كلية الحقوق

إثبات مضمون القانون الأجنبي
أمام القضاء الوطنى
فى المنازعات ذات العنصر الأجنبى

الباحثة

امل مصطفى السيد محرم

مدرس مساعد بقسم القانون الدولى

كلية الحقوق - جامعة المنوفية

amaalmostafa036@gmail.com

المقدمة:

قبل الدخول في سرد الخلافات الفقهية والقضائية حول تحديد طبيعة القانون الأجنبي وهل هو واقعة أم قانون، أود أن أوضح أمراً هاماً حتي نخرج من هذه النقطة البحثية بثمرة مفيدة نستطيع أن نستخرج منها حل أو نتوصل إلي نتيجة بدلاً من سرد الخلافات كما هى والإستمرار في الوضع كماهو عليه، فنحن نرى أن أساس مشكلة التخبط حول تحديد طبيعة القانون الأجنبي ترجع إلي محاولة التسل لمن تحمل عبء إثبات القانون الأجنبي بقواعد هو مبادئه صعبة الوصول، فحينما يتوصل الفقه والقضاء إلي إعتبار القانون الأجنبي واقعة فالقاضي بذلك يرمي بعبء إثباته عليا لخصوم على أساس وهم يتمثل في أنا لخصم صاحب المصلحة، فبالتالي هو أفضل من يبحث عما يثبت موقفه في القانون الأجنبي وهذا خطأ فادح سنوضحه فيما بعد، وهناك من الفقه من يغالي في رأيه ويعزز وضع القانون الأجنبي ويفترض علم القاضي بهم هما كان صعوبته، فهو هنا أشبه بمن يكلف القاضي بمستحيل.

لذلك أردنا من خلال بحثنا لهذه النقطة الدقيقة أن نوضح حجج من يدعون أن القانون الأجنبي واقعة ونرد عليهم، ومن يغالون في وصفه مبأنه قانون مفترض علما لقاضي به ونرد عليهم ونبرز من خلال بحثنا رأي أخر لبعض الفقه الذي استخدم المنهج الإستقرائي وفصل بين طبيعة القانون الأجنبي وبين معاملته الإجرائية حتي يكون أقرب إلي أرض الواقع فهو لايغالي في إفتراض علما لقاضي بالقانون الأجنبي وفي نفس الوقت لايد عيب أن القانون الأجنبي واقعة، بل إستند علي مايلزم القاضي بالبحث عن القانون الأجنبي مع مساعدة الخصوم له، مع إبراز طبيعة القانون الأجنبي في بعض القوانين المقارنة.

وسوف نركز علي مانراه الأهم في هذا الموضوع وهو الوسائل الميسرة للعلم بالقانون الأجنبي لأن في حضرة تلك الوسائل سينتهي هذا الجدل، فإذا كان هذا الجدل من زمن قديم قائم فقد يكون هنا كما يبرره من صعوبة الوصول إلي مضمون قوانين أجنبية تفصل بينها وبين بلد القاضي ملايين الكيلو مترات ومئات البلاد لكن لايصح أن يستمر هذا الجد لفي عصرنا هذا، المسميب العصر الرقمي عصر تكنولوجيا المعلومات التي تتيح للقاضي الوطني أن يخاطب ويحاور قاضي أجنبي يبعد عنه مئات البلاد وهو علي منصة محكمته، بالإضافة إلي الإطلاع علي كافة القوانين الأجنبية.

أهمية البحث

ترجع أهمية موضوع هذا البحث إلي تحديد من يقع عليه عبء إثبات القانون الأجنبي، هل هو القاضي نظراً لإفتراض علمه بالقانون، أم الخصوم لأنه ينصب في مصلحتهم، وشتان بين هذا وذاك، أم هنا كتعاون لابد أن يتم بين القاضي والخصوم للوصول إلي إثبات مضمون القانون الأجنبي، وهذا ما يخص عبء الإثبات، كما ترجع أهمية هذه النقطة البحثية إلي تقديم طرق جديدة لسد هذه الثغرة المتمركزة حول إشكالية إثبات القانون الأجنبي السائدة منذ زمن طويل، وهذا مايخص وسائل إثبات مضمون القانون الأجنبي، بالإضافة إلي الإطلاع علي بعض النماذج المختلفة من القوانين الأجنبية والعربية وعرض وضع القانون الأجنبي لدي هذه النماذج، وسوف نتعرض لكل جزئية بالتفصيل من خلال هذا البحث.

خطة البحث

سوف نعرض هذه النقطة البحثية من خلال الأتي :

المبحث الأول: طبيعة القانون الأجنبي

المطلب الأول: القانون الأجنبي واقعة قانونية على الخصوم إثباتها

المطلب الثاني:القانون الأجنبي قانون على القاضي تطبيقه من تلقاء نفسه

المبحث الثاني: القانون الأجنبي ما بين الواقعة والقانون في النظم القانونية المقارنة

المطلب الأول: موقف النظام الإنجليزي من القانون الأجنبي

المطلب الثاني: طبيعة القانون الأجنبي في النظام القانوني للولايات المتحدة الأمريكية

المطلب الثالث: موقف النظام الفرنسي والإيطالي والألماني من إثبات مضمون القانون الأجنبي

المطلب الرابع: موقف بعض النظم القانونية العربية من إثبات مضمون القانون الأجنبي

المبحث الثالث: الوسائل الميسرة للعلم بالقانون الأجنبي ومن ثم إثبات مضمونه

المطلب الأول: الطرق التقليدية لإثبات مضمون القانون الأجنبي

المطلب الثاني: الطرق الحديثة لإثبات مضمون القانون الأجنبي

المبحث الأول

طبيعة القانون الأجنبي

قد يبدو لأول وهلة إستنكار العنوان فكيف نبحث عن طبيعة قانون وهو موصوف بذاته فهو قانون سواء كان قانون وطني أو قانون أجنبي، فهو أولاً وأخراً قانون، فمن أين أتي الخلاف حول طبيعته، وعلى الرغم من أن قاعدة الإسناد الوطنية هي التي تحدد القانون الواجب التطبيق ومن ثم إلتزام القاضي بتطبيقه علي الدعوي محل النزاع سواء كان قانوناً وطنياً أم قانوناً أجنبياً، إلا أن هناك جدل فقهي وقضائي كبير حول هذا الأمر، فهناك العديد من الأنظمة القانونية المقارنة تتعامل مع القانون الأجنبي معاملة الواقعة أي تجعله محلاً للإثبات من قبل الخصوم مثل سائر الوقائع [١]، وهناك من الأنظمة التي تعتبره قانون مثل القانون الوطني وتفرض إلتزام على عاتق القاضي بالبحث عنه وتطبيقه على الدعوي محل النزاع لإفتراض علمه به[٢]، ولكل إتجاه مبرراته، لذلك سوف نعرض مبررات الإتجاهين والرد عليهم ونعرض الحل المنطقي لهذا الجدل من خلال المطالب الأتية..

---

[١] **د / عبد السند يمامة، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار هجر، للعام الجامعي ٢٠١٨- ٢٠١٩، ص ٧٧**

The basic principle of the common law tradition is that facts are international laws, not rules. Accordingly, a common-law judge is not able to know or explore foreign law, Usually, a court is required to determine two sets of questions: fact and law. On the former, the parties adduce facts, both oral and documentary, on which the issue is based. The court takes judicial note of land law in the latter and parties are not required to prove it. Typically the same set of questions emerge in a case where some external factor has. Personal international laws vary in this matter from the various countries of the world. It must, however, be pleaded and proved as a fact in most jurisdictions, generally by expert evidence. An expert witness is someone who has devoted time and study to a particular branch of learning and is therefore particularly skilled at those points where he is asked to state his opinion, for more details read this article, Proof of Foreign Law in Private International Law /Foreign Law Expert, SudiptoSircar, https://www.lawyered.in/legal, (last accessed: 10 November2022)

[٢] **د/ عبد السند يمامة، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار هجر، للعام الجامعي ٢٠١٨- ٢٠١٩، ص ٨٩**

المطلب الأول

القانون الأجنبي واقعة قانونية

على الخصوم إثباتها

على الرغم من العبارة الرومانية الشهيرة الواقعة علي لسان القاضي " أعطني واقع أعطيك قانون[١]، وعدم إفتراض علم القاضي بالوقائع، وإلتزام الخصم بإثبات الوقائع التي يدعيها، وإلتزام المحكمة بإثبات القانون وتطبيقه، والمقصود بمصطلح إثباته هنا هو الوصول إلي مضمونه ومن ثم تطبيقه، إلا أن هناك من الأنظمة القانونية ما يعتبر القانون الأجنبي بمثابة واقعة وعلى الخصم إثباتها، وأساس هذا الإتجاه هو جهل القاضي بالقانون أوعدم إلمام القاضي بالقانون الأجنبي فكيف نلزمه بإثبات مضمونه، فهو أشبه بالوقائع التي لا يفترض علم القاضي بها، فبالتالي القانون الأجنبي لا يفترض علم القاضي به ومن أراد تطبيقه فعليه إثباته، فعلى سبيل المثال يقول الأستاذ باتيفو لأن القانون الأجنبي واقعة لأن أي قاعدة حتي تكون قاعدة قانونية لابد أن يتوافر عنصرين فيها وهي أن تكون عامة مجردة وملزمة، والقانون الأجنبي عام مجرد لكن ليس ملزم للقاضي الوطني لإنتقاله عبر الحدود فيتحول لواقعة، ومن ثم فأصحاب هذا الإتجاه يتبعون المنهج الإستنباطي الجامد فيضعون قاعدة عامة ويستنبطون من خلالها النتائج الأتية:

- إلتزام الخصم بإثبات القانون الأجنبي
- عدم إلتزام القاضي الوطني بتطبيق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه
- عدم رقابة محكمة النقض (المحكمة العليا) عليه
- عدم جواز الدفع بالغش نحو القانون من جانبي أحد الخصوم، لأننا أمام واقعة كما يقول البعض وليس قانون، أي إذا تحايل الخصوم على القانون الاجنبي فلا محل للدفع بالغش نحو القانون لأننا لسنا بصدد قانون.[٢]

ونرد علي هؤلاء المتبعيين المنهج الإستنباطي الجامد والمعتبريين القانون الأجنبي واقعة من خلال الأتي:

"**اولاً** ": قبل الرد مباشرة على هذا الإتجاه نود أن نمهد للرد من خلال توضيح نقطة مهمة متعلقة بإثبات القواعد العرفية[٣]، وهي لما كان العرف مصدر من مصادر القانون فهو إذا قانون ويلتزم القاضي بتطبيقه من تلقاء نفسه وملزم بإثبات مضمونه، ويسمي ب (العرف العام) إذا فطبيعة

---

[١] **د/ وائل بندق، محاضرات ألقيت على طلبة كلية الحقوق جامعة الاسكندرية، ٢٠١٣،علي موقعYou tube**

[٢] **د/ زوليخة لحميم، إثبات القانون الأجنبي ووسائل الإتصال الحديثة، جامعة قاصدي مرباح–ورقلة ص ٩١**

[٣] **د/ وائل بندق، محاضرات ألقيت على طلبة كلية الحقوق جامعة الاسكندرية في العام الجامعي ٢٠١٣م**

العرف أنه قانون غير مكتوب ويلتزم القاضي بتطبيقه من تلقاء نفسه كما هو ملزم بتطبيق التشريع المكتوب لكن قد يكون العرف الذي يطالب أحد الخصوم بتطبيقه غير معلوم بالنسبه للقاضي ويصعب عليه إثباته (عرف خاص)، فأعطي القانون الحق للقاضي أن يأمر الخصم المطالب بتطبيق العرف بإثباته، إذا هناك مايعرف بطبيعة العرف، وما يعرف بمعاملته الإجرائية، ولابد أن نفرق بين طبيعته كقانون وبين معاملته اجرائياً معاملة الواقعة المفروض على الخصم إثباتها.

وبالقياس على التمييز بين طبيعة العرف وبين معاملته الإجرائية[١]، نستطيع أن نحدد طبيعة القانون الأجنبي بأنه قانون مثل القانون الوطني والقاضي ملزم بإثبات مضمونه وتطبيقه من تلقاء نفسه وله الحق في أن يطلب مساعدة الخصوم في إثباته إذا صعب عليه الأمر، إذا طبيعة القانون الأجنبي طبيعه قانونية ويعامل في حاله صعوبة الوصول إليه من خلال القاضي معاملة الواقعة التي يلتزم الخصوم بإثباتها.

ومن هنا نستطيع تحديد دور القاضي وهو فرض عليه من قبل قاعدة الإسناد الوطنية بتطبيق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه وله الحق في أن يطلب مساعدة الخصوم في حالة تعثر الوصول إلي مضمونه، ونستند هنا في هذه الجزئية إلي حكم محكمة النقض المصرية الشهير[٢]، الصادر في ٦فبراير ١٩٨٤م حيث تم تقديم طعن على حكم محكمة إستئناف الإسكندرية الصادر في ٧ مارس ١٩٧٩م وكان سبب الطعن أن محكمة الموضوع طبقت القانون المصري ولم تطبق القانون الأجنبي الواجب التطبيق على الموضوع وهو القانون الإنجليزي المتضمن أحكام معاهدة سندات الشحن الموقعة في بروكسل ١٩٢٤م، وذلك بسبب عدم تمسك الخصوم بتطبيق ذلك القانون، قبلت محكمة النقض المصرية الطعن وقضت بإلغاء حكم محكمة إستئناف الإسكندرية الصادر في ٧ مارس ١٩٧٩م الذي قضي بأن صاحب المصلحة ملزم بتقديم الأدلة اللازمة لإثبات مضمون القانون الأجنبي وأن حكمه يتفق مع ما يدعيه اذ أن الاصل إعتبار القانون الأجنبي بالنسبة للقاضي الوطني مجرد واقعة يجب علي من يتمسك بنص من نصوصه أن يقيم الدليل عليه[٣]، وقضت محكمة النقض بقبول الطعن ونقض الحكم مقررة " أنه إذا كان من المقرر

---

[١] د/ هشام صادق، مركز القانون الأجنبي امام القاضي الوطني، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، ١٩٦٧، ص ٢٤٤ وما بعدها

[٢] د/ عبد السند يمامة، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، ص ٧٩

[٣] د / عبد السند يمامة، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، ص ٧٩، ٨٠، طعن رقم ٩٨٣ لسنة ٤٩ ق في الدعوي المرفوعة من شركة مصر للتأمين علي شركة الاسكندرية للتوكيلات الملاحية

في قضاء هذه المحكمة أن التمسك بقانون اجنبي لا يعدو أن يكون مجرد واقعة يجب إقامة الدليل عليها، وكان مرد هذا القضاء هو الإستجابة للإعتبارات العملية التي لا يتيسر معها للقاضي الإلمام بأحكام ذلك القانون، فإن مناط تطبيق هذه القاعدة أن يكون القانون الأجنبي غريبا علي القاضي، يصعب عليه الوقوف علي أحكامه والوصول إلي مصادره، أما إذا كان القاضي يعلم بمضمونه أو كان علمه به مفترضاً فلا محل للتمسك بتطبيق القاعدة ".

"**التعليق علي الحكم**":

من خلال هذا الحكم نجد أن القاضي الوطني ملزم بإثبات القانون الأجنبي في حالة علمه بمضمون القانون الأجنبي أو يسهل عليه معرفة مضمون القانون الأجنبي فلو كان غريباً عليه فيلقي بعبء إثباته علي عاتق الخصوم.

ويري الأستاذ الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة أن إقرار الحكم بالطبيعة القانونية الأصلية للقانون الأجنبي والتزام القاضي الوطني بتطبيقه من تلقاء نفسه إن كان يعلم بمضمونه أو كان علمه به مفترضًا، يمثل ازدواجية في معيار معاملة القانون الأجنبي لأنه ينكر عليه تلك الطبيعة ويعتبره مجرد واقعة يجب إقامة الدليل عليها " إن كان غريبا عن القاضي ويصعب عليه الوقوف علي أحكامه والوصول إلي مصادره[1]، ويعتبره قانوناً في حالة المعرفة بأحكامة "، ونحن نؤيد هذا النقد الموجه لهذا الحكم، لأنه طالما اعترفنا بالطبيعة القانونية للقانون الأجنبي والزمنا القاضي الوطني بتطبيقه أي تم معاملته معاملة القانون الوطني فكيف بعد ذلك أن ننكر عليه تلك الطبيعة ونحوله لواقعة يفرض علي الخصوم إثباتها، فهل يصح أن ننكر الطبيعة القانونية للقانون الوطني ونحوله لواقعة يلقي بعبء إثباتها علي الخصوم !

وهناك رأي مخالف لوجهة النظر هذه، حيث يري الأستاذ الدكتور هشام صادق أن محكمة النقض المصرية لم تقصد أن القانون الأجنبي واقعة لأن لها رقابة علي تفسيره إنما هي راعت الإعتبارات العملية وفصلت بين طبيعة القانون الأجنبي وبين معاملته الإجرائية، وتلك الإعتباراتالعملية تتمثل في عدم إلمام القاضي الوطني بالقانون الأجنبي فله أن يطلب مساعدة الخصوم له في إثبات مضمونه[2]، فنجد أن تفسير هذا الحكم جاء قياساً علي معاملة القواعد العرفية من حيث الفصل بين الطبيعة القانونية والمعاملة الإجرائية.

"**ثانياً**": إن القول والتسليم بأن القانون الأجنبي واقعة علي الخصوم إثباتها يضرب بقاعدة الإسناد الوطنية التي أشارت إلي القانون الواجب التطبيق ليطبق علي موضوع المنازعة الخاصة

---

[1] **د / عبد السند يمامة،القانون الدولي الخاص تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، ص ٨٠**

[2] **د/ وائل بندق، محاضرات ألقيت على طلبة كلية الحقوق جامعة الاسكندرية عام ٢٠١٣م**

الدولية عرض الحائط، لأن في هذه الحالة " اعتبار القانون الأجنبي واقع " ينتج عنها أنه لا يوجد إلتزام بالإثبات سواء علي عاتق القاضي ولا علي عاتق الخصوم حيث إن لم يكن هناك مصلحة من إثبات القانون الأجنبي لإدعوا بتعذر الوصول إلي مضمون القانون الأجنبي ومن ثم عدم تطبيقه، فنجد في النهاية أن قاعدة الإسناد الوطنية أشبه بالقواعد المكملة التي يستطيع الخصوم التحلل منها وعدم الإلتزام بها إذا اتفقوا علي مخالفتها فإذا كان التشبيه هذا لا يتوفر في هذه الحالة، أي لا يتم الإتفاق بين القاضي والخصوم علي عدم الإلتزام بالقانون الأجنبي المطبق علي الدعوي، لكننا نصل إلي نفس النتيجة علي أرض الواقع، ونجد عدم وقوع أيإلتزام علي عاتق القاضي ولا إلتزام علي عاتق الخصم وتفرغ قاعدة الإسناد الوطنية من فحواها.

ثالثا: إذا كان القانون الأجنبي واقع، فكيف يطبق واقع علي وقائع فأين القانون الحاكم هنا، فالمفروض أن القانون يطبق علي الوقائع للوصول إلي حكم، فكيف في حالة تطبيق القانون الأجنبي الذي يتصف بأنه واقع علي الوقائع المدعي بها من قبل الخصوم، فأين القانون هنا الذي سيصل بالنزاع إلي النهاية بإصدار حكم ؟؟، وما هو القانون الذي أخرج القانون الأجنبي من طبيعته القانونية ليجعله واقعة يلتزم الخصوم بإثباتها ؟ هل هو المشرع الوطني أم المشرع الأجنبي!!.. ولما كانت قاعدة الإسناد الوطنية قاعدة ملزمة للقاضي الوطني تلزمه بتطبيق القانون الأجنبي وكان مشرع القانون الأجنبي قد أقر ونص في قانونه بالطبيعة القانونية لقواعده ونصوصه [1]، فمن أضفي صفة الواقع علي القانون الأجنبي هنا !!وهذا ما سنوضحه من خلال المطلب الأتي..

المطلب الثاني

القانون الأجنبي قانون

علي القاضي تطبيقه من تلقاء نفسه

ننتقل الأن إلي الإتجاه الفقهي والقضائي الذي يفترض في القاضي علمه بالقانون الأجنبي ومن ثم يفرض عليه إثبات مضمونه وتطبيقه علي الدعوي المنظورة أمامه [2]، فكوننا لا نتفق مع الإتجاه السابق القائل بأن القانون الأجنبي واقعة وعلي الخصوم إثباتها فليس معني ذلك أننا نتفق مع الإتجاه المغالي في وصف القانون الأجنبي بأن من المفترض علمه لدي القاضي

---

[1] **د/ عبد السند يمامة، القانون الدولي الخاص " تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي"، ص ٤٧**

[2] **د/ عبد الحميد ابو هيف، القانون الدولي الخاص في أوروبا ومصر، الطبعة الأولي، مطبعة الاعتماد، ١٩٢٣، ص ٣٢١، حيث اقر المجمع العلمي للقانون الدولي افتراض علم القاضي بالقانون الأجنبي ومن ثم تطبيقه، ونظم اجراءات خاصة لتتبع من جانب المحكمة حتي تصل إلي معرفة القواعد الحقيقية السائدة في القانون الأجنبي بواسطة الطرق السياسية**

الوطني، فهذا الإفتراض يكلف القاضي الوطني بالمستحيل " التكليف بالمستحيل " [١]، فحتي نكون واقعيين لابد أن نسلم بمدي صعوبة الوصول للقانون الأجنبي خصوصاً القوانين الغريبة علي القاضي الوطني تماماًأي التي لم يعهد أن تطلع عليها من قبل، ونجد هذا الإتجاه مستنداً علي مبدأ لاتيني معروف وهو " juritnovit curia[٢] "، ومعناه أن المحكمة ملمة بالقانون أي تعرف القانون، فيذهب أنصار هذا الإتجاه إلي افتراض علم القاضي بالقانون الأجنبي وعليه إذاً تطبيقه علي المنازعة التي يفصل فيها من تلقاء نفسه ومفترض هذا العلم هو شرط ولايته لوظيفة القضاء، ويخضع قاضي الموضوع في مباشرة هذا التطبيق لرقابة محكمة النقض أو" المحكمة العليا ".

لكن سرعان ما تراجع البعض من أنصار هذا الرأي وقال أنه يجوز في أحوال نادرة أن تكون القاعدة القانونية محلا للإثبات، مثل حالة كون القانون الأجنبي يكون غير معروف في البلد المنظور فيه الدعوي [٣]، فإنه في هذه الحالة يأخذ حكم الوقائع إذا كان القاضي لا يعلم به ويقع علي الخصم الذي يتمسك به إثباته، وهذا مطابق لحكم محكمة النقض المصرية السابق الاشاره إليه، الصادر في ٦ فبراير١٩٨٤م، فنجد أنصار هذا الرأي قد أعطوا القانون الأجنبي وصف القانون والواقعة في وقت واحد، حيث أنه قد استند إلي حالة معينة في حالة حدوثها يأخذ القانون الأجنبي حكم الوقائع، وذلك إذا كان القانون الأجنبي غير معروف في البلد المنظور فيه الدعوي، فنوجه تساؤل بسيط هنا ألا وهو " ما معيار عدم معرفة القاضي بالقانون الأجنبي ؟، فقد يكون القانون الأجنبي معلوم لقاضي وغير معلوم لقاضي أخر في ذات الوقت، أي هل يجوز بعد أن قررنا بأن القاضي من المفترض علمه بالقانون الأجنبي نأتي ونقول ألا يكون القانون الأجنبي غير معروف في بلد القاضي !.. مع توجيه تساؤل أخر بسيط وهو.. لما كان افتراض

---

[١] د/ هشام صادق، مركز القانون الأجنبي امام القاضي الوطني، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، ١٩٦٧، ص ٢١٣ وما بعدها، ص ٢٣٨ وما بعدها

انظر ايضا إثبات القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، دراسة فقهية قضائية مقارنة وفقا للأحكام المنظمة للإثبات، الجزء الأول " عبء إثبات القانون الأجنبي"، د/ باسم محمد هارون، ص ٨٤ وما بعدها، مجلة الفقه والقانون عدد ٣١، ٢٠١٥

[٢] د/ هشام صادق، مركز القانون الأجنبي امام القاضي الوطني، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، ١٩٦٧، ص ١٨٨، انظر ايضا :

Caroline E. Foster, science and the precautionary principle in international courts and tribunals,p 60

العلم بالقانون يقوم علي قرينة النشر[1] ومن ثم يلتزم القاضي الوطني بتطبيق قانونه الداخلي، فهل يفترض هنا علم القاضي بالقانون الأجنبي غير المنشور في بلد القاضي اسوة بالتشريع الوطني؟؟

يقول في هذا الفرض الاستاذ الدكتور هشام صادق[2]أنه مع تسليمنا بأنه لا يجوز افتراض علم القاضي بالقوانين الأجنبية أسوة بالتشريع الوطني إلا أن هذا لا يعني إعفاءه من الإلتزام بالبحث عن هذا القانون إعمالا لأمر مشرعه بمقتضي قاعدة الإسناد الوطنية، فإن كانت صعوبات البحث عن مضمون القانون الأجنبي تستوجب منا ألا نفترض في القاضي العلم به أو معاملته من هذه الزاوية معاملة التشريع الوطني، إلا أن هذه الإعتبارات لا تخول لنا إعفاء القاضي من الإلتزام بالبحث عن مضمونه، ففي مثل هذا القول استسلام للصعوبات العملية دون مبرر وإهدار لحكمة الشارع التي يستهدفها من وراء قواعد القانون الدولي الخاص.

ونحن لا ننكر أهمية دور الخصوم في معاونة القاضي في الإلمام بمضمون القوانين الأجنبية والتي قد تدفعهم إليها مصلحتهم في الدعوي، إلا أن هذه المعاونة لا ترقي بحال من الأحوال إلي مرتبة الإلتزام حتي يقال بأن عبء إثبات القوانين الأجنبية يقع علي عاتقهم.

ويري صاحب هذا الرأي أن الأمر لا يختلف بالنسبة لتطبيق القانون الوطني ذاته، فالمحامون يترافعون عادة في مسائل القانون ويكشفون للقاضي عن أحكامه التي تتفق مع مصالح موكليهم، ولم يقل أحد أن هذه الحقيقة تعفي القاضي من إلتزامه بالبحث عن مضمون القواعد القانونية الواجبة التطبيق علي النزاع المطروح أمامه، فمن الخطأ إعفاء القاضي ابتداءاً من البحث عن مضمون القانون الأجنبي المختص استجابة لإلتزامه الأصيل بتطبيقه من تلقاء نفسه بمبررأنه لا يعرفه، فإذا كنا لا نفترض في القاضي العلم بأحكام القانون الأجنبي فلا يجوز أن نفترض جهله بها.

كما يري العالم الجليل الدكتور السنهوري[3].. أنه في حالة إذا كان القانون الواجب التطبيق قانوناً اجنبياً بمقتضي قاعدة من قواعد الإسناد فإن الرأي عنده " لا نتردد في اعتبار تطبيق أحكام القانون الأجنبي مسألة قانون لا مسألة واقع، فإن القاضي إذاأمره قانونه الوطني بتطبيق أحكام قانون أجنبي، يجب أن يعتبر أحكام هذا القانون بالنسبة إلي القضية التي يطبق فيها هذه الأحكام جزء من قانونه الوطني، فعليه أن يبحث من تلقاء نفسه عن أحكام القانون الأجنبي الواجبة التطبيق في القضية، ويفسره وفقاً لتفسير محاكم البلد الذي ينسب إليه هذا

---

[1] د/هشام صادق، مركز القانون الأجنبي امام القضاء دراسة مقارنة " رسالة دكتوراه"، ص ١٨٧ فقرة ١٥٣

[2] د/ هشام صادق، مركز القانون الأجنبي امام القاضي الوطني، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، ١٩٦٧، ص ٢١٣، ٢١٤، ٢١٥

[3] د/عبد السند يمامة، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، ص٩١،٩٠

القانون وبخاصة المحكمة العليا فيها[١]، ويخضع لرقابة محكمة النقض بخصوص قاعدة الإسناد التي أمرته بتطبيق القانون الأجنبي حيث أنها قاعدة متعلقة بالنظام العام، ويتعين علي القاضي تطبيقها من تلقاء نفسه وإعمال هذا التطبيق سواء كان قانوناً أجنبياً أم قانوناً وطنياً، ويؤيد هذا الرأي العديد من الاساتذة العظام [٢].

والحل بخصوص هذا الجدل تبني الرأي القائل بأن القانون الأجنبي قانون لا يخرج من طبيعته، وعلي القاضي تطبيق مضمونه وفي حالة تعثره في الوصول إلي مضمونه، فليس هناك مانع من أن يطلب القاضي من الخصوم تقديم مضمون تلك الجزئية الصعب الوصول إليها من خلاله، ولا يعني ذلك أن القاضي يسلم بما قدمه الخصوم من مضمون القانون الأجنبي واجب التطبيق، فعليه هنا عبء التحري والتأكد من صحة مضمونه، وهذا ما يمكن وصفه بالطابع الإستقرائي المطبق علي إثبات العرف [٣].

وسوف نعرض موقف النظم القانونية المقارنة من القانون الأجنبي من خلال المبحث التالي، وهل إعتبرته تلك النظم قانون أم واقعة يلتزم الخصوم بإثباتها..

---

[١] وبخصوص هذه الجملة وهي تفسير القانون حسب بلد القانون، لابد ان نذكر ان هناك فرق بين التفسير والإثبات، انظر: Cheshire & North's, PRIVATE INTERNATIONAL LAW, p 82

[٢] كل من الاستاذ الدكتور/ عبد السند يمامة، شمس الدين الوكيل، هشام صادق، عزالدين عبد الله وغيرهم من الاساتذة العظام، انظر د/ عبد السند يمامة، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، ص٩٠ وما بعدها .

[٣] د / هشام صادق، مركز القانون الأجنبي امام القاضي الوطني، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية ، ١٩٦٧، ص ١٨٧

المبحث الثاني

(موقف النظم القانونية المقارنة

من طبيعة القانون الأجنبي)

تعددت الإتجاهات في النظم القانونية المقارنة حول معاملة القانون الأجنبي معاملة الواقعة القانونية التي يقع عبء إثباته علي الخصم المتمسك به في حين هناك من النظم الأخري التي تعتبر القانون الأجنبي بمثابة القانون ويفترض علم القاضي به ومن ثم فعليه تطبيقه من تلقاء نفسه، وهناك من النظم من افترضت مطابقة القانون الأجنبي لقانونها الوطني ومنيدعي العكس فعليه إثباته، كل هذا سنقوم بتوضيحه من خلال عرض موقف العديد من النظم القانونية سواء العربية أو الأجنبية من إثبات مضمون القانون الأجنبي وتحديد طبيعته من خلال المطالب التالية..

المطلب الأول

النظام الإنجليزي

من خلال البحث عن طبيعة القانون الأجنبي في القانون الإنجليزي " النظام الإنجليزي " تبين أن النظام الإنجليزي يعتبر في حالة إشارة قاعدة الإسناد الوطنية في قانونه إلي تطبيق القانون الأجنبي أن هذا القانون الأجنبي يفترض مطابقته للقانون الإنجليزي[1]، وبناءاً علي ذلك يفصل القاضي بناءاً علي أحكام القانون الإنجليزي إلا إذاادعي أحد الخصوم العكس، بأن القانون الأجنبي واجب التطبيق علي المنازعة الدولية الخاصة لا يطابق القانون الإنجليزي، ففي هذه الحالة علي من ادعي بذلك إثبات ادعائه [2]، أي يتم معاملة القانون الأجنبي كمعاملة الوقائع حيث يفترض عدم إلمام القاضي به ومن أراد تطبيقه فعليه إثباته، ومن هنا نستطيع القول بأن

---

[1] **Private international law, Cheshire & North's,P 106 (1)**

[2] **In an action before an English court, a party who relies on the rules of a foreign system of law must plead and prove them, Proof of foreign law,Published online by Cambridge University, by J . G . Collier, https://www-cambridge, (last accessed: 25 October 2022)**

Throughout Britain, courts generally depend on the advice of expert evidence on what foreign law is about a matter. In such a case, the court must apply English law in the absence of sufficient proof of foreign law, For more details see this article, Proof of Foreign Law in Private International Law /Foreign Law Expert, SudiptoSircar,

https://www.lawyered.in/legal, (last accessed: 10 November 2022)

القانون الأجنبي في النظام الإنجليزي هو مسألة قانون من حيث الطبيعة القانونية لكن يعامل معاملة الواقعة من حيث المعاملة الإجرائية ويتضح ذلك من خلال الأتي..

foreign law is،threrfore، treated as a question of fact, but it is " a question of fact of a peculiar kind."[1]

أي أنه مسألة واقع، لكن من نوع خاص، ويقصد بتعبير من نوع خاص أن النظام الإنجليزي لا ينكر الطبيعة القانونية علي القانون الأجنبي لكن يفصل بين طبيعتة القانونية وبين معاملتة الإجرائية ويعامله كالواقعة ومن ادعي بها فعليه إثباتها، وما يدعم هذا الكلام ما تم تعديله في القانون الصادر ١٩٢٥م والذي جعل النظر في مسائل القانون الأجنبي من اختصاص القاضي ولم يتركها للمحلفين، حيث أنه من خصائص النظام الإنجليزي أن المحلفين يختصون بالفصل في الوقائع بينما يعهد إلي القضاه الإختصاص بالمسائل القانونية وكان هذا التعديل التشريعي بمثابة خطوة أولي نحو الإعتراف للقانون الأجنبي بصفته الاصلية " أي طبيعته القانونية "[٢]

مثال القضية التالية:

Iranian Offshore Engineering and Construction Company V Dean Investment Holdings SA (2018) EWHC 2759 (Comm).

ففي هذه الدعوي لم يثبت المدعي بأن القانون الإيراني هو القانون الواجب التطبيق وأنه من غير المناسب تطبيق القانون الإنجليزي، لذلك قررت المحكمة تطبيق القانون الإنجليزي علي افتراض تطابقه مع القانون الأجنبي واجب التطبيق ألا وهو القانون الإيراني، حيث دفع المدعي بشأن احتيال مزعوم أدي إلي دفع مبلغ ٨٧ مليون دولار أمريكي لشراء جهاز حفر في الخارج (ايران والإمارات) ضد المدعي عليهما الخامس والسادس، بشأن أفعال تسببت في إضرار وخسائر في إيران، لكنه لم يتطرق لقانون البلد الذي ينطبق علي إدعاءاته وطلباته، فقام المدعي عليهما الخامس والسادس بالدفع بأن القانون الإيراني هو القانون المطبق علي الموضوع والإدعاءات ضدهم، لكنهما لم يتطرقا لمضمون القانون الإيراني ولم يطلب أحدهما اللجوء للخبرة

---

[1] **Cheshire &North's, ibid, p, 106 (2), 181**

Rules of foreign law have the status of facts. But they are unusual facts, because, unlike other facts, they need only be proved to the satisfaction of the judge, not that of the jury, Proof of foreign law, Published online by Cambridge University, by J. G. Collier, https://www-cambridge,(last accessed: 28 October 2022)

[٢] **د / شمس الدين الوكيل، دراسة مقارنة في إثبات القانون الأجنبي ورقابة المحكمة العليا علي تفسيره، دار منشأة المعارف، ١٩٦٤، ص ٨**

بشأن القانون الإيراني في مرحلة المراجعة السابقة للمحاكمة (قبل المحاكمة بسبعة أسابيع)، لذلك لجأ المدعي إلي الدفع بالمادة ٢٥ فقرة ٢ وهي من المبادئ العامة في القانون العام وتعتبر قرينة إثبات في القانون الانجليزي، والتي تنص علي أنه: ١- في أي حالة ينطبق فيها قانون أجنبي، يجب الدفع بالقانون وإثباته كواقعة من خلال الإستعانه بالخبراء أو وسائل أخري ٢- في حالة عدم وجود أدلة مرضية لإثبات القانون الأجنبي، ستطبق المحكمة القانون الإنجليزي علي الدعوي. [١]

- وبعد قيام المدعي بالدفع بهذه المادة، قام المدعي عليهم في جلسة المراجعة السابقة للمحاكمة بالدفع بعدم تطبيق القانون الإنجليزي والقيام بإثبات مبادئ القانون الإيراني التي تحكم ادعاءاتهم، فقام المدعي بالدفع بتطبيق المادة ٢٥ (٢)، فقضت المحكمة العليا (Baker J) في المراجعة السابقة للمحاكمة لصالح المدعي مؤكدة بأن القاعدة ٢٥(٢) ستطبق، أي أن القانون الإنجليزي هو الذي سيطبق، وذلك لأن الإدعاء بأن يكون من المناسب تحديد الدعوي بموجب القانون الإنجليزي هو " إنكار ينبغي إثباته " وهذا لم يتم بشكل صحيح من خلال المدعي عليهما، أي

---

[1]**Court will ordinarily apply English law in absence of evidence of relevant foreign law, unless defendant shows it would be inappropriate to do so, see this Article on https://hsfnotes.com/litigation, was published in 12 November 2018,(first accessed: 3 November 2022 and last accessed: on 5 August 2023)**

وذلك يؤدي إلي اضرار بالغة للاجنبي الذي لا يستطيع إثبات قانونه الواجب التطبيق، خاصةً فيما يخص مسائل الاسرة من زواج وطلاق وما يترتب عليهم، أوميراث، لان في حالة الطلاق سوف تطلق الأجنبية المقيمة في انجلترا طبقا للقانون الإنجليزي اذا لم تستطع إثبات قانون جنسية الزوج الواجب التطبيق في تلك الحالة ، وبناءاً عليه لا تستطيع الزوجة تنفيذ هذا الحكم في بلد زوجها، مما يؤثر فيما بعد علي حقها في الحضانة و النفقة والجمع بين زوجين في حالة زواجها مرة اخري وغيرها ..، للتفاصيل انظر التالي

The English system which allows parties to decide whether or not foreign law should apply to their case is based on the frequent equation of jurisdiction and applicable law, in particular in family law matters. Foreigners who live in England will therefore either obtain no divorce in this country or a divorce under English law,27 which often will not be recognized in their country of origin and can lead to endless trouble in subsequent maintenance, matrimonial property, custody, bigamy, pension and inheritance disputes, Establishing Foreign Law in a German Court, Gerhard Dannemann, https://germanlawarchive-iuscomp-org.,

GERMAN LAW ARCHEIVE, (last accessed: on 10 April 2023)

إنكار لإعتبار القانون الأجنبي مطابق للقانون الإنجليزي، ومن يدعي عكس ذلك فعليه إثبات ما يدعيه. [١]

وذهب بعض الفقه إلي القول بأن النظام الإنجليزي قد اصطنع حيلة مطابقة القانون الأجنبي للقانون الإنجليزي لتكليف الخصوم بعبء إثباته في حالة الإدعاء بعدم مطابقته للقانون الإنجليزي[٢]، والأكثر من ذلك أن قواعد تنازع القوانين لا يتم تطبيقها في النظام الإنجليزي إلا إذا

---

[1]**Case :Iranian Offshore Engineering And Construction Company v Dean Investment Holdings SA &Ors [2018] EWHC 2759 (Comm) (22 October 2018) URL:http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2018/2759.html**
Cite as: [2018] EWHC 2759 (Comm), [2019] 1 WLR 82, [2019] WLR 82, [2018] WLR(D) 654

انظر ايضا

Court will ordinarily apply English law in absence of evidence of relevant foreign law, unless defendant shows it would be inappropriate to do so, see this case on https://hsfnotes.com/litigation, was published in 12 November 2018, (first accessed: 3 November 2022 and last accessed: on 5 August 2023)

[٢] د / شمس الدين الوكيل، دراسة مقارنة في إثبات القانون الأجنبي ورقابة المحكمة العليا علي تفسيره، ص ٨ وما بعدها، انظر ايضا

Mode of proof of foreign law,see this website ,https://www.lexisnexis.co.uk

. لكن لابد من الاشارة إليأمر هام، ألا وهو سريان هذه القاعدة العامة (تطابق القانون الأجنبي مع القانون الإنجليزي) سالفة الذكر علي ادلة الإثبات في الدعوي وما يتعلق بالإثبات بوجه عام وايضا اجراءات الدعوي، ولا تؤثر بأي درجة علي لأوائح الاتحاد الأوروبي الخاصة بتحديد القانون الواجب التطبيق في حالة تنازع القوانين انظر موقع الاتحاد الأوروبي الرسمي، An Official EU Website
انقر الرابط التإلي،

https://e-justic.europa.eu ،which country's law applies?, (last accessed: on 10 November 2022)

ويظل هذا الوضع كما هو قائم بدون تعديل أو تغيير حتي نهاية عام ٢٠٢٢ وهي الفترة الانتقإلية المبرمة بين المملكة المتحدة وبين الاتحاد الأوروبي بعد خروج المملكة المتحدة من الاتحاد الأوروبي في عام ٢٠٢١
Brexit ،The general position is that the conflict of laws rules are only applied if at least one of the parties has argued that they be applied. If this has not been argued, or if there is no satisfactory evidence of the content of foreign law, the judge will normally apply English law to the issue. This rule is one relating to evidence and procedure, and hence is unaffected by the EU Regulations.

دفع أحد الطرفين بتطبيقها، فإذا لم يطلب أحد الطرفين تطبيق قواعد تنازع القوانين أو إذا طالب بتطبيقها ولم يتمكن من إثبات مضمون القانون الأجنبي الواجب التطبيق، فيتم تطبيق القانون الإنجليزي من قبل القاضي الإنجليزي، فلا يبادر القاضي الإنجليزي بإعمال قواعد تنازع القوانين من تلقاء نفسه. [١]

ويتم إثبات القانون الأجنبي من قبل الخصم المدعي بعدم مطابقته للقانون الإنجليزي مثلما يثبت أي واقعة يدعي بها [٢]، لكن من خلال وسائل معينة مثل الخبير المختص المؤهل للإثبات، وذلك قد يكون من خلال الشهادة الشفوية أمام المحكمة أوعن طريق الشهادة الكتابية فيأخذ النظام الإنجليزي بالطريقتين وذلك وفقا لقانون الإثبات المدني ١٩٧٢م[٣]، حيث حرص القضاء العالي الإنجليزي علي تأكيد منع القاضي من التعرف علي القانون الأجنبي بوسائله الخاصة وأنه قصر طريق العلم علي شهادة الخبراء القانونيين أمام المحكمة [٤]، وهؤلاء الخبراء القانونيين قد يكونوا من المحامين الأجانب أومن رجال القانون الذين اكتسبوا خبرة في الدولة التي ينطبق قانونها أمام القاضي الإنجليزي، وليس هناك ما يمنع من الإستماع إلي رأي أهل الخبرة من رجال الأعمال مثل المشتغلين في شئون السفن أو التأمين، اذ يفترض فيهم العلم بالجوانب القانونية التي تخص أعمالهم، فنجد أن من الخبراء المقبولين أمام المحاكم الإنجليزية لإثبات

---

[1]**There may be cases where a foreign law issue arises in an internal legal dispute. The parties to the dispute, however, have a choice whether or not to introduce the foreign law, as pleading it is entirely voluntary. The judge has neither the right nor the responsibility to do that ex officio. Through encouraging litigants to turn a court case into a domestic one effectively, it renders the conflict of laws "a voluntary body of law" itself, see this article, Proof of Foreign Law in Private International Law /Foreign Law Expert, Sudipto Sircar,**

https://www.lawyered.in/legal,, (last accessed: 10 November 2022)

[2]**Cheshire & North's, ibid, p, 107, the proof of foreign law**

[3]**Cheshire & North's,ibid, p, 107**

[4]**A short Explainer on the proof of foreign law, see the article on https://www.linkedin.com/ pulse/short explainer on the proof of foreign law, has published in 11/5/2020**

انظر ايضا د/ شمس الدين الوكيل دراسة مقارنة في إثبات القانون الأجنبي ورقابة المحكمة العليا علي تفسيره، ص ١٠

مضمون القانون الأجنبي " القسيس الكاثوليكي الروماني " حيث تقبل شهادته كخبير بالأحوال الشخصية في قانون روما لأنه من صميم عمله. [١]

كما أن للمحكمة الحق في طرح الاسئلة علي الخبير حتي تتوصل إلي الإقتناع التام بمضمون القانون الأجنبي[٢]، وتقوم محكمة الإستئناف الإنجليزية بفحص ومراجعة جميع وسائل إثبات القانون الأجنبي التي قدمت وتم مناقشتها أمام محكمة اول درجة وذلك حتي تتوصل إلي ما إذا كان ما تم التوصل إليه من حيث الوصول لمضمون القانون الأجنبي صحيحا أم لا، وهذا نادراً ما يتم من قبل محكمة الإستئناف الإنجليزية بخصوص الوقائع المنظورة أمام محكمة أول درجة لكن هنا الأمر مختلف بالنسبة لمسألة إثبات مضمون قانون أجنبي [٣]، حيث جاء علي لسان قاضي الإستئناف الإنجليزي الاتي:

I think it is our duty.. to examine the evidence of foreign law which was before the justices and to decide for ourselves whether that evidence justifies the conclusion to which they came[4]

أما بالنسبة لتفسير القانون الأجنبي نجد أن القانون الإنجليزي لم يلزم القاضي بالأخذ بالأحكام الصادرة في بلد القانون الأجنبي فله أن يستأنس بأحكام المحكمة العليا فيها [١]، ومن

---

courts generally depend on the advice of expert evidence on what foreign law is about a matter. In such a case, the court must apply English law in the absence of sufficient proof of foreign law, For more details see this article, Proof of Foreign Law in Private International Law /Foreign Law Expert, Sudipto Sircar, https://www.lawyered.in/legal, (last accessed: 10 November 2022)

[1]**Cheshire & North's, Private international law, p,108**

[2]**Cheshire & North's, Private international law,p, 110,111**

[3]**Cheshire & North's, ibid,p,106.107**

[4]**Cheshire & North's,ibid,p,107**

In an action before an English court, a party who relies on the rules of a foreign system of law must plead and prove them. Normally, the courts will not take judicial notice of the rules of foreign law, except that the House of Lords, which is a court of appeal in civil cases from England, Scotland and Northern Ireland, will take judicial notice of the laws of all three countries in hearing appeals from the courts of any one of them, Proof of foreign law, Published online by Cambridge University, by J . G . Collier, https://www-cambridge, (last accessed: 25 October 2022)

قبيل ذلك رفضت المحكمة الإنجليزية الإعتداد بما جاء في أحكام ولاية نيويورك في خصوص منازعة معينة بعد الإطلاع علي القانون الأمريكي وأراء الفقهاء هناك، وذلك لوجود خطأ جسيم في الحكم [٢]، كما يحظر علي القاضي الإنجليزي أن يرجع للسوابق القضائية في بلده الخاصة بحكم متعلق بذات القانون الأجنبي المنظور أمام القاضي الإنجليزي وبالأحري يحظر عليه الإستعانة بحكم متعلق بالقانون الأجنبي صادر في بلد أجنبي خلاف بلد القانون الأجنبي وبلد القاضي الإنجليزي، وكل ما سبق من المحظورات علي القاضي الإنجليزي بخصوص تفسير القانون الأجنبي جاءت وفقا لنص المادة ٤ فقرة (٢) من قانون الإثبات المدني ١٩٧٢م[٣]، إنما يقوم القاضي الإنجليزي بتفسير القانون الأجنبي مستعينا بالوسائل المتبعة في دولة هذا القانون متبعاً الأسلوب المتبع أمام محاكم هذا القانون[٤]، ونجد أنه لا يثور في النظام الإنجليزي مشكلة رقابة المحكمة العليا لقاضي الموضوع بخصوص تفسير القانون الأجنبي لأن هذه المحكمة تعتبر محكمة وقائع وتمثل آخر درجات التقاضي، مثال علي ذلك قضية Byers v SNBقضية بين شركة بايزر ضد البنك السعودي الوطني، تم الإستئناف علي الحكم مستنداً علي مدي إختلاف المفاهيم الموجودة في التشريع السعودي وهو نظام قانوني إسلامي بعيد جداً عن القانون الإنجليزي. [٥]

---

[١] **د / شمس الدين الوكيل، دراسة مقارنة في إثبات القانون الأجنبي ورقابة المحكمة العليا علي تفسيره، ص ١٢، فتلك الأحكام لا ترقي لمرتبة السابقة القضائية بالنسبة للقاضي الإنجليزي**

[2] **Private international law, Cheshire & North's, p, 107, in footnote 11**

[3] **Cheshire & North's, ibid,p, 107**

At common law, a particular rule of foreign law must be proved afresh each time it is pleaded, because the foreign law may have changed since the previous occasion on whichit was proved to and accepted by an English court, Proof of foreign law, Published online by Cambridge University, by J . G . Collier, https://www-cambridge, (last accessed: 25 October 2022)

[٤] **د / شمس الدين الوكيل، دراسة مقارنة في إثبات القانون الأجنبي ورقابة المحكمة العليا علي تفسيره، ص ٧٢**

[5] **Case :Byers &Ors v The Saudi National Bank [2022] EWCA Civ 43 (27 January 2022)URL:**

***http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2022/43.html*, (last accessed: 2 November2022**

Cite as: [2022] 4 WLR 22, [2022] EWCA Civ 43, [2022] WLR(D) 51

وهي دعوي بين شركة بايزر ضد البنك الوطني السعودي

(ملحوظة هامة)

– صدرت بعض القوانين في إنجلترا في ١٨٥٩، ١٨٦١.. وكانت الفكرة المستحدثة فيهم هي الترخيص للقاضي الإنجليزي بأن يطلب رأي المحكمة الأجنبية في المسألة القانونية المعروضة عليه، حيث كان القانون الأول بخصوص البلاد الخاضعة للكومنولث والمستعمرات البريطانية، وكان القانون الثاني بخصوص الدول الأجنبية عموما عن طريق عقد اتفاقيات ثنائية بين إنجلترا وبين الدول التي يطلب الرأي من محكمتها، مع الاخذ في الاعتبار أن المملكة المتحدة البريطانية قد صدقت علي الإتفاقية الأوروبية للإستعلام عن القوانين الأجنبية رقم ١١٧ لسنة ١٩٦٩م حتي تنفذ الفكرة المشار إليها في قانون ١٩٥٩م السابق الإشارة إليه، حيث كانت الفكرة من وراء هذه الإتفاقية هي تمكين القاضي الإنجليزي من طلب رأي المحكمة الأجنبية " محكمة بلد القانون الأجنبي " حول المسألة القانونية المنظورة أمامها والمتعلقة بهذا القانون الأجنبي، وتم بالفعل التصديق عليها من خلال المملكة المتحدة البريطانية لكنها لم تري النور حتي الآن أي أنها لم تنفذ بعد. [١]

– إذاً نستطيع أن نستنتج الأتي وهو ما عبرت عنه المحكمة الإنجليزية أن هناك نوعين من القانون الأجنبي، وهما: [٢]

١– القانون الأجنبي الذي يتضمن مبادئ ومفاهيم غير مألوفة للقاضي الإنجليزي، ففي هذه الحالة يقتصر دور القاضي فعلياً علي تحليل أدلة الخبراء.

٢– القانون الأجنبي الذي يتضمن مفاهيم مشابهة للقانون الإنجليزي، وهنا يتسع دور القاضي الإنجليزي بإستخدام معرفته وخبرته القانونية بدلاً من الإقتصار علي تقييم قيمة الأدلة القدمة من الخبراء، فله تقديم آراءه القانونية الخاصة

– وإذا كنا نتحدث عن وضع القانون الأجنبي في القانون الإنجليزي فنجد النظام الأقرب له هو القانون الهندي، فقانون الإثبات الهندي ١٨٧٢ مشابه لقانون الإثبات الإنجليزي، فنصت المادة ٤٥ من قانون الإثبات الهندي علي أن إثبات القانون الأجنبي يكون عن طريق خبير في مسائل القانون الأجنبي، أومن خلال منشورات تحوي القانون الأجنبي بشرط أن تكون منشورات خاضعة لحكومة هذا القانون، كالجريدة الرسمية، وقد تحتاج تلك المنشورات إلي تفسير فيضطر القاضي

---

[1] **Cheshire & North's, ibid, p, 108, in footnote 18**

[2] **Court will ordinarily apply English law in absence of evidence of relevant foreign law, unless defendant shows it would be inappropriate to do so, see this Article on https://hsfnotes.com/litigation, was published in 12 November 2018, (first accessed: 3 November 2022 and last accessed: on 5 August 2023)**

إلي الاستعانة بالخبير[1]، فنجد في حكم للمحكمة العليا في الهند (Supreme Court) بأنه كان من الصعب الوقوف علي إثبات القانون الأجنبي بواسطة الخبير وكان القانون الأجنبي هذا هو القانون الياباني فبالتالي تم تطبيق القانون الهندي. [2]

المطلب الثاني

طبيعة القانون الأجنبي

في النظام القانوني للولايات المتحدة الأمريكية

بخصوص مسألة القانون الأجنبي، نجد أن الأمر مختلف تماما في الولايات المتحدة الأمريكية عما تم ذكره في معظم النظم المقارنة من حيث وضع القانون الأجنبي هناك وكيفية معاملته، ومن حيث رقابة المحكمة العليا عليه، وهذا ما سوف نوضحه من خلال الأتي:

طبيعة القانون الأجنبي في النظام الأمريكي :

نجد أن النظام الأمريكي يعامل القانون الأجنبي معاملة القانون وليس معاملة الواقعة، وذلك استناداً لنص المادة ٤٤ فقرة (١) من قانون الاجراءات المدنية الفيدرالي المعدلة في ١

---

[1]**In India, therefore, foreign law can be proved by expert evidence under S. 45, or a court can take judicial note of a publication containing foreign law if it is published under government authority. The court can approve the law as set out in such publication. It should be noted that when such a publication is relied upon as evidence of foreign law, then the publication is not the proof that it incorporates all the law and expert testimony may still be required in such cases, 41- For more details see this article, Proof of Foreign Law in Private International Law /Foreign Law Expert, Sudipto Sircar, https://www.lawyered.in/legal, (last accessed: 10 November 2022)**

[2]**A short Explainer on the proof of foreign law, see the article on https://www.linkedin.com/ pulse/short explainer on the proof of foreign law, has puplished in 11/5/2020**

انظر ايضا :

International law is seen as a matter of fact in most courts around the globe, including India, and is usually proven by expert evidence,for more details see this article, Proof of Foreign Law in Private International Law /Foreign Law Expert, SudiptoSircar ,https://www.lawyered.in/legal, (last accessed: 10 November 2022)

ديسمبر ٢٠٠٧م [١]، لكن هناك دور يقوم به الخصوم لمساعدة القاضي للوصول لمضمون القانون الأجنبي.

واستناداً علي هذا النص جاء حكم شهير متضمن مضمون هذه المادة مع خضوعة لرقابة المحكمة العليا وإبداء رأيها بشأن هذا الأمر ألا وهو:

– نظرت المحكمة العليا " the supreme court " طعن مقدم في حكم محكمة الدرجة الثانية " circuit court " في تاريخ ١٤ يونيو ٢٠١٨م..

"(**ملخص وقائع الدعوي**) " [٢]: أقيمت دعوي أمام محكمة District court محكمة أول درجة في ولاية Eastern District of New York، وكان طرفا الدعوي هما مستورد فيتامين C أمريكي ضد أربعة شركات صينية منتجة ومصدرة للمنتجات النباتية والحيوانية، حيث كانت وقائع الدعوي أن هناك خلاف قائم بين الأطراف بسبب قيام شركات تصنيع وتصدير الفيتامين بتثبيت سعر وكمية الغذاء المصدر للولايات المتحدة الأمريكية، في حين دفع المدعي عليهم بأن القانون الصيني هو من يكلفهم ويلزمهم بتثبيت سعر وكمية صادرات فيتامين Cإلي الولايات المتحدة الأمريكية..

وأثناء نظر الدعوي قدمت وزارة التجارة في حكومة الجمهورية الصينية تفسير للقانون الصيني ومفاده أن الشركة المصدرة للفيتامين ملزمة بتثبيت الاسعار والكميات للفيتامين المصدر إلي الولايات المتحدة الأمريكية، فقام المستورد الأمريكي بتقديم أدلة تدحض إدعاء الشركات

---

[1] "**Federal rules of civil procedure, Rule 44.1, 2007 Amendment**"//" **A party who intends to raise an issue about a foreign country's law must**" **give notice by a pleading or other writing . in determining foreign law, the court may consider any relevant material or source, including testimony, whether or not submitted by a party or admissible under the Federal Rules Of Evidence . the court's determination must be treated as a ruling on a question of law**‹, **https://www-law-cornell-edu, (first accessed : 10 October 2019 & last accessed : 1 May 2023)**

فهذه القاعدة تعتبر تحول في نهج القانون العام بخصوص اعتبار القانون الأجنبي مسألة قانون بعد ان كان يعامل علي انه مسألة واقع، فالقاضي غير ملزم بما يقدمه الخصم فقط، فله ان يبحث عن مضمون القانون الأجنبي بمصادره الخاصة

[2]. **see article U.S Supreme Court Clarifies Rules Govering Proof Of Foreign Law, published in KING & SPALDING ..Client Alert published in JUNE 28, 2018, (first accessed : 10 October 2019 & last accessed : 1 May 2023)**

الصينية وتثبت عكس ما فسرته وزارة التجارة الصينية، فحكمت محكمة أول درجة لصالح المدعي الأمريكي، فإستأنفت الشركات الصينية الحكم أمام محكمة ثاني درجة " circuit court "،، ورأت محكمة ثاني درجة أن عليها أن تلتزم بما قدمته وزارة التجارة الصينية من تفسير للقانون التجاري الصيني وأن ليس لها الحق كمحكمة أن تخالف هذا التفسير طالما كان التفسير متواءم مع صريح النص " reasonable "، فتم الطعن أمام المحكمة العليا" The Supreme court " فإستندت المحكمة العليا في حكمها علي المادة ٤٤ فقره (١) من قانون الاجراءات المدنية الفيدرالي السالف ذكرها، وفسرت المحكمة العليا هذة المادة علي أنها إشارت إلي التحول عن نهج القانون العام المتمثل في معاملة القانون الأجنبي علي أنها مسألة واقع إلي معاملة جديدة قائمة علي معاملته علي أنه مسألة قانون للقاضي أن يبحث عنه من تلقاء نفسه وله أن يستخدم مصادره الخاصة للوصول إلي مضمونه، فله سلطة واسعة جداً في البحث عن مضمون القانون الأجنبي وتفسيره ولا يلتزم بما يقدمه الخصوم من أدلة إلا إذا رأي أنها مقنعة، فإلتزام القاضي بما تقدمه حكومة بلد القانون الأجنبي يكون في حدود تقدير القاضي لكنه غير ملزم به كما عبرت المحكمة العليا [١]،

وقضت برفض حكم محكمة الدرجة الثانية وقضت بأن المحكمة ليست ملزمة بما قدمته حكومة بلد القانون الأجنبي من تفسير لقانونها، فللمحكمة أن تراعي ظروف كل دعوي علي حده ولها مصادرها المتعددة التي تصل بها إلي التفسير الصحيح.

– مما سبق نستنتج أن:

– القانون الأجنبي في الولايات المتحدة الأمريكية يعامل معاملة القانون وليس الواقع وذلك طبقا للأتي:

uniform state laws in 1962 the section 4.03 of article iv states that " the court not the jury، shall determine foreign law" [2] ،

---

[1] **The supreme court held that federal courts should accord " respectful consideration " to such interpretation, but aren't bound to defer to them . see article U.S Supreme Court Clarifies Rules Governing Proof Of Foreign Law, published in KING & SPALDING ..Client Alert published in JUNE 28, 2018**

[٢] **انظر الرابط التالي** https://www.law.cornell.edu

ايضا انظر Rule 38 (a) من قانون الاجراءات المدنية الفيدرالية

The new rule parallels Article IV of the Uniform Interstate and International Procedure Act, approved by the Commissioners on Uniform State Laws in 1962, except that section 4.03 of Article IV states that "[t]he court, not the jury" shall determine foreign law, see an article illustrate the Rule 44.1.

ومفاد ذلك النص أن المحكمة أو القاضي هو المسئول عن تحديد القانون الأجنبي وليس هيئة المحلفين، وكما ذكرنا من قبل أن القاضي ملزم بتطبيق القانون، وهيئة المحلفين تختص بالوقائع، فالقاضي يبحث عنه من تلقاء نفسه حيث لا يلتزم القاضي بما يقدمه الخصوم فقط فله مصادره الخاصة التي من خلالها يتوصل إلي مضمون القانون الأجنبي الواجب التطبيق علي الدعوي، فله أن يستعين بتفسيرات مكتوبة رسمية من بلد القانون الأجنبي أو الإستعانة بخبراء متخصصين[1] أو الإستعانة بالشهود وغير ذلك من أدلة حتي ولو لم تكن مقبولة وفقاً لقواعد الإثبات الفيدرالية، فالقاضي غير مقيد بالأدلة التي تحكم الوقائع، فله حرية الإثبات وجاء ذلك وفقاً للتعديل الذي أدخل علي المادة ٤٤ فقره ١ في عام ١٩٧٢م [2]

Determining Foreign Law, https://www-law-cornell-edu, (first accessed : 10 October 2019 & last accessed : 1 May 2023)

[1] **" united states courts don't require the expert to be a lawyer or to have practiced law in the foreign country "**

See article published in Journal of Air Law and Commerce entitled " proof of foreign law and Facts "

Follow this and additional works at : https:// scholar.smu.edu/jalc

[2]**The judge,in following rule 44.1 " isn't bound by the traditional rules of evidence in deciding that issue . see committee notes to rule 44.1, supra note 11**

See Article published in Congressional Research Service in July 9, 2018

انظر ايضا :

There is no requirement that the court give formal notice to the parties of its intention to engage in its own research on an issue of foreign law which has been raised by them, or of its intention to raise and determine independently an issue not raised by them,, see an article illustrate the Rule 44.1. Determining Foreign Law, https://www-law-cornell-edu

المطلب الثالث

النظام الفرنسي والإيطالي والألماني

(النظام الفرنسي):

أولاً: وضع القانون الأجنبي قبل مشروع قانون "القانون الدولي الخاص الفرنسي" في مارس لسنة ٢٠٢٢.

يشترك النظام الفرنسي مع أغلب النظم القانونية المقارنة في عدم وجود قواعد تشريعية تحكم مسألة إثبات القانون الأجنبي، ورقابة محكمة النقض علي تفسيره، لذلك جاءت الحلول العملية وليدة جهود فقهية وقضائية متنوعة ومتطورة علي مدي زمن طويل [١]، لذلك نجد تطورات في هذا الأمر، حيث كان **الفقه الفرنسي القديم**، يري أن من واجب القاضي الوطني أن يطبق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه دون طلب الخصوم ما دامت قاعدة الإسناد الوطنية قد أشارت بتطبيق هذا القانون، لكن جري العمل علي إشتراك الخصم في إثبات القانون الأجنبي بتقديم نصوص تشريعية أو شهادات رسمية أو أقوال الفقهاء، وللقاضي الحرية في أن يحكم وفقاً لغير ما قدم الخصوم من وثائق، أو أن يأخذ بما جاؤوا به، وإذا عجز القاضي تماماً عن التعرف علي القانون الأجنبي يفترض مطابقته لقواعد القانون الوطني له ويحكم في الدعوي وفقاً لهذا الإفتراض[٢]، وكان هذا الإتجاه أقرب لإتجاه القانون الإنجليزي في معاملة القانون الأجنبي، لكن الفارق بينهم أن الفقه الفرنسي اعترف منذ البداية بالطبيعة القانونية للقانون الأجنبي الواجب التطبيق علي النزاع أمامه، وحاول من جانبه بالقيام بدوره في البحث عن مضمون القانون الأجنبي كقاضي، بالتوازي مع دور الخصوم في توضيح مضمون القانون الأجنبي الواجب التطبيق، وإذا ارتأي للقاضي عدم التمكن من التأكد من مضمون القانون الأجنبي سواء من خلال ما قدمه الخصوم من طرق إثبات للمضمون، أومن عدم تمكنه من الوقوف علي المضمون الدقيق للقانون الأجنبي، فإنه في النهاية يقر بتطابق القانون الأجنبي الواجب التطبيق علي الدعوي مع قانون القاضي ألا وهو القانون الفرنسي.

وجاء ذلك علي خلاف القانون الإنجليزي حيث أنه افترض مقدما مطابقة القانون الأجنبي الواجب التطبيق علي الدعوي مع القانون الإنجليزي وعدم وجود أي اختلاف بينهم لكي يتسني له تطبيقه بسهولة، وعلي من يدعي من الخصوم بوجود اختلاف بين القانون الأجنبي والقانون الإنجليزي فعليه إثبات ما يدعيه عن طريق إثبات مضمون القانون الأجنبي،..

---

[١] د / شمس الدين الوكيل، دراسة مقارنة في إثبات القانون الأجنبي ورقابة المحكمة العليا علي تفسيره ، ص٣٦ نقلاً عن Weiss، القانون الدولي الخاص الطبعة الثامنة ص ٣٩٨

[٢] د / شمس الدين الوكيل، المرجع السابق، ص ٣٦، ٣٧

وإذا نظرنا لرأي القضاء الفرنسي لوجدناه مخالفاً تماما لرأي الفقه، حيث استقر القضاء الفرنسي علي مبدأ آخر مخالف لمبدأ الفقه ألا وهو(إثبات مضمون القانون الأجنبي يقع علي عاتق من يتمسك بتطبيقه وللقاضي الحق، أو بمصطلح أدق للقاضي الحرية في التصدي لتطبيقه من تلقاء نفسه، أي أن القاضي غير ملزم بهذا التطبيق [١]،

حيث جاء حكم لمحكمة النقض الفرنسية يقضي بأن " قواعد الإسناد الفرنسية لا تتعلق بالنظام العام، علي الأقل عندما تقضي بتطبيق قانون أجنبي، بمعني أن تطبيقها منوط بطلب الخصوم، وأنه لا تثريب علي قضاة الموضوع لعدم قيامهم من تلقاء أنفسهم بتطبيق القانون الأجنبي " [٢]

وفي حكم اخر لمحكمة النقض الفرنسية قضت بأنه " غير مجد تعيب قيام القضاة الفرنسيين من تلقاء أنفسهم بتطبيق قانون أجنبي لم يتمسك به الخصوم أمامهم ولا يمس النظام العام، وأن الجائز لمحكمة الإستئنا فأن تسعي إلي التعرف علي القانون الأجنبي وتحديداً أحكامه الواجبة التطبيق " [٣]، ونجد تلك الأحكام تؤكد الكلام المكتوب أعلاها في هذا البحث..

ويري الأستاذ الدكتور شمس الدين الوكيل أن إعطاء القاضي الفرنسي الحرية أو الحق في أن يتصدي لتطبيق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه إذا أراد، هو إقرار من النظام الفرنسي بأن القانون الأجنبي ليس من قبيل الوقائع، إذ إنه من المعلوم أن القاضي ممنوع من تقدير الوقائع واستخلاصها بموجب معلوماته الشخصية [٤]، لكن هناك من يرد علي وجهة النظر هذه بأن تلك السلطة للقاضي لا تنفي عن القانون الأجنبي صفة الواقعة لأن القاضي يملك تقدير الوقائع العامة والقضاء بموجبها ما دامت هذه الوقائع مشهورة أو كان العلم بها ميسوراً للكافة، ويعد القانون الأجنبي من ضمن الوقائع العامة [٥]، فيخرج من الفقه[٦] من يرد علي هذا الرأي الأخير بأنه قد فرق تفرقة غريبة بين الوقائع العامة أو المشهورة وبين الوقائع الخاصة، إذ هي تفرقة

---

[١] د/ شمس الدين الوكيل، دراسة مقارنة في إثبات القانون الأجنبي ورقابة المحكمة العليا علي تفسيره، ص٣٧

[٢] د/ عبد السند يمامة، القانون الدولي الخاص " تنازع القوانين، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، ص ٦٧

[٣] د/ عبد السند يمامة، المرجع السابق، ص ٦٧

[٤] د/ شمس الدين الوكيل، دراسة مقارنة في إثبات القانون الأجنبي ورقابة المحكمة العليا علي تفسيره، دار منشأة المعارف، ١٩٦٤، ص ٣٩

[٥] د/ شمس الدين الوكيل، المرجع السابق، ص ٣٩، نقلا عن باتيفول طبعة ١٩٥٩م ص ٣٨٧

[٦] د/ هشام صادق،، مركز القانون الأجنبي امام القضاء دراسة مقارنة "رسالة دكتوراة "، ص ٢١٨، ٢١٩ .. ايضا انظر د/ عبد الحميد ابو هيف، القانون الدولي الخاص في أوروبا ومصر، الطبعة الأولي، مطبعة الاعتماد، ١٩٢٣، ص ٣٢٠ " طبقا للنظرية اللاتينية القديمة ان يقتصر القاضي علي ما يعرضه عليه الخصوم ويجب عليه من باب الحكمة والترفع بصفته قاضياً، أن يتجاهل من الوقائع ما يعلمه أو يصل إلي علمه بصفته فرداً من الأفراد العاديين .

غريبة عن القواعد العامة في إثبات الوقائع في فرنسا حيث أنه لا يجوز للقاضي أن يقضي بعلمه الشخصي عن الوقائع التي لم يتمسك بها الخصوم ولم يقوموا بإثباتها وفقا للطرق التي حددها القانون، ويستند هذا الرأي علي احترام حقوق الدفاع والتي تستلزم ألا يأخذ القاضي إلا بالوقائع التي أظهرها الخصوم في المناقشات المتبادلة بينهم، وهو المعروف بمبدأ حياد القاضي في الإثبات، والإلتزام بدوره، حتي ولو كان دوره ايجابي، فإنه لا يصل لمرحلة إثبات وقائع لم يدعي بها أحد الخصوم.

وظل وضع القانون الأجنبي في فرنسا يتأرجح ما بين حرية القاضي بتطبيقه من تلقاء نفسه أو عدم تطبيقه إلا إذا طلبه الخصوم، وبين إلتزام القاضي الفرنسي بتطبيق القانون الأجنبي الذي تشير إليه قاعدة الإسناد الفرنسية من تلقاء نفسه، وذلك وفقا لحكم محكمة النقض الفرنسية[١] في ١١ أكتوبر ١٩٨٨م بإلغاء حكم محكمة الإستئناف المطعون ضده، مقررة أن لمحكمة النقض مراقبة عدم تطبيق قاضي الموضوع من تلقاء نفسه للقانون الأجنبي الواجب التطبيق.

ثم صدر حكم لمحكمة النقض الفرنسية بعد ذلك يؤكد فيه صراحة بأن تطبيق القاضي من تلقاء نفسه لقاعدة الإسناد يتوقف علي التمييز بين أن يكون محل النزاع حقوق يجوز للأطراف التصرف فيها بحرية أم حقوق لا يجوز التصرف فيها، فإذا كان محل النزاع حقوق لا يجوز للأطراف التصرف فيها كان القاضي ملتزماً بتطبيق قاعدة الإسناد من تلقاء نفسه وإعمال القانون الذي تشير إليه، أما إذا كانت حقوق يجوز للأطراف التصرف فيها، فهنا تكون مسألة اختيارية للقاضي مادام الأطراف لم يتمسكوا بتطبيقها [٢]، وأيضا يلتزم القاضي بتطبيق قاعدة الإسناد التي مصدرها إتفاقية دولية من تلقاء نفسه.

---

[١] د/ عبد السند يمامة، القانون الدولي الخاص " تنازع القوانين، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، ص ٦٩

[٢] د/عبد السند يمامة، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار هجر، للعام الجامعي ٢٠١٨- ٢٠١٩، ص ٧٥، ٧٦، انظر ايضا :

European Judicial Network (in civil and commercial matters),Which country's law applies?, see this article on the next link,

https://e-justice.europa.eu/340/EN/which_country_s_law_applies,

(last accessed: on 10 November 2022)

انظر ايضا:

In two cases decided on 28 June 2005, one involving available rights and the second unavailable rights,16 the Cour de cassation ruled that when the judge has acknowledged that a foreign law is applicable, either because he has applied ex officio the choice of law rule or a party has pleaded foreign law, he must establish its content, with the assistance of the parties and through

أما بالنسبة لتفسير القانون الأجنبي ووسيلة الوصول إليه نجد أن النظام الفرنسي قد اتبع نظام حرية الإثبات بخصوص إثبات مضمون القانون الأجنبي، فيجوز للقاضي قبول أي وسيلة للعلم بالقانون الأجنبي وللقاضي سلطة مطلقة في تقدير كل دليل. [١]

وبالنسبة لرقابة محكمة النقض علي تفسير القانون الأجنبي فكان قديماً قد استقرت المحكمة علي عدم خضوع تفسير القانون الأجنبي لرقابتها، إلي أن ظهرت موجة فقهية حديثة تنادي بفرض رقابة النقض علي تفسير القانون الأجنبي وذلك لإحتفاظه لطبيعته القانونية الأصلية مادامت قاعدة الإسناد الوطنية قد أشارت بتطبيقه [٢].

إلي أن حدث تطور علي نطاق واسع في القضاء الفرنسي[٣]، تجسد في حذف نص مقترح في مشروع القانون المدني، والذي كان يقضي بعدم جواز الطعن بالنقض بسبب يتعلق بتطبيق القانون الأجنبي، وأصبح لمحكمة النقض الرقابة علي تطبيق القانون الأجنبي في حالة وجود مسخ وتحريف للنصوص الواردة في هذا القانون الأجنبي.

ثانيا: وضع القانون الأجنبي بعد تقديم مشروع قانون القانون الدولي الخاص الفرنسي في مارسل سنة٢٠٢٢:

(French draft code of private international law of March 2022)

لقد خرج إلي النور مشروع قانون القانون الدولي الخاص الفرنسي لينظم قواعد التنازعبين القوانين[٤]، واحتوي علي مواد في غاية الأهمية بخصوص إثبات القانون الأجنبي، من شأن تلك

---

personal research if necessary. The nature of the rights is irrelevant: the judge is always in charge of ascertaining the foreign law and the burden of proof ultimately rests on him. This rule has been reaffirmed on several occasions, Courts and Comparative Law, Mads Andenas& Duncan Fairgrieve, https://academic-oup-com

[١] **د/ شمس الدين الوكيل، دراسة مقارنة في إثبات القانون الأجنبي ورقابة المحكمة العليا علي تفسيره، ص٣٨**

[٢] **د/ شمس الدين الوكيل، دراسة مقارنة في إثبات القانون الأجنبي ورقابة المحكمة العليا علي تفسيره، ص ٤٧، ٤٨**

[٣] **د/ شمس الدين الوكيل، المرجع السابق، ص ٥٣**

[٤] **حيث انه لم يتم تقنين القانون الدولي الخاص في فرنسا ولا يخضع لتشريع محدد. تم اشتقاق معظم المبادئ وقواعد تنازع القوانين من السوابق القضائية، باستثناء عدد قليل موجود في مختلف القوانين، وفي الغالب من القانون المدني (القانون المدني)**

Private international law has not been codified and is not the subject of specific legislation. Most of the principles and conflict-of-law rules have been derived from case law, with the exception of a few to be found in various

المواد عمل تغيير جذري في وضع القانون الأجنبي في النظام الفرنسي منذ زمن طويل حتي تاريخ المشروع في شهر مارس لسنة ٢٠٢٢[١]، حيث نصت المادة ٩ من مشروع قانون القانون الدولي الخاص الفرنسي علي إلزامية قواعد تنازع القوانين، أي الزام القاضي بتطبيق القانون الواجب التطبيق التي أشارت إليه قواعد التنازع، دون ترك اختيار للأطراف كما كان من قبل [٢]، فأصبحت قواعد التنازع ملزمة للمحكمة [٣]، بموجب نص المادة ٩ من هذا المشروع، ومضمونها الذي ذكرناه جاء مفصلاً كالأتي:

Mandatory Application of Choice of law rules:

Article 9, para.1، of the draft code would establish an obligation for French courts to apply the applicable law. In other words, choice of law rules would become mandatory for courts.

Art. 9, para. 1: "L'application du

droitint ernationalementdésignéestimpérative pour le juge.

Codes, and predominantly the Civil Code (Code civil), see this research, Which country's law applies ? France,

European Judicial Network (in civil and commercial matters),

https://e--justice-europa, (last accessed: on 10 January 2023)

[1]**The draft code of private international law proposes to reform significantly the regime of choice of law rules before French courts and includes some interesting suggestions with respect to proof of foreign law, Foreign Law under the French Draft PIL Code (updated), Gilles Cuniberti, https://eapil.org, EAPIL TheEuropean Association of Private International Law, (last accessed: on 10 January 2023)**

[٢]**حيث صدر حكم لمحكمة النقض الفرنسية بعد ذلك يؤكد فيه صراحة بأن تطبيق القاضي من تلقاء نفسه لقاعدة الإسناد يتوقف علي التمييز بين ان يكون محل النزاع حقوق يجوز للاطراف التصرف فيها بحرية ام حقوق لا يجوز التصرف فيها، فإذا كان محل النزاع حقوق لا يجوز للاطراف التصرف فيها كان القاضي ملتزما بتطبيق قاعدة الإسناد من تلقاء نفسه وإعمال القانون الذي تشير إليه، أما اذا كانت حقوق يجوز للاطراف التصرف فيه فهنا تكون مسألة اختيارية للقاضي مادام الاطراف لم يتمسكوا بتطبيقها، للاطلاع علي الحكم وللتفاصيل انظر د/ عبد السند يمامة، القانون الدولي الخاص " تنازع القوانين، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، ص ٧٥، ٧٦**

[3] **Foreign Law under the French Draft PIL Code (updated), Gilles Cuniberti, https://eapil.org, EAPIL The European Association of Private International Law, (last accessed: on 10 January 2023)**

فجاءت هذه المادة بتغيير جذري للوضع السائد في النظام الفرنسي، حيث كان المتبع هو أن تطبيق القاضي من تلقاء نفسه لقاعدة الإسناد يتوقف عليا لتمييز بين أن يكون محل النزاع حقوق يجوز للأطراف التصرف فيها بحرية أم حقوق لايجوز التصرف فيها، فإذا كان محل النزاع حقوق لايجوز للأطراف التصرف فيها، كان القاضي ملتزماً بتطبيق قاعدة الإسناد من تلقاء نفسه وإعمال القانون الذي تشير إليه، أما إذا كانت حقوق يجوز للأطراف التصرف فيه فهنا تكون مسألة اختيارية للقاضي مادام الأطراف لم يتمسكوا بتطبيقها[1]، فجعلت تطبيق قواعد التنازع ملزم للقاضي وبناءاً عليه تطبيق القانون الواجب التطبيق التي تشير إليه تلك القواعد، لكن تم تقديم اقتراح من واضعو مسودة هذا القانون، للحفاظ علي حق الأطراف في الإتفاق فيما بينهما علي تطبيق القانون الفرنسي حتي لو أشارت قاعدة التنازع إلي تطبيق قانون أجنبي، وذلك فيما يخص الحقوق الذين يملكون التصرف فيها، وبالفعل تمت الموافقة لكن علي شرط، أن يتأكد القاضي أن الأطراف مدركين ان قاعدة التنازع تشير إلي تطبيق قانون اجنبي، ويقوموا بالإتفاق الصريح المكتوب علي اختيار القانون الفرنسي، وتقديم طلب مكتوب للمحكمة يطلبوا فيه تطبيق القانون الفرنسي، وهذا ما نصت عليه المادة ٩ فقرة ٢ من مشروع القانون، وإذا شعرت المحكمة بأن الأطراف ليسو علي دراية بالقانون الأجنبي، فعليها توضيح الأمر وإذا لزم الأمر تطبق القانون

---

[1] **Obligation of the judge to apply conflict of law rules on his own initiative**

The procedural status of conflict-of-law rules differs according to whether or not the law at issue is freely available to the parties, irrespective of the source of the conflict-of-law rule concerned (national law, European regulation, international convention.

Where the case refers to subject-matter in which the laws are fully available to the parties, essentially with respect to assets (contracts, civil liability, rights in rem, etc.), the judge is not obliged to apply conflict-of-law rules of his own motion if none of the parties rely on the application of a foreign law. He merely has the option to do so, unless the parties reach a procedural agreement in favour of French law. Consequently, it is for the parties to request the application of the conflict-of-law rules.

On the other hand, where the case refers to subject-matter in which the laws are not freely available to the parties, essentially where assets are not concerned (personal status), the judge is obliged to apply the conflict-of-law rules of his own motion,), see this research, Which country's law applies ? France European Judicial Network (in civil and commercial matters), https://e--justice-europa, (last accessed: on 10 January 2023)

الأجنبي من تلقاء نفسها، وهذا وفقاً لنص المادة ٩ فقرة ٤ من مشروع القانون[١]، ويتبادر إلي الذهن الآن تساؤل حول المسئول عن إثبات القانون الأجنبي، عبء إثبات القانون الأجنبي في ظل مشروع قانون القانون الدولي الخاص مارس ٢٠٢٢، هل سيستمر الأمر كما هو متعارف عليه أمام المحاكم الفرنسية ويعتمد القاضي علي الخصوم في إثبات القانون الأجنبي ويبعد عن نفسه أي تكليف بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي الواجب التطبيق علي الدعوي، أم سيختلف الأمر ويلتزم القاضي بموجب مشروع القانون الجديد بالبحث بنفسه عن مضمون القانون الأجنبي دون الخصوم بوصفه قانون وليست وقائع، أم سيتبني المشرع طريقة مثلي للجمع بين إلزام القاضي بإثبات القانون الأجنبي وفي نفس الوقت إلقاء واجب المساعدة علي الخصوم كمساعدة للقاضي للوصول إلي مضمون هذا القانون الأجنبي، مثله مثل إثبات العرف، يحتفظ بطبيعته القانونية ومع ذلك يكون هناك مساعدة من جانب الخصوم للقاضي للوصول إلي إثباته؟.. سوف نجيب علي هذا التساؤل من خلال اللجوء لنص المادة ١٤ من مشروع قانون القانون الدولي الخاص لسنة ٢٠٢٢، وهو كالأتي:

– تحدد المادة ١٤ أولاً أن عبء إثبات محتوى القانون الأجنبي يقع من حيث المبدأ على عاتق المحاكم، لكنها تصر على أن مساعدة الطرفين متوقعة في هذا الصدد.[٢]، فألقت المادة ١٤ إلزام

---

[1]**Article 9, para. 2, provides that the agreement could either be express, or result from written pleadings which would be "concurring and non equivocal." The explanatory report clarifies that, in this context, "non equivocal" would mean that it should be clear from the pleadings that the parties were aware that the case was international and that foreign law might apply. If the court is not satisfied that the parties were so aware, Article 9 para. 4 further provides that the court should raise the applicability of foreign law and, if necessary, apply it ex officio, Foreign Law under the French Draft PIL Code (updated), Gilles Cuniberti, https://eapil.org, EAPIL The European Association of Private International Law, (last accessed: on 10 January 2023)**

ايضا يملك الاطراف هذا الحق في حالات الطلاق وفقا لنص المادة ٩ فقرة ٣، وجاءت تلك المادة للتتماشي مع نص المادة ٧ من لائحة روما الثالثة .

Article 9, para. 3, provides that such an agreement is valid in divorce cases if it is express. The rationale for this exception is to ensure compliance with Article 7 of the Rome III Regulation.

[2]**Article 14 first establishes the burden of establishing the content of foreign law lies in principle with courts. It insists, however, that the assistance of the parties is expected in this respect.**

علي عاتق المحكمة بإثبات القانون الأجنبي وهو علي عكس المتبع في المحاكم الفرنسية، لكن حثت الخصوم علي مساعدة القاضي في هذا الصدد، لان من الصعب إلقاء عبء الإثبات بالكامل علي القاضي دون الخصوم بعد أن كان القاضي يعتد إعتماد كلي علي الأدلة المقدمة من الخصوم، فذكر واضعو المسودة أن علي الخصوم الإستعانة بالخبراء، فنجد المادة ١٤ فقرة٢ بالنص علي إمكانية إثبات مضمون القانون الأجنبي عن طريق ما يقدمه الأطراف وعلي أراء الخبراء، والمقصود بالخبراء هنا، الخبراء القضائيين الذين تعينهم المحكمة " الخبرة القضائية " والخبير الخاص بالخصوم، لذلك قامت المادة ١٤ فقرة ٤ بتنظيم استجواب الخبراء من جانب الخصوم والمحكمة. [١]، وللقاضي إثبات القانون الأجنبي بأي وسيلة سواء آراء خبراء أو الرجوع إلي المؤلفات الفقهية أو اللجوء إلي التعاون الدولي الأوروبي مثلما نصت عليه المادة ١٤ فقرة ٣. [٢]

(النظام الألماني):

يعتبر القانون الألماني من القوانين القليلة المقارنة التي تعالج حكم إثبات القانون الأجنبي بقاعدة تشريعية [٣]، حيث نصت المادة ٢٩٣ من قانون المرافعات المدنية الألماني علي الاتي: "

---

[1]**Article 14, para. 2, provides that the content of foreign law can be established by all means, including by opinions produced by the parties or by way of expertise**

Article 14, para. 4, attempts to address the issue by providing that French courts could organise a confrontation of the experts, or invite the parties to do so, Foreign Law under the French Draft PIL Code (updated), Gilles Cuniberti, https://eapil.org, EAPIL The European Association of Private International Law, (last accessed: on 10 January 2023)

[2]**Article 14, para. 3, provides that French courts may resort to international and European judicial cooperation, Foreign Law under the French Draft PIL Code (updated), Gilles Cuniberti, https://eapil.org, EAPIL The European Association of Private International Law**

[٣]**د/ شمس الدين الوكيل، دراسة مقارنة في إثبات القانون الأجنبي ورقابة المحكمة العليا علي تفسيره، ص١٧**

Italy and Germany are the few countries that take the view that the question of the application of foreign law is a question of law in precisely the same way as it is in a purely internal case, thereby placing the duty of the courts to find out the foreign law processes. Though proof of foreign law is a matter of fact, the effect of that law on the parties ' rights is a matter of law,for more details, see

أن القواعد العرفية والقواعد النظامية، وكذلك قواعد القانون المنطبق في دولة اخري، ليست في حاجة إلي الإثبات إلا في حدود عدم علم المحكمة بها، ولا تلتزم المحكمة في سبيل تحديد مضمون هذه القواعد القانونية بما قام الخصوم بإثباته، وإنما لها أن تلجأ إلي كافة وسائل العلم وأن تأمر بما تراه ضرورياً لإدراك هذه الغاية. "[١]

– فنجد أن النظام الألماني يرفض اعتبار القانون الأجنبي من قبيل الوقائع إنما يعترف له بطبيعته القانونية الاصيلة، حيث يري المشرع الألماني أن اعتبارات العدالة وتحقيقها علي نحو أفضل يقتضي الإعتراف بالطبيعة القانونية للقانون الأجنبي والتزام القاضي بتطبيقة من تلقاء نفسه، فنجد من خلال المادة ٢٩٣ السالفة الذكر أن المشرع الألماني قد وضع قاعدة تنظيمية لإثبات القانون الأجنبي[٢] تسمح بإشتراك الخصوم في مساعدة القاضي للتوصل إلي إثبات مضمون القانون الأجنبي في حالة وجود صعوبات عملية، لكن هذه المعاونة من قبل الخصوم ليست إلزام مفروض عليهم، حتي إذا فشلوا في الوصول إليه فيظل القاضي الألماني مطالب بإثبات مضمون القانون الأجنبي، وله أن يستخدم كافة وسائل الإثبات للوصول لإثبات مضمون

---

this article, Proof of Foreign Law in Private International Law /Foreign Law Expert, SudiptoSircar, https://www.lawyered.in/legal,
(last accessed: 10 November 2022)

[1]The establishment of foreign law in German civil proceedings is governed by § 293 Zivilprozeßordnung (Code of Civil Procedure, ZPO), which was enacted in 1877. This provision reads as follows: The law which is in force in another state, customary law and by-laws require proof only to such extent as they are unknown to the court. In the establishment of these legal norms, the court is not limited to the evidence brought forward by the parties; it is empowered to make use of other sources of knowledge and to order whatever is necessary for the purpose of such utilization, see this article in GERMAN LAW ARCHEIVE, Establishing Foreign Law in a German Court, Gerhard Dannemann, https://germanlawarchive-iuscomp-org.,
GERMAN LAW ARCHEIVE, (last accessed: on 10 April 2023)

[2] A short Explainer on the proof of foreign law, see the article on https://www.linkedin.com/ pulse/short explainer on the proof of foreign law, has puplished in 11/5/2020, alsosee,
Cheshire & North's, ibid, p,107, in footnote 7

القانون الأجنبي حيث يتمتع بحرية الإثبات[1]، فنجد أن المشرع الألماني يعامل القانون الأجنبي مثل معاملة العرف حيث أن القاعدة العرفية رغم كونها قاعدة قانونية فقد لا يحيط القاضي بها في كل الأحوال، وجري العمل علي قيام صاحب المصلحة بإثباتها أمام المحكمة دون أن يعفي القاضي من إتخاذ كافة ما يلزم للتحقق من وجودها، لذلك نجد أن القاعدة السابق ذكرها وهي juranovit curia " قاعدة إلمام المحكمة بالقانون" لا تطبق بصفة مطلقة في ألمانيا، حيث ورد عليها إستثناء لحالتين وهما (القاعدة العرفية، وقواعد القانون الأجنبي)، وذلك لإعتبارات عملية وعلي الرغم من ذلك لا يجوز إعتبارهم من ضمن الوقائع ولا يعفي القاضي من إلتزامه بالبحث عنهم من تلقاء نفسه[2]، أي ان القاضي ملزم بمعرفة القانون الألماني بأكمله وعليه تطبيقه من تلقاء نفسه، لكن بالنسبة للعرف بالرغم أنه قاعدة قانونية إلا أن القاضي قد لا يكون علي علم تام به، لذلك علي من يدعيه من الخصوم أن يقوم بإثباته لمساعدة القاضي في الإلمام به، كذلك

---

[1] **If both parties agree on foreign law to take a certain position, courts may take this into account when establishing foreign law. This will reduce the court's duty to establish the foreign law as it is, but will not relieve the court entirely from this duty. Most certainly, foreign law cannot be "admitted". In the end, parties can therefore bind the court in its reading of foreign law no more than in its interpretation of German law.**

§ 293 ZPO makes it clear that parties are free to bring forward their own evidence. This includes expert opinions on foreign law, Establishing Foreign Law in a German Court, Gerhard Dannemann, https://germanlawarchive-iuscomp-org ,

GERMAN LAW ARCHEIVE, (last accessed: on 10 April 2023)

[2] **د / شمس الدين الوكيل، دراسة مقارنة في إثبات القانون الأجنبي ورقابة المحكمة العليا علي تفسيره، ص ١٩**

The main difference in the treatment of German and foreign law is therefore that courts are required to know German law (iuranovit curia), including German private international law, but are not required to have knowledge of foreign law, which therefore can be established by hearing evidence, Establishing Foreign Law in a German Court, Gerhard Dannemann, https://germanlawarchive-iuscomp-org.,

GERMAN LAW ARCHEIVE, (last accessed: on 10 April 2023)

يتم معاملة القانون الأجنبي، علي الخصوم مساعدة القاضي في إثبات القانون الأجنبي، مع العلم بأن هذه المساعدة لاتعفي القاضي من البحث عن مضمون القانون الأجنبي بنفسه. [١]

لكننا سنذكر أمر الآن سيثير دهشة القارئ ألا وهو (بعد ما تم ذكره أعلاه، نجد أن المحكمة العليا بألمانيا ليس لها سلطة الرقابة علي تفسير القانون الأجنبي أي ليس لها رقابة علي خطأ محكمة أول درجة أو الإستئنافية في تفسير القانون الأجنبي مستنده علي أن مهمتها مقتصرة فقط علي توفير الوحدة والتناسق في تطبيق القضاء لقواعد القانون الوطني فقط، ويبرر أحد الفقهاء بأن مهمة المحكمة العليا هي المحافظة علي وحدة القانون داخل البلاد ولا يجوز لها تجريح سلطانها بنظر الأحكام الخاطئة المتعلقة بالقانون الأجنبي.[٢]

– فنحن نري أنه كان من الأولي بفرض رقابة المحكمة العليا علي تفسير القانون الأجنبي مادام المشرع الألماني قد ألزم قضاة محاكم الموضوع بالبحث عنه، ونعتقد أن هذا جهد ليس بعزيز علي قضاة المحكمة العليا الألمانية.

(النظام الإيطالي):

– نود أن نشير اولاً قبل الدخول في تفاصيل موقف القانون الإيطالي من القانون الأجنبي وإثبات مضمونه، أن القانون الإيطالي قد نظم قواعد القانون الدولي الخاص " قواعد تنازع القوانين " بالقانون رقم ٢١٨ في ٣١ مايو لسنة ١٩٩٥ الذي حل محل المواد من ١٦ إلي ٣١ في مقدمة

---

[١] **فيمكن للقاضي والخصوم الاستعانة بالخبراء امام المحكمة أو بالمؤلفات الأجنبية أو عن طريق اللجوء للسفارات الأجنبية المنتمية للبلد الأجنبي المراد تطبيق قانونه، للتفاصيل انظر التالي..**

as regards establishing foreign law, courts are free in their choice of evidence under § 293 ZPO. Evidence can therefore include information obtained from a foreign embassy, textbooks, court decisions or expert opinions from other proceedings, which are regularly collected and published in Germany.10 However, as all these methods seem appropriate under English law provided that parties agree on them, there is less of a difference between the two legal systems than appears on first sight.

In more serious or complicated cases, German courts will appoint an expert. The court is free to choose the person of the expert and is bound only by an agreement of both parties to this effect, § 404 (4) ZPO, Establishing Foreign Law in a German Court, Gerhard Dannemann, https://germanlawarchive-iuscomp-org , GERMAN LAW ARCHEIVE, (last accessed: on 10 April 2023)

[٢] **د / شمس الدين الوكيل، دراسة مقارنة في إثبات القانون الأجنبي ورقابة المحكمة العليا علي تفسيره، ص ٢٣، ٢٤**

القانون المدني التي كانت تنظم قواعد الإسناد[١]، وهذه خطوة جيدة تحسب للتشريع الإيطالي، أما بالنسبة لوضع القانون الأجنبي في هذا القانون، نجد أن هناك فراغ تشريعي في القانون الإيطالي بخصوص تنظيم عملية إثبات القانون الأجنبي، فنجد أن النظام الإيطالي قد تبني فكرة [٢] تقوم علي أنه لا يتصور تقرير قيمة قانونية معينة لأي نص أجنبي إلا بإضافته للنظام القانوني الداخلي وبذلك يجب منح الصفة الوطنية لكل قاعدة قانونية يطبقها القضاء الوطني حتي ولو كانت من أصل أجنبي، حيث كان هذا الإتجاه يري أن القانون الأجنبي يدخل ضمن القانون الوطني، حيث أنه يري أن قاعدة الإسناد الوطنية عندما تشير إلي تطبيق القانون الأجنبي فإنها تمتص مضمون القانون ويدخل ويندمج في قانونها الوطني وذلك لكون قاعدة الإسناد فارغة المضمون[٣] عندما تشير للقانون الأجنبي فيدخل فيها القانون الأجنبي وتصبح بذلك قاعدة مباشرة ويصبح قانون وطني وهو ما عرف "بنظرية الاستقبال "... وعلي الرغم من ذلك صدر حكم من محكمة نابولي في ٤ مارس ١٩٥٥م يقضي بأن " القانون الأجنبي يجب ان يعتبر مسألة واقع، مما يترتب علي ذلك من عدم جواز تطبيق القاضي له تلقائياً، ووجوب تمسك الخصم به وإثبات مضمونه " وعلي الرغم من ذلك ظهر إتجاه فقهي وقضائي[٤] في إيطاليا ينظر إلي القانون

---

[1]**In Italy, issues of private international law are governed by Law No 218 of 31 May 1995, which replaced sections 16 to 31 of the general legal provisions placed at the beginning of the Civil Code (CodiceCivile, European Judicial Network (in civil and commercial matters),**

https://e--justice-europa-eu, (last accessed: on 10 April 2023)

انظر كامل التفاصيل الخاصة بقواعد تنازع القوانين الإيطالية علي الموقع الرسمي للإتحاد الأوروبي، من خلال الرابط السابق .

[٢] د / شمس الدين الوكيل، دراسة مقارنة في إثبات القانون الأجنبي ورقابة المحكمة العليا علي تفسيره، ص ٢٨

[٣] محاضرات القيت على طلبة كلية الحقوق جامعة الاسكندرية للعام الجامعي ٢٠١٣ م

[٤] د/ شمس الدين الوكيل،، دراسة مقارنة في إثبات القانون الأجنبي ورقابة المحكمة العليا علي تفسيره، ص ٣٢

Italy and Germany are the few countries that take the view that the question of the application of foreign law is a question of law in precisely the same way as it is in a purely internal case, thereby placing the duty of the courts to find out the foreign law processes. Though proof of foreign law is a matter of fact, the effect of that law on the parties ' rights is a matter of law,for more details, see this article, Proof of Foreign Law in Private International Law /Foreign Law Expert, SudiptoSircar,

الأجنبي علي أنه مسألة قانونية، وتواترت أحكام القضاء الإيطالي علي أن القاضي يطبق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه دون ان يطلب منه ذلك، حيث قضت المحكمة العليا بأن القاضي يستطيع تطبيق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه مادام هو القانون المختص بنظر النزاع وفقا لقاعدة الإسناد.

كما نجد أن القاضي لديه الحرية في تقدير الأدلة التي يقدمها الخصوم في الدعوي وفي تكوين إقتناعه بها أو استبعادها، ومساعدة الخصوم هنا للقاضي استجابة للإعتبارات العملية وليست إلزام عليهم،[1]، وفي ضوء ما تقدم استقر القضاء الإيطالي علي تقرير رقابة محكمة النقض علي قاضي الموضوع في تطبيقه للقانون الأجنبي، مادام هذا القانون قد وجب تطبيقه وفقا لقاعدة الإسناد الوطنية[2].

المطلب الرابع

(موقف بعض النظم القانونية العربية

من إثبات مضمون القانون الأجنبي)[3]

"النظام الإماراتي":

– يتجه القضاء الإماراتي بشكل عام إلي معاملة القانون الأجنبي معاملة الواقعة التي يلتزم الخصوم بإثباتها، فوفقا لحكم محكمة تمييز دبي ١٩٩٤م جاء فيه " حيث أن هذا النعي في غير محله ذلك أن الثابت من وثيقة الزواج أن الزوج اردني وأن الزوجة مصرية مما كان مقتضاه تطبيق قانون المكلف بالنفقة وهو الزوج وفقاً لنص الفقرة الأولي من المادة ١٣ من قانون المعاملات المدنية، ولما كان القانون الأجنبي يوجب علي الزوج إثباته وقد خلت الأوراق من ذلك

---

https://www.lawyered.in/legal, (last accessed: 10 November 2022)

[1] الجدل فيما لقاضى الموضوع من حق تقدير الدليل وفهم الواقع فى الدعوى غير مقبول. «الطعن رقم ١٧٩ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧٣/٥/١٩، لتفاصيل الحكم انظر موقع نقابة المحامين المصرية علي الرابط التإلي : https://egyls.com

[2] T.C..Hartley,pleading and proof of law: the major European systems compared 45 (2) the international and comparative law quanterly 1996, see A short Explainer on the proof of foreign law, see the article on https://www.linkedin.com/ pulse/short explainer on the proof of foreign law, has puplished in 11/5/2020

انظر ايضا د/ شمس الدين الوكيل، دراسة مقارنة في إثبات القانون الأجنبي ورقابة المحكمة العليا علي تفسيره، ص ٣٥

[3] د/ وسام ألكتبي، مسائل الإثبات في المنازعات الخاصة الدولية "دراسة مقارنة "، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١١، ص ٢٣٠ : ٢٤٠

فيتعين تطبيق القانون الوطني وهو مذهب المالكية طبقا لنص المادة ٢٨ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي "[١]

"**النظام اللبناني**":

– نصت المادة ١٤٢ من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني رقم ٩٠ لسنة ١٩٨٣م المعدل علي أن " لا يطلب الدليل علي وجود القانون اللبناني أما إثبات مضمون القانون الأجنبي فيطلب ممن يتمسك به إثباته مالم يكن القاضي عالماً به، وإذا تعذر إثبات مضمون القانون الأجنبي فعلي القاضي ان يحكم وفقا للقانون اللبناني "[٢]

" **النظام الليبي**":

– ذهبت المحكمة العليا الليبية إلي عد القانون الأجنبي من أمور الواقع وذلك في حكم لها في ٣٠ ديسمبر ١٩٧٩م حيث قضت بأن " القانون الواجب التطبيق من أمور الواقع ولم تدع الطاعنة أنها قدمت للمحكمة نصوص ذلك القانون الذي تري أنه هو الذي يحكم الدعوي.[٣]

" **النظام الكويتي** ":

– تبني القضاء الكويتي الإتجاه الذي يدعو إلي اعتبار القانون الأجنبي مجرد مسألة من مسائل الواقع، فهناك حكم محكمة كويتية نصت علي أنه "إذا كانت المادة ٤٣ من القانون رقم ٥ لسنة ١٩٦١ بتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي تنص علي أن يسري قانون جنسية الأب في الولاية علي النفس وفي الحضانة، بما مؤداه أن يطبق علي الواقعة قانون حقوق العائلة اللبناني –بإعتباره قانون جنسية الزوج (الطاعن) إلا انه من المقرر أن التمسك بقانون اجنبي لا يعدو أن يكون واقعة مادية يجب علي الخصوم إقامة الدليل عليها لدي محكمة الموضوع، وإذا لم يقدم الطاعن صورة رسمية من القانون المشار إليه، فإن الحكم المطعون فيه إذ طبق القانون الكويتي بإعتباره قانون القاضي، لا يكون قد خالف القانون، مما يضحي النعي معه علي غير اساس. [٤]

---

[١] حكم محكمة تميز دبي في ١٩٩٤ في الطعن رقم ٣٠ لسنة ١٩٩٣ احوال شخصية منشور في مجلة القضاء والتشريع العدد ٥ ١٩٩٧ ص ٥٢٥، مشار إليه لدي د/ وسام الكتبي، مسائل الإثبات في المنازعات الخاصة الدولية، ص٢٣٠، وهامش ١ ص ٢٣١

[٢] انظر الجامعة اللبنانية " مركز الابحاث والدراسات في المعلوماتية القانونية، انظر محركات البحث

[٣] المحكمة الليبية العليا، طعن مدني، رقم ٣٨ / ٢٦ ق جلسة ١٩٧٩/١٢/٣٠، السنة ١٦ عدد ٤ ص ٤٠ نقلا عن د/ وسام الكتبي، مسائل الإثبات في المنازعات الخاصة الدولية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١١، ص ٢٣٤

[٤] الطعن ١٣٩/ ٢٠٠١ أحوال شخصية جلسة ٢٠٠٢/٣/١٠، انظر الرابط التالى https://www.mohamah.net، تاريخ الدخول علي الموقع ١ ابريل ٢٠٢٣

"**النظام الأردني**":

– قضت محكمة التمييز الاردنية " بأن الرأي الراجح الذي اتفق عليه الفقه والقضاء يقضي بأن القانون الأجنبي الواجب التطبيق أمام القضاء الوطني يحتفظ أمام القضاء الوطني بصفته ولا يعتبر من الوقائع التي يتوجب علي الخصم تقديم الدليل علي وجوده وأن المحكمة الوطنية التي تنظر الدعوي هي المكلفة بالبحث عن القانون الأجنبي وتطبيقه كما تطبق القانون المحلي ".[١]

"**النظام التونسي**":

– جعل تطبيق القانون الأجنبي وإثباته سلطة تقديرية للقاضي الوطني أي له الحرية بتطبيقه من تلقاء نفسه وله أن يأمر الخصم بإثباته مثل النظام الفرنسي قبل عام ٢٠٢٢.[٢]

"**النظام المصري**"

– من الجدير بالذكر أن القانون المصري يخلو من أي نصوص تشريعية أو قانون ينظم التعرف علي القوانين الأجنبية ومن ثم إثباتها، وأمام هذا الفراغ التشريعي [٣] فالمبدأ هو حرية القاضي في التعرف علي القانون الأجنبي، علي خلاف النظام الإنجليزي المقتصر علي طريقة واحدة في سبيل التعرف علي القانون الأجنبي ألا وهو الإعتماد علي الخبراء المتخصصين..

فبالرجوع إلي النظام المصري نجد تخبط بين أراء الفقهاء وبين القضاء المصري، حيث تبني القضاء المصري الإتجاه القائل بأن القانون الأجنبي واقعة مادية علي الخصوم إثباتها[٤]، حيث قضت محكمة النقض المصرية في حكم لها في ٧ يوليو ١٩٥٥م بأن التمسك بتشريع أجنبي أمام النقض لا يعدو أن يكون مجرد واقعة يجب إقامة الدليل عليها ولا يفي في إثباتها تقديم صورة عرفية تحوي أحكام هذا النزاع، ويستخلص من هذا الحكم أن علي من يتمسك بحكم التشريع الأجنبي أن يقدم دليل رسمي لإثبات هذا التشريع.

– وتمني الاستاذ الدكتور شمس الدين الوكيل أن يعتبر هذا الحكم سابقة منفردة [٥] ينبغي العدول عنها صراحة عند إتاحة الفرصة المستقبلية لمحكمة النقض، لكن لم تتحق أمنيته المستقبلية،

---

[١] **انظر تمييز حقوق ٨٣/٥٣٩ ص ١٥٠٥ سنة ١٩٨٣ مجموعة المبادئ الحقوقية، الجزء الخامس، ص ٩٩٣، نقلا عن د/ وسام الكتبي، مسائل الإثبات في المنازعات الخاصة الدولية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١١، ص٢٤٠**

[٢] **د/ وسام الكتبي، مسائل الإثبات في المنازعات الخاصة الدولية، ص ٢٤١**

[٣] **د / هشام صادق، مركز القانون الأجنبي امام القضاء دراسة مقارنة " رسالة دكتوراة، ٢٨٠ ..**

د / عبد السند يمامة ، القانون الدولي الخاص " تنازع القوانين، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، ص ٩٥

[٤] **د/ عبد السند يمامة، المرجع السابق، ص ٧٧**

[٥] **د/ شمس الدين الوكيل، دراسة مقارنة في إثبات القانون الأجنبي ورقابة المحكمة العليا علي تفسيره، ص ٦٣**

حيث توالت أحكام محكمة النقض المصرية في الخمسينيات والستينات والسبعنيات وأوائل الثمانيات بإعتبار القانون الأجنبي واقع علي الخصوم إثباته، وأن التمسك لأول مرة أمام محكمة النقض بقاعدة قانونية أجنبية هو "دفاع يخالطه واقع"[1] كان يجب عرضه علي محكمة الموضوع لأن الإسناد إلي قانون أجنبي واقعة يجب تقديم الدليل عليها.

– وكان هناك غموض حول موقف القضاء المصري من حيث اعتبار القانون الأجنبي واقع علي الخصوم إثباته، لكننا نري تفسير تلك الاشكالية أو الغموض يرجع للأتي:

– نستطيع أن نرجع السبب في إتجاه القضاء المصري من اعتبار القانون الأجنبي واقع علي الخصوم إثباته هو ليس إنكار لطبيعته القانونية إنما مرجعه هو تفادي المعوقات والصعوبات الموجودة في طريق إثباته وهذا ما كان يسير عليه نظام القضاء المختلط في مصر [2]، فنحن نري أن هناك تأثر بهذا القضاء المختلط، حيث كانت محاكم القضاء المختلط لا تتصدي للقانون الأجنبي من تلقاء نفسها فكانت تطلب من الخصوم إثبات ما يدعونه من القانون الأجنبي وإذا لم يتمسك الخصوم بالقانون الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد طبقت القانون الوطني من تلقاء نفسها، حيث كان الأمر غير مقتصر فقط علي عدم طلب الخصوم الحكم بمقتضي القانون الأجنبي المختص بل كانوا يختارون جميعا قانون المحكمة فيما بينهم إما صراحة أوضمنا، وهذا ما حدث في إحدي القضايا المهمة أمام محكمة المنصورة المختلطة.. حيث كان القانون الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد هو القانون الياباني لكن المحكمة رأت ان الخصوم اتجهوا إلي المطالبة بتطبيق القانون التجاري البحري المختلط فقضت وفقا لما اتفق عليه الخصوم، فكان هذا النظام هو السائد أمام المحاكم المختلطة في مصر إلي أن تم إلغاء تلك المحاكم في عام ١٩٤٩م، وفقا لمعاهدة مونترو وتم إقرار ولاية المحاكم العادية علي منازعات الاجانب داخل البلاد، أليس هذا بكفيل ان يتأثر القضاء المصري بعد عام ١٩٤٩م بما كان سائد أمام المحاكم المختلطة من اعتبار القانون الأجنبي واقعة ومن أراد تطبيقه فعليه إثباته، فنجد أن الحكم الصادر لقضاء النقض المصرية عام ١٩٥٥م في الدعوي السابق الإشارة إليها لم يفصلها سوي ستة أعوام فقط علي إلغاء نظام المحاكم المختلطة .. وما يدعم رأينا هو استجابة محكمة النقض المصرية لموقف الفقه الحديث الذي طالب بالفصل بين طبيعة القانون الأجنبي وبين معاملته الإجرائية، حيث صدر حكم

---

[1] د/ عبد السند يمامة، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار هجر، للعام الجامعي ٢٠١٨– ٢٠١٩، ص ٧٧

انظر ايضا د/ حمدان الغامدي، دور القاضي الوطني في إعمال القانون الأجنبي وإثباته، ص ٧٧٠، ٧٧١

[2] د/ عبد الحميد ابو هيف، القانون الدولي الخاص في أوروبا وفي مصر، الطبعة الأولي، مطبعة الاعتماد، ١٩٢٣، ص ٣٢٣

لمحكمة النقض المصرية في ٦ فبراير ١٩٨٤م [١] يعد عدولاً عن نظريتها السابقة لمركز القانون الأجنبي بإعتباره مجرد واقعة مادية يجب علي الخصوم إقامة الدليل عليها إلي الإعتراف بطبيعته الاصلية كقانون يلتزم القاضي بتطبيقه.

[١] **لتفاصيل الحكم انظر د/ عبد السند يمامة، القانون الدولي الخاص "تنازع القوانين، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، ص ٧٩**

المبحث الثالث

" الوسائل التقليدية والحديثة الميسرة

للعلم بالقانون الأجنبي ومن ثم إثبات مضمونه "

وفقا لما تم الإشارة إليه من قبل بأن الاعتبارات العملية هي التي تمثل المعوق الرئيسي أمام تطبيق القاضي الوطني للقانون الأجنبي من تلقاء نفسه، فنظراً لصعوبة الوصول إلي القانون الأجنبي وإثبات مضمونه إتجه معظم القضاء المقارن والقضاء الوطني إلي اعتبار القانون الأجنبي في حكم الواقعة وعلي من يتمسك بها أن يقدم الدليل عليها، لذلك فنحن نري أن أساس حل هذا الجدل حول طبيعة القانون الأجنبي هو البحث عن وسائل إثبات القوانين الأجنبية حتي يستطيع القاضي الوصول إلي مضمون القانون الأجنبي ومن ثم تطبيقه علي المنازعات الخاصة الدولية وهي الغاية البعيدة التي يهدف إليها تنظيم التنازع بين القوانين من الأساس.

المطلب الأول

الوسائل التقليدية لإثبات القانون الأجنبي

هناك إتجاه يري أن الأولي بالفقه أن يولي إهتمامه ببحث خير الطرق الواجب اتباعها لإثبات القوانين الأجنبية وتيسير العلم بأحكامه بدلاً من التمسك بصفتها الواقعية بغية التوصل إلي إلقاء تبعة إثباتها علي عاتق الخصوم [١].

والقانون الأجنبي يحتاج إلي إثبات بالمعني اللغوي وليس بالمعني القضائي، أي أن القاضي وهو في طريقة إلي الكشف عن مضمون القانون الأجنبي يبحث عن الحقيقة الموضوعية لا عن الحقيقة القضائية كما يعرضها الخصوم، أي إثبات القانون المطبق فعلياً في الخارج، حيث أن القاعدة أمام المحاكم الإنجليزية أن القوانين الأجنبية يجب إثباتها دائما بواسطة تقرير من خبراء اخصائيين فيها، حتي في حالة التمسك بمقتضي قانون معين لا يكفي مطلقا ابراز القانون بنصه أمام المحكمة ولا ضرورة لإبرازه إذا ما أشار إليه الخبير، إذ يجب أن يؤخذ برأي العلماء فيما يتعلق بالوقائع الخاصة بالعلوم التي اختصوا فيها وتشمل هذه القاعدة الإثبات الذي يقدمه رجال القانون، حيث أن المسألة ليست ماهية القانون وعباراته المكتوبة ولكنها ماهية القانون علي العموم كما يظهر من البيان والتفسير وأحكام القضاء [٢].

ونظراً للفراغ التشريعي وعدم وجود نص ينظم عملية إثبات القانون الأجنبي في التشريع المصري فللقاضي الوطني الحرية في طريقة إثبات مضمون القانون الأجنبي أي يجوز له أن

---

[١] **د/ هشام صادق، مركز القانون الأجنبي امام القضاء دراسة مقارنة "رسالة دكتوراه، ص ٢٦٧**

[٢] **د/ عبد الحميد ابو هيف، القانون الدولي الخاص في أوروبا ومصر، الطبعة الأولي، مطبعة الاعتماد، ١٩٢٣، ص ٣٢٢**

يستخدم كافة الوسائل التي تيسر له العلم الأكيد بمضمون القانون الأجنبي دون التقيد بوسائل محددة، خاصة الطرق التي نص عليها المشرع لإثبات الوقائع [١]، وذلك إذا كان القاضي لا يجوز له أن يؤسس حكمه إلا بناء علي أدلة قدمت إليه بالطرق التي نص عليها القانون، فهذا لا يسري علي القواعد القانونية حيث إنها ليست محلا للإثبات القضائي، فالقاضي ملتزم بأن يلجأ إلي كافة وسائل الإستعلام التي تضمن له العلم الأكيد بمضمون القانون الأجنبي، لذلك للقاضي الوطني أن يلجأ إلي استخدام طرق إثبات الوقائع علي سبيل الإستئناس وليس بإتباعها علي الوجه الذي أراده الشارع تماما، فنجد مثلاً أنه لا يجوز اللجوء إلي الإقرار أو اليمين في إثبات القانون الأجنبي.

ومن الطرق التقليدية للتعرف علي القانون الأجنبي والتي تقبلها دول دون الأخري هي "الشهادات الرسمية " وهي شهادة تتضمن محتوي القانون الأجنبي وتصدر عن سلطة رسمية مثل وزارة الخارجية أو السفارات أو القنصليات سواء التابعة لدولة القاضي أو لدولة أجنبية أو للغرف التجارية[٢]، لكن لا ينبغي أن يتراخي القاضي ويعتمد فقط علي ما يقدمه الخصوم من هذه الشهادات الرسمية، حيث يخشي أن تكون هذه الشهادات الرسمية متأثرة بمصلحة الخصم وقاصرة علي ما يحقق له النفع في النزاع المطروح أمام المحكمة [٣]، فإتجه بعض الفقه[٤] إلي المطالبة

---

[١] د/ هشام صادق، مركز القانون الأجنبي امام القضاء دراسة مقارنة " رسالة دكتوراه، ٢٧٠، ٢٧١

[٢] د/ عبد السند يمامة، القانون الدولي الخاص " تنازع القوانين، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، ص ٩٥

[٣] د/ شمس الدين الوكيل، دراسة مقارنة في إثبات القانون الأجنبي ورقابة المحكمة العليا علي تفسيره، ص٧٤

[٤] د / هشام صادق، مركز القانون الأجنبي امام القضاء دراسة مقارنة " رسالة دكتوراه، ص ٢٧٨ وما بعدها د / شمس الدين الوكيل، المرجع السابق، ص ٧٥، لكن هناك من ينتقد فكرة الاعتماد علي خبير في التعرف علي مضمون القانون الأجنبي، لانه سوف يبني ارائه علي خبرته الشخصية ورؤيته الخاصة، للتفاصيل انظر a foreign law expert evidence will be chosen to give the party paying him a favorable view, rather than a fair, dispassionate account. The judges will likely be insulted by the "war of the experts," which will lead them to dismiss the testimony of the two opposing witnesses as they see them as similarly disreputable. A possible response to these issues lies in the experts appointed to the court system. The risk of such an appointment, though, is that the jury will blindly respond to such an expert's facts, For more details see this article, Proof of Foreign Law in Private International Law /Foreign Law Expert, SudiptoSircar, https://www.lawyered.in/legal, (last accessed: 10 November 2022)

بإدخال طريقة جديدة للتعرف علي القانون الأجنبي وإثبات مضمونه للتيسير علي القاضي الوطني.. ألا وهي الخبرة كوسيلة من وسائل إثبات القانون الأجنبي سواء كانت خبرة شفوية أوخبرة مكتوبة، أسوة بالنظام المتبع أمام المحاكم الإنجليزية، ويستند الفقه علي نص المادة ٢٤٥ مرافعات مصري التي تنص علي " للمحكمة أن تعين خبيراً لإبداء رأيه شفاهة بالجلسة بدون تقديم تقرير وثبت رأيه في المحضر.

ونجد أن المحاكم الإنجليزية تأخذ بنظام الخبرة الشفوية عن طريق الخبراء المتخصصين، فالشهادة في شأن القوانين الأجنبية هي في حقيقة الأمر نوع من الخبرة، كما أنها وسيلة الإثبات التي تطمئن إليها المحاكم الإنجليزية بصفة خاصة، إلا أن القضاء الإنجليزي قد جري علي استبعاد القواعد الإجرائية التي تحكم الإثبات بشهادة الشهود في هذه الحالة [١]،

ولابد أن نميز بين الشاهد والخبير، فنجد الأخير هو الذي يدلي إلي القاضي بقواعد عامة ومطلقة يمكن تطبيقها علي عدد غير محدد من الفروض مما يسمح بإستخدامها في تقدير وقائع كل قضية علي حده، أما الشاهد فهو يدلي للقاضي بوقائع أو ملاحظات لا تصلح إلا للحالة محل البحث وذلك بصرف النظر عن مدي صفته أو درايته الفنية أو العلمية التي سمحت له بالإدلاء بهذه الملاحظات [٢].

ونحن نري أن الخبرة الشفوية أكثر ملائمة للعصر الحالي فيمكن أن تتم من خلال video linkأي التواصل مع الخبير وهو في بلده دون تكلفة الإنتقال وغيره.

كما يمكن للقاضي أن يستند إلي المستندات المكتوبة بصفة خاصة، حيث يمكن أن ينطوي تحت هذه الفئة أي مستند من شأنه أن ييسر للقاضي الوطني العلم بأحكام القانون الأجنبي الواجب التطبيق علي النزاع المطروح أمامه، وتتمثل تلك المستندات في المؤلفات الفقهية والأحكام القضائية والنصوص الأجنبية نفسها، فتلك المستندات لم تحرر بمناسبة قضية معينة بذاتها، إنما تتضمن معلومات تيسر للقاضي العلم بأحكام القوانين الأجنبية بصفة عامة [٣].

المطلب الثاني

الطرق الحديثة لإثبات القانون الأجنبي

بعد ما تم ذكره من أراء مختلفة ومتضاربة حول معاملة وتكييف القانون الأجنبي الواجب التطبيق علي المنازعة الخاصة ذات الصبغة الدولية، وتداولها بين الواقعة والقانون، فنحن لنا وجهة نظر مختلفة، فنحن لا ننكر الطبيعة القانونية علي القانون الأجنبي، بالعكس فهو قانون

---

[١] **د/ هشام صادق، مركز القانون الأجنبي امام القضاء دراسة مقارنة "رسالة دكتوراه، ص ٢٧٣**

[٢] **د / هشام صادق، المرجع السابق، ص ٢٧٦**

[٣] **د / هشام صادق، مركز القانون الأجنبي امام القضاء دراسة مقارنة " رسالة دكتوراه، ص ٢٩٧**

محتفظ بطبيعته القانونية لكن لا نستطيع القول بأنه مثل القانون الوطني بالنسبة للقاضي الوطني الذي ينظر الدعوي الخاصة ذات الصفة الدولية، إذ لا نستطيع أن نلقي الإلتزام بإثباته بصورة كاملة علي عاتق القاضي وحده لأن بذلك سوف يختفي الفرق الذي ذكرنا هو الذي يتضمن الاختلاف بين دور القاضي في بحثه عن مضمون قانونه الوطني ومن ثم تطبيقه علي الدعوي المنظورة أمامه وبين دور القاضي في بحثه عن القانون الأجنبي الواجب التطبيق علي الدعوي المنظورة أمامه،،

فمن ثم نتبني وجهة النظر القائلة بتوزيع الأدوار في البحث عن إثبات مضمون القانون الأجنبي بين القاضي والخصوم، بمعني أن يقوم القاضي بتوجيه الخصوم بما يجب ان يقدموه ويثبتوه من القانون الأجنبي (الدور الايجابي للقاضي) ثم بعد ذلك يأتي دور القاضي وهو تلقي ما قدمه الخصوم والعمل علي التأكد من صحته من خلال مصادره المختلفة، فللقاضي حرية واسعة في إثبات القانون الأجنبي أمام الفراغ التشريعي في النظام المصري كما ذكرنا من قبل، فالقاضي غير مقتصر علي ما قدمه الخصوم فله أن يستخدم كافة الوسائل التي تيسر له العلم الأكيد بمضمون القانون الأجنبي دون التقيد بوسائل محدده خاصة وبدون التقيد بالطرق التي نص عليها المشرع لإثبات الوقائع، فقد يلجأ إليها علي سبيل الإستئناس.

– أما عن الرأي القائل بصعوبة البحث عن مضمون القانون الأجنبي بالنسبة للخصوم أو القاضي، فنستطيع أن نقدم إقتراحات لتذليل تلك الصعوبات أمامهم من خلال الأتي..

– إن في ظل التطور التكنولوجي الذي نشهده في الآونه الحالية يعاب علينا القول بصعوبة الوصول إلي مضمون القانون الأجنبي الواجب التطبيق علي الدعوي الخاصة ذات الصبغة الدولية المنظورة أمام القاضي الوطني، فخاصية التواصل عبر الشاشات "Video Link أو Video conference[1]" تذلل ألاف الكيلومترات الموجودة بين القاضي الوطني وقاضي بلد القانون الأجنبي، وذلك عن طريق تزويد قاعات المحاكم بشاشات عرض لتسمح بعقد لقاء مرئي ومسموع، مع توفير عدد من المترجمين التابعين لوزارة العدل لإتمام عملية الترجمة بين القاضي الوطني ونظيره الأجنبي، وإذا كان إتمام ذلك صعب لإنشغال القضاة حول العالم، فلا يوجد ما يمنع عقد تلك الجلسات بين خبراء قانونيين معينين من قبل وزارة العدل مع نظرائهم في بلد القانون الأجنبي، وقد يكون ذلك عن طريق إبرام إتفاقيات متبادلة بين الدول بخصوص هذا الأمر، كما فعلت المملكة المتحدة البريطانية عندما صدقت علي الإتفاقية الأوروبية للإستعلام عن القوانين الأجنبية رقم ١١٧ لسنة ١٩٦٩م، حيث كانت الفكرة من وراء هذه الاتفاقية هي

---

[1] **The American Journal of comparative law, No 2 (spring 2007) p 205 –230**
https : //www.jstor.org/stable / 20454574

تمكين القاضي الإنجليزي من طلب رأي المحكمة الأجنبية " محكمة بلد القانون الأجنبي " حول المسألة القانونية المنظورة أمامها والمتعلقة بهذا القانون الأجنبي، ولكن للأسف هذه الإتفاقية لم تنفذ بعد.

فإذا نظرنا علي الأمر من خلال تبني تلك الأفكار لنجد سهولة وصول القاضي لمضمون القانون الأجنبي أو بمعني أدق سهولة الأمر علي القاضي في التأكد مما قدمه الخصوم من أدلة تثبت مضمون القانون الأجنبي، ولا نستطيع القول بأن الخصوم يصعب عليهم الوصول إلي مضمون القانون الأجنبي لأن لهم مصلحة أولاً في إثباته ومن ثم تطبيقه، وبعيداً عن فكرة المصلحة فمن المعتاد أن يقدم وكيل الخصم مضمون القانون المستند إليه ونصوصه ليدعم موقفه أمام القاضي[1]، وهذا ما نراه أمام القاضي الوطني نفسه وأمام المحاكم الوطنية استناداً إلي مصطلح "الإعتبارات العملية " والتي يستند إليها بعض الأراء لتدعيم نقطة إمكانية قيام الخصوم بمساعدة القاضي للوصول إلي القانون الأجنبي لكن ليس علي سبيل الإلزام.

أنطلق من هذه النقطة إلي مصطلح آخر وهو " العملية " أي الإتجاه العملي، حيث أننا في العصر الحالي السريع لابد أن يكون كل شخص عملي بدرجة توصله إلي حقه، أي لابد أن يكون الخصوم عمليين لإنجاز مصلحتهم في إثبات مضمون القانون الأجنبي وليس التحجج بالظروف الصعبة والإعتبارات العملية، فمصطلح العملية هنا عكس مصطلح الإعتبارات العملية حيث يهدف إلي التحرك والسرعة والإنجاز في البحث عن حل النزاع، وليس معني ذلك أن القاضي ليس له دور في البحث عن مضمون القانون الوطني، فالقاضي له دور في البحث عن مضمون قانونه الوطني فيرجع إلي قانونه ليتأكد من صحة ما قدمه وكيل الخصم، فإذا كان الأمر كذلك بخصوص القانون الوطني وإمكانية تأكد القاضي من مضمونه بنفسه فنجد الأمر يختلف بالنسبة للقانون الأجنبي.

ويمكن أن نتبني التجربة المغربية، حيث أنشأت وزارة العدل المغربية موقعها الإلكتروني WWW.justice.gov.ma ويتضمن ثلاث بوابات، إحدي هذه البوابات، بوابة تسمي البوابة القانونية والقضائية، حيث تتيح هذه البوابة للقضاة والمحامين والباحثين القانونيين الحصول علي النصوص القانونية الوطنية والعربية والمراجع المتعلقة بكل نص فيها، بما فيها المؤلفات الفقهية

---

[1] د /عبد الحميد ابو هيف، القانون الدولي الخاص في أوروبا ومصر، الطبعة الأولي، مطبعة الاعتماد، ١٩٢٣، ص ٣٢٠ حيث يقول سيادته " بالنسبة إلي القانون فالمفروض علي القاضي انه يعرفه واذا كان في الواقع يجهل الحكم القانوني في أمر معين فيجب ان يجتهد في الوصول إلي معرفته ومن مصلحة الخصوم دائما يؤيدوا الاراء القانونية التي يقولون بها بالنصوص والمؤلفات والاحكام، ليلفتون نظر القضاه إليها ويمكنونهم بالفعل من التأكد من صحتها بعرضها عليهم أو نقلها إليهم، وفي الواقع يفعلون ذلك كل يوم لان مصلحتهم تقتضي ذلك .

والرسائل الجامعية والدراسات والبحوث والإجتهادات القضائية ذات الصلة، حيث حملتها الوزارة جميعاً عبر شبكة الانترنت.[١]

أيضاً يمكن أن نتبني فكرة الحاسوب القاضي في الصين، حيث أنشأت الصين في (مدينة زيبو – في القليمشاندونج) محكمة إلكترونية، تعتمد علي برنامج حاسوبي متطور، يقوم بحفظ كافة القوانين والأنظمة النافذة وأيضا حفظ السوابق القضائية، وذلك لتطبيقها عند نظر النزاع للفصل فيه عن طريق نظام القاضي الذكي[٢]، فيمكن أن نأخذ ما يناسبنا من هذه الفكرة لخدمة اشكالية إثبات مضمون القانون الأجنبي والتعرف عليه، وذلك عن طريق إستخدام الذكاء الإصطناعي في التعرف علي مضمون أي قانون أجنبي واجب التطبيق علي النزاع المنظور أمام القاضي، وذلك عن طريق تبني وزارة العدل لكل دولة من دول العالم بوابة الكترونية تعرض عليها كافة القوانين المعول بها في بلدها بالإضافة إلي السوابق القضائية إذا كانت من الدول التي تأخذ بنظام السوابق القضائية، وأيضا أحكام محكمة النقض والمحاكم العليا، كل ذلك باللغة الأم لبلد القانون.

مع اعتماد برنامج لترجمة كل ما سبق إلي أي لغة في العالم عن طريق الذكاء الإصطناعي، بهذا نجد أن كافة القوانين في العالم متاح معرفتها لأي شخص في أي بلد، أيضا هناك فكرة مستوحاة منLIBRARY OF CONGREES، هذه منصة بحثية متوفر عليها كلما يتعلق بالقوانين وأحكام القضاء والسوابق القضائية والدساتير، واللوائح التنفيذية وقرارات السلطة التنفيذية المتعلقة بأي دولة في العالم. وبهذا تحل إشكالية صعوبة الوصول إلي مضمون القانون الأجنبي.

---

[١] **انظر د/ احمد هندي، التقاضي الالكتروني، ص٦٣، ٦٤**

[٢] **انظر د / احمد هندي، المرجع السابق، ص ٧٦**

الخاتمة

لقد قمنا بتحليل هذه النقطة البحثية من خلال مقدمة عامة عرضنا فيها الهدف من البحث وإشكالياته مع توضيح أهميته ثم قمنا بعرضه من خلال ثلاثة مباحث تحتوي علي عدة مطالب في كل مبحث، وبعد التحليل والبحث يمكن ان نقدم بعض النقاط العامة التي تعتبر بمثابة نتائج يمكن استخلاصها، وهي كالتالي:

١- انقسم الفقه والقضاء المقارن حول تحديد طبيعة القانون الأجنبي، بين من يعتبر القانون الأجنبي واقعة علي الخصوم إثباتها وإعفاء القاضي من اتخاذ خطوات للوصول إلي مضمونه، وبين من اعتبر القانون الأجنبي قانون يفترض علم القاضي به ومن ثم فعليه إثباته دون اللجوء إلي الخصوم وهو ما وصفناه التكليف بالمستحيل

٢- من خلال ما تم عرضه في هذه النقطة البحثية توصلنا إلي تحديد طبيعة القانون الأجنبي ومن ثم إثبات مضمونه في كل من الدول الاتية (مصر، فرنسا، الولايات المتحدة الأمريكية والمستجدات التي طرأت علي طبيعة القانون الأجنبي في قانون الإجراءات المدنية الفيدرالي، إنجلترا، ألمانيا، إيطاليا، العديد من الدول العربية) وما طرأ من تعديلات في تلك الأنظمة القانونية جميعاً حتي وقتنا هذا .

٣- تقديم مقترحات جديدة والإستفادة من تجارب الدول الأخري في سبيل التعرف علي مضمون القانون الأجنبي، والتغلب علي ثغرة صعوبة الوصول لمضمون القانون الأجنبي ومن ثم إثباته .

٤- تطويع الذكاء الإصطناعي لخدمة القانون الدولي الخاص، ولتيسير إثبات المنازعات الخاصة الدولية، والوصول لمضمون القانون الأجنبي محل البحث .

(قائمة المراجع)

أولاً : المراجع العربية

١. د/ أحمد هندي، التقاضي الإلكتروني لإستعمال الوسائل الالكترونية في التقاضي "دراسة مقارنة"، دار الجامعة الجديدة ٢٠١٤

٢. د/ باسم محمد هارون، إثبات القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، دراسة فقهية قضائية مقارنة وفقا للأحكام المنظمة للإثبات، الجزء الأول "عبء إثبات القانون الأجنبي"، مجلة الفقه والقانون عدد ٣١ ، ٢٠١٥

٣. د/ حمدان الغامدي، دور القاضي الوطني في إعمال القانون الأجنبي وإثباته، مجلة كلية الشريعة والقانون بطنطا، المجلد ٣٥، العدد ١، سنة النشر ٢٠٢٠

٤. د/ شمس الدين الوكيل، دراسة مقارنة في إثبات القانون الأجنبي ورقابة المحكمة العليا علي تفسيره، دار منشأة المعارف، ١٩٦٤

٥. د/ عبد الحميد أبو هيف، القانون الدولي الخاص في أوروبا ومصر، الطبعة الأولي، مطبعة الإعتماد، ١٩٢٣

٦. د/ عبد السند يمامة، القانون الدولي الخاص " تنازع القوانين وتنازع الإختصاص القضائي الدولي"، دار هجر، لسنة ٢٠١٨-٢٠١٩

٧. د/ هشام صادق، مركز القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، ١٩٦٧

٨. د/ وسام ألكتبي، مسائل الإثبات في المنازعات الخاصة الدولية "دراسة مقارنة"، دار الجامعة الجديدة ، ٢٠١١

٩. د/ وائل بندق، محاضرات ألقيت على طلبة كلية الحقوق جامعة الاسكندرية، عام ٢٠١٣، علي موقع You tube

Bibliography

(A) .General

- Cheshire & North's، Private international law،
- Caroline E. Foster، science and the precautionary principle in international courts and tribunals،

(B). Researches & Articles

- A short Explainer on the proof of foreign law, see the article on https://www.linkedin.com / pulse/short explainer on the proof of foreign law, has puplished in 11/5/2020
- An Official EU Website, for this research search this link, https://e-justic.europa.eu ،which country's law applies?
- Court will ordinarily apply English law in absence of evidence of relevant foreign law، unless defendant shows it would be inappropriate to do so، see this research on https://hsfnotes.com/litigation ، was published in 12 November 2018
- Mode of proof of foreign law،see this website https://www.lexisnexis.co.uk
- proof of foreign law and Facts ، Journal of Air Law and Commerce، Follow this research and additional works at https://scholar.smu.edu
- U.S Supreme Court Clarifies Rules Govering Proof Of Foreign Law، published in KING & SPALDING, published in JUNE 28، 2018, https: //www.law.cornell.edu
- , Foreign Law under the French Draft PIL Code (updated)، Gilles Cuniberti، https://eapil.org, EAPIL The European Association of Private International Law

(C). List of Cases

- Case : Byers & Ors v The Saudi National Bank [2022] EWCA Civ 43 (27 January 2022)

- Case : Cassini SAS v Emerald Pasture Designated Activity Company & Ors [2022] EWCA Civ 102 (04 February 2022) URL: http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2022/102.html, Cite as: [2022] EWCA Civ 102
- Case : Iranian Offshore Engineering And Construction Company v Dean Investment Holdings SA & Ors [2018] EWHC 2759 (Comm) (22 October 2018

نبذة حول البحث باللغة العربية

إن أساس مشكلة التخبط حول تحديد طبيعة القانون الاجنبي ترجع الي محاولة التسلل من تحمل عبء اثبات القانون الاجنبي بقواعده ومبادئه صعبة الوصول، فحينما يتوصل الفقه والقضاء إلي اعتبار القانون الاجنبي واقعة فالقاضي بذلك يرمي بعبء اثباته علي الخصوم علي أساس وهمي وهو أن الخصم صاحب المصلحة فهو أفضل من يبحث عما يثبت موقفه في القانون الاجنبي، وهناك من الفقه من يغالي في رأيه ويعزز وضع القانون الأجنبي ويفترض علم القاضي به أياً كان صعوبته فهو هنا أشبه بمن يكلف القاضي بمستحيل، فهناك العديد من الانظمة القانونية المقارنة تتعامل مع القانون الاجنبي معاملة الواقعة أي تجعله محلا للإثبات من قبل الخصوم مثل سائر الوقائع، وهناك من الانظمة القانونية من تعتبره قانون مثل القانون الوطني وتفرض إلتزام علي عاتق القاضي بالبحث عنه وتطبيقه علي الدعوي محل النزاع لإفتراض علمه به .

وتناولنا ذلك بالشرح من خلال هذا البحث، وذلك من خلال توضيح موقف القانون الأجنبي من الإثبات، وهل هو واقعة أم قانون، كل ذلك تم إيضاحه من خلال طرح موقف التشريع المصري من طبيعة القانون الاجنبي ومن ثم إثباته، مع الإستشهاد بقوانين بعض الدول المتبعة النظام اللاتيني، فضلاً عن الإستشهاد بقوانين بعض الدول الأنجلو أمريكية، واقتراح أفكار جديدة من شأنها تيسير عملية اثبات القانون الاجنبي بالاضافة الي تبني تجارب بعض الدول في هذا الشأن .

Abstract

The basis of the problem of confusion about determining the nature of foreign law is due to the attempt to sneak away from bearing the burden of proving the foreign law with its rules and principles that are difficult to reach, so there are those in jurisprudence who exaggerate in his opinion and reinforce the status of foreign law and assume the judge's knowledge of it, regardless of its difficulty, here he is like someone who entrusts the judge with impossibility, so there are legal systems that consider it a law like the national law and impose an obligation on the judge to search for it and apply it to the lawsuit because he assumes his knowledge of it، and there are other legal system which deal with foreign law as a fact,

So we dealt with this by explaining through this research, by clarifying the stance of foreign law on proof, and whether it is a fact or a law, all of this was clarified by presenting the stance of Egyptian legislation on the nature of foreign law and then proving it, with clarifying the laws of some countries that follow the Latin system In addition to clarifying the laws of some Anglo-American countries, and proposing new ideas that would facilitate the process of proving foreign law, in addition to adopting the experiences of some countries in this regard.