٣٦)، وواضح أن هذا الاستثناء يقوم بالنسبة للتشريع فقط، أما بالنسبة لبقية مصادر القانون فإن هذا الاستثناء لا يقوم، ولعل السبب في هذه التفرقة بين التشريع وبقية المصادر، هو اختلاف الأساس الذي يبني عليه المبدأ في التشريع عنه في بقية مصادر القانون الأخرى كما سبق وأن قلنا؛ ففي التشريع أساس المبدأ افتراض إمكانية العلم بالقانون، فإذا لم يُمكن هذا العلم، أى إذا استحال العلم لقوة قاهرة، فلا يطبق المبدأ،

(١٣٦) وقد قضت محكمة النقض بأن أى ظرف لا يرقى إلى مرتبة القوة القاهرة ولا يقوم مبرراً للاعتذار بجهل القانون، ففي حكم لها بتاريخ ١٨ أبريل سنة ١٩٦٥م قررت أنه "إذا كان الحكم المطعون فيه قد استند في قبول اعتذار المطعون ضده بجهله بنص المادة ٢٥ من قانون المحاماة (الذي يرجى توقيع محام على صحف الدعاوى) إلى ما قرره الطاعنة في مذكرتها من أن المدة التي مضت بين تنفيذ القانون وبين إعلانها بصحيفة الدعوى لم تكن كافية ليعلم المطعون ضده بالجهل بالنص المذكور" - انظر مجموعة أحكام النقض، س ١٦، رقم ٧٧، ص ٤٧٦ - مشار إليه د. سليمان مرقس: مرجع سابق، ص ٢٠١، هامش رقم ٦٩.

بينما فى بقية مصادر القانون فإن أساس المبدأ هو افتراض العلم ذاته بالقانون، وما دام المفترض هو العلم فى حد ذاته، فإنه لا يمكن إثبات هذا الافتراض^(١٣٧).

وقد قضت محكمة النقض بأنه يُعد من قبيل القوة القاهرة التى تُجيز الاعتذار بجهل القانون تأخر توزيع الجريدة الرسمية ستة أيام عن التاريخ المطبوع عليها^(١٣٨)، كما قضت بأنه لا يُعد من قبيل القوة القاهرة فى هذا الصدد قصر المدة المتاحة ما بين نفاذ القانون وتطبيقه على الشخص، ولا إقامة الشخص خارج البلاد طوال المدة التى حددها القانون لتقديم طلب الحصول على المعاش، ولا عدم قيام الجهة الإدارية- جرياً على سنة اتبعتها- بسؤال موظفيها عن رغبتهم فى الانتفاع بأحكام القانون^(١٣٩).

وعلى الرغم من كون هذا المبدأ من المبادئ العامة للقانون، إلا أنه ليس على إطلاقه، بل ترد عليه استثناءات، ولما كانت المبالغة فى أمر ما تؤدى إلى الجور فيه فإن المبالغة فى هذا المبدأ قد تؤدى إلى الظلم؛ لأن هناك اعتبارات تُبرر جواز الاعتذار بالجهل بالقانون، إضافةً إلى اعتبارات النظام العام والصالح العام التى تبرر عدم جواز الاعتذار، ولا يُغنى قول البعض بأن وجود استثناءات على هذا المبدأ من شأنه العسف بالقاعدة الأصلية، ولكنها فى الحقيقة تؤكد وتثبتها بواسطة توظيفها فى مكانها المعقول وحدودها الطبيعية مع الأخذ فى الاعتبار اعتبارات الصالح العام والاعتبارات الأخرى المماثلة^(١٤٠)، وتتمثل هذه الاستثناءات فى:

أولاً- استحالة العلم بالقانون:

أى تحقق عدم العلم فى حق المخاطبين بأحكام هذا القانون، ولعل الحكمة من وراء تقرير هذا الاستثناء هو أنه طالما أن العمل بأى تشريع يتوقف على نشره بالجريدة الرسمية فتصبح إمكانية العلم به ضرورةً ملزمةً، ولكن لو تعذر العلم به نهائياً فيكون بذلك النشر قد فقد أثره ولم يبلغ نتيجته كالمناطق المعزولة نهائياً، ولكن يرى البعض أن

(١٣٧) نقض مدنى ٢٤ يونيه ١٩٥٨م، مجموعة أحكام النقض، س ٩، رقم ١١، ص ٦٣٩، المحاماة، س ٣٩ رقم ٢٦٤، ص ٤١٧١.

(١٣٨) نقض ١٨ أبريل ١٩٦٥م- السابق.

(١٣٩) حكم محكمة القضاء الإدارى فى ٢٨ مايو ١٩٥٣م، مجموعة أحكام المحكمة، رقم ٦٩٨، ص ١٣٤١.

(١٤٠) د. سمير عبد السيد تناغو: النظرية العامة للقانون، مرجع سابق، ص ٦٠٩.

هذا الاستثناء يسرى فقط على القواعد القانونية التي يكون مصدرها التشريع دون تلك التي يكون مصدرها الفقه والعرف والشريعة الإسلامية؛ فالأول فقط هو الذي يصلح محلاً للنشر في الجريدة الرسمية، أما الفقه والشريعة والعرف وغيرها فموثقة في كتب الفقهاء والعلماء وفي سلوكيات وضمائر أفراد المجتمع ولا يكون للظروف الاستثنائية أى تأثير عليها لأن الذي يعتذر بجهل العرف مثلاً يفترض أن يكون قد عايش استمرار المجتمع على اتباع هذا العرف^(١٤١).

ويجد هذا الاستثناء تطبيقه في حالة تعذر وصول الجريدة الرسمية لوجود قوة قاهرة^(١٤٢) أدت إلى عزل إقليم من إقاليم الدولة وحالت دون وصول الجريدة الرسمية إليه كالثورة والحرب أو الكوارث الطبيعية، أو في حال ما إذا كانت الجريدة الرسمية لم تعد للتوزيع إلا بعد فترة من التاريخ الذي تحمله وفي هذه الحالة يستحيل العلم بالقانون المنشور في تاريخ نشره، ولكن القرارات الإدارية التنظيمية "اللوائح" تنفذ في حق الجهة التي أصدرتها من تاريخ صدورها لافتراض علمها بها ولا يجوز لها التمسك بعدم نفاذها في مواجهتها إلا بنشرها^(١٤٣)، وكذلك حالة سكان إقليم احتله العدو إذا خالف بعضهم قوانين عمل بها أثناء الاحتلال ولم يكن في وسعهم العلم بها^(١٤٤)؛ ذلك أن الصعوبة-

(١٤١) د. عبد القادر الفار: المدخل لدراسة العلوم القانونية، ٢٠٠٤م، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ص ١٠٥.

(١٤٢) انظر نقض ٨ أبريل سنة ١٩٦٥م، مجموعة أحكام محكمة النقض، س ١٦، رقم ٧٧، ص ٤٧٦.

(١٤٣) وقد قررت محكمة النقض المصرية أن مبدأ افتراض العلم بالقانون من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية مرهونٌ بعدم قيام أسباب تحول حتماً دون قيام هذا العلم وأنه يشترط لقبول الاعتذار بالجهل بحكم من أحكام القانون غير قانون العقوبات أن يُقيم من يدعى هذا الجهل الدليل على أنه تحرى تحرياً كافياً وأن اعتقاده الذي اعتقده بأنه يُباشر عملاً مشروعاً كانت له أسبابه المعقولة- انظر الحكم الصادر من محكمة النقض في الطعن رقم ٤٨٧٧ لسنة ٥١ قضائية بجلسة العاشر من مارس ١٩٨٢م- مشار إليه د. عمرو محمد التهامي: "فاعلية القانون والاعتذار بالجهل بين القانون والشريعة"، مرجع سابق، ص ٥٠٤.

(١٤٤) ولكن يرى البعض أن هذه الحالة لا تمثل إستثناءً على المبدأ، ولكنها تطبيق له؛ إذ أن عدم علم المواطنين بالقوانين في إقليم احتله العدو والتي صدرت أثناء الاحتلال إنما يرجع إلى عدم استطاعة الاحتجاج تجاههم بنشرها، ذلك النشر به وحده تنهض قرينة افتراض علمهم بتلك القوانين، وليس إلى

مهما كان مقدارها- إذا عاقت سبيل العلم بالقانون لا تهدم الافتراض، ويستندون في تقرير هذا الاستثناء إلى قاعدة أن "الشارع لا يكلف بمستحيل"؛ فالقانون لا يتضمن غير قواعد يمكن اتباعها فإذا افترض المشرع العلم بالقانون فهو يفترض كذلك إمكان هذا العلم، فإن انتفى الإمكان لم يعد للافتراض ما يُبرره^(١٤٥).

وفى حكم لمحكمة النقض المصرية افترضت فيه علم الكافة بالقانون رقم ٢٦٤ لسنة ١٩٥٣م بتعديل بعض مواد قانون المرافعات والمدرج في الجريدة الرسمية في تاريخ صدوره في ٢٨ مايو ١٩٥٣م، وأن ذلك الافتراض مرهونٌ بعدم قيام أسباب تحول دون قيام هذا الافتراض، فدفع المُستأنف بأنه قد استحال عليه العلم بذلك القانون حتى تاريخ تقديمه صحيفة الإستئناف لقلم الكتاب بمقولة أن الجريدة الرسمية التي نشر فيها ذلك القانون لم تُوزع إلا بعد تاريخ تقديمه الصحيفة^(١٤٦).

ثانياً- وجود نص قانوني:

إذا كان هناك نصّ قانوني يدعو إلى قبول العذر ممن يدعى الجهل بالقانون فإنه يجب تفعيل هذا النص والعمل به وتعطيل العمل بمبدأ عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون، ومثال ذلك ما نص عليه قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩م المعدل في مادته ٣٧ والتي نصت على أنه "١- ليس لأحد أن يحتج بجهله بأحكام هذا القانون أو أى قانون عقابي آخر ما لم يكن قد تعذر علمه بالقانون الذى يعاقب على الجريمة بسبب قوة قاهرة. ٢- للمحكمة أن تعفو من العقاب الأجنبي الذى يرتكب جريمة خلال سبعة أيام على الأكثر من تاريخ قدومه إلى العراق إذا ثبت جهله بالقانون، وكان قانون محل إقامته لا يُعاقب عليه"، واستثنى بذلك المشرع العراقي من قاعدة عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون الاجنبى (أى الذى لا يحمل الجنسية العراقية وكل شخص أجنبى أو عربى معلوم الجنسية أو عديمها) لجهله بالتشريعات العراقية، ولا يشمل النص العراقي الوطنى حتى ولو كان مُقيماً فى بلد أجنبى ومولوداً بها؛ لأن الوطنى ينبغى أن يكون على اتصالٍ ووصالٍ دائمٍ مع وطنه ومتابعة ما يصدر عنها من قوانين طالما

استحالة العلم بها استحالةً مطلقةً- انظر م. محمد وجدى عبد الصمد: الاعتذار بالجهل بالقانون، مرجع سابق، ص ٩٧٨، بند ٧٨٩، هامش ٢.

^(١٤٥) م د. محمد وجدى عبد الصمد: المرجع السابق، ص ٩٧٨، بند ٧٨٩.

^(١٤٦) انظر الطعن رقم ٢٥٦ لسنة ٢٤ قضائية بجلسته ٢٤ يونيه ١٩٥٨م، س ٩، ص ٦٣٩.

يتمتع بجنسيتها الوطنية، ويخالفه في ذلك قانون العقوبات الأردني رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠م في مادته ٨٥، والتي نصت على أنه "لا يُعتبر جهل القانون عذراً لمن يرتكب أي جرم"، والذي لم يعترف بمبدأ إعفاء الأجنبي القادم إلى الأردن من الخضوع للقانون عن طريق التذرع بالجهل به لعدم وجود المانع من الاطلاع على القوانين الأردنية قبل وأثناء وبعد قدوم أي أجنبي إلى المملكة الأردنية^(١٤٧).

كما نص قانون العقوبات اللبناني في المادة ٢٢٣ منه على أنه لا يجوز الاحتجاج بجهل الشريعة الجزائية، إلا أن النص أُعتبر مانعاً من العقاب: الجهل الواقع على شريعة مدنية أو إدارية يتوقف عليها فرض عقوبة، وكذا الجهل بشريعة جديدة إذا أُتُرف الجرم خلال الثلاثة أيام التي تلت تاريخ نشرها، إضافةً إلى ذلك يُعد مانعاً من العقاب في النص المذكور جهل الأجنبي الذي قدم إلى لبنان منذ ثلاثة أيام على الأكثر بوجود جريمة مخالفة للقوانين الوضعية لا تُعاقب عليها شرائع بلاده أو شرائع البلاد التي كان مقيماً بها. وكذلك قانون العقوبات اليوغسلافي في المادة العاشرة منه والتي نصت على أنه "للمحكمة أن تخفف العقوبة على مرتكب الجريمة إذا كان يجهل، بناء على أسباب مبررة، أن القانون يُعاقب على فعله، بل وللمحكمة أن تعفيه من أية عقوبة"، ونصت المادة ٥٣ من المشروع الموحد على أنه يُعد مانعاً من العقاب امتناع علم المجرم بالقانون الذي يعاقب على جريمة لقوة قاهرة، وكذلك جهل الأجنبي الذي قدم إلى الجمهورية منذ ثلاثة أيام على الأكثر بوجود جريمة مخالفة للقوانين الوضعية لا تعاقب عليها قوانين بلده أو قوانين البلد الذي استقرت إقامته فيه.

وقد ذهب البعض إلى أبعد من ذلك حين قصرُوا تطبيق مبدأ عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون على القواعد الآمرة فقط دون المفسرة، بل وقصر تطبيقه على القواعد المتعلقة بالنظام العام وهي القوانين الجنائية؛ مستندين إلى ما جاء بالمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للتقنين المدني من أن نطاق قاعدة افتراض عدم الجهل بالقانون لا تتناول إلا القوانين المتعلقة بالنظام العام، وعلى وجه الخصوص ما تعلق منها بالمسائل الجنائية^(١٤٨).

^(١٤٧) وقد سايره في ذلك قانون الجزاء التركي عندما نص في مادته ٤٤ على أن الجهل بالقانون لا يعتبر عذراً.

^(١٤٨) د. سليمان مرقص: المدخل للعلوم القانونية، مرجع سابق، بند ٨٨.

النتائج المترتبة على عدم تفعيل مبدأ عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون:

لا شك أن فتح الباب أمام جواز الاعتذار بالجهل بالقانون من شأنه أن يؤدي إلى فتح الباب على مصراعيه أمام الإبداع فى طرائق ووسائل الغش والتحايل بغرض الهروب من تطبيق القانون، أضف إلى ذلك أن جهل الفرد بالقانون قد يؤدي إلى أضرارٍ محققةٍ ليس للفرد فقط، إنما أيضاً للدولة التى يعيش فى كنفها، ولغيره من أفراد المجتمع، ولما كان من حق الفرد أن يُسامح ويعفو عما يُصيب نفسه من ضررٍ، ولكنه لا يملك أن يُجبر الدولة أو غيره من أفراد المجتمع على العفو والسماح نتيجة ما لحقهم من ضررٍ بسبب جهله بالقانون، ولكن سيتم توقيع العقاب عليه والزامه بتعويض من أصابه الضرر تعويضاً عادلاً ومناسباً.

ولما كان الضمان الأساسى لفاعلية أى قانون تجاه نفوس الأفراد المخاطبين بأحكامه أن يكون مُلائماً لعاداتهم واعتقاداتهم وتقاليدهم وأعرافهم وثقافتهم ومنطقاً مع طبيعة المجتمع ومسائراً لظروفه السياسية والاجتماعية والاقتصادية، وأن القانون وسيلةً رسميةً مهمةً من وسائل الضبط الاجتماعى فى المجتمع لضبط سلوك الأفراد داخل المجتمع فإنه لو تم السماح بقبول الأعدار بالجهل بالقانون لسادت الفوضى وخرج الأفراد على النظام القانونى الذى يحكمهم؛ حيث إن الأفراد لا يحركهم ناحية الامتثال للقانون والالتزام به سوى خوفهم من عقوباته، ولو سهل عليهم الإفلات من القانون ذاته فسيسهل عليهم الإفلات من هذه العقوبات وستفقد القاعدة القانونية عنصر الإلزام الذى يُميزها وسيُعم الاضطراب وانعدام الأمن والاستقرار داخل المجتمع، وهو الأمر الذى يؤدي فى النهاية إلى التأثير على مكانة وفاعلية الأنظمة القانونية التى تُمثل مظهراً من مظاهر سيادة الدولة، وهو ما عبر عنه الفقيه "سافيني" حين قرر أن لكل شعب قانوناً خاصاً به وله لغته ومعتقداته السائدة، والقانون ترجمة لروح الشعب ووجدانه^(١٤٩).

وفى مقابل ذلك تلتزم الدولة بالتوسع فى وسائل الإعلام القانونية الأخرى غير الجريدة الرسمية التى ينبغى زيادة الأعداد المطبوعة منها مع زيادة عدد التشريعات زيادةً هائلةً وتضخم السكان وفتح المجال أمام الصحف اليومية وبرامج الإذاعة والتلفزيون بالتتويه عن هذه القوانين عند إصدارها، بل واستضافة المتخصصين فى مجال القانون

(١٤٩) د. شمس الدين الوكيل: نظرات فى فلسفة القانون، بحث منشور بمجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، العددان الثالث والرابع، ١٩٦٢/١٩٦٣م، ص ٦٦.

لتفسيرها وتوضيحها للمواطنين، ناهيك عن وسائل التواصل الاجتماعي عبر شبكة الإنترنت التي تلعب اليوم دوراً محورياً في تسهيل الرجوع إلى هذه القوانين ونشرها والإعلام بها، والاهتمام بقيام دور النشر القانوني والمجلات والدوريات القانونية التي تصدر عن كليات الحقوق والشريعة والقانون على مستوى الجمهورية بنشر هذه القوانين، وتكليف كليات الحقوق من خلال تدريسها لمادة حقوق الإنسان لجميع الكليات الأخرى ونشر الوعي القانوني والثقافة القانونية وتبصير الطلاب في جميع التخصصات بالقوانين التي تصدر منظمةً لمجالات دراستهم، وإنشاء في كل كلية من كليات الحقوق على مستوى الجمهورية مركزاً استشارياً قانونياً لجمهور المواطنين برسوم بسيطة تكون مزودة بأجهزة حاسب آلي مدون عليها كافة التشريعات والقوانين وما أُدخل عليها من تعديلات ومتابعتها أولاً بأول.

ولما كان الأجنبي يخضع على إقليم الدولة لكافة الالتزامات ويتحمل بمجموعة من التكاليف وملتزم بخضوعه للقوانين الوطنية وسلطاتها القضائية والإدارية والخضوع للضرائب المفروضة عليه فيجب أن تتولى الدولة طبع القوانين والقرارات الصادرة والمتعلقة بالنقد والجمارك والجنسية والإقامة والإخطار عن محل الإقامة وتسلم إلى كل أجنبي زائرٍ لمصر عن طريق السفارات المصرية بالخارج التي تمنحهم تأشيرات الدخول حتى لا يُفاجأ بما لم يتوقع ويرى ما لا ينتظره ويحسبه، أما الوطني فيتعين على الدولة أن تترك لهم مجالاً مفتوحاً يقومون من خلاله بالمشاركة في سن التشريعات للحد من حالات الجهل بالقانون.

وقد طبق النظام القانوني الإنجليزي مبدأ عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون تطبيقاً صارماً^(١٥٠) وركز القضاء الإنجليزي في أحكامه على عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون؛ ففي إحدى القضايا المعروفة بقضية (1963) Allan V. Clocke قضت المحكمة الإنجليزية بعدم مشروعية عقد إيجار واستندت في قضائها إلى أنه في الوقت الذي أبرم فيه عقد الإيجار كان الطرفان على علم بأن الأداة محل الإيجار تستخدم في ممارسة ألعاب غير مشروعة وخلص اللورد "ديننج" وقتها إلى القول بأنه "إذا اتفق

(١٥٠) انظر:

Philips James: introduction to English law, London, 1976, p. 3.

شخصان على استعمال شئ في غرضٍ غير مشروع كان العقد غير مشروع في إبرامه ولا يُقبل منهما الاعتذار بجهل القانون في هذه الحالة^(١٥١).

وقد اشترطت محكمة النقض المصرية في حكم لها لقبول الاعتذار بالجهل بحكم قانون غير قانون العقوبات أن يُقيم من يدعى هذا الجهل الدليل على أنه تحرى تحرياً كافياً وأن اعتقاده الذى اعتقده بأنه يُباشِر عملاً مشروعاً كانت له أسبابٌ معقولة^(١٥٢).

المطلب الخامس

مدى جواز الدفع بالجهل بالقانون في غير قانون العقوبات

لم يعد مقبولاً وفقاً لمبدأ عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون أن يعتذر الشخص بجهل القواعد القانونية العقابية وغير العقابية، ذلك أن النظام القانونى للدولة لم يُعلق نفاذ القوانين وتطبيقها على العلم بها، بل ناطه فحسب بعلايتها بتحقيق نشرها بالجريدة الرسمية وفق الشروط المحددة قانوناً، ولعل عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون العقابى لا يقتصر على ما تضمنه قانون العقوبات من قواعدٍ، وإنما يمتد إلى تلك القواعد التى تشتمل عليها كل القوانين المكمل له.

ولما كانت أحكام التشريع العقابى لا يجوز الاحتجاج بجهلها لتعارض ذلك مع فكرة العلانية الحكمية من ناحية، ولأن مبدأ عدم جواز التذرع بجهل القانون العقابى مبدأ قائم كاصلٍ عامٍ من أصول التشريع الوضعى لا يحتاج إلى نص يقره ويتعذر تبريره— عندما يكون جائراً فى بعض الأحيان— بغير اعتبارات العدالة فى المساواة بين المخاطبين بالقواعد القانونية فى امتناع الاحتجاج بالجهل بها من ناحية، والحرص على استقرار أحكام التشريع من ناحيةٍ أخرى^(١٥٣)، فإنه فى مجال قواعد الإثبات فإن الجهل بالنتائج

(١٥١) وتتخلص وقائع هذه القضية فى أن شخص يملك ملهى واستأجر من آخر إحدى الأدوات التى تستخدم فى لعبة الروليت، ولما لم يدفع المستأجر ما هو مستحق عليه فى الميعاد المحدد فى العقد أقام المؤجر دعواه مطالباً بإياه به، ولكن المدعى عليه دفع بعدم مشروعية عقد الإيجار؛ لأن الإيجار واردٌ على أداة تُستخدم فى ممارسة القمار— انظر د. طلبة وهبة خطاب: الجهل بالقانون والغلط فيه "دراسة مقارنة للنظام الإنجليزى واللاتينى والشريعة الإسلامية"، ١٩٧٩م، دار الفكر العربى، ص ٢٥، ٢٦.

(١٥٢) انظر الحكم الصادر فى الطعن رقم ٤٨٧٧ لسنة ٥١ قضائية بجلسة ١٠ مارس ١٩٨٢م، غير منشور، مشار إليه م د: محمد وجدى عبد الصمد: الاعتذار بالجهل بالقانون، مرجع سابق، ص ١١٠٨ وما بعدها.

(١٥٣) انظر:

القانونية للإقرار لا يُعتد به؛ حيث إن الإقرار لا يأخذ من أحكام التصرف القانوني إلا بالقدر الذي لا يتعارض مع طبيعته وأن الاعتداد بالجهل بحكم قاعدة قانونية بُنى عليها عليها صدور الإقرار ليس استثناءً من المبدأ؛ لأن المقر إنما يتمسك بإعمال أثر هذه القاعدة، بينما مقتضى الاستثناء هو التحلل من أحكامها، وذات القول ينطبق على توجيه اليمين^(١٥٤).

وبالتالي يسرى مبدأ عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون على جميع القواعد القانونية، أما ما يدعو إليه البعض من جواز الاعتذار بجهل بعض القواعد دون الأخرى والذي يستندون فيه إلى نص المادة ١٢٢ مدنى مصرى والتي تنص على أنه "يكون العقد قابلاً للإبطال لغلط في القانون إذا توافرت فيه شروط الغلط في الواقع. . .". ظناً منهم أن في إجازة إبطال العقد لوقوع المتعاقد في غلط في القانون خروجٌ على مبدأ امتناع الاعتذار بالجهل بالقانون بقبول مثل هذا الاعتذار.

والواقع أن مبدأ عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون يعنى أنه لا يمكن الامتناع عن تطبيق القانون بحجة الجهل به؛ فهو يطبق على الجميع دون تفرقة، أى حتى على من يجهله، وبالتالي فهذا المبدأ مطلقٌ يصدق على جميع القواعد القانونية سواء أكانت مكتوبةً أم غير مكتوبة، تشريعيةً كانت أم عرفيةً أم دينيةً، أمره كانت أم مفسرةً، وبالتالي لا يُقبل أمام القضاء الاعتذار بجهل قاعدة قانونية عرفية أو دينية، ويُعتبر خطأً القاضى فى تطبيق القاعدة العرفية أو الدينية من قبيل الخطأ فى تطبيق القانون الذى يخضع لرقابة محكمة النقض.

وبمجرد تمام القاعدة القانونية ونشرها في الجريدة الرسمية فإنها تُصبح ملزمةً، وقصدنا بالنشر الإعلان عن ميلاد التشريع حتى يتسنى للأفراد العلم به، فلا يتصور أن يكون القانون سراً خفياً على المخاطبين بأحكامه، لذلك فضل البعض القول بأن التشريع لا يستمد قوته من ذاته، وإنما يستمدّها من نشره، أي من الواقعة التي تجعل العلم به مُمكنًا، بل إنه إلى جانب النشر قد تعتمد السلطة التنفيذية إلى توسيع مجال العلم اعتماداً على وسائل الإعلام كالتلفزيون والصحف والمجلات، أو نشره في المؤسسات الرسمية

Kinberg: les problèmes fondamentaux de la criminology, paris, 1959, p. 80.

حول مظاهر الاستقرار القانوني الذي يجب مراعاته راجع م د. محمد وجدى عبد الصمد: الاعتذار بالجهل بالقانون، مرجع سابق، ص ١٠٥٤، هامش ٢.

(^{١٥٤}) م د. محمد وجدى عبد الصمد: المرجع السابق، ص ١٠٥٧، بند ٨٥٢.

وشوارع العامة حتي يصل إلي كل المقيمين داخل البلاد والخاضعين له، وبهذا تكون القاعدة القانونية ملزمة لجميع المخاطبين بمضمونها، وليس لأحد من المكلفين أن يستند إلي جهله بالقاعدة القانونية لكي يتحلل من تطبيق أحكامها، وبالتالي فإن نطاق تطبيق القانون بالنسبة للأشخاص المتعلق بهم حكمه سيكون وفقاً لمبدأ الدفع بالجهل بالقانون.

وقد سعت العديد من دول العالم المتقدمة إلي محاولة حل مشكلة الوصول إلي القوانين؛ فنجد أنه في فرنسا وإدراكاً لهذه المشكلة أنشأ المجلس الدستوري في قرار عام ١٩٩٩م هدفاً جديداً ذا قيمة دستورية: إمكانية وصول الجميع- سواء من داخل أو خارج فرنسا- إلى القانون ووضوحه، وهذا هو السبب في تطوير المعلومات العامة بشكل خاص مع بوابة الإدارة الفرنسية^(١٥٥) حيث تم إنشاء طبعة إلكترونية من الجريدة الرسمية، سارية المفعول منذ الأول يونيو ٢٠٠٤م.

ونظراً لأن الجهل هو النقيض التام للمعرفة فنجد أن بعض الأفراد يتزعمون به للتملص من المسؤولية التي قد تقع عليهم^(١٥٦)، ولكن مضمون مبدأ الدفع بالجهل بالقانون يقضى بأنه لا يمكن للشخص أن يتملص من تطبيق القانون مدعياً جهله للقاعدة القانونية، أي لا يجوز الدفع بجهل القانون للتملص من تطبيق القاعدة القانونية، ويتحقق هذا في الغالب عند متابعة شخص فُررت عليه العقوبة فيتهرب من تطبيقها^(١٥٧)، ولذلك فإن الجهل بالقانون لا يحول دون تطبيقه على من يجهله، ولهذا لا يُعد عذراً قانونياً يعفى صاحبه^(١٥٨).

^(١٥٥) Réviser le portail de l'administration française www. service-public. f

^(١٥٦) **Hugues Parent**-La connaissance de la loi en droit pénal: vers l'émergence d'un nouvel équilibre entre l'efficacité juridique et la faute morale Volume 42, No 1, 2001, P. 58.

^(١٥٧) د. مصطفى الجمال: الجهل بأحكام القانون، بحث منشور بمجلة الحقوق، العدد الأول، ١٩٧١، ص ١٦.

^(١٥٨) د. حمزة خشاب: المدخل إلى العلوم القانونية ونظرية الحق، مرجع سابق، ص. ١٠٧. وهناك أشخاص يريدون الإفلات من العقاب، وهو عدم التمكن قانوناً أو فعلاً من مساءلة مرتكبي الانتهاكات؛ نظراً لعدم خضوعهم لأي تحقيق يسمح بتوجيه التهمة إليهم أو توقيفهم ومحاكمتهم إذا ثبتت التهمة عليهم بعقوبات نافذة وبُجبر الضرر الذي لحق بضحاياهم- انظر د. عبد الله عزوزي: مبدأ عدم الإفلات من القانون الدولي الجنائي، رسالة الماجستير في القانون، كلية الحقوق بجامعة بسكرة- الجزائر، ٢٠١٣م، ص ١٣.

كذلك لا يُقبل احتجاج الشخص بجهله حكم للقاعدة القانونية ليكون بمنأى عن تطبيق أحكامها في حقه، والمسوغ لهذا المبدأ، أي قبول جهل القانون سيؤدي إلى زعزعة الثقة بالمعاملات وسيؤثر على العدالة ويُقلل احترام القانون ويفقد القاعدة القانونية أهم صفاتها (صفة الإلزام) ويجعلها غير ملزمة لأفراد المجتمع^(١٥٩).

فالأفراد عليهم التزام بمعرفة القانون وأن يصبح كل فرد في المجتمع رجل قانون يعرف كل صغيرة وكبيرة، وما شُرع وما ألغي، وما تُثم وما عُدل، لأن هذا أمرٌ صعب المنال حتى على المتخصصين في مجال القانون أنفسهم، وأن يلتزم الفرد على الأقل ولمصلحته بمعرفة ما يحيط به من قواعد تنظم نشاطه وتحكم علاقاته^(١٦٠).

ونستنتج من ذلك كله أن مبدأ الدفع بالجهل بالقانون لا يصطدم بمبدأ العدالة، خاصةً وأن المصدر الرئيس الذي ينظم علاقات الأشخاص هو التشريع، وأن هذا الأخير يجب نشره ليعلم به الكافة.

وبالتالي فالقاعدة القانونية تسري في حق جميع المخاطبين بأحكامها من السكان المحليين أو الأجانب مقيمين داخل البلد وتسري عليهم أحكام قانون البلد المقيمين فيه دون استثناء سواء علموا بها أم لم يعلموا، أو سواء علم بها البعض وجهلها البعض الآخر، فلا يُعفى أحد من الخضوع لأحكام هذه القاعدة بدعوى جهله بها حتى يتسنى له التخلص من تطبيقها عليه^(١٦١).

^(١٥٩) د. محمد وجدى عبدالصمد: الاعتذار بالجهل بالقانون، دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة، ١٩٨٧، دار عالم الكتب، القاهرة، ص ٢٧١.

^(١٦٠) د. أحمد شوقي محمد: المدخل للعلوم القانونية (النظرية العامة للقانون)، مرجع سابق، ص ٣٠.

^(١٦١) ويرجع الأصل التاريخي لهذا المبدأ إلى القانون الروماني، إذ كان الغرض الرئيس من وضع قانون الألواح الاثني عشر عند الرومان هو توحيد النظم القانونية التي كانت سائدة قبل وضعه لنشره على الأشراف والعامة على حدٍ سواء، ذلك أن الأقلية من الأشراف ورجال الدين كانت تستأثر وحدها بذلك النظم والقواعد القانونية وتضرب حولها سياجاً من السرية يمنع تسريبها إلى من هو دونها حتى تستقل بتسييرها بما يتفق ومصالح طبقتها، مستغلةً جهل العامة واقعياً بتلك القواعد والنظم، مما دفع العامة إلى المطالبة بنقلها من السجلات الرسمية وتدوينها من جديد في نصوصٍ ظاهرةٍ معلنةٍ على إثني عشرة لوحة تنصب في الساحة الكبرى بمدينة روما ليطلع عليها من يشاء، ومن ثم لم يعد من المفروض في أحد جهله بالقانون، وهو المبدأ الذي تفرع عنه مبدأ الدفع بالجهل بالقانون- انظر د. عبد الرشيد مأمون: الوجيز في المدخل للعلوم القانونية، ١٩٩٩م، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ٣٥.

ومنذ القدم فمبدأ عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون من الأصول القانونية أو من مبادئ القانون العليا، التي يجب العمل بها حتى ولو لم يفرضها نص قانوني محدد^(١٦٢). ويقضى هذا المبدأ بأنه لا يُعذر أحد بجهل القانون أو بعبارة أخرى الجهل بالقانون ليس بعذر يعفى من تطبيقه، بمعنى أنه لا يفترض في الكافة العلم بالقانون وأن العلم بالقانون ليس شرطاً لتطبيقه^(١٦٣)، لذلك فإن الجهل لا يمنع من تطبيقه، فعدم العلم بالقانون لا يعوق تنفيذه، وليس الجهل عُذراً يعفى من تطبيقه^(١٦٤).

ويؤدى هذا المبدأ إلى أن القانون متى دخل حيز التنفيذ انطبق على كل الناس سواء علموا به فعلاً، أو لم يعلموا به، ولا يسمح لأحدهم بأن يقدم الدليل على أنه لم يعلم فعلاً بالقانون، باعتبار أن مثل هذا الأمر غير منتج لأنه حتى بفرض ثبوت هذا الجهل ثبوتاً قطعياً فإنه لن يحول دون تطبيق القانون الذى "يفترض" علم الكافة به وعلى ذلك لا يُقبل من أمى أن يعتذر بجهل القوانين التى صدرت فى غيبته، كذلك لا يجوز لأجنبي إذا خالف لوائح المرور مثلاً، أن يحتج بجهله بقواعد المرور، ولا لأجنبي أقرض نقوداً برياً فاحش أن يحتج بجهل الحد الأقصى لسعر الفائدة للحصول على الفوائد المتفق عليها ومثل ذلك يُقال عمن يسرق مال مدينه وفاءً للدين معتقداً بأن هذا الأمر لا يُشكل جريمة^(١٦٥).

وتتطبق هذه القاعدة أيضاً على السلطة القضائية والسلطة التنفيذية، فنفس ما يُرفض قبوله من الأفراد يُرفض أيضاً بالنسبة لهذه السلطات؛ إذ يفترض في القاضي العلم

(١٦٢) د. حسن كيرة: المدخل إلى القانون، الطبعة السادسة، ١٩٩٣م، منشأة المعارف، الإسكندرية، رقم ١٧٢، ص ٣١٦.

(١٦٣) يرى البعض إلى أن هذه التسميات بالرغم من شيوعها فإنها تنطوى على خطأ؛ لأنها تقيد بأن الأصل هو أن القانون لا يُطبق إلا على من يعلم به، ثم تقترض هذا العلم - انظر د. ثروت عبد الحميد: المدخل لدراسة العلوم القانونية: نظرية القانون، المنصورة، ٢٠١٠م، دار الفكر والقانون، القاهرة، ص ٢١٥.

(١٦٤) د. عابد فايد عبد الفتاح فايد: الوجيز في مبادئ القانون، ٢٠٠٨م، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ١٨٥.

(١٦٥) د. عبد الحي حجازي: محاضرات في المدخل للعلوم القانونية، مكتبة عبدالله وهبة، القاهرة، ص ٤٨.

بالقانون^(١٦٦)، ويجب على السلطة التنفيذية أن تصدر قراراتها متفقةً مع القانون، وإلا كانت قابلةً للإلغاء، ولا يصح لها أن تدعى بأنها تجهل قيامه^(١٦٧)، وتسرى ذات القاعدة على القواعد القانونية أياً كان مصدرها سواء التشريع أم العرف أم الشريعة الإسلامية أم قواعد العدالة ومبادئ القانون الطبيعي، فالعرف يتكون من سلوك الناس والمفروض علم الناس بما يصنعون، أما القواعد الأخرى فلا يعلموها ولا تنتشر ومع ذلك يُؤخذون بأحكامها.

المطلب السادس

الدفع بالجهل بالقانون الواجب التطبيق في القانون الدولي الخاص

من المعلوم أن مشكلة تنازع القوانين تثار بمجرد أن يتضمن النزاع عنصراً أجنبياً أو عدة عناصر أجنبية تجعل القاضي ملزماً باختيار القانون الواجب التطبيق، وأمام حتمية الاختيار يلزم أن تُطرح قاعدة القانون الدولي الخاص، أي قواعد الإسناد عاملاً للاختيار الذي يمكن القاضي من تطبيق قانون واحد من بين القوانين المتنازعة، وعادةً ما يكون أحد عناصر الحق هو العامل المعتمد عليه والذي يكون قابلاً لربطه بدولة ما كالجنسية، أو موطن صاحب الحق، أو مكان وجود الشيء. . . . إلخ، ولكن أورد المشرع المصري استثناءً على تطبيق قاعدة الإسناد المتعلقة بالأهلية يجوز بمقتضاه الدفع بالجهل بقواعد وأحكام القانون الأجنبي الواجب التطبيق كوسيلة لاستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق وتطبيق القانون الوطني.

ويُعد هذا الدفع قاعدةً من قواعد تأمين المجتمع ذى المضمون الاستثنائي والتي تُقرر أنه عندما يتعاقد شخص وطني مع شخص أجنبي يُوحى مظهره بأنه كامل الأهلية ولكنه كان ناقص الأهلية وفقاً لقانونه الأجنبي، فلا يُعتد بنقص أهليته الذي يظهر فيها بعد، فهنا يُطبق قانون بلد التعاقد، وهذا يُعد خروجاً عن الأصل بقصد تأمين المجتمع، وقد قرر المشرع المصري هذا الحكم في المادة ١١ من القانون المدني المصري وذلك بقوله

(^{١٦٦}) يعرف القاضي القانون، وبالتالي لا يمكن أن يكون هناك شك للأطراف المتنازعة في ذلك؛ لأن القاعدة في عمل القاضي هو أنه يجب أن يكون القاضي في جميع الظروف علي دراية تامةً بالقانون الواجب التطبيق على النزاع- انظر حول ذلك تفصيلاً:

(H) Motulsky: Principes d'une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs, rééd. [en fac-sim.], Dalloz, 2002, n° 80 et s.

(^{١٦٧}) د. أحمد عبد الكريم سلامة: علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع، مرجع سابق، ص ٩٧.

أن "الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم يسري عليها قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم، ومع ذلك ففي التصرفات المالية التي تُعقد في مصر وتترتب آثارها فيها، إذا كان أحد الطرفين أجنبياً ناقص الأهلية وكان نقص الأهلية يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الآخر تبيته، فإن هذا السبب لا يؤثر في أهليته".

ولكن يثور التساؤل عما إذا كان هناك نصٌ مناظرٌ لهذا النص (نصٌ أجنبي يُطابقه) فكيف يمكن للقاضي المصري أن يطبقه؟

فإذا قام شاب مصري يبلغ من العمر ١٩ سنة بإبرام عقد مع ألماني يبلغ من العمر ١٨ سنة في ألمانيا، وتم الاتفاق على تنفيذ العقد في مصر، ولم يقيم المصري بتنفيذ العقد وأخل بالتزاماته الواردة فيه، فقام الألماني برفع دعوى أمام القاضي المصري يطالبه فيها بتنفيذ العقد، فدفع المصري بأن العقد باطلٌ لأنه كان ناقص الأهلية وقت إبرام العقد، فدفع الألماني بجهلة أحكام القانون المصري الخاصة بأهلية المصريين وأن مظهر المصري يُوحى بأنه كامل الأهلية، كما أن سن الرشد في القانون الألماني هو ثمانى عشر سنة وتمسك الألماني بالدفع المُعترف بالقانون الأجنبي المُقرر في ألمانيا.

وفى هذه الحالة يرى الرأى الغالب أن هذه القواعد يجري تطبيقها بنفس الطريقة التي يُطبق بها قواعد الإسناد المصوغة صياغة منفردة الجانب، فالقاضي المصري فى هذه الحالة عليه أن يبحث عن القانون الأجنبي الواجب التطبيق ويقوم بتطبيقه بنفس الشروط الواردة فيه، وهنا يجد القاضي المصري أن القانون الألماني يكتفي بشرط واحد فقط وهو إبرام العقد في ألمانيا فيقوم القاضي المصري بتطبيق النص المُقرر في القانون الألماني وفقاً للشروط الواردة فيه.

ولكن ما الحل إذا لم يجد القاضي المصري نصاً مناظراً في القانون الألماني أو لم تتوفر الشروط المُقررة في النص على الدعوى المطروحة أمامه، فهنا يتوجب عليه الرجوع إلي الأصل وهو تطبيق قانون الجنسية، وبالتالي يُطبق القانون المصري.

وجديرٌ بالإيماء بأن الدفع بالجهل بالقانون الواجب التطبيق قد تمتع بتأييد دولى ولم يعد مُقتصرًا على التشريعات الداخلية، فقد أقرت بعض الاتفاقيات الدولية شرعية الدفع بالجهل بالقانون الأجنبي الواجب التطبيق في شأن الأهلية، ومن ذلك اتفاقية جنيف: أولاهما أبرمت في ٧ يونيو سنة ١٩٣٠م والتي تحكم بعض مسائل تنازع القوانين المتعلقة بالكمبيالة والسند الإذني، وثانيتها أبرمت في ١٩ مارس سنة ١٩٣٦م ومتعلقة بتنازع القوانين في شأن الشيك؛ حيث نصت المادة الثانية منها في فقرتها الأولى على مبدأ تطبيق القانون الوطني في شأن الأهلية، بينما قررت في فقرتها الثانية إمكانية

خضوع الأهلية لقانون آخر عند الضرورة وأن الشخص الذي قد يكون ناقص الأهلية وفقاً للقانون المشار إليه في الفقرة السابعة يُعتبر مع ذلك مُلزماً إذا كان قد أعطى توقيعه على إقليم بلد يُعتبر وفقاً لقانونها كامل الأهلية^(١٦٨).

أما بالنسبة لاتفاقية روما لعام ١٩٨٠ والذي تتعلق بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات العقدية فقد أشارت في المادة ١١ منها إلى إمكانية التمسك بالدفع بالجهل المفتقر وفق شروطٍ معينةٍ بنصها على أنه "في العقد المُبرم مع شخصٍ يوجد في نفس البلد فإن الشخص الطبيعي الذي قد يكون أهلاً وفقاً لقانون هذا البلد لا يمكنه التمسك بنقص أهليته الناتج عن قانونٍ آخرٍ إذا كان المتعاقد الآخر لحظة إبرام العقد يعلم بنقص الأهلية أو لم يجهله إلا بسبب رعونةٍ من جانبه".

ويُعتبر الجهل بالقانون الأجنبي الواجب التطبيق وفقاً لقواعد الإسناد الوطنية أحد الدفوع حديثة النشأة بالمقارنة بالدفع بالنظام العام والدفع بالغش نحو القانون لتعطيل تطبيق القانون الأجنبي وتهديد فاعليته، ويرجع للقضاء الفرنسي الفضل في سبر أغوار هذا الدفع والذي أرست معالمه وأسست قواعده محكمة النقض الفرنسية في حكمها الشهير في قضية Lizardi وإن كان قد اتخذ مدلولاً آخر في ذلك الحين وفقاً لرأى البعض؛ حيث كان يُقصد من وراء تحريكه توفير الحماية للمصلحة العامة الوطنية^(١٦٩)، وتتلخص وقائع هذه القضية في قيام المدعو "ليزاردى" وهو مكسيكي الجنسية يبلغ من العمر ثلاثة وعشرون عاماً بالتوقيع على كمبيالات قيمتها ثمانين ألف فرنك نظير مجوهراتٍ قام بشرائها من أحد التجار في فرنسا وتحديداً في مدينة باريس، وعند مطالبته بالمبلغ دفع بأن القانون المكسيكي وهو القانون الواجب التطبيق بشأن أهليته يُحدد سن الرشد بخمسة وعشرين عاماً، وهو ما يترتب عليه بطلان التزاماته في هذا الصدد لأنه قاصرٌ، ولكن محكمة النقض الفرنسية أيدت حكم محكمة الموضوع وقامت بإلزامه بدفع المبلغ وأسست حكمها على أنه "في مثل هذه الحالة لا يمكن أن يكون الفرنسي مُلزماً بمعرفة قوانين الدول المختلفة، وبصفةٍ خاصةٍ بأحكامها المتعلقة بالقصر والرشد. . . .

(١٦٨) د. حسام الدين فتحي ناصف: مركز قانون القاضي في حكم المنازعات الخاصة الدولية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، ١٩٩٤م، دار النهضة العربية، القاهرة، ص. د. أحمد عبد الكريم سلامة: علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع، مرجع سابق، ص ٧٤٩.

(١٦٩) د. حسام الدين ناصف: المرجع السابق، ص ٣٢٧.

وأنه يكفي لكي يُعتبر العقد صحيحاً أن يكون الفرنسي قد تعاقد دون استحقاقٍ ودون رعونةٍ وبحسن نية^(١٧٠).

ولما كانت المعرفة لا تُستمد فقط من الخبرة، والتجربة ليست شرطاً كافياً لتكوين الأفكار والمعرفة^(١٧١)، فإن الجهل بالقانون الوطني للدولة موضع القضية بحد ذاته أمرٌ غير مبررٍ على الإطلاق، وإن أجاز المشرع ذلك في أضيق الحدود، فلا يُعذر أحد بجهله بالقانون، وقد وضع المشرع الوطني نظريةً عامةً لقاعدة العلم بالقانون، رغبةً منه في انطباق القانون على جميع المخاطبين بأحكامه داخل الدولة، سواء وصل إليهم العلم الحقيقي بالقانون أم لا، فلا يُقبل من أحد الدفع بالجهل بالقانون، وأساس ذلك أن الاستغناء عنها يؤدي إلى انهيار الاستقرار وحلول الفوضى محله، فهي قاعدةٌ ضروريةٌ يفرضها وجود القانون نفسه^(١٧٢).

^(١٧٠) راجع حول ذلك حكم محكمة النقض الفرنسية:

Cass, Req. 15 jan 1861. S. 61. 1. 305 note Massé D. 61. 1. 193.

والذي قررت فيه ما يلي:

"Dans ce cas. le francaise ne peut être tenu de connaitre les lois des diverses nations et- eur dispositions concernant notamment la minorité, la majorite Il suffit, alors, pour la validite du contrat, que le francais ait traite sans legereté, sans imprudence et avec bonne foi".

وجديرٌ بالإيماء أن هذا الحكم قد صدر عقب صدور عدة أحكام عن محكمة الموضوع يصدد هذه

المسألة، كما أعقبته مجموعة من الأحكام بخصوص ذات المسألة ومنها على سبيل المثال:

Paris, 10 juin, 1879, Journal de droit international, p., 488.

Paris, 8 Feb. 1883, S., 83. 2. 169.

مشار إليها د. حسام ناصف: المرجع السابق، ص ٣٢٩، بند ١.

كما أخذت المحاكم المختلطة في مصر بوجهة النظر التي أخذت بها محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في ٢ مايو ١٩٣٥م وأخضعت أهلية إمراة مصرية متزوجة لحكم القانون الفرنسي، ومن ثم وصف أنصار نظرية المصلحة الوطنية حكمها بالغريب والشاذ، وأنها بدلاً من أن تحمي المصريين قامت بحماية الفرنسيين- راجع حول هذا الحكم د. جابر جاد عبد الرحمن: تنازع القوانين، ١٩٦٩م، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ٥٩٢، هامش ٤.

^(١٧١) انظر:

(P) Foulquié: La connaissance, Paris, Éditions de l'École, 1961, p. 166.

^(١٧٢) د. إبراهيم أحمد إبراهيم: تنازع القوانين، ١٩٨٩م، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ٨٧.

وقاعدة عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون غير منقطعة الصلة بقاعدة افتراض العلم بالقانون، فالقانون لا يكون مُلزماً إلا إذا كان العلم به ممكناً، ومجرد إمكان العلم بالقانون يجعله مُلزماً حتى ولو لم يتحقق العلم الحقيقي به^(١٧٣).

وهذه القاعدة رغم أهميتها، فإنها ليست مطلقة، بل ترد عليها استثناءات يجوز فيها الدفع بالجهل بالقانون، أو بمعنى آخر يجوز فيها الإفلات من حكم القانون، وبعض هذه الاستثناءات عامة التطبيق كالاستثناء الخاص باستحالة العلم بالقانون، والاستثناء المستمد من قاعدة الغلط الشائع يولد الحق، والبعض الآخر يتعلق بتطبيقات خاصة كتوافر حسن النية وتوافر عيب من عيوب الإرادة وتوافر عيب خفي في العقار المبيع ودفع المسؤولية الجنائية بسبب الجهل بقوانين أخرى^(١٧٤)، ولكن رغم هذه الاستثناءات ستظل قاعدة عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون من أهم القواعد القانونية التي بدونها لا يتصور وجود القانون، وهي قاعدة تمتد إلى القانون في كل مصادره التشريع والعرف والقضاء، وتمتد كذلك إلى القواعد الأمرة والمكملة على السواء^(١٧٥).

ونخلص من خلال واقع القانون أن هناك حذراً شديداً من الاتجاه نحو إقرار قاعدة عامة في هذا المجال، أي قاعدة حتمية العلم بأحكام القانون، وبالمقابل أيضاً عدم إمكانية التسليم بإمكانية الاعتذار بالجهل بالقانون إلا في حدود ضيقة، وهذا مُقرّر ومكفول لمصلحة قواعد هذا القانون.

وخليق بنا أن نرّمز إلى أن استخدام مصطلح (الجهل) بحد ذاته محل نقد؛ ذلك أن هذا المصطلح يُشير إلى عدم معرفة الشيء تماماً و عدم وصول العلم الكافي إلى الشخص بكل الأحكام التي يتضمنها ذلك القانون، والأدق أن نلجأ إلى استبداله بمصطلح أكثر تكييفاً مع الظروف والأجواء التي يعيشها القانون المصري، ويتسق كذلك مع ما قصده محكمة النقض الفرنسية في حكمها المشار إليه سابقاً والذي كان أساساً متيناً لهذا الدفع، ويتفق مع التشريعات التي نصت عليه والتي أكدت على أن عدم العلم

^(١٧٣) د. أحمد عبد الكريم سلامة: علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع، مرجع سابق.

^(١٧٤) وبخصوص ذلك يظل عنصر النية المتعمدة "بمعرفة كاملة بالحقائق" شرطاً أساسياً ومُتطلباً للعثور

على الانتهاك، حيث يمثل ذلك شرط قانوني أو تنظيمي للإدانة- راجع:

Cour de cassation française (Crim. , 12 juillet 1994, pourvoi n° 93-85. 262, Bull. crim. 1994, n° 280.

^(١٧٥) د. توفيق حسن فرج: المدخل للعلوم القانونية، ١٩٧١م، المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر،

الإسكندرية، ص ١٦٨.

هذا يتعلق بحالة الأهلية فقط، بمعنى أنه ذو طابع استثنائي، ولا يمتد إلى مجال آخر، لذلك نُفضل اللجوء إلى استعمال مصطلح يتناغم مع هذا المضمون كمصطلح (التيقن) الأقرب إلى الواقع^(١٧٦). ومع ذلك تقول "أريان شاربونو" أنه حتى إذا كان لدى الشخص نوايا حسنة، فقد تكون هناك أوقات يعصى فيها القانون من خلال عدم معرفة أن الفعل الذي يقوم به غير قانوني، و يمكن أن يحدث هذا بسهولة مع نظام العدالة لدينا، والذي قد يكون معقدًا للفهم، وباستثناء بعض الأعمال الإجرامية يمكن أن يكون القاضي بالتالي أقل قسوة تجاه الشخص إذا رأى أنه صادق^(١٧٧).

المطلب السابع

أساس الدفع بالجهل بالقانون الواجب التطبيق فى القانون الدولى الخاص

يُعتبر القانون نافذاً في حق الأشخاص بعد نشره في الجريدة الرسمية، فبعد إصدار القانون ونظراً لاستحالة إحاطة جميع الناس الذين يعيشون في دولة معينة علماً بصدوره، أفترض علم الناس بالتشريع منذ نشره في الجريدة الرسمية، فلا يجوز بعد هذا لأي شخص الاحتجاج بعدم علمه بالقانون بسبب مرضه أو غيابه مثلاً، فمبدأ الدفع بالجهل بالقانون يقوم على قرينة مفادها اعتراض علم الأشخاص به من يوم نشره، وقد احتدم الجدل حول ما إذا كان افتراض العلم بالقانون يقوم على قرينة قانونية تجعل من أمرٍ محتمل الوجود أمراً ثابتاً، أو هي مجرد حيلة قانونية تجعل من أمرٍ غير صحيح

(١٧٦) د. طه عوض غازي: مبدأ عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون بين اعتبارات العدالة واعتبارات النظام، ١٩٩٩م، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ١٦.

(١٧٧) Ariane Charbonneau Avocate, MBA Éducaloi est un organisme de bienfaisance qui occupe un rôle de premier plan dans l'amélioration de l'accès à la justice depuis sa fondation en 2000. Il a pour mission d'informer le public sur la loi, sur ses droits et sur ses responsabilités. Pour y parvenir, il s'investit dans trois champs d'action principaux: l'information juridique, l'éducation juridique et le développement d'une expertise en communication claire du droit.

أريان شاربونو هي محامية والمديرة العامة لمنظمة Éducaloi وهي منظمة خيرية لعبت دوراً رائداً في تحسين الوصول إلى العدالة منذ تأسيسها في عام ٢٠٠٠م، وتمثل مهمتها في إعلام الجمهور بالقانون وحقوقه ومسؤولياته، ولتحقيق ذلك تستثمر في ثلاثة مجالات عملٍ رئيسية: المعلومات القانونية، والتعليم القانوني، وتطوير الخبرة في التواصل الواضح بالقانون.

صحيحاً لاستحالة علم جميع الأشخاص بالقوانين؛ لكثرتها وتعددتها في عصرنا الحالي فيستحيل على الشخص العلم بها حتى ولو تم نشرها^(١٧٨).

ويعتبر البعض مبدأ عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون مجرد حيلة لإلزام الناس بالقانون، ويذهب البعض الآخر إلى أنه قرينة قانونية طالما يوجد احتمال في أن يعلم بعض الأشخاص بالقاعدة فلا يستلزم علم جميع الناس بها؛ فالقارئ القانونية تقوم على الاحتمال، لا على اليقين، وهذا الاحتمال يتحقق فعلياً بنشر التشريع في الجريدة الرسمية، إذ من المحتمل إطلاع الكافة عليه، وعندما يصبح هذا الاحتمال مستحيلاً كحدوث قوة تمنع من توزيع الجريدة الرسمية في منطقة معينة فيستحيل هنا تطبيق القاعدة^(١٧٩).

وأساس مبدأ الدفع بالجهل بالقانون يرفق بين اعتبار العدالة بما يوجبه من ضرورة إحاطة المخاطبين علماً أو على الأقل تمكينهم من العلم بالقانون قبل مخاطبتهم به، وبين الاعتبار العملي القائم على ضرورة تثبيت دعائم الأمن والنظام في المجتمع والحفاظ على استقرار المعاملات وفكرة الالتزام الذاتي للقانون، وكلها أوجه للمصلحة العامة مقتضاها عدم تعليق تطبيق القانون على العلم الفعلي به، ولذلك فقد أسس مبدأ الدفع بالجهل بالقانون على افتراض العلم به والذي يقوم بدوره على دعامتين: أولهما توفير وسيلة منضبطة تمكن المخاطبين من العلم بالقانون، وثانيتهما التزام المخاطب بالقانون باعتباره عضواً في المجتمع المدني بالسعي للعلم به بكل الوسائل المتاحة^(١٨٠).

وقد احتدم الخلاف حول أساس مبدأ الدفع بالجهل بالقانون على النحو التالي:

الرأى الأول- قرينة افتراض العلم بالقانون:

ذهب بعض الفقه إلى أن مبدأ الدفع أو عدم جواز الاعتذار بجهل القانون يجد أساسه في قرينة أقامها المشرع تفترض علم الأفراد بالقانون بمجرد نشره في الجريدة الرسمية ودخوله حيز التنفيذ بمرور الفترة المحددة فيه أو بمجرد نشره إذا لم تحدد

^(١٧٨) د. عصام أنور سليم: المدخل للعلوم القانونية، ٢٠١٣م، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ص ١٥٨.

^(١٧٩) د. فريدة محيى زواوي: المدخل إلى العلوم القانونية، (نظرية الحق)، مرجع سابق، ص ١٢٠.

^(١٨٠) د. همام محمد محمود زهران، د. مصطفى أحمد أبو عمرو: مبادئ القانون (الأصول العامة لقاعدة القانونية والحق الالتزام)، الطبعة الأولى، ٢٠١٠م، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ص ٨٩.

مدة^(١٨١)، والقرينة القانونية هي افتراض قانوني يجعل الشئ المحتمل أو الممكن صحيحاً، وفقاً لما هو مألوف في الحياة وفقاً لما يرجحه العقل^(١٨٢).

ولم يأخذ المشرع في إقامة هذه القرينة بالغالب، ولكنه أخذ بالنادر؛ إذ في الحقيقة يندر أن يتتبع الشخص كافة التشريعات، أو يندر أن يُحيط بكافة القواعد العرفية أو بمبادئ الشريعة الإسلامية وقواعد العدالة^(١٨٣). وهناك صلة بين الدفع بالجهل بالقانون وبين افتراض العلم به وتظهر هذه الصلة في أمور كثيرة منها:

أولاً: من المقرر فقهاً وقانوناً أنه يجب نشر التشريع حتى يُصبح مُلزماً للمخاطبين بأحكامه، والمقصود بالنشر هو الإعلان عن وجود التشريع حتى يتأتى العلم به، فالتشريع يُصبح نافذاً بعد إصداره، ولكنه لا يصبح مُلزماً إلا بعد نشره، فالتشريع لا يستمد قوته المُلزِمة من ذاته، ولكنه يستمدّها من نشره، أى من الواقعة التي تجعل العلم به مُمكناً^(١٨٤)، فهناك تلازمٌ حتمى بين الالتزام بالقانون وبين إمكان العلم به، ومن غير المتصور في دولةٍ حديثةٍ أن يكون القانون سراً خافياً على الملتزمين بأحكامه^(١٨٥).

ثانياً: أنه إذا استحال العلم بالقانون بسبب قوةٍ قاهرةٍ كفيضانٍ أو حربٍ أو غير ذلك، فلا يكون القانون مُلزماً بالنسبة لمن استحال عليهم العلم به، وفي هذا المعنى تقول محكمة النقض المصرية "ولا يُقبل من أحد الاعتذار بجهله أو إثبات أن ظروفه الخاصة

^(١٨١) د. مجيدي فتحي: مدخل إلى العلوم القانونية، تطبيق القانون من حيث الأشخاص، ٢٠٠٩/٢٠١٠م، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، ص ٢٠.

^(١٨٢) في فرنسا يعاقب على ارتكاب جريمة التزوير من قبل عصابة منظمة بالسجن لمدة خمس سنوات وغرامة قدرها ٥٠٠٠٠٠ يورو، ويُعاقب استيراد المخدرات وتصديرها وإنتاجها وتصنيعها بشكلٍ غير مشروع في مجموعة منظمة بعقوباتٍ أشد بكثيرٍ: ٣٠ عاماً من السجن الجنائي وغرامة ٧٥٠ ألف يورو، أو حتى السجن مدى الحياة لقادة هذه الشبكات ولا يجوز للدفاع الدفع بالجهل بالقانون؛ حيث إن ارتكاب تلك الجرائم يُعد مخالفةً للأعراف والتقاليد المجتمعية المأخوذ بها في المجتمعات الحديثة، ومن الطبيعي أن يتم تجريمها قانوناً- راجع:

Garance Mathias- avocate francaise <https://www.avocats-mathias.com/blog>

^(١٨٣) د. أحمد عبد الكريم سلامة: علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع، مرجع سابق، ص ٩٧.

^(١٨٤) نقض ١٧/٥ / ١٩٥٦م، مجموعة المكتب الفني، ص ٧- ٦٠٧.

^(١٨٥) د. نبيل إبراهيم سعد، د. عصام أنور سليم: المدخل للعلوم القانونية: نظرية القانون- نظرية الحق،

٢٠١١م، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ص ١٨٩.

قد حالت دون علمه الفعلي، وإنما يُقبل فقط العذر بالجهل بالقانون إذا حالت قوة قاهرة دون دخول الجريدة الرسمية بتاتاً إلى منطقة من مناطق الجمهورية^(١٨٦).

ثالثاً: أن سريان القانون لا يحسب على أساس التاريخ المطبوع على الجريدة الرسمية، ولكن على أساس التاريخ الحقيقي لنشر وتوزيع هذه الجريدة، وفي هذا المعنى تقول محكمة النقض "أن افتراض علم الكافة بالإجراءات التي أوجبها ذلك (القانون رقم ٢٦٤ لسنة ١٩٥٣ بتعديل بعض مواد قانون المرافعات) مرهونٌ بعدم قيام أسباب تحول حتماً دون قيام هذا الافتراض، فإذا كان المُستأنف قد دفع بأنه قد استحال العلم بذلك القانون حتى تاريخ تقديمه لصحيفة الاستئناف إلى قلم الكتاب بمقولة أن الجريدة الرسمية التي نشر فيها القانون وإن كانت قد طُبعت في ٢٨ من مايو سنة ١٩٥٣ إلا أنها لم تُوزع وتُنشر فعلياً إلا بعد تاريخ تقديمه لصحيفة الاستئناف، فالتفات الحكم عن تحقيق هذا الدفاع يجعله مشوباً بالقصور"^(١٨٧).

رابعاً: رغم الأهمية البالغة لمبدأ الدفع بالجهل بالقانون، إلا أنه ليس مبدأ مطلقاً، بل مبدأ ترد عليه بعض الاستثناءات التي سندرسها فيما بعد، ومرد هذه الاستثناءات يتمثل غالباً في انتفاء قرينة العلم بالقانون انتفاءً يُبرر في بعض الظروف الخاصة التمسك بالجهل بالقانون. وهكذا تقوم صلة تلازم حتمى بين عدم جواز الاعتذار بالقانون، وبين مبدأ افتراض العلم به، بحيث يُمكن اعتبارهما مبدأين مترادفين، مع ملاحظة أن الترادف بين هذين المبدأين لا يجعل من أحدهما مُبرراً للآخر، بل يحتاجان معاً إلى مُبررٍ يستندان إليه، ولا يوجد مُبرراً أفضل من فكرة النظام التي يستند إليها القانون ذاته.

نقد قرينة افتراض العلم كأساس للمبدأ:

انتقد البعض القول بأن أساس مبدأ الدفع بالجهل بالقانون يتمثل في قرينة أقامها النظام القانوني مردها افتراض علم الكافة بالتشريع بنشرة ودخوله حيز التنفيذ، فهم يرون أن القرينة بحسب تعريفها إنما تقوم على حمل الأمر المشكوك فيه محمل الغالب والمألوف في العمل بشأنه، وليس الغالب في العمل ولا المألوف فيه هو علم الأفراد

^(١٨٦) نقض ١٩٦٥/٤/٨م، مجموعة المكتب الفني، م ص ١٦ - ٤٧٦.

^(١٨٧) نقض ١٩٥٨/٦/٢٤م، مجموعة المكتب الفني، ص ٩، ص ٦٣٩.

بالقواعد القانونية، بل الغالب هو جهلهم به^(١٨٨)، ولا شك أن إقامة القرينة بهذا الشكل أمرٌ غير عادل^(١٨٩).

الرأى الثانى- كفالة النظام وتحقيق المساواة:

ويرون أن مبدأ الدفع بالجهل القانون ضرورة اجتماعية وعملية تقتضى فرض سلطان القانون على الكافة تحقيقاً للعدل وإقراراً للنظام فى المجتمع، ذلك أن كفالة النظام فى المجتمع هى علة وجود القانون وغايته، فإذا لم تتحقق فإنه لن يكون لوجود القانون قيمة، فمن ناحية لو أُجيز للشخص أن يدعى جهله بقيام القاعدة القانونية لفتح الباب على مصراعيه أمام مثل هذا الادعاء، فكل من يرى أن القانون يقف ضده يدعى هذا الجهل ليتهرب من حكمه^(١٩٠)، ذلك أن واقعة الجهل أمرها سلبى لا يثبت عكسه إلا بإقامة الدليل على العلم، ولو تصورنا جريان ذلك فى المجتمع لأنهار من أساسه ولما أمكن تطبيقه ولما تيسر تحقيق الخير العام، وبالتالي فنحن أمام مصليحتين متعارضتين: مصلحة الشخص الذى يجهل القانون، ومصلحة الجماعة التى تتطلب تطبيق القانون تطبيقاً عاماً، ولا شك أنه عند تعارض مصليحتين فإنه يُضحى بالمصلحة الأقل أهمية، ولا شك أنها المصلحة الفردية، ثم ما ذنب الآخر فى علاقة معينة، لقد رتب أمره على قيام القاعدة القانونية فإذا بخصمه يدعى جهله بها، ولو قبل إدعاؤه لضاعت حقوق هذا

^(١٨٨) د. حسن كيره: المدخل إلى القانون، مرجع سابق، رقم ١٧٣، ص ٣١٦.

^(١٨٩) د. أحمد عبد الكريم سلامة: علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع، مرجع سابق، ص ٩٧.

^(١٩٠) على الرغم مما سبق فالقول بأنه لا أحد يفترض أن يتجاهل القانون ليس هو الحال دائماً فى مسائل القانون الاجتماعى، حيث يمكن اعتبار أن الجهل بالقانون يؤخذ به فى القضايا التى لا تحمل الطابع الجنائى، فعلى سبيل المثال قررت المحكمة الإدارية فى كيبك (TAQ) أن الجهل بالقانون لا يُشكل عذراً مطلقاً، ففي سياق قانون الانتصاف يُشكل سناً رافضاً لمنح المزايا، حيث رفضت مديرة إحدى الهيئات طلباً مقدماً من شخص طالب بالحصول على مزايا بعد إنتهاء الوقت المحدد لتقديم الطلب وشرح مقدم الطلب سبب تأخره فى اتخاذ الإجراءات وجادل المدعى بأنه جاهل بالقانون والمدد الزمنية؛ حيث إنه ليس كندياً، وأشارت المحكمة إلى أن القول بالمأثور "لا يُفترض أن يتجاهل أحد القانون" يأتي من قاعدة القانون العام التى تم تدوينها فى القانون الجنائى، هذا مبدأً إرشادى للقانون الجنائى الكندي يستمد تبريره من الحاجة إلى منع أي شخص من التذرع بجهله بالقانون للدفاع عن نفسه من جريمة جنائية أو للتهرب من التزامات.

الطرف دون أن يكون له ذنب، إلا إذا كان العلم بالقانون وترتيب أموره على أساسه يُعد بمثابة الذنب.

ولعل قواعد العدل هي خير أساس لهذا المبدأ، فالعدل الخاص يتطلب المساواة التامة في معاملة المخاطبين بأحكام القواعد القانونية؛ فلا يفرق بينهم في وجوب الخضوع لها أو يعفى بعضهم من التقيد بها، وهذه المساواة أمام القانون تحقق كذلك العدل العام والصالح العام بما يؤكد من سيادة النظام والقانون في المجتمع، فضلاً عن أن قبول الاحتجاج بجهل القاعدة القانونية فيه نفي لصفة الإلزام عنها، إذ يجعل إلزامها هو توافر العلم بها، بينما القاعدة القانونية تتميز قبل كل شيء بما لها من إلزام ذاتي ينبعث منها ومن وجودها هي، لا من عاملٍ خارجي عنها كالعلم بها^(١٩١).

نقد فكرة المساواة كأساس للمبدأ:

ذهب بعض الفقه إلى انتقاد فكرة المساواة كأساس لمبدأ الدفع بالجهل بالقانون ويرون أن فكرة المساواة هذه ليست متحققةً بصفةٍ مطلقةٍ لا في القانون الروماني ولا حتى في القانون في العصر الحديث^(١٩٢).

ففي القانون الروماني كان يجوز الدفع بالجهل بالقانون من البعض كالجنود الغائبين، أو بعض الأشخاص الآخرين الذين ينقصهم الإدراك السليم أو الخبرة بالحياة، وهم من كان يُطلق عليهم اصطلاح الضعفاء في نظر القانون، وبعد مناقشاتٍ طويلةٍ في القانون الفرنسي القديم لم تنتقل إلى تقنين نابليون الاستثناءات الخاصة بهؤلاء الأشخاص، وأصبح من المقرر أنه لا يجوز الاعتذار بالجهل بالقانون من أى شخص تحقيقاً لفكرة المساواة أمام القانون^(١٩٣).

وفي العصر الحديث أيضاً لا تتحقق فكرة المساواة في الخضوع للقانون على الوجه الأكمل، بل من المُدهش أن الجهل بالقانون إذا جاء من شخصٍ متخصصٍ في القانون

(١٩١) د. محمود عبد الرحمن محمد: المدخل للعلوم القانونية، نظرية القانون، الجزء الأول، ٢٠٠٥م، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ٦٨.

(١٩٢) د. سمير كامل: المدخل للعلوم القانونية: نظرية الحق، ٢٠٠٢م، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ٣١٨.

(١٩٣) د. أحمد عشوش، د. سعيد الصادق: المدخل للعلوم القانونية: نظرية القانون، ٢٠٠١م، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ٢٩٥.

فلا جزاء عليه فى بعض الأحيان، بينما إذا جاء الجهل بالقانون من شخص غير متخصص فى القانون فلا مغفرة له^(١٩٤).

فأول شخص كان ينبغى ألا يجهل بالقانون هو المشرع نفسه، الذى تصدر عن إرادته القوانين، ومع ذلك فإنه يحدث فى بعض الأحيان أن يصدر المشرع قانوناً جديداً عن جهل منه بوجود قوانين سابقة، لو علم بها لما أصدر القانون الجديد، أو لما أصدره فى الصورة التى خرج بها، ومع ذلك فإن هذا الجهل لا جزاء عليه^(١٩٥)، بل لا يقال حتى فى هذه الحالة أن المشرع قد خدع، بل لا يقال أن القانون السابق قد ألغى أو عدل.

وكذلك فإن قضاة محكمة النقض الذين من واجبهم العمل على رقابة تطبيق القانون تطبيقاً صحيحاً بواسطة المحاكم على اختلاف درجاتها قد يصدر عن أحكامهم عن جهل بالقانون، وهم غير معصومين عن مثل هذا الجهل، بل إن بعض أساتذة علم الاجتماع القانونى كالأستاذ كاربونييهلم يُصنف تسجيل ظاهرة جهل مستشارى محكمة النقض بالقانون ضمن الظاهرة العامة للجهل بالقانون، ومع ذلك فلا جزاء يُطبق عليهم^(١٩٦).

تبريرات تطبيق مبدأ الدفع بالجهل بالقانون:

هناك من يُبرر المبدأ على أنه بتحديد تاريخ واضح يصبح القانون نافذاً فى مواجهة الجميع فتتحقق المساواة بين الناس، فلا يستطيع الشخص مهما كانت نفوذه استبعاد تطبيق القانون، لكن يرى البعض أن فكرة المساواة لا تتحقق بتطبيق مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون، لأنه الجهل كان من رجلٍ متخصصٍ فلا جزاء عليه كجهل القضاة للقانون أحياناً.

والدليل على ذلك أنه كثيراً ما تُقر المحكمة العليا بسوء تطبيق القانون من طرف المحاكم الدنيا، ولا يمكن تبرير ذلك على اعتبار الطعن بالنقض جزاء على مخالفة القضاء للقانون؛ لأنه قد ييأس الأشخاص ولا يطعنون بالنقض فيصبح الحكم الصادر عن جهل القاضي للقانون نهائياً، وبالتالي لا يوجد جزاءً حقيقياً لسوء تطبيق القاضي

^(١٩٤) د. حسن عبد الباسط جميعي: المدخل للعلوم القانونية، ٢٠٠٠م، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ١٤٦.

^(١٩٥) مثال ذلك عدم إمام المشرع بغير التشريع.

^(١٩٦) د. أحمد محمد الرفاعى: المدخل للعلوم القانونية، نظرية القانون، كلية الحقوق، جامعة بنها، ٢٠٠٨م، ص ١٤٥.

للقانون، لكن يظل المبدأ أساس ثبره الضرورة الاجتماعية فما الفائدة من وضع قوانين إذا تمكن الأشخاص من استبعادها؟ فالمبدأ مرتبطٌ بالفائدة والأهمية من وجود القانون ذاته، فاستقرار المجتمع يفرض وضع تاريخٍ معينٍ يُعتبر فيه القانون ساري المفعول، فتطبيق القانون يتعطل لو تركنا المجال لكل شخص لإثبات جهله به.

ولكن الطابع الاستبدادي للقانون فيما يتعلق بحماية المصالح الفردية تتضح بشكلٍ جيدٍ عندما أوضحها البعض بقولهم أن "السياسة تُضحى بالفرد من أجل الصالح العام"، والاعتراف بعذر الجهل سيكون تشجيعاً للجهل؛ حيث يجب أن يقرر المشرع رفض هذا العذر لجعل الأفراد يعرفون ويطيعون، والعدل للفرد يقل وزنه بالمصالح الأكبر لإنفاذ العدالة^(١٩٧).

المبحث الثاني

مشكلة تطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني

تمهيد وتقسيم:

في حال إذا ما أشارت قاعدة الإسناد إلى تطبيق قانون دولة أجنبية، فإنه يتعين في البداية التعرف على أحكام هذا القانون، أي مضمونه، ويلي ذلك ضرورة تحديد دور القاضي الوطني في تفسير هذا القانون الأجنبي الواجب التطبيق ومدى خضوع هذا التفسير للرقابة القضائية، ولكن لزاماً علينا قبل معالجة هاتين المسألتين الشائكتين التعرض لمدى التزام القاضي بتطبيق قاعدة الإسناد الوطنية وبيان الأساس القانوني لتطبيق القانون الأجنبي الذي أسندت إليه قاعدة الإسناد وجوبية التطبيق، وذلك من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول: مدى إلزامية قاعدة الإسناد.

المطلب الثاني: أساس تطبيق القضاء الوطني للقانون الأجنبي.

المطلب الثالث: موقف الفقه المصري من أساس تطبيق القانون الأجنبي.

المطلب الرابع: الموقف القضائي المصري من أساس تطبيق القانون الأجنبي.

المطلب الخامس: إثبات مضمون القانون الأجنبي الواجب التطبيق.

المطلب السادس: الرأي الخاص حول مسألة إثبات القانون الأجنبي.

المطلب السابع: مدى جواز اتفاق الخصوم على التنازل عن التمسك بتطبيق

القانون الأجنبي الواجب التطبيق عند تعذر الوصول لمضمونه.

المطلب الثامن: تفسير القانون الأجنبي الواجب التطبيق.

(197) O. W. Holmes: The Common Law, Boston, Little Brown, 1948, p. 48.

المطلب الأول

مدى إلزامية قاعدة الإسناد

الموقف الفقهي من إلزامية قاعدة الإسناد:

يؤكد الفقه المعاصر على التزام القاضى بإعمال قواعد الإسناد من تلقاء نفسه دون حاجة إلى طلب الخصوم ذلك، مما يترتب عليه عظم المهمة المُلقاة على عاتق القاضى بتطبيق القانون الأجنبي الواجب التطبيق والذي أشارت إليه قاعدة الإسناد حتى ولو لم يتمسك به الخصوم، وهذه المهمة تتبع فى واقع الأمر من الصفة الإلزامية لقاعدة الإسناد الوطنية؛ فالمشرع الوطنى قد وجه أمراً إلى القاضى الوطنى بمقتضى قواعد الإسناد الوطنية بتطبيق القانون المختص لا ينبغى عليه مخالفته، وهو ما يترتب عليه بالتبعية اكتساب القانون الأجنبي المشار إليه والواجب التطبيق القوة المُلزمة أمام القاضى الوطنى نتيجة استقرار غالبية نظم القانون الدولى الخاص على إضفاء قوة إلزامية على قواعد الإسناد.

ولكن يثور التساؤل هل يحق للخصوم الاتفاق على استبعاد القانون الأجنبي المختص بمقتضى قواعد الإسناد استناداً إلى عدم تعلقها بالنظام العام عندما تعقد الاختصاص لقانون أجنبي؟ وتظهر أهمية هذا التساؤل بمناسبة صدور حكم محكمة النقض الفرنسية الشهير فى قضية بيزبال "Bisbal" والذي تواتر عليه قضاؤها بعد ذلك- والذي رفضت فيه المحكمة الطعن الذى رفض ما قضت به محكمة الموضوع من عدم تطبيقها للقانون الأسباني من تلقاء نفسها وبررت رفضها للطعن بقولها "أن قواعد الإسناد الفرنسية لا تتعلق بالنظام العام، على الأقل حين تُشير باختصاص قانون أجنبي معين بحكم النزاع"، وتتكشف أهمية التساؤل أيضاً على الصعيد العملى؛ ذلك أن القول بتعلق قواعد الإسناد بالنظام العام سيجعل عليه بالطبع عدم جواز اتفاق الأطراف على ما يخالفها، فى حين أن القول بعدم تعلق قواعد الإسناد بالنظام العام سينتج عنه منح الأفراد فى العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولى مكنة الاتفاق على ما يخالفها، وهو الأمر الذى يتسم بالخطورة.

ويميل الفقه الفرنسى الغالب إلى اعتناق الاتجاه الذى يرفض قيام الخصوم بالاتفاق على استبعاد قاعدة الإسناد إلا فى الحالات التى لا تتعلق فيها قاعدة الإسناد بالنظام العام، والعكس صحيح؛ حيث إنهم يزكون فكرة أن تحديد مدى تعلق قاعدة الإسناد بالنظام العام من عدمه لا يتوقف على إشارتها باختصاص القانون الوطنى أو القانون الأجنبي، وإنما يكون باتصالها بمسألة من المسائل الآمرة أو المكملة فى القانون الداخلى

(الوطني)؛ حيث إن قواعد الاسناد المتعلقة بمسائل الزواج مثلاً تُعد متعلقة بالنظام العام حتى ولو أشارت إلى تطبيق قانون أجنبي، وذلك على اعتبار أن أحكام الزواج في القانون الوطني من القواعد الأمرة التي لا يجوز مخالفتها أو الاتفاق على خلافها، وهو الأمر الذي لا يجوز معه بالتالي للخصوم أن يكون مغزى اتفاقهم هو الاستبعاد لقواعد الإسناد المتعلقة بمسائل الزواج، وعلى العكس من ذلك فإن اتصال قواعد الإسناد بمسائل متعلقة بقواعد مكملة وليست أمره يولد للخصوم إجازة الاتفاق على ما يخالفها أو حتى استبعادها.

أما الرأي الثاني فإنه يرى عدم جواز الاتفاق على ما يخالف قاعدة الإسناد حتى ولو تعلق الأمر بمسائل متعلقة بقواعد مكملة وليست أمره، وذلك على أساس أن قاعدة الإسناد تُشير باختصاص القانون الذي نتج نتيجة بحثٍ ونقاشٍ وتداولٍ وتحريٍّ، وبالتالي فهو القانون الأنسب من وجهة نظر المشرع الوطني والأكثر صلة ووثوقاً بالعلاقة الدولية المطروحة.

المطلب الثاني

أساس تطبيق الفاضي الوطني للقانون الأجنبي

يُعرف القانون الأجنبي بأنه "مجموعة القواعد القانونية المعمول بها في دولة أخرى غير الدولة التي ظهر فيها التنازع"، ولا فرق بالتالي أن تكون قواعد القانون الأجنبي مدونةً مصدرها التشريع أو غير مدونة مصدرها العرف أو القضاء أو الفقه^(١٩٨)، ولقد احتدم الخلاف الفقهي حول الأساس القانوني لتطبيق القضاء الوطني للقانون الأجنبي بين ثلاث نظريات تتلخص في:

أولاً- نظرية الحقوق المكتسبة: *théorie des Droits Acquis*

وبمقتضاها إذا اكتسب شخص ما حقاً في دولة معينة وفقاً لقانونها الداخلي (الوطني) فإنه يتوجب الاعتراف بهذا الحق وتدعيم صحة اكتسابه، وعليه فالقاضي الوطني ليس باستطاعته ولا يملك سلطة التقدير لمدى صحة اكتساب هذا الحق ومدى الاعتراف به من عدمه إلا وفقاً لما تقضى به أحكام القانون الأجنبي الذي نشأ الحق في

(١٩٨) د. حسن الهداوي: القانون الدولي الخاص "تنازع القوانين"، ١٩٩٧م، دار الثقافة، عمان، د. أحمد عبد الكريم سلامة: القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، بدون تاريخ نشر، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ٧٢٧.

كفنه وأكتسب فى ظله وتمتع به صاحبه تأسيساً على أحكامه^(١٩٩)، ويرى البعض أنه "يفترض علم القاضى بالقانون وأن من يدعى حقاً وفقاً لقاعدة قانونية ليس عليه أن يثبت هذه القاعدة إلا فى أحوالٍ نادرة، منها أنه إذا كان القانون الواجب تطبيقه قانون بلد أجنبى غير معروف فى البلد المنظورة فيه الدعوى، جاز لذى المصلحة أن يثبت وجود هذا القانون، غير أن هذا الفرض أصبح وجوده نادراً بسبب تقدم وسائل الاتصال الثقافى وازدياد تبادل المعلومات القانونية وغيرها بين مختلف البلاد"^(٢٠٠).

ولكن هذه النظرية لم تُغن ولم تُسمن من الناحية الواقعية لعجزها عن تقديم أساسٍ سليمٍ وسندٍ قانونى أصيلٍ للحالة التى يُراد فيها ابتداءً اكتساب الحق فى دولة القاضى؛ وبالتالي فهى لا تُقدم العلاج الشافى لمشكلة أساس تطبيق القانون الأجنبى فى مجموعها، أى برمتها، حيث إن القانون الأجنبى لا يقتصر دوره على حماية الحق الذى يُراد اكتسابه وفقاً له وتحت ظله وبمقتضى سلطانه خارج دولة القاضى الوطنى، ولكنه يعتمد بشكلٍ أساسى على تأثيره الفعال فى حالة الحق الذى يُراد كسبه فى دولة القاضى ابتداءً، ومثال ذلك الحالة التى يُراد فيها الحصول على حكم بنفقة زوجية فى دولة القاضى حسب ما تقضى به أحكام القانون الأجنبى باعتباره القانون الواجب التطبيق وفقاً لقواعد الإسناد وهو قانون جنسية الزوج، أضف إلى ذلك أنها تُفسر فقط حالة الحقوق التى نشأت خارج حدود الدولة، فى حين أن الغالب أن ينشأ الحق فى دولة القاضى ولكن يخضع للقانون الأجنبى^(٢٠١).

^(١٩٩) د. سعيد يوسف البستاني: القانون الدولى الخاص، تطور وتعدد طرق حل النزاعات الخاصة الدولية، ٢٠٠٤م، منشورات الحلبي الحقوقية، ص ١٩٧، وانظر أيضاً:

Beale: essai sur le droit international privé Américain, 1923, p. 165.

Schmithaff: droit international privé, 1954, p. 14.

^(٢٠٠) د. سليمان مرقس: أصول الإثبات وإجراءاته فى المواد المدنية، ١٩٩١م، دار النهضة العربية، القاهرة، بند ١٩.

^(٢٠١) حول نقد هذه النظرية راجع د. عكاشة محمد عبد العال: تنازع القوانين، بدون سنة نشر، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ص ٢٣٢، ٢٣٣، د. محمد عبد الخالق عمر: القانون الدولى الخاص الليبى، ١٩٧١م، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ٢٨٣، د. سعيد يوسف البستاني: القانون الدولى الخاص، مرجع سابق، ص ١٩٧ وما بعدها.

ثانياً- نظرية القانون الأجنبي مسألة واقع^(٢٠٢) Théorie de l'élément de fait

ونقطة انطلاق هذه النظرية أن كل قاعدة قانونية تتكون من عنصرين: أولهما مضمون القاعدة، أي العنصر العقلي فيها، ويُقصد به أن تكون القاعدة عامةً ومجردةً، وثانيهما عنصر الأمر والإلزام الذي يصدر من السلطة العامة والذي يمد القاعدة بالقوة الملزمة، ويرى البعض ومنهم الفقيه "BAIFFOL" أن هذا الأساس يُطلق على القاعدة الأجنبية، وأنه حين تمتلك القاعدة الأجنبية هذين العنصرين في دولة المشرع الذي خلقها وابتدعها وأصدرها، إلا أنها تفقد بلا جدال العنصر الأهم وهو عنصر الإلزام، وذلك في حال تطبيقها أمام القضاء الوطني، ولا يبقى للقاعدة الأجنبية سوى العنصر العقلي، وبالتالي فهي تفقد صفتها كقاعدة قانونية وتظهر مجرد واقعة مادية أو عنصر واقعي وليس عنصراً قانونياً^(٢٠٣)؛ حيث يرى آخرون أن "القاضي لا يفترض فيه علم قانون غير قانون دولته"^(٢٠٤).

^(٢٠٢) حول هذه النظرية انظر د. حفيظة الحداد: الموجز في القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، الطبعة الأولى، ٢٠٠٤م، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ص ٣٥.
^(٢٠٣) راجع حول ذلك:

Batiffol et Lagard: droit international privé, 1974, p. 413.

Batiffol: traite de droit international privé, L. G. D. J, T. I, 8 eme edition, 1993, p. 528.

Batiffol et Lagard: droit international privé, 7e ed, Tome I, L. G. . . J, paris 1981, p. 376 ets.

ويذهب جانب من الفقه الأنجلوأمريكي الى تأييد هذه النظرية عن طريق إنكار ظاهرة تطبيق القانون الأجنبي بواسطة القاضي الوطني ؛ لأن الأخير لا يقوم في حقيقة الأمر بتطبيق القانون الأجنبي، وإنما ينحصر دوره في الاعتراف بالحقوق التي نشأت وفقاً لهذا القانون، فالقاضي الوطني بإعماله لقاعدة الإسناد يعترف ضمناً بالحق الذي نشأ في الخارج في ظل القانون الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد، فقاعدة الإسناد عندما تُقرر تطبيق القانون الأجنبي فهي في الواقع ترمي إلى الاعتراف بالحقوق التي أنشئت في ظل هذا القانون ووفقاً لأحكامه، ومن ثم فالقانون الأجنبي لا يعدو أن يكون عنصراً من عناصر الحق الذي نشأ في الخارج أو الواقعة التي أدت إلى اكتساب هذا الحق، وعلى الخصم الذي يريد الاستناد إلى الحق المكتسب في الخارج أن يثبت وجود هذا الحق أمام القاضي الوطني، وهو ما يتم عن طريق إثبات القانون الأجنبي باعتباره السبب في اكتساب الحق، فإذا أقام الخصم الدليل على حقه الذي نشأ وفقاً للقانون الأجنبي توجب على القاضي الوطني أن يعترف بهذا الحق وفقاً لقاعدة الإسناد الوطنية- راجع حول ذلك د. عوض الله شيبه الحمد: الوجيز في القانون الدولي الخاص، الطبعة الثانية،

ويبنى على اعتبار القانون الأجنبي وفقاً لهذه النظرية عنصراً من عناصر الواقع عدم جواز قيام القاضى بتطبيق القانون الأجنبي والبحث عن مضمونه من تلقاء نفسه، وإنما يتعين على الخصوم ضرورة التمسك بتطبيق هذا القانون وعليهم إثبات أحكامه بصورة تامة، كما هو الوضع بالنسبة للوقائع، وأن الخطأ فى تفسير القانون الأجنبي لا يخضع بصورة تبعية لرقابة محكمة النقض؛ لتعلق الأمر بمسألة واقعية، وهو ما يخرج عن ولاية المحكمة المذكورة بوصفها محكمة قانون^(٢٠٥).

ورغم وجهة ما قدمه أصحاب هذه النظرية وفى مقدمتهم الأستاذ باتيفول إلا أنها لم تنجو من سهام النقد؛ فانتقد البعض البداية التى قامت عليها وأن القول بانقتال القاعدة القانونية عبر الحدود مجردة من عنصر الإلزام يحوى جانباً كبيراً من الخطأ والالتباس؛ حيث أشكل عليهم الأمر والتبس؛ فقاعدة الإسناد تلعب دوراً كبيراً ومهماً فى هذا الشأن وأن عنصر الإلزام الذى فقدته القاعدة الأجنبية تسترده عند حضورها أمام القاضى الوطنى هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فقد وقعت هذه النظرية فى خطأ فادح عندما أدعت التشبيه بين القانون الأجنبي ولوائح الشركات؛ حيث إن القاعدة الأجنبية رغم أنها تستمد قوتها الملزمة من قاعدة الإسناد إلا أنها قاعدة عامة ومجردة ولا يمكن أن تتغير طبيعتها هذه عندما يتم تطبيقها أمام القضاء الوطنى، أما لوائح الشركات فتستمد قوتها الملزمة من مبدأ العقد شريعة المتعاقدين المعترف به فى أغلب تشريعات الأمم المتمدينة، وبالتالي فقواعدها ليست قواعد عامة ومجردة يخضع لها الكافة دون تمييز واستثناء.

وقد أيد القضاء الإنجليزى هذه النظرية مبرراً ذلك بحيلة قانونية مؤداها افتراض أن مضمون القانون الأجنبي الذى تشير إليه قاعدة الإسناد مماثل لمضمون القانون الإنجليزى، وهذه الحيلة ترفع عن القاضى الإنجليزى عبء البحث عن مضمون القانون الأجنبي، بمعنى أنه إذا ادعى أحد الخصوم أن حكم القانون الأجنبي الواجب التطبيق

١٩٩٩م، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ٣٧٣، د. فؤاد رياض، د. سامية راشد: الوسيط فى تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائى الدولى، ١٩٨٧م، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ١٦٧، ١٦٨.
(٢٠٤) د. عبد السلام ذهنى: نظرية الإثبات، ١٩٢٢م، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ٩٤.

(٢٠٥) د. إبراهيم أحمد إبراهيم: القانون الدولى الخاص "تنازع القوانين"، ١٩٩٤م، ص ٤٦ وما بعدها، د. هشام صادق، د. عكاشة عبد العال: التنظيم القانونى الموضوعى والإجرائى للعلاقات الخاصة الدولية، الجزء الأول، ٢٠١١م، دار الفتح للطباعة والنشر، الإسكندرية، ص ١٤٠ - ١٤١، د. هشام خالد: دروس فى تنازع القوانين، ١٩٩٨م، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ٦٤، ٦٥، د. هشام صادق: تنازع القوانين، ٢٠٠٧م، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ص ١٤١.

يختلف عن حكم القانون الإنجليزي فعلى هذا الخصم إثبات هذا الاختلاف بإقامة الدليل على المضمون الحقيقي للقانون الإنجليزي، ولذلك استقر القضاء منذ زمنٍ بعيدٍ بمقتضى هذه الحيلة على أن إثبات القانون الأجنبي يتم باعتباره عنصراً من عناصر الواقع، وترتب على ذلك نتائج مهمة، فالقاضي الإنجليزي ليس له أن يسلك طريق الاستعلام القضائي المعروف في النظم الأنجوأمركية للتوصل إلى مضمون القانون الأجنبي، ولا يجوز له أيضاً أن يسعى إلى معرفة مضمونه بوسائله الخاصة، وإذا كان القاضي الإنجليزي على علمٍ بأحكام القانون الأجنبي فإن علمه الشخصي بمضمون هذا القانون يأخذ حكم العلم الشخصي بوقائع الدعوى، ومن ثم يخضع لمبدأ عدم جواز الحكم بناء على علم القاضي الشخصي، وبالتالي فالخصم أمام القضاء الإنجليزي ملزمٌ بإثبات مضمون القانون الأجنبي في كل مرة يدعى فيها مخالفته لمضمون القانون الإنجليزي، وذلك حتى ولو كان قد سبق إقامة الدليل على مضمون هذا القانون في منازعاتٍ سابقة^(٢٠٦).

أما القضاء الفرنسي فقد استقر منذ نهاية القرن التاسع عشر على عدم تطبيق القانون الأجنبي ما لم يتمسك أحد الخصوم بهذا التطبيق، وينبغي على الخصم الذي يستند إلى أحكام قانون أجنبي أن يُقيم الدليل على مضمون هذا القانون، فتطبيق هذا القانون مرهونٌ بإرادة الخصوم، فقد رفضت محكمة النقض الفرنسية في الحكم الصادر عنها في ٧ مارس ١٩٣٨م، وفي الحكم الصادر أيضاً في ٨ ديسمبر ١٩٥٣م فرض رقابتها على تطبيق قاضي الموضوع للقانون الأجنبي؛ حيث يرجع إلى الخصوم مهمة بيان مضمون القانون الأجنبي والكشف عن مضمونه، ولما لم يتمكن الخصوم من ذلك قامت المحكمة بتطبيق القانون الفرنسي دون الاعتداد بالقانون الأجنبي الواجب التطبيق وفقاً لقاعدة الإسناد الفرنسية، وذلك استناداً إلى عدم استطاعة الخصوم إثبات مضمون القانون الأجنبي، وبالتالي التمسك بتطبيقه، وقد استندت محكمة النقض الفرنسية في ذلك إلى أن صعوبة البحث في القانون الأجنبي وأن وظيفة المحكمة تكمن في كفالة تطبيق

(٢٠٦) وقد ذهبت أيضاً بعض أحكام القضاء الإنجليزي إلى الاعتداد بما يُجمع الخصوم على أنه حكم القانون الأجنبي؛ فإذا تم اتفاق الخصوم حول مضمون القانون الأجنبي قبلت المحكمة الإنجليزية الأخذ بهذا المضمون كما هو الحل كواقعة يتفق عليها الخصوم- انظر حول ذلك تفصيلاً د. فؤاد رياض، د. سامية راشد: الوسيط في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص ١٥٢، ١٥١.

القانون الفرنسى وتلاشى اختلاف المحاكم الفرنسية فى تفسير القوانين الصادرة عن المشرع الفرنسى دون غيره هما السببان الرئيسان وراء إصدارها هذه الأحكام^(٢٠٧). ولكن لم يستمر القضاء الفرنسى فى التمسك بهذا الموقف المتشدد ولكنه عمد إلى تطويره فأصدرت محكمة النقض الفرنسية حكم لها فى ٢١ نوفمبر ١٩٦١م فى قضية Montefiere C. colonie du conge bege وقررت فيه "بأنه إذا كان الحكم المطعون فيه يُنكر أو يمسح المعنى الواضح والمحدد للقانون البلجيكى فيتعين نقضه"^(٢٠٨)، وبذلك تكون محكمة النقض الفرنسية بهذا الحكم قد أرست نظرية المسخ denaturation ومعناها أنه إذا كان القانون الأجنبي له مفهوم ومعنى واضح ولا محل للاختلاف حول تفسيره فإنه ليس للمحكمة أن تترك هذا المعنى وتأخذ بمعنى آخر للقانون الأجنبي، وهذا الموقف التطويرى لمحكمة النقض الفرنسية لتعاملها مع القانون الأجنبي والذي فرضت به رقابتها على المسخ بمعناه الذى أوضحناه قد قضى على التشدد الذى كانت تتبعه عندما كانت تكفى بالتحقق من إشارة قاضى الموضوع إلى هذا القانون الذى قامت بتطبيقه دون أن تمتد رقابتها إلى التأكد من صحة تطبيق القاضى وتفسيره للقانون الأجنبي^(٢٠٩).

ونخلص إلى أن محكمة النقض الفرنسية بعد أن أجازت للقاضى الفرنسى البحث عن مضمون القانون الأجنبي^(٢١٠) تغير اتجاهها لتقضى بالتطبيق التلقائى للقانون الأجنبي دون أن يتمسك به الخصوم وفق الحكمين الصادرين فى ١١ أكتوبر و١٨

^(٢٠٧) راجع حول ذلك تفصيلاً:

Batiffol et Lagard: droit international privé, op. cit, T. I. p. 395- 396.

Loussouarn et Bourel: droit international privé, 4 ed, précis Dalloz-paris, pp. 245 et s.

^(٢٠٨) فقد جاء بالحكم:

"un arret pour avoir denature la loi belge en meconnaissant, le sens Claire et précis du texte en cause".

الحكم منشور فى:

Dalloz, 1963, p. 37 note Francesckis.

مشار إليه د. عوض الله شيبية الحمد: الوجيز فى القانون الدولى الخاص، مرجع سابق، ص ٣٦٧، ٣٦٦.

^(٢٠٩) د. عوض الله شيبية الحمد: المرجع السابق، ص ٣٧٦.

^(٢١٠) انظر:

Cass. 1ere civil 2 mars 1960, compagnie algerienne de credit et de banque, v. juris classeur du droit international, T. 3, Dalloz, edition 1998, p. 8.

أكتوبر لعام ١٩٨٨م وانتهت إلى التزام القاضى بتطبيق القانون وبحث جميع عناصر الدعوى^(٢١١).

وبذلك تكون محكمة النقض الفرنسية قد اتبعت موقفين مختلفين بخصوص رقابتها على تفسير القانون الأجنبى: أولهما أنه عندما يكون نص القانون الأجنبى الواجب التطبيق بمقتضى قاعدة الإسناد غامضاً فإن القاضى الوطنى يتمتع بسلطة تقديرية واسعة فى تفسيره دون رقابة محكمة النقض الفرنسية، ثانيهما أنه عندما يكون نص القانون الأجنبى واضحاً ومحدداً فإن قاضى الموضوع يخضع فى تطبيقه وتفسيره لهذا القانون لرقابة محكمة النقض والخطأ فى تحديد مدلول النص يكون مسوغاً كافياً لنقض الحكم^(٢١٢).

وفى حكم لمحكمة النقض الفرنسية اتجهت فيه إلى إلزام القاضى الفرنسى الذى يُطبق القانون الأجنبى بالبحث عن الحل الملائم للنزاع فى القانون الأجنبى الواجب التطبيق كما هو فى دولته^(٢١٣)، كما قضت بأنه واجب على القاضى^(٢١٤)، كما أن القاضى الفرنسى ملتزم بتطبيق القانون الأجنبى بغض النظر عن طبيعته، أى سواء أكان مشروعاً أم غير مشروع كالعرف^(٢١٥)، فالقضاء الفرنسى بهذه الكيفية وعلى هذا النحو لا يخضع لرقابة محكمة النقض الأحكام الصادرة من القضاة الفرنسيين المتعلقة بالبحث عن مضمون القانون الأجنبى الواجب التطبيق وتطبيقه على النزاع المعروف عليهم باعتباره قانوناً ملائماً للنزاع، وذلك دون النظر لطبيعته، ولكنها استثنت من ذلك حالة ما إذا كانت هذه الرقابة ستغير طبيعة القرار^(٢١٦).

وقد اعتنقت محكمة التمييز الكويتية هذه النظرية فى العديد من أحكامها كالحكم الصادر عنها فى ١٤/١/١٩٨١م والذى قضت فيه بأنه لما كان القانون الواجب التطبيق هو القانون الأردنى، فإن من المقرر التمسك بتشريع أجنبى لا يعدو أن يكون

(^{٢١١}) انظر:

Cass. civ. Iere, 11 octobre 1988, Cass. civ. Iere, 18 octobre 1988,

مشار إليه د. باسم هارون: إثبات القانون الأجنبى أمام القضاء الوطنى، بحث منشور بمجلة الفقه والقانون، العدد الواحد والثلاثين، مايو ٢٠١٥م، ص ٨٩، هامش ٣.

(^{٢١٢}) راجع بالتفصيل:

Batiffol et Lagard: droit international prive, op. cit, T. I. p. 397- 398.

Loussouarn et Bourel: droit international privé, op. cit, pp. 262- 264.

(²¹³) Cass. Civil, 24 novembre 1998, NO De pourvoi: 96-15.

(²¹⁴) 6 mars 2001 Cass. Civil,

(²¹⁵) De pourvoi: 00-14785. , NO Cass. Civil

(²¹⁶) De pourvoi: 01-00859. Cass. Civil, NO

مجرد واقعة يجب إقامة الدليل عليها لدى محكمة الموضوع، ولما كانت الطاعنة لم تُقدم صورةً رسميةً من قانون المملكة الأردنية الذي تعنيه بطعنها، فإنه لا يُقبل منها النعي بهذا السبب"، وقضت في حكم آخر لها في ٩/٢/١٩٧٧م أنه "من المقرر أن التمسك بتشريع أجنبي أمام قضاء التمييز لا يعدو أن يكون مجرد واقعة يجب إقامة الدليل عليها لدى محكمة الموضوع، ولما كان ذلك وكانت الطاعنة لم تُقدم صورةً رسميةً من قانون المملكة العربية السعودية الذي تعنيه بطعنها فإن الإستناد إلى أحكامه يكون استناداً إلى واقعة لا دليل عليها"^(٢١٧).

وقد اعتنقت محكمة النقض المصرية هذه النظرية في بعض أحكامها وألقت عبء إثبات القانون الأجنبي على عاتق الطرف الذي يتمسك به، مستندةً في ذلك إلى اعتباره مسألةً من مسائل الواقع التي يتعين على الخصم إثباتها، وقضت في حكم لها بأن "الاستناد إلى قانون أجنبي- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- لا يعدو أن يكون واقعةً ماديةً، وهو ما يُوجب على الخصوم إقامة الدليل عليه"^(٢١٨)، وقضت أيضاً في حكم لها بأنه "المقرر في قضاء هذه المحكمة أن التمسك بقانون أجنبي لا يعدو أن يكون مجرد واقعة يجب إقامة الدليل عليها، وكان مرد هذا القضاء هو الاستجابة للاعتبارات العملية التي لا يتيسر معها للقاضي الإلمام بأحكام ذلك القانون، فإن مناط تطبيق هذه القاعدة أن يكون القانون الأجنبي غريباً عن القاضي يصعب عليه الوقوف على أحكامه والوصول إلى مصادره، أما إذا كان القاضي يعلم بمضمونه أو علمه به مُفترضاً فلا محل للتمسك بتطبيق القاعدة. . ."^(٢١٩).

ولكن قواعد الإنصاف والعدالة بوصفها أساس تطبيق القانون الأجنبي تقتضى استبعاد مسألة واقعية القانون الأجنبي، وكذلك تعليق تطبيق الصفة الإلزامية لقواعد القانون الأجنبي على إرادة الأطراف وفتح المجال أمام إهمالهم البحث عن مضمون هذا القانون الأجنبي، كما أنه لا يجوز معاملة القانون الأجنبي معاملة الواقع ولا يمكن تصنيف قواعد الإسناد في قانون القاضي على أنها غير متعلقة بالنظام العام؛ فهي جزء من القانون وملزمة للقاضي، ويحتفظ القانون الأجنبي بصفته القانونية طالما أنه صدر

(٢١٧) مشار إليه د. هشام خالد: دروس في تنازع القوانين، مرجع سابق، ص ٦٥ - ٦٧.

(٢١٨) انظر الطعن رقم ٨ لسنة ٣٥ ق بجلسته ١٩٦٧/٧/٢٦م، والطعن رقم ٣٧٣ لسنة ٣٦ ق بجلسته ١٩٧٢/١١/١٨م، مجموعة المكتب الفني، السنة ١٣، رقم ٣١٨، ص ١٢٥٧، نقض جلسة ١٩٧٧/١/١٩م، مجموعة المكتب الفني، س ٢٨، رقم ٥٨، ص ٣٧٦، الطعن رقم ١٥٥٥ لسنة ٥٠ ق بجلسته ١٩٨٤/٥/٣١م، مجموعة المكتب الفني، س ٣٠، رقم ٢٩٢، ص ١٥٢٢.

(٢١٩) نقض مدني في الطعن رقم ٢٣١٧ لسنة ٥٩ ق بجلسته ١٩٩٦/٢/٨م، مجموعة المكتب الفني، السنة ٤٧، الجزء الأول، ص ٣١٧.

من سلطة مختصة ويُعامل كقانون في دولته، وكل ذلك من أجل المحافظة على مصالح الأفراد وتوقعاتهم المشروعة وسد الباب أمام تحايلهم على القانون وألا يؤدي سكوتهم عن المطالبة بتطبيق القانون الأجنبي الواجب التطبيق إلى الخضوع لقانون آخر والذي يكون على الأرجح قانون القاضى.

ثالثاً- نظرية الاستقبال أو الاندماج Doctrine de La Réception:

وابتدع هذه النظرية الفقه الإيطالي وارتكز فيها على تصور قاعدة الإسناد على أنها قاعدة بيضاء أو فارغة المضمون تمتص وتستقبل مضمون القوانين الأجنبية التي تُشير قواعد الإسناد إلى تطبيقها على المنازعات الخاصة الدولية؛ ويذهب أصحابها إلى أن قاعدة الإسناد ليست قاعدة غير مباشرة وإنما هي قاعدة موضوعية مثل باقى القواعد الموضوعية الأخرى فى القانون الداخلى يتم تطبيقها على النزاع بصورة مباشرة، ولكن لم يجمع أصحاب هذه النظرية رأيهم على صورة واحدة تُحدد نوع هذا الاستقبال ومداه؛ حيث يذهب الفقه التقليدى إلى أنه سواء أكان الاستقبال مادياً أم موضوعياً فإن القانون الأجنبي يندمج بمضمونه ويذوب فى النظام القانونى الإيطالى ويُصبح جزءاً لا يتجزأ منه، ويقوم القاضى الإيطالى بتطبيقه باعتباره قانوناً إيطالياً وليس قانوناً أجنبياً، ولكن يرى الاتجاه الحديث منهم أن هذا الاندماج يكون اندماجا شكلياً، أى أن القانون الأجنبي يحتفظ- رغم اندماجه فى القانون الوطنى (قانون دولة القاضى)- بمضمونه وقيمه التى أضفاها عليه مشرعه الأجنبي الذى خلقه وأصدره^(٢٢٠).

ويترتب على كون القانون الأجنبي جزءاً لا يتجزأ من القانون الوطنى وفق ما تدعو إليه هذه النظرية أن القاضى يلتزم بتطبيقه من تلقاء نفسه، بل ويُفترض فيه العلم بأحكامه كباقى أحكام القانون الوطنى، أضف إلى ذلك أن القاضى يخضع فى تفسيره للقانون الأجنبي لرقابة محكمة النقض.

وقد ساند هذه النظرية الفقه الألمانى عندما أرتأى أن القاضى الألمانى ملتزم بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي الواجب التطبيق من تلقاء نفسه حتى لو تمسك الخصوم بتطبيق القانون الألمانى، وأن للقاضى الألمانى أن يطلب من الخصوم مساعدته فى الاهتداء إلى أحكام القانون الأجنبي إذا ما تعذر عليه الكشف عن هذا المضمون، ويترتب على ذلك أن القاضى الألمانى لا يجوز له التغاضى عن تطبيق القانون الأجنبي بحجة أن الخصوم لم يتمكنوا من إثباته ولا يجوز له التخلّى عن نظر الدعوى لمجرد أن الخصوم فشلوا فى إثبات القانون الواجب التطبيق؛ لأن فشل الخصوم فى تقديم يد العون

(٢٢٠) د. إبراهيم أحمد إبراهيم: مركز الأجانب وتنازع القوانين، ١٩٩٢م، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ٢٨٥، د. هشام صادق: تنازع القوانين، الطبعة الثالثة، ١٩٧٤م، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص ٢٥٠، ٢٥١.

للقاضى للتعرف على مضمون القانون الأجنبي عند طلبه ذلك منهم لا يعفيه من الالتزام بالبحث عن هذا المضمون وفق ما تقضى به المادة ٢٩٣ من قانون المرافعات الألماني والتي تنص على أن "القواعد العرفية والقواعد النظامية وكذلك قواعد القانون فى دولة أخرى ليست فى حاجة إلى إثبات، إلا فى حدود عدم علم المحكمة بها ولا تلتزم المحكمة فى سبيل تحديد مضمون هذه القواعد القانونية بما قام الخصوم ببيانه، وإنما لها أن تلجأ إلى كافة وسائل العلم وأن تأمر بما تراه ضرورياً لإدراك هذه الغاية"^(٢٢١).

ولكن تعرضت النظرية لموجةٍ شديدةٍ من النقد تمخضت فى سببين رئيسيين لاستبعاد الأخذ بهذه النظرية: أولهما أن افتراض علم القاضى الوطنى بالقانون الأجنبي على نحو افتراض علمه بالقانون الوطنى هو أمرٌ لا يمكن التسليم به البتة، وثانيهما أن القول بأن القاضى الوطنى يقوم بتفسير القانون الأجنبي على النحو الذى يُفسر به القانون الوطنى فيه تجاهل غير مُبرر للظروف البيئية التى أنشئ فيها هذا القانون وصدر فى ظلها؛ إذ يقضى منطق التفسير السليم أن يلتزم القاضى بتفسير القانون الأجنبي على النحو الذى يُفسر به القضاء الأجنبي ذاته^(٢٢٢).

وقد طبقت محكمة النقض البلجيكية فى حكمها الصادر فى ٢١ يونيو ١٩٤١م هذه النظرية عندما مدت رقابتها على تفسير القانون الأجنبي واعتبرت خطأ محكمة الموضوع يخضع لرقابتها بعد أن كانت ترفض قبل ذلك الطعن بالنقض للخطأ فى تطبيق القانون الأجنبي^(٢٢٣)، كما أخذت بها محكمة النقض الإيطالية فى حكمها الصادر فى ١٦ فبراير ١٩٦٦م والذى قالت فيه "أن مبدأ علم القاضى بالقانون يفرض عليه تطبيق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه"^(٢٢٤).

رابعاً- القانون الأجنبي محتفظ بطبيعته القانونية^(٢٢٥):

ويرى أنصارها أنه على الرغم من انتقال أحكام القانون الأجنبي عبر الحدود فإنها تظل محتفظةً بكيانها القانونى دون أن تتغير صفتها الأجنبية، وذلك على أساس أنه

(٢٢١) د. فؤاد رياض، د. سامية راشد: الوسيط فى تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائى الدولى، مرجع سابق، ص ١٥٤، ١٥٥.

(٢٢٢) د. عكاشة محمد عبد العال: تنازع القوانين، مرجع سابق، ص ٣٣٥.

(٢٢٣) انظر:

Vander-Elst "Raymond": droit international privé, Belge et droit conventionnel international, T. I Bruylant Bruxelles 1983, p. 195.

(٢٢٤) د. عوض الله شيبه الحمد: الوجيز فى القانون الدولى الخاص، مرجع سابق، ص ٣٨٠.

(٢٢٥) انظر:

Loussouarn Yvon, Bourel Pierre: droit international privé, Dalloz, 7 eme edition, 2001, p. 276.

خُلِق وأبتدع وصدر وفقاً لظروف وملابسات معينة خارج تنظيم دولة القاضى، ويُشبه أنصار هذه النظرية القانون الأجنبى بالعرف الذى ينشأ ويتكون ويعتاد عليه الأفراد ويُصبح بمرور الزمن مسلكاً مُلزماً لهم بعيداً عن أجهزة الدولة التشريعية، ورغم ذلك يظل العرف محتفظاً بطبيعته القانونية، وما دعت إليه هذه النظرية هو الراجح والأسلم لقوة سنده ومعقولية حجته.

ومن جانبنا نؤيد هذا الاتجاه؛ حيث إن صفة الأجنبى التى يتصف بها القانون ليست المُبرر لتحويله من قانونٍ ملزمٍ إلى مجرد واقعةٍ، وتطبيق القاضى الوطنى للقانون الأجنبى هو امتثالٌ منه لأوامر المشرع وإلا لكان القاضى الوطنى يطبق قانون دولته الوطنية فى كل الحالات ودونما اعتبار للعناصر الأجنبية التى تتخلل المنازعة المطروحة، وضمان هذا التنفيذ والالتزام هو عدم مساس هذا القانون الأجنبى باعتبارات النظام العام السائدة فى دولة القاضى، وكذلك المبادئ الأساسية التى يقوم عليها النظام القانونى فيها، وذلك عن طريق الدفع بالنظام العام كوسيلةٍ من وسائل استبعاد القانون الأجنبى الواجب التطبيق بمقتضى قواعد الإسناد الوطنية، ولما كانت القاعدة القانونية ليست محلاً للإثبات ويقع عبء العلم بها على عاتق القاضى الذى يفترض علمه بها وتفسيرها، فإنه لا يقع على عاتق الخصوم عبء إثبات القاعدة القانونية، ويلتزم القاضى باستظهار الحكم القانونى السليم المنطبق على الواقعة المطروحة أمامه ويُنزله عليها^(٢٢٦)، وهو ما قضت به محكمة النقض المصرية عندما قالت فى حكمٍ لها بأن "تطبيق القانون على وجهه الصحيح لا يحتاج إلى طلب من الخصوم، بل هو واجبٌ القاضى الذى عليه ومن تلقاء نفسه أن يبحث عن الحكم القانونى المنطبق على الواقعة المطروحة عليه، وأن يُنزل هذا الحكم عليها، أياً كان النص القانونى الذى استند إليه الخصوم فى تأييد طلباتهم أو دفاعهم فيها"^(٢٢٧).

(٢٢٦) د. حسام الدين كامل الأهوانى: شرح قانون الإثبات، ٢٠٠٢م، بدون دار نشر، ص ٥٠.
د. محمد سعد خليفة، د. عبد الحميد عثمان: أحكام قانون الإثبات، ٢٠٠٦م، مطبوعات جامعة البحرين، ص ٣٤، أ. محمود صالح: دور القاضى فى الإثبات، بحث منشور بمجلة المحاماة، العددان الخامس والسادس، مايو ويونيو ١٩٨٧م، السنة السابعة والستون، ص ٧٩.
(٢٢٧) انظر الطعن رقم ١٢٦٥ لسنة ٤٧ ق بتاريخ ١٨/٢/١٩٨٢م، مجموعة المكتب الفنى، ص ٢٦١، وكذلك الطعن رقم ١٠٨٣ لسنة ٥٧ ق، بتاريخ ٢٠/٦/١٩٨٩م، مجموعة المكتب الفنى، القاعدة ٢٧٠١، ص ٦٤٠.

الرأى الخاص:

بات التمسك بواقعية القانون الأجنبي وأنه يفقد صفته القانونية بمجرد تعديه حدود الدولة التى صدر عنها جفاءً صريحاً للواقع وتعارضاً غير مبرر للمنطق السليم، فالقانون الأجنبي يبقى مُحْتَفَظاً بصفته القانونية حتى خارج حدود الدولة التى أصدرته طالما أن سنه ونفاذه تم فى الإطار القانونى السليم لدولة مشرعه، ولا يمكننا افتراض علم القاضى بالقانون الأجنبي كعلمه بقانونه الوطنى، وهو ما يُضفى على الأول صفة الواقعية ويُلزم القاضى بتطبيقه وفق إرادة الخصوم ومشيتهم؛ فالقاضى مهمته العلم بالقانون وإثباته ومهمة الخصوم إثبات الوقائع عليه، وهو ما يترتب عليه أن تكون مسألة تطبيق القانون الأجنبي متوقفةً فى المقام الأول على إرادة الخصوم؛ فإن كان هذا القانون الأجنبي خادماً لمصلحتهم الخاصة سيسعون إلى بذل قصارى جهدهم إلى إثباته، وإن كان عكس ذلك سيمتنعون عن إثباته.

وبالتالى فالقانون الأجنبي غير المرغوب فى تطبيقه من جانب الأطراف لتعارضه مع مصالحهم الخاصة يمكن الاستغناء عن تطبيقه والتنازل عنه فى حال ما اتخذ الأطراف موقفاً سلبياً من مسألة إثباته.

كما أن فكرة العدالة والإنصاف والتى تُعد الركيزة الأساسية وراء تطبيق القانون الأجنبي تودى إلى استبعاد إضفاء صفة الواقعية على القانون الأجنبي، وكذلك استبعاد تعليق تطبيقه على إرادة الأطراف ومشيتهم؛ فمن غير الجائز ترك مسألة تطبيق قانون أجنبي أشارت قاعدة الإسناد إلى تطبيقه مُعلقةً على إرادة الأطراف من خلال قيامهم بمساعدة القاضى فى البحث عن مضمون إثبات القانون الأجنبي أو اتخاذ موقفٍ سلبى بعدم البحث، كما أن كون قاعدة الإسناد قاعدة وطنية تصدر عن المشرع الوطنى ولها صفة الإلزام وتُعتبر من النظام العام يُضفى على القانون الأجنبي ترتيباً على ذلك صفة القانونية حفاظاً على توقعات الأفراد ومنعاً لتحايلهم على القانون.

ورغم معقولية معاملة القانون الأجنبي باعتباره قانون إلا أنه يجدر الإيماء أن عملية البحث عن القانون الأجنبي والتثبت منه مسألة ليست باليسيرة، وعلى الرغم من وجود تشريعات تُلزم القاضى الوطنى بإثبات القانون الأجنبي^(٢٢٨) إلا أن هناك من المشرعين من اتجه نحو منح القاضى الوطنى سلطةً تقديريةً تجاه القانون الأجنبي عند البحث عنه

(٢٢٨) كالقانون الدولى الخاص المجرى فى المادة الخامسة منه، والقانون الدولى الخاص النمساوى فى المادة الرابعة منه.

وعدم إلزامه بذلك وتحمله مالا يطبق^(٢٢٩)، وهو ما أيدته أحكام القضاء الفرنسي^(٢٣٠)، ولكن لا يمكن إغفال أن إلزام القاضى الوطنى بالبحث عن القانون الأجنبى الواجب التطبيق يستند إلى فكرة العدالة بوصفها الأساس فى تطبيق القانون الأجنبى وعدم جواز ترك مسألة مهمة كهذه مُعلقةً على إرادة الأطراف وأهواءهم من خلال إهمالهم البحث عن القانون الأجنبى الواجب التطبيق بغرض الفرار من تطبيقه^(٢٣١).

المطلب الثالث

موقف الفقه المصرى من أساس تطبيق القانون الأجنبى

على الرغم من أن غالبية الفقه المصرى قد استقر على أن القانون الأجنبى يتمتع بذات المركز الذى يتمتع به القانون الوطنى، وأن القاضى المصرى مُلزَم بالبحث عن أحكامه من تلقاء نفسه ويخضع فى تطبيقه لهذه الأحكام لرقابة محكمة النقض، ولكنهم اختلفوا حول أساس ذلك فنجد:

الرأى الأول: ويرى أنصاره أن القانون الأجنبى يقوم القاضى بتطبيقه بوصفه قانوناً ولا يفقد هذه الطبيعة ولا ينقلب حاله أمام القاضى الوطنى ويتحول إلى مجرد واقعة، لأن القول بذلك سيجعل من هذا القانون الأجنبى مجرد واقعة وأن القاضى سيطبق واقعة على وقائع، وهو الأمر الذى يُعد غير منطقي، وأن القانون الأجنبى لا يفقد صفته الأجنبية ولكنه يحتفظ بها، وأن القاضى حينما يُطبقه إنما يُطبقه تنفيذاً لأوامر المشرع الوطنى الذى أشار إلى ذلك بموجب قاعدة الإسناد دون أن يترتب على ذلك أن يتم إدماج هذا القانون الأجنبى فى قانون القاضى^(٢٣٢).

^(٢٢٩) كالمشرع الفرنسى فى القانون المدنى الفرنسى لسنة ١٨٠٤م المعدل فى المادة ٢/٣ منه والتي نصت على أنه "لا يؤخذ على قضاة الموضوع يهم نزاعاً متعلقاً بعقد ينطوى على عناصر خارجية دون أن يحددوا بالاستناد إلى أى قانون أصدرها حكمهم، طالما لم يتدفع الأطراف بأى قانون غير القانون الفرنسى فى مادة لا تخضع لأى اتفاقية دولية، وكانوا يتمتعون بحرية التصرف بحقوقهم فيما يتعلق بهذه المادة".

^(٢٣٠) راجع:

De pourvoi: 01-00346. Cass. Civil, 10 decembre 1991, NO

Cass. Civil, 14 mai 1996, No De pourvoi: 01-00202.

De pourvoi: 01-00941. Cass. Civil, 11 juin 1996, No

^(٢٣١) راجع:

Cour de cassation, 1 ère chamber civil, arret no 140 du 31 janvier 2006, pourvoi no: 03- 50093.

^(٢٣٢) د. عز الدين عبد الله: القانون الدولى الخاص، الجزء الثانى، مرجع سابق، ص ٥٧٨.

الرأى الثانى: ويلخصون موقفهم فى أنه "نحن لا نتردد فى اعتبار تطبيق القانون الأجنبى مسألة قانون لا مسألة وقائع، لأنه لا يصح أن تتغير طبيعة القانون فيصبح واقعاً سواء أكان هذا القانون وطنياً أم كان قانوناً أجنبياً، يأمر المشرع بتطبيقه فيصبح جزءاً منه فى حدود التطبيق"^(٢٣٣).

الرأى الثالث: ويرى أصحابه أنه إذا أشارت قواعد الإسناد المصرية إلى تطبيق قانون أجنبى فإن القاضى ملزمٌ بذلك؛ فهو يأتمر بأمر المشرع الذى يرى أن ذلك تحقيق للعدالة بصورتها الكاملة وأن أساس المجاملة غير مُعترف به فى مصر، إذ أن النصوص التشريعية صريحة فى وجوب تطبيق القوانين الأجنبية فى بعض الأحوال^(٢٣٤).

الرأى الرابع: ويرى أن التزام القاضى بتطبيق القانون الأجنبى هو استجابة لما يرمى إليه المشرع فى قواعد القانون الدولى الخاص بصفة عامة وهو تحقيق نوع من التعايش المشترك بين النظم القانونية عن طريق السماح بشكلٍ فعلى لكل نظامٍ قانونى بحكم المسائل التى ترتبط به أكثر من غيره وإلزام القاضى بحسم المنازعات المطروحة عليه وفقاً لما تقضى به أحكام النظام القانونى الحاكم للنزاع^(٢٣٥).

الرأى الخامس: ويؤكد الطبيعة القانونية للقانون الأجنبى مع الاعتراف بصفته القانونية فى ذات الوقت، فإذا كان انتقال القاعدة القانونية الأجنبية عبر الحدود يجردها من عنصر الإلزام فإن دور قاعدة الإسناد الوطنية هو إرجاع عنصر الإلزام لهذه القاعدة القانونية ويبقى للقانون الأجنبى كيانه القانونى وصفته الأجنبية مُحْتَفَظاً بهما، وهو ما يتفق من وجهة نظرهم مع ما يقتضيه المنطق من سلامة وما تتطلبه الأمور من معقولية وما تحتاجه الحلول من مرونة^(٢٣٦).

الرأى السادس: ويرى أن القانون الأجنبى فى ذات مركز القانون الوطنى وأن القاضى ملتمزٌ بتطبيقه من تلقاء نفسه متى أشارت إليه قاعدة الإسناد المصرية وجعلته

(٢٣٣) د. عبد الرازق السنهورى: الوسيط فى شرح القانون المدنى الجديد، دار النشر للجامعات، ١٩٥٦م، ص ٤٥، هامش ١.

(٢٣٤) وجديراً بالإيماء أن هذا الرأى هو المتبع فقهاً وقضاءً فى فرنسا، ولو أن المشرع الفرنسى لم يأت بنصٍ يُشير بشكلٍ صريحٍ إلى تطبيق القوانين الأجنبية فإنه يمكن القول أن تطبيق القانون الأجنبى إنما هو تعبيرٌ عن سيادة المشرع فى بلاده؛ حيث يأمر باستبعاد هذا التشريع وتطبيق هذا التشريع الأجنبى- للمزيد انظر د. حامد ذكى: القانون الدولى الخاص المصرى، الطبعة الأولى، ١٩٣٦م، ص ١٨٠، ١٨١.

(٢٣٥) د. فؤاد رياض، د. سامية راشد: الوسيط فى تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائى الدولى، مرجع سابق، ص ١٨٧.

(٢٣٦) د. هشام صادق: المرجع السابق، ص ٢٥٢.

واجب التطبيق، والقول بخلاف ذلك هو بمثابة إهدار للحكمة التشريعية التي ابتغاها المشرع من وراء تقرير قواعد الإسناد ويهدم علم تنازع القوانين ويضيع جميع فوائده^(٢٣٧).
الرأى السابع: ويقول مترجموه "أنا نؤيد مع الفقه الراجح التزام القاضى المختص بنظر الدعوى بالبحث عن مضمون القانون الأجنبى الواجب التطبيق، ومصدر هذا الالتزام يتزامن ويأتى مع الطابع الإلزامى لقاعدة الإسناد ذاتها التي أشارت إلى تطبيق ذلك القانون الأجنبى، وذلك يؤدى إلى منع تحايل الخصوم بالادعاء بعدم معرفة مضمون القانون الأجنبى وذلك بغرض التنصل من تطبيق أحكامه"^(٢٣٨).

المطلب الرابع

الموقف القضائى المصرى من أساس تطبيق القانون الأجنبى

لقد اعتنقت محكمة النقض المصرية فى العديد من أحكامها الاتجاه القائل بعدم التزام القاضى الوطنى بتطبيق القانون الأجنبى من تلقاء نفسه وأن ذلك يقع على عاتق الخصوم؛ فوجد أنها فى الحكم الصادر عنها فى ٧ يوليو ١٩٥٥م قررت أن "التمسك بتشريع أجنبى أمام هذه المحكمة لا يعدو أن يكون واقعة يجب إقامة الدليل عليها"^(٢٣٩)، وعادت المحكمة مرة أخرى لتؤكد هذا المعنى فى الحكم الصادر عنها فى ٤ أبريل عام ١٩٧٠م والذي قالت فيه "أن الاستناد إلى قانون أجنبى على ما جرى عليه قضاء هذه المحكمة واقعة يجب على الخصوم إقامة الدليل عليها، ولما كانت الطاعنة لم تقدم ما يُثبت أنها تمسكت بهذا الدفاع أمام محكمة الموضوع فإنه يكون سبباً جديداً لا يجوز التحدى به لأول مرة أمام محكمة النقض"^(٢٤٠).

ولكن ما لبث وأن تغير موقف محكمة النقض المصرية وعدلت عن رؤيتها السابقة وجعلت عدم التزام القاضى بتطبيق القانون الأجنبى من تلقاء نفسه وعبء إقامة الدليل عليه الذى يقع على عاتق الخصوم مرهوناً بكون القانون الأجنبى غريباً عن القاضى المصرى ويصعب عليه الوقوف على أحكامه والوصول إلى مصادره، أما لو كان هذا

(٢٣٧) د. إبراهيم أحمد إبراهيم: المرجع السابق، ص ٢٨٨.

(٢٣٨) د. أحمد عبد الكريم سلامة: المختصر فى قانون العلاقات الدولية الخاصة، الطبعة الأولى، ١٩٩٨م، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ٢١٣.

(٢٣٩) الحكم منشور بمجموعة أحكام محكمة النقض، السنة السادسة، ص ٣٤٧.

(٢٤٠) الحكم منشور بمجموعة أحكام محكمة النقض، السنة الواحد والعشرين، العدد الثانى، ص ٥٩٨-٦٠٣.

القانون معروفاً للقاضى المصرى ويستطيع العلم بمضمونه أو كان علمه به مفترضاً فلا محل لعدم إلزام القاضى بتطبيقه من تلقاء نفسه ونقل العبء على الخصوم، وذلك فى حكمها الصادر فى ٦ أبريل ١٩٨٤م والذى جاء فيه أنه "إذا كان من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن التمسك بقانون أجنبى لا يعدو أن يكون واقعةً يجب إقامة الدليل عليها، فإن مرجع هذا النظر هو الاستجابة للاعتبارات العملية التى لا يتيسر معها للقاضى العلم بأحكام ذلك القانون، ولما كان ذلك وكانت المعاهدات الدولية قد أصبحت مصدراً مهماً من مصادر القانون البحرى وطريقةً لتوحيد أحكامه على النطاق الدولى وصارت قواعده بمقتضى هذه المعاهدات قواعد دوليةً معروفةً لدى القضاء البحرى فى كثير من الدول، وكانت مصر قد انضمت إلى المعاهدة الدولية الخاصة بتوحيد بعض القواعد القانونية المتعلقة بسندات الشحن الموقعة ببروكسل فى ٢٥/٨/١٩٢٤م والتى أصبحت تشريعاً نافذ المفعول فى مصر بموجب المرسوم بقانون الصادر فى ٣١/١/١٩٤٤م، وكان بروتوكول هذه المعاهدة قد خول الدول المتعاقدة الحق فى تنفيذها، إما بإعطائها قوة القانون أو بإدخال أحكامها فى تشريعها الوطنى، وكان من المعلوم فقهاً وقضاءً أن إنجلترا قد أدخلت هذه المعاهدة فى تشريعها الداخلى، وقد أصدرت قانون نقل البضائع بحراً لسنة ١٩٢٤م وجعلت أحكامه مطابقةً لأحكام المعاهدة المذكورة التى أصبحت تشريعاً نافذاً فى مصر، فإن علم القاضى بمضمون هذا القانون يكون مفترضاً، ولا يكون ثمة محل لإلقاء عبء إثباته على من يتمسك به"^(٢٤١).

ولكن المحكمة فى أحكامها الحديثة قد اتخذت موقفاً مغايراً تماماً وتبنت فى أحكامها الطبيعة القانونية للقانون الأجنبى وفرضت رقابتها على تطبيق قاضى الموضوع وتفسيره للقانون الأجنبى أسوةً بذلك فى القانون الوطنى، وهو ما يُستفاد من حكمها الصادر فى ١٩ مارس ١٩٦٤م والذى قررت فيه أن "الحكم المطعون فيه قد أخطأ فى تطبيق القانون الأجنبى، وذلك لأن نظام انفصال الذمة المالية يُعد خروجاً على النظام الأصيل الذى فرضه القانون الفرنسى، وهو نظام اشتراك أموال الزوجين، وهو النظام الذى أراده المشرع الفرنسى نظاماً مالياً للزوجين، وافترض أن كل فرنسى قد تزوج على أساسه،

(٢٤١) الحكم منشور فى مجموعة حكام محكمة النقض، السنة ٣٥، الجزء الثانى، ص ٦٠٤.

طالما أنه لم يثبت أن الزوجين قد تعاقدوا قبل الزواج على مخالفته، ولما كانت الزوجة لم تقدم ولم تدعى أنها وزوجها قد تعاقدوا على ما يخالف نظام الاشتراك، وبهذا يكون الحكم المطعون فيه قد أخطأ القانون مما يستوجب نقضه^(٢٤٢).

ولا شك أن محكمة النقض المصرية بناء على عرضنا السابق تبدو غير مقتنعة - على الرغم من أحكامها الصادرة - بأن القانون الأجنبي مجرد واقعة، والدليل هو حكم ١٩ مارس ١٩٦٤م السابق الإشارة إليه، إضافة إلى أنها بعد أن تولت في البداية الحكم بأن القانون الأجنبي مجرد واقعة يتعين على الخصوم إقامة الدليل عليها عادت لتفرض رقابتها على تطبيق قاضي الموضوع للقانون الأجنبي وتفسيره^(٢٤٣).

أما محكمة النقض الفرنسية فقد تعرضت لحق القاضي الفرنسي بالتصدي لبحث مضمون القانون الأجنبي من تلقاء نفسه، انطلاقاً من أن وظيفته الأساسية هي الفصل في النزاع وفقاً لأحكام القانون الواجب التطبيق؛ حيث قررت محكمة النقض الفرنسية أنه "يسوغ لقضاة الموضوع أن يقوموا من تلقاء أنفسهم ببحث وتحديد أحكام القانون الأجنبي الواجب التطبيق"^(٢٤٤).

^(٢٤٢) وتتلخص وقائع الدعوى في أن دائناً أوقع حجراً تنفيذياً على منقولات مدينه الفرنسي الموجودة بمنزل المدين وزوجته، فطلبت الزوجة المحجوز عليها إلغاء الحجز، فدفع الدائن بأن المدعية زوجة للمدين وأنها فرنسيان يخضعان طبقاً للنظام الفرنسي لنظام اشتراك الأموال، مما يستتبع اعتبار المنقولات الموجودة بمنزل الزوجية ملكاً شائعاً لكل منهما، وعليه قضت محكمة الإسكندرية الابتدائية في ٢٤ يونيو ١٩٥٨م بثبوت ملكية المدعية للمنقولات المحجوز عليها وبإلغاء الحجز وأيدت محكمة استئناف الإسكندرية هذا الحكم في ٢٩ مارس ١٩٥٩م - الحكم منشور في مجموعة أحكام محكمة النقض، السنة ١٥، العدد الأول، ص ٢٧٢.

^(٢٤٣) د. أحمد عبد الكريم سلامة: المختصر في قانون العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص ٢٨١.

^(٢٤٤) انظر حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في ١٢ مارس ١٩٦٠م والذي قررت فيه:

"Il est loisible au juge du fond de proceder eux- meme a la recherche et de preciser les disposition du droit etrangere competente".

وانظر كذلك:

- Cass. Civ, 8 oct, 1969, Revue Critique de droit international privé, 1970, p. 684 note M. S. D.
- Trib, gr, inst de la seine 8 oct 1965, journal de droit international p. 637 note kahn.

وفى حكم لمحكمة النقض الفرنسية استجاب فيه القضاء لنداءات الفقه والمنطق التى تُطالب بجعل القاضى مُلتزماً التزاماً رئيساً بالبحث عن مضمون القانون الأجنبى باعتباره صاحب الدور المحورى والأصيل وليس الخصوم أصحاب المصلحة، وأن ذلك لا يمكن أن يحد منه أبداً اتجاه إرادة الخصوم إلى تطبيق هذا القانون وإهمالهم البحث عن مضمونه بغرض التخلص من تطبيقه؛ لأن الأمر متعلق بتطبيق قاعدة الإسناد الوطنية الملزمة التى أشارت إلى اختصاص هذا القانون الأجنبى، ومن ثم تعلقها بسيادة الدولة وهيبتها^(٢٤٥).

المطلب الخامس

إثبات مضمون القانون الأجنبى الواجب التطبيق

تُعد مشكلة إثبات القانون الأجنبى الواجب التطبيق والتعرف على أحكامه من أعمق وأدق مشاكل القانون الدولى الخاص؛ حيث إن القاضى الوطنى - عندما تُشير قاعدة الإسناد الوطنية إلى اختصاص قانون أجنبى - يقوم بتطبيق قانون لم يصدر من المشرع الوطنى لدولته، ولكنه يُطبق قانون دولة صادرٍ من مشرع دولةٍ أخرى أجنبية، ويُقصد بعبء الإثبات بوجهٍ عامٍ هو مهمة إقامة الدليل على الواقعة القانونية مصدر الحق فى الدعوى لمطروحة، فهو جملٌ كبيرٌ ومشقةٌ بالغةٌ ويتوقف عليه مصير الدعوى^(٢٤٦). وقد تعددت الاتجاهات الفقهية وعاصرتها المواقف القضائية حول هذه المسألة على النحو التالى:

أولاً - الموقف الفقهى:

يذهب الفقه المصرى الغالب فى اتجاه تقليدى يسانده جانب من الفقه الفرنسى إلى افتراض علم القاضى الوطنى بالقانون الأجنبى أسوةً بعلمه بالقانون الوطنى، ولكن انتقد الفقه الحديث هذا الاتجاه مُعتزلاً عليه؛ لتأسسه على خطأ موضوعى يتمثل فى أن افتراض علم القاضى الوطنى بتشريع دولةٍ أجنبيةٍ أمرٌ يختلف تماماً ولا وجه لمقارنته بعلم القاضى الوطنى بتشريع دولته الوطنية الذى يتأسس على واقعة نشر قوانين دولته الوطنية فى الجريدة الرسمية، وهو الأمر المفقود بالنسبة للقوانين الأجنبية، أضيف إلى

- Trib, gr, inst de chambray 20 mars 1973, gazette du palais, p. 506.

^(٢٤٥) راجع حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر فى ٢١ يونيه ١٩٨٢م

Cass. Civ, 21 jui, 1982, Revue Critique de droit international privé, 1983, p. 620.

^(٢٤٦) د. أحمد شوقى محمد عبد الرحمن: النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام والإثبات، ٢٠٠٤م، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص ٣٤٣.

ذلك الصعوبات العملية التي تواجه القاضى بمناسبة بحثه عن مضمون القانون الأجنبى الواجب التطبيق، مع تحفظ أصحاب الاتجاه الحديث على أن عدم افتراض علم القاضى بالقانون الأجنبى لا يعفيه من التزامه القانونى بضرورة الاجتهاد بالبحث عن مضمون هذا القانون.

والواقع أن الالتزام بالبحث عن مضمون القانون الأجنبى هو أمرٌ تفرضه القواعد العامة بقانون المرافعات؛ حيث يتعين على القاضى وفقاً لهذه القواعد أن يقوم بتطبيق قواعد القانون على وقائع الدعوى الثابتة دون حاجته لتمسك الخصوم بأحكامه أو حتى قيامهم بالكشف عن مضمونه، ولا يجوز إسقاط هذا الالتزام المُلقى على عاتق القاضى بتطبيق القانون الأجنبى وأن تكون حجةً وسبباً يتذرع به القاضى إلا فى حالة الاستحالة؛ أى إذا استحال عليه التوصل إلى أحكام هذا القانون الأجنبى، ويستلزم الفقه الحديث بالتالى أن يقوم القاضى - فى هذا الفرض - بتسبيب حكمه وتقديم الحجة الكافية المقنعة التى منعه من الكشف عن أحكام القانون الأجنبى فعلياً وإلا كان حكمه قابلاً للطعن عليه بالنقض.

ونحمد للبعض موقفهم عندما أشاروا بأن التزام القاضى بالبحث عن مضمون القانون الأجنبى لا يتنافى البتة مع حقه فى أن يطلب مساعدة الخصوم ويستعين بهم من أجل الوصول لهذا الهدف؛ فقد يُقدم الخصوم أدلةً يكون من شأنها تيسير علمه بالقانون الأجنبى، وهو ما يتطابق مع سعيهم من أجل تحقيق مصلحتهم الخاصة والمُتمثلة فى تطبيق هذا القانون الأجنبى، وعلى الرغم من معاونة الخصوم للقاضى لا يمكن وصفه بالالتزام، إلا أنه ينبغى ألا يقابل ذلك باستشعار الحرج وضيق الصدر من جانب القاضى؛ لأنهم فى واقع الأمر لا يسعون إلا لنفس الهدف الذى يسعى إليه القاضى والمتمثل فى الوصول لمضمون القانون من أجل تسوية النزاع تسويةً عادلةً ونهائيةً، وبالتالي فطريقهم واحدٌ.

ولكن بعد تأرجح القضاء المصرى بين الشدة والتخفيف انتهت محكمة النقض المصرية فى حكمها الصادر فى ٦ فبراير ١٩٨٤م إلى تجديد الآمال الفقهية التى كانت قد تبددت على أثر أحكامها السابقة، وقررت أنه إذا كان من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن التمسك بقانون أجنبى لا يعدو أن يكون مجرد واقعة يجب إقامة الدليل عليها، وكان مرد هذا القضاء هو الاستجابة للاعتبارات العملية التى لا يتيسر للقاضى معها الإلمام بأحكام هذا القانون، فإن مناهة تطبيق هذه القاعدة أن يكون القانون الأجنبى غريباً عن القاضى يصعب عليه الوقوف على أحكامه والوصول إلى مصادره، أما إذا كان القاضى يعلم بمضمونه أو كان علمه مُفترضاً فلا محل للتمسك بتطبيق القاعدة.

وحول ذلك اتجه جانبٌ من الفقه المصرى إلى أن محكمة النقض المصرية قد قامت بإلقاء عبء إثبات والبحث عن مضمون القانون الأجنبي على عاتق القاضى فى حالتين: **أولاهما** إذا كان القانون الأجنبي من القوانين المعروفة لدى القاضى كأن يكون من القوانين التى استقت أحكامها من القانون المصرى ذاته، **وثانيتهما** إذا كان القانون الأجنبي من القوانين التى استمد القانون المصرى أحكامه منها، أما إذا كان غريباً عن القاضى فليس هناك شكٌ فى نقل عبء إثباته على عاتق الخصوم.

كما ذهب غالبية الفقه الحديث إلى أن إلزام القاضى بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي من شأنه أن يكفل الاحترام والتقدير والإلزام لقاعدة الإسناد التى أشارت إلى تطبيقه، ويُمثل مانعاً وجائلاً أمام تحايل الخصوم، وخاصةً ما يتعلق بادعاءات عدم استطاعة التوصل لمضمون القانون الأجنبي الواجب التطبيق بغرض التوصل من تطبيق أحكامه إذا ما كانت تتعارض مع مصالحهم الخاصة.

وإذا كان قد سلمنا بأن القاضى يجب عليه أن يبحث عن مضمون القانون الأجنبي حتى يتمكن من إيجاد حلٍ للنزاع، فالسؤال الذى يثور هو ما الحل إذا لم يستطع القاضى التوصل أو الكشف عن مضمون هذا القانون؟ وللإجابة على هذا التساؤل تعددت الرؤى والاتجاهات على النحو التالى:

الحل الأول - الامتناع عن الفصل فى النزاع:

ذهب جانبٌ من الفقه إلى القول بأن القاضى الذى يتعذر عليه التوصل إلى معرفة أحكام القانون الأجنبي الواجب التطبيق عليه أن يتوقف عن الفصل فى الدعوى ويقضى برفضها وأنه لا ينبغى تطبيق قانون آخر غير القانون الواجب التطبيق والذى أشارت إليه قاعدة الإسناد، وأن هذا الحل هو الأوفق فى حال تراخى الخصوم بسوء نيةٍ عن إثبات مضمون القانون الأجنبي فى نية لاستبعاده^(٢٤٧).

أضف إلى ذلك أن القانون الأجنبي كما يرون أصحاب هذا الحل عنصراً من عناصر الواقع، وبالتالي على القاضى وفق ما تقضى به قواعد قانون المرافعات الحكم برفض الدعوى فى حال عجز المدعى عن إثبات ما يدعيه^(٢٤٨).

^(٢٤٧) انظر:

Batiffol et Lagard: droit international privé, op. cit, p. 404, no. 349.

^(٢٤٨) انظر:

Francescakis (ph): répertoire de droit international, encyclopedie Dalloz, T. 1, 1968, no. 86.

ويُنقَد هذا الرأي باعتبار أن الفصل في النزاع هو وظيفة القاضى وأن تخلفه عن أداء هذه المهمة يُعد إنكاراً للعدالة، ويرد أنصار هذا الرأي بأن إنكار العدالة أفضل من مخالفتها بتطبيق قانونٍ آخر غير القانون الواجب التطبيق، والحق أن كلاً من الأمرين غير جائز؛ فالقاضي لا يمكنه الامتناع عن الفصل في الدعوى وإلا عُذ ذلك نكولاً عن العدالة، كما لا يجوز له مخالفة قاعدة الإسناد وتطبيق قانون آخر غير الذى أشارت إلى تطبيقه، ولكننا نرى من جانبنا أن القاضى بهذه الكيفية يكون قد نأى عن دائرة القانون وأسبر بالمسألة محل النزاع فى دائرة أخرى غير دائرة القانون بقيامه برفض الدعوى؛ لأن رفضها يُصبح بمثابة تفرغ للنزاع من أى قانون يُطبق عليه^(٢٤٩).

كما أنه لا يمكن ان نعاقب الخصوم على إهمالهم أو سوء نيتهم وعلى اعتبار القانون الأجنبى مجرد واقعة بقيام القاضى برفض دعواهم؛ حيث إن القاضى هو المُلتزم الرئيس بالبحث عن مضمون القانون الأجنبى وليس الأطراف، ولكن الأطراف لا يقدمون إلا نوعاً من المساعدة لهذا القاضى لا ترقى لمرتبة الالتزام الأسمى أو الرئيس، وهو ما يؤدي إلى إهمال القاضى وركونه إلى همة الأطراف ونشاطهم فى إثبات مضمون القانون الأجنبى، بل وتهديدهم برفض دعواهم فى حال فشلهم فى القيام بذلك^(٢٥٠).

وتجنباً لما سبق فقد حاول المشرع المصرى فى المادة الأولى فى فقرتها الثانية من القانون المدنى المصرى أن يُجنب القاضى الوطنى عواقب الوقوع فى شباك رفض الدعوى فى حال تعذر التوصل إلى مضمون القانون الأجنبى الواجب التطبيق بأن عرض عليه حزمة من المصادر الاحتياطية يتعين عليه الرجوع إليها عند الضرورة للوصول إلى حل للنزاع؛ حيث نصت على أنه "٢- فإذا لم يوجد نصٌ تشريعى يمكن تطبيقه، حكم القاضى بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد، فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم توجد، فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة"، وهو ما سلكه أغلب المشرعين^(٢٥١)، ولم تأخذ به بعض أحكام القضاء^(٢٥٢).

^(٢٤٩) انظر:

Bischoff (J. M): la compétence du droit francais dans le règlement les conflits de lois, strasbourg 1959, p. 190, no. 169.

^(٢٥٠) انظر:

Motulsky (H): l'office du juge, Melanges Maury, T. I, 1960, P. 341.

^(٢٥١) انظر المادة الرابعة من القانون المدنى الفرنسى والتي حذرت القاضى الفرنسى من رفض الدعوى فى حال سكوت أو غموض أو عدم كفاية نص القانون.

ولذلك فإن تجنب إنكار العدالة يقتضى أن يفصل القاضى فى الدعوى حتى ولو بقانون مغاير عن القانون الواجب التطبيق والذى أشارت إليه قاعدة الإسناد؛ لأنه فى حال تعذر الوصول لمضمون هذا القانون يتولد للقاضى عذر قانونى صلب فى ضرورة إعمال قواعد العدالة والإنصاف بهدف الوصول إلى تسوية نهائية وسريعة للنزاع المطروح^(٢٥٣).

كما أن هذا الرأى قد عفا عليه الزمن وعن نظريته التقليدية القديمة من أن القانون الأجنبى عنصراً من عناصر الواقع؛ حيث استقر الفقه والقضاء الحديث على طبيعته القانونية وإقرارهما الرقابة على تطبيق وتفسير القانون الأجنبى^(٢٥٤).

الحل الثانى- تطبيق المبادئ العامة السائدة فى الأمم المتعدية:

ويرى هذا الاتجاه أنه إذا استحال على القاضى أن يتوصل إلى مضمون القانون الأجنبى فعليه أن يطبق "المبادئ العامة" أو "القواعد العقلانية المستمدة من العقل والمنطق والعدالة" أو "المبادئ السائدة فى الأمم المتعدية"^(٢٥٥).

^(٢٥٢) كالقضاء الأمريكى فى قضية "التون" الشهيرة والتي تتلخص وقائعها فى قيام المدعو "التون" أمريكى الجنسية باصطدام شاحنته بشاحنة تابعة لإحدى الشركات الأمريكية فى المملكة العربية السعودية، فقام برفع دعوى أمام المحكمة الفيدرالية لولاية نيويورك، ولم يتمسك الخصوم (الشركة والمدعى) بتطبيق القانون السعودى، ولكن قرر القاضى تطبيق هذا القانون من تلقاء نفسه باعتباره قانون محل وقوع الفعل الضار، ولكن تعذر على المحكمة التوصل إلى مضمون القانون السعودى وطلب القاضى من المدعى إثبات مضمونه ولكن الأخير لم يفعل فقام القاضى على إثر ذلك برفض دعواه.... وقد ترتب على هذا الرفض حرمان المضرور من حقه فى الحصول على التعويض إفلات المسئول عن الضرر دون عقاب بسبب عدم التوصل إلى مضمون القانون الأجنبى الواجب التطبيق وهو القانون السعودى- للمزيد عن هذه القضية انظر:

David (Cyrille): la loi étrangère devant le juge du fone, paris, 1965, p. 97, no. 121.

^(٢٥٣) د. هشام صادق: مركز القانون الأجنبى أمام القضاء الوطنى، دراسة مقارنة، ١٩٦٨م، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص ٣٢٥ وما يليها.

^(٢٥٤) انظر حكم محكمة النقض المصرية الصادر فى ٢ يونيو ١٩٦٥م، مجموعة أحكام المحكمة، السنة ١٦، قاعدة ١٠٨، ص ٦٧١، وانظر كذلك حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر فى ٢١ نوفمبر ١٩٦١م والمنشور فى:

Revue Critique de Droit International Privé, 1962, p. 329, note Lagarde.

^(٢٥٥) انظر:

وقد تبنت بعض الأحكام الأمريكية والفرنسية هذا الاتجاه، ويقوم هذا الرأي على أساس افتراض تطابق القانون الأجنبي الذي استحال الكشف عن مضمونه مع ما يُسمونه "بالمبادئ العامة السائدة في الأمم المتمدينة"، وهذا الحل يخول القاضي قدراً كبيراً من التحكم قد ينتهي به عملاً إلى تطبيق أحكام قانونه الوطني تحت شعار المبادئ المستقرة^(٢٥٦).

ولكن أنتقد هذا الرأي على أساس اعتماده على فكرة غامضة وغير محددة كفكرة المبادئ العامة السائدة في الأمم المتمدينة لحل غموض وعدم إمكانية تحديد مضمون قانون أجنبي، وهو ما يمكن أن يكون ذريعة أمام تسلط القاضي وتحايله عن طريق استنتاج تلك المبادئ العامة من قانون القاضي، كما أن أعمال هذه المبادئ العامة قد يقتضى من القاضي أن يرجع إلى القانون الأجنبي لاستنتاج تفاصيل المبدأ وضوابطه، وهو ما سيؤدي في النهاية إلى الدوران في حلقة مفرغة لا طائل من وراءها^(٢٥٧).

الحل الثالث - تطبيق القانون الأكثر ارتباطاً بالنزاع:

وأساس هذا الرأي تحقيق الحكمة التشريعية، فإذا كان المشرع يهدف من وراء قواعد الإسناد إلى إخضاع المنازعات ذات الطابع الدولي لأكثر القوانين صلةً بها، فإن الحل البديل والذي يوصلنا لنفس الهدف في حالة تعذر التوصل إلى أحكام القانون الواجب التطبيق هو أن يقوم القاضي باختيار أكثر القوانين صلةً بالنزاع بعد القانون الواجب التطبيق أصلاً^(٢٥٨).

Francescakis (ph): droit naturel et droit international privé, Melanges Maury, T. 1, 1960, pp. 113.

David (Cyrille): la loi étrangère devant le juge du fone, op. cit, p. 110, no. 142.

^(٢٥٦) للمزيد عن هذه الأحكام القضائية تفصيلاً راجع:

Batiffol et Lagard: droit international privé, op. cit, p. 405, no. 349.

^(٢٥٧) ومثال لذلك مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، وهو مبدأ عالم وعالمي معترف به من كافة الدول، فلو أردنا تطبيقه على العقد الذي تعذر التوصل إلى مضمون القانون الأجنبي الواجب التطبيق عليه وافترضنا أن المدعى قد تمسك وفقاً لهذا المبدأ بضرورة مضي خمسون عاماً من وقت إبرام العقد حتى يسقط حقه، فمن المحتمل أن يرفض القاضي المطالبة إذا تمسك المدعى عليه بسقوط حق المدعى بالتقادم، وفي هذه الحالة يجب على القاضي لكي يفصل في النزاع أن يتحرى شروط أعمال المبدأ "مبدأ التقادم في القانون الأجنبي الواجب التطبيق" - للمزيد عن النقد الموجه لهذا الحل انظر:

David (Cyrille): la loi étrangère devant le juge du fone, op. cit, p. 112, no. 144.

^(٢٥٨) د. هشام صادق: مركز القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، مرجع سابق، بند ٣٠٥، د. هشام

صادق: تنازع القوانين، الطبعة الثالثة، ١٩٧٤م، منشأة المعارف، الإسكندرية، وانظر أيضاً:

ولعل فى نص المادة ٢٤ مدنى سندا قى إقرار هذا الرأى؛ حيث حول المشرع المصرى للقاضى بمقتضى هذه المادة سلطة الكشف عن الحل الواجب الاتباع من خلال المبادئ العامة فى القانون الدولى الخاص، وذلك عند سكوت التشريع عن بيان حل التنازع فى المسألة المطروحة. وقد انتقد البعض هذا الرأى؛ على أساس أن الحكمة التشريعية يبحث عنها المشرع وليس القاضى، كما أن المادة ٢٤ مدنى تعالج حالة عدم وجود قاعدة إسناد، ولكننا بصدد قاعدة إسناد ولكن القاضى صعب عليه التوصل لأحكام القانون الذى أشارت إلى تطبيقه.

الحل الرابع- تطبيق القانون الأكثر قرباً فى أحكامه إلى القانون الذى تعذر الكشف عن مضمونه:

اتجه هذا الفريق إلى القول بتطبيق القانون الأكثر اقتراباً فى أحكامه إلى القانون الواجب التطبيق أصلاً، فإذا أشارت قاعدة الإسناد بتطبيق القانون الأمريكى وتعذر على القاضى الكشف عن مضمونه، فله أن يطبق القانون الإنجليزى باعتباره من نفس "العائلة القانونية"^(٢٥٩).

ولكن يُؤخذ على هذا الرأى أنه من الصعب عملاً التأكد من مدى التقارب بين التشريعات المختلفة، كما أنه لا يوجد معيار للاختيار يمكن للقاضى بواسطته من اختيار القانون الأقرب فى أحكامه للقانون الذى تعذر الكشف عن مضمونه إذا كان هناك أكثر من قانونٍ متماثلٍ فى أحكامه لذلك القانون، كما أن هذا الحل قد يُخل بتوقعات الأطراف وعدم استقرار معاملاتهم المالية ويفرض على القاضى البحث فى مختلف قوانين العالم، وهو الأمر الذى يُشكل عبئاً ضخماً يفوق طاقة القاضى وإمكاناته ويُتخذ ذريعةً من أجل إطالة أمد النزاع وفقد المدعى الأمل فى الوصول لحكمٍ يصل به لحقوقه المشروعة، ولا يمكن أن تُغفل السمة الأساسية للتشريعات والنظم القانونية وهى التطور المستمر وفقاً للظروف الاجتماعية والسياسية والاقتصادية والتاريخية التى يمر بها مجتمع كل دولة والتي تختلف بلا شك_ عن مجتمعات الدول الأخرى^(٢٦٠).

David (Cyrille): la loi étrangère devant le juge du fone, op. cit., p. p. 123.

(^{٢٥٩}) انظر:

Dolle (Hans): de l'application du droit etranger par le juge interne, Revue Critique de droit international privé, 1955, pp. 233 et s sp p. 242.

(^{٢٦٠}) د. هشام صادق: مركز القانون الأجنبى أمام القضاء الوطنى، مرجع سابق، ٣٣٢ وما يليها، بند ٢٩٥، د. فؤاد رياض، د. سامية راشد: الوسيط فى تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائى الدولى، مرجع سابق، ص ١٩٣ وما يليها، بند ١٨٥، وانظر كذلك:

الحل الخامس- تطبيق قانون القاضى:

ووفقاً لهذا الرأى إنه إذا ما حاول القاضى الوطنى البحث عن أحكام القانون الأجنبى ولكن تعذر عليه التوصل إلى هذه الأحكام أو لم يتحقق من مضمونها أو اتضح له خلو التشريع الأجنبى من حكم فى المسألة المعروضة فليس عليه إلا الرجوع إلى قانونه الوطنى والفصل فى النزاع وفقاً له، وقد أخذ القضاء الأنجلوأمريكى بهذا الرأى على أساس أنه يفترض تطابق أحكام القانون الأجنبى مع مضمون القانون الوطنى وعلى من يدعى عكس ذلك أن يُقيم الدليل عليه^(٢٦١).

والحق أن تطبيق قانون القاضى يستجيب للاعتبارات العملية، ويتفق بذلك الفقه المصرى القائل بهذا الرأى مع الفقه الفرنسى الذى يذهب إلى تطبيق القانون الوطنى، مُبرراً ذلك بما لقانون القاضى من اختصاصٍ احتياطى^(٢٦٢)، ولم يشأ الفقه الحديث أن يترك الأمر على مصراعيه وما قد يؤدى إليه من نتائج غير مقبولة فى بعض الأحوال فعلق الأخذ بقانون القاضى فى مثل تلك الحالات على شرط صلته بالنزاع المطروح على القضاء^(٢٦٣).

ولا يمكننا قبول دعوة البعض إلى افتراض التماثل بين قوانين جميع الدول بغرض الوصول إلى تطبيق قانون القاضى على النزاع بدلاً من القانون الأجنبى الواجب التطبيق، فقانون كل دولة هو خلاصة ظروفٍ وحاجاتٍ وعاداتٍ وتقاليدي اجتماعية وسياسية ودينية واقتصادية وثقافية، وأنه يتعذر على القاضى الوطنى لدولة معينة التعرف على قوانين أغلب الدول الأخرى فى ظل تقدم علمى وتكنولوجى منقطع النظير.

الحل السادس- الرجوع إلى مصادر القانون الأجنبى المختلفة:

حيث يرى البعض أنه فى حالة تعذر الوصول إلى مضمون القانون الأجنبى الواجب التطبيق فإنه يتعين البحث فى مصادر هذا القانون المختلفة من أجل الوصول إلى حل للنزاع المعروض، وبالتالي فالقاضى إذا كان يبغى إيجاد حل للنزاع فإن عليه أن يبذل

Weill et Alexandre: la loi étrangère devant les tribunaux français, Juris-Classeur "Droit International 1979, fasc 539, no. 152.

^(٢٦١) راجع حول ذلك تفصيلاً:

Webb et Auburn: la présomption d' identité de la loi étrangère et de la loi du for en l'absence de preuve, journal de droit international, 1978. pp. 272 et s.

^(٢٦٢) انظر د. فؤاد رياض، د. سامية راشد: المرجع السابق، ص ١٩١ وما بعدها.

^(٢٦٣) حول هذا القيد المفروض على تطبيق القاضى قانونه الوطنى والنقد الموجه له راجع:

David (Cyrille): la loi étrangère devant le juge du fone, op. cit, p. 123, no. 161.

وانظر أيضاً د. هشام صادق: المرجع السابق، بند ٣٠٥ وما بعده.

مزيداً من الجهد فى البحث فى العرف ومبادئ الشريعة الإسلامية ومبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة والإنصاف بالترتيب؛ حيث إنه من غير الجائز أن يستسهل القاضى تطبيق قانونه الوطنى أو غيره من القوانين المتصلة بأحد عناصر النزاع، فى حين أن المشرع قد استبعدهم بطريقة واضحة وصريحة عندما نص فى قاعدة الإسناد الوطنية على اختصاص هذا القانون الأجنبى دون غيره من القوانين الأخرى^(٢٦٤).

ولكن أنتقد هذا الحل على أساس أن مجال تطبيق هذا الحل يتبلور فى حال عدم وجود نص تشريعى يؤدى إلى حل للنزاع المطروح، بينما نحن بصدد نزاع ذى طابع دولى وأن قاعدة الإسناد قد أشارت إلى تطبيق قانون أجنبى عليه فتعذر التثبيت من مضمونه، وبالتالي فهو ليس تعذر توصل إلى حكم أو قاعدة قانونية واجبة التطبيق فى هذا القانون الأجنبى أياً كان المصدر الذى يُستمد منه هذا الحكم أو تلك القاعدة، والدليل على ذلك أن القاضى يملك سلطة تقديرية فى تقدير الدليل الذى يسوقه الخصوم لإثبات مضمون الحكم الواجب التطبيق على النزاع؛ فيملك سلطة رفض النص التشريعى أو القاعدة العرفية أو المبدأ العام نتيجة عدم اقتناعه بأنه يُعبر تعبيراً دقيقاً عن الحكم المقرر للنزاع المعروض عليه من جانب القانون الأجنبى دون أن يُعد ذلك إنكاراً للعدالة بشرط تسبب ذلك تسبباً كافياً ومقنعاً، ولكنه لا يملك تلك السلطة فى حال انتفاء النص القانونى؛ فهو لا يستطع رفض استنباط حل للنزاع من العرف أو بقية المصادر الأخرى وإلا عُد مُنكراً للعدالة^(٢٦٥).

وبالتالى فأنصار هذا الحال قد التبس عليهم الأمر وأشكل وتصوروا أن مشكلة تعذر الوصول إلى مضمون القانون الأجنبى الواجب التطبيق على النزاع المعروض هى مشكلة نص غائب، ولكن الحقيقة أن النص موجودٌ ولكن كل ما فى الأمر أنه تعذر الوصول إليه والتأكد منه، وهو ما يُبرر خطأ الاعتماد على هذا الحل.

ومن جانبنا نميل لسد الثغرة عند استحالة التوصل إلى مضمون القانون الأجنبى الواجب التطبيق على النزاع بمقتضى قواعد الإسناد الوطنية تطبيق قانون القاضى، وذلك لسببين رئيسيين: أولهما يتمثل فى أنه من البدهى أن المحكمة لا ينعقد لها الاختصاص بنظر منازعة ما إلا إذا كانت هناك رابطة وثيقة وصلته عميقة تربطها بالنزاع، وهو ما يُبرر بناء عليه ارتباط قانون القاضى بالنزاع أيضاً طالما أن المحكمة الوطنية مختصة

^(٢٦٤) انظر د. فؤاد رياض، د. سامية راشد: المرجع السابق، ص ١٩٥ وما يليها، بند ١٨٧.
^(٢٦٥) انظر د. حسام الدين فتحى ناصف: مركز قانون القاضى فى حكم المنازعات الخاصة الدولية، مرجع سابق، ص ٤٤٠، ٤٤١.

بنظره، وثانيهما يتمثل في أنه يجب ألا يفهم أن إشارة قاعدة الإسناد إلى اختصاص هذا القانون الأجنبي بحكم النزاع لا يعنى أنه القانون الوحيد الأكثر صلة وارتباطاً بالنزاع، ولكن يعنى هذا أن هناك تزام وتنازع بين عدة قوانين مرتبطة بالنزاع، ولكن اختار المشرع هذا القانون من بينها لأنه رأى أنه الأقدر على تسويته تسوية نهائية وعادلة، ولكن يجب ألا يكون هذا الإسناد لقانون القاضى مطلقاً، ولكن يجب تقييد سلطة القاضى فى تطبيق قانون القاضى محل القانون الأجنبي الواجب التطبيق والذي تعذر التوصل لمضمونه بقيدين أساسيين:

القيد الأول: ضرورة ألا يكون هناك على ساحة تنازع القوانين قانون أكثر صلة وارتباطاً من قانون القاضى بالنزاع المطروح، ولو وُجد هذا القانون وثيق الصلة بالنزاع أكثر من قانون القاضى الوطنى فيلتزم القاضى بتطبيق هذا القانون دون قانونه الوطنى.

القيد الثانى: ضرورة سد الذرائع أمام تحكم القضاة وتسلبهم عن طريق إلزام القاضى بتسبب حكمه تسبباً كافياً ومقنعاً والذي يقرر فيه تعذر الوصول إلى مضمون القانون الأجنبي والتأكد منه واستحالة تطبيقه ترتيباً على ذلك، ويخضع هذا كله لرقابة محكمة النقض لضمان عدم تسرع القضاة بخصوص هذا الأمر والمحافظة على قيمة ومكانة وكيان ومجال تطبيق القانون الأجنبي على المنازعات الخاصة الدولية.

المطلب السادس

الرأى الخاص حول مسألة إثبات القانون الأجنبي

إن القانون الأجنبي يستمد إلزاميته ووجوبية تطبيقه من إلزامية ووجوبية تطبيق القاضى لقواعد الإسناد الوطنية؛ فإذا كان القاضى مُلزماً بقاعدة الإسناد فإن تطبيق القانون الأجنبي غير ملزم للقاضى؛ لأن القانون الأجنبي ما هو إلا نتيجة طبيعية لما أشارت إليه قاعدة الإسناد، وهى قاعدة مزدوجة الجانب من صنع المشرع الوطنى بغية تحقيق الاستقرار والثبات للمعاملات الدولية ومنازعاتها الخاصة الدولية عن طريق اختيار القانون الملائم لحكمها وتسويتها تسوية عادلة ونهائية، فهى قاعدة وطنية أمره يلتزم القاضى بتطبيقها ولا يجوز للأطراف الاتفاق صراحةً ولا ضمناً على استبعادها وقد ينتج عن تطبيقها إما اختصاص القانون الوطنى أو القانون الأجنبي، ومعلوم أن القاضى عندما تشير قاعدة الإسناد إلى اختصاص القانون الوطنى بحكم النزاع المعروض تقوده النزعة الوطنية والانحياز إلى اعتبار اختصاص القانون الوطنى مسألة متعلقة بسيادة الدولة ولا يجوز مخالفتها.

وبنظرة أكثر واقعية يبين لنا أن القاضى كبشر لا يستطيع الإلمام بكافة قوانين دول العالم الأجنبية، إضافةً إلى قوانين دولته الوطنية خاصةً مع كثرة عدد القضايا وتشعبها وتشابكها فى الوقت الراهن، وأنه إذا كان الخصوم غير مُلزمين فى الأصل بإثبات القاعدة القانونية بوجهٍ عامٍ سواء أكانت قاعدة قانونية وطنية أم أجنبية إلا أنهم يستطيعون التغاضى عن ذلك وأن يضعوا نصب أعينهم- فى المقام الأول- مصالحهم الخاصة، وفى سبيل تحقيق ذلك يتوجب عليهم أن يبذلوا قصارى جهدهم فى مساعدة ومعاونة القاضى المختص للوصول إلى مضمون القانون الأجنبى المختص بحكم النزاع والذى أشارت إليه قاعدة الإسناد، ولكل ذلك سيدّ الأطراف أصحاب الهمم صدرًا رَجَبًا وقبولًا من جانب القاضى الوطنى عندما يقدمون له القواعد القانونية التى يمكن أن تكون لهم عوناً وسنداً للفصل فى الدعوى خاصةً ما يتعلق بقانونٍ أجنبى، وهو ما يتطلب تكاتفًا وتعاونًا صادقًا وحثيثًا من كل الأطراف قضاةً وخصوماً.

وبالتالى فالقانون الأجنبى قانونٌ حقيقى اعترفت به قاعدة الإسناد عندما أشارت إلى اختصاصه ووثقت به كقانونٍ ملائمٍ وقادرٍ على حكم النزاع، والقاضى مُلزمٌ بتطبيقه بموجب قانونه الوطنى حتى ولو لم يطلب الخصوم ذلك، ولا يُشكل ذلك مانعاً للخصوم من إمكانية تقديم النصوص والشروح والتفسيرات لخدمة مصالحهم الخاصة، مما يجعل القاضى أكثر حرصاً على التحقق من صحة هذا القانون الأجنبى، وبالتالي فالتزام القاضى هنا التزامٌ بوسيلةٍ وليس التزاماً بتحقيق نتيجة؛ حيث يجب على القاضى أن يسعى بكافة الوسائل الممكنة والمتاحة من أجل الوصول إلى مضمون القانون الأجنبى الواجب التطبيق وأحكامه وتطبيقها على النزاع المعروض كالفناوى والشروح والتفسيرات والشهادات والأوراق الرسمية سواء أكانت صادرة من سلطات الدولة الأجنبية أو من سفاراتها بالخارج.

ومن المعلوم أنه إذا كان القانون الواجب التطبيق على النزاع المطروح والذى أشارت إليه قاعدة الإسناد قانوناً أجنبياً فإن القاضى وفقاً لقاعدة "المحكمة تعرف القانون jura novit cuira" يُفترض علمه التام بقانونه الوطنى دون افتراض امتداد هذا العلم إلى القانون الأجنبى^(٢٦٦)، ولكن اعتبارات العدالة وقواعد الإنصاف بالتضامن مع الصفة

(^{٢٦٦}) للمزيد حول هذا الرأى راجع:

Bischoff (J. M): la compétence du droit français dans le règlement des conflits de lois, op. cit, p. 188 et s, no. 167.

Brulliard: la convention européenne du 7 juin 1968 relative à l'information sur le droit étranger, Juris- Classeur Periodique "le semaine juridique" 1973, 1. 2580, no. 8.

الأجنبية لقواعد القانون الأجنبي تُحتم على القاضى البحث عن مضمون القانون الأجنبي حتى يتمكن من الفصل فى النزاع المعروض عليه، رغم أن الأصل أن القواعد القانونية سواء أكانت وطنية أم أجنبية لا يجوز أن تكون محلاً للإثبات القضائى بالمعنى الفنى ومساواتها بوقائع الدعوى بوصفها محل الإثبات القضائى فى النزاع^(٢٦٧).

ونتيجة ما يمكن أن يحول دون الوقوف على مضمون القانون الأجنبي من صعوبات تجعل القاضى عاجزاً عن القيام بهذه المهمة، فقد ثبت لدى القضاء المصرى أن الخصوم قد يكونوا على درجة عالية من العلم بمضمون القانون الأجنبي الواجب التطبيق، وهو السبب الرئيس وراء جلبهم القانون الأجنبي ليتم تطبيقه بواسطة القاضى على نزاعهم، وبالتالي يقع عليهم الالتزام الرئيس بإثبات مضمون هذا القانون وليس القاضى، وهو ما أكدته محكمة النقض المصرية فى حكم لها من أن "القانون الأجنبي مجرد واقعة مادية ويجب على الخصوم إقامة الدليل عليه"^(٢٦٨).

وفى حكم لمحكمة النقض الفرنسية استجاب فيه القضاء لنداءات الفقه والمنطق التى تُطالب بجعل القاضى مُلتزماً التزاماً رئيساً بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي باعتباره صاحب الدور المحورى والأصيل وليس الخصوم أصحاب المصلحة، وأن ذلك لا يمكن أن يحد منه أبداً اتجاه إرادة الخصوم إلى تطبيق هذا القانون وإهمالهم البحث عن مضمونه بغرض التخلص من تطبيقه؛ لأن الأمر متعلق بتطبيق قاعدة الإسناد الوطنية الملزمة التى أشارت إلى اختصاص هذا القانون الأجنبي، ومن ثم تعلقها بسيادة الدولة وهيبته^(٢٦٩).

Weill et Alexandre: la loi étrangère devant les tribunaux français, op. cit, no. 86.

(^{٢٦٧}) انظر:

Motulsky (H): l'évolution récente de la condition de la étrangerè, Mélanges Savatier 1965, pp. 681 et s, no. 17, p. 690.

(^{٢٦٨}) انظر حكم محكمة النقض المصرية الصادر فى ١٩٧٨/٣/١م أحوال شخصية، مجموعة أحكام المحكمة الصادرة عن المكتب الفنى، السنة ٢٩، رقم ١٢٨، ص ٦٥١، وحكم محكمة النقض المصرية الصادر فى ١٩٨١/٢/٩م، مجموعة أحكام المحكمة الصادرة عن المكتب الفنى، السنة ٣٢، رقم ٨٧، ص ٤٤٥.

(^{٢٦٩}) راجع حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر فى ٢١ يونيو ١٩٨٢م:

Cass. Civ, 21 jui, 1982, Revue Critique de droit international privé, 1983, p. 620.

طبيعة التزام القاضى الوطنى بالبحث عن مضمون القانون الأجنبى:

اتساقاً مع وظيفة القاضى الرئيسة والمُتمثلة فى الفصل فى النزاع المعروض عليه وفق ما تتضمنه الدعوى من وقائع وأدلة ومستندات، فالقاضى عليه أن يبذل قصارى جهده دون تقصيرٍ منه للوصول إلى حكم قضائى فيه دون أن يكون مُلتزماً بأن يتحمل جزءاً معيناً فى حال إخفاقه فى ذلك، ومن ثم إذا واجهت القاضى صعوبات عملية فى الوصول إلى مضمون القانون الأجنبى فلا تثرىب عليه، ولكن بشرط أن يكون قد بذل عناية الشخص المعتاد، وبالتالي فالتزامه بالبحث عن مضمون هذا القانون الأجنبى التزامٌ بوسيلةٍ أو بذلٍ عنايةٍ^(٢٧٠)، وليس التزاماً بتحقيق نتيجة كما يرى البعض^(٢٧١)، ولكن يتعين أن يكون حكم القاضى مُسبباً تسببياً كافياً فى حال ما إذا تعذر عليه التوصل إلى مضمون القانون الأجنبى الواجب التطبيق حتى لا يكون حكمه معيباً وقابلاً للنقض، ومن خلاله يتم سد الذرائع أمام التعسف والجور المُتمثل فى عدم قيامه باتخاذ كل وسائل المتاحة للوصول إلى مضمون هذا القانون قبل الحكم^(٢٧٢).

(٢٧٠) د. محمد كمال فهمى: المرجع السابق، ص ٤٨٧

(٢٧١) د. هشام صادق: مركز القانون الأجنبى أمام القضاء الوطنى، دراسة مقارنة، ١٩٦٨م، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص ٢٦٣، بند ٢٢٤.

(٢٧٢) وجديرٌ بنا الإيماء أن المشرع فى مصر وفرنسا لم ينظم الوسائل التى يمكن للقاضى الاستعانة بها فى سبيل التوصل لمضمون القانون الأجنبى الواجب التطبيق تنظيمياً قانونياً دقيقاً، ولكنه ترك الأمر مُطلقاً بيد القاضى؛ حيث يمكنه اللجوء إلى الوسائل غير المكتوبة كالخبرة الشفوية وسماع أقوال الخبراء المتخصصين مع استبعاد وسائل الإقرار واليمين وشهادة الشهود، كما يمكنه اللجوء إلى الوسائل المكتوبة كندب الخبراء وتقديم تقارير رسمية مكتوبة، وكذلك المؤلفات الفقهية والنصوص القانونية الأجنبية والأحكام القضائية الوطنية والأجنبية- انظر حول ذلك تفصيلاً د. هشام صادق: مركز القانون الأجنبى أمام القضاء الوطنى، مرجع سابق، ص ٢٧١، بند ٣٢، ص ٢٩١، بند ٢٥٢، ص ٢٩٨، هامش ٢، وانظر أيضاً:

Maury(J): la condition de la loi étrangère en droit francais, Travaux du comite francais de droit international privé, 1948, -1952, p. 115

المطلب السابع

مدى جواز اتفاق الخصوم على التنازل عن التمسك بتطبيق القانون الأجنبي الواجب التطبيق عند تعذر الوصول لمضمونه

عندما تُشير قاعدة الإسناد الوطنية إلى اختصاص قانون أجنبي بحكم النزاع المعروف على القاضى، قد يحدث أن يتعذر على القاضى الوصول إلى مضمون هذا القانون ويُصادفه في ذات الوقت عجز الخصوم أنفسهم عن إثبات وتفسير هذا القانون الأجنبي، وحينئذٍ يجوز التخلي عن تطبيق هذا القانون الأجنبي، وبالتالي استبعاده وتطبيق قانون القاضى بدلاً منه، ولكن الصعوبة تثور عندما تكون أحكام هذا القانون الأجنبي الواجب التطبيق على النزاع واضحة وصريحة ومعلومة تماماً لكل من القاضى والخصوم وتتولد لدى هؤلاء الخصوم الرغبة في استبعاد هذا القانون من مجال التطبيق على نزاعهم فيقوموا بالاتفاق والارتضاء فيما بينهم على حكم قانون القاضى لهذا النزاع^(٢٧٣).

ومن جانبنا نرى أنه وإن كان للخصوم الحق في اختيار القواعد القانونية التي يمكن تطبيقها على ما يمكن أن ينشأ عن تصرفاتهم القانونية المبرمة بينهم وأنه في حال تطبيق قانون أجنبي مُشار إليه بواسطة قاعدة إسناد وارتأى هؤلاء استبعاده من التطبيق وتطبيق قانون القاضى محله فإنه يجب استبعاد هذا القانون، ولكن لا ينبغي ترك الأمر بيد الخصوم مطلقاً من كل قيد، ولكن هناك حزمة من الشروط ينبغي توافرها تتمثل في:

الشرط الأول- أن يكون الاتفاق على التنازل عن تطبيق القانون الأجنبي صريحاً:

فهنا لا يجوز أن يكون التنازل ضمنياً أو مفترضاً، ولكن يتعين أن يكون تنازل هؤلاء الخصوم تنازلاً صريحاً وواضحاً لا لبس فيه ولا غموض، ويترتب على ذلك أن مجرد السكوت لا يمكن تفسيره في هذا المقام على أنه رضاء على التنازل، ولا يجوز للقاضى استخلاص هذا التنازل من مظاهر ودلائل وإمارات، وعليه فلا بد وأن يكون هذا التنازل تنازلاً مكتوباً، ولا يجوز أن يكون شفهيّاً ومن جميع الخصوم^(٢٧٤).

(٢٧٣) انظر:

David (Cyrille): la loi étrangère devant le juge du fone, op. cit, p. 94. no. 116.
Karaquillo(J. P): etude de quelques manifestations de lois d'application immédiate, presses universitaires de france 1977, p. 32, no. 36

(٢٧٤) انظر:

David (Cyrille): la loi étrangère devant le juge du fone, op. cit, no. 116.

الشرط الثانى- ألا يكون الهدف من وراء التنازل التحايل والغش:

فلا يجب أن يكون الغرض الرئيس من وراء اتفاق أطراف النزاع بطريقة صريحة وواضحة على استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق هو التحايل والغش نحو القانون عن طريق الإفلات من أحكام القانون الأجنبي التى قد لا تخدم مصالحهم الخاصة وتطبيق قانون القاضى الذى وجدوا فى أحكامه ما يُحقق أهدافهم وأغراضهم.

الشرط الثالث- أن يتعلق التنازل بحكم من الأحكام غير الآمرة فى القانون

الأجنبى:

ومن العسير التحديد وبدقة للمواد والنصوص الآمرة فى القانون الأجنبي الواجب التطبيق والمراد التنازل عن تطبيقه، ولكن يرى البعض أنه إذ كانت قاعدة الإسناد الوطنية قد أشارت إلى تطبيق هذا القانون الأجنبي فإنه لا صعوبة فى الأمر ويتعين الرجوع لقانون القاضى لتحديد ما إذا كانت المسألة محل النزاع المعروض من القواعد الآمرة أم من القواعد المكلمة؛ لكون القانون الأجنبي غير مُتعلق بالنظام العام فى هذا الصدد، وإنما المتعلق به هى قاعدة الإسناد الوطنية^(٢٧٥).

ولعل الإشكالية تتعسر فى حالة ما إذا كانت المسألة انفرادية الجانب لا يختص بها سوى القانون الأجنبي ولا يمنح فيها الاختصاص لقانون القاضى، وفى هذه الحالة يتبادل الفقه رأيان رئيسان: أولهما يفرق بين وجود قانون أجنبى واحد يمنح لنفسه الاختصاص، وهنا يجب أن يتم البحث والتحرى عن أحكام القانون الأجنبي للتوصل إلى كون المسألة المتنازع عليها يمكن للخصوم التنازل عنها وفقاً له أم أن هذا القانون يحظر تنازل الخصوم صراحةً فيما يتعلق بهذا المسألة، وبين وجود عدة قوانين أجنبية تمنح لنفسها الاختصاص، وهنا يكون من الصعب على القاضى التسليم باتفاق الأطراف على التنازل عن تطبيق القانون الأجنبي وتطبيق قانون دولته الوطنية طالما أن المسألة المطروحة لا

Weill et Alexandre: la loi étrangère devant les tribunaux français, op. cit, no. 63.

Batiffol et Lagard: droit international privé, op. cit, paris, p. 418, no. 351.

Motulsky (H):L'évolution récente de la condition de la loi étrangère, Melanges Savatier 1965, p. 688, no. 4.

(^{٢٧٥}) انظر:

Weill et Alexandre: la loi étrangère devant les tribunaux français, op. cit, no. 64

Motulsky (H) L'office du juge, op. cit, p. 365. no. 44.

تُعد في هذا القانون من المسائل الأمرة^(٢٧٦)، وثانيهما يرى أن تنازل الخصوم عن تطبيق القانون الأجنبي المختص هو بمثابة إنهاء لمشكلة تنازع القوانين بخصوص المسألة المثارة محل النزاع، وبالتالي يُصبح قانون دولة القاضى هو المختص في الأصل بنظر النزاع؛ لأنه القانون الحاكم بلا جدال لأى مسألة لا يثور بصدد تنازع قوانين^(٢٧٧).
 وخلقاً بنا للإيماء أن القاضى والخصوم قد يضطران إلى اللجوء إلى إنابة قانون القاضى بشكل مؤقت واستثنائى عن القانون الأجنبي، وذلك فى حالة الإجراءات الوقتية أو التحفظية^(٢٧٨)، والتي تُعد حالة استثنائية تُتخذ ذريعةً لتطبيق قانون القاضى دون المساس بأصل الحق وموضوعه حتى يتم الفصل فيه بشكل نهائى بمعرفة القانون الأجنبي الواجب التطبيق، وذلك تحقيقاً لمصلحة الخصوم التي يُخشى أن تُهدد بفوات الوقت وطول أمد النزاع وحفاظاً على حقوقهم المشروعة^(٢٧٩)، ويترتب على ذلك أن تبقى ما تم اتخاذه من إجراءاتٍ وقتيةٍ وتحفظيةٍ من جانب القاضى وفقاً لقانون دولته صحيحاً وسليماً دون أن يكون عرضةً للإلغاء أو التعديل أو التصحيح من جانب القانون الأجنبي^(٢٨٠).

(٢٧٦) انظر:

Weill et Alexandre: la loi étrangère devant les tribunaux français, op. cit, no. 64

(٢٧٧) د. حسام الدين ناصف: مركز قانون القاضى فى حكم المنازعات الخاصة الدولية، مرجع سابق، ص ٤١٩.

(٢٧٨) ومن أمثلة الاجراءات التي يُبررها ظرف الاستعجال لتطبيق قانون القاضى الإجراءات اللزوم اتخاذها بصدد دعوى طلاق، وتحديد نفقة وقتية، وحضانة الأطفال أثناء دعوى طلاق الأبوين، وتحديد وصية القاصر.

(٢٧٩) انظر:

David (Cyrille): la loi étrangère devant le juge du fone, op. cit, p. 133.

(٢٨٠) وهو ما أكده القضاء الفرنسى؛ ففي قضية تتعلق بطلاق زوجين إيرانيين قضى بأن القانون الفرنسى هو القانون الذى يُحدد سلطات القاضى فى الأمر بإجراءاتٍ وقتيةٍ، وأن حالة الاستعجال تُبرر تقرير وصية لصالح القاصر الأجنبي وفقاً لأحكام القانون الفرنسى- انظر حكم محكمة باريس الصادر فى ٤ ابريل ١٩٥٢م منشور فى:

Revue Critique de Droit International Privé, 1952, p. 739, note G. H.

مشار إليه د. حسام ناصف: المرجع السابق، ص ٤٢١، هامش ٤.

المطلب الثامن

تفسير القانون الأجنبي الواجب التطبيق

أولاً- دور القاضى فى تفسير القانون الأجنبي:

دور القاضى فى تفسير القانون الأجنبي لا يختلف عن دوره فى تفسير قانونه الوطنى؛ حيث إنه فى الحالتين يبذل قصارى جهده من أجل الوصول إلى نية المشرع، والمقصد من وراء ما أصدره من تشريعات، فعندما يشوب اللبس والغموض والإشكال القاعدة الموضوعية الأجنبية بمناسبة تطبيقها بواسطة القاضى الوطنى فإن الأمر يتطلب بعض التفسير، ومن هنا ثار التساؤل عن كيفية التفسير والقواعد التى سيستعان بها فى سبيل إمارة هذا الغموض والقيام بعملية التفسير؟ هل سيتم إجراؤه بواسطة المبادئ العامة والأحكام المعمول بها فى تفسير القانون الوطنى أم سيقوم القاضى الوطنى بالتفسير وفقاً للنظام القانونى الأجنبي الذى تنتمى إليه القاعدة الموضوعية الغامضة والملتبسة؟

يذهب بعض من الفقه إلى ضرورة أن تتم عملية التفسير للقاعدة القانونية الأجنبية وفقاً للأصول والمبادئ والأفكار السائدة فى النظام القانونى الأجنبي الذى يتضمنها، وأن القول بغير ذلك سيترتب عليه مجموعة من النتائج غير المحمودة والتى من أهمها خلق نوع من التشويه للقانون الأجنبي والاعتداء عليه عن طريق مخالفة ما وضعه من حلول فعلية، أضف إلى ذلك مخالفة قاعدة الإسناد الوطنية ذاتها التى أشارت إلى تطبيق هذا القانون الأجنبي المختص؛ فالنظام القانونى الأجنبي قد حل فى جملته محل النظام القانونى الوطنى بالنسبة للعلاقة الخاصة ذات الطابع الدولى محل النزاع.

وقد لاقى هذا الاتجاه الفقهى مساندةً من بعض تشريعات القانون الدولى الخاص الحديثة، ولكن ما مدى إلزامية الآراء الفقهية والاتجاهات القضائية للقاضى عند تفسيره للقانون الأجنبي الواجب التطبيق؟، أى هل له أن يستأنس ويستعين بها فى أثناء قيامه بعملية التفسير أم أنها حرية تقديرية؟

كما قضت محكمة النقض الفرنسية بأن "القانون الفرنسى هو القانون الواجب التطبيق على الحضنة المؤقتة للطفل الذى يكون أبواه طرفين فى دعوى طلاق منظورة أمام المحاكم الفرنسية"- انظر حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر عن الدائرة الأولى فى ١٣ فبراير ١٩٧٣م منشور فى:

Revue Critique de Droit International Privé, 1974, P. 631, note Topor.

مشار إليه د. حسام ناصف: المرجع السابق، ص ٤٢٢، هامش ٢.

لقد عارض اتجاه فقهي ونفى التزام القاضى بالأراء الفقهية واتجاهات القضاء، ولكنه استثنى من ذلك كون القضاء مصدراً رسمياً من مصادر القانون فى الدولة التى يُراد تطبيق قانونها الأجنبى؛ حيث يتعين فى هذه الحالة أن يتقيد القاضى بالحلول التى قدمتها الأحكام القضائية والمبادئ التى أرستها المحاكم القضائية فى هذه الدولة الأجنبية، أى دولة القانون الأجنبى.

وهناك اتجاه فقهي آخر يبنى فكرة التزام القاضى بالحلول القضائية المستقرة فى دولة القانون الأجنبى الواجب التطبيق دون اعتبار للترقية بين كون القضاء مصدراً رسمياً للقانون فيها من عدمه، ولكنه يخول للقاضى السلطة التقديرية بخصوص التفسير الذى يقدمه أطراف النزاع أو الخبير فى الدعوى؛ فيقابله بالرفض إذا كان مستنداً إلى قضاء عفا عليه الزمن، أو فقه مهجور، أو إذا كان هذا التفسير على نطاق واسع لا يمكن أن يحتمله نص القانون الأجنبى المراد تفسيره، كما أن القاضى غير مقيد من ناحية أخرى باتفاق الخصوم على تفسير معين طالما أنه قد أوضح أسباب ذلك بطريقة كفيلة بإزالة اللبس والغموض.

ثانياً- رقابة المحكمة العليا على تفسير القاضى الوطنى للقانون الأجنبى:

إذا ما قام القاضى الوطنى بتطبيق القانون الأجنبى الواجب التطبيق والذى أشارت باختصاصه قاعدة الإسناد الوطنية وأخطأ فى تأسيس حكمه على قاعدة غير نافذة فى النظام القانونى الأجنبى أو على ترجمة غير دقيقة أو على تفسير غير صحيح لأحكام ذلك القانون وقواعده، وتم رفع الطعن بذلك أمام محكمة النقض لخطأ فى تطبيق القانون أو تأويله أو تفسيره، ويثور التساؤل عن مصير هذا الطعن هل سيتم قبوله أم سيقابل بالرفض؟

موقف محكمة النقض الفرنسية: لقد فرقت محكمة النقض الفرنسية بين أمرين: أولهما الرقابة على أعمال قاعدة الإسناد؛ حيث استقرت أحكامها على نقض أحكام محكمة الموضوع التى لم تُطبق القانون الذى أشارت قاعدة الإسناد الوطنية إلى تطبيقه، على الأقل إذا كان الخصوم قد سبق لهم التمسك أمام محكمة الموضوع بهذه القواعد، وقد لاقى هذا الموقف من جانب محكمة النقض الفرنسية تأييداً وقبولاً من جانب الفقه الفرنسى؛ على أساس أن عدم تطبيق القانون الأجنبى المختص طبقاً لقاعدة الإسناد الوطنية يُشكل انتهاكاً صارخاً لهذه القاعدة الوطنية التى أشارت بتطبيق هذا القانون الأجنبى، وثانيهما متعلق بالرقابة على تفسير القانون الأجنبى؛ فقد استبعدت محكمة النقض الفرنسية أن تفرض رقابتها على المحاكم ذات الدرجة الأدنى إذا ما تبين لها أن هذه الأخيرة قد قامت بتطبيق القانون الأجنبى المختص ولكنها لم تحسن تفسيره، ولكن

أثار هذا الموقف السلبي للمحكمة العليا خلافاً شديداً بين الفقهاء الفرنسيين ما بين مؤيدين ومعارضين، ولكننا نخلص منها إلى أنه يتعين على المحاكم العليا إذا ما أرادت تحقيق مهمتها على توحيد الحلول القضائية السائدة في الدولة أن تفرض رقابتها على تفسير قواعد القانون وطنية كانت أم أجنبية.

ويُحمد لمحكمة النقض المصرية موقفها عندما بسطت سلطاتها الرقابية لتشمل إلى جانب رقابتها على حسن تطبيق القانون المصرى رقابتها كذلك على تطبيق وتفسير القانون الأجنبي.

المبحث الثالث

التزام القاضى الوطنى بالعلم بمضمون القانون الأجنبى الواجب التطبيق

تمهيد وتقسيم:

تقديماً لإنكار العدالة، وفى سبيل تسوية المنازعات المعروضة على القاضى الوطنى تسوية عادلة ومنصفة فإنه يتعين أن يكون عالمياً بالقانون الأجنبى الواجب التطبيق وخبيراً به، ولكن قبل ذلك لابد وأن يكون فى المقام الأول على علم تام بقانون دولته الوطنية فى سبيل توقع تطبيقه بدلاً من القانون الأجنبى الواجب التطبيق والذى قد يتعذر الوصول إلى مضمونه، حيث إنه لا يجوز للقاضى أن يحتج بعدم العلم بالنص وخلو القانون الأجنبى من نصٍ قاطعٍ يتم بواسطته حل النزاع حلاً نهائياً، وهو ما سنتعرض له تفصيلاً فى المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: التزام القاضى بالعلم التام بقانونه الوطنى تقديماً لإنكار العدالة.

المطلب الثانى: التزام القاضى الوطنى بالبحث عن مضمون القانون الأجنبى الواجب التطبيق.

المطلب الأول

التزام القاضى بالعلم التام بقانونه الوطنى تقديماً لإنكار العدالة

إن جهل القاضى الوطنى بأحكام قانونه الوطنى عائقٌ أساسى، وقلة خبرته به عاملٌ رئيس فى إطالة أمد النزاع والعجز عن تسويته، وهذا الجهل بالقوانين النافذة فى دولته الوطنية يتعارض بلا شك مع المبدأ الثابت من أن العدالة سلطة تنشأ من المعرفة^(٢٨١)، والعلم بالتشريعات النافذة يتحقق بالعلم الافتراضى وليس العلم الحقيقى والذى يتحقق بالوسائل القانونية المستقر عليها كالنشر فى الجريدة الرسمية والذى ينتقى معه إمكانية

(٢٨١) انظر:

Akam (A): libres propos sur l'adage nul n'est censé ignorer la loi, R. R. J, 2007, P. 30.

الدفع بالجهل بالقانون وعدم العلم به بمجرد حدوث واقعة النشر لهذا القانون بالوسيلة القانونية المعتمدة^(٢٨٢).

وبخصوص مسألة تفسير هذا القانون النافذ والتي تُعد الطريق نحو تطبيقه تطبيقاً صحيحاً على نحو يُحقق العدالة والإنصاف فإن القاضي الوطني لا تواجهه أية صعوبات بخصوص هذا الأمر؛ حيث إنه بمقدوره الرجوع للحكمة من التشريع والأعمال التحضيرية ومصادر القانون التاريخية لتفسير ما يمكن أن يصعب تفسيره بخصوص هذا القانون، وهو بهذه الكيفية يعمل في منظومته الثقافية والقانونية والتي تُحلل له إمكانية أن يقوم مثلاً بإلحاق بعض الأوضاع القانونية لأحد الأفكار القانونية المسندة عنده بغرض تطبيق القاعدة الموضوعية أو قاعدة التنازع ذات الوظيفة القانونية الوطنية، ويمكننا أن نضرب مثلاً لذلك القانون الواجب التطبيق على الفعل الضار الحادث في مصر والصادر من شخص سوري الجنسية غير بالغ سن الرشد، فإن القانون المصري هو الواجب التطبيق لأنه قانون محل وقوع الفعل الضار^(٢٨٣)، ولكن مسؤولية السورى الذى لم يبلغ سن الرشد هنا مسئولية احتياطية وليست أصلية بموجب نص المادة ١٦٤ من القانون المدنى المصرى^(٢٨٤)، واعتبر القاصر فى حاجة للرقابة إذا لم يبلغ الخامسة عشر، أى ببلوغه هذا السن لا يُعد صغيراً^(٢٨٥)، ولكن لو افترضنا أن المشرع المصرى

^(٢٨٢) تنص المادة (٢٢٥) من الدستور المصرى على أنه "تتشر القوانين فى الجريدة الرسمية خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إصدارها، ويعمل بها بعد ثلاثين يوماً من اليوم التالى لتاريخ نشرها، إلا إذا حددت لذلك ميعاداً آخر. ولا تسرى أحكام القوانين إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها، ومع ذلك يجوز فى غير المواد الجنائية والضريبية، النص فى القانون على خلاف ذلك، بموافقة أغلبية ثلثي أعضاء مجلس النواب".

^(٢٨٣) نصت على ذلك المادة ١/٢١ من القانون المدنى المصرى والتي تنص على أنه "يسرى على الالتزامات غير التعاقدية قانون البلد الذى وقع فيه الفعل المُنشئ للالتزام".

^(٢٨٤) حيث نصت المادة ١٦٧ من القانون المدنى المصرى على أنه

"١- يكون الشخص مسؤولاً عن أعماله غير المشروعة متى صدرت منه وهو مميز.

٢- ومع ذلك إذا وقع الضرر من شخص غير مُميزٍ ولم يكن هناك من هو مسئولٌ عنه، أو تعذر الحصول على تعويضٍ من المسئول، جاز للقاضي أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويضٍ عادلٍ، مُراعياً فى ذلك مركز الخصوم".

^(٢٨٥) حيث نصت المادة ٢/١٧٦ من القانون المدنى المصرى على أنه "ويعتبر القاصر فى حاجة إلى الرقابة إذا لم يبلغ خمس عشرة سنة.....".

لم يُحدد نهاية مرحلة الصغر فى القانون المدنى المصرى فإن القاضى الوطنى سيلجأ إلى مصادر القانون ثم العرف ثم مبادئ الشريعة الإسلامية ثم مبادئ العدالة والإنصاف، فضلاً عن الاعتماد على الفقه والقضاء كمصدرين يستأنس بهما القاضى ويسترشد ليحدد نهاية مرحلة الصغر، وبالتالي فالقاضى يفسر القانون المصرى الواجب التطبيق والمتعلق بالأفعال الضارة المُرتكبة على الإقليم المصرى بحسب مبدأ الأثر المباشر للقانون ولا يتم الاعتماد الرجعى إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك متأثراً بثقافة وبيئة النظام القانونى فى مصر، وبناء عليه فمرحلة تطبيق القاضى لقانونه الوطنى يسبقها مرحلة أخرى تتطلب أعمال متطلبات متعلقة بتفسير هذا القانون وتحديد مدى نفاذه وميعاده وفق فلسفة القاضى وثقافته وحكمة المشرع ومصادر القانون الاحتياطية.

ولما كان مبدأ عدم جواز إنكار العدالة مبدأً عالمياً ذا هدفٍ سامٍ، فقد نص المشرع المصرى فى قانون المرافعات المدنية والتجارية المصرى فى المادة ٢/٤٩٤ منه على أنه "تجوز مخاصمة القضاة وأعضاء النيابة فى الأحوال الآتية..... ٢ - إذا امتنع القاضى من الإجابة على عريضة قُدمت له أو من الفصل فى قضية صالحة للحكم...."، وفى سبيل ذلك يرى البعض أنه حفاظاً على تحقيق العدالة المنشودة فإن القاضى الفرنسى لا بد وأن يلتزم بذات الالتزام الذى يلتزم به قاضى القانون الأجنبى فى حال عدم وجود نص فى القانون الأجنبى يتم تسوية النزاع به تسويةً عادلةً ومنصفةً ونهائيةً هل قاضى القانون الأجنبى كان سيرفض الدعوى ويُعد مُنكراً للعدالة فى هذه الحالة أم أنه سيقبلها ويجتهد للبت فيها وتسويتها والبحث عن حلٍ لها بين طيات نصوصه؟^(٢٨٦).

وبالتالى فإن القاضى الوطنى لا عُذر فى جهله بأحكام القانون الوطنى ولا يستطيع التعلل بعدم العلم بأحكامه وإلا عُد مُنكراً للعدالة ويتعرض للعقوبة المقررة فى المادة (١٢١) من قانون العقوبات المصرى والتي تنص على أنه "كل قاضٍ امتنع عن الحكم أو صدر منه حكم يثبت أنه غير حقٍ وكان ذلك بناءً على سبب من أسباب المذكورة فى المواد السابقة يُعاقب بالعقوبة المنصوص عليها فى المادة (١٠٥) مكرر وبالغزل) وتضمن قانون العقوبات المصرى فى المادة (١٢٢) على أنه "إذا امتنع أحد القضاة فى غير الأحوال المذكورة يعاقب بالغزل وبغرامة لا تزيد عن ٢٠٠ جنيةٍ مصري، ويُعد ممتنعاً عن الحكم كل قاضٍ أبى أو توقف عن إصدار حكم بعد تقديم إليه طلب فى هذا الشأن"، ولعل المقصود بإنكار العدالة هو امتناع القاضى غير المُبرر عن الفصل فى

(^{٢٨٦}) انظر:

Maury (J): la condition de la loi étrangère en droit francais, op. cit, p. 103.

الدعوى، ولا يُعد الامتناع مبرراً للاحتجاج بعدم وجود نص قانوني يحكم الدعوى أو غموض هذا النص أو عدم كفايته، لأن واجب القاضى وجوهه وظيفته هو تفسير النص حال غموضه وتكاملته حال نقصانه والبحث عن القاعدة الواجبة التطبيق حال عدم وجود النص.

المطلب الثانى

التزام القاضى الوطنى بالبحث عن مضمون القانون الأجنبى الواجب التطبيق

كما أن القاضى لا يُعذر فى جهله بأحكام قانون دولته الوطنية فهل القاضى الوطنى مُلتزم بالعلم بمضمون القانون الأجنبى أيضاً أسوةً بالقانون الوطنى؟ بدايةً قد قضت محكمة النقض الفرنسية فى حكم لها بأنه يُقع على القاضى بصدد تطبيق القانون الأجنبى بأن يبحث فى مضمونه بحكم موقعه كقاضى موضوع أو بناء على طلب أحد الأطراف وأن يُعطى للنزاع حلاً يُطابق القانون الأجنبى الواجب التطبيق^(٢٨٧)، ووفقاً لهذا الحكم فإن القاضى الوطنى الفرنسى يبقى مُلتزماً بالفصل وتسوية النزاع المعروض عليه والبحث عن الحل بين طيات أحكام القانون الأجنبى الواجب التطبيق، ويعنى ذلك ضرورة علم القاضى الافتراضى بالقانون الأجنبى الواجب التطبيق، وذلك من خلال النشر فى الجريدة الرسمية المعتمدة وليس العلم الحقيقى؛ فالمنطق القانونى بالعلم لا يعنى الإلزام القانونى بالنسبة إليه، ولكن وسائل الإعلام لهذه القوانين لا تُتخذ فى بلد القاضى الوطنى وليست فى حقيقتها خطاباً له، وإنما تُتخذ فى دولة القانون الأجنبية، مما يُلقى على عاتق القاضى الوطنى حرجاً عندما يفترض علمه بهذه القوانين الأجنبية التى تتباين وتختلف فيما بينها من أحكام^(٢٨٨).

^(٢٨٧) حيث قضت المحكمة بأنه

"il incombe au juge francais qui reconnait applicable un droit étranger d'en rechercher la d'office, soit à la demande d'une partie qui l'invoque, et de donner à la question terneur, soit litigieuse une solution conforme au droit positif étranger"- Cass. Com, 24 juin 2014.

مشار إليه د. عبد الرسول الأسدى، د. محمد شويح: الاعتبارات الداخلية لتفوق قانون القاضى على القانون الأجنبى، بحث منشور بمجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، العدد ٣٣، ٢٠١٧م، ص ٢٧.
^(٢٨٨) د. عز الدين عبد الله: التعليق على الأحكام: طبيعة القانون الأجنبى أمام القضاء الوطنى، بحث منشور بمجلة الجمعية المصرية للقانون الدولى، العدد ١٩٧٠، ٢٦م، ص ١٧٦.

وفى سبيل تعرف القاضى الوطنى على مضمون القانون الأجنبى فإن فقه القانون الدولى الخاص لم يستقر على منهجٍ واحدٍ لعملية التفسير استقراراً تاماً^(٢٨٩)، وهو ما يترتب عليه فتح المجال أمام القاضى الوطنى ليتعرف على مضمون القانون الأجنبى دون تقييد بألفاظ النص، وإنما عليه التتقيب عن نية المشرع وحكمته من وراء إصدار التشريع ونصوصه وطبيعة النظام القانونى الذى ينتمى إليه القانون الأجنبى، وفى إطار ذلك يرى البعض أن القاضى الوطنى ملتزمٌ وهو بصدد بحثه عن حكم القانون الأجنبى فى النزاع المعروض عليه باتباع ذات منهج التفسير المعتمد لديه والسائد عنده عند تفسيره لقانونه الوطنى^(٢٩٠).

ولكن أنتقد هذا المسلك؛ حيث إن القاضى من الطبيعى أن يكون مُلماً بظروف قانونه السياسية والاقتصادية والاجتماعية، ولكنه ليس كذلك بالنسبة للقانون الأجنبى الذى يصعب عليه الإحاطة بظروف إصداره وطبيعة النظام القانونى الذى نشأ فى ظله؛ لأن القانون ضرورةً اجتماعيةً لدولةٍ معينةٍ يُولد من رحم الدولة الاجتماعى والتاريخى والسياسى والاقتصادى، وكذلك الوصول إلى إرادة المشرع الأجنبى وحكمته من وراء إصدار هذا التشريع^(٢٩١)، بينما يرى آخرون أن القاضى الوطنى عند تفسيره للقانون الأجنبى يجب أن يتبع منهج ذلك القانون لأن التفسير جزء لا يتجزأ عن إناطة الاختصاص بموجب قواعد الإسناد الوطنية لحكم القانون الأجنبى.

وبالتالى يتعين على القاضى الرجوع إلى فلسفة النظام القانونى للقانون الأجنبى، وذلك على أساس أن لكل قانونٍ بيئةً خاصةً يتكون وفق ظروفها وأن القاضى الوطنى يتعين عليه حتى مع تشابه القانون الأجنبى مع قانون دولته الوطنية أن يعتمد منهج القانون الأجنبى فى التفسير احتراماً لخصوصية النظام القانونى لكل دولة^(٢٩٢).

^(٢٨٩) انظر:

Loussouarn (Y) et Bourel(P): droit international privé, 10 e éd, Dalloz, 2013, no. 360

^(٢٩٠) انظر:

Carbonnier (J): loi étrangère et jurisprudence étrangère, a propos de l'arret sauthier, client 1935, p. 4.

^(٢٩١) د. غالب الداوى: القانون الدولى الخاص "تنازع القوانين وتنزع الاختصاص القضائى الدولى وتنفيذ الأحكام الأجنبية"، الطبعة الثالثة، ٢٠٠١م، ص ١٦٥.

^(٢٩٢) د. حسن الهداوى: تنازع القوانين وأحكامه فى القانون الدولى الخاص العراقى، ١٩٦٧م، ص ١٣٧.

ونستشف من ذلك أن القاضى الوطنى وهو بصدد البحث عن مضمون القانون الأجنبى وتفسيره قد يجد نفسه أمام فرضين: أولهما أن يكون القانون الأجنبى منتقياً إلى ذات العائلة القانونية أو المجموعة القانونية كالقوانين العربية مثلاً، وهنا يجوز له الاستئناس والاسترشاد بذات المصادر التى أوردتها المادة الأولى من القانون المدنى المصرى والتى نصت على أنه "١- تسرى النصوص التشريعية على جميع المسائل التى تتناولها هذه النصوص فى لفظها أو فى فحواها. ٢- فإذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه، حكم القاضى بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد، فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم توجد، فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة."، ثانيهما أن يكون القانون الأجنبى غريباً ولا ينتمى إلى ذات المجموعة القانونية التى ينتمى إليها القانون الأجنبى، وهنا لن يراعى القاضى التدرج الوارد فى المادة الأولى من القانون المدنى لاختلاف مصادر القانون لدى القوانين العربية عن القوانين الأنجلوأمريكية أو الأنجلوسكسونية، وهو ما سيدعوه إلى تطبيق قانون دولته الوطنية فى حال عجزه عن الوصول لمضون القانون الأجنبى من أجل حسم النزاع وتقدير أمده وتحقيق العدالة.

الفصل الثانى

الدفع بالجهل بالقانون وسيلة لاستبعاد القانون الأجنبى الواجب التطبيق فى القانون الدولى الخاص

تمهيد وتقسيم:

عدم المشرعون على المستويين الوطنى والدولى إلى تقنين مسألة الدفع بالجهل بالقانون الأجنبى الواجب التطبيق فى محاولة منهم لإزالة الصعوبات التى تُواجه القضاة عند تسوية المنازعات الخاصة الدولية ومحاولة معالجة الإشكالات المترتبة على تطبيق هذا الدفع، وهو ما سنستعرضه من خلال هذا الفصل متبعين التقسيم التالى:

المبحث الأول: الموقف التشريعى الوطنى والدولى من الدفع بالجهل بالقانون الأجنبى الواجب التطبيق.

المبحث الثانى: الموقف الفقهى من الأساس القانونى للدفع بالجهل بالقانون الأجنبى الواجب التطبيق كوسيلة لاستبعاده فى مسائل الأهلية.

المبحث الثالث: شروط الدفع بالجهل بالقانون الأجنبى الواجب التطبيق.

المبحث الرابع: إشكاليات الدفع بالجهل بالقانون الأجنبى الواجب التطبيق.

المبحث الخامس: أثر الدفع بالجهل بالقانون الأجنبى الواجب التطبيق.

المبحث الأول الموقف التشريعى الوطنى والدولى من الدفع بالجهل بالقانون الأجنبى الواجب التطبيق

تمهيد وتقسيم:

ومن خلال هذا المبحث سنتناول الموقف التشريعى الوطنى وكذلك الدولى من مسألة الدفع بالجهل بالقانون الاجنبى الواجب التطبيق كوسيلة لاستبعاده من التطبيق على المنازعة الخاصة الدولية متبعين التقسيم التالى:

المطلب الأول: الموقف التشريعى الوطنى من الدفع بالجهل بالقانون الأجنبى الواجب التطبيق.

المطلب الثانى: الموقف التشريعى الدولى من الدفع بالجهل بالقانون الواجب التطبيق.

المطلب الأول الموقف التشريعى الوطنى من الدفع بالجهل بالقانون الأجنبى الواجب التطبيق

تأثر المشرعون فى أغلب دول العالم بقضاء محكمة النقض الفرنسية فى قضية ليزاردى، وكذلك بالموقف الفقهى من الدفع بالجهل بالقانون الأجنبى الواجب التطبيق فى مسألة الأهلية كوسيلة لاستبعاد هذا القانون الأجنبى وتطبيق قانون القاضى، وهو ما ترتب عليه اعتكاف هؤلاء المشرعين على تقنين هذا الدفع وتضمينه تشريعاتهم الوطنية وإضفاء شرعية على هذا الدفع وصياغة النصوص التشريعية الصريحة التى تُقر بإمكانية الدفع بالجهل بالقانون الأجنبى الواجب التطبيق.

فالمشرع الفرنسى نص فى المادة ٢٢٩١ من القانون المدنى الفرنسى سنة ١٨٠٤م على أن "نقص الأهلية المُقرر وفقاً للقانون الوطنى لأحد الأطراف يمكن أن يُعتبر غير نافذٍ فى مواجهة الطرف الآخر ذو الجنسية المختلفة والذى كان يجهل نقص الأهلية وتعاقد بدون رعونةٍ فى دولة لا يقبل قانونها نقص الأهلية هذا".

أما المشرع السويسرى فى القانون المدنى السويسرى فى المادة ٧/ب من القانون الصادر عام ١٨٩١م فقد نص على أن "الأجانب الذين لا يمكنهم ممارسة الحقوق المدنية، والذين يُبرمون تصرفات قانونية فى سويسرا، لا يمكنهم الاحتجاج فيها بنقص أهليتهم، إذا كانوا أهلاً وفقاً لنصوص القانون السويسرى".

وكذلك المشرع البرتغالي في المادة ١/٢٨ من القانون المدني البرتغالي لسنة ١٩٦٦م والتي نصت على أن "التصرف القانوني الذي يقوم به في البرتغال شخص ناقص الأهلية طبقاً لقانونه الشخصي المختص، لا يمكن أن يُعتبر باطلاً في الحالة التي يكون فيها القانون الوطني البرتغالي، إذا كان القانون الواجب التطبيق يُعتبر هذا الشخص راشداً".

وبخصوص المشرع المصري فقد أدرك أنه من العسير على من يتعامل مع أحد الأجانب الإلمام بالقواعد المتعلقة بأهليته وبوجه خاص متى كان مظهره لا يدع مجالاً للشك في كمال أهليته^(٢٩٣)، وبناء عليه تبني هذا الدفع ونص عليه في المادة ١/١١ من القانون المدني المصري والتي نصت على أنه "ومع ذلك ففي التصرفات المالية التي تعقد في مصر وتترتب آثارها فيها، إذا كان أحد الطرفين أجنبياً ناقص الأهلية وكان نقص الأهلية يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الآخر تبيته، فإن هذا السبب لا يؤثر في أهليته".

وقد سار على ذات النهج الذي سارت عليه التشريعات السابقة المشرع النمساوي في المادة ٣٦ من القانون المدني النمساوي الصادر في عام ١٨١١م، والمشرع اليوناني في المادة ٩ من القانون المدني اليوناني الصادر في ١٥ مارس ١٩٤٠م والذي دخل حيز التنفيذ في ٢٣ فبراير ١٩٤٦م، والمشرع البولوني في المادة ١٠ من القانون البولوني الصادر عام ١٩٦٥م، والمشرع الإيطالي في المادة ٢/١٧ من الدستور الإيطالي الصادر في ٢٧ ديسمبر عام ١٩٤٧م والذي دخل حيز التنفيذ في أول يناير عام ١٩٤٨م، والمشرع التشيكوسلوفاكي في المادة ٢/٣ من القانون الصادر في ٤ ديسمبر ١٩٦٣م.

وإذا كانت التشريعات السابقة قد اتفقت على الأخذ بالدفع بالجهل بالقانون الأجنبي الواجب التطبيق كوسيلة لاستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق على مسألة الأهلية، إلا أنها اختلفت حول مجال هذا الدفع؛ فمنها من قصره على التصرفات المالية دون غيرها كالقانون المصري والذي أحسن المشرع صنفاً في رأى البعض حينما سلك هذا المسلك؛ لأنهم يرون أنه من الملائم اقتصار هذا الدفع على مجال التصرفات المالية في مصر دون التصرفات الأخرى المتعلقة بالأسرة والمواثيق والعقارات الواقعة في الخارج^(٢٩٤)، وقد سار على ذات النهج الذي سار عليه المشرع المصري كل من المشرع

(٢٩٣) راجع مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، الجزء الأول، ص ٢٤٣.

(٢٩٤) د. عز الدين عبد الله: المرجع السابق، ص ٢٣٧.

السورى والعراقى، وهناك من التشريعات من أخرج مجالات علاقات الأسرة والموارىث والعقارات الواقعة فى الخارج من مجال تطبيق الدفع كالتشريع الألمانى واليونانى والسويسرى والبولونى والبرتغالى والإيطالى، ومن التشريعات من حدد مجال تطبيق الدفع بمجال عقود المنفعة المادية دون غيرها والتي تُبرم لإشباع الحاجات العادية للحياة اليومية كالتشريع الهنغارى^(٢٩٥).

المطلب الثانى

الموقف التشريعى الدولى من الدفع بالجهل بالقانون الواجب التطبيق

نصت بعض الاتفاقيات الدولية على مشروعية الدفع بالجهل بالقانون الأجنبى الواجب التطبيق كوسيلة لاستبعاده من مجال التطبيق على مسألة الأهلية؛ حيث نصت المادة الحادية عشرة من اتفاقية روما المبرمة فى ١٩ يونيو ١٩٨٠م الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية على أنه "فى العقد المبرم مع شخص يوجد فى نفس البلد فان الشخص الطبيعى الذى قد يكون أهلاً وفقاً لقانون هذا البلد لا يمكنه التمسك بنقص أهليته الناتج عن قانون آخر، إذا كان المتعاقد الآخر لحظة إبرام العقد يعلم بنقص الأهلية أو لم يجهله إلا بسبب رعونة من جانبه".

أما اتفاقية جنيف والتي أبرمت الأولى فى ٧ يونيو عام ١٩٣٠م والتي تحكم بعض مسائل تنازع القوانين المتعلقة بالكميالة والسند الإذنى، والثانية المبرمة فى ١٩ مارس عام ١٩٣١م وتتعلق بتنازع القوانين بشأن الشيك، فبعد أن أقرتا فى المادة ١/٢ منهما على مبدأ تطبيق القانون الشخصى على مسألة الأهلية أعترفتا فى الفقرة الثانية من ذات المادة بإمكانية اخضاع الأهلية لقانون آخر عند الاقتضاء حيث نصت على أن "الشخص الذى يكون ناقص الأهلية وفقاً للقانون المشار إليه فى الفقرة السابقة. . . يعتبر مع ذلك مُلزماً إذا كان قد أعطى توقيعه على إقليم بلد وفقاً لقانونها كامل الأهلية". وقد لاقى الدفع بالجهل بالقانون الأجنبى الواجب التطبيق تأييداً واسعاً من معهد القانون الدولى فى دورته المنعقدة فى كامبريدج عام ١٩٣١م والذي قرر أن "صحة التصرف المالى البحت بين الأحياء، والذي يتم خارج البلد الذى يحكم قانونها أهلية الشخص، يكون خاضعاً بالنسبة لهذه الأهلية لقانون محل العقد شريطة: ١- أن يكون

(٢٩٥) حول مجال الدفع بالجهل بأحكام القانون الأجنبى الواجب التطبيق بالتفصيل راجع:

Guinand (Jean): les conflits de lois en matière de capacité, nêuchatel 1970, p. 55.

محل العقد قد أبرم مع فرد يستقر في البلد الذي أبرم فيه العقد ويجهل نقص أهلية المتعاقد. ٢- أن يُنتج العقد آثاره في هذا البلد^(٢٩٦).
وبعد أن لاقى الدفع التأييد التشريعي الوطني والدولي على النحو الذي بيناه فقد أضحى طليق العنان أمام القيام بدوره في تأمين سلامة واستقرار المعاملات المالية والتصرفات القانونية التي تُبرم على إقليم الدولة وتوفير الحماية اللازمة للمتعاقد حسن النية في مجال الأهلية، وبناء عليه إذا توافرت الشروط والمعايير المنصوص عليها لقيام الدفع فإنه يُعطل تطبيق القانون الأجنبي الواجب التطبيق على الأهلية بمقتضى قواعد الإسناد على الأهلية ويحل محله قانون القاضى.

المبحث الثانى

الموقف الفقهى من الأساس القانونى للدفع بالجهل بالقانون الأجنبي الواجب التطبيق كوسيلة لاستبعاده فى مسائل الأهلية

تمهيد وتقسيم:

بعد أن اتفق الفقه على أهمية الحكم الصادر من محكمة النقض الفرنسية الصادر عام ١٨٦١م وأنه بالإمكان استبعاد القانون الواجب التطبيق على مسائل الأهلية وإحلال قانون القاضى محله وتطبيقه عليها، اختلفوا حول الأساس القانونى للدفع بالجهل بالقانون الواجب التطبيق كوسيلة لاستبعاده، فمنهم من رأى أن الاستبعاد فى هذه الحالة للقانون الأجنبي يجب أن يبنى على أساس فكرة المصلحة الوطنية، بينما يرى آخرون تأسيسه وبناءه على فكرة النظام العام أو الأمن المدنى أو الوضع الظاهر، بينما الثالث يُدعى الاعتماد على فكرة الإثراء بلا سبب، وسوف نُورد هذه الآراء تفصيلاً فى المطالب الآتية:

المطلب الأول: الرأى الأول: فكرة المصلحة الوطنية.

المطلب الثانى: الرأى الثانى: فكرة الإثراء بلا سبب.

المطلب الثالث: الرأى الثالث: فكرة الأمن المدنى.

المطلب الرابع: الرأى الرابع: فكرة النظام العام.

المطلب الخامس: الرأى الخامس: فكرة حماية الوضع الظاهر.

المطلب السادس: الرأى السادس: فكرة الجهل المغتفر بأحكام القانون الأجنبي الواجب تطبيقه.

^(٢٩٦) راجع فى ذلك:

Francescakis (PH):repertoire de droit international ncylopedie, op. cit, no. 73.

المطلب الأول

الرأى الأول: فكرة المصلحة الوطنية

ويرى أنصاره أنه يمكن تأسيس الدفع بالجهل بالقانون الأجنبي الواجب التطبيق فى مسائل الأهلية تمهيداً لاستبعاده وتطبيق قانون القاضى محله على فكرة حماية المصلحة الوطنية، وأن المقصود بالمصلحة الوطنية فى هذا المقام هى مصلحة الطرف الوطنى، فمصلحة الوطنى من مصلحة الوطن وأن الأمر متعلق بسيادة الدولة والتزامها بتوفير الحماية لمواطنيها فيما يبرمونه من عقود^(٢٩٧).

ولكن فكرة المصلحة الوطنية فى حقيقتها تحمل جوراً وتعسفاً لا مجال لتطبيقه فى القانون الذى وُضع فى الأصل خصيصاً لتحقيق مبدأ المساواة أمام القانون بين الجميع أفراداً ومؤسسات دون تفرقة بين الوطنى والأجنبى، وبالتالي فواجب على القاعدة القانونية ألا تعتمد إلى ضياع حقوق الأجنبى وإهدار مبدأ المساواة بتفضيلها الوطنى على الأجنبى والتميز بينهما فى مجال كسب الحقوق وتحمل الالتزامات المترتبة على تصرفاتهم القانونية، أضف إلى ذلك استحالة الاعتماد على هذه الفكرة لاستبعاد القانون الأجنبى الواجب التطبيق والذى أشارت إليه قاعدة الإسناد؛ لأنه سيترتب عليه استبعاد جميع القوانين الأجنبية الواجبة التطبيق على كل العلاقات العقدية التى يكون أحد أطرافها أجنبياً ويكون قانونه الأجنبى هو الواجب التطبيق، وهو ما يتنافى مع مبادئ القانون الدولى الخاص والغرض من وجوده، ولا يغيب عن الأذهان أن الترتيب المنطقى هو قيام النزاع وتكييفه وتحديد قاعدة الإسناد الخاصة به، ثم القانون الواجب التطبيق من أجل التوصل لحل نهائى لهذا النزاع، ولكن فكرة المصلحة الوطنية من شأنها العصف بهذا الترتيب ووضع حل مسبق للنزاع قبل كل ذلك^(٢٩٨).

^(٢٩٧) انظر د. جابر جاد عبد الرحمن: المرجع السابق، ص ٥٩٠ وما بعدها، د. محمد كمال فهمى: أصول القانون الدولى الخاص، الطبعة الثانية، ١٩٨٣م، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، ص ٥٥٨ وما بعدها، فقرة ٤٢٠.

وانظر أيضاً حول ذلك:

Jean Guinand: les conflits de lois en matiere de capacite, these, Neuchatel 1970, no. 70 pp, 52 et s.

^(٢٩٨) راجع حول ذلك:

Batiffol et Lagard: droit international privé, op. cit.

Batiffol (Henri): influence de la loi française sur la capacite civile des etrangers en France, 1929, p. 245.

ولكل ما سبق فهذه الفكرة غير ملائمة لتبرر- وبحق- استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق في شأن الأهلية؛ لأن الأخذ بها يُنشئ قاعدة عامة لصالح جماعة الوطنيين يُحرم بمقتضاها الأجانب من التمتع بأى حماية قانونية عند الاقتضاء ضد هؤلاء الوطنيين، ولكن يقتضى أن يستفيد من الدفع العادل الجميع- وطنيين وأجانب- حتى وإن أُستبعد قانونهم الشخصى.

المطلب الثانى

الرأى الثانى: فكرة الإثراء بلا سبب

ويرى معتقو هذا الرأى أنه لما كان الأجنبى قد تعاقد على الإقليم الوطنى مع الوطنى ويسعى إلى إبطال العقد عن طريق التمسك بنقص أهليته فإنه يكون قد أثرى بلا سبب على حساب المتعاقد الآخر الذى تعاقد معه، وهو ما يُبرر وجوب تطبيق قانون القاضى واستبعاد القانون الأجنبى الواجب التطبيق^(٢٩٩).

ولكن لم تسلم فكرة أصحاب هذا الرأى من سهام النقد فاتهمم البعض بأن الأمر قد التبس عليهم وأُشكل وأنهم لم يصلوا بعد إلى الغرض الحقيقى من وراء تقرير الدفع؛ حيث إن القضاء كان يحمى المتعاقد مع الأجنبى ناقص الأهلية حتى ولو لم يُحقق هذا الأجنبى أى إثراء، وإن كان الإثراء هو الوضع الغالب في هذه الحالة، وهو ما نصت عليه المادة ١٧٩ من القانون المدنى المصرى من أنه "كل شخص، ولو غير مميز، يثرى دون سبب مشروع على حساب شخصٍ آخر، يلزم في حدود ما أثرى به بتعويض هذا الشخص عما لحقه من خسارة، ويبقى هذا الالتزام قائماً ولو زال الإثراء فيما بعد"، ويرى البعض أن الأخذ بهذه الفكرة لن يُلزم الأجنبى ناقص الأهلية وحده، بل سيُلزم أيضاً الوطنيين ناقصى الأهلية^(٣٠٠)، وأنه بالنظر إلى الأثر المترتب على تلك الفكرة سيؤدى إلى حصر طلبات الطرف الذى تم الإثراء على حسابه في أقل القيمتين: مقدار النفع العائد على الأجنبى أو مقدار ما افتقر به هو، وهو ما يختلف جذرياً عن الأثر المترتب على استبعاد القانون الأجنبى الواجب التطبيق والذي يتمثل في تطبيق قانون

(٢٩٩) انظر:

Niboyet (J. P): cours dr droit international privé francais, 2 e éd, 1949, no. 549.

(٣٠٠) راجع حول هذا النقد:

Batiffol et Lagard: droit international privé, op, cit, no. 491.

4e éd, paris, 1967, no. 531. , droit international privé :Henri) (Batiffol

القاضى وتصحيح بنود وشروط والتزامات وحقوق الأطراف وفقاً له، وهو ما دعا الفقه يعزف عن فكرة الإثراء بلا سبب كأساس لتبرير استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق فى حالة نقص الأهلية^(٣٠١).

المطلب الثالث

الرأى الثالث: فكرة الأمن المدنى

ويرى أنصارها أن مسألة استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق وتطبيق قانون القاضى محله على مسألة الأهلية متعلقة بالدرجة الأولى برغبة المشرع فى حماية المصلحة الوطنية عن طريق حماية المعاملات والتصرفات التى تُجرى على الإقليم الوطنى وتأمين سلامتها^(٣٠٢)، وأن المقصود بالمصلحة الوطنية المراد حمايتها هى مصلحة الدولة التى أبرم العقد على إقليمها، أى دولة القاضى، حيث إن الائتمان العام فى تلك الدولة يتهدد بتطبيق القانون الشخصى فى هذه الحالة، وهو ما يقتضى حمايته بوصفه الواجب الأول الذى يقع على عاتق القضاء مراعاته فى أحكامه^(٣٠٣).

ولكن فى الواقع أن هذه الفكرة تقوم على الخيال وتصطدم بالواقع الذى يقرر أن استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق متوقف على شروط من ضمنها شرط حسن النية وأن المتعاقد عند تعاقدته كان معذوراً وفقاً لظروف وملابسات التعاقد، وأنه فى حال عدم وجود هذا الشرط لن يكون هناك مجال لتطبيق الدفع بالجهل واستبعاد القانون الأجنبي، بل سيطبق القانون الأجنبي على المسألة محل النزاع، وأنها قد تنتج أثرها وتثبت فاعليتها فى حالة ما إذا كان القصد منها تسهيل المعاملات التجارية للتجار الوطنيين وإعفاءهم من الاستفسار والاستعلام عن جنسية المتعاقدين معهم أو أحكام قوانينهم الأجنبية، وهو ما لا يحدث على الإطلاق^(٣٠٤).

(٣٠١) انظر:

Niboyet (J. P): traite de droit international privé, T. v, 1948, no. 1538.

(٣٠٢) انظر:

Francescakis (ph): repertoire de droit international, op. cit, no. 77.

(٣٠٣) انظر:

Batiffol (Henri): influence de la loi francaise sur la capacité civile de étrangers en France, op, cit, no. 245.

(٣٠٤) راجع حول ذلك تفصيلاً:

Pierre Mayer: droit international privé, précis domat, 2e éd, 1983, p. 414, no. 512.

ولما كان الدفع بالجهل بالقانون الواجب التطبيق كوسيلة لاستبعاد القانون الواجب التطبيق على مسألة الأهلية في المعاملات التي تتم على الإقليم الوطنى قد شُرع في ظاهره لحماية مصلحة الدولة الوطنية، ولكنه في حقيقته شُرع لمصلحة الأفراد الخاصة، والدليل على ذلك أنه لو كان الأمر متعلقاً بمصلحة الدولة لنص المشرع على اختصاص قانون القاضى، أى قانون الدولة التي يجرى على إقليمها التصرف بالتطبيق دون النظر لمدى قيام الشروط أو إنتفائها في جانب المتعاقد الوطنى، وبالتالي فلا دور لفكرة الأمن المدنى في هذا المجال.

المطلب الرابع

الرأى الرابع: فكرة النظام العام

ويرى أصحاب هذه الرأى أن فكرة النظام العام تستوجب استبعاد القانون الأجنبى الواجب التطبيق وإحلال قانون القاضى محله بخصوص مسائل الأهلية، وأن نقص أهلية المتعاقد الأجنبى وجهل المتعاقد الآخر بهذا مع إبرام العقد على الإقليم الوطنى فيه مخالفة لأسس ومبادئ النظام العام فى الدولة التي أبرم التصرف على إقليمها^(٣٠٥).

ولكن تاه أصحاب هذا الرأى فى ضلالته وتردوا فى جهالته؛ حيث إن النظام العام يقوم على مخالفة الأسس والأفكار الرئيسة التي يحميها كل من القانونين الوطنى والأجنبى وحدوث تعارض شديد بينهما يصل إلى درجة استحالة فكرة الاشتراك القانونى بينهما، وقد وضع المشرع الدفع بالنظام العام كدفع استبعادى للقانون الأجنبى الواجب التطبيق فى هذه الحالة، أما بخصوص الأهلية فاختلف القانونين بخصوص سن الرشد لا يعنى انقطاع التقارب والاشترك بينهما، فما الإشكالية عندما يحدد أى قانون أجنبى سن الرشد بثمانية عشر عاماً مثلاً، بينما يحدده القانون المصرى بواحد وعشرين عاماً؟ فهل يكفى هذا مبرراً فى حد ذاته لاستبعاد القانون الأجنبى واتهامه بالتعارض مع النظام العام المصرى^(٣٠٦)، ولذلك فقد وضع المشرع للدفع بالنظام العام شروطاً ورتب عليه آثاراً

^(٣٠٥) راجع حول هذا الرأى:

Bartin Etienne: Principes de droit international privé, T. II, 1932, Paris, no. 234.

^(٣٠٦) حول هذا النقد راجع: د. عز الدين عبد الله: القانون الدولى الخاص، الجزء الثانى "تتازع القوانين وتتازع الاختصاص القضائى الدوليين"، مرجع سابق، ص ٢٣٢، د. جابر جاد عبد الرحمن: تتازع القوانين، مرجع سابق، ص ٦٠٠، وراجع أيضاً:

تختلف تماماً عن الشروط المقررة لاستبعاد القانون الواجب التطبيق بخصوص الأهلية، حيث إن المشرع قرر لامكانية الاستبعاد فى الحالة الأولى شروطاً موضوعية إلى جانب تقدير مدى التعارض بين أحكام القانون الأجنبي والقانون الوطنى، بينما وضع فى الحالة الثانية شروطاً موضوعية وشخصية سنتعرض لها تفصيلاً فيما بعد، ولو كان المشرع يُريد الاستبعاد حمايةً للنظام العام لما احتاج إلى النص مرةً أخرى على شروطٍ موضوعيةٍ، وخاصةً أنه كان يكفيهِ أن يُحيل الأمر لما نص عليه من أحكام وقواعد ومعايير مُنصوص عليها فى الدفع بالنظام العام بوصفه من أهم الوسائل لاستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق وأقدمها^(٣٠٧).

المطلب الخامس

الرأى الخامس : فكرة حماية الوضع الظاهر

ويرى أصحاب هذا الرأى أن أساس استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق عن طريق الدفع بالجهل بالقانون الأجنبي الواجب التطبيق يقوم على فكرة حماية الوضع الظاهر أو قاعدة الغلط الشائع يولد الحق، ويُبررون وجهة نظرهم بأن القاضى الفرنسى وإن كان قد أضفى على الغلط الذى ارتكبه التجار الفرنسيون الشرعية بقوله "أن الفرنسى يكون غير مُلزماً بمعرفة قوانين مختلف الدول وأحكامها المتعلقة بالقصر والرشد، إلا أنه لم يُشر بشكلٍ صريحٍ إلى صفة جماعية الغلط والتى تعنى أن كل شخص على الإقليم الفرنسى يجب أن يعتقد أن "ليزاردى" كان كامل الأهلية كأثر لتطبيق القانون الفرنسى عليه، وربما لم يكن الغلط المشترك أو الجماعى ثابتاً فى الحقيقة نظراً لكون التحقق منه غير ذى فائدة وأن الغلط المرتكب الذى أدى إلى تطبيق القانون الأجنبي وفى ذات ظروف الغلط الجماعى هو غلطٌ مفترض^(٣٠٨).

كما دعم أنصار هذا الرأى وجهة نظرهم بأن شروط تطبيق فكرة حماية الوضع الظاهر والتى تتطلب ألا يكون الطرف صاحب النفوذ الأقل والذى يظهر بمظهر

Bischoff (J. M): la compétence du droit français dans le règlement les conflits de Lois, op. cit, p. 195, no173.

(٣٠٧) حول هذا المعنى انظر:

Jobard– Bachellier: l'apparence en droit international privé, Paris, L. G. D. J, 1984, p. 181. no. 251, p. 355. no. 167.

(٣٠٨) راجع حول هذا الرأى:

Jobard– Bachellier: l'apparence en droit international privé, op. cit, p. 145, no. 205.

صاحب السلطة العليا قد ارتكب خطأ أو غشاً، وأن يكون الغلط الذى وقع فيه غلط حتمى ولا يمكن تجنبه، وبلا مواربة فهذه الشروط تتفق وتتقارب مع الشروط المقررة بخصوص استبعاد القانون الأجنبى الواجب التطبيق على مسألة الأهلية^(٣٠٩).

ولكن لم يسلم هذا الرأى من سهام النقد، حيث إن الأخذ بهذا الرأى سيؤدى بلا شك إلى فتح المجال أمام التذرع بهذه الفكرة للإطاحة بأى قانون أجنبى يكون واجب التطبيق، ويُدللون على ذلك بأن أنصار هذا الرأى قد قرروا أنه إذا كان المجال التقليدى لاستبعاد القانون الواجب التطبيق فى قضية ليزاردى هو مسألة الأهلية فإنه يجوز أن يشمل مجالاتٍ أخرى غيرها كالدفع بالجهل بسبب نقص أو عيب فى سلطات المتعاقد الآخر أو بسبب نقصٍ أو عيبٍ فى الإجراءات المحددة لحقوق وسلطات المتعاقد الآخر أو بسبب نقصٍ أو عيبٍ فى حق عينى لدى المتعاقد الآخر كالشرط المقيّد للملكية والضمانات العينية التبعية، وهو ما سيؤدى إلى فتح الباب على مصراعيه ليمتد الدفع بالجهل إلى جميع العلاقات المالية وعلاقات الأحوال الشخصية، وهى بعيدة تماماً عن مجال الأهلية الذى تقرر له هذا الدفع^(٣١٠).

المطلب السادس

الرأى السادس: فكرة الجهل المغتفر بأحكام القانون الأجنبى الواجب تطبيقه

ويرى أصحاب هذا الرأى أن استبعاد القانون الأجنبى الواجب التطبيق عن طريق الدفع بالجهل بالقانون الأجنبى الواجب التطبيق يجب أن يُبنى ويتأسس على فكرة الجهل المغتفر بأحكام هذا القانون الأجنبى من جانب المتعاقد الوطنى أو الأجنبى الذى لا يُعد هذا القانون الأجنبى الواجب التطبيق قانونه الشخصى، وبناء عليه فإن نقص أهلية المتعاقد الأجنبى وفقاً لقانونه الشخصى والأجنبى الواجب التطبيق على الأهلية لا يمكن الاحتجاج به على المتعاقد الآخر سواء أكان وطنياً أم أجنبياً، ولكن بشرط أن يكون الأخير معذوراً فى جهله بأحكام القانون الواجب التطبيق، أى جهله بنقص أهلية المتعاقد

^(٣٠٩) حيث إن الغلط الجماعى من الناحية القانونية يترتب عليه آثاراً ذات أهمية أكبر من الغلط الفردى، فمن المتوقع عندما يكون الغلط عاماً ولا يمكن تجنب الوقوع فيه أن يعطل تطبيق القانون لأن الغلط غلط شائع، والغلط يولد الحق، أى أنه يخلق قاعدة قانونية ضد القاعدة القانونية التى تترتب عليها الجهل- للمزيد انظر:

Mazeaud: lecons de droit civile, T. 1, 6e Ed, 1980, p. 121, no. 91.

^(٣١٠) حول هذا النقد تفصيلاً انظر د. حسام ناصف: مركز قانون القاضى فى حكم العلاقات الخاصة الدولية، مرجع سابق، ص ٣٤٣.

الآخر الأجنبي، ومن ثم استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق وتطبيق قانون القاضى^(٣١١).

ولكن التمس الأمر وأشكل على أصحاب هذا الرأى حين جعلوا من القانون الأجنبي مجرد واقعة، فى حين أنه- فى حقيقةه- يظل مُحْتَفَظاً بصفته حتى لو تعدت حدود دولته الوطنية ويُطبق من جانب القضاء الأجنبي بوصفه قانون، أما القول بغير ذلك من شأنه التخبط وتطبيق القاضى واقعة على وقائع، وهو الأمر غير المُستَساغ عقلاً ومنطقاً ومنبوذ قانوناً^(٣١٢).

كما أنه لا يجوز الاحتجاج بقاعدة عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون كمبرر لاستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق بخصوص الأهلية، فهى ليست قاعدة عامة مُطلقة، وإنما ترد عليها مجموعة من الاستثناءات نصت عليها أغلب التشريعات الوطنية كاستحالة العلم بأحكام القانون نتيجة قوة قاهرة وحالة توافر عيب من عيوب الإرادة كالغلط فى التعاقد^(٣١٣).

(٣١١) حول هذه الفكرة وهذا الرأى راجع:

Batiffol (Henri): les conflits de lois en matièrs de contrats, paris, 1938, no. 371.

Batiffol (Henri): traité élémentaire de droit international privé, 3e ed, 1959, paris, no. 468.

Glenn (p): la capacite de la personne en droit international privé francais et anglais, Thèse, paris, Dalloz 1975, p. 110, no. 129.

وانظر أيضاً د. عز الدين عبد الله: القانون الدولى الخاص (الجزء الثانى)، مرجع سابق، ص ٢٣٣. وقد اعتقت محكمة النقض الفرنسية هذه الفكرة عند تبريرها ما قضت به فى قضية ليزاردى حيث قررت أن "الفرنسى لا يكون ملزماً بمعرفة أحكام قوانين الدول المختلفة الخاصة بالقصر والرشد. . . وأنه يكفى لصحة العقد انه قد تعاقد بدون استخفافٍ وبدون رعونةٍ وبحسن نيةٍ"- راجع حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر فى ١٦ يناير ١٨٦١م:

Cass, Req. 15 jan 1861. S. 61. 1. 305 note Massé D. 61. 1. 193.

(٣١٢) حول ذلك انظر د. جابر جاد عبد الرحمن: تنازع القوانين، المرجع السابق، ص ٦٠١، د. عز الدين عبد الله: القانون الدولى الخاص (الجزء الثانى)، المرجع السابق، ص ٥٧٨، د. هشام صادق: مركز القانون الأجنبي أمام القضاء الوطنى، مرجع سابق، ٢٥٢.

وراجع أيضاً:

Maury (J): regles générals des conflits de lois recueil, Sirey 1937, p. 78, no. 69.

(٣١٣) انظر حول ذلك:

ونرى من جانبنا أن استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق على الأهلية وإن كان لابد من تأسيسه فليس هناك أصح من فكرة الجهل المغتفر كمبرر صالح يُبنى عليه هذا الاستبعاد، وذلك للأسباب الآتية:

أولاً- أن فكرة الجهل المغتفر من شأنها أن تسد الذرائع أمام تطبيق قاعدة الاستبعاد للقانون الأجنبي الواجب التطبيق على مجالاتٍ أخرى غير مجال الأهلية كمسائل الأحوال الشخصية والمعاملات المالية وغيرها.

ثانياً- أن هذه الفكرة تتوافق مع ما قرره المشرع من شروط وضوابط ومعايير لتطبيق الدفع بالجهل بالقانون الأجنبي واستبعاده وتطبيق قانون القاضى، وأنه في حال تخلف أحدها فإن القانون الأجنبي يظل مختصاً بحكم المسألة ولا يمكن استبعاده.

ثالثاً- أنها تُمهّد الطريق لإقامة جسر من التوازن بين مصلحة الطرف حسن النية عن طريق حمايته باستبعاد القانون الأجنبي المتعارض مع مصلحته في حال تطبيقه عند توافر الشروط والضوابط التي نص عليها المشرع، وبين مصلحة الطرف الآخر ناقص الأهلية سواء أكان وطنياً أم أجنبياً عن طريق ضمان تطبيق قانونه الشخصى الواجب التطبيق على أهليته في حال عدم توافر الشروط والضوابط لتطبيق الدفع واستبعاد قانونه الأجنبي وتطبيق قانون القاضى بدلاً منه.

رابعاً- وضوح الفكرة وصراحتها فلا تحتتمل التأويل كغيرها من الأفكار كفكرة الأمن المدنى وفكرة النظام العام؛ فهي أفكار مرنة ومتغيرة قابلة للتأويل على أكثر من وجه.

خامساً- أنها فكرة أصيلة وحديثة نسبياً لم يتناولها المشرع من قبل كوسيلة ومبرر لاستبعاد القانون الواجب التطبيق مقارنة بالدفع بالنظام العام والغش نحو القانون، وهو ما يجعل منها نظرية أصيلة ومستقلة وقائمة بذاتها لاستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق.

المبحث الثالث

شروط الدفع بالجهل بالقانون الأجنبي الواجب التطبيق

تمهيد وتقسيم:

نتيجة لافتقار القانون الدولى الخاص إلى تقنين متكامل وشامل واختصارها على بعض المواد التي ترسم الملامح الرئيسية للعلاقات القانونية في ظل هذا القانون، فقد أفسح ذلك المجال للقضاء ليشغل حيزاً كبيراً ومهماً وذا فعالية كبيرة وأن يتبوأ مكانة واسعة في ظله، وقد أدى ذلك إلى التلقف المستمر من جانب المشرع للنظريات التي

وضعها القضاء، فقد حرص مشرعي أغلب الدول على الاهتمام البالغ، بل والاستجابة المستمرة لما يتوصل إليه القضاء من نظرياتٍ ومبادئٍ وأحكامٍ، وهو الذى أدى بدوره إلى خلق نوع من الإبداع والابتكار ساد جهات القضاء، وبالتالي فإننا لا نُبالغ عندما نقول أن القضاء في ظل القانون الدولي الخاص استطاع أن يُنشئ أحكاماً قانونيةً ويحدد ويضبط النصوص القانونية التي وضعها المشرع، ويُطلق على هذا الدور الذى يقوم به القضاء إلى جانب المشرع بـ (الدور التكميلي للقضاء).

وترتيباً على ما سبق، فقد تلقف المشرع قضاء محكمة النقض الفرنسية في قضية (Lizaradi) وأضفى على هذا القضاء طابع القاعدة القانونية (النص القانوني)، والمُلاحظ على ذلك أن المشرع لم يُسلم فقط أو يتلقف فقط روح النص، وإنما حاول اقتباس نفس العبارات التي استخدمتها محكمة النقض الفرنسية، محاولاً وضع نظرية للعلم بالقانون الأجنبي وليس فقط إقرار قضاء معين، وبدا واضحاً أن المشرع يأخذ بالأصل في العلم بالقانون الأجنبي، والاستثناء هو غير ذلك، لذلك فقد قصر المشرع في تطبيق عدم العلم بالقانون الأجنبي في مسائل الأهلية، وحتى مع هذا التوجه فإنه لم يطلق لذلك الاستثناء العنان، وإنما قيده من ذلك بأن اشترط أن يكون هناك حسن نية وعدم استخفاف وعدم وجود رعونة في التعاقد من جانب المتعاقد الوطني، وحتى مع وجود هذه الأوصاف التي وضعها المشرع فإنها ليست سهلة الإثبات.

وقد حاولت التشريعات ضبط هذا الدفع من الناحية الموضوعية واشترطت لتحريكه والتمسك به فقط في مجال الأهلية نقص الأهلية، وبمفهوم المخالفة لا يجوز إثارة هذا الدفع إذا كان هناك كمال أهلية، وهناك من التشريعات من قصرت تطبيقه على مجال عقود المنفعة المادية، والتي تُبرم لإشباع الحاجات العادية اليومية كما هو الحال في القانون الهنغاري في مجال التصرفات المتعلقة بعلاقات الأسر، وموضوعات الميراث والعقارات وكذلك الهبات، أما بالنسبة للقانون المصري فقد اشترط تطبيقه في مجال التصرفات المالية فقط، مع ضرورة توافر شروط أخرى نعرض لها لاحقاً.

أما المشرع الفرنسي فقد أعلن أن نقص الأهلية المقرر وفقاً للقانون الوطني لأحد الأطراف يمكن أن يُعتبر غير نافذ في مواجهة الطرف الآخر ذى الجنسية المختلفة والذي كان يجهل نقص الأهلية وتعاقد بدون رعونة في دولة لا يقبل قانونها نقص الأهلية هذا^(٣١٤).

(٣١٤) انظر نص المادة (٢٢٩١) مدني فرنسي.

هذا الحكم الوارد في تلك التشريعات يُعد من القواعد الموضوعية في القانون الدولي الخاص، وهي قاعدة خاصة بالمعاملات ذات العنصر الأجنبي وتطبق مباشرة إذا توافرت شروطها التي تهدف إلى تأمين وسلامة المعاملات، وهي ليست من قواعد التنازع كما لا تُعد من قواعد التطبيق الضروري أو قواعد البوليس لعدم توفر خصائص تلك الأخيرة فيها، كما أن الاتجاه التشريعي يميل إلى إعمال حكمها حتى ولو كان التصرف أو العقد قد تم خارج دولة القاضي، بحسبان أن غرضها تأمين سلامة المعاملات الدولية عموماً، وليس فقط تلك التي تتم في النطاق الوطني^(٣١٥).

ونتساءل هنا، هل نص المادة (٢/١١) مدني مصري من النظام العام؟، وبمعنى آخر هل أن تطبيق هذا النص خاضع لإرادة أطراف العلاقة أم أن القاضي يطبق النص دون المرور والوقوف على إرادة الأطراف؟

وللإجابة على ذلك نقول وفقاً للقواعد العامة تعتبر مسائل تحديد الأهلية من النظام العام، وهذا التحديد الذي يتبناه المشرع للأهلية هدفه حماية الشخص نفسه، وكذلك من أجل المحافظة على استقرار المعاملات وسلامتها، مما يترتب على ذلك أن تطبيق هذه القاعدة غير خاضع لإرادة ومشئئة الأطراف، ولا يجوز بالتالي للأطراف الاتفاق على خلاف مضمون المادة، والقاضي يُثبته من تلقاء نفسه، وسوف نعرض لهذه الشروط في المطالب الآتية:

المطلب الأول: إبرام التصرف داخل إقليم الدولة الوطني وترتب آثاره فيه.

المطلب الثاني: العلاقة القانونية محل النزاع ذات طبيعة مالية.

المطلب الثالث: نقص أهلية المتعاقد الأجنبي الراجع إلى قانون بلده فيه خفاء لا يسهل على الطرف الآخر تبينه.

المطلب الرابع: الاختلاف بين أحكام القانون الوطني والقانون الأجنبي.

(٣١٥) د. أحمد عبد الكريم سلامة: علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع، مرجع سابق، ص ٧٤٩.

المطلب الأول

إبرام التصرف داخل إقليم الدولة الوطنى وترتب آثاره فيه

وهذا الشرط الجوهرى يُبرز الرابطة الضرورية المتطلبة بين النزاع والإقليم المصرى، فالتصرفات التى تُبرم خارج إقليم الدولة لا يتحتم شمولها بالحماية القانونية وتفقد الغرض وهو تأمين سلامة المعاملات التى تُجرى على الإقليم الوطنى.

وبناء على ذلك فإنه لا يُشترط لإعمال الدفع بالجهل بالقانون الأجنبي الواجب التطبيق والاستفادة من الاستثناء المقرر فى المادة ٢/١١ مدنى مصرى أن يكون المتعاقد مع الأجنبي ناقص الأهلية من المتمتعين بالجنسية المصرية؛ وذلك لأن الحكمة من الدفع هو استبعاد القانون الأجنبي من أجل حماية وتأمين سلامة المعاملات المالية التى تُجرى على الإقليم الوطنى، وليس مجرد حماية للمتعاقد الوطنى ووطنيته، وذلك فإنه يستفيد من الدفع المتعاقد الأجنبي والمتعاقد الوطنى على حد سواء^(٣١٦)، وبمعنى آخر فإن عبارة "إذا كان نقص أهلية الطرف الأجنبي.... لا تفيد قصر الحماية على الوطنيين، إذ أن المشرع لم يتعرض إلا لجنسية ناقص الأهلية، وبالتالي فإنه يجب إعمال الدفع حتى ولو كان المتعاقد مع ناقص الأهلية مصرياً أو أجنبياً، وذلك لأن النص جاء مطلقاً، فالحكمة من تقرير الدفع تتوفر فى الحالتين على السواء^(٣١٧).

ويرى غالبية الفقهاء أنه إذا كان المتعاقدان ينتميان إلى جنسية دولة واحدة فإنه لا مبرر للأخذ بالاستثناء المقرر بالمادة ٢/١١ مدنى؛ إذ أن نقص أهلية أى من المتعاقدين لا يجوز أن يخفى على المتعاقد الآخر الذى ينتمى لذات الدولة ويخضع لذات القانون من حيث الأهلية^(٣١٨)، وبعبارة أخرى فإن كلا من المتعاقدين فى هذا الفرض يعلم بأحكام قانونه الشخصى، وبالتالي فإنه يكون من المتعذر على الشخص أن يُثبت أنه مُعذورٌ فى جهله بأحكام القانون المختص^(٣١٩).

^(٣١٦) د. محمد كمال فهمى: أصول القانون الدولى الخاص، مرجع سابق، ص ٥٦٠، د. هشام على صادق: تنازع القوانين، طبعة ١٩٩٣م، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص ٥٩١.

^(٣١٧) د. عز الدين عبد الله: القانون الدولى الخاص، مرجع سابق، ص ٢٣٨.

^(٣١٨) د. فؤاد رياض، د. سامية راشد: الوسيط فى القانون الدولى الخاص، الجزء الثانى، تنازع القوانين، ١٩٦٤م، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ٣١٢ وما بعدها، د. منصور مصطفى منصور: مذكرات فى القانون الدولى الخاص، مرجع سابق، ص ٢٥٥.

^(٣١٩) د. هشام صادق: المرجع السابق، ص ٥٩٧.

وجديرٌ بنا الإيماء أن بعض الفقه يعتقد أن كون المتعاقدين من جنسيةٍ واحدةٍ لا يعنى بالقطع عدم إعمال حكم الاستثناء فى كافة الفروض، ولكن ما يقول به هذا الفقه هو مجرد صياغةٍ لقرينةٍ بسيطةٍ مؤداها أن الوضع الطبيعي أنه إذا كان المتعاقدان من جنسيةٍ واحدةٍ فإنهما بلا شك على علمٍ تامٍ بقانونهما الشخصى وليس لأيهما أن يتمسك بنقص أهليته فى مواجهة الآخر، غير أن هذه القرينة بسيطة وتقبل إثبات العكس، فإذا كان التعاقد بين أجنبيين من جنسيةٍ واحدةٍ وكان أحدهما لا يعلم بالنقص الذى يفرضه قانونه الشخصى نتيجة ميلاده فى الخارج ومعيشته الدائمة فى الدولة الأجنبية التى تم فيها التعاقد، فإن له أن يتمسك بهذا الاستثناء متى كان حسن النية واستعلم بالقدر الكافى بحيث لم يتعاقد بخفةٍ أو برعونيةٍ^(٣٢٠).

إن لاستقلال الإرادة فى مجال الالتزامات التعاقدية واختيار القانون الواجب التطبيق تأثير على تطور قواعد الإسناد واختيار القانون الواجب التطبيق فى القانون الدولى الخاص وكان لابد من التنسيق بين الأنظمة القانونية فى القانون الدولى الخاص^(٣٢١)، خاصةً فى ظل سيطرة القواعد الموضوعية المادية على عملية الصراع للوصول إلى القانون الأمثل للتطبيق والذى يجب أن يكون على صلةٍ وثيقةٍ وارتباطٍ حقيقى بالمسألة محل النزاع^(٣٢٢)، ولذلك فهذا الاستثناء المقرر يهدف فى المقام الأول إلى الوصول إلى تطبيق قانون القاضى بوصفه القانون الأكثر ملاءمة وثقةً للتسوية العادلة للنزاع.

طبيعة القاعدة التى تضمنها الاستثناء :

لقد تعرض الفقه الفرنسى لبحث طبيعة القاعدة التى تورد هذا الإستثناء التى شيدتها القضاء الفرنسى، وعنه تلقفتها بالتقنين غالبية التشريعات، ومنها القانون المدنى المصرى

^(٣٢٠) د. عكاشة محمد عبد العال: القانون الدولى الخاص فى دولة الإمارات، مرجع سابق، ص ٤٣٦ وما بعدها.

^(٣٢١) انظر:

(P) Picone: Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé. Cours général de droit international privé, Recueil des cours, T 276 (1999), pp. 86 ss.

^(٣٢٢) انظر:

(F) Soirat: Les règles de rattachement à caractère substantiel, thèse, Université Paris I, 1995, dont la classification est indiquée par B. Ancel et Y. Lequette, Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, 3e éd. , Paris, 1998, pp. 167 ss.

فى المادة ٢/١١ منه، حيث رأى أنها ليست قاعدة إسناد بالمعنى الفنى الدقيق وليست قاعدة من قواعد البوليس ذات التطبيق الضرورى، إنما هى قاعدة مادية أو موضوعية من قواعد القانون الدولى الخاص مضمونها عدم الاعتراف بنقص أهلية الأجنبى المقرر طبقاً لقانون جنسيته متى كان المتعاقد معه حسن النية ولم يتعاقد بخفة، والغاية منها توفير الحماية اللازمة للمعاملات التجارية الدولية التى تتم داخل فرنسا أو خارجها^(٣٢٣).

ونتيجة لما سبق فإن بعض الفقه قد ذهب إلى وجوبية أعمال الاستثناء، كذلك لو تم إبرام التصرف فى الخارج إذا كان أحد المتعاقدين وطنياً ناقص الأهلية وفقاً لقانونه الوطنى، ولكنه كامل الأهلية وفقاً لقانون دولة محل الإبرام، أما إذا كان طرفا العقد المبرم فى الخارج من الأجانب فقد ذهب البعض إلى أنه بالإمكان أعمال الاستثناء ولكن بشرط أن يتضمن قانون دولة محل الإبرام نصاً مماثلاً للنص الوارد فى قانون القاضى^(٣٢٤).

وخليق بنا أن نرزم إلى أن هذا المسلك من جانب المشرع منتقد؛ ذلك أن المشرع وإن كان يسعى إلى تحقيق غاية نفسية ومادية من وراء إقرار هذا الدفع، والتي تتمثل بخلق أجواء من الطمأنينة وحالة من الاستقرار النفسى والمادى على صعيد إبرام التعاملات داخل الدولة، واعتقد أن ذلك يتحقق حتى فى ظل فرضية اشتراط المشرع لأجل التمسك بهذا الدفع بانعقاد التصرف فقط دون ترتيب الآثار فى نفس المكان أو بالعكس، ولذلك فإننا نقترح مع البعض أن يتبنى القضاء المصرى هذا التفسير الموسع لإعمال الاستثناء، أى حتى لو تم إبرام التصرف فى الخارج بين وطنى وأجنبى، أو بين أجنبيين، وذلك حتى يتلاءم مع الهدف الأساسى للقانون الدولى الخاص وهو تحقيق التعايش المشترك بين النظم القانونية المختلفة، وهذا لا يمكن أن يتم إلا بحماية المعاملات الدولية دون تفرقة بين تلك التى تقوم داخل حدود إقليم الدولة وتلك التى تقوم خارج هذه الحدود^(٣٢٥).

ولا يكفى إبرام التصرف فقط على الإقليم الوطنى، وإنما يجب أيضاً لتوافر الشرط أن يكون العقد قد تم تنفيذه، ومن ثم تولدت عنه حقوق والتزامات متقابلة على عاتق كل متعاقد فى إقليم الدولة، ويرى البعض أنه يجب التفرقة بين حالتين: **أولاهما** حالة انعقاد

^(٣٢٣) د. عكاشة محمد عبد العال: المرجع السابق، ص ٤٣٤.

^(٣٢٤) د. فؤاد رياض، د. سامية راشد: المرجع السابق، ص ٣١٣.

^(٣٢٥) د. فؤاد رياض، د. سامية راشد: المرجع السابق، ص ٣١٣ وما بعدها.

التصرف في الخارج بين وطنى وأجنبى، وهنا يجوز تطبيق الدفع في حال توافر باقى الشروط وكان المتعاقد الوطنى ناقص الأهلية وفقاً لقانونه الوطنى ولكنه كامل الأهلية وفقاً لقانون محل الإبرام، وذلك لأن قيمة الدفع وأثره تتمثل في تطبيقه على الوطنيين والأجانب على السواء، وثانيتها حالة إبرام التصرف في الخارج بين أجانب من جنسياتٍ مختلفة، وهنا يجوز تطبيق الدفع بالجهل بشرط أن يكون قانون محل إبرام التصرف متضمناً نصاً مماثلاً، وتبرير ذلك في نظر البعض أن حماية المعاملات الدولية بصفة عامة والمعاملات التي تجرى داخل إقليم الدولة تتطلب ذلك، إضافةً إلى اتفاه مع الهدف الرئيس للقانون الدولى الخاص وهو تحقيق التعايش المشترك بين النظم القانونية المختلفة^(٣٢٦).

ولكن بمطالعة نص المشرع المصرى فى المادة ١١ من القانون المدنى نجد أنه قد قصر بشكلٍ واضحٍ وصريحٍ تطبيق الدفع وإعماله على التصرفات القانونية التي تُبرم على الإقليم المصرى، وبالتالي فلا اجتهاد مع صريح النص، وبالتالي لا يجوز مد نطاق الدفع ليشمل التصرفات التي تُبرم في الخارج حتى ولو كان أحد أطرافه وطنى قاصر، ولو أراد المشرع هذا الامتداد لنص عليه، وبالتالي لا يجوز التوسع في نطاق الدفع حتى لا ينقلب إلى الضد ويؤدى إلى نتائج غير منطقية تصل إلى حد الشواذ؛ حيث سيعامل الوطنى القاصر أمام قضاء دولته معاملة الرشيد ويؤثر سلباً على مركزه القانونى الثابت فى دولته، وذلك فى حال ما إذا أبرم وطنى قاصر فى الخارج عقداً وتمسك بالبطلان أمام قاضيه الوطنى، وكان هذا القاصر رشيداً وفقاً للقانون الأجنبى لدولة محل الإبرام. كما أنه من غير الجائز تطبيق الدفع بالجهل بالقانون على العقود التي يتم إبرامها فى الخارج بين أجانب من جنسياتٍ مختلفة كما يرى البعض؛ كيف يقوم القاضى بتطبيق الدفع على عقد انعدمت صلته بالقانون الوطنى (قانون القاضى) بإبرامه فى الخارج وليس من بين أطرافه عنصراً وطنياً، وأنه من الواجب مراعاة الهدف الرئيس للقانون الدولى الخاص وليس إهدار كل قيمة له والحكمة من وراء تقريره.

(٣٢٦) راجع حول ذلك: د. فؤاد رياض ود. سامية راشد: الوسيط فى تنازع القوانين وتنازع الاختصاص

القضائى الدولى، مرجع سابق، ص ٣٤٠.

المطلب الثانى

العلاقة القانونية محل النزاع ذات طبيعة مالية

وبناء عليه تخرج التصرفات القانونية المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية كالزواج من مجال إعمال الاستثناء، وذلك لصراحة عبارة نص المادة ٢/١١ مدنى مصرى، ولكن يرى بعض الفقه أن السبب فى إخراج مثل هذه التصرفات من مجال إعمال الاستثناء يرجع إلى أنه لا يمكن فى نطاق هذه التصرفات إقرار نتيجة إعمال هذا الاستثناء والتي تتمثل فى استبعاد القانون الذى أشارت إليه قاعدة الإسناد نتيجة الجهل بأحكام هذا القانون وإحلال قانون بلد إبرام التصرف محل قانون جنسية المتعاقد ناقص الأهلية؛ وذلك لوثاقة هذه المسائل بالفرد وقربها إلى نفسه، الأمر الذى لا يمكن معه قبول خضوعها لغير القواعد المقررة فى قانونه الشخصى، أضف إلى ذلك أن التصرفات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية عادةً ما تُشير قاعدة الإسناد إلى القانون الأكثر ارتباطاً بها والأكثر خدمة للنزاع وحل إشكالياته ويُحاط إبرامها عادةً ببعض إجراءات ذات طبيعة شكلية، وهو ما يصعب معه تصور الفرض الذى يفترض قيامه إعمال الاستثناء^(٣٢٧).

ولزاماً علينا أن نبين أنه على الرغم من أن نص المادة ٢/١١ مدنى جاء مطلقاً، أى يتناول كافة التصرفات التى تقع فى دائرة المعاملات المالية سواء أكانت تلك التصرفات المالية مدنية أم تجارية، إلا أن بعض الفقه المصرى قد ذهب إلى القول بإخراج العقود ذات الخطر كبيع العقار ورهنه من مجال إعمال الاستثناء، وذلك لأنها تستلزم قدراً من الحيطة والحذر والتقصى الدقيق لأهلية المتعاقد، وذلك على خلاف العقود الجارية أو السريعة أو اللحظية كسواء مختلف عروض التجارة التى تتم بصورة سريعة وتحمل الجديد كل يوم ولا تعطى للمتعاقد فرصة تقصى أهلية المتعاقد الآخر كسواء مستلزمات المأكل والمشرب والملبس والعلاج من المحال التجارية، وبالتالي فهى تدخل فى مجال إعمال الاستثناء^(٣٢٨).

ولكن هناك جانب آخر من الفقه والذى نرجحه يذهب إلى القول بان إخراج التصرفات ذات الخطر من مجال إعمال الاستثناء ينطوى على تقييد لا يحتمله نص

^(٣٢٧) د. فؤاد رياض، د. سامية راشد، د. عنایت عبد الحميد ثابت: تنازع القوانين وأحكام فضه فى القانون اليمنى، الطبعة الثانية، ١٩٩١م، ص ٢٣٥.

^(٣٢٨) د. عز الدين عبد الله: القانون الدولى الخاص، الجزء الثانى، مرجع سابق، ص ٢٣٨.

المادة ٢/١١ مدنى، وبالتالي فإنه لا محل لهذا التقييد طالما أن علة هذا القيد تكمن في أن التصرفات ذات الخطر تقتضى قدراً من الحيطة والحذر وتقضى أهلية المتعاقد، وبالتالي فإنه يكفي ما اشترطه المشرع في أن يكون نقص الأهلية راجعاً إلى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الآخر تبيّنه واكتشافه، إذ أن مدى القدرة على تبيين نقص الأهلية بسهولة مسألة موضوعية متروكة لتقدير القاضى، ولا شك أنه كلما زادت خطورة التصرف كلما كان القدر المطلوب من الحذر في تقصى أهلية المتعاقد أكبر^(٣٢٩)، كما أن عدم إعمال الدفع بشأنها يحمل أسمى معانى الجور والتعسف، لاسيما إذا كان نقص أهلية المتعاقد الأجنبى لسبب خفى يتعذر على من يتعاقد معه اكتشافه، وكان الأخير قد بذل الجهل المعتاد فى البحث والتحري عن أهلية هذا الأجنبى.

ونخلص من ذلك كله إلى أن نص المادة ٢/١١ مدنى يسرى على كافة التصرفات المالية سواء أكانت من العقود الجارية أم من العقود ذات الخطر، وذلك لعمومية النص وإطلاقه، والمُطلق يبقى على إطلاقه ما لم يرد دليل على تقييده، أضف إلى ذلك أن مبادئ العدالة وقواعد الإنصاف وسلامة العقل واتجاه المنطق يسير نحو جعل المجال الأصيل لإعمال الدفع هو العقود المهمة أو ذات الخطر لما يترتب عليها من أضرارٍ جسيمةٍ للمتعاقد مع الأجنبى ناقص الأهلية ولا يعفيه ذلك من واجبه الحتمى فى البحث والاستعلام والتحري، أما القاضى الفرنسى فى قضية ليزاردى فقد قيد الفرنسى المتعاقد أن يتسم بعدم الاستخفاف وعدم الرعونة وحسن النية وهى قيودٌ يقتضيها ليس التعامل فقط فى العقود الجارية أو الفورية، ولكن تتطلبها أيضاً العقود المهمة أو ذات الخطر، وخاصةً حسن النية، والذى بناء عليه يكفي أن يكون المتعاقد مع الأجنبى ناقص الأهلية قد تعامل على أساس الحالة الظاهرة لهذا الأجنبى.

المطلب الثالث

نقص أهلية المتعاقد الأجنبى الراجع إلى قانون بلده فيه خفاء لا يسهل على الطرف الآخر تبيّنه

ومقتضى هذا الشرط توافر حسن النية عند إبرام التصرف، أى أن باعث حُسن النية كان متوافراً ومُعاصراً لحظةً بلحظةً لعملية التعاقد ما بين الشخص الوطنى والأجنبى،

(٣٢٩) د. منصور مصطفى منصور: مذكرات فى القانون الدولى الخاص، مرجع سابق، ص ٢٥٤، د. عكاشة محمد عبد العال: القانون الدولى الخاص، مرجع سابق، ص ٤٣١ وما بعدها، د. فؤاد رياض، د. سامية راشد: الوسيط فى القانون الدولى الخاص، مرجع سابق، ص ٣١٢.

وأن هناك إحياءات وإيماءات تبعث في نفس المتعاقد الوطني شعوراً وإحساساً بأن ذلك المتعاقد الأجنبي شخص كامل الأهلية، وهذه عملية تتسم بالمرونة، لذلك أراد المشرع أن يعطي أو يمنح للقاضي إمكانية تفحص كل حالة على حده، ومعياره في ذلك معياراً شخصياً يختلف من حالة لأخرى، ومثال ذلك التاجر المحترف المُمْتَهِن لحرفته فهو يختلف عن الشخص العادي الذي يُبرم صفقة طارئةً ومن وقتٍ إلى آخرٍ بعيداً عنه، لذلك فإن القاضي في الحالة الأولى لن تكون لديه تلقائيةً ومرونةً عاليةً في الاستدلال كما هي عليه الحال في الثانية^(٣٣٠).

ورغبةً من المشرع في معاونة القاضي في الوصول إلى هذا الاستدلال بشكلٍ دقيقٍ وبسيطٍ فقد أورد أوصافاً معينةً لهذا التعامل ومظاهر يستشفها القاضي من ظروف وملابسات التعاقد كالتعاقد بحسن نية، ودون رعونية، ودون استخفاف^(٣٣١)، وهذه العبارات تُشير في مضمونها إلى أن المتعاقد قد أقدم على هذا التصرف غير عالمٍ بحقيقة هذا التمايز في الواقع القانوني^(٣٣٢).

ولكن علينا أن نرّمز إلى أن حُسن النية المتطلب ليس معناه الاستخفاف والرعونية في جميع الأحوال فهو كثيراً ما يعني انتفاء القصد السيئ أو التحايل، وعلى أية حال فإن حُسن النية لا يفيد في هذا المقام تطلب الاستقصاء عن موقف المتعاقد الأجنبي على نحو الدرجة المشددة لهذا الاستقصاء والتحري والتي يعكسها انتفاء الرعونية وعدم الاستخفاف، ومما يجب ملاحظته أن هذا الشرط يجب أن يقترن بالشرط الأول وهو انعقاد التصرف داخل الإقليم الوطني اقتتران السبب بالنتيجة، وهو ما يعني ضرورة أن

^(٣٣٠) حول نقد معيار الوضع الظاهر انظر د. أحمد عبدالكريم سلامة: علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع، مرجع سابق، ص ٧٥١.

^(٣٣١) حُسن النية، الحُسن ضد القبح ونقيضه، والنية، أي القصد والاعتقاد، انظر في ذلك، لسان العرب، جمال الدين بن منظور، منشورات دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٣، ج ١٣، ص ١٣٨، أما الخفة فهي ضد الثقل والرجوع ويكون في الجسم والعقل والعمل، راجع لسان العرب، مصدر سابق، ج ٩، ص ٩٧، وكذلك مختار الصحاح، ص ١٨٢، أما الرعونية فهو الأهوَج في منطقه المسترخي، والرعونية هي الحمقى والاسترخاء، راجع لسان العرب، نفس المصدر، ج ١٣، ص ٢٢١ وكذلك مختار الصحاح، ص ٢٤٨.

^(٣٣٢) Cass. com, 10 janv. 2012, revisez **Aurélien Bamdè**: In Droit des contrats, Droit des obligations L'échange des consentements ou la rencontre de l'offre et de l'acceptation articles publiées le 27 Jan 2017.

يكون جهل المتعاقد مُثير الدفع بحكم القانون الأجنبي الواجب التطبيق قد نتج عن حُسن نية، ولم يكن وليدَ استخفافه ورعونته، وبعبارةٍ أخرى يجب أن يكون هذا المتعاقد قد تعامل بحسن نيةٍ أو بذل كل طاقته في التعرف على موقف المتعاقد الأجنبي^(٣٣٣).

ونخلص من كل ذلك إلى إنه إذا كان المتعاقد مع الأجنبي ناقص الأهلية يعلم بنقص أهلية هذا الأخير فلا محل لإعمال الاستثناء المقرر في المادة ٢/١١ مدني، أما إذا كان المتعامل مع الأجنبي يجهل نقص أهليته فإنه يُشترط لإعمال الاستثناء أن يكون معذوراً في جهله بنقص أهلية المتعاقد الأجنبي، وتقدير العذر متروك لقاضي محكمة الموضوع، ولكن اختلف الفقه بشأن المعيار الذي يأخذ به القاضي، فالبعض يرى أنه معيار شخصي يرجع فيه إلى ظروف التعاقد في كل حالة على حده فيختلف باختلاف الحال من مُتعاقدٍ إلى آخر، ولكن الفقه الغالب يُقدر مسلك المتعاقد على أساس مقارنته بما كان يسلكه الرجل العادي، بمعنى أن القاضي يُقدر مسلك المتعاقد على أساس مقارنته بما كان سيسلكه الرجل العادي في نفس الظروف التي وُجد فيها المتعاقد، وإذا كان من المتعذر على الرجل العادي أن يتبين نقص أهلية المتعاقد الأجنبي فإنه يمكن اعتبار المتعاقد الآخر حينئذٍ معذوراً في جهله بهذا النقص^(٣٣٤).

ويرى البعض أن القاصر يجب ألا يتغير بتغير وضعه القانوني العام في نظر القانون ويتحول إلي وضعٍ مختلفٍ أو ثانوي أو مقيدٍ، لمجرد تركه المجتمع الذي ينتمي إليه وعبوره إلي حدود مجتمعٍ آخر، وأن قانون المجتمع الذي كان يعيش فيه هو موطنه الأصلي، أي قانونه الخاص الذي يتبعه في كل مكانٍ كظله^(٣٣٥)، ويرى البعض الآخر

^(٣٣٣) د. حسام الدين فتحي ناصف: مركز قانون القاضي في حكم المنازعات الخاصة الدولية، مرجع سابق، ص ٣٧٢ ومابعدھا، د. هشام علي صادق: دروس في القانون الدولي الخاص، ٢٠٠٤م، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص ٣٠٧.

^(٣٣٤) د. منصور مصطفى منصور: المرجع السابق، ص ٢٥٥، د. فؤاد رياض، د. سامية راشد: الوسيط في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ٣١٤، د. هشام صادق: تنازع القوانين، مرجع سابق، ص ٥٩٧.

^(٣٣٥) Dans ce sens, par exemple, (Ch) Rodenburg: De jure quor oritur ex statutis diversitatis, titre 1, chap. 3. Cette règle est affirmée aussi au XVIIIe siècle par J. Voorda, Tractatus de Statutis, 1743/1744, chap. 3, par. 3 (traduction anglaise de M. L. Hwett et P. Van Warmelo, Le Cap, 1985, p. 41): «personalia statuta una cum persona circumferri, quocunque loco se transluterit».

أنه عند تحديد القانون الواجب التطبيق على القاصر يجب أن يتقيد نطاق تطبيقه بالتقاليد الشخصية فيما يتعلق بوضعه القانونى العام، أي حالته وصفاته المجردة، ولا يشمل أفعالاً ومعاملات محددة، وبالتالي فإن القوانين التي تحظر تصرفات معينة من قبل هذا القاصر تُدرجها في فئةٍ جديدةٍ خاصةٍ تُسمى بـ"الوضع المختلط"، وقد أدى ذلك إلى خروج خاصٍ عن المبدأ العام الذي ينبغي بموجبه أن يحكم مسائل الأحوال الشخصية إرادة الأشخاص^(٣٣٦)، وكان ذلك محل نقاشٍ وجدلٍ منذ فترةٍ طويلةٍ^(٣٣٧).

ويجدر بنا أن نُؤمى إلى أنه إذا اتسمت معاملات شخص بالكثرة مع أشخاص من جنسيةٍ أجنبيةٍ واحدةٍ فإن الأمر يتطلب منه العلم بسن الرشد فى قانون هذه الجنسية، إذ أن تكرار العقود فى العمليات التجارية المتعددة يتطلب من هذا الطرف ضرورة الاستعلام عن حالة من يتعامل معه^(٣٣٨).

وعلى هدى ما تقدم يلاحظ أن هذا الشرط محل الحديث يتضمن عنصرين يجب توافرهما مجتمعين: أولهما عنصرٌ شخصى مضمونه جهل المتعاقد فعلاً بنقص أهلية الأجنبى، وثانيهما عنصرٌ معنوى مضمونه تقدير هذا الجهل وفقاً لمسلك الشخص العادى.

⁽³³⁶⁾ Sur les contradictions de cet auteur, (B) Ancel et (Y) Lequette: Grands arrest de la jurisprudence française de droit international privé, 3e éd. , Paris, 1998, p. 110, indiquant que d'après (S) Gruber-Magitot: Les conflits de coutumes en matière de contrats dans la jurisprudence des parlements,, de Dumoulin au Code civil, Presses Universitaires de France, Paris 1980, pp. 55 ss.

les décisions des XVII et XVIIIe siècles ont montré dans l'ensemble une préférence pour la loi personnelle.

⁽³³⁷⁾ راجع:

(J) Barbey: Le sort du système de D'Argentré, Revue historique de droit français et étranger (1940-1941), pp. 397 ss. Sur la règle Minor immobilia ne alienet, voir la position de J. Voorda, op. cit. , pp. 15 ss. , critiquant la position de Burgundius, très proche de celle de B. d'Argentré.

⁽³³⁸⁾ د. بدر الدين عبد المنعم شوقي: الموجز فى الاختصاص القضائى الدولى وتنازع القوانين،

ص ٦٠.

المطلب الرابع

الاختلاف بين أحكام القانون الوطنى والقانون الأجنبى

ويُقصد بهذا الشرط أن يكون المتعاقد الأجنبى ناقص الأهلية وفقاً لقانون جنسيته وكامل الأهلية وفقاً للقانون المصرى.

وبناء على ذلك فإنه لا يتصور إعمال الدفع والعمل بالاستثناء الوارد بالمادة ٢/١١ مدنى إذا كان المتعاقد الأجنبى ناقص الأهلية وفقاً لقانون جنسيته وناقص الأهلية أيضاً وفقاً للقانون المصرى؛ لأن ذلك يجعل المتعاقد الآخر الذى يتمسك بالدفع وتطبيق الاستثناء غير معذور فى جهله بنقص أهلية المتعاقد الأجنبى^(٣٣٩)، وبعبارة أخرى فإن هذا الاستثناء يُقرر سبباً من أسباب استبعاد القانون الأجنبى بالنسبة لإحدى الفكر المسندة وهى فكرة الأهلية، واستبعاد القانون الأجنبى بناء على الجهل المُغتفر بأحكامه المتعلقة بالأهلية، وهو ما يؤدي بالتالى إلى نتيجة حتمية وهى وجوب الفصل فى النزاع طبقاً لقانون معين، هذا القانون هو القانون المصرى، إذ لو قيل بغير ذلك لأصبحت أهلية المتعاقد الأجنبى غير محكومة بأى قانون^(٣٤٠).

ويُستفاد مما سبق أنه لو هناك مصرياً يبلغ من العمر عشرين عاماً أبرم عقداً مع فرنسى فى فرنسا ثم ثار نزاع حول هذا العقد فشرط التعارض القانونى فى هذه الحالة

(٣٣٩) د. عز الدين عبد الله: المرجع السابق، ص ٢٣٦ وما بعدها، د. فؤاد رياض، د. سامية راشد: المرجع السابق، ص ٣١٤.

وانظر كذلك:

Jobard– Bachellier: l'apparence en droit international privé, op. cit, p. 149, no. 209.

(٣٤٠) د. محمد كمال فهمى: المرجع السابق، ص ٥٦٠، د. منصور مصطفى منصور: المرجع السابق، ص ٤٥٦.

وجديرٌ بالإيماء أن الفقه المصرى اضاف هذا الشرط رغم عدم النص عليه ولكن التفسير المرن للمادة ١/١١ من القانون المدنى المصرى يتطلب هذا الشرط فى حالة لا يمكن الاستغناء عنها فهى تقرر " فإن هذا السبب (والمقصود نقص أهلية الأجنبى) لا يؤثر فى أهليته، كما أن هذا الشرط هو الذى يجعل المتعاقد مع الأجنبى معذوراً فى جهله بنقص أهليته- انظر حول ذلك د. فؤاد رياض، د. سامية راشد: الوسيط فى تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائى الدولى، مرجع سابق، ص ٣٤، بند ٣١٤، د. عز الدين عبد الله: القانون الدولى الخاص، مرجع سابق، ص ٢٣٦.

يكون متوافراً ويجوز إعمال الدفع بالجهل لأن سن الرشد وفقاً للقانون الفرنسى يكون ببلوغ سن الثامنة عشرة ويصبح حينئذٍ المصرى المتعاقد فى هذه الحالة راشداً، بينما فى حقيقة الأمر يُعد قاصراً وفقاً لأحكام القانون المصرى الذى يحدد سن الرشد بواحد وعشرين عاماً، أما لو كان كلا القانونين فى هذه الحالة الفرنسى والمصرى يستقران على سن واحد لبلوغ سن الرشد وهى إحدى وعشرين عاماً أو ثمانية عشر عاماً فإن الشرط لن يكون متوافراً، وبالتالي لن يكون هناك مجال لإعمال الدفع لأن المركز القانونى للأجنىء المثار ضده الدفع لن يختلف فى الدولتين فهو إما يُعتبر قاصراً وفقاً لقانون الدولتين، وإما يُعتبر راشداً وفقاً لقانونهما معاً.

ولعل التطور فى نظرية القوانين يكشف عن اتجاهها نحو "إقليمية للقوانين"، وهو ما دعا البعض إلى الدعوة بجديّة إلى استبدال القانون العام الذى يحكم أهلية الشخص، فيما يتعلق بالقدرة على القيام ببعض الأعمال أو المعاملات التى تكون الممتلكات غير المنقولة موضوعاً لها، بقانونٍ آخرٍ يعتبره أكثرُ قرباً من هذه المسائل^(٣٤١).

وبالتالى يجب التثبت من أن مضمون القانون الأجنبي الذى أشارت إليه قاعدة الإسناد فى دولة القاضى مخالفاً لمضمون قانون القاضى فيما يتعلق بأهلية المتعاقد الأجنبي، ولعل الحكمة وراء هذا الشرط تكمن فى أن المتعاقد مع الأجنبي ناقص الأهلية لم يكن ليبرم العقد إلا بعد اطمئنانه إلى تطبيق قانون القاضى أو اعتقاده بأن حكم القانون الأجنبي سيكون مُمائلاً لحكم قانون القاضى- المعلوم بالنسبة له- بخصوص الأهلية^(٣٤٢).

ويقر الفقه الفرنسى بحقيقة واقعة وهى استحالة معرفة التاجر الفرنسى بقوانين الأحوال الشخصية المختلفة للمتعاقد الأجنبي، وبالتالي التحقق مما إذا كانوا يمتلكون الأهلية اللازمة لإبرام التصرفات القانونية من عدمه، وأن تبرير الحل الذى توصل إليه حكم ليزاردى يستند إما إلى خطأ مبررٍ أو صفة واضحة للمقاوم الأجنبي، أو عدم

^(٣٤١) حول هذا المعنى راجع:

(M) Aguilar Navarro: Derecho internacional privado, 39 éd., vol. I, T. I, Madrid, 1973, p. 198.

^(٣٤٢) وقد أخذ بهذا الشرط أيضاً المشرع التشيكوسلوفاكى فى المادة ٢/٣ من القانون التشيكوسلوفاكى، والمشرع الألمانى فى المادة ٧ من القانون المدنى الألمانى، والمشرع الفرنسى فى المادة ٢٢٩١ من القانون المدنى الفرنسى الصادر سنة ١٨٠٤م.

تقصير وحسن نية التاجر الفرنسي، وحتى إذا لم يكن أي من هذه حاسماً بالتأكيد في الحكم، فيمكن أن يُلاحظ أن لديهم جميعاً سمةً مشتركةً واحدةً وهي السعي لإبرام الالتزام التعاقدى والذي قد يؤدي في النهاية إلى صحة التصرف المُبرم مع أجنبي، على الرغم من العيب الوارد بالقانون الوطني للأجنبي المتعلق بأهليته⁽³⁴³⁾.

وبتوافر الشروط السابقة اللازمة لإعمال الدفع وتطبيق الاستثناء الوارد بالمادة ٢/١١ مدنى مصرى فإنه لا يُؤبه لنقص أهلية المتعاقد الأجنبى الراجع لقانون جنسيته، وبالتالي لا يؤثر فى صحة التصرف الذى قام به الأجنبى، وبعبارةٍ أخرى فإنه يتعين فى هذه الحالة عدم الاعتداد بالسبب الخاص الذى لابس الخفاء؛ بحيث يُعتبر المتعاقد الأجنبى كامل الأهلية بالنسبة للتصرف محل النزاع وفقاً للقانون المصرى ويُعطل العمل بالنص المتعلق بالأهلية الوارد بقانون جنسية المتعاقد الأجنبى ما لم توجد أسبابٌ أخرى غير هذا السبب من شأنها الانتقاص من أهلية هذا المتعاقد الأجنبى.

وعلى هدى ما تقدم نخلص إلى أن شروط الدفع بالجهل بالقانون الأجنبى الواجب التطبيق لابد من توافرها مجتمعة لقبول الدفع واستبعاد القانون الأجنبى الواجب التطبيق، وبالتالي فتخلف شرط من هذه الشروط من شأنه رفض الدفع وتطبيق القانون الأجنبى، وعلى المدعى اللجوء إلى وسائل أخرى لاستبعاد القانون الأجنبى أو حماية حقوقه المترتبة على التصرف الذى أجراه مع الأجنبى ناقص الأهلية كاللجوء إلى القواعد العامة للمسئولية المدنية التى نص عليه القانون المدنى.

⁽³⁴³⁾ Dans ce sens, en la différenciant de l'article 2279 du Code civil français, règle interne, (B) Ancel et (Y) Lequette: considèrent qu'il s'agit d'une règle matérielle de droit international privé, p. 39.

L'article 3539 dispose que:

"A person is capable of contracting if he possesses that capacity under the law either the state in which he is domiciled at the time of making the contract or the state whose law is applicable to the contract under Article 3537".

تنص المادة ٣٥٣٩ مدنى فرنسى على أنه:

"يكون الشخص قادراً على التعاقد إذا كان يمتلك تلك الأهلية بموجب القانون إما وفقاً لقانون الدولة التي كان متوطناً بها وقت إبرام العقد أو قانون الدولة التي ينطبق قانونها على العقد بموجب المادة ٣٥٣٧".

المبحث الرابع

إشكاليات الدفع بالجهل بالقانون الأجنبي الواجب التطبيق

تمهيد وتقسيم:

قد يُثير الدفع بالجهل بالقانون الأجنبي الواجب التطبيق كدفعٍ جوهرى يترتب عليه آثاراً مهمةً وخطيرةً تبرز في استبعاد القانون الأجنبي على الأهلية العديد من الإشكاليات سنتعرض لها تباعاً وفق المطالب الآتية:

المطلب الأول: تعاقد أجنبي كامل الأهلية مع وطنى ناقص الأهلية.

المطلب الثانى: أهلية الشخص الاعتبارى الأجنبى.

المطلب الثالث: إثبات حُسن نية المتعاقد مُثير الدفع.

المطلب الأول

تعاقد أجنبي كامل الأهلية مع وطنى ناقص الأهلية

وتكمن الإشكالية فى هذه الحالة فى حال تعاقد أحد الوطنيين ناقصى الأهلية مع أجنبى كامل الأهلية، ومع صمت أغلب المشرعين عن النص عن التعرض لهذا الأمر والتي اشترطت صراحةً للدفع بالجهل بالقانون ناقص أهلية المتعاقد الأجنبى المدعى عليه، فى إشارةٍ ضمنيةٍ منها إلى أن هذا الفرض نادر الحدوث فى الحياة العملية، وأنه من الممكن أن يترتب عليه تباين المركز القانونى للوطنى القاصر فى دولته، وأن هذا الفرض النادر الحدوث فى معظم الأحيان يحدث عندما يقع المتعاقد ضحيةً فى شباك الغش والتحايل، مما يُوجب عليه الرجوع للقواعد العامة فى القانون المدنى لحمايته مما وقع عليه من تدليسٍ.

وخليقٌ بنا الإيماء إلى أن البداية الحقيقية لظهور هذا الدفع وتطبيقه كانت تعتق توفير الحماية للوطنيين فقط دون الأجانب، ولكن سرعان ما تبدلت الأحوال وتنازل المشرعين عن هذا الطابع الاستثنائى الأنانى للدفع بالجهل بالقانون ليمتد نطاقه إلى الأجانب ومنهم المشرع الألمانى والبولونى والإيطالى، أما المشرع المصرى فى المادة ١١ مدنى فلم يتعرض سوى لجنسية ناقص الأهلية والذى اشترط أن يكون أجنبياً دون النظر للمتعاقد معه سواء أكان وطنياً أم أجنبياً، فالنص جاء مطلقاً فى هذا الصدد^(٣٤٤).

^(٣٤٤) انظر حول ذلك تفصيلاً د. منصور مصطفى منصور: مذكرات فى القانون الدولى الخاص، مرجع سابق، ص ٢٥٥، د. محمد كمال فهمى: أصول القانون الدولى الخاص، مرجع سابق، ص ٥٦٠، د.

ونرى من جانبنا أن مقتضيات العدالة وهي الهدف الأول والأسمى للتشريع تتوجب امتداد الحماية للمتعاقدین الأجانب حسن النية دون اقتصارها على الوطنيين بخصوص المعاملات التي تُبرم على إقليم دولة القاضي، ولا ريب في اتفاق ذلك مع ما يهدف إليه تقرير الدفع بالجهل بالقانون الواجب التطبيق في هذه الحالة وهو تأمين سلامة المعاملات المالية التي تُجرى على الإقليم الوطني، وبناء عليه يتعين السماح للأجانب بالدفع بالجهل بالقانون ضد أجانب آخرين ناقصي الأهلية وليسوا من ذات جنسية مُثري الدفع؛ إذ لا يجوز أن يكون الطرفان من جنسية واحدة لأنه بدهى أنهما على علم تام بأحكام قانونهما الشخصي ولا مجال لإثارة عدم العلم أو الجهل بأحكامه ونصوصه، وعلى الرغم من ذلك كله فقد أثر جانب من الفقه أن يتخذ موقفاً شاذاً وغريباً باقتراح إمكانية الدفع بالجهل بالقانون حتى ولو كان المُتعاقدان الأجانب يحملان جنسية واحدة وأن الصعوبة تكمن فقط في إثبات شرط حسن النية من جانبهم والذي يُعد والحال كذلك مستحيل التحقق^(٣٤٥).

ويستوى بصدد الدفع بالجهل بالقانون على مسألة الأهلية أن يكون المُتعاقد مُثير الدفع تاجراً أم شخصاً مدنياً لا ينطبق عليه وصف التاجر لصراحة النص الذي لم يشترط مثل هذه الصفة، واشترط فقط أن يكون التصرف القانوني تصرفاً مالياً سواء أكان مدنياً أم تجارياً، وهو ما يترتب عليه قبول الدفع دون اشتراط صفة معينة في مُثير الدفع، دون امتداد هذا القبول، أي قبول الدفع إلى البنوك التي يقع على عاتقها التزام أساسي ورئيس وهو الاستعلام عن عملائها قبل أي تصرف قانوني معهم^(٣٤٦).

وبخصوص أهلية القصر فعندما حل القانون الوطني في أوروبا محل قانون الموطن الأصلي في مسائل الأهلية "للأشخاص الخاضعين لتأثير المادة الثالثة من القانون

فؤاد رياض، د. سامية راشد: الوسيط في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، مرجع سابق، ص ٣٣٨ وما يليها، بند ٣١١.

وراجع أيضاً:

Batiffol (Henri): droit international privé, op. cit, p. 532, no. 491.

Francescakis (PH): repertoire de droit international encyclopedie, op. cit, no. 76.

^(٣٤٥) انظر د. جابر جاد عبد الرحمن: المرجع السابق، ص ٥٩٧.

^(٣٤٦) حول ذلك راجع تفصيلاً:

Jobard– Bachellier: l'apparence en droit international privé, op. cit, p. 160, no. 222.

المدني الفرنسي، دعا الاجتهاد القضائي في فرنسا بإلحاح إلى ضرورة تصحيح القاعدة العامة السائدة، باستثناء ما يُعرف باسم "المصلحة الوطنية"؛ إذ أصبحت القاعدة الأساسية التي تحكم هذه المسألة غير مناسبة لمجموعة من القضايا، وعاجزة عن ضمان تحقيق هدفٍ محددٍ من القانون الموضوعي الذي يرغب المشرع في صونه والذي يكون قادراً على إضافة قاعدة خاصة جديدة لهذه القضايا الجديدة ذات الحالات الملموسة^(٣٤٧).

المطلب الثاني

أهلية الشخص الاعتباري الأجنبي

لما كان الدفع بالجهل بالقانون الأجنبي الواجب التطبيق وسيلةً من وسائل استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق على الأهلية المقررة في القانون الدولي الخاص، فإن تطبيقه بخصوص الشخص الطبيعي لا يثير أية صعوبة أو إشكالية، ولكن تكمن الصعوبة في قيام أحد الأشخاص الاعتبارية الأجنبية بإبرام عقد مع شخصٍ آخر وطني سواء أكان هذا الشخص طبيعياً أم اعتبارياً، وبالتالي يثور التساؤل عن قيام شركة أجنبية بإبرام عقد على الإقليم المصري مع شخصٍ طبيعي أو شركةٍ مصريةٍ أخرى، ولم تكن هذه الشركة الأجنبية تملك الأهلية الكاملة لإبرام هذا العقد لتعارضه مع الهدف الأساسي لها، ففي هذه الحالة هل يجوز للمتعاقد مع الشخص الاعتباري الأجنبي الدفع بالجهل بالقانون لإبطال هذا العقد المُبرم بينهما لنقص أهليته أو قصور سلطاته بشأنه؟ من المعلوم أن أهلية الشخص الاعتباري في التعاقد تتقيد كقاعدة عامةً بحدود الغرض الذي أنشئ من أجله، وبذلك إذا تعاقد الشخص المعنوي أو الاعتباري خارج حدود هذا الغرض فإنه يُعد ناقص الأهلية، مما يعطى للمتعاقد الآخر معه الحق في حماية حقوقه المترتبة على العقد المُبرم معه عن طريق الدفع بالجهل بالقانون وفقاً للمادة ١/١١ من القانون المدني إذا توافرت شروط تطبيقه والتي أوردناها سابقاً^(٣٤٨).

^(٣٤٧) راجع حول ذلك:

(M) Aguilar Navarro: Derecho internacional privado, op. cit, p. 198.

(F) Surville: De la validité des contrats passés en France par un étranger incapable d'après sa loi nationale, mais capable d'après la loi française», Clunet (1909), pp. 625 ss.

(H) Batiffol: L'influence de la loi française sur la capacité civile des étrangers en France, op. cit.

^(٣٤٨) انظر د. عوض الله شيبه الحمد السيد: الوجيز في القانون الدولي الخاص، ٢٠٠١م، دار النهضة

العربية، القاهرة، ص ٤١١.

وفى الواقع لم يتعرض المشرع المصرى لهذه الإشكالية ولكنه ترك أمر هذه المسألة لاجتهادات الفقه، وهو ما أدى إلى ظهور اتجاهين رئيسيين:
الاتجاه الأول: ويرى أنصاره أنه لا يوجد ما يمنع من إعمال الدفع بخصوص الشخص الاعتبارى الأجنبى فى حال تجاوزت حدود أهليته، ولكن دون حقه فى التمسك ببطلان التزاماته التعاقدية بهذا الشأن والتحلل منها، لأن ذلك تتطلبه مقتضيات العدالة وقواعد الإنصاف، ويتفق مع العلة من وراء إقرار الدفع، والتي بلا ريب تتحقق بخصوص الشخص الاعتبارى^(٣٤٩).

ويرون أيضاً إمكانية إعمال الدفع بخصوص الشخص الاعتبارى ولكن يحد من نطاقه قيود الشهر والعلانية التي تُفرض عليه وحجم نشاطاته على إقليم دولة القاضى، بحيث يُكتفى بإجراءات الشهر والعلانية التي قام بها الشخص الاعتبارى الأجنبى فى الخارج ووفقاً لقانون مركز إدارته الرئيس الفعلى^(٣٥٠).

الاتجاه الثانى: ويرى أصحابه عدم إمكانية تطبيق الدفع بالجهل بالقانون فى مجال الأشخاص الاعتبارية الأجنبية، وذلك على اعتبار أن وجوب اتخاذ إجراءات شهر نظامها القانونى فى مصر إذا كانت تُباشر جزءاً من نشاطها فيها يحول دون إمكان تطبيق الدفع، فإذا كان الشخص الاعتبارى الأجنبى قد اتخذ إجراءات الشهر المحلية فى مصر، فمن غير المقبول بعد ذلك التمسك بالدفع، ومن غير الممكن اعتبار المتعامل مع الشخص الاعتبارى الأجنبى معذوراً فى جهله بأحكام نظامه القانونى، إلا أنه من الممكن تطبيق الدفع فى الفروض التي يتمتع فيها الشخص الاعتبارى الأجنبى بالحق فى عدم اتخاذ إجراءات الشهر المحلية اكتفاءً بشهر نظامها القانونى فى الخارج وفقاً لقانون مركز إدارتها الرئيسى، وهو ما يُطبق فى الغالب بالنسبة للشركات الأجنبية التي لا تُباشر نشاطها أو جزءاً منه فى مصر، ففي هذه الحالة يمكن للمتعامل مع الشخص الاعتبارى التمسك بتطبيق الدفع طالما أن التصرف أُبرم على الإقليم المصرى وتوافرت شروط تطبيقه المنصوص عليها بالمادة ١/١١ مدنى مصرى^(٣٥١).

^(٣٤٩) انظر:

Fouaad Riad: l'interprisw publique et semi- publique en droit international privé, Rec. des cours, academie de droit international lahaye, 1936, p. 561 et et En particulier, p. 633.

^(٣٥٠) انظر د. هشام صادق: تنازع القوانين، مرجع سابق، ص ٥٩٩ وما بعدها.

^(٣٥١) انظر د. هشام على صادق: المرجع السابق، ص ٥٩٩، ٦٠٠.

ونرى من جانبنا أن السماح بتطبيق الدفع بالجهل بالقانون الواجب التطبيق في مواجهة الأشخاص الاعتبارية الأجنبية يخلقُ وضعا شاذاً وغريباً وغير مألوفٍ، إذ أن هذه الأشخاص الاعتبارية الأجنبية قد تمارس على إقليم دولة القاضى إما نشاطاً دائماً أو رئيساً أو جزءاً من نشاطها، وهو ما يحول دون تطبيق الدفع في مواجهتها، فهذه الأشخاص الاعتبارية قد قامت بإجراءات الشهر والعلانية المفروضة عليها من جانب قانون القاضى الذى ينطبق على الشخص الاعتبارى دون نقاشٍ في حال مباشرته نشاطاً رئيساً على إقليم دولة القاضى، وفي حال ممارسة هذا الشخص الاعتبارى نشاطاً رئيساً على إقليم دولة القاضى فإن قانون القاضى سيُصبح واجب التطبيق دون أن يكون لأى قانون أجنبى آخر حق مزاحمته في التطبيق، ولكن مع استبعاد حدوث مثل هذا الفرض النادر فقد أثر أن يترك المسألة لأقلام الباحثين والفقهاء، وأنه في حال حدوثه سيكون الدفع بالجهل بالقانون قائماً بصدده.

المطلب الثالث

إثبات حسن نية المتعاقد مُثير الدفع

لا يُقبل الدفع من جانب المتعاقد بالجهل بالقانون الأجنبى الواجب التطبيق إلا في حالة وقوعه في غلطٍ يجعله يعتقد على خلاف الحقيقة مضموناً مغايراً لما هو منصوص عليه في هذا القانون الأجنبى حول أهلية المتعاقد الآخر معه، وهو ما يجعله يقع في غلط في القانون والواقع معاً، وحرى بنا أن نرّمز إلى أن الاختلاف المُتطلب بين أحكام القانون الأجنبى الواجب التطبيق وقانون القاضى فيما يتعلق بالأهلية لا يكفى بذاته لقيام الدفع، وإنما يجب أن يكون الغلط الذى وقع فيه المتعاقد مَبْنَى على هذا التباين والاختلاف بين القانونين^(٣٥٢).

ولما كان حُسْنُ النية يعنى انتفاء القصد الشئى أو التحايل، إلا أنه لا يفيد حتمية قيام المتعاقد الوطنى بالاستقصاء والتحرى، ولكنه يعنى وجوب إنتفاء الرعونة والاستخفاف من جانب المتعاقد مع الأجنبى وأن يكون قد بذل كل أقصى جهده في الاستعلام عن حالة الأجنبى المتعاقد معه دون فائدة، والدليل على ذلك ما نص عليه المشرع المصرى في المادة ١/١١ مدنى عندما أضفى شرعية على جهل المتعاقد مُثير الدفع المبني على حُسْن النية بشرط أن يرجع نقص أهلية المتعاقد الأجنبى إلى سببٍ خفى ليس من السهل

^(٣٥٢) راجع حول ذلك د. عز الدين عبد الله: المرجع السابق، ص ٢٣٦، وكذلك:

Jobard- Bachellier: l'apparence en droit international privé, op. cit, p. 154-155

تبينه، وعليه فلو كان نقص أهلية المتعاقد الأجنبي واضحاً وظاهراً ومن السهل اكتشافه، أو كان المتعاقد مع الأجنبي كثير المعاملات مع الأجانب من جنسيات معينة فلا يمكن قبول الدفع^(٣٥٣).

ولكن تكمن الصعوبة في مسألة إثبات توافر حسن النية لدى المتعاقد مُثير الدفع بالجهل بالقانون والتي تُعد سلطةً تقديريةً للقاضي يُقدرها وفقاً لسلوك الرجل المعتاد، ولما كان حسن النية شرطاً أساسياً لإمكانية قبول الدفع بالجهل بالقانون لاستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق إلا أنه قد يكون محلاً لتحايل البعض وغشهم؛ فالقاضي يُقدر المسألة من خلال ظروف وملابسات التعاقد مُستعيناً بأماراتٍ ومظاهرٍ قد يُخطئ البشر في تحليلها، ولكن الأمر يَشُقُّ على القاضي، خاصةً فيما يتعلق بإثبات التبصر وعدم الرعونة والاستخفاف وأن المتعاقد قد بذل ما عليه ولم يُقصر في الاستعلام عن موقف الأجنبي المتعاقد معه، خاصةً في ظل عصرٍ حديثٍ سريعٍ نعيشه أصبح التعاقد فيه عبر الإنترنت ولا يحتمل الانتظار للاستعلام والتحرى وتقويت الفرص^(٣٥٤).

ولزامً علينا الإشارة إلى أن الأجنبي الفاصر إذا لجأ إلى التدليس والغش من خلال استعماله وسائل تحايلية مُضللةً كتقديمه مستنداتٍ زائفةً تُثبت أهليته أو كان من معتادى النصب وإخفاء حالته الحقيقية بطريقةٍ احترافيةٍ لا تدعو إلى مجرد الشك في أهليته فإنه ينتفى مجال الدفع بالجهل بالقانون، ولكن لا ينتفى معه حق المدعى في اللجوء إلى وسائل حماية أخرى تُطبق من خلالها الوسائل العامة في المسؤولية التقصيرية^(٣٥٥).

(٣٥٣) انظر حول ذلك:

Batiffol et Lagard: droit international privé, T. II, op. cit, p. 143, no. 491.

(٣٥٤) حول إثبات حسن النية راجع د. محمد كمال فهمي: المرجع السابق، ص ٥٦٠، بند ٤٢٠، د. عز

الدين عبد الله: المرجع السابق، ص ٢٣٦، د. منصور مصطفى منصور: المرجع السابق، ص ٢٥٤.

(٣٥٥) انظر د. جابر جاد عبد الرحمن: المرجع السابق، ص ٥٩٦ وما يليها، ولكن يجب ألا يغيب عن الأذهان أنه في هذه الحالة ومع تغير وسيلة الحماية من الدفع بالجهل بالقانون إلى تطبيق القواعد العامة في المسؤولية التقصيرية يترتب عليها تغير القانون الذي تتم الحماية وفقاً لأحكامه؛ حيث يُصبح قانون القاضي وهو قانون محل وقوع الفعل الضار هو الواجب التطبيق وليس القانون الشخصي، والذي يتوقع وفقاً له الحكم ببطان العقد وليس تصحيحه كما كان سياتر على الدفع بالجهل بالقانون الأجنبي الواجب التطبيق، إضافةً إلى ذلك ما يمكن أن يحكم به القاضي للمُدعى من تعويضٍ عادلٍ عما لحقه من ضررٍ نتيجة هذا الخداع والتحايل من جانب المتعاقد الآخر الأجنبي المدعى عليه، وكل ذلك لا

فإذا لجأ ناقص الأهلية إلى طرق احتيالية ليخفي نقص أهليته، وعلى الرغم من أن له أن يطلب إبطال العقد لنقص الأهلية، إلا أنه يكون مسئولاً عن التعويض للغش الذي صدر منه، وهذا ما تقضي به المادة ١١٩ مدنى إذ تنص على أنه "يجوز لناقص الأهلية أن يطلب إبطال العقد، وهذا مع عدم الإخلال بالزامه بالتعويض إذا لجأ إلى طرق احتيالية ليخفي نقص أهليته"، ولا يكفى لتطبيق هذا النص أن يقتصر ناقص الأهلية على التأكيد بأنه كاملها، بل يجب أن يستعين - وهو يؤكد كمال أهليته - بطرق احتيالية كأن يُقدم شهادة ميلادٍ مزورة ليثبت أنه بلغ سن الرشد، وهذا الذي قضى به النص الصريح في القانون المدنى الجديد والذي كان القضاء المصري يعمل به في ظل القانون القديم تطبيقاً للقواعد العامة.

وكذلك نص المادة ٣٣٦ من قانون العقوبات المصرى والتي تنص على أنه "يعاقب بالحبس كل من توصل إلى الاستيلاء على نقودٍ أو عروضٍ أو سندات دينٍ أو سندات مخالصةٍ أو أي متاع منقولٍ وكان ذلك لسلب كل ثروة الغير أو بعضها، إما باستعمال طرقٍ احتياليةٍ من شأنها إيهام الناس بوجود مشروعٍ كاذبٍ أو واقعةٍ مزورةٍ، أو إحداث الأمل بحدوث ربحٍ وهمى أو تسديد المبلغ الذى أخذ بطريق الاحتيال أو إيهامهم بوجود سندٍ دينٍ غيرٍ صحيحٍ أو سندٍ مخالصةٍ مزورٍ، وإما بالتصرف فى مالٍ ثابتٍ أو منقولٍ ليس ملكاً له ولا له حق التصرف فيه وإما باتخاذ اسمٍ كاذبٍ أو صفةٍ غيرٍ صحيحةٍ، أما من شرع فى النصب ولم يتممه فيُعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز سنة ويجوز جعل الجانى فى حالة العود تحت ملاحظة البوليس مدة سنة على الأقل سنتين على الأكثر".

وقد أوضحت المحكمة الفرنسية فى حكمها أنه "من حيث المبدأ، يجب على المرء أن يعرف أهلية الشخص الذى يتعاقد معه، ولا يمكن تطبيق هذه القاعدة بشكلٍ صارمٍ فيما يتعلق بالأجانب المتعاقدين فى فرنسا، وإمكانية التحقق من الأهلية المدنية ليست كذلك، والشئ نفسه عندما يتعلق الأمر بالمعاملات فى فرنسا بين فرنسيين أو بين الفرنسيين والأجانب"، كما قضى بأنه "فى هذه الحالة، لا يمكن اعتبار الفرنسيين على درايةٍ بقوانين الدول المختلفة وأحكامها المتعلقة بالأقلية والأغلبية على وجه الخصوص

بحول دون خضوعه للمسئولية الجنائية فى حال توافر أركان جريمة النصب حول فعله- راجع حول ذلك:

Batiffol (Henri): influence de: influence de la loi française sur la capacité civile des étrangers en France, op. cit, p. 249.

وانظر نص المادة ١٣١٠ من القانون المدنى الفرنسى والتي تقرر:

"il n'est point restituable contre les onglations résultant de son delit au quasi-délaite".

ومدى الارتباطات التي يمكن أن يتخذها الأجانب في حدود أهليتهم المدنية؛ وأنه يكفي إذن من أجل صحة العقد أن يعامل الفرنسيون دون خفة، ودون رعونة وبحسن نية^(٣٥٦).

المبحث الخامس أثر الدفع بالجهل بالقانون الأجنبي الواجب التطبيق

تمهيد وتقسيم:

بعد استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق كأثر للدفع بالجهل بأحكام هذا القانون فإن الاختصاص يتحدد لقانون القاضى ليضمن توحيد الحلول وتناسقها بين الدول، وهو ما سيؤدي إلى تحقيق العدالة المنشودة والضمان الحفاظ على حقوق الأطراف والاختصار في الإجراءات والمواعيد، إلى جانب ما يتميز به قانون القاضى من اتساقه مع توقعات الأطراف وغاياتهم بتحقيق الأمان القانوني لهم واضطلاع القاضى بنفس مهمة قاضى دولة القانون الأجنبي عبر القياس، وهو ما سيجعلنا نتناول الأثر المترتب

(^{٣٥٦}) انظر:

Delaume: Les conflits de lois à la veille du Code civil, Contribution à l'histoire du droit international privé, Paris, 1947, p. 217.

en ce qui concerne l'examen du problème chez les anciens auteurs, ainsi que, plus tard, par Foelix, Demagéat et Demolombe, ce dernier ayant influencé à son avis le raisonnement de l'arrêt Lizardi.

Calvo Caravaca: Comentario al art. 10, apartado 8 del Código civil», Comentarios al Código civil y Compilaciones forales (M. Albaladejo et S. Diaz Alabart, dir. publ.), 2e éd. , t. I, vol. 2, Madrid, 1995, note 4 à la page 713, fait référence aux arrêts Bonar (tribunal de Paris, 15 mars 1831), Fontellas (tribunal de Paris, 17 juin 1834) et Seller (tribunal de Paris, 15 octobre 1834), se rapportant aux études de F. Surville et H. Batiffol précédemment indiquées.

F. C. de Savigny: System des heutigen römischen Recht, t. 8. par. CCCLXIII (traduction espagnole, de l'édition française de Ch. Guenoux, faite par J. Messia et M. Poley, Madrid, 1879, pp. 207-208), indique d'abord le principe général des paragraphes 23 et 34 du Code prussien soumettant la capacité à la loi du domicile, puis «la difficulté pratique» que peut soulever le contrat passé avec un étranger, en faisant référence au paragraphe 35 du Code prussien. L'auteur soutient que cette disposition conduit à la loi la plus favorable au maintien de la validité du contrat, sa finalité étant de «protéger les nationaux contre les conséquences d'une erreur excusable, peut-être la mauvaise foi de l'adversaire». A cela, Savigny ajoute que cette disposition pourrait être admise par les lois de tous les peuples car elle ne porterait en rien atteinte à la communauté de droit si nécessaire pour résoudre les cas de conflit».

الدفع بالجهل بالقانون كوسيلة لاستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق بمقتضى قاعدة الإسناد
د. أحمد عبد الموجود محمد فرغلى

على الدفع بالجهل بالقانون الواجب التطبيق فى مطلبٍ أولٍ، والأثر المترتب على تطبيق قانون القاضى كبديلٍ للقانون الأجنبى المستبعد هل سيؤدى إلى العسف بإرادة الأطراف من خلال اخضاع النزاع لسلطة قانونٍ معينٍ لم تتجه إرادتهم لاختياره فى مطلبٍ ثانٍ، وستتناول طبيعة سلطة القاضى فى تطبيق قانونه الوطنى فى مطلبٍ ثالثٍ، وذلك على النحو التالى:

المطلب الأول: الأثر المترتب على الدفع بالجهل بالقانون الواجب التطبيق.

المطلب الثانى: تطبيق قانون القاضى بديلاً للقانون الأجنبى المُستبعد إهداراً لإرادة الأطراف.

المطلب الثالث: تطبيق قانون محل إبرام العقد كوسيلة لتلافى الدفع بالجهل بالقانون الأجنبى الواجب التطبيق.

المطلب الرابع: طبيعة سلطة القاضى فى تطبيق قانونه الوطنى بعد استبعاد القانون الأجنبى الواجب التطبيق.

المطلب الأول

الأثر المترتب على الدفع بالجهل بالقانون الواجب التطبيق

لما كان الهدف من وراء تقرير المشرع للدفع بالجهل بالقانون الأجنبى الواجب التطبيق بخصوص الاهلية هو تعطيل تطبيق هذا القانون والذي تُشير إليه قاعدة الإسناد، فإنه من الطبيعى أن يتم استبعاد هذا القانون الأجنبى فى حال توافر شروط الدفع التى عينها المشرع وتطبيق قانون القاضى على النزاع العروض على القاضى، ويُمكننا تلخيص ما يترتب على الدفع بالجهل بالقانون الواجب التطبيق فى أثرين مهمين^(٣٥٧).

الأثر الأول- استبعاد القانون الأجنبى الواجب التطبيق:

ويتمثل هذا الأثر فى عدم الاعتداد أو عدم نفاذ كل أثرٍ لاختصاص القانون الذى أشارت إليه قاعدة الإسناد، ويفترض هذا الأثر لاستبعاد هذا القانون أن هناك تصرفاً مالياً تم إبرامه وترتيب آثاره على الإقليم الوطنى بين وطنى كامل الاهلية وأجنبى ناقص الاهلية، وكان نقص اهلية هذا الأجنبى يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الآخر تبيّنه.

^(٣٥٧) حول الأثر المترتب على الدفع بالجهل بالقانون راجع د. محمد كمال فهمى: المرجع السابق، ص ٥٥٨، بند ٤٢٠، د. عز الدين عبد الله: المرجع السابق، ص ٢٣٦، د. منصور مصطفى منصور: المرجع السابق، ص ٢٥٦.

الأثر الثانى- تطبيق قانون القاضى على النزاع المطروح:

حيث إنه باستبعاد القانون الأجنبى الواجب التطبيق على الأهلية فإنه سيتبدى هناك فراغٌ تشريعى لأبد من سده ولن تظل أهلية المتعاقد الأجنبى هكذا دون قانون يُنظمها ويحكمها، وأن خيرَ جزاءٍ يُمكن به دفع الضرر الذى يُمكن أن يلحق بالوطنى الذى تعاقد مع الأجنبى ناقص الأهلية هو دفع الضرر عنه وتصحيح العقد، وهو ما لم يتحقق إلا بتطبيق قانون القاضى على النزاع^(٣٥٨).

وبناء على ذلك يُصبح الدفع بالجهل بالقانون الواجب التطبيق دفعاً مُتميزاً ومُستقلاً يُضاف إلى الدفوع الأخرى فى القانون الدولى الخاص كالدفوع بالنظام العام والدفع بالغش نحو القانون والتي تُعد سبباً رئيساً فى جذب الاختصاص الاحتياطى لقانون القاضى إلى جانب اختصاصه الأصيل فى تسوية المنازعات الخاصة الدولية، وبالتالي لا يمكن قبول ما يُثيره بعض الفقه من أن تطبيق قانون القاضى محل القانون الأجنبى المستبعد يمكن أن يُصبح تطبيقاً مزدوجاً الجانب وليس أحادى الجانب^(٣٥٩)، بمعنى أنه كما يُمكن أن يُطبق قانون القاضى بدلاً من القانون الأجنبى المستبعد يُمكن أيضاً تطبيق قانون أجنبى، حيث التبس عليهم الأمر وأشكل وأغفل هؤلاء أن الذى يُقرر الدفع بالجهل كوسيلة لاستبعاد القانون الأجنبى هو قانون القاضى وأنه لا وسيلة لدفع الضرر الذى يُمكن أن يلحق بالمتعاقد الوطنى مع الأجنبى ناقص الأهلية وتصحيح العقد سوى تطبيق قانون القاضى^(٣٦٠).

^(٣٥٨) حول تطبيق قانون القاضى محل القانون الجنبى كإثر حلولى للدفع بالجهل بالقانون راجع:

Jobard- Bachellier: l'apparence en droit international privé, op. cit, p. 136, no196.

^(٣٥٩) راجع حول ذلك:

Jobard- Bachellier: op. cit, p. 181, no. 245.

^(٣٦٠) حيث يتغير المركز القانونى للمتعاقد الأجنبى ويتحول من قاصر إلى كامل الأهلية بحكم قانون القاضى إلى حل محل قانون الأجنبى الشخصى، وقد بررت مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى صياغة المادة ١١ مدنى بقولها أنه " دفعاً للشبهة التى يولدها إطلاق النص على كمال الأهلية، فقد يوجد سبباً آخر للحد من الأهلية، مع أن المقصود هو عدم الاعتداد بالسبب الخاص الذى لايبسه الخفاء"، وبالتالي يُصبح من الملائم ألا يتحول القاصر إلى راشد، وإنما يجب أن يُقيد ذلك بالأحوال التى يكون فيها القصر أو نقص الأهلية راجعاً لسببٍ فيه خفاء يصعب اكتشافه وإدراكه.

وخليقٌ بنا الإيماء إلى أن فكرة التطبيق الاحتياطي لقانون القاضى فى إطار العلاقات الخاصة الدولية مُستقرٌ عليها فقهاً وقضاءً فى أغلب دول العالم؛ فهذا التطبيق الاحتياطي لقانون القاضى يلعب دوراً محورياً فى حماية الحقوق التى تعذر تطبيقه عليها وتولى حكمها القانون الأجنبي، كما أنه ذا دورٍ فعّالٍ فى عدم صيرورة أى علاقةٍ خارج دائرة القانون لا تخضع لحُكمه؛ فهو يتدخل لتلافي المشاكل التى قد تتجم فى حال تعذر تطبيق القانون الأجنبي، وأضف إلى ما سبق أن قانون القاضى يرتبط بالنزاع الناشئ عن العلاقة الخاصة الدولية وخطوةً مهمةً نحو تنظيم وتنسيق التعاون بين الأنظمة القانونية المختلفة^(٣٦١). وبالتالي فلا مُبرر لما يدعيه البعض من أن التطبيق الاحتياطي لقانون القاضى قد يكون وسيلةً نحو التوسع فى فكرة النزعة الوطنية والتحكم التى تُصيب القضاة التى تنتهى إلى تطبيقهم قوانينهم الوطنية على المنازعات الخاصة الدولية المعروضة عليهم، حيث إن القاضى ملتزمٌ بتطبيق قواعد الإسناد والوصول إلى القانون الواجب التطبيق سواء أكان هذا القانون قانوناً وطنياً أم أجنبياً، وفى حال تعذر تطبيق هذا القانون يقوم بتطبيق قانون القاضى، وبالتالي فالقاضى ليس حراً طليقاً، بل مُقيداً بقيودٍ ينبغى عليه مراعاتها وإلا كان حكمه مَعيباً وقابلاً للإلغاء والإبطال والنقض.

ولكننا نجد أيضاً فى منطق حكم قضية ليزاردي ما يُطلق عليه "اعتبارات المصلحة للدولة"، ويؤكد بوضوح أنه بدون "مزاجاتٍ وقيودٍ" يُمكن للقانون الوطنى للأجنبي المُتعاقد مع فرنسى أن يعمل ضد المصلحة العامة للفرنسيين، لذلك يتم التركيز فقط على أحد العناصر الذاتية الموجودة فى القانون الدولى الخاص الذى تتوخى تطبيق هذا القانون كعنصر الجنسية المرتبط بالنظام القانونى للدولة، وبالتالي فالغرض من الاستثناء هو فقط حماية الطرف الوطنى المُتعاقد مع الأجنبي، ومن ثم تسميته بـ"استثناء المصلحة الوطنية"، وبالنظر إلى أن وظيفته وهى استبعاد القانون الواجب التطبيق فى الأصل من حيث المبدأ، فقد أُعتبر أنه أكثر صلة وارتباطاً بـ"مفهوم فكرة النظام العام"، وذلك إلى جانب التبريرات الأخرى كالفكرة التى طرحتها محكمة النقض فى هذا الحكم، وهى الحاجة إلى "مزاجٍ" أو "تقييدٍ" لاستبعاد أى ضررٍ محتملٍ للتاجر الفرنسى^(٣٦٢).

(٣٦١) انظر:

David (Cyrille): la loi étrangère devant le juge du fond, op. cit, p. 124, no. 162.

(٣٦٢) L'idée est, par exemple, présente dans l'examen par F. C. de Savigny de l'article 35 de l'Allgemeinen Landrecht prussien de 1794, comme cela a déjà été indiqué. Sur les auteurs qui ont même parlé d'un «intérêt français», voir les références dans A. L. Calvo Caravaca, op. cit, (1995), note 3 à la page 713.

المطلب الثاني

تطبيق قانون القاضى بديلاً للقانون الأجنبي المستبعد إهداراً لإرادة الأطراف

ويثور التساؤل هل قيام القاضى الوطنى بتطبيق قانون دولته الوطنية كأثر للدفع بالجهل بالقانون الأجنبي الواجب التطبيق عسفاً وإهداراً لإرادة الأطراف الذين لم تتجه إرادتهم الصريحة إلى اختيار هذا القانون ليحكم نزاعهم؟ بدايةً نود الإيماء إلى أن العمل فى القانون الدولى الخاص استقر على حتمية احترام وتقدير إرادة الأطراف، بوصف أن القانون الدولى الخاص يقوم على عدة مبادئ أساسية أهمها صلاحية الأفراد لاختيار القانون المتوقع لحماية حقوقهم والمراكز القانونية التى يُنشئونها^(٣٦٣).

ولكن يرى البعض أن تطبيق قانون القاضى سيؤدى إلى إهدار قيمة قانون الإرادة الذى تم الاتفاق عليه واختياره من جانب الأطراف، وهو ما سيؤدى إلى اختلاف الحلول للنزاع القائم والمعروض على القاضى، وبالتالي اختلاف الحلول المتوقعة من جانب الأطراف للنزاع الناشب بينهم، خاصةً فى ظل عدم التناسق الدولى بين النظم القانونية المختلفة، وهو ما سيؤثر سلباً على قوة نفاذ الأحكام الصادرة خارج حدود دولة إصدار الحكم^(٣٦٤)، ومثال ذلك أنه لو كان مثلاً هناك تماثلٌ بين أحكام القانون المصرى والقانون الفرنسى فى تطبيق قانون الزوج وقت الطلاق أو وقت رفع الدعوى فيما يتعلق بمسائل الطلاق، فإن تماثل الحكم فى قانونى الدولتين سيؤدى إلى توحيد الحل، وبالتالي عدم إهدار حقوق الأفراد وسيظل الحكم الصادر من إحدى الدولتين مُحققاً بقوة نفاذه لدى الدولة الأخرى ويُحقق للأفراد الأمان القانونى ويتطابق مع توقعاتهم، ويُنشئ انسجماً وتناسقاً دولياً فى حل المنازعات الخاصة الدولية.

Comme l'a mis en relief **A. Calvo Caravaca**: op. cit, (1995), p. 716, tel est le cas de **E. Bartin**: Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence françaises, t. II, Paris, 1932, pp. 42 ss. Soulignant aussi que les auteurs allemands ont considéré que l'article 7, alinéa 3, de l'EBGB de 1896 était une «clause spéciale» d'ordre public. Voir **P. H. Neuhaus**: Die Grundbegriffe des internationalen Privatrecht, 2e éd., Tübingen, 1976, pp. 86 ss.

Ce qui est précisé par l'article 11 de la Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles et, sous son influence, par l'article 23, alinéa 2, de la loi italienne de 1995.

^(٣٦٣) د. خالد عبد الفتاح خليل: تعاطم دور الإرادة فى القانون الدولى الخاص، ٢٠١٦م، دار الجامعة

الجديدة، الإسكندرية، ص ٧ وما يليها.

^(٣٦٤) د. أحمد عبد الكريم سلامة: الأصول فى التنازع الدولى للقوانين، بدون سنة نشر، دار النهضة

العربية، القاهرة، ص ٢٤٤، ٣٥٦.

وحرى بنا أن نبين أن التماثل والتناسق بين النظم القانونية الذى يؤدي إلى توحيد الحلول يعوقه خاصة في مسائل الأحوال الشخصية اختلاف مصادر القوانين؛ فكل قانون له مصادره الخاصة، وكل دولة لها ظروفها الاجتماعية والاقتصادية والسياسية الخاصة التي تختلف من دولة لأخرى وتتطور بتطور الزمان والمكان، وأن فرض اختيار القانون فيها بإرادة الأطراف من أجل التطبيق يتحقق في أغلب حالاتها عن طريق التحايل، أما فيما يتعلق بالمسائل المدنية والتجارية فمن اليسير خلق حالة التشابه والتناغم لأن حاجات الناس ومبادلاتها تكاد تكون واحدة، وهو ما يمكن خلقه بالاتفاق بين الدول على نصوص قانونية مشتركة تعمل على توحيد الحلول في المنازعات الخاصة الدولية المتعلقة بمسائل المعاملات بواسطة إبرام اتفاقيات جماعية تتولى القيام بذلك، ومثال ذلك اتفاقية فيينا لعقود البيع الدولي للبضائع لعام ١٩٨٠م والتي اعتمدت قواعد موحدة تُنظم عقود البيع الدولي للبضائع وتأخذ في الاعتبار مختلف النظم الاجتماعية والاقتصادية والقانونية من أجل إزالة الحواجز القانونية في مجال التجارة الدولية وتعزيز التنمية الاقتصادية، وهو ما عبرت عنه المادة الأولى منها والتي نصت على أن "تطبق أحكام هذه الاتفاقية على عقود بيع البضائع المعقودة بين أطراف توجد أماكن عملهم في دول مختلفة: أ- عندما تكون هذه الدول دولاً متعاقدة. ب- عندما تؤدي قواعد القانون الدولي الخاص إلى تطبيق قانون دولة متعاقدة".

المطلب الثالث

تطبيق قانون محل إبرام العقد كوسيلة لتلافى الدفع بالجهل بالقانون الأجنبي الواجب التطبيق

ويرى البعض أنه لن تكون هناك حاجة للدفع بالجهل بالقانون الأجنبي الواجب التطبيق إذا تم تطبيق قانون محل إبرام العقد على مسائل الأهلية فيما يتعلق بالتصرفات المالية، فهو يضمن خضوع العقد المبرم لقانون واحد يحكم أهلية الطرفين^(٣٦٥). ويرى البعض أن خضوع الأهلية لقانون المكان الذي أبرم فيه العقد مُجافٍ لقواعد العدالة ومبادئ المواءمة والملاءمة ومن الصعوبة بمكان الأخذ به للأسباب الآتية^(٣٦٦):

(٣٦٥) انظر:

Daniel Miguel et Rojas Tamayo: Le droit applicable au contrat en droit international privé colombien, étude comparée, critique et prospective, universite Paris II- Pantheon-Assas, Février 2017, p 112.

(٣٦٦) انظر:

Daniel Miguel et Rojas Tamayo: Le droit applicable au contrat en droit international privé colombien, op. cit, p. 113, 114.

أولاً- أن تنفيذ قانون العقد من قبل القاضي الوطني سينطوي حتماً على مخاطر تمييزية وعنصرية ضد الطرف الأجنبي، لأن أغلب الأنظمة القانونية تُخضع صفة الطرف الأجنبي للقانون الوطني، وبالتالي ستطبق قانون محل إبرام العقد كقانون وطني عند إبرام العقد في الخارج وكقانون إقليمي (أي قانون محل إبرام العقد) عند إبرام العقد في إقليم الدولة، وبالتالي فإن الأطراف الأجنبية هي الوحيدة التي ترى أن أهليتها تخضع لقانون مختلف اعتماداً على مكان إبرام العقد.

ثانياً- يتصف بعدم الدستورية؛ من حيث أنه يؤدي إلى انتهاك الحق في المساواة بين الأطراف المتعاقدة (الطرف الوطني والطرف الأجنبي).

ثالثاً- أنه قد يكون من الصعب تحديد معيار مكان إبرام العقد، وبالتالي ستكون القدرة على تطبيقه عندئذٍ غير مؤكدة.

رابعاً- كما أن الاعتماد على المكان الذي تم فيه إبرام التصرفات سيجعل الأمر بيد الأطراف وإرادتهم ورهن مشيئتهم، وهو ما يتعارض مع الهدف الرئيس من الدفع؛ وهو حماية التصرفات القانونية المبرمة على إقليم الدولة وضمان استقرار المعاملات المالية عليه، نظراً لأن أهلية الأطراف تخضع في معظمها لقانون الأحوال الشخصية (يرتبط هذا إما بالجنسية أو الموطن).

خامساً- أن قانون محل إبرام التصرف لن يكون قادراً على الاستجابة بشكل كافٍ إلى المنازعات التي تُثيرها الأهلية عند إبرام التصرفات القانونية.

وبناء على ما سبق سيبييت من الضروري إخضاع أهلية جميع الأطراف في العقد لنفس القاعدة التي ترتبط بشخص الأطراف، والتي يُفضلها فقه القانون الدولي الخاص للأحوال الشخصية وهو إما قانون الجنسية أو قانون الموطن.

ومع ذلك فالقانون المقارن لا يستبعد تطبيق قانون مكان تنفيذ العقد، وقد تم تبريره بحماية مصالح التجارة المحلية^(٣٦٧)؛ حيث تُخضع معظم الدول الأوروبية مسائل الأحوال الشخصية للقانون الوطني، ويُحدد هذا القانون أيضاً الأهلية للتعاقد^(٣٦٨)، ففي فرنسا أنشأ

^(٣٦٧) للمزيد حول ذلك انظر:

Mayer et V. Heuze: Droit international privé, 11 éd. , L. G. D. J., 2014, n° 547.

^(٣٦٨) انظر:

Batiffol: Les conflits de lois en matière de contrats, Étude de droit international privé comparé, op. cit, n° 364, **Mayer et V. Heuze:** Droit international privé, op. cit, n° 540; **E. Gallant:** Capacité, *Rép. dr. int.* , n° 53. Dans le cas des personnes morales, «il est plus simple- et plus exact- de

حكم ليزاردي استثناءً لهذه القاعدة فلا يمكن معارضة عدم أهلية أحد الأطراف بناءً على قانونه الوطني مع المتعاقد الشريك الذي تصرف دون خفة ودون استهتارٍ وبُحس نية^(٣٦٩)، تم تبني حلاً مُماثلاً في المادة ١٣ من لائحة روما الأولى للعقود المُبرمة في الوقت الحاضر، ومع ذلك فهناك اتفاقيات تستبعد هذه المسألة من نطاقها كاتفاقية المكسيك (المادة ٥/ أ) ومبادئ لاهاي (المادة ١/٣ a)، وفي الولايات المتحدة على الرغم من أن أهلية التعاقد تخضع للقانون الذي اختاره الطرفان فإنه يمكن أن تخضع أهلية هؤلاء الأطراف لقانون محل إقامتهم^(٣٧٠).

وبالتالي يبدو أن مسألة إخضاع الأهلية لقانون محل إبرام العقد أمرٌ غيرٍ مظفورٍ به ولا مرغوبٍ فيه، مما دفع البعض إلى محاولة استبداله بقانون مكان التنفيذ، ولكنه سيُثير ذات الصعوبات ويواجه نفس العوائق.

المطلب الرابع

طبيعة سلطة القاضى فى تطبيق قانونه الوطنى بعد استبعاد القانون الأجنبى الواجب التطبيق

لما كانت مهمة القاضى فى تطبيقه القوانين على المنازعات المعروضة عليه سواء أكانت هذه القوانين قوانين وطنية أم أجنبية بمقتضى قواعد الإسناد ليست باليسيرة، يُصاحبها التزامٌ على القاضى بعدم الانصياع لاختياراته الشخصية وضرورة احترامه لإرادة الأطراف وحقوقهم وسماعه لدفاعهم، فإن القاضى لا يملك السلطة المطلقة غير المقيدة التى يمكن أن تؤدى إلى إهدار مكانة وقيمة القانون الأجنبى.

وبالتالى فالقاضى لا يستطيع الأفراد برسم حدود وقائع الدعوى؛ فذلك حقٌ مطلقٌ وخالصٌ للخصوم؛ فإذا لم يعمدوا التمسك بواقعة معينة فى النزاع الناشب بينهم ومعروض على القاضى فينتقى معه حق وسلطة هذا القاضى فى التمسك بها وهو بصدد الفصل فى هذا النزاع، وأن يتم بتطبيق الوقائع فى إطار حقوق الأطراف وعدم تعديها، لأن القول بغير ذلك يفتح الباب بلا شك أمام تذرع القاضى وتحايله من أجل الوصول إلى تطبيق

dire qu'elles relèvent de la loi du pays de leur siège», H. Synvet: «Société», Rép. dr. int. , n° 30.

انظر: (٣٦٩)

H. Batiffol: Les conflits de lois en matière de contrats, Étude de droit international privé comparé, op. cit, n° 374.

انظر: (٣٧٠)

Ce qui ressort de la mise en oeuvre de la §198 ensemble §187 et §188, Surce point, V. S. C. Symeonides: Choice of law, Oxford University Press, 2016, p. 381.

قانون دولته الوطنية ويُوهم الأطراف بأنه قد أعفاهم من مهمة شاقّة ومرهقة متمثلة في البحث عن القانون الأجنبي الواجب التطبيق وإثبات مضمونه.

وما يمكن أن يزيد المشكلة تعقيداً اتجاه القضاء إلى الميل في بعض أحكامه إلى التمسك بواقعية القانون الأجنبي الواجب التطبيق كما وسبق أن ذكرنا، وهو ما يترتب عليه تحرير القاضى من الالتزام من تطبيق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه، بل وتوقف تطبيقه وإعماله على إرادة الخصوم، وفي حال تنازلهم عن تطبيق القانون الأجنبي الواجب التطبيق فلا يملك القاضى سوى الانصياع لإرادتهم وطلبهم، ولا جدال في خطورة هذا الوضع الذى يؤدي إلى كسر العدالة بمنح القاضى الوطنى سلطة التحكم في تطبيق القانون الأجنبي، وقد شعر بعض الفقه بخطورة هذا الاتجاه على مصالح الأفراد الخاصة قبل المصلحة العامة فسارعوا إلى الدعوة إلى حتمية بقاء القانون الأجنبي محتفظاً بصفته القانونية وعدم السماح بتجريده منها لمجرد عبوره حدود الدولة التى أصدرته، ورغم أن القاضى الوطنى يفقد سلطة الأمر كما هو الحال أمام قاضى دولة القانون الأجنبي، إلا أن هذه السلطة تعود له نتيجة تطبيق قواعد الإسناد الوطنية والتي أشارت إلى تطبيق القانون الأجنبي^(٣٧١).

ولكن الوضع السابق لم يستمر واتجهت أغلب الأحكام القضائية والاجتهادات الفقهية إلى التأكيد على الصفة القانونية للقانون الأجنبي الواجب التطبيق، ولكن باتت مشكلة البحث عن مضمون القانون الأجنبي والتثبت من أحكامه وتفسيره قائمةً بصعوبتها وثقلها على عاتق القاضى الوطنى، وذلك نتيجة اختلاف منهج التفسير والمصادر المستمدة وترجيحها وظروف وحيثيات الإصدار والحكمة المُبتغاة بين القانون الوطنى والقوانين الأجنبية.

وخليق بنا أن نُشير أن القاضى الوطنى يُخفف العبء عن كاهله في حال وجود اتفاقياتٍ دوليةٍ تحدد القوانين اللازم العمل بها في المسائل المدنية والتجارية، لأنه سيتقيد بتطبيق قانونه الوطنى استناداً لنصوص الاتفاقية التى تم الاتفاق عليها بين دولته والدول الأجنبية الأخرى والتي أصبحت جزءاً لا يتجزأ من القانون الداخلى لدولته الوطنية، وهو ما يجعل تطبيق القاضى الوطنى لقانونه الوطنى تطبيقاً حراً ولا يحمل معنى التعسف في السلطة التقديرية عندما يعطى الأولوية لتطبيق قانونه الوطنى على القانون الأجنبي في النزاع المعروض عليه^(٣٧٢).

(٣٧١) د. هشام على صادق: مركز القانون الأجنبي أمام القاضى الوطنى، مرجع سابق، ص ١٠٥.

(٣٧٢) د. أحمد عبد الكريم سلامة: الأصول في التنازع الدولى للقوانين، مرجع سابق، ص ١٣١.

الخاتمة

عزف الفقه عن مساندة والتمسك بفكرة الدفع بالجهل بأحكام القانون الأجنبي الواجب التطبيق التي تُقر وتُعترف بالجهل بأحكام القانون الأجنبي لأثرها الهدام لجوهر القانون الدولي الخاص وعموده الأساسى وهى قواعد تنازع القوانين، ولا شك أن ذلك فيه معارضة شديدة لفلسفة وجود القانون الدولي الخاص، ويفتح الباب أمام الأشخاص الأجانب ناقصى الأهلية أمام هروبهم من أحكام القانون الأجنبي الذى يحكم أهليتهم ويُحدد قواعدها ويُمكنهم من الغش والتحايل على الأشخاص الوطنيين عن طريق إبرام معاملات تجارية معهم فى دولهم، كما أنه يَخْلُق نوعاً من التفرقة غير المُبررة في التعامل مع الوطنيين مقارنةً بالأجانب وعدم المساواة بينهم، وهو ما أدى إلى احتدام الخلاف الفقهي حول الأساس القانونى الذى تقوم عليه هذه الفكرة.

وقد اجتهد القضاء الفرنسى فى محاولة الاقناع بنظرية افتراض العلم بالقانون الأجنبي الواجب التطبيق، وأن الاستثناء على هذه النظرية يتمثل فى الجهل بأحكام هذا القانون الأجنبي، أى عدم العلم، وأن المشرع المصرى فى القانون المدنى المصرى قد تعامل مع هذه النظرية كاستثناءٍ وليس باعتبارها قاعدةً عامةً، ولما تم الاستقرار فى فقه القانون الدولي الخاص على أنه قانون تقوم فلسفته فى أساسها ويعتمدُ بناؤه ووجوده على أن قواعده قد خُلِقَتْ وأُبتدِعَتْ من أجل تحقيق نوعٍ من التعايش والتناسق بين قواعده لِيتم تطبيقها بهدوءٍ دون اضطرابٍ وتعطيلٍ وتتكبر لها بحجة عدم العلم والإلمام بأحكام القانون الأجنبي الواجب التطبيق، ويؤيد ذلك ما تم الاستقرار عليه بعد التردد الطويل حول طبيعة القانون الأجنبي لِيتم التعامل معه كقانونٍ لا كواقعةٍ.

وقد احتدم الخلاف وبالغ أثره بين الفقه حول تأسيس الدفع بالجهل بالقانون الواجب التطبيق كوسيلة لاستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق بمقتضى قاعدة الإسناد، فمنهم من أسسه على المصلحة الوطنية للدولة ولمواطنيها الوطنيين، ولكن خاب قوسها لعدم قدرتها على تحقيق الوئام والتآلف مع ما تشهده الحياة الجديدة على صعيد التعامل الدولى من تطوّر دائمٍ، وآخرون حاولوا تأسيسه على فكرة الإثراء بلا سبب، وهناك من برره بفكرة النظام العام أو فكرة الأمن المدنى أو فكرة الوضع الظاهر أو فكرة الجهل المغتفر، ولذا كان من الضرورة والملاءمة الاستقرار على أساسٍ ومبررٍ قانونى لاستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق على الأهلية.

ولكننا نرى أن هذا الدفع يُمثل ضماناً هاماً من ضمانات حماية أمن المعاملات وسلامتها والحفاظ على استقرارها، وكل ذلك ينصب على موضوع العلاقة وليس على أطرافها، فالأولوية عند أى مشرعٍ وطنى فى ترتيب الأولويات هو تحقيق أمن وسلامة التصرفات القانونية المُبرمة على إقليم دولته الوطنية واستقرارها وليس مصالح أطرافها الخاصة، وهو ما يُمكن أن يتحقق عن طريق التركيز على الموضوع، أى موضوع العلاقة القانونية أو التصرف القانونى، وليس جعل الاهتمام أطراف هذه العلاقة أو هذا التصرف، وبالتالي فهذه النظرية التى تقوم على الدفع بالجهل بأحكام القانون الأجنبى الواجب التطبيق تجد أساسها القانونى فى فكرة الأمن المدنى.

وطالما أن الهدف من هذه النظرية هو تحقيق الأمن المدنى للعلاقة القانونية أو التصرف القانونى موضوع النزاع دون النظر لأمن الاطراف، فإنه من البدهى أن يتم تطبيق النظرية بشكلٍ مجردٍ دون تمييزٍ أو تفرقةٍ بين الأطراف، أى سواء أكان الطرف الذى يدفع بالجهل بالقانون بغرض استبعاد القانون الأجنبى الواجب التطبيق شخصاً وطنياً أم أجنبياً.

كما أن القاضى بحكم عمله الوظيفى تجنباً لتعرضه لجريمة إنكار العدالة يقع على عاتقه التزامٌ بضرورة الفصل فى النزاع المطروح عليه بحكم قضائى، وبالتالي فإنه يتوجب عليه البحث والتحرى عن أحكام القانون الأجنبى وليس العلم به حتى يتسنى له الفصل فى الدعوى، دون أن يستسهل مُتذرعاً باستحالة الكشف عن مضمونه ليصل إلى تطبيق قانونه الوطنى على النزاع المعروض عليه.

وقد تعاملت التشريعات الوطنية مع الدفع بالجهل بأحكام القانون الواجب التطبيق كاستثناءٍ وليس كقاعدةٍ عامةٍ أصليةٍ، لذلك نقترح:

أولاً- من أجل الحفاظ على كيان وبناء القانون الدولى الخاص ضرورة إعادة صياغة المادة (٢/١١) من القانون المدنى المصرى بصورةٍ تكون أكثر تحديداً، ولزوم الاستعانة بأسلوب الصياغة الجامدة فى بناء نص هذه المادة، وتضمين النص حزمةً من المُحددات حتى لا يُضحى النص فريسةً للتأويل والتفسير الواسع من جانب القضاء مُعتمداً على سلطته التقديرية وفتح الباب أمام تعدد صور الاستثناء من أجل البعد عن مشقة وعناء تطبيق القانون الأجنبى والاستسهال بتطبيق قانون القاضى.

ثانياً- أنه لما كان الهدف الأسمى من الدفع هو المحافظة على سلامة وحسن سير المعاملات، فإنه يجب أن يتفهم المشرع أنه يحمى فى المقام الأول معاملات وتصرفات أبرمت على إقليم دولته الوطنية، وبالتالي يتوجب عليه أن يزيل أى تمييزٍ مُتعلقٍ بهذا الدفع بين العقود الجارية اليومية والعقود ذات الخطر، وأن يُفكر جدياً فى أن يشمل الدفع هذين النوعين من العقود، ذلك أن أصل الخطر وفلسفة التعامل مع الأشياء تتحقق فى كل الأحوال، أى سواء أكانت العقود محل التصرف عقوداً سريعةً يوميةً أم عقوداً ذات خطرٍ كبيرٍ.

ويجدرُ بنا أن نُومئِ إلى أن الدفع بالجهل بأحكام القانون الأجنبي الواجب التطبيق دفعٌ متعلقٌ بالنظام العام، ويترتب على ذلك عدم جواز تعليق تطبيقه على إرادة ومشئئة الأطراف، وعدم جواز التنازل عنه بغرض كفالة سلامة المعاملات وضمنان حُسن سيرها واستقرارها، كما أن هذا الحكم الوارد فى المادة (٢/١١) مدني مصرى لا يُعد- كما يعتقد البعض- قاعدةً إجرائيةً، وإنما قاعدةً موضوعيةً خاصةً بالمعاملات ذات العنصر الأجنبي، وتُطبق بصورةٍ صريحةٍ ومباشرةٍ فى حال توافر شروط ولوزام تطبيقها، وبالتالي فهى ليست قاعدةً من قواعد التنازع ولا قاعدة من قواعد التطبيق الضرورى أو قواعد البوليس، لذلك فإننا نُوصى المشرع المصرى أن يأخذ فى اعتباره الآتى:

أولاً- أنه على القاضى التزامٌ بتطبيق أحكام القانون الأجنبي الواجب التطبيق الذى أشارت إليه قاعدة الإسناد الوطنية، ويُفترض فى الخصوم علمهم بأحكامه.

ثانياً- أنه يجب تبنى فكرة عدم جواز الاعتداد بالجهل بأحكام القانون الأجنبي إذا كان الأمر يتعلق بالأهلية ذاتها، عدا ما يتعلق بالآثار المالية المترتبة على ذلك، ومع ذلك ففى التصرفات المالية بشكلٍ عامٍ إذا كان أحد الأطراف وطنياً أم أجنبياً فى العلاقة القانونية المُبرمة على الإقليم الوطنى تُحدد أهليته وفقاً لقانون بلد الإبرام، ولا يمكن السماح بالاحتجاج بعدم أهليته أو نقصانها عملاً بقانونه الشخصى أو بقانون الدولة التى نشأ فيها أو يُوجد بها نشاطه إلا إذا كان الطرف المتعاقد الآخر يعلم بإنعدام أهليته أو نقصانها عند إبرام التصرف، وهو ما يُستشف من ظروف وملابسات إبرام التصرف أو العلاقة القانونية محل النزاع، وهو ما تبناه المشرع التونسى فى الفصل ٤٠ من مجلة القانون الدولى الخاص التونسى بالعدد ٩٧ لسنة ١٩٩٨م فى ٢٧ نوفمبر ١٩٩٨م والتي

تنص على أن "تخضع أهلية التصرف للقانون الشخصي بالنسبة للذوات الطبيعية، أما بالنسبة للذوات المعنوية فهي تخضع إلى قانون الدولة التي تتعاطى فيها ذلك النشاط، وإذا كان أحد الأطراف في التزام مالي له الأهلية حسب قانون الدولة التي أبرم فيها ذلك الالتزام فإنه لا يمكنه الاحتجاج بعدم أهليته أو نقصانها عملاً بقانونه الشخصي أو بقانون الدولة التي نشأ فيها أو تعاطى فيها نشاط إلا إذا كان الطرف المتعاقد معه يعلم أو كان عليه العلم بإنعدام أهليته أو نقصانها عند إبرام الالتزام".

وأخيراً فإننا يجب علينا أن نوصي بإنشاء في كل كلية من كليات الحقوق على مستوى الجمهورية مركزاً استشارياً قانونياً لجمهور المواطنين برسوم بسيطة يكون مُزوداً بأجهزة حاسب آلي مدون عليها كافة التشريعات والقوانين وما أُدخل عليها من تعديلات ومتابعتها أولاً بأول ليس على المستوى الوطني فقط، ولكن على مستوى التشريعات الأجنبية المقارنة يلجأ إليها الجميع سواء أكانوا مُتخصصين من القضاة والمحامين وغيرهم أو غير مُتخصصين من أطراف المنازعات الخاصة الدولية.

وبعد.... فهذا تنتهي هذه الدراسة التي لم ندخر فيها جهداً أملاً في تحقيق شبه الكمال له، وإذا كان الكمال غايةً منشودةً للجميع إلا أنه لله وحده، وأن النقص والتقصير من طبائع البشر.

وإذا كان فيه من توفيق فمن الله - سبحانه وتعالى - وإذا كان فيه قصورٌ أو تقصيرٌ فمني ومن الشيطان، وحقاً كما قال الأصفهاني "إني رأيت أنه لا يكتب إنسانٌ كتاباً في يومه إلا قال في غده: لو غير هذا لكان أحسن، ولو زيد هذا لكان يُستحسن، ولو قُدم هذا لكان أفضل، ولو تُرك هذا لكان أجمل، وهذا من أعظم العبر، وهو دليلٌ على استيلاء النقص على جملة البشر".

وآخر دعوانهم أن الحمد لله رب العالمين

قائمة المراجع

أولاً- قائمة المراجع باللغة العربية:

(أ) مراجع عامة ومتخصصة:

- ١- د. إبراهيم أحمد إبراهيم: تنازع القوانين، ١٩٨٩م، دار النهضة العربية، القاهرة.
- ٢- د. إبراهيم أحمد إبراهيم: مركز الأجانب وتنازع القوانين، ١٩٩٢م، دار النهضة العربية، القاهرة.
- ٣- د. إبراهيم أحمد إبراهيم: القانون الدولي الخاص "تنازع القوانين"، ١٩٩٤م.
- ٤- د. أبو زيد عبد الباقي مصطفى: الافتراض ودوره فى تطور القانون، ١٩٨٠م، مطبعة دار التأليف.
- ٥- د. إحسان الهندي: أحكام الحرب والإسلام فى دولة الإسلام، ١٩٩٣م، دار التعميد للطباعة والنشر، دمشق، سوريا.
- ٦- د. أحمد سلامة: المدخل لدراسة القانون، ١٩٧٨م.
- ٧- د. أحمد شوقي محمد عبد الرحمن: المدخل للعلوم القانونية (النظرية العامة للقانون)، ٢٠٠٥م، منشأة المعارف، الإسكندرية.
- ٨- د. أحمد شوقي محمد عبد الرحمن: النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام والإثبات، ٢٠٠٤م، منشأة المعارف، الإسكندرية.
- ٩- د. أحمد عبد الكريم سلامة: علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع، ١٩٩٦م، مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة.
- ١٠- د. أحمد عبد الكريم سلامة: مبادئ القانون الدولي الخاص الإسلامى المقارن، ١٩٨٩م، دار النهضة العربية، القاهرة.
- ١١- د. أحمد عبد الكريم سلامة: المختصر فى قانون العلاقات الدولية الخاصة، الطبعة الأولى، ١٩٩٨م، دار النهضة العربية، القاهرة.
- ١٢- د. أحمد عبد الكريم سلامة: الأصول فى التنازع الدولى للقوانين، بدون سنة نشر، دار النهضة العربية، القاهرة.
- ١٣- د. أحمد عبد الكريم سلامة: القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، بدون تاريخ نشر، دار النهضة العربية، القاهرة.
- ١٤- د. أحمد عشوش، د. سعيد الصادق: المدخل للعلوم القانونية: نظرية القانون، ٢٠٠١م، دار النهضة العربية، القاهرة.
- ١٥- د. أحمد محمد الرفاعى: المدخل للعلوم القانونية، نظرية القانون، كلية الحقوق، جامعة بنها، ٢٠٠٨م.

- ١٦- د. أحمد مسلم: القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، الطبعة الثانية، ١٩٥٥م، دار النهضة العربية، القاهرة.
- ١٧- د. اسماعيل عبد النبي شاهين: المدخل لدراسة العلوم القانونية، ٢٠١٢م، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية.
- ١٨- د. توفيق حسن فرج: المدخل للعلوم القانونية، ١٩٧١م، المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر، الإسكندرية.
- ١٩- د. توفيق حسن فرج: المدخل للعلوم القانونية، ١٩٩٣م، الدار الجامعية للنشر، بيروت.
- ٢٠- د. ثروت عبد الحميد: المدخل لدراسة العلوم القانونية: نظرية القانون، المنصورة، ٢٠١٠م، دار الفكر والقانون، القاهرة.
- ٢١- د. جابر جاد عبد الوحمن: تنازع القوانين، ١٩٦٩م، دار النهضة العربية، القاهرة.
- ٢٢- د. حامد ذكي: القانون الدولي الخاص المصري، الطبعة الأولى، ١٩٣٦م، مطبعة نوري، القاهرة.
- ٢٣- د. حامد ذكي: القانون الدولي الخاص المصري، الطبعة الأولى، ١٩٣٦م.
- ٢٤- د. حسام الدين فتحي ناصف: مركز قانون القاضي في حكم المنازعات الخاصة الدولية، الطبعة الأولى، دراسة مقارنة، ١٩٩٤م، دار النهضة العربية، القاهرة.
- ٢٥- د. حسام الدين كامل الأهواني: شرح قانون الإثبات، ٢٠٠٢م، بدون دار نشر.
- ٢٦- د. حسن الهداوي: تنازع القوانين وأحكامه في القانون الدولي الخاص العراقي، ١٩٦٧م.
- ٢٧- د. حسن الهداوي: القانون الدولي الخاص "تنازع القوانين"، ١٩٩٧م، دار الثقافة، عمان.
- ٢٨- د. حسن عبد الباسط جميعي: المدخل للعلوم القانونية، ٢٠٠٠م، دار النهضة العربية، القاهرة.
- ٢٩- د. حسن كيرة: المدخل إلى القانون، ١٩٧١م، منشأة المعارف، الإسكندرية.
- ٣٠- د. حسن كيرة: المدخل إلى القانون، الطبعة السادسة، ١٩٩٣م، منشأة المعارف، الإسكندرية.
- ٣١- د. حفيظة الحداد: الموجز في القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، الطبعة الأولى، ٢٠٠٤م، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت.
- ٣٢- د. حمدي عبد الرحمن: فكرة القانون، ١٩٧٩م، دار الفكر العربي.

- ٣٣- د. حمزة خشاب: مدخل إلى العلوم القانونية ونظرية الحق، ٢٠١٣م، دار بلقيس للنشر، الجزائر.
- ٣٤- د. خالد الزغبى، د. منزر الفضل: المدخل إلي علم القانون، ١٩٩٨م، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان.
- ٣٥- د. خالد عبد الفتاح خليل: تعاظم دور الإرادة فى القانون الدولى الخاص، ٢٠١٦م، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية.
- ٣٦- د. رجب كريم عبده اللاه: المدخل للعلوم القانونية، ٢٠٠٤م، دار النهضة العربية، القاهرة.
- ٣٧- د. سعيد يوسف البستاني: القانون الدولى الخاص، تطور وتعدد طرق حل النزاعات الخاصة الدولية، ٢٠٠٤م، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت.
- ٣٨- د. سليمان مرقس: أصول الإثبات وأجراءاته فى المواد المدنية، ١٩٩١م، دار النهضة العربية، القاهرة.
- ٣٩- د. سليمان مرقس: الوافى فى شرح القانون المدنى، الجزء الأول، ١٩٨٧م.
- ٤٠- د. سمير عبد السيد تناغو: النظرية العامة للقانون، طبعة ١٩٩٩م، دار المعارف، الإسكندرية.
- ٤١- د. سمير كامل: المدخل للعلوم القانونية: نظرية الحق، ٢٠٠٢م، دار النهضة العربية، القاهرة.
- ٤٢- د. شمس الدين الوكيل: الجنسية ومركز الأجانب، الطبعة الأولى، دار المعارف، القاهرة.
- ٤٣- د. صاحب عبيد الفتلاوى: تاريخ القانون، طبعة ١٩٩٨م، دار الثقافة، عمان.
- ٤٤- د. صلاح الدين جمال الدين: الضوابط الشخصية والاختصاص القضائى الدولى "دراسة فى إطار أحكام الشريعة الإسلامية"، ٢٠٠٠م، دار النهضة العربية، القاهرة.
- ٤٥- د. طلبة وهبة خطاب: الجهل بالقانون والغلط فيه "دراسة مقارنة للنظام الإنجليزى واللاتينى والشريعة الإسلامية"، ١٩٧٩م، دار الفكر العربى.
- ٤٦- د. طه عوض غازى: مبدأ عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون بين اعتبارات العدالة واعتبارات النظام، ١٩٩٩م، دار النهضة العربية، القاهرة.
- ٤٧- د. طه عوض غازى: التوفيق بين اعتبارى النظام والعدالة، ٢٠٠٦م، دار النهضة العربية، القاهرة.
- ٤٨- د. عابد فايد عبد الفتاح فايد: الوجيز فى مبادئ القانون، ٢٠٠٨م، دار النهضة العربية، القاهرة.

- ٤٩-د. **عبد الحى حجازي**: المدخل لدراسة القانون: الجزء الأول، ١٩٦٦م، المطبعة العالمية.
- ٥٠-د. **عبد الحى حجازي**: محاضرات في المدخل للعلوم القانونية، مكتبة عبدالله وهبة، القاهرة.
- ٥١-د. **عبدالرزاق أحمد السنهوري**: الوسيط فى شرح القانون المدنى، دار إحياء التراث العربي، لبنان.
- ٥٢-د. **عبد الرزاق السنهوري**: الوسيط فى شرح القانون المدنى الجديد، دار النشر للجامعات، ١٩٥٦م.
- ٥٣-د. **عبد الرشيد مأمون**: الوجيز في المدخل للعلوم القانونية، ١٩٩٩م، دار النهضة العربية، القاهرة.
- ٥٤-د. **عبد السلام ذهني**: نظرية الإثبات، ١٩٢٢م، دار النهضة العربية، القاهرة.
- ٥٥-د. **عبد الفتاح عبد الباقي**: نظرية القانون، الطبعة الرابعة، دار الكتاب العربي.
- ٥٦-د. **عبد القادر الفار**: المدخل لدراسة العلوم القانونية، ٢٠٠٤م، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان.
- ٥٧-د. **عبد الكريم زيدان**: أحكام الذميين والمستأمنين فى دار الإسلام، ١٩٨٢م، مؤسسة الرسالة بلبنان.
- ٥٨-د. **عبد الله الطريقي**: الاستعانة بغير المسلمين فى الفقه الإسلامى، الطبعة الثانية، ١٤١٤هـ، مؤسسة الرسالة.
- ٥٩-د. **عبد المنعم رياض**: مبادئ القانون الدولى الخاص، الطبعة الثانية، ١٩٤٣، دار النهضة العربية، القاهرة.
- ٦٠-د. **عبد الوهاب خلاف**: السياسة الشرعية فى الشئون الدستورية والخارجية والمالية، ١٩٨٨م، دار العلم بالكويت.
- ٦١-د. **عز الدين عبد الله**: القانون الدولى الخاص، الطبعة التاسعة، ١٩٨٦م، مطابع الهيئة المصرية العامة للكتاب.
- ٦٢-د. **عصام أنور سليم**: المدخل للعلوم القانونية، ٢٠١٣م، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية.
- ٦٣-د. **عكاشة محمد عبد العال**: القانون الدولى الخاص فى دولة الإمارات العربية المتحدة، الجزء الأول "تنازع القوانين"، طبعة ١٩٩٧م، مطابع البيان بدبي.
- ٦٤-د. **عكاشة محمد عبد العال**: تنازع القوانين، بدون سنة نشر، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية.

- ٦٥- د. **على الزينى**: القانون الدولي الخاص، المجموعة الأولى، ١٩٢٧م، مطبعة الاعتماد، القاهرة.
- ٦٦- د. **عمار بوضياف**: المدخل إلى العلوم القانونية، النظرية العامة للقانون وتطبيقاتها في التشريع الجزائري، ١٩٩٩م، دار ربحانة، الجزائر.
- ٦٧- د. **عمر السيد أحمد عبد الله**: نطاق تطبيق القانون من حيث الزمان، ١٩٩٥م، دار النهضة العربية، القاهرة.
- ٦٨- د. **عمرو محمد التهامي عبد العزيز**: فاعلية القانون والاعتذار بالجهل بين القانون والشريعة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين شمس، ٢٠١٣م.
- ٦٩- د. **عوض الله شبيبة الحمد**: الوجيز في القانون الدولي الخاص، الطبعة الثانية، ١٩٩٩م، دار النهضة العربية، القاهرة.
- ٧٠- د. **عوض الله شبيبة الحمد السيد**: الوجيز في القانون الدولي الخاص، ٢٠٠١م، دار النهضة العربية، القاهرة.
- ٧١- د. **غالب الداودي**: القانون الدولي الخاص "تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية"، الطبعة الثالثة، ٢٠٠١م.
- ٧٢- د. **فريدة مجدي زواوي**: المدخل للعلوم القانونية (نظرية القانون)، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية ٢٠٠٠، الرغاية، الجزائر.
- ٧٣- د. **فؤاد رياض**، د. **سامية راشد**: الوسيط في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، ١٩٨٧م، دار النهضة العربية، القاهرة.
- ٧٤- د. **فؤاد رياض**، د. **سامية راشد**: الوسيط في القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، تنازع القوانين، ١٩٦٤م، دار النهضة العربية، القاهرة.
- ٧٥- د. **فؤاد رياض**، د. **سامية راشد**، د. **عنايت عبد الحميد ثابت**: تنازع القوانين وأحكام فضه في القانون اليمني، الطبعة الثانية، ١٩٩١م.
- ٧٦- د. **مجدي فتحي**: مدخل إلى العلوم القانونية، تطبيق القانون من حيث الأشخاص، ٢٠٠٩/٢٠١٠م، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر.
- ٧٧- د. **محمد أبو زهرة**: العلاقات الدولية في الإسلام، ١٩٦٤م، الدار القومية للطباعة والنشر، القاهرة.
- ٧٨- د. **محمد حسين منصور**: المدخل إلى القانون - القاعدة القانونية، ٢٠١٠م، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت.
- ٧٩- د. **محمد سعد خليفة**، د. **عبد الحميد عثمان**: أحكام قانون الإثبات، ٢٠٠٦م، مطبوعات جامعة البحرين.

- ٨٠- د. محمد عبد الحميد ابراهيم: المدخل للعلوم القانونية- نظرية القانون، ١٩٩٥م، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة.
- ٨١- د. محمد عبد الخالق عمر: القانون الدولي الخاص الليبي، ١٩٧١م، دار النهضة العربية، القاهرة.
- ٨٢- د. محمد على عمران: مبادئ العلوم القانونية، الجزء الأول، ١٩٨٦م.
- ٨٣- د. محمد كمال فهمي: أصول القانون الدولي الخاص، الطبعة الثانية، عام ١٩٩٢م، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية.
- ٨٤- د. محمد كمال فهمي: أصول القانون الدولي الخاص، الطبعة الثانية، ١٩٨٣م، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية.
- ٨٥- د. محمد وجدى عبد الصمد: الاعتذار بالجهل بالقانون، الطبعة الثانية، ١٩٨٧م، مكتبة رجال القضاء.
- ٨٦- د. محمد وجدى عبدالصمد: الاعتذار بالجهل بالقانون، دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة، ١٩٨٧م، دار عالم الكتب، القاهرة.
- ٨٧- د. محمود عبد الرحمن محمد: المدخل للعلوم القانونية، نظرية القانون، الجزء الأول، ٢٠٠٥م، دار النهضة العربية، القاهرة.
- ٨٨- د. مصطفى الأصبحي: حق الأجانب في التملك في القانون الدولي الخاص اليمنى والمصرى "دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراة مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة عين شمس، ١٩٩٩م.
- ٨٩- د. مصطفى الجمال: الجهل بالأحكام المدنية، ١٩٧٣م، مطبعة جامعة الإسكندرية، الإسكندرية.
- ٩٠- د. منصور مصطفى منصور: مذكرات في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ١٩٥٦م، دار المعارف، القاهرة.
- ٩١- د. منصور مصطفى منصور: دروس في المدخل لدراسة القانون، ١٩٧٣م، دار النهضة العربية، القاهرة.
- ٩٢- د. نبيل إبراهيم سعد، د. عصام أنور سليم: المدخل للعلوم القانونية: نظرية القانون- نظرية الحق، ٢٠١١م، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية.
- ٩٣- د. هشام خالد: دروس في تنازع القوانين، ١٩٩٨م، دار النهضة العربية، القاهرة.
- ٩٤- د. هشام صادق: تنازع القوانين، ٢٠٠٧م، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية.
- ٩٥- د. هشام صادق: مركز القانون الأجنبي أمام القضاء الوطنى، دراسة مقارنة، ١٩٦٨م، منشأة المعارف، الإسكندرية.

- ٩٦- د. هشام علي صادق: دروس في القانون الدولي الخاص، ٢٠٠٤م، منشأة المعارف، الإسكندرية.
- ٩٧- د. هشام صادق: تنازع القوانين، الطبعة الثالثة، ١٩٧٤م، منشأة المعارف، الإسكندرية.
- ٩٨- د. هشام على صادق: تنازع القوانين، طبعة ١٩٩٣م، منشأة المعارف، الإسكندرية.
- ٩٩- د. هشام صادق، د. عكاشة عبد العال: التنظيم القانوني الموضوعي والإجرائي للعلاقات الخاصة الدولية، الجزء الأول، ٢٠١١م، دار الفتح للطباعة والنشر، الإسكندرية.
- ١٠٠- د. همام محمد محمود زهران، د. مصطفى أحمد أبو عمرو: مبادئ القانون (الأصول العامة لقاعدة القانونية والحق الالتزام)، الطبعة الأولى، ٢٠١٠م، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت.
- ١٠١- د. يوسف القرضاوي: غير المسلمين في المجتمع الإسلامي، الطبعة الثانية، ١٩٨٤م، مكتبة وهبة، القاهرة.
- ١٠٢- د. يوسف القرضاوي: شريعة الإسلام خلودها وصلاحتها للتطبيق في كل زمان ومكان، الطبعة الثالثة، ١٩٨٣م، المكتب الإسلامي ببيروت.

(ب) أبحاث ومقالات:

- ١- د. أحمد مليجي: مدى خضوع غير المسلمين لولاية القضاء الإسلامي، بحث منشور بمجلة الشريعة والقانون التي تصدر عن كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات، العدد الرابع، ١٩٩٠م.
- ٢- أ. السنوسي: فكرة الجنسية في التشريع الإسلامي المقارن، بحث منشور بمجلة مصر المعاصرة، العدد ٢٨٨، السنة ٤٨، أبريل ١٩٥٧م.
- ٣- د. باسم هارون: إثبات القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، بحث منشور بمجلة الفقه والقانون، العدد الواحد والثلاثين، مايو ٢٠١٥م.
- ٤- د. خير الدين كاظم عبيد: الدفع بعدم العلم بأحكام القانون الأجنبي الواجب التطبيق، بحث منشور بمجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية تصدر عن كلية القانون بجامعة بابل بالعراق، العدد الأول، المجلد ٣، ٢٠١١م.
- ٥- د. شمس الدين الوكيل: نظرات في فلسفة القانون، بحث منشور بمجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، العددان الثالث والرابع، ١٩٦٢/١٩٦٣م.

- ٦- د. عبد الرسول الأسدي، د. محمد شويح: الاعتبارات الداخلية لتفوق قانون القاضى على القانون الأجنبى، بحث منشور بمجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، العدد ٣٣، ٢٠١٧م.
- ٧- د. عز الدين عبد الله: التعليق على الأحكام: طبيعة القانون الأجنبى أمام القضاء الوطنى، بحث منشور بمجلة الجمعية المصرية للقانون الدولى، العدد ٢٦، ١٩٧٠م.
- ٨- د. عصام الدين القصبى: الأصول الإسلامية للقانون الدولى الخاص، بحث منشور بمجلة الشريعة والقانون، تصدر عن كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد الخامس، مايو ١٩٩١م.
- ٩- أ. محمد كمال عبد العزيز: تقنين الشريعة الإسلامية "نطاقه وأسلوبه"، مقال منشور بمجلة المحاماة المصرية، العددان السابع والثامن، السنة الثامنة والستون، عام ١٩٨٨م.
- ١٠- أ. محمود صالح: دور القاضى فى الإثبات، بحث منشور بمجلة المحاماة، العددان الخامس والسادس، مايو ويونيو ١٩٨٧م، السنة السابعة والستون.
- ١١- د. مصطفى الجمال: الجهل بأحكام القانون، بحث منشور بمجلة الحقوق، العدد الأول، ١٩٧١.
- ١٢- د. مصطفى الجمال: الجهل بالأحكام المدنية، بحث منشور بمجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق جامعة الإسكندرية، السنة السادسة عشر، العدد الأول، ١٩٧٤م.

(ج) المراجع الشرعية الفقهية:

- ١- أبو البركات عبد الله بن أحمد بن محمود النسفى، تفسير النسفى "مدارك التنزيل وحقائق التأويل"، الجزء الأول، الطبعة الأولى، ١٩٩٨م، دار الكلم الطيب ببيروت.
- ٢- أبو بكر أحمد بن على الرازى الجصاص: أحكام القرآن، الجزء الرابع، ١٩٩٢م، دار إحياء التراث العربى ببيروت.
- ٣- أبو يعلى الفراء: الأحكام السلطانية، دار الكتب العلمية ببيروت، طبعة ١٩٨٣م.
- ٤- الخطاب: مواهب الجليل، مطبعة السعادة، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٣٢٩هـ، الجزء السادس.
- ٥- الخرشى: الشرح الكبير على مختصر خليل، المطبعة الأميرية ببلاط بالقاهرة، الطبعة الثانية سنة ١٣١٧هـ، الجزء الثالث.
- ٦- الخطيب: مغنى المحتاج إلى معرفة معان ألفاظ المنهاج، مطبعة مصطفى البابى الحلبي بالقاهرة، ١٩٦٨م، الجزء الثالث.

- ٧- **السرخسى**، شرح السير الكبير، دار الكتب العلمية لبنان، الطبعة الأولى، ١٩٩٧م، الجزء الثالث.
- ٨- **الشافعى**: الأم، مطبعة بولاق بالقاهرة سنة ١٣٢١-١٣٢٥هـ، الجزء الرابع، والجزء الخامس، والجزء السابع.
- ٩- **الكاسانى**: بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثانية سنة ١٤٠٦هـ-١٩٨٦م، الجزء الثانى.
- ١٠- **الماوردى**: الأحكام السلطانية والولايات الدينية، دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة الأولى، ١٩٨٥م.
- ١١- **الإمام أبو بكر أحمد بن محمد الخلال**: أحكام أهل الملل من الجامع لمسائل الإمام أحمد بن حنبل، دار الكتب العلمية ببيروت، الطبعة الأولى سنة ١٩٢٤م.
- ١٢- **الإمام أبو اسحاق إبراهيم بن على بن يوسف الشيرازى**: المهذب، مطبعة مصطفى البابى الحلبي بالقاهرة سنة ١٣٤٤هـ، الجزء الثانى.
- ١٣- **الإمام الشافعى**: أحكام القرآن، طبعة دار الكتب العلمية ببيروت، توزيع دار الباز للنشر والتوزيع بمكة المكرمة، طبعة سنة ١٩٧٥م، الجزء الثانى.
- ١٤- **الإمام موفق الدين بن قدامة**، المغنى، مطبوع مع الشرح الكبير، دار الكتاب العربى ببيروت، الجزء العاشر.
- ١٥- **الإمام مالك**، المدونة الكبرى، طبعة سنة ١٣٢٣هـ، الجزء الرابع، مطبعة السعادة بالقاهرة.
- ١٦- **ابن المرتضى**، البحر الزهار الجامع لمذاهب علماء الأمصار، مطبعة السنة المحمدية، سنة ١٩٤٩-١٩٨٤م، الجزء الثالث، الجزء الخامس.
- ١٧- **ابن جزى**، قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية، طبعة عالم الفكر بالقاهرة، الطبعة الأولى سنة ١٩٨٥م.
- ١٨- **ابن حزم**: المحلى، طبعة إدارة الطباعة المنبرية بالقاهرة، سنة ١٣٥٠هـ، الجزء التاسع.
- ١٩- **ابن حزم**: المحلى، إدارة الطباعة المنبرية بالقاهرة، طبعة ١٣٥٠هـ، الجزء العاشر.
- ٢٠- **ابن عابدين**، رد المحتار على الدار المختار، دار الكتب العلمية ببيروت، الجزء السابع، الطبعة الأولى، سنة ١٤١٥هـ-١٩٩٤م.
- ٢١- **ابن كثير**: تفسير القرآن العظيم، دار الكتب للطباعة والنشر والتوزيع بالرياض، الطبعة الثانية، ١٩٩٧م، المجلد الثانى.
- ٢٢- **ابن مفتاح**، شرح الأزهار، دار إحياء التراث العربى ببيروت، الجزء الرابع.
- ٢٣- **ابن مفتاح**، شرح الأزهار، دار إحياء التراث العربى، الجزء الثانى.

(د) المراجع اللغوية:

١- لسان العرب، جمال الدين بن منظور، منشورات دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٣، ج١٣.

ثانياً- قائمة المراجع باللغة الأجنبية:

- 1- **Akam (A)**: libres propos sur l'adage nul n'est cense ignorer la loi, R. R. J, 2007.
- 2- **Aurélien Bamdè**: In Droit des contrats, Droit des obligations L'échange des consentements ou la rencontre de l'offre et de l'acceptation articles publiés le 27, Jan 2017.
- 3- **Bartin Etienne**: principes de droit international privé, T. II, 1932, paris.
- 4- **Batiffol**: traite de droit international privé, L. G. D. J, T. I, 8^{eme} edition, 1993.
- 5- **Batiffol (H)**: traité de droit international privé, 2^{eme} edition, L. G. D. J, 1955.
- 6- **-Batiffol (Henri)**: influence de la loi française sur la capacité civile des étrangers en France, 1929.
- 7- 4e éd, paris, 1967. , droit international privé :**Henri) (Batiffol-**
- 8- **-Batiffol(Henri)**: les conflits de lois en matière de contrats, paris, 1938.
- 9- **Batiffol(Henri)**: traité élémentaire de droit international privé, 3e ed, 1959.
- 10- **Batiffol et Lagard**: droit international privé, 1974.
- 11- **Batiffol et Lagard**: droit international privé, 7e ed, Tome I, L. G. . . J, paris 1981.
- 12- **(B) Ancel et (Y) Lequette**: Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, 3e éd. , Paris, 1998.
- 13- **-Beale**: essai sur le droit international privé Américain, 1923.

- 14- **Bergel**: the orie général du droit, Dalloz, 1984.
- 15- **Bischoff(J. M)**: la compétence du droit francais dans le régleme
les-conflits de lois, strasbourg 1959.
- 16- **Bruiliard**: la convention européenne du 7 juin 1968 relative a
l'information sur le droit étrangère, Juris- Classeur Periodique" le
semaine juridiqu" 1973
- 17- **Calvo Caravaca**: Comentario al art. 10, apartado 8 del Código
civil», Comentarios al Código civil y Compilaciones forales (M.
Albaladejo et S. Diaz Alabart, dir. publ.), 2e éd. , t. I, vol. 2,
Madrid, 1995.
- 18- **Carbonnier (J)**: loi étrangère et jurisprudence étrangère, a propos
de l'arret sauthier, client 1935.
- 19- **Dabin**: la technique de l'elabration du droit poitif, specialement en
droit civil, 1935.
- 20- **David (Cyrille)**: la loi étrangère devant le juge du fone, paris, 1965.
- 21- **Daniel Miguel et Rojas Tamayo**: Le droit applicable au contrat en
droit Iinternational privé colombien, étude comparée, critique et
prospective, universite Paris II- Pantheon-Assas, Février 2017.
- 22- **Delaume**: Les conflits de lois à la veille du Code civil, Contribution
à l'histoire du droit international privé, Paris, 1947.
- 23- **Delogu**: la culpabilité dans la theorie général de l'infraction.
- 24- **Dolle (Hans)**: de l'application du droit etranger par le juge interne,
Revue Critique de droit international privé, 1955.
- 25- **E. Bartin**: Principes de droit international privé selon la loi et la
jurisprudence françaises, t. II, Paris, 1932.
- 26- **Fouaad Riad**: l'interprisw publique et semi- publique en droit
international privé, Rec. des cours, academie de droit international
lahaye, 1936, et s et En particulier.
- 27- **(F)Terre**: introduction général au droit, 1991.

- 28- **(F) Surville:** De la validité des contrats passés en France par un étranger incapable d'après sa loi nationale, mais capable d'après la loi française, Clunet (1909).
- 29- **Francescakis (ph):** droit naturel et droit international privé, Melanges Maury, T. 1, 1960.
- 30- **Francescakis (ph):** répertoire de droit international, encyclopedie Dalloz, T. 1, 1968. -
- 31- **-(F) Soirat:** Les règles de rattachement à caractère substantiel, thèse, Université Paris I, 1995, dont la classification est indiquée par B. Ancel et Y. Lequette, Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, 3e éd. , Paris, 1998.
- 32- **-F. C. de Savigny:** System des heutigen römischen Recht, t. 8. par. CCCLXIII (traduction espagnole, de l'édition française de Ch. Guenoux, faite par J. Messia et M. Poley, Madrid, 1879.
- 33- **Geny:** science et technique en droit, T. 3, 1921
- 34- **Glenn (p):** la capacite de la personne en droit international privé francais et anglais, Thèse, paris, Dalloz 1975.
- 35- **Guinand (Jean):** les conflits de lois en matière de capacité, nêuchatel 1970.
- 36- **(H) Motulsky:** Principes d'une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs, rééd. [en fac-sim.], Dalloz, 2002.
- 37- **Hugues Parent:** vers l'émergence d'un nouvel équilibre entre l'efficacité juridique et la faute morale Volume 42, numéro 1, 2001.
- 38- **(J) Barbey:** Le sort du système de D'Argentré, Revue historique de droit français et étranger (1940-1941).
- 39- **Jean Guinand:** les conflits de lois en matiere de capacité, these, Neuchatel 1970.

- 40- **Jobard– Bachellier:** l'apparence en droit international privé, paris, L. G. D. J, 1984
- 41- **Karaquillo (J. P):** etude de quelques manifestations de lois d'application immédiate, presses universitaires de france 1977.
- 42- **Kinberg:** les problemes fondamentaux de la criminology, paris, 1959.
- 43- **Loussouarn et Bourel:** droit international privé, 4 ed, précis Dalloz-paris.
- 44- **Loussouarn Yvon, Bourel Pierre:** droit international privé, Dalloz, 7 eme edition, 2001-
- 45- **-Loussouarn (Y) et Bourel (P):** droit international privé, 10 e éd, Dalloz, 2013.
- 46- **(M) Aguilar Navarro:** Derecho internacional privado, 39 éd. , vol. I, T. I, Madrid, 1973.
- 47- **Mayer et V. Heuze:** Droit international privé, 11 éd. , L. G. D. J. , 2014.
- 48- **-Marty et Raynoud:** droit civil, T. 1. introduction général á l'étude du droit, 2 éd, 1972.
- 49- **-Maury (J):** la condition de la loi étrangère en droit francais, Travaux du comite francais de droit international privé, 1948, -1952.
- 50- **Maury (J):** regles générals des conflits de lois recueil, Sirey 1937.
- 51- **Mazeaud:** lecons de droit civile, T. 1, 6e ed, 1980.
- 52- **Motulsky (H):**l'office du juge, Melanges Maury, T. I, 1960
- 53- **-Motulsky (H):** L'évolution récente de la condition de la loi étrangère, Melanges Savatier 1965.
- 54- **Niboyet (J. P):**cours dr droit international privé francais, 2 e éd, 1949.
- 55- **-Niboyet (J. P):** traite de droit international privé, T. v, 1948.
- 56- **-O. W. Holmes:** The Common Law, Boston, Little Brown, 1948.

- 57- **Philips James:** introduction to English law, London, 1976.
- 58- **-P. H. Neuhaus:** Die Grundbegriffe des internationalen Privatrecht, 2e éd. , Tübingen, 1976.
- 59- **(P) Picone:** Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé. Cours général de droit international privé, Recueil des cours, T 276 (1999)
- 60- **Pierre Mayer:** droit international privé, précis domat, 2e éd 1983, p. 414, no. 512. -
- 61- **(P) Foulquié:** La connaissance, Paris, Éditions de l'École, 1961.
- 62- **-Rene Dekkers:** la fiction juridique, etude de droit romain et de droit compare, paris sirey, 1930.
- 63- **Schmithaff:** droit international privé, 1954
- 64- **(S) Gruber-Magitot:** Les conflits de coutumes en matière de contrats dans la jurisprudence des parlements,, de Dumoulin au Code civil, Presses Universitaires de France, Paris 1980.
- 65- **Vander-Elst" Raymond":** droit international privé, Belge et droit conventionnel international, T. I Bruylant Bruxelles 1983.
- 67- **V. S. C. Symeonides:** Choice of law, Oxford University Press, 2016
- 68- **Webb et Auburn:** la présomption d' identité de la loi étrangere et de la loi du for en l'absence de preube, journal de droit international, 1978.
- 69- **Weill et Alexandre:** la loi étrangère devant les tribunaux francais, Juris–Classeur, Droit International 1979, fasc 539.