دور القاضي الوطني في إعمال القانون الإجنبي وإثباته

إعداد
د. حمدان بن درويش الغامدي
أستاذ القانون التجاري الدولي المساعد
قسم البحوث الإدارية والإنسانية معهد خادم الحرمين الشريفين
لأبحاث الحج والعمرة - جامعة أم القرى
المشرف على وحدة بحوث الأنظمة والقانون

موجز عن البحث

تتنازع قوانين الدول لحل نزاع، عند وجود الصفة الأجنبية في أحد عناصر المسألة المعروضة على القضاء. والتنازع ليس معناه جذب كل دولة الاختصاص إلى قوانينها لحل ذلك النزاع، بل هو المفاضلة بين تلك القوانين لحل هذا النزاع. لذلك وضعت قواعد الإسناد لكي تشير إلى القانون الأفضل لحل النزاع سواء أكان القانون الوطني أم القانون الأجنبي.

استقر الرأي الراجح في الفقه على إلزام القاضي – الذي ينظر المنازعة التي تحتوي على عنصر أجنبي– بتطبيق قاعدة الإسناد المنصوص عليها داخل قانونه الوطني من تلقاء نفسه. دون انتظار طلب أحد الخصوص بتطبيقها؛ لأنها قاعدة قانونية منصوص عليها داخل القانون الوطني يطبقها القاضي من تلقاء نفسه دون طلب من أحد، أما القضاء فقد تردد في هذا الأمر، فتارة يلزم القاضي بإعمال قاعدة الإسناد من تلقاء نفسه، وتارة أخرى يقضي بعدم إلزام القاضي بتطبيق قاعدة الإسناد من تلقاء نفسه بل يلزم أن يتمسك بتطبيقها أحد الخصوم.

كذلك استقر الفقه و القضاء على اعتبار القانون الأجنبي بمثابة وقائع مادية يقوم الخصوم بإثبات مضمونه وتقديمه للقاضي الذي ينظر المنازعة للحكم فيها بناء على أحكام القانون الأجنبي طالما لا تخالف أحكام الشريعة الإسلامية أو النظام العام والأداب.

وضعت الدول العربية قواعد الإسناد داخل القوانين الموضوعية مثل القانون المدني و قانون الأحوال الشخصية، ومنها من أفرد لقواعد الإسناد قانون خاص بشأن تطبيق القانون الأجنبي داخل الدولة، مثل دولة الكويت، أما المملكة العربية السعودية فهي لا تطبق داخل أراضيها إلا القوانين الوطنية حتى لو كان يحتوي النزاع على عنصر أجنبي .

الكلمات المفتاحية :

تنازع قوانين ، قاعدة الإسناد ، القانون الأجنبي ، القانون الوطني ، القانون الواجب التطبيق، إعمال قاعدة الإسناد ، إثبات القانون الأجنبي ، وقائع مادية.

The role Of The national Judge In The implementation And Proof Of Foreign law

Hamdan bin Darwish Al-Ghamdi
Department Of Administrative And Humanitarian Research, Custodian Of The two Holy Mosques Institute For Hajj And Umrah Research, Umm Al-Qura University,Saudi Arabia
Email: HDGHAMDI@gmail.com

Abstract :

Laws of states are contested to resolve a dispute, when there is a foreign character in one of the elements of the matter before the judiciary. Conflict does not mean that every country attracts jurisdiction to its laws to resolve that conflict. Rather, it is the comparison between those laws to solve this conflict. Therefore, the rules of attribution were established to indicate the best law for resolving the conflict, whether it is national law or foreign law.

The preponderant opinion in jurisprudence settled the obligation of the judge - who considers the dispute that contains a foreign element - to apply the basis of attribution stipulated in his national law of his own accord. Without waiting for someone's request to apply it, because it is a legal rule stipulated within the national law that the judge applies on his own initiative without asking from anyone. As for the judiciary, it has been hesitated in this matter, sometimes the judge is obliged to perform the base of attribution on his own initiative, and at other times it decides not to compel the judge to apply the base of attribution of his own accord, but he must adhere to the application of one of the litigants.

Jurisprudence was also established, and the judiciary was established, considering foreign law as material facts. The litigants prove its content and submit it to the judge who considers the dispute to rule on it according to the provisions of foreign law as long as they do not violate the provisions of Islamic Sharia or public order and morals.

Arab countries have established rules of attribution within substantive laws such as the civil law and the Personal Status Law, and among them are those who single out the rules for attribution a special law regarding the application of foreign law within the state, such as the State of Kuwait. As for the Kingdom of Saudi Arabia, it does not apply within its territory except national laws, even if the dispute contains a foreign element.

key words :

Conflict of laws , The base Of attribution , Foreign Law , National Law , Applicable Law , Works Of The base Of Attribution , Proof Of Foreign Law , Material Facts.

المقدمة

لاتثور مشكلة تنازع القوانين إذا كان المركز أو العلاقة القانونية المطروحة أمام القضاء وطنية العناصر. فإذا كان النزاع ينصّب على عقد قد أبرم في السعودية بين شخصين يتمتعان بالجنسية السعودية وكان العقد يتعلق بعقار كائن في السعودية، فلا جدال في أن القانون الواجب التطبيق لحسم هذا النزاع هو القانون السعودي لكون العلاقة محل النزاع سعودية في جميع عناصرها.

إلا أنه قد يحدث أن يتخلل تلك العلاقة عنصر أجنبي، فقد يكون العقد مبرم بين شخص سعودي، وشخص مصري مثلا، أو سعودي وإماراتي أو كويتي، فهنا تتضمن العلاقة عنصر أجنبي وهو عنصر الأشخاص. وقد يكون التعاقد بين شخصين سعوديين ولكن التعاقد يقع على عقار كائن في الإمارات مثلا، ففي هذه الحالة تضمن العلاقة عنصر أجنبي هو محل التعاقد. وقد تلحق الصفة الأجنبية بعنصر الواقعة المنشئة للعلاقة كما لو تم إبرام عقد بين سعوديين في الإمارات وكان محل العقد عقار يقع في السعودية. وقد يحدث أن يكون العقد مبرم بين سعودي وكويتي وتم إبرام العقد في القاهرة وكان محل العقد هو عقار كائن في الإمارات.

وعلى ذلك إذا تضمنت العلاقة أو المركز القانوني عنصرًا أجنبيا على الوجه السالف الذكر، فإن التساؤل المطروح حينئذ ما هو القانون الواجب التطبيق الذي يتعين تطبيقه على العلاقة محل النزاع؟ أو هل يطبق القانون السعودي أم الإماراتي أم الكويتي أم المصري؟ وذلك إذا عقد الاختصاص بنظر النزاع إلى القضاء السعودي لأن احتواء المركز القانوني لعنصر أجنبي يعني أن النزاع يتصل بأكثر من قانون.

وحلاً لهذه المشكلة يتم إعمال قواعد معينة تسمى بقواعد الإسناد، فهي قواعد يضعها المشرع الوطني لاختيار أكثر القوانين ملائمة لحكم العلاقات الخاصة المتضمنة عنصر أجنبي والأكثر إيفاءً بمقتضيات العدالة من وجهة نظره. فقاعدة الإسناد مهمتها فض التنازع بين القوانين.

وقواعد الإسناد هي وسيلة اختيار أحد القوانين المتصلة بالعلاقة الدولية فهي قواعد قانونية وطنية من صنع المشرع الوطني أو من يفوضه في ذلك. وهي لا تعطي الحلّ المباشر للنزاع وإنما ترشد للقانون الذي يجب تطبيقه باعتباره اكثر القوانين اتصالا بالعلاقة[١].

كذلك يمكن تعريف قاعدة الإسناد بأنها القواعد القانونية التي ترشد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على العلاقات أو المراكز القانونية المشتملة على عنصر أجنبي[٢].

ولما كانت الروابط والعلاقات المتضمنة عنصرًا أجنبيًا لا تدخل تحت حصر فقد قام المشرع بتصنيفها إلى فئات مختلفة، تسمى كل فئة بالفكرة المسندة، ووضع لكل فكرة ضابط خاص يطلق عليه ضابط الإسناد، بحيث يسند هذا الضابط الفكرة إلى قانون معين يختص بحكمها ويسمى القانون المسند اليها والقانون واجب التطبيق[٣].

---

١ – عكاشة عبد العال، تنازع القوانين دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، ط ٢٠١٠، ص ٧، ٨

٢– جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، منشأة المعارف، ط ٢٠٠٥، ص ٣٤

٣– جمال الكردي ، المرجع السابق ، ص ٣٦

وعلى ذلك فإن قاعدة الإسناد تتكون من ثلاثة عناصر، الأول الفكرة المسندة أو موضوع الإسناد، والثاني ضابط أو معيار الإسناد، والثالث قانون يسند إليه.

فالفكرة المسندة هي مجموعة من الحالات أو المسائل القانونية تتركز حول محور واحد ، مثال ذلك فكرة الأموال ، فقد جمع المشرع المصري والكويتي، والإماراتي تحتها الحالات والعلاقات القانونية المتعلقة بكسب الملكية و الحيازة وتقرير حقوق عينية. وكذلك فكرة الميراث فقد جمع تحتها المشرع المصري والكويتي والإماراتي الأوضاع المتعلقة بالخلاف على المال بسبب الوفاة كشروط استحقاق الإرث وتحديد صفة الوارث والأنصبة وكيفية توزيعها وأسباب الحجب و الحرمان[1].

أما العنصر الثاني من عناصر قاعدة الإسناد هو ضابط الإسناد فيعني المعيار الذي يتم عن طريقه الربط بين العلاقة محل النزاع وأكثر القوانين المتزاحمة حولها اتصالا بها حتى يتم اختيار قانون منها لحكمها. وهو يستمد من العنصر الأكثر أهمية والمهيمن في العلاقة ذات الطابع الدولي وذلك بالنظر لطبيعتها. فضابط الإسناد قد يستمد من عنصر الأطراف أو أشخاص العلاقة، كجنسية الشخص أو موطنه، وقد يستمد من عنصر المحل أو موضوع النزاع، أو من عنصر السبب أو الواقعة المنشئة للعلاقة[2].

---

١ عكاشة عبد العال، المرجع السابق ، ط ٢٠١٠ ، ص ١٨

٢ جمال كردي ، المرجع السابق ، ص ٣٩

فعلى سبيل المثال ، هناك من القوانين قد أخضع حالة الأشخاص وأهليتهم لقانون الدولة التي ينتمون اليها بجنسيتهم، وهذا يعني ان المشرع قد اتخذ من الجنسية معيار أو ضابط أو مرشد إلى القانون الواجب التطبيق على فكرتي الحالة و الأهلية.

أما العنصر الثالث من عناصر قاعدة الإسناد هو القانون المسند إليه، وهو يعني القانون الوطني لدولة معينة والذي تسند إليه قاعدة الإسناد حكم النزاع ذو الطابع الدولي. فقاعدة الإسناد لا تحل النزاع مباشرة بل تشير إلى القانون الواجب التطبيق على النزاع ليحسمه.

أهمية البحث:

ترجع أهمية البحث إلى أهمية العلاقات الخاصة التي قد تنشأ بين أشخاص القانون الخاص على المستوى الدولي وما قد يترتب على هذه العلاقات من حقوق والتزامات تحتاج إلى الحماية القضائية، لاسيما وأننا أصبحنا نعيش في قرية صغيرة مما كان له الأثر البالغ في كثرة العلاقات ذات العنصر الأجنبي، التي يتنازع لحل المنازعات التي تنتج عن تلك العلاقات ، قوانين كثيرة نحتاج منها واحداً فقط ليكون هو الأنسب لحل النزاع المعروض على القاضي الوطني.

إشكالية البحث:

يثير هذا البحث إشكالية قانونية تتمثل في كيفية تطبيق القاضي الوطني للقانون الأجنبي؟، وكيف يتوصل إلى مضمون القانون الأجنبي؟ وما هي طرق إثباته؟

أهداف البحث:

يهدف البحث إلى الوقوف على معاملة القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني وموقف كلا من الفقه و القضاء وإمكانية تطبيق قاعدة أجنبية أمام القاضي الوطني، والتعرف على كيفية إثبات هذا القانون ومعرفة وسائل إثباته.

منهج البحث:

انتهج الباحث المنهج الوصفي في البحث والذي يتجلى من خلال ما يتم جمعه من معلومات، بالإضافة إلى دراسة كل ما له صلة بالموضوع، وعرض أراء الفقهاء وأدلتهم. كما اعتمد الباحث أيضا على المنهج التحليلي، ويتجلى من خلال ما يتم معالجته من أراء فقهية وأحكام قضائية وحجج قانونية وذلك فيما يتعلق بالموضوع محل البحث.

خطة البحث:

انقسم هذا البحث إلى مبحثين :

المبحث الأول: مدى التزام القاضي الوطني بتطبيق قاعدة الإسناد.

المبحث الثاني: دور القاضي الوطني في إثبات القانون الأجنبي.

المبحث الأول
مدى التزام القاضي الوطني بتطبيق قاعدة الإسناد

قلنا أن تنازع القوانين هو المفاضلة بين القوانين لاختيار القاضي القانون الأفضل لحسم النزاع المعروض عليه عندما يكون أمامه منازعة بها عنصر أجنبي في أحد عناصر الدعوى من أطراف ومحل وسبب، وأن قاعدة الإسناد هي التي ترشد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على تلك المنازعة.

والسؤال الذي يطرح نفسه؛ هل القاضي المعروض عليه النزاع ملزم من تلقاء نفسه بإعمال قاعدة الإسناد والإشارة إلى القانون الأجنبي واجب التطبيق؟ أم أنه حق للخصوم يتيح لهم التمسك به دون غيرهم؟ وفي حال عدم التمسك به هل يتم تطبيق القانون الأجنبي؟ وللإجابة عن ذلك يجب عرض رأي الفقه و القضاء في تلك المسألة. وعلى ذلك انقسم هذا المبحث إلى مطلبين، المطلب الأول هو موقف الفقه من إلزام القاضي بأعمال قاعدة الإسناد المنصوص عليها في قانونه الوطني ، والمطلب الثاني موقف القضاء من هذه المسألة.

المطلب الأول
موقف الفقه من إلزام القاضي الوطني بإعمال قاعدة الإسناد الوطنية

انقسم الفقه في تحديد مدى التزام القاضي الوطني من إعمال قاعدة الإسناد إلى فريقين وذلك على النحو التالي:

الفريق الأول: يرى التزام القاضي الوطني بإعمال قاعدة الإسناد من تلقاء نفسه:

اكد الفقه الحديث في مصر وفرنسا على التزام القاضي بإعمال قاعدة الإسناد من تلقاء نفسه، أي أن القاضي من واجبه تطبيق القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد الوطنية من تلقاء نفسه دون حاجة إلى تمسك الخصوم به طالما توافر الشرط الأساسي لإعمالها وهو وجود عنصر أجنبي أو ذات طابع دولي[1].

والقول بذلك مضمونه اعتبار قواعد الإسناد من النظام العام الملزمة للقاضي عند النص عليها في قانونه الوطني، وليست مجرد قواعد مكملة.

وأكد هذا الرأي على أن القاضي ملزم بتطبيق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه لأن المشرع الوطني قد أمره بذلك بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية التي أعطت لهذا القانون قوته الملزمة أمام القضاء الوطني. وأن القول بغير ذلك يعد تجاهل للقوة الملزمة لقاعدة الإسناد وهو لا يجوز التسليم به[2].

فواجب القاضي – طبقا لهذا الرأي – في إعمال قاعدة الإسناد وتطبيق القانون الأجنبي الذي تشير باختصاصه غير مشروط بتمسك الخصوم بالقانون الأجنبي، ولكن يجب على القاضي إعمال قاعدة الإسناد وتطبيق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه، مثلها مثل غيرها من القواعد القانونية الواجب عليه تطبيقها في قانونه الوطني[3].

---

١ جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، منشأة المعارف ، ط ٢٠٠٥ ، ص ١٣٦

٢ هشام صادق ، تنازع القوانين ، دار الجامعة الجديدة ، ٢٠١٣ ، ص ١٤٩

٣ هشام صادق، المرجع السابق ، ص ١٥٠

كذلك قرر أنصار هذا الرأي أنه يجوز التمسك بقاعدة الإسناد في أية حالة عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام محكمة النقض، والتي يجب عليها هي أيضا إعمالها من تلقاء نفسها[1].

فلا تختلف قاعدة الإسناد الوطنية عن القواعد القانونية الأخرى التي يطبقها القاضي من ناحية التحليل الهيكلي لكل منها ولا من ناحية الغاية المبتغاة، ولا من ناحية تمتعها بالإلزام. فقاعدة الإسناد شأنها شأن أي قاعدة قانونية تتكون من عنصرين: عنصر الافتراض و عنصر الأثر القانوني، وكما تهدف القواعد القانونية إلى تحقيق الاستقرار في العلاقات بين الأفراد عن طريق إعمال القاعدة القانونية واجبة التطبيق في الشأن الداخلي. وإن قواعد الإسناد تهدف إلى الوصول لذات الغاية من خلال اختيار القانون الأكثر ملائمة لحسم العلاقة المتضمنة على عنصر أجنبي.

ويترتب على ذلك أنه إذا كان القاضي الوطني ملزما بتطبيق القواعد القانونية الوطنية أيًّا كانت طبيعتها من تلقاء نفسه، فلماذا لا يقوم بإعمال قاعدة الإسناد من تلقاء نفسه، ولا يقوم بإعمالها إلا اذا تمسك بها الخصوم؟[2].

ثم إن عدم قيام القاضي بتطبيق قواعد الإسناد الوطنية من تلقاء نفسه يعني إخلاله بالالتزام القانوني الواقع على عاتقه بإعمال القواعد القانونية واجبة

---

١ جمال الكردي ، المرجع السابق ، ص ١٣٨

٢ السعيد رزان ، الزامية قواعد الإسناد في القانون الجزائري، جامعة العربي بن مهيدي– ام البواقي – كلية الحقوق ، رسالة ماجستير ، ٢٠١٦ ، ص ٥٤

التطبيق على المسألة القانونية المعروضة عليه، ويجب أن يلتفت عن القول بأن قواعد الإسناد لا تتعلق بالنظام العام أو أنها قواعد مكملة إذا كانت تشير إلى إعمال القانون الأجنبي؛ لأن هذا القول مردود بأن القواعد القانونية المكملة غير متصلة بالنظام العام هي قواعد ملزمة للقاضي يجب عليه تطبيقها طالما لم يقم الأطراف باستبعادها صراحة، فمجرد سكوت الأطراف عن التمسك بهذه القواعد لا يعني تنازلهم عن تطبيقها[1].

كذلك قرر أنصار هذا الرأي أنه من خصائص قاعدة الإسناد أنها قاعدة مزدوجة الجانب، أي أنها تشير في بعض الأحيان إلى إعمال قانون القاضي وقد تشير في أحيان أخرى إلى تطبيق قانون أجنبي، والزام القاضي بقاعدة الإسناد من تلقاء نفسه يؤدي إلى تفويت الفرصة على الخصوم الذين يرغبون في الهروب من إعمال قواعد الإسناد الوطنية عليهم لما في ذلك من تحقيق مصالحهم، إذ يستطيع الأطراف في ظل الأنظمة القانونية التي لا تلزم القاضي بإعمال قاعدة الإسناد من تلقاء نفسه أن تتهرب من إعمال قاعدة الإسناد عن طريق عدم التمسك بها، أو إثارتها وهو ما يشجع الخصوم على الغش نحو القانون[2].

الفريق الثاني: يرى عدم التزام القاضي الوطني بتطبيق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه:

١ حفيظة الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، منشورات الحلبي، لبنان ، ٢٠٠٤ ، ص ٣٩

٢ حفيظة الحداد، المرجع السابق، ص ٤١ ، انظر ايضا ، السعيد رزان ، المرجع السابق ، ص ٥٦

تبنى هذا النظر قديما الفقه الفرنسي القديم، وكذلك الفقه الانجلوسكسوني، و الفقه الألماني وعلى رأسهم الفقيه الألماني " فلنسر". فنادى هذا الفقه بالطبيعة الاختيارية لقاعدة الإسناد وأن القاضي لا يجوز له تطبيق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه، وأنه يجب عليه تطبيقه إن تمسك الخصوم به[١].

فالفقه الفرنسي القديم حظر على القاضي تطبيق القانون الأجنبي إلا إذا تمسك به الخصوم وأقاموا الدليل على نفاذ أحكامه ومضمونه، وفي حالة عجزهم عن ذلك يطبق القاضي قانونه الوطني[٢].

ويقول الفقه الألماني أن تطبيق القاضي للقانون الأجنبي ، هو مجرد رخصة إن شاء استعملها أو هجرها[٣] ، كذلك قرر الفقه الإنجليزي أنه لا يجوز للقاضي أن يطبق القانون الأجنبي إلا إذا أثبت أطراف النزاع اختلاف مضمون أحكامه عن مضمون أحكام القانون الإنجليزي[٤].

واستند هذا الرأي إلى حجج نذكرها على النحو التالي:

١- أن التزام القاضي سيترتب عليه نتائج غير محمودة إن لم يستطيع القاضي الكشف عن مضمون القانون الأجنبي الواجب التطبيق مما سيؤخر

---

١ جمال الكردي ، المرجع السابق ، ص ١٣٥ ، انظر ايضا ، السعيد رزان، المرجع السابق ، ص ٥٦

٢ مناء مفتاح الطور ، مركز القانون الاجنبي امام القضاء الوطني فقها وقضاء، مجلة العلوم القانونية، جامعة الزيتونة- كلية القانون ترهونة، ٢٠١٦ ، السنة الرابعة ، عدد ٨ ص ٢٣١

٣ جمال الكردي ، المرجع السابق ، ص ١٣٩

٤ اعرب بلقاسم ، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الاول تنازع القوانين ، دارهومة، الجزائر ، ٢٠٠٢ ، ص ١٢٢ مشار اليه لدى السعيد رزان ، المرجع السابق ، ص ٥٧

الفصل في الدعوى[1].

٢- أن القاضي الوطني هو المختص بحكم الروابط والعلاقات القانونية اختصاصا أصيلا، وعليه فإنه غير ملزم بتطبيق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه، وذلك لعدم تعلق قواعد القانون الدولي الخاص بالنظام العام عندما تشير تلك القواعد إلى تطبيق القانون الأجنبي[2].

٣- أما الحجة الثالثة فهي تقوم على افتراض تطابق أحكام القانون الأجنبي مع أحكام القانون الوطني، وهذا ما يعفي القاضي من عبء البحث عن مضمون القانون الأجنبي. وإذا أراد الخصوم إعمال أحكام ذلك القانون فعليهم إقامة الدليل على وجود تعارض بينه وبين القانون الوطني[3].

رأي الباحث:

ونؤيد هذا الرأي القائل بإلزام القاضي الوطني بتطبيق قاعدة الإسناد من تلقاء نفسه عدا ما يتعلق بالمواريث وقوانين الأسرة (الأحوال الشخصية)، كون أحكامها تتعلق بالشريعة الإسلامية قال الله تعالى: [**وَمَنْ لَمْ يَحْكُمْ بِمَا أَنزَلَ اللهُ فَأُوْلَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ**]**المائدة:٤٤**[، وذلك دون التوقف على تمسك

١ جمال كردي ، المرجع السابق ، ص ، ١٣٩ ، انظر ايضا ، حفيظة الحداد ، المرجع السابق ، ص ٣٦

٢ مناء مفتاح، المرجع السابق ، ص ٢٣١

٣ السعيد رزان ، ص ٥٨ ، انظر ايضا ، عز الدين عبد الله ، القانون الدولي الخاص المصري ، الجزء الثاني ، مكتبة النهضة المصرية ، القاهرة ، ط ١٩٥٨ ، ص ٥٠٢

الخصوم؛ لأن قاعدة الإسناد الوطنية هي قاعدة قانونية مثلها مثل جميع نصوص القوانين التي يطبقها القاضي على النزاع المعروض عليه من تلقاء نفسه دون طلب من الخصوم، وإن كان ذلك يحملّ القاضي الوطني عبأً ثقيلاً بحتمية إلمامه الكامل بالقانون الأجنبي المسند إليه، مما يستدعي معه إلزام المتخاصمين بمد القاضي بالقانون المسند إليه، طالما ذلك يحقق للمتخاصمين الرضا.

وعلى الرغم من أن أغلب نصوص القانون الخاص مثل القانون المدني و التجاري هي نصوص غير متعلقة بالنظام العام ، ويجوز للأطراف الاتفاق على مخالفتها ، فإن القاضي يقوم بتطبيقها من تلقاء نفسه دون طلب ما دام لم يتفق الخصوم على مخالفة القاعدة المكملة.

والأكثر من ذلك أن القاضي هو المنوط به تكييف الواقعة، أي البحث عن القاعدة أو النموذج القانوني الذي يتطابق مع الوقائع المعروضة عليه، ثم يقوم بتطبيق تلك القاعدة القانونية على الواقعة التي أمامه دون النظر إلى تكييف الخصوم للواقعة التي أمامه.

ثم إن عدم قيام القاضي بتطبيق القانون يعد إنكارا منه للعدالة؛ لأن قاعدة الإسناد هي التي تشير إلى القانون الأفضل لتحقيق العدالة في النزاع المعروض على القاضي.

المطلب الثاني
موقف القضاء من إلزام القاضي الوطني بإعمال قاعدة الإسناد الوطنية

●موقف القضاء التقليدي:

أولاً : القضاء الفرنسي:

اتجه القضاء الفرنسي التقليدي إلى تعليق تطبيق القاضي الوطني للقانون الأجنبي على تمسك الخصوم بأحكام القانون الأجنبي التي تشير باختصاصه قاعدة الإسناد الوطنية[1]. فتبنى القضاء الفرنسي القديم مبدأ اعتبار القانون الأجنبي مجرد عنصر من عناصر الواقع ورتب على ذلك عدم إمكانية القاضي من تطبيقه من تلقاء نفسه، وأنه يجب على الخصوم التمسك به وإقامة الدليل عليه وتحديد مضمونه[2].

وترتيباً على ذلك قضت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الشهير BISBAL الصادر بتاريخ ١٢/ ٥/ ١٩٥٩ و الذي تواتر عليه قضائها بتأييد حكم محكمة الموضوع بشأن طلاق زوجين إسبانيين مقيمين في فرنسا بعد أن طبقت أحكام القانون الفرنسي دون أن ترجع إلى قاعدة الإسناد الوطنية و التي تشير إلى اختصاص قانون الجنسية الزوجية ، وهو القانون الإسباني، و الذي كان يحظر طلاقهما. وكان تبرير ذلك الحكم من محكمة النقض الفرنسية إن قواعد الإسناد الفرنسية لا تتعلق بالنظام العام، على

١ هشام صادق، المرجع السابق، ص ١٤٨

٢ جمال الكردي ، المرجع السابق، ص ١٤٢ ، انظر ايضا مناء مفتاح ، المرجع السابق، ص ٢٣٨

الأقل حين تشير إلى اختصاص القانون الأجنبي، وأنه على الخصوم التمسك بتطبيق هذا القانون، وعلى ذلك فلا ينعى على محكمة الموضوع عدم تطبيقها للقانون الأجنبي من تلقاء نفسها، ورجوعها إلى القانون الوطني باعتبارها صاحبة الولاية العامة للحكم على جميع علاقات القانون الخاص[1].

ثانيا: موقف القضاء الحديث:

بدأ القضاء الفرنسي يتخذ موقفاً مغايراً عن الموقف القديم؛ يتفق والموقف الغالب للفقه فقد اتخذت محكمة النقض الفرنسية العديد من القرارات نقضت من خلالها جملة من الأحكام الاستئنافية لعدم إثارة تلك المحاكم تطبيق القانون الأجنبي بشكل تلقائي مؤكدة على أن هناك التزام يقع على عاتق القاضي بإعمال القانون الأجنبي واجب التطبيق من تلقاء نفسه، حتى ولو لم يطلب الخصوم ذلك ولم يحددوا مضمونه[2].

واتضح هذا المسلك في حكمين صادرين عن محكمة النقض الفرنسية صدر الحكم الأول في ١١/ ١٠/ ١٩٨٨ والثاني في ١٨/ ١٠/ ١٩٨٨ حيث نقضت محكمة النقض حكم محكمة الموضوع والذي تجاهل تطبيق القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد وطبق القانون الفرنسي،

---

١ هشام صادق، المرجع السابق، ص ١٤٩، انظر ايضا محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دار ومكتبة الحامد للنشر والتوزيع، عمان ، الاردن، الطبعة الاولى، ٢٠٠٢، ص ٢٣٩

٢ جمال كردي ، المرجع السابق ، ص ١٤٣.

وقد جاء في نقض هذا الحكم أن مسلك محكمة الموضوع بهذه الكيفية يعتبر خرقا لقاعدة الإسناد الوطنية والتي أشارت إلى اختصاص القانون الأجنبي والذي كان على المحكمة إعماله من تلقاء نفسها، والفصل في الموضوع وفقا له دون سواه[1].

وكذلك قضت محكمة النقض الفرنسية بعدم قبول طلب طلاق زوجة إسبانية ضد زوجها الإسباني المقيم في فرنسا استنادا على القانون الفرنسي، وقد أكدت حيثيات هذا الحكم بأن القاضي الفرنسي لا يمكنه أن يمتنع عن تطبيق القانون الإسباني الذي طالب الزوج بتطبيقه، لوحدة جنسية الزوجين ولعدم وجود إقامة مشتركة لهما في فرنسا تخضع الزوجين إلى القانون المدني الفرنسي، وذلك حتى ولو لم يطلب أحد الخصوم تطبيقه[2].

وبذلك وطبقا لما أصدرته محكمة النقض الفرنسية من أحكام، تكون محكمة النقض الفرنسية قد اتجهت نحو تأكيد الطبيعة القانونية للقانون الأجنبي وهو ما نادى وينادي به الفقه المعاصر.

إلا آنه وعلى الرغم من هذا الاتجاه الذي صارت فيه محكمة النقض الفرنسية، إلا أنها عادت وتراجعت عن موقفها سالف الذكر فقضت بتاريخ

١- هشام صادق ، عكاشة عبد العال ، التنظيم القانوني الموضوعي والاجرائي للعلاقات الخاصة الدولية ، الجزء الاول دار الفتح للطباعة و النشر الاسكندرية، ٢٠١١، ص ١٥٠

٢- سامي بديع منصور ، عكاشة عبد العال ، القانون الدولي الخاص، الدار الجامعية ، بدون تاريخ نشر ، ص ١٢١، انظر ايضا، هشام صادق، المطول في القانون الدولي الخاص، الجزء الاول ، دار الفكر الجامعي ، ط ٢٠١٤

١٠/ ١١/ ١٩٩١ بأنه لا يمكن أن تلام محكمة استئنافية لعدم بحثها تلقائيا عما إذا كان القانون الأجنبي هو القانون المطبق على النزاع. وهو ما يؤكد أن مركز القانون الأجنبي أمام القضاء الفرنسي لا يزال غامض بالرغم من المواقف الأخيرة لمحكمة النقض الفرنسية[١].

موقف التشريعات العربية من إعمال قواعد الإسناد:

يلاحظ على جميع التشريعات العربية التي وضعت قواعد إسناد في تشريعاتها لاسيما القانون المصري، والكويتي ، والإماراتي، سواء التي وضعت قواعد الإسناد كنص مادة داخل القانون أو وضعتها في شكل قانون مستقل مثل المشرع الكويتي، أنهم تمسكوا جميعاً بأن القانون الوطني هو المرجع في تكييف العلاقة عندما يطلب تحديد نوع العلاقة في قضية تتنازع فيها القوانين لمعرفة القانون الواجب التطبيق[٢].

ويلاحظ على تلك القوانين العربية أنها وضعت قواعد الإسناد ولم تشير في مادة منه أنها قواعد ملزمة للمحكمة أو أنه يجب على القاضي إعمال قاعدة الإسناد من تلقاء نفسه دون طلب الخصوم.

إلا أن المشرع الإماراتي جاء في القانون الاتحادي رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٥ بشأن الأحوال الشخصية ونص في الفقرة الثانية من المادة الأولى منه على

١- سامي بديع منصور ، المرجع السابق ، ص ١٢٨

٢- انظر المادة ١٠ من القانون المدني المصري ، والمادة ١٠ من قانون المعاملات المدنية الاتحادي لدولة الامارات، المادة ٣١ من القانون رقم ٥ لسنة ١٩٦١ الكويتي بشأن تنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الاجنبي

أنه " تسري أحكام هذا القانون على مواطني دولة الأمارات العربية المتحدة ما لم يكن لغير المسلمين منهم أحكام خاصة بطائفتهم وملتهم. كما تسري أحكامه على غير المواطنين ما لم يتمسك أحدهم بتطبيقه.

وعلى ذلك فإن مسلك المشرع الإماراتي يدل على أن القاضي الوطني غير ملزم بتطبيق قاعدة الإسناد الواردة في قانون المعاملات المدنية و التجارية الاتحادي من تلقاء نفسه، بل يجب أن يتمسك به صاحب المصلحة . فالأصل إذا في دولة الإمارات هو تطبيق القانون الوطني على الرغم من وجود عنصر أجنبي في النزاع ووجود قاعدة إسناد تشير إلى تطبيق قانون آخر قد يكون أفضل لحسم النزاع.

أما بالنسبة للمملكة العربية السعودية، فلم ينص المشرع السعودي على أية قواعد إسناد تشير إلى أي قانون أجنبي يمكن تطبيقه داخل المملكة العربية السعودية. بل أنه بمطالعة نصوص مواد نظام المرافعات الشرعية السعودي نجد ان المادة الأولى من النظام نصت على أن " تطبق المحاكم على القضايا المعروضة أمامها أحكام الشريعة الإسلامية وفقا لما دل عليه الكتاب و السنة ، وما يصدره ولي الأمر من أنظمة لا تتعارض مع الكتاب والسنة".

وهذا النص يدل دلالة قطعية على عدم جواز تطبيق أي قانون اجنبي داخل المملكة العربية السعودية. وهو امر يثير الدهشة حيث أنه في ظل وجود هذا التناغم من العلاقات الدولية الخاصة في دول العالم كله، فكيف لا تعترف المملكة العربية السعودية حتى الآن بإمكانية تطبيق القانون

الأجنبي داخلها على الرغم من وجود العديد من الجنسيات المختلفة على أراضيها، ويترتب لهم مراكز قانونية مختلفة.

ونحن لا نرى أن المشرع السعودي لا يعترف بالعلاقات الدولية الخاصة التي من الممكن أن تنشئ نزاعاً يتضمن عنصراً أجنبياً هو الذي قام بوضع تشريع ينظم الاختصاص الدولي للمحاكم السعودية في نظام المرافعات الشرعية السعودي. إلا أنه يجب أن يضع في الحسبان أيضا بجانب تنازع الاختصاص الدولي لنظر النزاع هناك أيضا تنازع في القوانين التي قد تطبق على نزاع يتضمن عنصر أجنبي وتكون مقتضيات تحقيق العدالة تتطلب تطبيق قانون أجنبي داخل المملكة العربية السعودية.

ويظهر أنه يجب على المشرع السعودي وضع قواعد إسناد تسمح بتطبيق القانون الأجنبي داخل المملكة العربية السعودية و يضع ما يشاء من ضوابط وقيود تحمي أحكام الشريعة الإسلامية من التعدي عليها وتحمي النظام العام والآداب. فإلي جانب قواعد الإسناد هناك قواعد استبعاد للقانون الأجنبي من التطبيق حتى لو أشارت إليه قاعدة الإسناد، استخدمتها التشريعات العربية، لاسيما في مصر و الكويت و الإمارات، و التي تستبعد تطبيق القانون الأجنبي إذا كانت أحكامه تخالف النظام العام أو الآداب.

كذلك أضاف المشرع الإماراتي قيد ثالث على تطبيق القانون الأجنبي فنص صراحة في المادة ٢٧ من قانون المعاملات المدنية الاتحادي على انه " لا يجوز تطبيق أحكام قانون عينته النصوص السابقة – قواعد الإسناد

– إذا كانت هذه الأحكام تخالف الشريعة الإسلامية أو النظام العام أو الآداب في دولة الإمارات العربية المتحدة. وبذلك تكون دولة الإمارات قد حمت الشريعة الإسلامية من أي تعدٍ على أحكامها، ومنعت تطبيق أي قانون اجنبي من أن يطبق داخلها ويكون به مخالفة للشريعة الإسلامية.

المبحث الثاني
دور القاضي الوطني في إثبات القانون الأجنبي

إذا عرض على المحكمة نزاع فيه عنصر أجنبي ، وأشارت قاعدة الإسناد الوطنية إلى تطبيق قانون أجنبي معين، ففي هذه الحالة تظهر عدة تساؤلات: هل من المفترض أن تكون المحكمة -المعروض عليها النزاع المتضمن عنصر أجنبي- على علم بالقانون الأجنبي الواجب التطبيق على اعتبار أن جميع المسائل القانونية هي من اختصاص المحكمة وحدها؟. ولا شك أنه من المستحيل على القاضي العلم بجميع القوانين الأجنبية لجميع الدول! وإذا كلف بذلك فإنه يكون قد كلف بمستحيل! و لكن يبقى السؤال من أين يأتي القاضي بمضمون القانون الأجنبي الواجب التطبيق ؟ أو بعبارة أدق من هو الشخص المنوط به إثبات مضمون القانون الأجنبي الواجب التطبيق على المنازعة المتضمنة عنصر أجنبي؟ وما هي وسائل إثبات مضمون هذا القانون؟

للإجابة على هذه التساؤلات لابد من تحديد طبيعة القانون الأجنبي وعلى أثر تحديد طبيعته يتضح لنا من هو الشخص المنوط به إثبات القانون الأجنبي؟ وما هي وسائل إثبات مضمونه؟

المطلب الأول
طبيعة القانون الأجنبي

اختلفت الآراء حول تحديد طبيعة القانون الأجنبي، فذهب البعض إلى اعتبار القانون الأجنبي عنصر من عناصر الواقع يقع عبء إثباته على الخصوم، بينما يذهب رأي آخر إلى احتفاظ القانون الأجنبي بطبيعته القانونية أمام القضاء الوطني، و ضرورة الفصل بين طبيعة القانون الأجنبي و معاملته من الناحية الإجرائية وذلك

على التفصيل التالي :

يرى جانب من الفقه الفرنسي أن القانون الأجنبي عند تطبيقه على النزاع المعروض أمام القاضي الوطني يتحول إلى عنصر من عناصر الواقع ، و تفقد القاعدة القانونية الأجنبية صفتها القانونية[1] .

ويعلل هذا الاتجاه موقفه على أساس أن القاعدة القانونية تتكون من عنصرين: الأول هو مضمون القاعدة القانونية، والثاني هو عنصر الأمر أو الإلزام الذي تستمد منه القاعدة القانونية قوتها، و يقول هذا الرأي أن القاعدة القانونية الأجنبية تفقد عنصرها الثاني – الإلزام و الأمر – في حالة تطبيقها أمام القاضي الوطني، حيث يرى هذا الرأي أن عنصر الأمر أو الإلزام لا يخرج عن حدود الإقليم الذي يزاول فيه الشارع سيادته، فالمشرع لا يستطيع فرض سيادته خارج حدود إقليم دولته، وعليه لا يتبقى للقاعدة القانونية الأجنبية سوى العنصر الأول وهو مضمون القاعدة، وتنتفي بذلك الصفة القانونية عن القاعدة الأجنبية[2].

---

١ انظر Hennry batiffol " Aspects philosophiques du droit international prive p 104,105 edition 1956

انظر ايضا شمس الدين الوكيل دراسة مقارنة في اثبات القانون الاجنبي ص ٤٢ طبعة ١٩٦٤ منشأة المعارف بالاسكندرية – انظر رسالة الدكتور هشام صادق مركز القانون الاجنبي امام القاضي الوطني ص ١٠٣

٢ انظر Hennry batiffol " Aspects philosophiques du droit international prive p 109,120 edition 1956

انظر ايضا شمس الدين الوكيل دراسة مقارنة في اثبات القانون الاجنبي ص ٤٢ طبعة ١٩٦٤ منشأة المعارف بالاسكندرية – انظر رسالة الكتور هشام صادق مركز القانون الاجنبي امام القاضي الوطني ص ١٠٤

ورتب هذا الاتجاه على القانون الأجنبي باعتباره واقع ، جميع النتائج التي تترتب على هذه الصفة ، فقرر أنه لا يجوز للقاضي تطبيقه أو البحث عن مضمونه من تلقاء نفسه ، بل يتعين على الخصوم التمسك به وأثبات أحكامه شأنه في ذلك شأن سائر وقائع الدعوى، وإذا أخطأ القاضي في تطبيق القانون الأجنبي أو تفسيره ، لا يخضع هذا الخطأ وفقا لهذا الرأي إلى رقابة محكمة النقض على اعتبار انه واقع. و قد أيد جانب من الفقه المصري هذا الاتجاه الذي يقول أن القانون الأجنبي من مسائل الواقع لا من مسائل القانون، و بالتالي لا يفترض في القاضي العلم به، ذلك لان من المستحيل على القاضي أن يقف على كل القوانين الأجنبية [١] .

الرد على هذا الاتجاه:

أُخذ على هذا الاتجاه أنه بدأ من نقطة خاطئة. فإذا كان صحيحا أن عبور القاعدة القانونية الحدود من بلد إلى أخرى يفقدها عنصر الإلزام ، لأن المشرع الوطني لا يمارس سيادته إلا داخل إقليم دولته ، إلا أن قاعدة الإسناد الوطنية التي أشارت إلى تطبيق هذا القانون ترد للقانون الأجنبي صفة الإلزام و الأمر التي فقدها [٢].

الاتجاه الثاني: يؤكد على الطبيعة القانونية للقانون الأجنبي :

أكد الفقه الراجح في فرنسا و مصر على احتفاظ القانون الأجنبي بصفته القانونية

---

١ انظر توفيق حسن فرج – مذكرات في قانون الاثبات – ط ١٩٦٩ – مؤسسة الثقافة الجامعية – ص ٢١، ٢٢

٢ انظر شمس الدين الوكيل دراسة مقارنة في اثبات القانون الاجنبي ص ٣، ٤، ٥ طبعة ١٩٦٤ منشأة المعارف بالاسكندرية – انظر رسالة الكتور هشام صادق مركز القانون الاجنبي امام القاضي الوطني ص١٠٤ ، ١٠٥

عند تطبيقه أمام القضاء الوطني، مؤكداً أنه ليس واقع من وقائع الدعوى . إلا أن هذا الاتجاه انقسم إلى رأيين . رأي يرى القانون الأجنبي عندما تشير إليه قاعدة الإسناد فإن قواعده تتداخل مع القانون الوطني ويعتبر جزء منه وبذلك يظل للقانون الأجنبي صفته القانونية ولكنه يفقد صفته الأجنبية و يصبح جزء من القانون الوطني.

ورأي آخر يرى باحتفاظ القانون الأجنبي بصفتين هما: القانونية والأجنبية معا.

وفيما يلي عرض لهذين الرأيين مع شيء من التفصيل:

الرأي الأول: يعطي القانون الأجنبي الصفة القانونية و ينكر عنه الصفة الأجنبية :

اعتنق هذا الرأي الفقه الإيطالي قائلا بأن القانون الأجنبي يندمج مع القانون الوطني ليصبح جزء منه، وبذلك ينكر هذا الرأي عن القانون الأجنبي صفته الأجنبية عند تطبيقه على منازعة منظورة أمام القاضي الوطني .. و يقول هذا الراي أن قاعدة الإسناد عبارة عن قاعدة بيضاء أو فارغة المضمون تمتص وتستقبل مضمون القانون الأجنبي التي تشير إليها هذه القاعدة ، فقاعدة الإسناد وفقا لهذا الراي قاعدة مباشرة تطبق على النزاع مباشرة[1].

وقد آمن بهذه النظرية جانب من الفقه المصري ، إذ اعتبروا أحكام القانون الأجنبي التي أشارت اليه قاعدة الإسناد الوطنية جزء من القانون الوطني بالنسبة للقضية التي يطبق عليها [2].

---

١ انظر هشام صادق – تنازع القوانين – ط ١٩٦٩ منشأة المعارف ص ١٩٢

٢ انظر الوسيط في شرح القانون المدني ، السنهوري – الجزء الثاني – ط ٢٠٠٧ نقابة المحامين ص ٤٨ ، ٤٩

و يسلم هذا الرأي بجميع النتائج التي تترتب على اعتبار الصفة القانونية الوطنية

حيث قرر العلامة السنهوري ان القاضي عليه ان يبحث من تلقاء نفسه على احكام القانون الاجنبي واجبة التطبيق على القضية المعروضة عليه ، و له ان يصدر في هذه الاحكام عن علمه الشخصي . ولا يجوز له ان يمتنع عن تطبيق احكام القانون الاجنبي بدعوى انه لم يستطيع الوصول اليها و الا عد امتناعه نكولا عن اداء العدالة . بل ويكون في تطبيقه لاحكام القانون الاجنبي كما هو في تطبيقه لقاعدة الاسناد التي امرته بتطبيق هذه الاحكام خاضعا لرقابة محكمة النقض . و تفسر هذه المحكمة القانون الاجنبي لا طبقا لرأيها الشخصي بل وفقا لما تفسره به محاكم البلد الذي ينسب اليه هذا القانون و بخاصة المحكمة العليا . فهو يرى انه لا يصح ان تتغير طبيعة هذا القانون فيصبح واقعا سواء كان هذا القانون قانون وطني او كان قانون اجنبي يأمر القانون الوطني بتطبيقه فيصبح جزء منه في =حدود التطبيق . وقرر السنهوري انه قد يصعب في بعض الاحوال ان يهتدي القاضي من تلقاء نفسه الى احكام القانون الاجنبي و من ثم كان تكليف الخصوم باثبات احكام القانون الاجنبي تيسيرا لمهمته . ولكن هذه الحجة لا تصلح سببا لتغيير طبيعة القانون و يبقى القاضي هو صاحب القول الفصل في التعرف على احكام القانون الاجنبي خاضعا في ذلك لرقابة محكمة النقض .

الا ان الدكتور توفيق حسن فرج قد خالف هذا الرأي حيث رجح الرأي القائل بان القانون الاجنبي مسألة واقع و ليس قانون ذلك انه يستحيل على القضي الوقوف على كل القوانين الاجنبية و القول بانه " لا يصح ان تتغير طبيعة القانون ليصبح واقعا سواء كان هذا القانون قانون اجنبي او قانون وطني " ذلك انه يفترض في القاضي العلم بالقانون الوطني بل هذا واجب عليه اما افتراض علمة بالقوانين الاجنبية فانه امر لا يخلو من المبالغة و مخالفة الحقيقة و الواقع ولا يصح الاحتجاج في هذا الصدد بان العصر الحديث اصبح فيه من الوسائل التيسير و الاتصال ما يمكن القاضي من الوقوف على القوانين الاجنبية ، ذلك انه اذا كان من الميسور في بعض الحالات بالنسبة للدول الكبرى التي يسهل الوقوف على لغاتها ، فان الامر ليس كذلك بالنسبة لقوانين بلاد اخرى كثيرة يصعب الوقوف على لغتها و قوانينها و لذلك يرى الدكتور توفيق حسن فرج انه يتعين ترك للخصوم انفسهم اثبات القانون الاجنبي اذ من المستحيل على القاضي ان يعلم بكل القوانين الاجنبية التي تحيل اليها قاعدة الاسناد الوطنية – توفيق حسن فرج المرجع السابق.

للقاعدة الأجنبية؛ من تطبيق القاضي لذلك من تلقاء نفسه و خضوع تفسيرها إلى رقابة محكمة النقض .

إلا أنه قد أُخذ على هذا الرأي أنه يؤدي إلى نتائج غير مقبولة في شأن الإثبات و تفسير القانون الأجنبي و ذلك من ناحتين: أولا: أنه من المستحيل علم القاضي الوطني بكل القوانين الأجنبية ، فعندما نكلفه بتطبيق هذا القانون من تلقاء نفسه فإننا نكلفه بالمستحيل. و من ناحية أخرى أن تفسير القاضي الوطني للقانون الأجنبي على النحو الذي يفسر به القانون الوطني، فيه تجاهل كبير للظروف البيئية التي نشأت فيها القاعدة الأجنبية، و الغرض الذي وضع من أجله هذا القانون، و الظاهرة الاجتماعية التي ظهرت في المجتمع الأجنبي التي دفعت المشرع الأجنبي إلى سن هذا القانون [1].

الرأي الثاني: يعطي للقانون الأجنبي الصفة القانونية و الأجنبية معا:

ويعدهذا الرأي هو الرأي الراجح على الطبيعة القانونية للقانون الأجنبي، علاوة على اعترافه بالصفة الأجنبية لهذا القانون عند تطبيقه أمام القاضي الوطني ، مبررا أنه إذا كان انتقال القاعدة الأجنبية من بلد إلى أخرى يفقدها عنصر الأمر و الإلزام فقد رأينا دور قاعدة الإسناد الوطنية و هي ترد للقاعدة الأجنبية عنصر الإلزام الذي فقدته ، فيبقى القانون الأجنبي محتفظا بصفته القانونية و الأجنبية معا ، وذلك لأن تشكيل مضمون القاعدة القانونية قد تم بعيدًا عن المشرع الوطني[2] .

---

١ انظر رسالة الدكتور هشام صادق ص ٢٣٩ ، ٢٤٠، ٢٤١ ، ٢٤٢

٢ انظر شمس الدين الوكيل –دراسة مقارنة في اثبات القانون الاجنبي –ط ١٩٦٤ منشأة المعارف ص٣،٤،٥

وقد شبه هذا الرأي القاعدة الأجنبية بالعرف [١]، فالعرف ينشأ بعيدا عن أجهزة الدولة و مع ذلك فإن هذه النشأة لا تفقده طبيعته القانونية و التي تتأكد له بمجرد توافر الإحساس العام بإلزامه[٢] .

و يرى رأى في الفقه المصري أنه لا يلزم بالضرورة أن يعامل القانون الأجنبي من الناحية الإجرائية نفس معاملة القانون الوطني. هذا و قد أدت هذه الآراء إلى تراجع جانب من الفقه الفرنسي عن رأيه الذي اعتبر القانون الأجنبي عنصر من عناصر الواقع، مقررا أنه من الضرورة الفصل بين طبيعة القانون الأجنبي و بين معاملته الإجرائية [٣] .

وعليه نخلص من الآراء الفقهية في فرنسا و مصر إلى أن القانون الأجنبي من حيث طبيعته، هو قانون، ولكنه يعامل معاملة إجرائية تختلف عن معاملة القاضي للقانون الوطني لظروف فرضها الواقع وهي استحالة علم القاضي بجميع قوانين العالم . فالقانون الوطني يفترض في القاضي العلم به لخروجه من مشرعه الوطني و نشره في الجريدة الرسمية و هو ما لا نجده في القانون الأجنبي. لأن من يقول أن

---

١ العرف هو اضطراد التقليد على اتباع عادة معينة في العمل مع الاعتقاد في وجوب احترامها كقاعدة قانونية، ويتكون العرف من ركنين الاول مادي ويشترط لتوافر هذا الركن اربعة عناصر العموم ، الاضطراد ، القدم و عدم مخالفة النظام العام و الاداب ، و الركن الثاني المعنوي و يتمثل في اعتقاد من يتبعون القاعدة العرفية بانها ملزمة لهم و انه يجب عليهم احترامها كقاعدة قانونية . انظر محمد كمال عبد العزيز التقنين المدني في ضوء الفقه و القضاء ط ٢٠٠٣ ص ١٦٧

٢ انظر هشام صادق – تنازع القوانين – ط ١٩٦٩ منشأة المعارف – ص ١٩٤

٣ انظر هشام صادق – المرجع السابق –ص ١٩٥

القانون الأجنبي واقع فهو يقول أن القاضي عندما يطبق القانون الأجنبي على الوقائع فهو يطبق واقع على واقع وهذا غير متصور.

وتظهر المعاملة الإجرائية المختلفة للقانون الأجنبي عن القانون الوطني عند البحث عن مضمونه و هو ما يظهر جليا عند بحث دور القاضي في البحث عن مضمون القانون الأجنبي. و أظهرت محكمة النقض الفرنسية و المصرية هذه المعاملة المختلفة للقانون الأجنبي عن القانون الوطني في أحكامها ،وهنا لابد أن نوضح موقف محكمة النقض الفرنسية و المصرية من دور القاضي الوطني في البحث عن مضمون القانون الأجنبي. هو ما سوف نبينه في المطلب الثاني .

المطلب الثاني
دور القاضي في البحث عن مضمون القانون الأجنبي

أولا: موقف القضاء الفرنسي من دور القاضي في البحث عن مضمون القانون الأجنبي:

قرر القضاء الفرنسي في أحكامه أن البحث عن مضمون القانون الأجنبي أو إثباته يقع على عاتق من يتمسك بتطبيقه ، وأن القاضي يملك البحث عن مضمون القانون الأجنبي من تلقاء نفسه إذا أراد، وذلك إذا عجز الخصوم عن إثباته[1].

فالمبدأ المستقر أمام القضاء الفرنسي هو حرية القاضي المطلقة في التصدي تلقائيا للكشف عن مضمون القانون الأجنبي والإلمام بقواعده فهي رخصة له إن شاء استعملها و إن شاء تركها ، فإذا عجز الخصوم عن إثبات مضمون القانون الأجنبي و عجز القاضي عن إثباته هو الآخر أو لم يتصدى له ، فعندئذ يحكم وفقا

١ شمس الدين الوكيل – دراسة مقارنة في اثبات القانون الاجنبي – ط١٩٦٤ منشأة المعارف ص ٣٧،٣٨

لقواعد القانون الفرنسي[١] .

ثانيا: موقف القضاء المصري من دور القاضي في البحث عن مضمون القانون الأجنبي:

تعرضت محكمة النقض المصرية في أحكامها لإشكالية إثبات القانون الأجنبي و تواترت أحكامها في البداية على أن التمسك بتطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني لا يعدو أن يكون واقعة ، يجب إقامة الدليل عليها و يقع عبء إثباتها على الخصم المتمسك بتطبيق القانون الأجنبي[٢] .

حيث جاء اتجاه محكمة النقض المصرية مخالف لما استقر عليه الفقه الراجح من أن البحث عن مضمون القانون الأجنبي هو التزام على القاضي و يعاونه فيه الخصوم [٣].

إلا أن محكمة النقض المصرية قد استجابت للرأي الراجح في الفقه الحديث

---

١ شمس الدين الوكيل المرجع السابق ص ٣٩،٤٠

٢ انظر نقض ٧يوليو ١٩٥٥ س ١٨٢ ،ص ١٣٤٧ – انظر نقض ٢٦ يوليو ١٩٦٧ س ٢٢٤ ، ص١٤٩٣

٣ حيث اكد الفقة الحديث ان عدم افتراض علم القاضي بالقانون الاجنبي لا ينفي عنه التزامه القانوني بالبحث عن مضمون هذا القانون .ذلك ان التزامه في هذا السبيل هو امر تمليه القواعد العامة في قانون المرافعات و التي تقضي بان يطبق القاضي قواعد القانون على الوقائع دون حاجة الى ان يتمسك الخصوم باحكامه او البحث عن مضمون هذه القواعد . و يشبه القانون الاجنبي في هذا الامر القواعد العرفية فالقاضي يطبقها من تلقاء نفسه رغم انه لا يفترض فيه العلم بها .الا ان التزام القاضي بالبحث عن مضمون القانون الاجنبي لا =يتنافى مع حقه في طلب معاونة الخصوم له في البحث عن مضمون هذا القانون انظر هشام صادق –تنازع القوانين – ط ١٩٦٩ ص ٢٠٩ انظر طلعت دويدار –التعليق على نصوص قانون الاثبات ط ١٩٩٤ ص٣٤ .

حيث قررت محكمة النقض أنه " إذا كان من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن التمسك بقانون أجنبي لا يعدو أن يكون مجرد واقعة يجب إقامة الدليل عليها و كان مرد هذا القضاء هو الاستجابة للاعتبارات العملية التي لا يتيسر معها للقاضي الإلمام بأحكام هذا القانون ، فإن مناط تطبيق هذه القاعدة أن يكون القانون الأجنبي غريبا عن القاضي يصعب عليه الوقوف على أحكامه و الوصول إلى مصادره ، أما إذا كان القاضي يعلم بمضمونه أو كان علمه به مفترضا . فلا محل للتمسك بتطبيق القاعدة "[1].

و المطالع لهذا الحكم يجد أن محكمة النقض المصرية اعترفت أن القانون الأجنبي من حيث طبيعته هو قانون و ليس واقع و أن ما قررته من قبل كان لاعتبارات عملية أدى اليها واقع الحال من استحالة المام القاضي بجميع قوانين العالم. وعليه فإن البحث عن مضمون القانون الأجنبي هو التزام على القاضي يعاونه في ذلك الخصوم، فهم أصحاب المصلحة في إثبات مضمون القانون الأجنبي المختص بحكم المنازعة. ولا يتحرر القاضي من هذا الالتزام إلا إذا عجز عن الوصول إلى مضمونه و يجب عليه أن يذكر في أسباب حكمه هذا العجز و يبين أسبابه [2].

و بناء على ما سبق فإن القانون الأجنبي أصبح محلا للأثبات فما هي وسائل الإثبات التي يمكن الاستعانة بها لإ ثبات القانون الأجنبي .

---

١ انظر نقض رقم ٩٨٣ لسنة ٤٩ ق جلسة ٦ / ٢/ ١٩٨٤ حيث جاء هذا الحكم في منازعة بحرية و كان القانون الواجب التطبيق هو القانون الانجليزي .

٢ انظر عكاشة عبد العال – تنازع القوانين – ط ٢٠٠٢ ص ٣٦٣

الخبرة طريق من طرق البحث عن مضمون القانون الأجنبي:

لم ينص المشرع المصري أو الفرنسي صراحة على الطرق الجائز الاستعانة بها للبحث عن مضمون القانون الأجنبي، ولذا كان الأصل هو حق القاضي في اللجوء إلى أي وسيلة من خلالها يمكن له الوصول إلى الحقيقة الموضوعية[١]. فقد أقر القضاء الفرنسي و المصري إثبات القانون الأجنبي عن طريق تقديم نصوص القانون الأجنبي نفسها أو ترجمتها ، هذا من ناحية و من ناحية أخرى أقر القضاء الفرنسي تقديم المؤلفات الفقهية أو الأحكام الصادرة من القضاء الأجنبي و التي تؤدي بالقاضي إلى النتيجة المطلوبة .

هذا وقد أشار الفقه الفرنسي الحديث إلى الاستعانة بالخبرة الشفوية[٢] أو المكتوبة و التي تعتبر من خير الوسائل للكشف عن مضمون القانون الأجنبي[٣].

واكد أيضا على هذه الوسيلة جانب من الفقه المصري حيث قرر هذا الرأي بإن الاستعانة بالخبرة من أساتذة الجامعات و الخبراء المتخصصين في أحكام القوانين الأجنبية يسهل على القاضي الكشف عن أحكام هذا القانون ، وذلك عن طريق استدعاء الخبير أمام المحكمة أو تكليفه بكتابة تقرير عن حكم القانون الأجنبي المختص في النزاع المطروح أمامها . ومما لا شك فيه أن لموقف الخبير الحيادي في الدعوى سيجعل القاضي أكثر اطمئناناً في الكشف عن أحكام القانون الأجنبي[٤].

---

١ انظر هشام صادق – تنازع القوانين – ط ١٩٦٩ ص ٢١١

٢ حيث ان قانون المرافعات الفرنسي في المادة ٢٥٦،٢٥٧ يعطي القاضي الحق في الاستعانة بشخص معين لتقديم استشارة شفويا

٣ انظر هشام صادق المرجع السابق – ص ٢١٢

٤ انظر رأي الدكتور هشام صادق في مؤلفه تنازع القوانين ط ١٩٦٩ ص ٢١٢ ،٢١٣

الخاتمة

توصلت الدراسة إلى:

١- قواعد الإسناد لا تقوم بحل النزاع بل هي تشير إلى القانون الأفضل لحل النزاع والواجب التطبيق، فهي تعمل على حّل النزاع المعروض بشكل غير مباشر.

٢- ذهب الرأي الراجح في الفقه العربي والأوربي إلى إلزام القاضي الوطني بإعمال قاعدة الإسناد وتطبيق القانون الأجنبي دون التوقف على طلب الخصوم فهي قاعدة قانونية وطنية لا تختلف من حيث طبيعتها عن القواعد القانونية الوطنية التي وضعها المشرع والتي يلتزم القاضي بتطبيقها من تلقاء نفسه دون طلب من الخصوم.

٣- لا يوجد موقف ثابت للقضاء الفرنسي في شأن تطبيق القاضي الوطني للقانون الأجنبي من تلقاء نفسه، فمحكمة النقض الفرنسية قضت تارة بعدم إلزام القاضي الوطني بإعمال قاعدة الإسناد من تلقاء نفسه وتارة أخرى قضت بإلزامه، ثم عادت وقررت بأن عدم تطبيق القاضي الوطني للقانون الأجنبي من تلقاء نفسه وتطبيقه للقانون الوطني على النزاع ليس به مخالفة.

٤- حرصت قوانين الدول العربية لاسيما مصر و الكويت و الإمارات على وضع قواعد إسناد تشير إلى القانون الاجنبي واجب التطبيق على العلاقات ذات العنصر الأجنبي، ولم تنص تلك القوانين على إلزام القاضي الوطني بإعمال قاعدة الإسناد من تلقاء نفسه.

٥- وضعت التشريعات العربية لاسيما المشرع المصري و الكويتي و الاماراتي قواعد لاستبعاد القانون الأجنبي وذلك إذا كانت أحكام القانون الاجنبي تخالف النظام العام أو الآداب. وأضاف المشرع الإماراتي قيد آخر يمنع من

تطبيق القانون الأجنبي وذلك إذا خالف أحكام الشريعة الإسلامية.

٦- لا توجد قواعد إسناد لتطبيق القانون الأجنبي في المملكة العربية السعودية، ولا يجوز أن تطبق محاكمها على القضايا المعروضة عليها غير أحكام الشريعة الإسلامية أو الأنظمة التي وضعها ولي الأمر والتي لا تخالف الشريعة الإسلامية من كتاب و سنه.

٧- انتهى رأي الفقه و القضاء الفرنسي و المصري إلى أن القانون الأجنبي من حيث طبيعته هو قانون ولكنه نظرا لعدم قدرة القاضي الوطني على الإلمام بجميع قوانين دول العالم، فإنه يعامل من حيث إثبات مضمونه معاملة الوقائع التي يكلف الخصوم بإثباتها.

٨- لذلك يوصي الباحث:

- لسهولة الحصول على القانون الأجنبي يجب أن تقوم كل سفارة داخل الدولة بترجمة قوانين الدولة التي تمثلها إلى اللغة العربية عن طريق مترجمين قانونيين في جميع فروع القانون الخاص الذي ينظم العلاقات الخاصة، ووضعه داخل السفارة و الاستنساخ منه للاستعانة به اذا أشارت قاعدة الإسناد إلى تطبيقه، ولتقديمه للمحكمة.
- يناشد الباحث المشرع السعودي بضرورة وضع قواعد إسناد لتطبيق القانون الاجنبي على العلاقة ذات العنصر الأجنبي، مع وضع ضوابط وقيود على تطبيقها لمنع انتهاك أحكام الشريعة الإسلامنية الثابتة والمجمع عليها كما فعل المشرع الإماراتي، وذلك تماشيا مع التطورات و التقدم الذي يحدث داخل المملكة. الأمر الذي يشجع الخصوم إلى اللجوء إلى القضاء و الوطني و البعد عن التحكيم.

قائمة المراجع

أولا: الكتب

- اعرب بلقاسم ، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول تنازع القوانين، دار هومة، الجزائر ، ٢٠٠٢.
- توفيق حسن فرج – مذكرات في قانون الإثبات – ط ١٩٦٩ – مؤسسة الثقافة الجامعية.
- جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، منشأة المعارف، ط ٢٠٠٥.
- حفيظة الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، منشورات الحلبي، لبنان ٢٠٠٤ .
- سامي بديع منصور ، عكاشة عبد العال ، القانون الدولي الخاص، الدار الجامعية ، بدون تاريخ نشر.
- شمس الدين الوكيل دراسة مقارنة في إثبات القانون الأجنبي ص ٤٢ طبعة ١٩٦٤ منشأة المعارف بالإسكندرية .
- طلعت محمد دويدار – التعليق على نصوص قانون الإثبات ، منشأة المعارف ط ١٩٩٤
- عكاشة عبد العال، تنازع القوانين دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، ط٢٠١٠ .
- عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص المصري ، الجزء الثاني ، مكتبة النهضة المصرية ، القاهرة ، ط ١٩٥٨ .
- عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني –الجزء الثاني – ط٢٠٠٧ نقابة المحامين .

- محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دار ومكتبة الحامد للنشر والتوزيع، عمان ، الأردن، الطبعة الأولى، ٢٠٠٢.
- هشام صادق – تنازع القوانين – ط ١٩٦٩ منشأة المعارف .
- هشام صادق ، تنازع القوانين ، دار الجامعة الجديدة ، ٢٠١٣ .
- هشام صادق ، عكاشة عبد العال ، التنظيم القانوني الموضوعي والإجرائي للعلاقات الخاصة الدولية ، الجزء الأول دار الفتح للطباعة و النشر الإسكندرية، ٢٠١١.
- هشام صادق، المطول في القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، دار الفكر الجامعي، ط ٢٠١٤

الرسائل و الأبحاث:

- السعيد رزان ، الزامية قواعد الإسناد في القانون الجزائري، جامعة العربي بن مهيدي– ام البواقي – كلية الحقوق ، رسالة ماجستير ، ٢٠١٦ .
- مناء مفتاح الطور ، مركز القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني فقها وقضاء، مجلة العلوم القانونية، جامعة الزيتونة– كلية القانون ترهونة، ٢٠١٦ ، السنة الرابعة ، عدد ٨ .

المراجع الأجنبية:

- Hennry batiffol " Aspects philosophiques du droit international prive , edition 1956

فهرس الموضوعات

موجز عن البحث ٧٤٠

المقدمة ٧٤٣

المبحث الأول : مدى التزام القاضي الوطني بتطبيق قاعدة الإسناد ٧٤٨

المطلب الأول : موقف الفقه من إلزام القاضي الوطني بإعمال قاعدة الإسناد الوطنية ٧٤٨

المطلب الثاني : موقف القضاء من إلزام القاضي الوطني بإعمال قاعدة الإسناد الوطنية ٧٥٥

المبحث الثاني : دور القاضي الوطني في إثبات القانون الأجنبي ٧٦٢

المطلب الأول : طبيعة القانون الأجنبي ٧٦٢

المطلب الثاني : دور القاضي في البحث عن مضمون القانون الأجنبي ٧٦٩

الخاتمة..... ٧٧٣

قائمة المراجع ٧٧٥

فهرس الموضوعات..... ٧٧٧